

PRAWO I MEDYCYNĄ

NR 11 (VOL 4) 2002

KWARTALNIK

ISSN 1506-8757

INDEKS 354430



Kolegium Redakcyjne:
Redaktor Naczelny – dr n. hum. Ewa Kujawa

Sekretarz Redakcji:
dr prawa Maria Boratyńska

Prawo:
Adw. Czesław Jaworski
Prof. dr hab. n. praw. Leszek Kubicki
Dr prawa Ewa Kulesza
Prof. dr hab. n. praw. Eugeniusz Kowalewski
Prof. dr hab. n. praw. Mirosław Nesterowicz
Dr prawa Dorota Safjan
Prof. dr hab. n. praw. Marek Safjan
Prof. dr hab. n. praw. Eleonora Zielińska
Prof. dr hab. n. praw. Andrzej Zoll
Prof. dr hab. n. praw. Margaret Brazier (GB)

Medycyna:
Dr Marek Balicki
Prof. dr hab. medycyny Jan Doroszewski
Prof. dr hab. medycyny Jerzy Leowski
Dr medycyny Krzysztof Madej
Dr Krzysztof Makuch
Prof. dr hab. medycyny Tadeusz Tołłoczko

Dział Marketingu:
Teresa Małachwiej

Redakcja:
01-450 Warszawa
ul. Astronomów 3, pok. 424
tel. (022) 877-28-60; 862-10-51
fax 862-10-50
e-mail: abacus@abacus.edu.pl
www.abacus.edu.pl

Wydawca:
ABACUS Biuro Promocji Medycznej Sp. z o.o.
01-450 Warszawa
ul. Astronomów 3, pok. 424
tel. (022) 877-28-60; 862-10-51
fax 862-10-50
e-mail: abacus@abacus.edu.pl
www.abacus.edu.pl

Prenumerata:
Biuro Szkoleń i Konferencji
ul. Astronomów 3, pok. 425, 01-450 Warszawa
PKO S.A. XIII/O Warszawa
Nr. rach. 12402034-52001639-2700-421112-001.

Redakcja nie zwraca materiałów nie zamówionych i nie odpowiada za treść ogłoszeń.

Współpraca,
opracowanie graficzno-techniczne:
BORGIS® Sp. z o.o. Wydawnictwo Medyczne
tel./fax 837-36-92

Druk i oprawa: Multi Print

PRAWO I MEDYCYNĄ

Szanowni Państwo!

Upriejmie informujemy, iż z przyczyn niezależnych od Wydawcy jesteśmy zmuszeni do zmiany cyklu ukazywania się pisma „Prawo i Medycyna”.

W roku bieżącym oraz w roku 2002 czasopismo będzie ukazywało się w cyklu półrocznym. Otrzymane wpłaty za prenumeratę zostaną przesunięte na rok 2002.

Wszystkich Państwa najmocniej przepraszamy za zaistniałe niedogodności.

Z wyrazami szacunku

Wydawca

Spis treści

Dr hab. n. praw. Teresa Dukiet-Nagórska Uniwersytet Śląski O potrzebie nowelizacji prawa medycznego	7
Dr hab. n. praw. Teresa Dukiet-Nagórska Uniwersytet Śląski Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach (Dz. U. Nr 126, poz.1384)	20
Prof. dr hab. n. praw. Mirosław Nesterowicz Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Problemy prawne inseminacji <i>post mortem</i>	31
Mgr Marek Kolasiński Doktorant Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu Ochrona dóbr osobistych w prawie medycznym	35
Dr n. praw. Ewa Bagińska Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Odpowiedzialność cywilna za niekorzystne skutki silikonowych implantów piersi w systemie prawnym USA	45
Mgr Kinga Bączyk Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone pacjentom w związku z użyciem wadliwego lub niesprawnego sprzętu medycznego	56
Mgr Marek Kowalski Aplikant adwokacki, Gdańsk Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza z tytułu <i>wrongful birth</i> w prawie niemieckim	65
Mgr Anastazja Kołodziej Uniwersytet Wrocławski Stopień autonomii woli pacjenta na tle ustawy o zawodzie lekarza i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego	74

Monika Wałachowska Studentka UMK w Toruniu Wydziału Prawa Obowiązek lekarza-stomatologa leczenia osób zakażonych wirusem HIV i chorych na AIDS w systemie prawnym USA	84
Andrzej Kaczmarek Biuro Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych Obowiązek zabezpieczenia dokumentacji medycznej zawierającej dane osobowe pacjentów przez kierownictwo ZOZ jako administratora danych	92
Mgr Urszula Drozdowska Uniwersytet w Białymstoku Status prawny samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej	108

ORZECZNICTWO

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 r. (I ACa 69/00)	124
Prof. dr hab. n. prawn. Mirosław Nesterowicz Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Glosa do Wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 r. (I ACa 69/00)	128
Dr n. prawn. Stanisław M. Przyjemski Emerytowany Sędzia Sądu Najwyższego Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2001 r. (I KZP 5/01)	131

RECENZJE

Eleonora Zielińska: Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej (rec. lek. med. Igor Szwiec, Doktorant Akademii Medycznej w Lublinie)	137
--	-----

OPINIE

Zygmunt Krawczyński Czy krew musi być towarem?	141
--	-----

Contents

Teresa Dukiet-Nagórska Silesian University On the need of amending medical law	7
Teresa Dukiet Nagórska Silesian University Remarks on the Infectious Diseases and Infections Act of September 6, 2001 (Journal of Laws No 126, item 1384)	20
Mirosław Nestorowicz Nicolaus Copernicus University in Toruń Legal Issues of <i>post mortem</i> insemination	31
Marek Kolasiński Nicolaus Copernicus University in Toruń The protection of personal interests under medical law	35
Ewa Bagińska Nicolaus Copernicus University in Toruń Civil liability for undesirable results of silicone breast implants in the US legal system	45
Kinga Bączyk Nicolaus Copernicus University in Toruń Civil liability for the damage done to patients in connection with the use of defective or inefficient medical equipment	56
Marek Kowalski Gdansk Physician's liability for damage caused by wrongful birth under German law	65
Anastazja Kołodziej Wroclaw University The degree of the patient's will autonomy in the light of the Medical Profession Act and the Mental Health Protection Act	74

Monika Wałachowska Nicolaus Copernicus University in Toruń The dentist's duty to treat HIV-infected and AIDS patients in the US legal system	84
Andrzej Kaczmarek Office of the General Inspector of Personal Data Protection The duty of safekeeping of medical documentation containing patients' personal data to be discharged by the Health Care Institution (ZOZ) manager acting as a data administrator	92
Urszula Drozdowska University in Białystok The legal status of independent public health care institutions	108

COURT DECISIONS

The decision of the Court of Appeal in Cracow of Feb. 9, 2000 (I Aca 69/00)	124
Mirosław Nestorowicz Nicolaus Copernicus University in Toruń A gloss to the decision of the Court of Appeal in Cracow of Feb. 9, 2000 (I Aca 69/00)	128
Stanisław M. Przyjemski Emeritus Judge of the Supreme Court A gloss to the resolution adopted by seven judges of the Supreme Court on June 20, 2001 (I KZP 5/01)	131

BOOK REVIEW

Eleonora Zielińska: The physician's professional responsibility vs criminal liability (Igor Szwiec)	137
--	-----

OPINIONS

Zygmunt Krawczyński Must blood be an article of trade?	141
--	-----

Teresa Dukiet-Nagórska

O potrzebie nowelizacji prawa medycznego

Na prawo medyczne składa się stosunkowo duża liczba aktów prawnych, które nie są ze sobą zharmonizowane, przy czym występujące niespójności ujawniają się w obszarach o podstawowym znaczeniu zarówno dla personelu medycznego, jak i pacjentów. Z tej przyczyny nieodzowne jest podjęcie działań zmierzających do poprawy stanu rzeczy – efektem czego powinno być prawo spełniające standardy prawidłowej legislacji.

Jedną z podstawowych funkcji prawa karnego jest funkcja gwarancyjna. Od czasów Oświecenia jest oczywiste, że prawo musi wyraźnie określać istotę zakazanego czynu, tak by obywatel miał pewność co do tego, jak prawo ocenia zachowanie przezeń podejmowane. Przestrzeganie tej zasady stanowi jeden z warunków funkcjonowania państwa prawa.

Celne ujęcie tego zagadnienia znajdujemy w wypowiedzi Rzecznika Praw Obywatelskich prof. Andrzeja Zolla, który wskazuje, że prawo musi spełniać standardy prawidłowej legislacji, musi być spójne i przekazywać adresatowi normy prawnej jednoznaczną dyrektywę postępowania („*Legislacyjne łamańce*”, *Rzeczpospolita* z dnia 5 lutego 2001 r.).

Postulat normatywnej jednoznaczności regulacji nabiera szczególnej wymowy tam, gdzie idzie o prawa i obowiązki personelu medycznego, gdyż ich realizacja pozostaje w ścisłym związku z ochroną życia i zdrowia obywateli. Jeśli w świadomości lekarza (czy innej osoby należącej do personelu medycznego) nie będzie adekwatnego odzwierciedlenia wymagań jakie mu stawia prawo, wówczas powstaje nie tylko zagrożenie ponoszenia przezeń prawnych konsekwencji zrealizowania niewłaściwego działania, ale wysoce prawdopodobne jest, że negatywne tego skutki dotkną pacjenta. Ponadto, osoba podejmująca interwencję medyczną, nie mając jasności co do tego jakie są stawiane jej przez prawo wymagania, na skutek wątpliwości z tym związanych, może zachowywać się asekurancko, co po wielokroć oznacza niekorzyść pacjenta.

Osoby uprawiające zawody medyczne powinny mieć możliwość ustalenia – jakie zachowanie jest nakazane przez prawo, bez konieczności przeprowadzania złożonych zabiegów interpretacyjnych – tylko wówczas mogą się one skoncentrować na medycznych aspektach postępowania. Postanowienia normatywne nie mogą stanowić źródła wątpliwości, gdyż taki stan rzeczy pozostaje w kolizji z celami, których osiągnięciu służy medycyna.

Mając powyższe na uwadze rozważyć trzeba dwie podstawowe kwestie:

Po pierwsze, konieczne jest ustalenie czy akty prawne zawierające podstawowe regulacje opisujące wykonywanie zawodów medycznych zawierają unormowania jasne i precyzyjne. W tym zakresie ocenić trzeba ustawę z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 28, poz. 152 z późn. zm.), ustawę z dnia 5 lipca 1996 roku o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. Nr 91, poz. 410 z późn. zm.) oraz ustawę z dnia 20 lipca 1950 roku o zawodzie felczera (Dz.U. Nr 36, poz. 336 z późn. zm.). Nadto, nieodzowne jest ustalenie czy odrębności ukształtowania prawa i obowiązków w ustawach dotyczących poszczególnych zawodów medycznych są usprawiedliwione ich specyfiką.

Po wtóre, nieodzowne jest rozpoznanie kwestii spójności pomiędzy normami zawartymi we wskazanych wyżej ustawach a postanowieniami ustaw określających charakter i jakość świadczeń zdrowotnych, a więc postanowieniami ustawy z dnia 6 lutego 1997 roku o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 roku o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.).

Potrzeba uwzględnienia ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, jak również ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, a więc ustaw, które wprost nie wyznaczają praw i obowiązków personelu medycznego, ma swą przyczynę w tym, że ustawy te statuują uprawnienia służące pacjentowi – zatem określają one odpowiednik obowiązku lekarza. Innymi słowy: **w ocenie stanu prawa nie można pominąć kwestii spójności pomiędzy ustawami określającymi obowiązki personelu medycznego a ustawami wytyczającymi zakres uprawnień pacjenta, bowiem te akty prawne powinny pozostawać w harmonii.** Nie może bowiem być tak, by treść i zakres obowiązku lekarza nie odpowiadały w pełni treści i zakresowi uprawnienia pacjenta. System prawny, w którym występuje w tym względzie rozbieżność, jest wadliwy. Na taką ocenę zasługuje tym bardziej ustawodawstwo, w którym na podstawowe pytania dotyczące obowiązku lekarza nie sposób udzielić odpowiedzi bez odwołania się do postanowień aktów prawnych określających inne zagadnienia niż wykonywanie zawodu lekarza – a z taką sytuacją mamy do czynienia, o czym w toku dalszych rozważań.

Analizę jakości polskiego prawa medycznego rozpoczniemy od kwestii zasadniczej, a mianowicie **przesłanek legalności czynności leczniczych.**

W literaturze przedmiotu powszechnie wskazuje się, że jednym z podstawowych wyznaczników legalności działań medycznych jest dochowanie zasad ostrożnego postępowania, wynikających z tego co dyktuje wiedza medyczna (sztuka medyczna). Ten punkt widzenia wyrażany jest zarówno przez cywilistów jak i przez karni-

stów. Karnista wypowiada się na ten temat, gdyż w razie zaistnienia negatywnego skutku interwencji medycznej powstaje problem ustalenia, czy w związku z tym można mówić o wypełnieniu znamion przestępstwa nieumyślnego. To zaś z kolei zależy od tego, czy zostały naruszone zasady ostrożności wymaganej w tego typu okolicznościach (art. 9 par. 2 kk). Bezpośrednie nawiązanie do tego, wyrażonego w prawie karnym, wymogu znajdujemy w przywołanych poniżej aktach prawnych – stanowiących część składową prawa medycznego – a mianowicie art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i art. 18 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej.

I tak:

- art. 4 ustawy o zawodzie lekarza nakazuje lekarzowi wykonywanie zawodu „zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz należytą starannością”;
- w art. 18 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej stanowi się, że „pielęgniarka, położna wykonuje zawód zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, dostępnymi jej metodami i środkami, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz ze szczególną starannością”.

Przywołane przepisy prawidłowo ujmują kryterium pozwalające na ocenę prawidłowości postępowania z punktu widzenia medycznego, bowiem zawierają odniesienie do standardów postępowania określonych poziomem wiedzy medycznej. Nie bez znaczenia jest jednak to, że uwzględniają one równocześnie czynniki dostępności metod i środków. Jak się wydaje, oznacza to z jednej strony wymóg nieprzekraczania przez daną osobę posiadanego przez nią poziomu uprawnień formalnych i merytorycznych; z drugiej wszakże, nie może być chyba wątpliwości co do tego, że odnosi się ono do realiów konkretnej placówki służby zdrowia, które determinują możliwości konkretnej osoby, działającej w konkretnej sytuacji.

W związku z tym postawić trzeba fundamentalne pytanie o to, **jak powinien postępować lekarz, jeśli dostępne w określonym zakładzie opieki zdrowotnej metody i środki postępowania nie pozwalają na działanie odpowiadające standardom wiedzy medycznej.**

Literalne brzmienie przywołanych przepisów pozwala na wysnucie wniosku, że podejmujący interwencję medyczną ma postępować tak, jak mu na to pozwalają obiektywne warunki danego zakładu opieki zdrowotnej. Taki wniosek jest jednak nieusprawiedliwiony, jeśli się uwzględni inne akty prawne, składające się na prawo medyczne. Kształtują one sytuację prawną personelu medycznego na równi z wymienionymi ustawami – choć nie odnoszą się do personelu medycznego wprost, a jedynie pośrednio. Idzie tu o wspomniane wyżej akty prawne określające prawa pacjenta, w szczególności zaś o ustawę o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym i ustawę o zakładach opieki zdrowotnej.

Ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym określając należne pacjentowi świadczenia zdrowotne wskazuje, że powinny one odpowiadać *a k t u a l n e j* wiedzy medycznej i *p r a k t y c e* medycznej, nie przekraczając granic koniecznej potrzeby (art. 4 ust. 3). Pomińmy (jako nieistotną dla prowadzonych tu

rozważań) wzmiankę o nieprzekraczaniu granic koniecznej potrzeby i skoncentrujemy się na kwestii wyznaczników prawidłowości postępowania medycznego.

Postawić trzeba pytanie czy występujący tu termin „praktyka medyczna” jest tożsamy pod względem treści i zakresu z nazwą „dostępne metody i środki” (stanowiącą element wyznaczający treść art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i art. 18 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej). Gdyby bowiem istniały podstawy do ich utożsamienia, w pełni usprawiedliwione byłoby twierdzenie, że omawiane akty prawne pozostają w należytej harmonii.

Pojęcie „praktyka medyczna” nie może być utożsamione z terminem „dostępne metody i środki” przede wszystkim dlatego, że przy przeciwnym podejściu jakość świadczenia medycznego nie byłaby, *de facto*, kształtowana poziomem wiedzy medycznej lecz możliwościami konkretnej placówki służby zdrowia. Oznaczałoby to wyłączenie stosowania kryterium wiedzy medycznej.

Przywołanie kryterium praktyki medycznej następuje w uzupełnieniu podstawowego kryterium wiedzy medycznej, które niewątpliwie ma charakter obiektywny, niezindywidualizowany. Na tej podstawie wysnuć należy wniosek, że odwołanie się do praktyki medycznej również oznacza element oceny opartej o kryterium obiektywnej natury, tyle tylko, że dotyczy zagadnień nie ujętych w kategoriach wiedzy. Należy więc przyjąć, że termin „praktyka medyczna” odnosi się do stosowanych stale sposobów postępowania, których utrwalenie wynika z ich przydatności (sposoby postępowania dające dobre rezultaty). A jeśli tak, to pojęcie to nie dotyczy metod i środków dostępnych w konkretnej placówce służby zdrowia, bowiem może się zdarzyć, zarówno tak, że w danej placówce (na skutek różnorodnych przyczyn) praktyka daleko odbiega *in minus* od tego co powszechnie jest praktykowane (jako właściwe i niezbędne), jak i tak, że w danej placówce (dysponującej szczególnie dogodnymi możliwościami) metody postępowania odbiegają *in plus* od tych, które wyznaczają standard.

Innymi słowy, ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym nie zezwala na różnicowanie sposobów postępowania personelu medycznego w zależności od warunków konkretnej placówki służby zdrowia, a jedynie zawiera wskazanie kierowania się nie tylko tym co odzwierciedlono w kanonach wiedzy medycznej, ale także tym co sprawdziło się w praktycznym działaniu. A skoro tak, to **odnotować należy rozbieżność polegającą na tym, że w ustawach określających działania personelu medycznego nie ma wzmianki o obowiązku kierowania się praktyką medyczną, zaś wymóg taki wyrażono w ustawie o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.**

Rozważmy z kolei, jakie w interesującym tu zakresie postanowienia zawiera podstawowy dla określenia praw pacjenta akt prawny, jakim jest ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. W art. 19 ust. 1 pkt 1, określającym prawa pacjenta, znajdujemy takie oto sformułowanie:

„Pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej, a w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń – do korzystania z rzetelnej, opartej na kryteriach medycznych procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń”.

Ujęcie to ani nie zawiera odwołania się do praktyki medycznej, ani też nie ma w nim usprawiedliwienia dla działania wedle tego na co pozwalają możliwości danego zakładu opieki zdrowotnej.

Porównanie treści przywołanych przepisów pozwala na następujące twierdzenia:

- **nie ma spójności pomiędzy postanowieniami ustaw, które wprost dotyczą pozycji pacjenta** (tutaj przyczyną wątpliwości jest to, że tylko ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym przywołuje kryterium praktyki medycznej);
- **charakter obowiązków spoczywających na osobach należących do personelu medycznego nie jest zharmonizowany z kształtem uprawnień przysługujących pacjentowi**, gdyż nie ma jasności co do tego, czy personel medyczny ma obowiązek stosować się do praktyki medycznej, zaś pacjent ma prawo tego oczekiwać.

Opisany stan prawa nie może pozostać bez wpływu na oceny formułowane co do legalności postępowania w konkretnych stanach faktycznych.

Wskazane wątpliwości nie są, niestety, jedynymi, rodzi się bowiem podstawowe pytanie o relację pomiędzy przywołanymi przepisami a postanowieniem zawartym w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, w którym na lekarza nakłada się obowiązek udzielania pomocy lekarskiej – w istocie – we wszelkich przypadkach nie cierpiących zwłoki. Konkretyzując problem należy postawić następujące pytanie: czy w sytuacji nie cierpiącej zwłoki muszą być podjęte działania stosownie do tego co dyktuje wiedza medyczna, niezależnie od tego jakie metody i środki postępowania są dostępne w danej placówce służby zdrowia? Czy też, jeśli warunki danego zakładu opieki zdrowotnej nie pozwalają na postępowanie odpowiadające standardom wiedzy medycznej, pacjent może być leczony wedle zasady „tak krawiec kraje, jak mu materii staje”?

Podjęcie tego zagadnienia wymaga uprzedniego rozstrzygnięcia, kiedy mamy do czynienia z przypadkiem nie cierpiącym zwłoki (art. 30 ustawy o zawodzie lekarza). To zaś jest niemożliwe bez ustaleń dotyczących istoty sytuacji wymagającej „niezwłocznej pomocy lekarskiej” (art. 33 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza).

Z treści art. 30 ustawy o zawodzie lekarza wynika, że lekarski obowiązek udzielania pomocy powstaje jeszcze przed zaistnieniem poważnego niebezpieczeństwa dla zdrowia, bowiem przepis ten nakazuje lekarzowi udzielić pomocy wówczas, „gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia”.

Nie znaczy to jednak, że lekarz musi podjąć interwencję w każdej sytuacji, w której wystąpi jakakolwiek nieprawidłowość w funkcjonowaniu organizmu człowieka, gdyż ustawa nakazuje to czynić w „przypadkach nie cierpiących zwłoki”.

Wobec braku ustawowego określenia sposobu rozumienia pojęcia „przypadek nie cierpiący zwłoki”, odwołać się trzeba do wykładni językowej, która nakazuje przyjąć, że idzie tu o sprawę bardzo pilną, wymagającą natychmiastowego załatwienia (*Słownik języka polskiego* pod red. naukową M. Szymczaka, Warszawa 1981, t III, s. 1074). Zatem przyjąć można, że lekarz ma obowiązek udzielić pomocy już w sytuacji, gdy nie ma jeszcze zagrożenia wystąpienia ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia – o ile wymaga ona natychmiastowego przeciwdziałania, gdyż brak

aktywności doprowadzić może do pogorszenia stanu zdrowia pacjenta bądź też spowodować utrudnienie procesu diagnozowania czy też skomplikować leczenie.

Tezę przeciwną, zgodnie z którą nazwa „przypadek nie cierpiący zwłoki” odnosi się tylko do stanu niebezpieczeństwa dla życia czy zdrowia, trzeba odrzucić, gdyż jej konsekwencją byłaby konieczność uznania, że jakaś część przepisu jest zbędna.

Określiwszy sposób rozumienia pojęcia „przypadek nie cierpiący zwłoki” podjąć trzeba kwestię jego relacji do określenia, występującego w art. 33 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza, w którym mówi się o sytuacji wymagającej „niezwłocznej pomocy lekarskiej”, jako uprawniającej lekarza do podjęcia działania bez zgody pacjenta. Ustawa nie podaje treści i zakresu tej nazwy, toteż nie pozostaje nic innego jak odwołać się do ujęcia słownikowego. Z niego zaś wynika, że „niezwłoczny to taki, który powinien nastąpić w jak najkrótszym czasie, natychmiast, bez zwłoki, natychmiastowo, bezzwłoczny”. (*Słownik...*, t II, s. 377).

W świetle powyższego, jak sądzę, w pełni usprawiedliwione jest twierdzenie, że nazwa „przypadek nie cierpiący zwłoki” wyraża taką samą treść jak określenie odnoszące się do pacjenta wymagającego „niezwłocznej pomocy lekarskiej”.

Konstatacja ta – jak się wydaje jedyna możliwa – upoważnia do postawienia ustawodawcy zarzutu co do zbędnego różnicowania nazewnictwa, którego rezultatem jest konieczność przyjmowania, że na gruncie tej samej ustawy funkcjonują dwie nazwy dla określenia tego samego.

Powróćmy do postawionego powyżej pytania o to, czy lekarz podejmujący interwencję w przypadku nie cierpiącym zwłoki, może przedsięwziąć działanie nieoptymalne w świetle wiedzy medycznej, gdy możliwości placówki służby zdrowia, w której przyszło mu działać, na więcej nie pozwalają. Za udzieleniem odpowiedzi pozytywnej na to pytanie może przemawiać to, że w art. 4 ustawy o zawodzie lekarza wskazano, że jeden z wyznaczników poprawności zachowania lekarza stanowią dostępne mu metody i środki. Jednakże w moim przekonaniu stanowisko takie nie jest prawidłowe. Konieczność jego odrzucenia wynika z przywołanego postanowienia art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej: gdyby intencją ustawodawcy było udzielenie przyzwolenia na leczenie „byle jakie”, wówczas nie byłoby miejsca na unormowanie dotyczące wyczekiwania na odpowiednie świadczenie w kolejce ustalonej wedle kryteriów medycznych. Zatem pacjent znajdujący się w sytuacji nie cierpiącej zwłoki musi uzyskać takie świadczenie zdrowotne, które dyktuje wiedza medyczna (być może musi ono odpowiadać także praktyce medycznej – o czym wyżej była mowa). Jeśli więc możliwości jakie stwarza konkretna placówka służby zdrowia nie pozwalają na działania adekwatne (w myśl wiedzy medycznej) do naglącego charakteru przypadku, wówczas obowiązkiem lekarza jest przekazanie pacjenta do placówki, która posiada odpowiednie warunki. Dopiero, gdyby przekazanie pacjenta okazało się być niemożliwe (np. z powodu zagrożenia dla zdrowia czy życia związanego z transportem chorego), wówczas lekarz będzie uprawniony do podjęcia interwencji w takim kształcie, na jaki pozwalają istniejące warunki. Wtedy rozbieżność pomiędzy tym co wykonał, a tym co należało wykonać, nie może stanowić podstawy zarzutu z uwagi na brak obiektywnych możliwości sprostania wymogom wiedzy medycznej.

W sytuacji, która nie zasługuje na miano nie cierpiącej zwłoki, lekarz nie dysponując możliwościami udzielenia wszystkim potrzebującym świadczenia zdrowotnego odpowiadającego aktualnej wiedzy medycznej, obowiązany jest do ustalenia kolejności dostępu do tego świadczenia zdrowotnego na podstawie kryteriów medycznych (co oznacza, że osoba w gorszym stanie zdrowia powinna je uzyskać wcześniej niż osoba, której kondycja zdrowotna jest lepsza).

Przedstawiony powyżej problem nie znajduje takiego uregulowania ustawowego, które pozwalałoby na uzyskanie nie budzącego wątpliwości rozwiązania – a wszak kwestia jest zasadniczej natury. Przedstawiona tu próba jej rozstrzygnięcia wymagała przeprowadzenia prawniczych dywagacji, uwzględniających postanowienia różnych ustaw – to zaś samo w sobie zasługuje na krytyczną opinię, gdyż zadaniem lekarza (jak też innych osób zaliczanych do personelu medycznego) nie jest przeprowadzanie zawiłych prawniczych wnioskowań. Jakość materii ustawowej powinna pozwolić lekarzowi na uzyskanie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie dotyczące tak podstawowego zagadnienia jak jakość medycznej interwencji – przy tym odpowiedź ta powinna wynikać z podstawowego dla lekarza aktu prawnego jakim jest ustawa o zawodzie lekarza (dotyczy to odpowiednio ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej, jak również ustawy o zawodzie felczera). Nie można także zapominać o tym, że brak jednoznacznej regulacji usprawiedliwia podejmowanie próby uzasadnienia stanowiska przeciwnego, równoznacznego z przyzwoleniem na leczenie poważnych przypadków w sposób nie odpowiadający ich skomplikowanemu charakterowi (niestety znane są przypadki opartej o to stanowisko praktyki).

Oczywiście można wysnuć tezę, że lekarz ma się stosować wyłącznie do tego co określono w ustawie o zawodzie lekarza jako podstawowym dla niego akcie prawnym, wtedy wszakże dochodzi się do tego, że pacjent jest uprawniony do wysunięcia żądania zgodnego z ustawą o zakładach opieki zdrowotnej, zaś lekarz może temu żądaniu odmówić kierując się postanowieniami ustawy o zawodzie lekarza. Taki zaś stan rzeczy trudno uznać za zadowalający.

Pożywkę dla wysnuwania różnorodnych interpretacji stanowi także to, że w różnych aktach prawnych, wyznaczających granice legalności działań medycznych, ustawodawca posiłkuje się terminem „badanie” nie precyzując go. Termin ten pojawia się m. in. w ustawie o zawodzie lekarza, ustawie o zawodach pielęgniarki i położnej, ustawie o zawodzie felczera, ustawie o zakładach opieki zdrowotnej i ustawie o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.

Przyjmuje się, że na gruncie ustawy o zawodzie lekarza termin ten oznacza najbardziej podstawową czynność lekarza, polegającą na oględzinach ciała i badaniu fizykalnym (por. M. Safjan: *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 45; T. Dukiet-Nagórska: *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, *Prawo i Medycyna* 2000, nr 6 -7, s. 88).

Wniosek taki jest wyprowadzany na tej podstawie, że wzmianka o badaniu pojawia się w tej ustawie przede wszystkim wówczas, gdy rygory dotyczące uzyskiwania zgody pacjenta ulegają poluźnieniu:

- opiekun faktyczny może skutecznie wyrazić zgodę tylko na badanie (art. 32 ust. 3);
- w określonych sytuacjach lekarz może podjąć samodzielną decyzję o badaniu (art. 32 ust. 8).

Wskazany kierunek interpretacji znajduje usprawiedliwienie także w tym, że zarówno w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej (art. 3, pkt 1 i 7), jak i ustawie o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, (art. 31 ust. 2 pkt 1 i 2) odróżnia się badanie od badania diagnostycznego.

Opisany powyżej sposób rozumienia terminu „badanie” pozostaje, po pierwsze, w kolizji z potrzebami praktyki medycznej. Lekarze uważają, że badanie polega na podjęciu wszelkich czynności (za wyjątkiem metod o podwyższonym ryzyku), które są niezbędne dla zdiagnozowania pacjenta. Ponadto, rodzi się zasadnicza wątpliwość mająca swą przyczynę w tym, że w aktach prawnych dotyczących zawodów pielęgniarstwa i położnictwa, jak również zawodu felczera, nie znajdujemy treści, które mogłyby pozwolić na takie pojmowanie „badania”, które odpowiadałoby stanowisku ustawy o zawodzie lekarza – choć te grupy zawodowe także są uprawnione do dokonywania badań pacjenta (por. par. 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 lutego 1953 roku w sprawie szczegółowego zakresu uprawnień zawodowych felczera: Dz.U. Nr 18, poz. 73, z późniejszą zmianą; liczne postanowienia Rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 2 września 1997 roku w sprawie zakresu i rodzaju świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych, wykonywanych przez pielęgniarkę samodzielnie, bez zlecenia lekarskiego, oraz zakresu i rodzaju takich świadczeń wykonywanych przez położną samodzielnie, Dz.U. Nr 116, poz. 750). W szczególności zwrócić trzeba uwagę na treść przywołanego rozporządzenia wykonawczego do ustawy o zawodach pielęgniarstwa i położnictwa, gdyż odróżnia się w nim, *expressis verbis*, badanie fizykalne i inne badania – przy czym obydwa rodzaje stanowią postacie świadczeń diagnostycznych (par. 1 pkt 2 i par. 4 pkt 2). Jeśli do tego dodamy – o czym więcej w toku dalszych wywodów – że w ustawie o zawodach pielęgniarstwa i położnictwa nie wyrażono obowiązku uzyskiwania zgody pacjenta na podejmowanie działań, niekonsekwencja ustawodawcy jawi się z całą oczywistością; z literalnego brzmienia przepisów wynika bowiem, że lekarz w sytuacji braku zagrożenia dla życia czy zdrowia może bez zgody pacjenta wykonać jedynie badanie fizykalne (i oględziny ciała), zaś pielęgniarka może znacznie więcej.

Termin „badanie” występuje również w aktach prawnych zawierających regulacje dotyczące poszczególnych rodzajów schorzeń – co stanowi kolejne ogniwo łańcucha interpretacyjnych wątpliwości. To zagadnienie znacznie wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

Przejdźmy do dalszych przesłanek legalności działania osób należących do różnych kategorii personelu medycznego. W ustaleniach tej kwestii dotyczących odwołać się trzeba do cytowanych powyżej sformułowań zawartych w art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i art. 18 ustawy o zawodach pielęgniarstwa i położnictwa. Jeśli pominiemy różnice spowodowane względami redakcyjnymi, to okaże się, że lekarz ma działać z **należyłą starannością**, podczas gdy pielęgniarka i położna ze **szczególną staran-**

nością. Nie są to bynajmniej różnice bez znaczenia, bowiem „należyście” znaczy tyle co: „jak być powinno, jak trzeba; właściwie, odpowiednio” (*Słownik...*, t. II, s. 267), zaś „szczególny” to niezwykły, wyjątkowy, specjalny, nieprzeciętny (*Słownik...*, t. III, s. 398). Zatem z literalnego brzmienia ustawy wynika, że od lekarza prawo wymaga jedynie przeciętnej staranności, zaś od pielęgniarki staranności w stopniu wyższym niż przeciętny. W prawie takie zróżnicowanie pociąga za sobą daleko idące skutki.

Prawo karne wymaga staranności właściwej rozważnemu reprezentantowi określonego kręgu zawodowego (por. np. A. Zoll w pracy: K. Buchała, A. Zoll *Kodeks karny. Część ogólna*, Zakamycze 1998, s. 99), toteż podniesienie tutaj poziomu wymagań stanowiłoby wyjątek od reguły, którego istnienie wymaga należytego uzasadnienia. W moim przekonaniu takie uzasadnienie nie istnieje.

Jeszcze bardziej zadziwiający niż opisane zróżnicowanie wymagań w zakresie staranności działania występujące pomiędzy lekarzem a pielęgniarką, jest to, że w ustawie z dnia 20 lipca 1950 roku o zawodzie felczera – ostatnio nowelizowanej w 2000 roku (Dz.U. Nr 36, poz. 336) – nie ma jakichkolwiek sformułowań wyrażających wymogi z zakresu staranności działania, zaś felczer jest uprawniony do samodzielnego udzielania pomocy leczniczej w przypadkach nie wymagającej pomocy specjalistycznej, co obejmuje zbadanie chorego, ustalenie rozpoznania oraz leczenie chorego (por. par. 2 ust. 1 wskazanego powyżej rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 lutego 1953 r.).

Powyżej zostały omówione postanowienia ustaw wskazujące na zróżnicowanie wymogów stawianych osobom wykonującym poszczególne zawody medyczne. Oczywiście rzecz nie polega na tym, by dążyć do jednolitości za wszelką cenę, jednakże występujące odmienności powinny mieć racjonalne wytłumaczenie. Spójrzmy pod tym kątem na niektóre dalsze unormowania.

Ustawa o zawodzie lekarza słusznie przyjmuje jako punkt wyjścia tezę o prawie pacjenta do samostanowienia, gdyż prawo takie da się wywieść z postanowień konstytucji. Nadto prawo pacjenta do „wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji” statuje art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Nie można też zapominać, że kodeks karny zawiera w art. 192 typizację przestępstwa polegającego na wykonaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. W konsekwencji tego, liczne postanowienia ustawy o zawodzie lekarza są poświęcone kwestii zgody pacjenta. Ustawa określa wymogi wyrażania przez pacjenta zgody samodzielnie, reguluje także zagadnienie tzw. zgody zastępczej, czyli wyrażanej przez inny podmiot niż pacjent (w tym sąd rodzinny), jak również normuje kwestię zgody pacjenta niezdolnego do samodzielnego wyrażania zgody, a jedynie współuczestniczącego w jej wyrażaniu. Ustawa różnicuje wymagania w zakresie zgody w zależności od tego, czy idzie o tzw. badanie czy też inny rodzaj interwencji medycznej. Nadto, pomieszczono w niej szczególne wymogi związane z przeprowadzaniem zabiegu chirurgicznego, bądź metody postępowania o podwyższonym ryzyku.

Można powiedzieć, że ustawa o zawodzie lekarza zawiera – lepszą lub gorszą, o czym poniżej – ale jednak obszerną regulację kwestii zgody pacjenta. Podobnie

rzecz się przedstawia w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. Nr 111, poz. 535).

Na tym tle wydawałoby się oczywiste pomieszczenie odpowiednich regulacji w ustawie o zawodach pielęgniarki i położnej. Tak jednak się nie stało; ustawa ta nie zawiera żadnego ustosunkowania się do kwestii odbierania przez pielęgniarkę lub położną zgody. Jest to tym bardziej zastanawiające, że są one uprawnione do samodzielnego udzielania (w określonym zakresie) świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych (art. 4 ust. 2 pkt 5, art. 5 ust. 2 pkt 7 tejże ustawy). Niektóre z tych działań określić można mianem intensywnych. Dla przykładu:

- położna jest uprawniona do samodzielnego dokonywania zewnętrznego i wewnętrznego badania położniczego, prowadzenia i przyjęcia porodu fizjologicznego, pobierania materiałów do badań diagnostycznych i bakteriologicznych (par. 4 przywołanego wcześniej Rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 2 września 1997 roku); w związku z samodzielnym wykonywaniem świadczeń leczniczych jest również uprawniona do podania doraźnie w nagłych przypadkach, bez zlecenia lekarza, leków określonych w specjalnym wykazie, przy czym został sformułowany osobny wykaz leków, które mogą zostać przez nią podane w przypadku braku możliwości interwencji lekarskiej, gdy zwłoka w ich podaniu stwarza zagrożenie dla życia i zdrowia matki i /lub dziecka (par. 5 cytowanego Rozporządzenia);

- pielęgniarka może samodzielnie bez zlecenia lekarskiego wykonywać badanie fizykalne, pobierać materiał do badań bakteriologicznych (np. wymazów z nosa, gardła i narządów płciowych), zakładać zgłębnik do żołądka, zakładać cewnik do pęcherza moczowego, wykonywać zabiegi doodbytnicze, podawać dożylnie leki, przetaczać dożylnie płyny (par. 1 omawianego Rozporządzenia); w związku z samodzielnym wykonywaniem świadczeń leczniczych pielęgniarka jest uprawniona do podania pacjentowi doraźnie w nagłych wypadkach, bez zlecenia lekarza, leków zamieszczonych w specjalnym wykazie, zawartym w par. 2 cytowanego Rozporządzenia).

Także ustawa o zawodzie felczera nie zawiera jakichkolwiek stwierdzeń wyrażających obowiązek uzyskiwania zgody pacjenta.

Taki stan rzeczy usprawiedliwia postawienie pytania czy na pielęgniarce, położnej i felczerze spoczywa obowiązek uzyskiwania zgody pacjenta.

Odpowiedź może być tylko twierdząca: istnienie tego obowiązku wynika z regulacji składających się na obowiązujący porządek prawny – poczynając od konstytucji, poprzez ustawę o zakładach opieki zdrowotnej, a na kodeksie karnym kończąc. Jednakże brak wzmianki na ten temat w ustawach stanowiących podstawowy dla wykonywania zawodu akt prawny może spowodować wystąpienie błędu co do prawa. Wobec tego, brak w ustawie o zawodach pielęgniarki i położnej oraz w ustawie o zawodzie felczera unormowań wyrażających obowiązek uzyskiwania zgody pacjenta na podejmowane działania, uznać należy za istotny mankament.

Poruszywszy zagadnienie prawa pacjenta do samostanowienia, zwrócić trzeba uwagę na postanowienia ustawy o zawodzie lekarza dotyczące sytuacji, gdy pacjent

nie jest uprawniony do samodzielnego decydowania o sobie, a jedynie współdecyduje. Przepis wymagający w związku z tym zagadnieniem analizy, ma następujące brzmienie (jest to art. 32 ust. 6): „Jeżeli jednak małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody, wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego”.

Wątpliwość, jaka rodzi się na tle sformułowań ustawy, wiąże się z użyciem określenia „niewyrażenia przez nich zgody”: czy mowa tu o braku zgody opiekuna faktycznego bądź przedstawiciela ustawowego, czy też idzie o sytuację, gdy brak zgody pochodzi zarówno od współdecydującego pacjenta, jak i przedstawiciela ustawowego (opiekuna faktycznego). Powstaje mianowicie pytanie, czy decyzja sądu opiekuńczego zezwalająca na podjęcie działania przez lekarza (z natury rzeczy związana z inicjatywą lekarza) może być wydana, gdy interwencji sprzeciwia się zarówno współdecydujący pacjent, jak i jego przedstawiciel ustawowy (opiekun faktyczny). Innymi słowy, czy podwójny sprzeciw wiąże lekarzowi ręce? Na to pytanie nie sposób na gruncie ustawy znaleźć jednoznacznej odpowiedzi. W moim przekonaniu, sąd opiekuńczy powinien mieć możliwość skontrolowania prawidłowości każdej decyzji przedstawiciela ustawowego, jeśli powstają jakiegokolwiek wątpliwości co do jego działania dla dobra podopiecznego – z taką zaś wątpliwością mamy do czynienia wtedy, gdy lekarz zaleca pewien sposób postępowania, a przedstawiciel ustawowy (opiekun faktyczny) się temu sprzeciwia. Toteż uważam, że w omawianej sytuacji lekarz jest uprawniony do wystąpienia do sądu opiekuńczego z wnioskiem o wyrażenie przezeń zgody.

Kolejna, zasadniczej natury, niejasność wiąże się z treścią art. 34 ust. 6 i 7. Przepisy te dotyczą podejmowania przez lekarza zabiegu operacyjnego lub innej metody postępowania (w zakresie diagnozy lub terapii) o podwyższonym ryzyku. Art. 34 ust. 6 głosi, że w razie sprzeciwu przedstawiciela ustawowego zgoda może być wyrażona przez sąd opiekuńczy, jeśli opisane wyżej działania są „niezbędne dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała, bądź ciężkiego rozstroju zdrowia”. W kolejnym ustępie ustawa stanowi, że lekarz może podjąć opisane działania „bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta, bądź zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia”.

Na tym tle postawione być musi następujące pytanie: czy art. 34 ust. 7 pozwala lekarzowi na podjęcie samodzielnej decyzji wobec sprzeciwu przedstawiciela ustawowego? Pytanie to ma duże znaczenie dla praktyki – o czym świadczą przypadki sprzeciwiania się pewnym interwencjom medycznym przez rodziców wyznających określoną wiarę.

W moim przekonaniu, wskazane postanowienia ustawowe upoważniają lekarza do podjęcia takich działań, jakie są wskazane ze względów medycznych, gdyż nie

znajdujemy w nich odesłania do konkretnej sytuacji uzyskiwania zgody sądu opiekuńczego – przypis art. 34 ust. 6 ma na uwadze wszelkie przypadki, w których decyzja sądu opiekuńczego jest podejmowana, a więc i sytuację, gdy przedstawiciel ustawowy odmawia zgody.

Przedstawiony kierunek interpretacji nie jest bezdyskusyjny. Można mianowicie twierdzić, że art. 34 ust 7 ustawy o zawodzie lekarza dotyczy wyłącznie sytuacji cechującej się tym, że ani przedstawiciel ustawowy ani sąd nie zajmowały stanowiska, nie obejmuje zaś swym zakresem sytuacji, gdy przedstawiciel ustawowy sprzeciwił się interwencji lekarskiej, a sąd jeszcze nie zajął stanowiska.

Niejednolicie uregulowano także, spoczywający na osobach należących do personelu medycznego, obowiązek w zakresie niesienia pomocy osobom jej potrzebującym.

Lekarz, na mocy art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, ma obowiązek udzielać pomocy w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach nie cierpiących zwłoki. W świetle tego sformułowania nie może być wątpliwości, że **obowiązek ten powstaje przed zaistnieniem rzeczywistego zagrożenia dla zdrowia człowieka**, ustawa bowiem odwołuje się do sytuacji potencjalnego niebezpieczeństwa dla zdrowia – wskazuje na to zwrot „zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo” – była o tym mowa powyżej.

Natomiast w art. 7 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej stanowi się, że nie można odmówić świadczenia zdrowotnego „jeżeli osoba zgłaszająca się do zakładu opieki zdrowotnej potrzebuje natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie życia albo zdrowia”. Sformułowanie to wyraża **nakaz podjęcia działania dopiero w razie wystąpienia niebezpieczeństwa dla życia czy zdrowia**. Tak więc lekarz zatrudniony w zakładzie opieki zdrowotnej może znaleźć się w konflikcie, gdyż obowiązek działania jego pracodawcy (jakim jest zakład opieki zdrowotnej) powstaje później niż obowiązek jego jako lekarza – życie przyniosło już tragiczne ilustracje skutków tej niejednorodności.

Obowiązek udzielenia pomocy przez pielęgniarkę czy położną – zgodnie z treścią art. 19 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej – powstaje dopiero w „przypadku niebezpieczeństwa utraty życia, poważnego uszczerbku na zdrowiu pacjenta”. Zatem kształt tego obowiązku jest lepiej, niż w przypadku lekarza, dostosowany do obowiązku spoczywającego na zakładzie opieki zdrowotnej, lecz i tu występuje różnica, która może się okazać brzemienne, jeśli idzie o konsekwencje prawnej natury. Otóż w ramach zakładu opieki zdrowotnej pomoc musi być udzielona już wówczas, gdy istnieje **zagrożenie dla zdrowia**, podczas gdy pielęgniarka (położna) ma obowiązek interweniowania dopiero w razie zaistnienia niebezpieczeństwa **poważnego uszczerbku na zdrowiu**.

Krótko mówiąc, lekarz ma obowiązek interweniować już w razie potencjalnego niebezpieczeństwa dla życia czy zdrowia, zaś pielęgniarka (położna) dopiero z chwilą jego urzeczywistnienia.

Jeszcze inaczej ujęty jest obowiązek udzielania pomocy przez felczera. W art. 6 ustawy o zawodzie felczera stanowi się co następuje: „W nagłych wypadkach nie wolno felczerowi (starszemu felczerowi) odmówić udzielenia pomocy choremu do czasu przybycia lekarza”.

Pierwsza wątpliwość, jaka się tu rysuje, wiąże się z użyciem określenia „nagły wypadek”, które w ustawie nie jest definiowane. Wobec tego konieczne jest sięgnięcie po wykładnię językową, Słownik języka polskiego przywołuje dwa znaczenia tego terminu:

„zjawiający się z nienacka, zaskakujący, niespodziewany, raptowny” oraz „nie cierpiący zwłoki, pilny, nagły, palący, natychmiastowy” (*Słownik...*, T.II. s. 258). W świetle tych ustaleń przyjąć można, że termin „przypadek nie cierpiący zwłoki”, występujący w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, pokrywa się pod względem treści i zakresu z terminem „nagły wypadek”, występującym w ustawie o zawodzie felczera.

Można zatem powiedzieć, że normatywne ujęcie obowiązku udzielania pomocy jest tożsame w przypadku lekarza i felczera, zaś obowiązek ten jest ukształtowany inaczej w odniesieniu do pielęgniarek i położnych. To zróżnicowanie usprawiedliwia pytanie o racje leżące u jego podstaw. W moim przekonaniu trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie takiego stanu rzeczy.

Opisanemu zróżnicowaniu obowiązku udzielania pomocy towarzyszy niejednolity zakres ochrony przydawanej przez prawo lekarzom i pielęgniarkom (położnym), który – gdyby rozwiązanie podyktowane było racjonalizmem – powinien być szerszy w odniesieniu do lekarzy, skoro stawia się im większe wymagania, zaś węższy w przypadku pielęgniarek (położnych), skoro ich obowiązki są mniejsze. Niestety tak nie jest.

Lekarzowi świadczącemu pomoc doraźną, jak też w sytuacji udzielania opisanej powyżej pomocy, na mocy art. 44 ustawy o zawodzie lekarza, przysługuje ochrona należna funkcjonariuszom publicznym. Natomiast pielęgniarka czy położna z ochrony tej korzysta nie tylko wtedy, gdy udziela pomocy w opisanym powyżej zakresie, ale także wtedy, gdy wykonuje zawód na podstawie umowy o pracę. **Dlaczego lekarz wykonujący zawód na podstawie umowy o pracę i przyjmujący w ramach ostrego dyżuru nietrzeźwego pacjenta nie jest chroniony w sposób szczególny, zaś pielęgniarka w dokładnie takiej samej sytuacji korzysta ze szczególnej ochrony?**

Równie zastanawiający jest brak jakichkolwiek postanowień dotyczących zakresu ochrony przysługującej felczerowi udzielającemu pomocy w nagłym wypadku.

Z dokonanych powyżej ustaleń wynika pilna potrzeba uporządkowania regulacji ustawowych dotyczących poszczególnych grup zawodowych zaliczanych do zawodów medycznych, tak by istniała jasność co do obowiązków spoczywających na uprawiających je osobach. Ewentualne zróżnicowania w tym względzie powinny wynikać z racjonalnych przesłanek, zaś szczególna ochrona przydawana przez prawo winna być odpowiednia do charakteru obowiązków i związanego z ich wypełnianiem ryzyka.

Teresa Dukiet-Nagórska

Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach (Dz.U. Nr 126, poz. 1384)

- Przywołana w tytule ustawa (zwana dalej „ustawą”) zastępuje trzy akty prawne:
- ustawę z dnia 13 listopada 1963 roku o zwalczaniu chorób zakaźnych (Dz.U. Nr 50, poz. 279 z późn. zm.);
 - ustawę z dnia 22 kwietnia 1959 roku o zwalczaniu gruźlicy (Dz.U. Nr 27, poz. 170 z późn. zm);
 - dekret z 16 kwietnia 1946 roku o zwalczaniu chorób wenerycznych (Dz.U. Nr 51, poz. 394 z późn. zm.).

Sam zamysł stworzenia nowych i jednolitych podstaw prawnych dla zwalczania chorób zakaźnych ocenić należy pozytywnie, gdyż uchylone przepisy były niejednokrotnie anachroniczne (tytułem przykładu wspomnę, że dekret o zwalczaniu chorób wenerycznych zawierał zakaz wstępowania przez osoby dotknięte chorobą weneryczną w związki małżeńskie oraz zakaz podejmowania przez nie obcowania płciowego – art. 3 ust. 1 lit. a i b), a ponadto nie było racjonalnego uzasadnienia dla takiego różnicowania postępowania, które wprowadzały przywołane akty prawne.

Rządowy projekt został skierowany do Sejmu wraz z uzasadnieniem, w treści którego znajdujemy takie sformułowanie: „(...) rozwiązania wprowadzone w projekcie ustawy stanowią kompromis pomiędzy zapewnieniem efektywnej ochrony społeczeństwa przed niebezpieczeństwami i skutkami chorób zakaźnych i zakażeń, a maksymalnym poszanowaniem praw i wolności jednostki. Prawa i wolności jednostki zostały ograniczone jedynie ze względu na nadrzędne dobro, jakim jest ochrona zdrowia całego społeczeństwa”.

Z zacytowanego fragmentu wynika, że ustawodawca przy konstruowaniu ustawy przyjął ze wszech miar słuszne założenie. Przydana przez przepisy Konstytucji (a także akty prawa międzynarodowego) ochrona wolności osobistej i prawa człowieka do samostanowienia doznaje ograniczeń tylko wówczas, gdy jest to nieodzowne dla

ochrony innych wartości, które ustawodawca uznaje za posiadające wyższą rangę. Zasadę tę wyraża art. 31 Konstytucji, który statuując ochronę prawną wolności człowieka, równocześnie w ustępie 3 stanowi co następuje: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź ochrony środowiska, zdrowia lub moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

Ta ogólna zasada wyznacza zakres prawa, przyznanego przepisami Konstytucji, do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47). Innymi słowy, Konstytucja nie stwarza dla wolności człowieka i jego prawa do samostanowienia ochrony nieograniczonej, bowiem dopuszcza naruszanie tych wartości z uwagi na konieczność zapewnienia ochrony innym dobrom. Zatem zakomponowane w ustawie rozwiązania, wprowadzające obowiązek poddania się badaniu, leczeniu, izolacji, hospitalizacji czy kwarantannie, są dozwolone – wszakże przy spełnieniu warunków określonych w Konstytucji. Zasadne jest wobec tego podjęcie analizy mającej na celu ustalenie czy warunków tych dochowano.

Nie ulega wątpliwości, że formalnoprawny warunek regulowania ograniczenia wolności obywatelskich w ustawie jest spełniony. Natomiast rozważyć trzeba, czy ingerencja w sferę wolności i praw obywatelskich znajduje należyte uzasadnienie potrzebą ochrony innych dóbr prawnie chronionych, oraz czy ingerencja ta jest prawidłowo ukształtowana, a zwłaszcza, czy odpowiada standardom jakie wyznacza zasada przyzwoitej legislacji. Tej właśnie kwestii jest poświęcone niniejsze opracowanie.

Dokonanie oceny prawidłowości rozwiązań przyjętych w ustawie poprzedzić trzeba ich przedstawieniem – przynajmniej w ogólnych zarysach.

Ustawa zawiera – co należy ocenić pozytywnie – definicje podstawowych pojęć, którymi się posługuje, w szczególności określono w niej „chorobę zakaźną” i „zakażenie”, czemu towarzyszy (zawarty w załączniku nr 1 do ustawy) wykaz chorób zakaźnych i zakażeń.

Choroby zakaźne to „choroby, które zostały wywołane przez drobnoustroje, ich toksyczne produkty, a także przez pasożyty lub inne biologiczne czynniki chorobotwórcze, które ze względu na charakter i sposób szerzenia się stanowią zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi” (art. 2 pkt 2). Natomiast, zakażenie to „wniknięcie i rozwój w organizmie żywym biologicznego czynnika chorobotwórczego” (art. 2 pkt 25).

Z przytoczonych definicji wynika, że o chorobie zakaźnej i zakażeniu można mówić nie tylko wówczas, gdy źródłem zakażenia jest człowiek (tytułem przykładu przywołać można, objęty wykazem stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy – tężec, w przypadku którego źródłem zakażenia jest gleba zakażona laseczką tężca czy też wściekliznę, której źródłem zakażenia są zwierzęta – por. „*Choroby zakaźne i pasożytnicze. Zapobieganie i zwalczanie*”, praca zbiorowa pod red. W. Magdzika, Kraków 1993, s. 336, 409). Trzeba także zwrócić uwagę, że zawarty w załączniku nr 1 do ustawy wykaz chorób zakaźnych i zakażeń obejmuje nie

tylko choroby o ciężkim przebiegu (jak np. dżuma czy cholera), ale także takie, które na takie miano nie zasługują (np. grypa).

Pewne postanowienia ustawy odnoszą się do zwalczania chorób zakaźnych i zakażeń w ogólnym, wyżej przytoczonym, znaczeniu, są wszakże unormowania o węższym zakresie – np. dotyczące chorób przenoszonych drogą kontaktów seksualnych (art. 20 ust. 2 i 5), chorób przenoszonych z matki na dziecko w okresie życia płodowego (art. 6 ust. 1 pkt 1), a także gruźlicy płuc (art. 31).

Pośród innych, niż wskazane powyżej, definicji ustawy zwrócić trzeba uwagę zwłaszcza na ujęcie hospitalizacji, przez którą rozumie się „umieszczenie zakaźnie chorego lub podejrzanego o chorobę zakaźną w szpitalu w celu diagnozowania, leczenia lub izolacji” (art. 2 pkt 6).

Mając na względzie cel niniejszego opracowania konieczne jest przywołanie przepisu art. 5 ust. 1 ustawy, w którym na osoby przebywające na terytorium Polski nałożono obowiązek:

- 1) poddawania się badaniom, mającym na celu wykrywanie zakażeń i chorób zakaźnych, w tym również poddawania się postępowaniu mającemu na celu pobranie lub dostarczenie materiału do tych badań,
- 2) poddawania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym,
- 3) poddawania się obowiązkowemu leczeniu, obowiązkowej hospitalizacji, izolacji, kwarantannie i nadzorowi epidemiologicznemu,
- 4) udzielania wyjaśnień istotnych dla zapobiegania chorobom zakaźnym.

Konkretyzację obowiązku poddania się badaniom znajdujemy w art. 6, na mocy którego „badaniom mającym na celu wykrywanie zakażeń i chorób zakaźnych podlegają:

- 1) kobiety w ciąży, które były narażone na zakażenie HIV, oraz noworodki urodzone przez matki zakażone HIV lub krętkiem białym – badaniom w kierunku tych zakażeń,
- 2) osoby, które były narażone na zakażenie przez kontakt z osobami zakażonymi, chorymi lub materiałem zakaźnym – badaniom w kierunku błonicy, cholery, czerwonki, duru brzuszego, durów rzekomych A,B i C, nagminnego porażenia dziecięcego,
- 3) nosiciele i ozdowieńcy po błonicy, cholerze durze brzusznej, durach rzekomych A,B,C, salmonelozach i czerwonce wywołanej pałeczkami *Shigella* – badaniom na nosicielstwo,
- 4) osoby podejmujące lub wykonujące prace, przy wykonywaniu których istnieje możliwość przeniesienia zakażenia na inne osoby – badaniom w kierunku zakażenia prątkami gruźlicy, pałeczkami duru brzuszego, durów rzekomych A, B, C, innymi pałeczkami z rodzaju *Salmonella* i *Shigella*,
- 5) uczniowie szkół i studenci szkół wyższych kształcących do wykonywania prac, o których mowa w pkt 4 – badaniom w kierunku zakażenia prątkami gruźlicy, pałeczkami duru brzuszego, durów rzekomych A, B, C, innymi pałeczkami z rodzaju *Salmonella* i *Shigella*, bezpośrednio przed rozpoczęciem praktycznej nauki zawodu”.

Natomiast pozostałych obowiązków dotyczą postanowienia szczegółowe zawarte w:

- art. 28, poświęconym obowiązkowej hospitalizacji;
- art. 31, opisującym obowiązkowe badania ambulatoryjne osób chorych na gruźlicę płuc;
- art. 14, regulującym obowiązkowe szczepienia.

Przed przystąpieniem do dalszych uwag przywołać trzeba także art. 25 ust. 1 ustawy, który ustala mechanizm działania związanego z egzekwowaniem obowiązków nałożonych przez ustawę. Przepis ten ma następujące brzmienie:

„W razie stwierdzenia lub podejrzenia choroby zakaźnej lub zakażenia właściwy inspektor sanitarny, w przypadkach określonych w ustawie, w drodze decyzji administracyjnej może nakazać poddanie chorego lub podejrzanego o zachorowanie lub zakażenie badaniom, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2, obowiązkowemu leczeniu, obowiązkowej hospitalizacji, izolacji, kwarantannie lub nadzorowi epidemiologicznemu”.

Na tle przedstawionego unormowania powstają wątpliwości zasadniczej natury. Pierwsza tyczy relacji pomiędzy uprawnieniem do nałożenia obowiązku badania a uprawnieniem do nałożenia obowiązku poddania się obowiązkowej hospitalizacji. Obowiązkowe badania, o których mowa w art. 25 ust. 1 – na skutek przywołania w jego treści art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy – prowadzone być mogą tylko w kierunku wirusa HIV, zarażenia krętkiem bladym, błonicy, cholery, czerwonki, duru brzuszego, durów rzekomych A, B i C oraz nagminnego porażenia dziecięcego.

Wobec tego zasadnie może być postawione pytanie, czy enumeratywne wyliczenie kierunku badań zawarte w art 6 ust. 1 pkt 1 i 2 przesądza o dopuszczalnym zakresie obowiązkowej hospitalizacji? Za udzieleniem odpowiedzi negatywnej przemawia szeroko ujęty katalog chorób zakaźnych i zakażeń, określony w załączniku nr 1 do ustawy – jakież sens miałoby ujmowanie w nim licznych chorób zakaźnych i zakażeń, jeśli w ślad za tym wyliczeniem nie miałyby pójść możliwość podjęcia tak istotnego działania. Za tym kierunkiem interpretacji przemawia także to, że na mocy art. 28 ustawy, obowiązkowej hospitalizacji podlegają te osoby, co do których nie przewidziano obowiązkowego badania w treści art. 6 ustawy. Dotyczy to:

- osób chorych na gruźlicę w okresie prątkowania lub osób **z uzasadnionym podejrzeniem** o prątkowanie;
- osób chorych i **podejrzanych o zachorowanie** na dżumę, inne, niż nagminne porażenie dziecięce, ostre porażenia wiotkie (w tym zespół Guillaina-Barrego, tularemie, zapalenie mózgu, zapalenie opon mózgowo-rdzeniowych, żółta gorączkę i wirusowe gorączki krwotoczne.

Zatem obowiązkowa hospitalizacja oparta być może o wystąpienie podejrzenia, które tylko w przypadku prątkowania musi być uzasadnione, w odniesieniu do innych wymienionych jednostek chorobowych wystarczy „zwykłe” podejrzenie. Rozwiązanie to budzi zastrzeżenia nie tylko z powodu tego zróżnicowania, które zdaje się nie mieć racjonalnych podstaw, ale także dlatego, że ustawa nie określa, kiedy

mamy do czynienia z osobą podejrzaną o zachorowanie. Ustawa definiuje jedynie pojęcie „podejrzanego o chorobę zakaźną”, przez co rozumie się tu „osobę, u której występują objawy kliniczne wskazujące na chorobę zakaźną lub która pozostawała w bezpośredniej lub pośredniej styczności ze źródłem zakażenia” (art. 2 pkt 14). Występują tu dwie różne nazwy, a wszak racjonalny ustawodawca na określenie tego samego, w obrębie tej samej ustawy, nie powinien używać zróżnicowanej aparatury pojęciowej. Jednakże, nawet jeśli się przejdzie do porządku dziennego nad tą, bądź co bądź niewielką, usterką, to i tak konieczne jest postawienie zarzutu w związku z tym, że **ustawa dopuszcza obowiązkową hospitalizację na tej tylko podstawie, że ktoś miał pośredni kontakt ze źródłem zakażenia, a nie przewiduje prowadzenia badań weryfikujących to podejrzenie. Rozwiązanie to zdaje się być zbyt daleko idące.**

Wątpliwości potęgują się jeśli uwzględnimy, że zakres omawianego przepisu art. 25 ust. 1 determinuje także sposób postępowania względem osób przybywających z zagranicy, względem których istnieje co najmniej uzasadnione podejrzenie choroby zakaźnej: na mocy art. 27 ust. 1 ustawy osoby te „mogą być poddane badaniom określonym w art. 5 ust. 1 pkt 1 i obowiązkowemu leczeniu lub obowiązkowej hospitalizacji, izolacji, kwarantannie lub nadzorowi epidemiologicznemu, na zasadach określonych w art. 25 ust. 1”. Nie jest jasne, czy to odesłanie do zasad określonych w art. 25 ust. 1 dotyczy także badania. Gdyby tak miało być, wówczas w grę wchodziłyby tylko badania wymienione w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2, gdyż art. 25 ust. 1 odwołuje się do tego przepisu. *Ratio legis* przemawia za przyjęciem, że przybywający z zagranicy mogą być poddani nie tylko badaniom określonym w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2, bowiem w przepisie tym wymienia się te choroby i zakażenia, które w Polsce stanowią problem zdrowotny (za wyjątkiem cholery), podczas gdy uregulowanie zawarte w art. 27 powinno pozwalać także na interwencje związane z tymi, które mogą być do Polski zawleczone. Ten sposób odczytywania ustawy znajduje potwierdzenie w usytuowaniu zwrotu dotyczącego zasad określonych w art. 25 ust. 1: otóż występuje on na końcu zdania, a nie tam, gdzie omawia się kwestię badań.

Opisany kierunek interpretacji prowadzi wszakże do wniosku, że **ustawa rygorystycznie wylicza badania obowiązkowe, którym mogą być poddane osoby nie wyjeżdżające z kraju, zaś pozostawia całkowitą swobodę w zakresie poddawania badaniom osób przybywających z zagranicy – to zaś wydaje się być nieprawidłowe, gdyż pozwala na dowolność postępowania aparatu administracyjnego.** Zagrożenia z tym związane wcale nie są abstrakcyjne, wystarczy przywołać ewentualność wykorzystania tego mechanizmu w walce z migracją do Polski.

Jak się wydaje, **śluszne byłoby ustanowienie wykazu obowiązkowych badań, którymi objęte być mogą osoby przybywające z zagranicy.**

Zawarte w art. 25 ust. 1 odesłanie do art. 6 ust. 1 pkt 1 powoduje konieczność postawienia jeszcze jednego pytania: czy poprzez wskazanie w tym przepisie, że obowiązkowymi badaniami w kierunku HIV objęte są ciężarne, które były narażone na zakażenie HIV oraz noworodki, przesądzono o niepoddawaniu obowiązkowym badaniom tego rodzaju innych osób (starszych, nie będących w ciąży)?

Literalne brzmienie ustawy pozwala na udzielenie jedynie odpowiedzi twierdzącej. Jednakże rozwiązanie jakie uzyskujemy na tej drodze zdaje się ilustrować brak konsekwencji ustawodawcy, który w odniesieniu do osób przybywających z zagranicy przewiduje możliwość obowiązkowych badań nie wyłączając możliwości badania w kierunku HIV. Krótko mówiąc, osoby przybywające z zagranicy mogą być przebadane w kierunku HIV, zaś na takie, które Polski nie opuszczają, nie można nałożyć takiego obowiązku, choćby co do nich istniało podejrzenie o zakażenie czy chorobę AIDS.

Źródłem zakażenia w przypadku wirusa HIV może być człowiek, toteż ustalenie w drodze badania zakażenia czy choroby zakaźnej odgrywa w tym przypadku rolę w zapobieganiu szerzeniu się zakażenia – obowiązkowe badania osób, które miały kontakt z osobami chorymi, zakażonymi lub materiałem zakaźnym mogłyby się przyczynić do zapobiegania rozprzestrzenianiu się zakażenia czy choroby AIDS. Ustawodawca jednakże nie poszedł w tym kierunku. Można się domyślać, że stało się tak z uwagi na specyfikę tego zakażenia i choroby (problem stygmatyzacji, nietolerancji etc), gdyż na pewno stanowisko to nie zostało wymuszone ograniczeniami wynikającymi z Konstytucji. Rozwiązanie przeciwstawne nie naruszałoby w żadnej mierze przepisów ustawy zasadniczej, gdyż zezwala ona na ograniczanie praw i wolności obywatelskich w dążeniu do ochrony zdrowia innych osób. Jednakże należało postąpić analogicznie, jeśli idzie o osoby przybywające z zagranicy.

Trzeba także wyrazić zdziwienie w związku z nałożeniem obowiązku badania na nosicieli i ozdrowieńców po myśli art. 6 ust. 1 pkt 3, gdyż na straży tego obowiązku nie stoi żadna forma przymusu. Inspektor sanitarny nie ma w tym przypadku uprawnienia do wydania decyzji administracyjnej (jego kompetencją objęto jedynie ustalenie obowiązku badań wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2), co przesądza, że nie wchodzi tu w grę odpowiedzialność za wykroczenie z art. 115 kw, bowiem obiektywnym warunkiem karalności za to wykroczenie ustawodawca uczynił tu uprzednie zastosowanie środków egzekucji administracyjnej.

Nie jest także możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności za wykroczenie z art. 35 ustawy. Niemożność ta ma swoją przyczynę w niefortunnym ujęciu znamion wykroczenia z art. 35 ust. 2 ustawy. Przepis ten odwołuje się jedynie do ogólnie sformułowanych obowiązków z art. 5 i 13 ustawy oraz nakazów i zakazów określonych w art. 25 ustawy. Ogólnikowość przywołanych postanowień sprawia, że ich stosowanie bez równoczesnego posiłkowania się normami uszczegóławiającymi byłoby wadliwe z uwagi na brak wystarczającego określenia istoty wykroczenia. Z tego powodu konieczne jest uzupełnienie zestawu ustawowych znamion o te, które wynikają z przepisów konkretyzujących – te zaś nie obejmują obowiązku przewidzianego w art. 6 ust. 1 pkt 3 (w art. 25 nawiązuje się do obowiązku badania wskazanego w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy).

Należy też zauważyć, że zamieszczenie w samej ustawie wykazu chorób zakaźnych i zakażeń, obowiązkowych badań, jak również obowiązkowych szczepień może spowodować rychłą konieczność zmiany ustawy, wykazy te bowiem mogą się zdezaktualizować w związku z postępowaniem medycyny z jednej, a jej niepowodzeniami z dru-

giej strony. Bardziej funkcjonalnym rozwiązaniem byłoby chyba umieszczenie normy o charakterze blankietowym i jej uzupełnienie w drodze rozporządzenia.

Zastrzeżenia budzi przyjęta w ustawie koncepcja, zgodnie z którą w sprawach interwencji medycznych – czyli badania lub leczenia – stosuje się administracyjnoprawny tryb postępowania. Rozwiązanie to może być zasadnie zakwestionowane z uwagi na gwarantowane w art. 77 ust. 1 Konstytucji prawo rozpatrzenia sprawy przez sąd (ustawa przewiduje drogę sądową tylko w przypadku braku zgody na hospitalizację, izolację i kwarantannę – o czym dalej).

Wszystkie ustawy składające się na prawo medyczne, przewidujące podejmowanie decyzji w sprawach medycznych przez organ państwowy, odwołują się do postępowania sądowego, a nie administracyjnego. Dlaczego zatem w tym przypadku zastosowano odmienne rozwiązanie? Nie znajduję racjonalnego uzasadnienia dla tej odrębności.

Nadto tryb administracyjnoprawny zdaje się nie przystawać do działań medycznych z poniżej przedstawionych względów.

Konsekwencją wydawania decyzji administracyjnej w sprawie obowiązkowego badania, leczenia, hospitalizacji, izolacji, kwarantannie lub nadzorowi epidemiologicznemu, jest poddanie – w przypadku braku dobrowolności po stronie zobowiązanego – jej wykonania ustawie z dnia 17 czerwca 1966 roku o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. 1991, Nr 36, poz. 161 z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą egzekucyjną”. Ustawa egzekucyjna w dziale III poświęconym egzekucji obowiązków o charakterze niepieniężnym przewiduje dwa środki, które mogą znaleźć zastosowanie: grzywnę w celu przymuszenia oraz przymus bezpośredni (art. 116 pkt 1 i 5). Stosowanie tego pierwszego środka może się okazać nieefektywne. Nadto prawdopodobne jest nadmierne skumulowanie się dolegliwości ekonomicznej z uwagi na przyporządkowanie do wykroczenia z art. 35 ustawy – którego istotę stanowi m.in. niestosowanie się do obowiązków określonych w art. 25 – sankcji obejmującej wyłącznie grzywnę. Toteż rozważyć trzeba możliwość przymusu bezpośredniego. „Przymus bezpośredni polega na doprowadzeniu do wykonania obowiązku podlegającego egzekucji drogą zagrożenia zastosowania lub drogą zastosowania bezpośrednio skutecznych środków, nie wyłączając siły fizycznej, w celu usunięcia oporu zobowiązanego i oporu innych osób, które stoją na przeszkodzie wykonania obowiązku” – art. 148 par. 1 ustawy egzekucyjnej.

Podstawę egzekucji stanowi tytuł wykonawczy (art. 26 ustawy egzekucyjnej). Przy przystąpieniu do czynności egzekucyjnych doręcza się zobowiązanemu odpis tytułu wykonawczego (art. 32 par. 1 ustawy egzekucyjnej). Zobowiązany może, na podstawie art. 33 ustawy egzekucyjnej, zgłosić zarzuty w sprawie prowadzenia postępowania egzekucyjnego, zaś na postanowienie w przedmiocie zarzutów zobowiązanemu służy zażalenie (art. 34 par. 3 ustawy egzekucyjnej).

Już uwzględnienie tych kilku unormowań usprawiedliwia postawienie pytania o skuteczność działań podejmowanych na ich podstawie: jak egzekutor ma doprowadzić do poddania się badaniu lub leczeniu? Wszak on jest w stanie najwyżej doprowadzić zobowiązanego do miejsca badania lub leczenia, jednakże nie jest w stanie wymusić

poddania się badaniu czy leczeniu, gdyż te czynności realizowane być muszą przez personel medyczny. To samo dotyczy hospitalizacji: na tej drodze możliwe jest dostarczenie danej osoby do szpitala, ale nie jest możliwe osiągnięcie celu hospitalizacji – służy ona głównie diagnozie lub terapii. Krótko mówiąc, przymus bezpośredni uruchamiany w toku postępowania egzekucyjnego (bez względu na to czy będzie to egzekucja sądowa czy administracyjna) stanowi instrument efektywny jeśli chodzi o umieszczenie w szpitalu, izolację czy kwarantannę, ale nie może dać efektów tam, gdzie działanie ma charakter *stricte* medyczny.

Skoro powyższy mechanizm ocenić trzeba jako nieefektywny, zasadne jest wysunięcie odmiennej propozycji. Otóż, jeżeli istnieje potrzeba przeprowadzania badania lub leczenia wbrew woli pacjenta z uwagi na ochronę życia czy zdrowia innych ludzi – a konieczność taka zdaje się wynikać z ustawy – to:

- wystąpienie takiej konieczności powinno być stwierdzone orzeczeniem sądowym;
- pośród środków oddziaływania oddanych do dyspozycji personelu medycznego powinny znaleźć się – na wzór przewidzianych w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.) – takie, które pozwolą na rzeczywistą realizację obowiązkowego badania czy leczenia (tytułem przykładu przywołać można jej art. 18 ust. 3, w myśl którego „zastosowanie przymusu bezpośredniego polega na przytrzymywaniu, przymusowym zastosowaniu leków, unieruchomieniu lub izolacji”).

Z dotychczasowych rozważań wynika, że decyzja inspektora sanitarnego może być egzekwowana przy zastosowaniu środków przymusu bezpośredniego, przewidzianych w ustawie egzekucyjnej. W rezultacie powstaje konieczność ustalenia czy jego zastosowanie przesądza o niemożności posiłkowania się przymusem pośrednim, za który uznać należy odpowiedzialność za wykroczenie opisane w art. 35 ustawy (typizacja wykroczenia z art. 35 ustawy rodzi potrzebę podjęcia zagadnienia relacji pomiędzy tym przepisem a art. 115 kw – kwestia ta jednak wykracza poza ramy niniejszego opracowania). Wobec braku jakichkolwiek wzmianek na ten temat w ustawie przyjąć trzeba, że są to dwie, niezależne od siebie płaszczyzny oddziaływania na sprawcę. W związku z tym postawić można pytanie o sens stosowania przymusu pośredniego w sytuacji, gdy efektywnie użyto przymusu bezpośredniego.

Ustawa zawiera także odrębne postanowienia dotyczące hospitalizacji, izolacji lub kwarantanny, w tym postępowania wbrew woli pacjenta (w toku dalszych rozważań odnosić się będą do hospitalizacji, jednakże wypowiedzi te dotyczą także izolacji i kwarantanny). Tej kwestii jest poświęcony art. 30 ustawy. Dla prowadzonych tu rozważań istotne znaczenie ma jego ustęp 1 i 3, których brzmienie jest następujące:

1. Lekarz sprawujący opiekę nad osobą poddaną obowiązkowi hospitalizacji, izolacji lub kwarantannie, na podstawie decyzji, o której mowa w art. 25 ust. 1, ma obowiązek poinformowania tej osoby o przyczynach zastosowania tego środka (...).

3. W przypadku braku zgody na obowiązkową hospitalizację, izolację lub kwarantannę, kierownik jednostki, w której umieszczona jest osoba poddana obowią-

kowi, o którym mowa w ust. 1, jest obowiązany powiadomić tę osobę o przysługującym jej prawie odwołania się do sądu w celu niezwłocznego ustalenia legalności pozbawienia wolności oraz umożliwić tej osobie odwołanie się do sądu.

Z przytoczonego sformułowania wynika, że postępowanie rozpoczyna się od wydania przez inspektora sanitarnego decyzji administracyjnej o obowiązkowej hospitalizacji, izolacji lub kwarantannie. Jeśli pacjent się temu podporządkuje, nie powstają żadne przeszkody dla dalszego działania. Jeśli jednakże nie wyraża zgody na nakazane działania, wówczas sytuacja się komplikuje – przy czym ustawa nie zawiera prawidłowego rozwiązania występujących trudności. Po pierwsze, rodzi się pytanie o to, jak doprowadzić do tego, by była spełniona hipoteza normy zawartej w art. 30 ust. 3 ustawy, której istotą jest to, że pacjent znajduje się w szpitalu, miejscu izolacji czy odbywania kwarantanny – skoro odmawia on zgody na swój tam pobyt. Ustawa wprawdzie tego wyraźnie nie stanowi, lecz trzeba przyjąć, że do umieszczenia pacjenta dochodzi w wyniku postępowania prowadzonego na podstawie przywołanej już ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, w związku z nadaniem decyzji inspektora sanitarnego charakteru decyzji natychmiast wykonalnej. Przy tym dopowiedzeniu usprawiedliwiona jest teza, że formy przymusu bezpośredniego przewidziane w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji są adekwatne do potrzeb związanych z osiągnięciem celu jakim jest umieszczenie w szpitalu, miejscu izolacji czy kwarantanny.

Godzi się jednak zasygnalizować, że konsekwencją opisanego stanu rzeczy jest podanie kontroli sądu powszechnego tytułu wykonawczego w rozumieniu ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, gdyż na mocy art. 30 ust. 3 ustawy pacjentowi służy prawo odwołania się do sądu – co, samo w sobie, jest rozwiązaniem nietypowym.

Przepisom ustawy trzeba też postawić zarzut tyczący braku postanowień stanowiących gwarancję należytej kontroli sądowej nad postępowaniem związanym z przymusowym hospitalizowaniem czy poddawaniem kwarantannie bądź izolacji. Otóż art. 30 ust. 3 zawiera jedynie określenie obowiązku kierownika jednostki, w której umieszczono pacjenta, polegającego na poinformowaniu go o możliwości odwołania się do sądu, **brak natomiast przepisu statuującego wprost to uprawnienie pacjenta. Już to samo usprawiedliwia krytyczną ocenę, tym bardziej, że niewywiązanie się z obowiązku poinformowania pacjenta o prawie pacjenta do odwołania się do sądu nie jest obwarowane w ustawie żadnymi konsekwencjami (w grę wejdą więc jedynie regulacje zawarte w prawie pracy). Ponadto, ustawa nie zawiera regulacji stwarzających pacjentowi realną możliwość skorzystania z przysługującego mu uprawnienia skierowania sprawy na drogę sądową.** Jak sądzę, w pełni uzasadnione byłoby przyjęcie jako zasady kontroli sądowej w każdym przypadku hospitalizacji, izolacji czy poddania kwarantannie bez zgody pacjenta. Jest to wskazane ze względu na zagwarantowane w Konstytucji prawo do sądu, ale także dlatego, że człowiek pozbawiony swobody przemieszczania się, a nadto często niesprawny na skutek choroby, ma ograniczone szanse na podjęcie działań prowadzących do ochrony jego praw.

Oczywiście takiemu rozwiązaniu musiałyby towarzyszyć odpowiednie postanowienia o charakterze proceduralnym.

Ostatnia wreszcie uwaga na temat art. 30 ustawy związana jest ze sprawą nazewnictwa: nie jest słuszne posiłkowanie się terminem „pozbawienie wolności”, gdyż w polskim systemie prawa oznacza on karę.

Na krytyczną ocenę zasługuje także to, że ustawa nie przewiduje kontroli sądu w odniesieniu do decyzji administracyjnej o obowiązkowym badaniu lub leczeniu, a wszak w tym wypadku występuje ingerencja w organizm człowieka, co pociąga za sobą określone ryzyko (które nie występuje w przypadku tej hospitalizacji, która ma na celu jedynie izolację – a takiej sytuacji wykluczyć nie można).

Ustawa przewiduje także obowiązkowe szczepienia. W tej kwestii podstawowe znaczenie ma art. 14 ust.1, w którym stanowi się, że „osoby przebywające na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej są obowiązane do poddawania się szczepieniom ochronnym przeciw chorobom zakaźnym zgodnie z programem szczepień ochronnych (...)”. Obowiązek poddawania się szczepieniom ochronnym nie obejmuje osób przebywających w Polsce przez okres krótszy niż trzy miesiące – z wyjątkiem szczepień przeciwko wściekliczynie i tężcowi osób podejrzanych o zakażenie (art. 5 ust. 4).

Wykaz obowiązkowych szczepień ochronnych zawiera załącznik nr 3 do ustawy. Znacząca ich część dotyczy dzieci i młodzieży w wieku od 7 tygodnia życia do ukończenia 19 lat, obowiązkowemu szczepieniu przeciw wściekliczynie podlegają osoby podejrzane o zakażenie wirusem wściekliczyny (pkt 10), zaś przeciwko tężcowi szczepione są dzieci i młodzież od 7 tygodnia życia do ukończenia 19 lat oraz osoby w wieku powyżej 19 lat narażone w sposób szczególny na zakażenie.

W przypadku obowiązkowych szczepień ustawa nie przewiduje wydawania decyzji administracyjnej przez inspektora sanitarnego. Oczywistym jest więc, że wobec tego nie mogą być stosowane środki przymusu bezpośredniego przewidziane w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Zatem na straży omawianego obowiązku stoją jedynie przepisy statuujące odnośne wykroczenia.

W systemie prawa są dwie typizacje, w zakresie których znaleźć się może niewywiązanie się z obowiązku szczepienia, a mianowicie przewidziane w art. 115 kw i 35 ustawy.

Pierwszy z tych przepisów uzależnia odpowiedzialność od uprzedniego zastosowania środków egzekucji administracyjnej, toteż nie może być wykorzystywany w omawianej sytuacji. Natomiast sprawcą wykroczenia z art. 35 ustawy może być tylko osoba nie stosująca się do obowiązków w tym przepisie wymienionych, pośród których jest także obowiązek poddawania się szczepieniom. Wobec tego, że odpowiedzialności za wykroczenia podlega jedynie osoba, która nie ukończyła 17 lat (art. 8 kw), jest oczywiste, że nie można mówić o istnieniu przymusu pośredniego w stosunku do osoby poniżej lat 17. Zatem niepoddanie się szczepieniu może zawocować odpowiedzialnością za to wykroczenie dopiero co do szczepień przypadających na okres po ukończeniu 17 lat. Takie zaś rozwiązanie jest sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem, bowiem większość szczepień w tym przedziale wiekowym jest kontynuowana, a nie inicjowana; jeśli już przyjmie się, że represja karna jest

właściwą metodą wymuszania, to należałoby ją uruchamiać wtedy, gdy wskazane jest podanie szczepionki po raz pierwszy.

Dla pokonania wiekowej bariery odpowiedzialności za wykroczenie w art. 115 par. 2 kw przewidziano odpowiedzialność osób sprawujących pieczę nad osobą objętą obowiązkiem szczepienia – jednakże analogicznego rozwiązania nie przyjęto w art. 35 ustawy. W rezultacie należy stwierdzić, że obowiązkowość szczepień jest niemal zupełnie deklaratorywna, a to przeczy samej obowiązkowości.

Nie bez znaczenia dla omawianej tu problematyki jest także odpowiedź na pytanie, czy zaznaczona w ustawie obowiązkowość szczepień da się usprawiedliwić dbałością o życie czy zdrowie innych osób. Wydaje się, że na pewno tak się nie dzieje tam, gdzie szczepienie dotyczy choroby, która nie jest przenoszona z człowieka na człowieka (np. tężca czy wścieklizny). Ponadto, fakt braku zaszczepienia, sam w sobie, nie stanowi jeszcze zagrożenia dla innych osób, można tu mówić co najwyżej o potencjalnym niebezpieczeństwie – a skoro tak, to trzeba postawić pytanie, czy taki stan rzeczy usprawiedliwia w świetle Konstytucji ograniczanie prawa człowieka do samostanowienia. Formułując odpowiedź na to pytanie nie można zapominać, że szczepienie nie jest pozbawione pewnego ryzyka. Czyli, w istocie pytanie brzmi następująco: czy można, dla ochrony innych osób przed jeszcze nie zaistniałym niebezpieczeństwem, nakładać na jednostkę obowiązek działania, które niesie w sobie pewne zagrożenie dla jej życia czy zdrowia?

Odpowiedź na to pytanie nie jest oczywista i wymaga podjęcia problemu przez konstytucjonalistów.

W toku wywodów zostały przedstawione wątpliwości i zastrzeżenia związane z postanowieniami ustawy. Mam przekonanie, że w ich świetle usprawiedliwione jest **postawienie ustawie zarzutu niespełnienia wymagań wynikających z zasady przyzwoitej legislacji, która obowiązuje w tym przypadku w całej rozciągłości, bowiem ustawa ingeruje w sferę praw i wolności obywatelskich. Przedmiot normowania sprawia, że uregulowania powinny być oczywiście słuszne, w pełni klarowne i jasno wyrażone – niestety takie nie są. Także merytoryczna warstwa przyjętych w ustawie rozwiązań nie jest wolna od niedoskonałości – pozostaje to w ścisłym związku z założeniami, które legły u jej podstaw.**

W konsekwencji powyższego usprawiedliwiona jest po części krytyczna ocena ustawy.

Mirosław Nesterowicz

Problemy prawne inseminacji *post mortem*

W ostatnich latach pojawiły się nowe zagadnienia prawne związane ze sztuczną inseminacją *post mortem*, możliwą ze względu na rozwijające się techniki „zamrożenia” gamet czy embrionów na wiele lat¹. Powstają bowiem wówczas trudne problemy prawne związane z charakterem prawnym i wydaniem „depozytu”, jak i dotyczące prawa rodzinnego i spadkowego. Brak jest na ogół unormowań, które pozwalałyby te problemy rozstrzygnąć. Trzeba się wówczas odwołać do ogólnych zasad prawa lub analogii. Nie daje to jednak jasności i pewności prawa. Jaki status prawny będzie miało dziecko poczęte nasieniem męża matki po jego śmierci? Czy jest to dziecko pochodzące z małżeństwa (choć przecież małżeństwo ustało z chwilą śmierci męża matki), czy dziecko pozamałżeńskie? Czy jest możliwe ustalenie ojcostwa dawcy nasienia, nieżyjącego męża matki? Czy takie dziecko będzie uprawnione do dziedziczenia po swym ojcu? Wszak osoba fizyczna, która ma być spadkobiercą, musi żyć w chwili śmierci spadkodawcy (czyli w chwili otwarcia spadku), albo przynajmniej być poczęta (*nasciturus*).

Pierwsza taka sprawa miała miejsce we Francji. Mme Parpalaix, której mąż, chory na raka, krótko przed śmiercią w 1983 r. zdeponował nasienie w banku spermy CECOS, wystąpiła w 1984 r. o wydanie nasienia w celu dokonania sztucznego zapłodnienia. CECOS odmówił, powołując się na brak pisemnej dyspozycji ze strony dawcy, a także na względy etyczne i brak przepisów prawnych. Wówczas Mme Parpalaix wystąpiła do sądu. Tribunal de Grande Instance de Creteil w wyroku z 1 VIII 1984 r. uwzględnił powództwo traktując próbkę ze spermą jako depozyt podlegający zwrotowi do rąk spadkobierczyni. Stwierdził, że ani przechowanie nasienia męża i wydanie go po śmierci dawcy, ani sztuczne zapłodnienie wdowy nie jest niedozwolone

¹ „Zamrażane” były przeważnie męskie komórki rozrodcze (plemniki) i embriony, rzadko natomiast komórki jajowe, jako, że są wyjątkowo wrażliwe na jakiegokolwiek uszkodzenia. Technika medyczna postępuje jednak naprzód i już rodzą się dzieci zarówno z zamrożonych plemników, jak i komórek jajowych – zob. Z. Wojtasiński, *Sztuczne zapłodnienie z zamrożonych komórek rozrodczych*, „Rzeczpospolita” z 3 I 2001, A9.

i regulowane przez przepis prawny czy regulamin. Nie godzi również w prawa naturalne, gdyż jednym z celów małżeństwa jest prokreacja. Sąd nie wdawał się natomiast w kwestie prawne, które powstaną w razie urodzenia przez powódkę dziecka poczętego *post mortem*². Ostatecznie kwestie te nie powstały, gdyż Mme Parapalaix poroniła ciążę.

Orzeczenie to wzbudziło liczne kontrowersje i wywołało we Francji rozbieżne poglądy co do dopuszczalności tego rodzaju inseminacji.

Po tym orzeczeniu CECOS wprowadził do umów depozytu nasienia klauzulę, że „zamrożone” nasienie może być użyte (odebrane) tylko przez składającego obecnego i wyrażającego swoją wolę. Miała ona przeciwdziałać żądaniom wydania nasienia ze strony małżonki lub konkubiny po śmierci dawcy. Na tej klauzuli oparł się Tribunal de Grande Instance de Toulouse odrzucając w wyroku z 26 III 1991 r. żądanie wdowy wydania nasienia zmarłego męża. Sąd uznał, że klauzula taka jest dopuszczalna w świetle swobody umów (art. 1134 k.c.)³. Podobnie orzekł Sąd Kasacyjny w wyroku z 9 I 1996 r. (D. 1996 J. 376). W tej sprawie małżonkowie podpisali dokument, który przewidywał, że transfer embrionów może być dokonany tylko w obecności każdego z nich, a w przypadku ustania małżeństwa embriony będą zniszczone. Mimo to, po śmierci męża wdowa żądała zgody na implantację embrionów poczętych za życia męża. Sąd stwierdził, że implantacja medycznie wspomagana poza rodziną nie ma podstawy prawnej, a nadto żądanie powódki jest sprzeczne ze zobowiązaniem, które podpisała i żądanie oddalił.

Ostatecznie kwestia ta została unormowana we Francji przez ustawę nr 94 – 654 z 29 VII 1994 r. o nieodpłatnym przekazywaniu i używaniu składników i produktów ciała ludzkiego, wspomagania medycznego w prokreacji i o diagnostyce prenatalnej (J. O. Z 30 VII 1994). Zgodnie z ustawą, sztuczna prokreacja może mieć miejsce tylko pomiędzy parą żyjącą: małżonkami albo konkubentami (pozostającymi we wspólnym pożyciu co najmniej od dwóch lat) i będącymi w wieku prokreacyjnym. Inseminacja *post mortem* wdowy jest więc niedozwolona. W razie śmierci jednego z małżonków (konkubentów), drugi może wyrazić zgodę na przekazanie „zamrożonych” embrionów innej anonimowej parze. Dla przyjęcia embrionów przez tę parę, która jest nieplodna i spełnia warunki ustawowe, jest konieczna zgoda sądu⁴. Unormowanie takie spotkało się z krytyką Narodowego Komitetu Konsultacyjnego ds. Etyki, według którego powinien być dopuszczalny transfer embrionów na żądanie małżonki (konkubiny) z zastrzeżeniem, że jej decyzja powinna być podjęta w warunkach braku psychicznych i społecznych nacisków związanych ze śmiercią męża lub konkubenta⁵. Podobnie wypowiedziała się Rada Stanu (Conseil d’Etat)

² Por. H. Carvais – Rosenblatt, *De la procréation médicalement assistée a l’assistance médicale a la procréation: les nouvelles dispositions de la loi du 29 juillet 1994*, *Gazette du Palais*, 1994, s. 1186.

³ Ibidem.

⁴ Por. M. Nesterowicz, *Ochrona osobowości, prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna w prawie francuskim (w:) Teoria prawa, filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Wyd. UMK, Toruń 1998, s. 201 i n.

⁵ Zob. M. Gałązka, *Prawo francuskie wobec embrionu in vitro*, P i P 6/2000, s. 66.

w studium oceniającym w 1999 r. ustawy bioetyczne, zdaniem której transfer embrionów powinien być dopuszczalny po śmierci mężczyzny, jeżeli przedtem para wyraźnie się zgodziła na prokreację medycznie wspomaganą *post mortem*. Kobieta mogłaby żądać transferu embrionów w okresie co najmniej trzech miesięcy, a co najwyżej jednego roku po śmierci mężczyzny. W przypadku niepowodzenia, nie mogłaby żądać kolejnego transferu, nawet jeśli zachowane byłyby dalsze embriony⁶. W doktrynie wypowiedane są poglądy, że lepiej pozwolić na rozwój embrionów niż na ich unicestwienie⁷.

Sztucznej inseminacji *post mortem* wdowy zabroniła również ustawa RFN z 13 XII 1990 r. o ochronie embrionów. Lekarz, który dokona takiego zapłodnienia po śmierci męża – dawcy nasienia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 4. Kobieta, u której tego dokonał, nie ponosi odpowiedzialności karnej. Podobnie ustawa szwedzka z 14 VI 1988 r., dotycząca zapłodnienia pozaustrojowego, nie pozwala na użycie zdeponowanego, „zamrożonego” nasienia lub komórki jajowej do zapłodnienia po śmierci dawcy (dawczynie).

Natomiast Hiszpania w ustawie z 22 XI 1988 r. o reprodukcji ludzkiej i Wielka Brytania w ustawie Human Fertilization and Embriology Act z 1 XI 1990 r. inseminację *post mortem* dopuszczają. Ustawa angielska jednak przewiduje, że nieżyjący dawca nasienia nie będzie uważany za ojca dziecka⁸.

Problemem inseminacji *post mortem* zajmował się też Sąd Apelacyjny Kalifornii w sprawie Deborah E. Hecht Superior Court of State of California (1993). W tej sprawie, w październiku 1991 r. William E. Kane kilka dni przed swoją śmiercią zdeponował w banku spermy w Los Angeles próbkę z nasieniem. Zarówno w umowie z bankiem, jak i w testamencie, prawo do korzystania z depozytu zastrzegł na rzecz swojej przyjaciółki – Deborah Hecht, z którą mieszkał przez okres 5 lat. Wykonawca testamentu wystąpił do sądu o wydanie nakazu zniszczenia próbek w oparciu o zasadę porządku publicznego. Deborah Hecht uważała natomiast, że zniszczenie spermy narusza jej konstytucyjne prawo do prywatności i prokreacji. Twierdziła, że sperma w próbkach stanowiła na jej rzecz darowiznę albo *inter vivos* albo *mortis causa*, i nie wchodzi do spadku. Gdyby jednak uznać, że weszła do spadku, to jako spadkobierczyni ją dziedziczy. Sąd odrzucił te argumenty i nakazał bankowi zniszczenie wszystkich próbek. Deborah Hecht wniosła apelację.

Sąd Apelacyjny zastanawiał się nad charakterem prawnym zdeponowanej spermy. Stwierdził, że do niedawna *common law* odrzucało uznanie prawa własności do części ciała ludzkiego (takich jak tkanki ludzkie, organy do transplantacji, krew, rogowki) lub zwłok (odwołał się do orzeczn. SN Kalifornii w sprawie Moore v. Regents of University of California, 1990), bądź uznawało tylko „quasi – własność” traktując je jako przedmioty *sui generis*.

⁶ Por. C. Chabault, *A propos de l' autorisation du transfert d' embryon post mortem*, D. 2000, n° 18, 1396.

⁷ Ibidem, s. 1397.

⁸ Por. R. Andorno, *Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?*, *Revue Internationale de Droit Comparé* (R. I. D. C.) 1/1994, s. 141 i n.; R. Grote, *Aspects juridiques de la bioéthique la Législation Allemande*, R. I. D. C. 1/1999, s. 91.

Przytoczył też stanowisko The American Fertility Society, dotyczące IVF (1989), że „gamety są własnością dawców. Dawcy mają wyłączne prawo decydowania o ich wykorzystaniu zgodnie z zasadami medycyny i etyki”. Powołał się też na orzeczenie w sprawie Davis v. Davis (1992), w którym Sąd Najwyższy Tennessee powiedział, że embriony nie mogą być uważane za osoby, ani za przedmiot własności, lecz stanowią przejściową kategorię, która zapewnia im szczególne poszanowanie z uwagi na ich potencjalne ludzkie życie. Uznał, że sperma ze względu na swoją naturę jest szczególnym rodzajem własności i wchodzi do spadku. Rozwazał również kwestię, czy sztuczna inseminacja jest dopuszczalna wobec niezamężnej kobiety i w związku z tym, czy służy jej prawo do żądania wydania spermy. Wskazał, że w sprawie Jhordan C v. Mary K. (1986) S.A. Kalifornii przyznał kobiecie niezamężnej, tak jak mężatce, ustawowe prawo wynikające z Uniform Parentage Act, otrzymania nasienia w celu sztucznej inseminacji bez obaw, że dawca może żądać ustalenia swojego ojcostwa.

Następnie sąd badał dopuszczalność inseminacji *post mortem*. W braku orzeczeń amerykańskich Sąd Apelacyjny wziął pod uwagę wyrok sądu francuskiego w sprawie Parpalaix przeciwko bankowi spermy CECOS (1984).

W konsekwencji Sąd Apelacyjny, uwzględniając odwołanie Deborah Hecht, orzekł, że: 1) dawca nasienia zdeponowanego w banku spermy ma prawo decydowania o użyciu nasienia do reprodukcji, stanowi bowiem ono jego „własność”; 2) porządek publiczny nie zabrania sztucznej inseminacji niezamężnej kobiety, z którą dawca pozostawał w wolnym związku; 3) sztuczna inseminacja *post mortem* nie narusza zasady porządku publicznego.

W uzasadnieniu powiedział, że sąd orzekający nadużył swojej władzy wydając nakaz zniszczenia spermy zmarłego.

W prawie polskim brak jest, jak dotąd, jakichkolwiek przepisów prawnych dotyczących inseminacji medycznie wspomaganey i inżynierii genetycznej, w tym więc inseminacji *post mortem*. Moim zdaniem należałoby uznać, że w razie śmierci dawcy nasienia zgoda na jego użycie traci moc. To samo powinno dotyczyć „zamrożonych” embrionów. Lekarz powinien wówczas odmówić dokonania takiej inseminacji, jako że żądanie kobiety jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Inseminacja pośmiertna nie służy z pewnością realizacji funkcji prokreacyjnej małżeństwa ani zasady dobra dziecka tak poczętego, które byłoby pozbawione ojca i prawa dziedziczenia po nim. Gdyby jednak inseminacja taka miała miejsce i następnie matka wystąpiłaby z powództwem o ustalenie ojcostwa zmarłego męża (konkubenta), sąd powinien takie ojcostwo ustalić. Dawca jest przecież biologicznym ojcem dziecka, a brak jest przepisu prawnego, który by takie ojcostwo prawne wyłączał, jak w prawie angielskim. Powództwo byłoby wtedy wytoczone przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd opiekuńczy (art. 84 § 2 k. r. i op.). Sprawa jest jednak w polskiej doktrynie sporna⁹.

⁹ Z. Radwański, *Stanowisko prawne dziecka w następstwie sztucznego unasiennienia matki*, *Studia Iuridica Silesiana*, t. 5, 1979, s. 184; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 307 i n.; K. Piasecki (w): *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2000, s. 520.

Marek Kolasiński

Ochrona dóbr osobistych w prawie medycznym

Szczególna ochrona dóbr osobistych została wprowadzona do prawa medycznego ustawą z dnia 20 kwietnia 1997 r. nowelizującą ustawę z dnia 30 kwietnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej¹. Artykuł 19a ust. 1 tej ustawy przyznaje poszkodowanym, w przypadkach zawinionych naruszeń praw pacjenta, wymienionych w art. 18 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz w art. 19 ust 1 pkt 1-4 i ust. 3, roszczenie o zasądzenie określonej sumy tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 kc. W tymże art. 19a ust. 2 przyznano najbliższemu członkowi rodziny, innemu przedstawicielowi ustawowemu lub opiekunowi faktycznemu, roszczenie o zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany przez nich cel społeczny na podstawie art. 448 kc, w razie zawinonego naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności.

Regulacja szczególna ochrony dóbr osobistych pacjenta ogranicza się do roszczeń majątkowych z tytułu naruszenia tych dóbr. W zakresie roszczeń niemajątkowych dobra osobiste pacjenta pozostają więc nadal jedynie pod ochroną kodeksu cywilnego – art. 23 i 24. Nie oznacza to jednak, że szczególna regulacja roszczeń majątkowych z tytułu naruszeń dóbr osobistych pacjenta pozostaje bez wpływu na korzystanie przez niego z niemajątkowych środków ochrony tych dóbr.

W doktrynie zwraca się uwagę, że wskazana nowela zmienia istniejący stan rzeczy w zakresie ochrony majątkowej dóbr i interesów osobistych pacjenta, w tym związanych z przestrzeganiem poufności danych medycznych zawartych w dokumentacji (art. 18 ust. 2) i z dostępem do informacji medycznych. Akcentuje się także, że przedmiotem ochrony przewidzianej art. 19a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej są zwłaszcza dane zawarte w dokumentacji medycznej osób korzystających ze świadczeń zakładu².

¹ Dz.U. 91, 408 ze zm.

² Por. M. Safjan, *Prawo i Medycyna*, Warszawa 1998 rok, s. 158; M. Nesterowicz *Prawo Medyczne* Toruń 2001 rok, s.27 i n.

Zakres dóbr osobistych pacjenta objętych ochroną przewidzianą art. 19a ustawy o z.o.z. nie ogranicza się jednak do danych zawartych w dokumentacji medycznej. Przepis ten nie określa samodzielnie hipotezy normy w nim wyrażonej, a tylko jeden z jej elementów, a mianowicie „zawinione naruszenie praw pacjenta”. W pozostałym zakresie, a więc wskazania rodzajów praw pacjenta, odsyła do art. 18 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz art. 19 ust. 1 pkt 1-4 i ust. 3. Przepisy obydwu artykułów, do których odsyła art. 19a ust. 1 ustawy, dotyczą różnych praw pacjenta. Eksponowana w doktrynie ochrona danych zawartych w dokumentacji medycznej uregulowana została w art. 18 ustawy. Artykuł 19 reguluje zaś uprawnienia pacjenta związane z warunkami pobytu w zakładzie i korzystania ze świadczeń zdrowotnych. Ten drugi nurt ochrony z mocy art. 19a ust. 1 ustawy o z. o. z. dóbr osobistych pacjenta ma niemniej ważne znaczenie. Na uwagę zasługuje także przewidziana art. 19a ust. 2 ochrona prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności.

Artykuł 18 ust. 1 ustawy nakłada na zakład opieki zdrowotnej obowiązek prowadzenia dokumentacji medycznej osób korzystających ze świadczeń zdrowotnych zakładu³; ust. 2 zobowiązuje zakład do zapewnienia ochrony danych zawartych w dokumentacji, o której mowa w ust.1; ust. 3 zobowiązuje zaś zakład do udostępniania tej dokumentacji – w pkt 1 pacjentowi, w pkt 2-7 wymienionym organom i podmiotom; ust. 4 zobowiązuje do udostępniania dokumentacji szkole wyższej.

Wykładnia językowa art. 18 ustawy wskazuje, że naruszenia określonych tym przepisem praw pacjenta, które są podstawą roszczeń o zadośćuczynienie pieniężne, z mocy art. 19a ustawy mogą polegać na: 1. niezapewnieniu ochrony danych zawartych w dokumentacji, 2. nieudostępnieniu dokumentacji pacjentowi. Nie stanowi zaś podstawy roszczenia przewidzianego art. 19a ustawy samo naruszenie obowiązku prowadzenia dokumentacji medycznej, określonego w art. 18 ust. 1 ustawy.

W przypadku zaniedbań w prowadzeniu dokumentacji medycznej pacjent może na podstawie art. 24 kc dochodzić dokonania czynności niezbędnych do zapobieżenia naruszeniu dóbr osobistych. W przypadku zaś przekazania nierzetelnej dokumentacji organom lub jednostkom organizacyjnym wskazanym w art. 18 ust 3 pkt 2-7 ustawy, poszkodowany może, na podstawie tegoż art. 24 kc, dochodzić zobowiązania zakładu do złożenia oświadczenia określonej treści, prostującego błędy lub uzupełniającego braki dokumentacji. Skoro wskazane przypadki nie są objęte hipotezą art. 19a ustawy, nie występuje w tym zakresie problem konkurencyjności roszczeń majątkowych o ochronę dóbr osobistych, opartych o kodeks cywilny i ustawę o z.o.z. Roszczenia majątkowe dochodzone mogą być w tych przypadkach również jedynie w oparciu o kodeks cywilny.

Wzajemna relacja regulacji art. 18 ust. 2, a ust. 3 pkt 2-7 budzi pewne wątpliwości. Podczas gdy art. 18 ust. 2 zobowiązuje zakład do zapewnienia ochrony danych zawartych w dokumentacji medycznej, to przepisy ust. 3 pkt 2-7 nakładają na za-

³ Rodzaje dokumentacji medycznej, sposób jej prowadzenia oraz udostępniania określa rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 10 sierpnia 2001, Dz.U. 88/2001, poz.996, *vide* artykuł A. Kaczmarka *Obowiązek zabezpieczenia dokumentacji medycznej...*, w niniejszym numerze *Prawa i Medycyny* (przyp. red.).

kład obowiązek przekazania dokumentacji medycznej wskazanym organom i podmiotom. Zwalniają one tym samym zakład, w zakresie tymi przepisami określonym od obowiązku zapewnienia ochrony danych zawartych w tej dokumentacji wobec tych podmiotów. Należy stąd wnosić, że udostępnienie dokumentacji medycznej jakimkolwiek innym organom lub podmiotom, niż wskazanym w tych przepisach, narusza art. 18 ust. 2 i może wobec tego być podstawą roszczeń z art. 19a ust. 1 ustawy. Wskazane przepisy określają nie tylko podmioty, którym zakład zobowiązany jest udostępnić dokumentację medyczną, ale także przesłanki powstania tego obowiązku oraz zakres przekazywanych danych. Wobec tego, naruszenie tych przepisów nastąpi także w przypadku przekazania danych medycznych upoważnionym podmiotom, jeżeli nie zostały spełnione przesłanki żądania przekazania danych, jak i w razie przekazania danych medycznych w szerszym zakresie, niż niezbędny. Artykuł 18 ust. 3 pkt 2-7 ustawy w takim bowiem tylko zakresie uchyla obowiązek zakładu zapewnienia ochrony danych zawartych w dokumentacji medycznej, w jakim zobowiązuje zakład do udostępniania tej dokumentacji określonym organom i instytucjom.

Katalog podmiotów, którym z mocy art. 18 ust. 3 ustawy zakład zobowiązany jest udostępniać dokumentację medyczną, jest w zasadzie zamknięty. Jednakże pkt. 5 zobowiązuje zakład do udostępnienia dokumentacji także organom i instytucjom, uprawnionym na mocy odrębnych ustaw, jeżeli badanie zostało przeprowadzone na ich wniosek. Na uwagę zasługuje, że upoważnienie do udostępnienia dokumentacji medycznej innym organom i instytucjom, niż wskazanym wprost w art. 18 ust. 3 ustawy, może być udzielone tylko w drodze ustawy, a więc nie może nastąpić nawet w drodze aktu wykonawczego do ustawy. Omawiany przepis ogranicza nawet dopuszczalność upoważnienia ustawowego do przekazania danych medycznych innym organom i instytucjom, do tych danych, które dotyczą badań przeprowadzonych na ich wniosek. Ustawowe ograniczenie dopuszczalności przekazania kompetencji organom i instytucjom w drodze innych ustaw, stanowi pewien ewenement w technice legislacyjnej. W przypadku ustawowego naruszenia tego ograniczenia wystąpiłaby pozioma sprzeczność ustaw. Jej konsekwencje musiałyby być ocenione w oparciu o ogólnie stosowane reguły kolizyjne.

Z mocy art. 18 ust. 3 ustawy zakład zobowiązany jest udostępnić dokumentację medyczną: 1) zakładom opieki zdrowotnej, jednostkom organizacyjnym tych zakładów i osobom wykonującym zawód medyczny poza zakładem opieki zdrowotnej, jeżeli dokumentacja ta jest niezbędna do zapewnienia ciągłości świadczeń zdrowotnych, 2) właściwym do spraw zdrowia organom państwowym oraz organom samorządu terytorialnego w zakresie niezbędnym do wykonywania kontroli i nadzoru, 3) Ministrowi Zdrowia i Opieki Społecznej, sądom i prokuratorom oraz sądom i rzecznikom odpowiedzialności zawodowej, w związku z prowadzonym postępowaniem, 4) organom rentowym, zakładom ubezpieczeniowym oraz zespołom do spraw orzekania o stopniu niepełnosprawności, w związku z prowadzonym przez nie postępowaniem, 5) rejestrom usług medycznych, w zakresie niezbędnym do prowadzenia rejestrów.

Naruszenia tajemnicy dokumentacji medycznej godzą w prawo pacjenta do prywatności⁴. Uzasadniają one żądanie zastosowania niemajątkowych środków ochrony dóbr osobistych przewidzianych w art. 24 kc, jak i żądanie zasądzenia określonej kwoty na rzecz pokrzywdzonego w oparciu o art. 19a ust. 1 ustawy o z.o.z., na podstawie art. 448 kc. Inne naruszenia obowiązków zakładu związanych z dokumentacją medyczną, a więc polegające na nieprawidłowym jej prowadzeniu mogą być podstawą jedynie roszczeń opartych bezpośrednio na kodeksie cywilnym. W konsekwencji tego, pokrzywdzony musi w tych przypadkach wykazać, że nie tylko doszło do nieprawidłowości w prowadzeniu dokumentacji medycznej, ale także, że doprowadziły one do naruszenia, a co najmniej zagrożenia dóbr osobistych. Uwaga ta dotyczy także przypadków przekazania organom i instytucjom wskazanym w art. 18 ust. 3 pkt 2-7 ustawy dokumentacji nieprawidłowej, a także udostępnienia nieprawidłowej dokumentacji samemu pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu, bądź osobie upoważnionej przez pacjenta.

W odesłaniu zawartym w art. 19a ust. 1 dot. naruszeń praw pacjenta, o których mowa w art. 18, pominięto nie tylko ust. 1, nakładający na zakład obowiązek prowadzenia dokumentacji medycznej, ale i ust. 4, który upoważnia zakład do udostępnienia dokumentacji medycznej szkole wyższej lub jednostce badawczo-rozwojowej do wykorzystania dla celów naukowych, bez ujawniania nazwiska lub innych danych umożliwiających identyfikację osoby, której dokumentacja dotyczy. Nie sposób jednak wyłączyć możliwości naruszenia prawa pacjenta do prywatności poprzez naruszenie także tego przepisu, choćby wskutek nie usunięcia wszelkich danych umożliwiających identyfikację pacjenta. W tych także przypadkach pokrzywdzony może dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych jedynie na podstawie kc.

W doktrynie zwrócono uwagę, że skoro ujawnienie danych zawartych w dokumentacji medycznej, z naruszeniem art. 18 ust. 2 ustawy o z.o.z., stanowi równocześnie naruszenie sfery życia prywatnego pacjenta, pozostającej równocześnie pod ochroną przewidzianą art. 23 kc, to pacjentowi przysługuje równocześnie roszczenie o zobowiązanie zakładu do przeproszenia pacjenta i ogłoszenie orzeczenia w prasie, niezależnie od roszczenia przewidzianego w art. 19 a ust. 1 ustawy o z.o.z. o zadośćuczynienie pieniężne na podstawie art. 448 kc⁵

Pogląd ten znajduje uzasadnienie, zwłaszcza w treści art. 23 k.c., który stanowi, iż dobra osobiste człowieka pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Z art. 23 k.c. należy wnosić, że regulacje ustaw szczególnych dotyczące ochrony dóbr osobistych, nie ograniczają cywilno-prawnej ochrony tych dóbr. Przemawia to za przyjęciem wykładni postanowień ustaw szczególnych dotyczących ochrony dóbr osobistych – w kierunku zgodności z regulacjami k.c.

⁴ W poprzednio obowiązującym stanie prawnym wyrażano niekiedy w doktrynie wątpliwość czy sfera prywatności jest dobrem osobistym, którego samo naruszenie, bez szkodliwych skutków, uzasadnia odpowiedzialność cywilną. Por. M. Sośniak *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s.165. Obecnie należy uznać za niekwestionowany pogląd, iż sfera prywatności jest chronionym dobrem osobistym. Tak m.in. M.Safjan op.cit., s.114.

⁵ M. Nesterowicz op.cit., s27.

Jakkolwiek ustawy szczególne mogą przewidywać odstępstwa od regulacji kodeksowej, która ma także jedynie rangę ustawy, to w razie wątpliwości nie należy domniemywać wprowadzenia wyjątku od regulacji kodeksowych, wyłączającego dopuszczalność ich stosowania.

Dobra osobiste pozostające pod ochroną prawa cywilnego odpowiadają na ogół wolnościom i prawom osobistym pozostającym pod ochroną Konstytucji i tak: art. 41 zapewnia każdemu nietykalność i wolność osobistą, art. 47 – prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz decydowania o życiu osobistym, art. 49 – wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się, art. 53 – wolność sumienia i religii, art. 39 zakazuje poddawania kogokolwiek eksperymentom medycznym bez dobrowolnie wyrażonej zgody, art. 33 zapewnia każdemu prawną ochronę życia⁶. Standardy ochrony wolności i praw osobistych tych dóbr wyznaczają w szerokim zakresie przepisy k.c. o ochronie dóbr osobistych, a rozwijają ustawy szczególne, w tym ustawa o zakładach opieki zdrowotnej.

Przyjęcie domniemania wyłączenia stosowania przepisów k.c. o ochronie dóbr osobistych ustawą szczególną, na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*, mogłoby być ocenione jako naruszenie wskazanej dyrektywy art. 23 k.c. Stosowanie cywilnoprawnych instrumentów ochrony dóbr osobistych mogłoby więc nastąpić tylko w drodze wyraźnego postanowienia ustawy szczególnej.

W aktualnie obowiązującym stanie prawnym żadna z ustaw szczególnych nie wyłącza wyraźnie stosowania przepisów k.c. o ochronie dóbr osobistych, w zakresie w niej uregulowanym. Gdyby zaś takie wyraźne postanowienie zostało ustawą szczególną wprowadzone, zarysowałby się problem oceny jego konstytucyjności.

Wykładnia językowa art. 19a ustawy o z.o.z. uzasadnia wątpliwości co do znaczenia hipotezy wyrażonej w nim normy – odesłania do zawinionych naruszeń praw pacjenta wskazanych w art. 18 ust. 2 i ust. 3 oraz w art. 19a ust. 1 pkt. 1-4 i ust. 3 – jako przesłanek przyznania poszkodowanemu odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 k.c. Nie budzi wątpliwości, iż na podstawie art. 19a ust. 1 ustawy przysługuje pacjentowi wskazane roszczenie w przypadkach naruszeń dóbr osobistych objętych hipotezą tej normy. Należy przyjąć *a contrario*, że przepis ten nie stanowi podstawy dochodzenia od zakładu roszczenia o przyznanie poszkodowanemu odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę w przypadkach innych naruszeń dóbr osobistych. Ewentualny dalej idący wniosek, iż omawiany przepis jako *lex specialis* wyłącza dochodzenie tego roszczenia w innych przypadkach naruszeń dóbr osobistych pacjenta, niż wskazanych w art. 19a ust. 1 ustawy, bezpośrednio na podstawie art. 448 k.c., byłby natomiast nieuprawniony.

Omawiany przepis odsyła do art. 18 tej ustawy, określającego obowiązki zakładu prowadzenia i udostępniania określonym podmiotom dokumentacji medycznej osób korzystających ze świadczeń zdrowotnych zakładu z pewnymi ograniczeniami, a mianowicie z pominięciem ust. 1 i ust. 4 tegoż artykułu. Pominięty ust. 4 upoważnia

⁶ Por. M. Wilk, *Ochrona prywatności w prawie cywilnym (konceptja sfer a prawo podmiotowe)* PiP 4 2001, s.54 i n.

zakład do udostępnienia dokumentacji medycznej szkole wyższej lub jednostce badawczo-rozwojowej do wykorzystania dla celów naukowych, bez ujawniania nazwiska lub innych danych umożliwiających identyfikację osoby, której dokumentacja dotyczy. Nie sposób jednak wyłączyć możliwości naruszenia prawa pacjenta do prywatności poprzez naruszenie także tego przepisu, choćby wskutek nie usunięcia wszelkich danych umożliwiających identyfikację pacjenta.

Artykuł 19a ust.1, w związku z art. 19 ust.1 pkt 1-4 i ust.3, obejmuje ochroną następujące prawa pacjenta związane z pobytem i korzystaniem ze świadczeń zakładu: 1) do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej, a w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich – do korzystania z rzetelnej, opartej na kryteriach medycznych procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń; 2) informacji o swoim stanie zdrowia; 3) wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji; 4) intymności i poszanowania godności w czasie udzielania świadczeń zdrowotnych.

W zakładach opieki zdrowotnej, przeznaczonych dla osób wymagających całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych, pacjent ma również prawo do: 1) dodatkowej opieki pielęgnacyjnej sprawowanej przez osobę bliską lub inną wskazaną przez siebie; 2) kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego z osobami z zewnątrz; 3) opieki duszpasterskiej.

Na podstawie przedstawionych przepisów można wyodrębnić następujące dobra osobiste pacjenta: 1) prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymogom wiedzy medycznej, 2) poszanowania integralności osobistej, intymności i godności w czasie udzielania świadczeń, 3) prawo do kontaktu osobistego z osobami najbliższymi; 4) prawo do opieki duszpasterskiej.

Pominięty w hipotezie art. 19a ust. 1 ustawy o z.o.z. ust. 5 art. 19 przewiduje dopuszczalność ograniczenia prawa pacjenta do kontaktu osobistego z osobami z zewnątrz, w tym do sprawowania opieki pielęgnacyjnej przez osobę bliską – w przypadkach zagrożenia epidemiologicznego lub ze względu na przebywanie innych osób chorych w szpitalu. Przesłanki, w oparciu o które kierownik zakładu lub upoważniony lekarz może wprowadzić te ograniczenia, sformułowane są w sposób ogólny, pozostawiający szeroki zakres luzu decyzyjnego. Uwaga ta dotyczy zwłaszcza przesłanki „warunków przebywania innych osób chorych w szpitalu”. Naruszenie tego przepisu poprzez np. rozszerzającą wykładnię tej przesłanki, może doprowadzić do naruszenia dobra osobistego pacjenta, podobnie jak w innych przypadkach, naruszenia przewidzianego w ust. 3 pkt 1 tego artykułu prawa pacjenta wymagającego całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych, do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej sprawowanej przez osobę bliską lub inną wskazaną przez pacjenta. Należy wobec tego przyjąć, iż także w tych przypadkach pacjent może dochodzić zadośćuczynienia pieniężnego na podstawie art. 19a ust. 1 ustawy, zarzucając naruszenie prawa pacjenta, o którym mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1, to znaczy prawa do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej sprawowanej przez osobę bliską, bądź w art. 19 ust. 1 pkt 2 prawa do kontaktu osobistego z osobami z zewnątrz, poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 19 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Naruszenia praw pacjenta objęte hipotezą art. 19a ust. 1 ustawy związane są na ogół z niewłaściwą organizacją działalności zakładu. Odpowiedzialność zakładu z tytułu tych naruszeń praw pacjenta określa się w doktrynie jako odpowiedzialność za „winę organizacyjną”. Charakteryzuje się ona tym, iż przypisać można ją nie tylko konkretnemu lekarzowi, lecz także zakładowi leczniczemu⁷.

Budzi wątpliwości, czy art. 19a ustawy o z.o.z. wyczerpująco ujmuje przypadki, w których zarzucić można zakładowi „winę organizacyjną”. Winę tę można zarzucić zakładowi w każdym przypadku, gdy doszło po jego stronie do uchybień organizacyjnych rzutujących na jakość świadczonych usług medycznych, a więc poza przypadkami wyraźnie wskazanymi w przepisach, do których odsyła ten artykuł, także w razie naruszenia zasad bezpieczeństwa i higieny, niewłaściwego magazynowania leków, narzucania lekarzom niewłaściwych metod leczenia, zatrudniania nieodpowiedniej liczby lekarzy i personelu medycznego lub osób bez wystarczających kwalifikacji⁸. Należy przyjąć, że przypadki te mieszczą się w ramach ogólnie sformułowanego w art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy obowiązku zapewnienia świadczeń zdrowotnych odpowiadającym wymaganiom wiedzy medycznej.

Nie budzi wątpliwości, że zakład odpowiada także za skutki działania lub zaniechania lekarza albo personelu medycznego – odpowiedzialność ta obejmuje nie tylko wyrównanie szkód majątkowych, ale i niemajątkowych, gdy doszło do naruszenia dóbr osobistych. Pacjent może, zwłaszcza, żądać zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 445 § 1 k.c., gdy wskutek wadliwego leczenia doznał uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia⁹. Pozostaje natomiast do rozważenia, czy w tych przypadkach pacjent może wystąpić z roszczeniem o zadośćuczynienie pieniężne na podstawie art. 19a ust. 1 ustawy o z.o.z.

Na pytanie to można by udzielić odpowiedź pozytywną, gdyby przyjąć, że przewidziany art. 19 ust. 1 pkt 1 obowiązek zakładu zapewnienia świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej zostaje naruszony także w przypadku zawinionego postępowania lekarza. Za tym stanowiskiem przemawia argument, iż publiczny lub niepubliczny zakład opieki medycznej nie może uwolnić się od odpowiedzialności dowodem braku winy w wyborze lub winy w nadzorze lekarza i personelu medycznego.

Odpowiedzialność zakładu wobec pacjenta jest wyłączna z zachowaniem roszczeń regresowych do lekarza bądź solidarna z nim, w zależności od tego, jaki stosunek prawny wiąże zakład z lekarzem – stosunek pracy, czy stosunek cywilnoprawny¹⁰.

Reasumując, należy zająć stanowisko, że znaczenie art. 19a ust. 1 ustawy o z.o.z. polega na tym, iż precyzuje naruszenia praw pacjenta, które kwalifikuje jako naru-

⁷ Por. M. Nestetrowicz *op. cit.* s. 253

⁸ Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za bezpieczeństwo pacjenta podczas hospitalizacji*, *PiP* 3 2001 rok., s.43 i n.

⁹ Na możliwość obciążenia zakładu za brak wymaganych standardów opieki medycznej zwraca uwagę M. Safjan *op.cit.*, s 96.

¹⁰ Por. M. Nesterowicz *Prawo medyczne*, s.61.

szenia dóbr osobistych, będących podstawą roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne. W przypadkach więc stypizowanych tym przepisem naruszeń praw pacjenta, jest on zwolniony z obowiązku wykazania, że nastąpiło naruszenie jego dobra osobistego. Sama bowiem ustawa zakwalifikowała wskazane tym przepisem naruszenia praw pacjenta jako naruszające dobra osobiste. Przepis ten nie stoi zaś na przeszkodzie dochodzenia zadośćuczynienia pieniężnego na podstawie art. 448 k.c. lub 445 k.c. w innych przypadkach naruszeń dóbr osobistych, niż w nim określonych. Na pokrzywdzonym spoczywa jednak wtedy ciężar dowodu, iż nie mieszczące się w ramach hipotezy art. 19a ust. 1 ustawy o z.o.z., naruszenie praw pacjenta stanowi naruszenie jego dobra osobistego.

Hipoteza normy art. 19a ustawy o z.o.z. może być wykorzystana także dla dochodzenia roszczeń nie objętych jej dyspozycją. Zakwalifikowanie określonych naruszeń praw pacjenta jako naruszeń dóbr osobistych, będących podstawą roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne, przesądza równocześnie o tym, że te naruszenia praw pacjenta są równocześnie przejawem naruszeń dóbr osobistych w szerokim rozumieniu przyjętym przez art. 23 k.c. Niezależnie więc od możliwości dochodzenia, w oparciu o art. 19a ust. 1 ustawy zadośćuczynienia pieniężnego, pokrzywdzony może w tych przypadkach skorzystać z niemajątkowych środków ochrony dóbr osobistych, przewidzianych w art. 24 k.c.

Bardziej złożony jest problem dopuszczalności kumulacji roszczeń z art. 19a ust. 1 ustawy o z.o.z. i art. 448 k.c., w zakresie objętym hipotezą tego przepisu ustawy. Przewiduje on bowiem jedynie roszczenie o przyznanie poszkodowanemu odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Natomiast art. 448 k.c. przewiduje także roszczenie alternatywne o zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany przez pokrzywdzonego cel społeczny. Relacja między normą art. 19a ustawy o z.o.z., a art. 448 k.c. jest podobna, jak między art. 445 i 448 k.c. Należy wobec tego rozważyć możliwość wykorzystania poglądów doktryny i orzecznictwa dotyczących tego zagadnienia dla rozwiązania wskazanego dylematu. Za przyjęciem konstrukcji prawnej kumulacji roszczeń z art. 19a ustawy o z.o.z. i art. 448 k.c. przemawiają podobne racje, jak w innych przypadkach zbiegu przepisów o ochronie dóbr osobistych, a zwłaszcza art. 445 i art. 448 k.c. Jakkolwiek ten kierunek wykładni relacji porównywanych przepisów może budzić zastrzeżenia z punktu widzenia wykładni językowej, to przeciwny kierunek wykładni prowadziłby do zróżnicowania ochrony dóbr osobistych objętych hipotezą art. 19a ust. 1 ustawy i naruszeń nie mieszczących się w tych ramach. Co więcej, w przypadkach tych samych naruszeń dóbr osobistych, objętych hipotezą art. 19a ust. 1 ustawy, jeżeli zakład odpowiada solidarnie z osobą, której zachowanie doprowadziło do naruszenia tych dóbr, poszkodowany mógłby dochodzić od tej innej osoby alternatywnie obydwu roszczeń pieniężnych przewidzianych w art. 448 k.c., a od zakładu jedynie zadośćuczynienia pieniężnego dla poszkodowanego. Sytuacja taka kłóciłaby się z istotą odpowiedzialności solidarnej. Nie byłby spełniony wymóg tożsamości świadczenia, którego może dochodzić poszkodowany od odpowiedzialnych solidarnie dłużników.

Na szczególną uwagę zasługuje norma art. 19a ust. 2 ustawy o z.o.z. Stanowi ona, że w razie zawinionego naruszenia praw pacjenta do umierania w spokoju i godności, sąd może, na żądanie najbliższego członka rodziny, innego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego, zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez nich cel społeczny na podstawie art. 448 k.c.

Wykładnia tego przepisu nastrocza poważne trudności. Wątpliwości powstają przy zdefiniowaniu przedmiotu ochrony prawnej przewidzianej tą normą. Może on być ujęty dwojako.

Według pierwszej koncepcji dobrem chronionym w ramach dyspozycji art.19a ust. 2 ustawy o z.o.z. są uczucia osób bliskich pacjentowi, który zmarł w warunkach urągających jego godności lub przy pogwałceniu służącego mu prawa do spokoju w ostatnich chwilach życia. W tym ujęciu zasądzenie odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny możliwe jest jedynie wówczas, gdy osoby legitymowane do wystąpienia z tym roszczeniem wykażą, że na skutek naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności odczuły rzeczywiste cierpienia. Przy przyjęciu takiej linii wykładni analizowanego przepisu rozwiązanie w nim przewidziane należy uznać za ważny krok w kierunku objęcia ochroną cywilnoprawną osób pośrednio pokrzywdzonych w przypadku śmierci najbliższej osoby. Żaden przepis k.c. nie wyłącza wprost możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych przez osoby pośrednio pokrzywdzone w razie zgonu osoby, z którą łączyły je bliskie więzy uczuciowe. Wobec jednak ukształtowanego kierunku wykładni, niekwestionowanego na ogół w doktrynie, iż ochrona dóbr osobistych przysługuje tylko osobom bezpośrednio pokrzywdzonym¹¹, należałoby przyjąć, że wskazany art. 19a ust 2 ustawy wprowadził wyjątek od tej reguły. W razie naruszenia objętego hipotezą tej normy prawnej dobra osobistego, pokrzywdzonemu nie przysługują alternatywne roszczenia z art. 448 k.c., a jedynie przewidziane w art. 19a ust. 2 ustawy roszczenie o zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Przyjąć należałoby, iż ustawodawca uznał, że sankcja ta jest bardziej odpowiednim środkiem ochrony dóbr osobistych osób pośrednio pokrzywdzonych, niż zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej dla pokrzywdzonego, z uwagi na silniej eksponowaną przez nią funkcję represyjną.

Konkurencyjna koncepcja zakłada, że rozwiązanie przewidziane w art. 19a ust. 2 ustawy o z.o.z. ma charakter szczególny, w ramach którego ochronie prawnej podlega dobro osobiste zmarłego, a uprawnienie przyznane osobom legitymowanym, do wystąpienia z tym roszczeniem, ma w gruncie rzeczy charakter proceduralny. Za słuszością tej linii wykładni przemawia to, że analizowany przepis wśród osób, którym przysługuje legitymacja czynna wymienia: najbliższego członka rodziny, innego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego. Jest bez wątpienia regułą, że osoby te łączą z pacjentami szczególnie bliskie więzy uczuciowe. Śmierć pacjenta w warunkach naruszających służące mu prawo do umierania w spokoju

¹¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 13 X 1987 roku, OSNC 1989, poz 142 oraz A. Szpunar *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999 rok, s. 73.

i godności spowoduje więc najczęściej rzeczywiste cierpienia osób wymienionych w art. 19a ust. 2 ustawy o z.o.z. Prawidłowość ta nie jest jednak wolna od wyjątków. Wobec wyłączenia przez omawiany przepis możliwości dochodzenia przez osobę czynnie legitymowaną zadośćuczynienia na swoją rzecz, należy uznać, iż w roszczeniu tym elementy represyjne zostały szczególnie mocno wyeksponowane. Wykładnia celowościowa przemawia za uniezależnieniem sytuacji prawnej z.o.z.-u, który dopuścił się naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności, od pozostawania przez zmarłego w bliskich związkach emocjonalnych z osobami legitymowanymi do wystąpienia z omawianym roszczeniem. Trudno racjonalnie uzasadnić, dlaczego z odpowiedzialności miałyby zostać zwolnione z.o.z., w razie naruszenia przez nie prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności wobec ludzi samotnych, których cierpienia nie naruszyły dóbr osobistych innych osób.

Za szkody wyrządzone pacjentowi przez zakład opieki zdrowotnej nie odpowiada w zasadzie kasa chorych. Ponosi ona odpowiedzialność cywilną jedynie wyjątkowo, a mianowicie za winę w wyborze podmiotu udzielającego świadczenia lecznicze, winę w nadzorze i kontroli stosowanych przez nie procedur diagnostycznych i terapeutycznych, pod względem zgodności z przyjętymi standardami, niezapewnienia świadczeń zdrowotnych przewidzianych ustawą¹². Ustawa z 6.II.1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 z późniejszymi zmianami) przewiduje tylko jeden przypadek, w którym przysługuje ubezpieczonemu roszczenie z tytułu naruszenia dóbr osobistych. Na podstawie art. 150 tejże ustawy, w razie zawinionego ujawnienia przez kasę danych dotyczących stanu zdrowia i sposobu leczenia ubezpieczonego oraz innych informacji o ubezpieczonym, sąd może przyznać pokrzywdzonemu odpowiednią sumę pieniężną tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Nie oznacza to jednak wyłączenia odpowiedzialności kasy chorych z tytułu innych naruszeń dóbr osobistych, z winy organizacyjnej kasy na podstawie art. 445 i 448 k.c. Może to mieć miejsce, zwłaszcza, w przypadkach niezapewnienia pacjentowi przez kasę chorych świadczeń przewidzianych ustawą ze względu na wprowadzone przez kasę, bez podstaw prawnych, limity na świadczenia zdrowotne.

¹² Por. M. Nesterowicz *op. cit.*, s. 284

Ewa Bagińska

Odpowiedzialność cywilna za niekorzystne skutki silikonowych implantów piersi w systemie prawnym USA

1. Chirurgiczne „poprawianie natury” jest we współczesnym świecie coraz bardziej popularne. Pacjenci korzystają z implantów (endoprotez) lub substancji płynnych w celu poprawienia wyglądu zębów, skóry czy różnych mięśni. Chirurgia plastyczna jest też wielką szansą dla kobiet dotkniętych utratą piersi. Operacje rekonstrukcji piersi wykonuje się w przypadku wrodzonego braku piersi lub po jej amputacji z powodu nowotworu. Odtworzenie ma miejsce zaraz po mastektomii, jednocześnie z nią, bądź po zakończeniu leczenia uzupełniającego (chemioterapii lub radioterapii). W tym celu wykorzystuje się jako materiały własne tkanki ciała pacjentki albo endoprotezy (wszczepiane w tym celu implanty) i ekspandery. Używane w rekonstrukcjach implanty są identyczne z tymi, których używa się do kosmetycznego powiększania biustu.

Od ich wynalezienia w latach sześćdziesiątych endoprotezy piersi przechodzą ciągle zmiany kształtu, składu i konstrukcji. Implant powinien być jak najbardziej miękki i elastyczny, a jednocześnie odporny na wstrząsy i naciski. Konwencjonalne protezy, stosowane w Stanach Zjednoczonych do 1993 r., wypełnione są żelem silikonowym, niektóre z nich zawierają też powłokę poliuretanową. Inne rodzaje implantów to jednokomorowe i wielokomorowe endoprotezy hydrożelowe (bez silikonu) oraz endoprotezy wypełnione solą fizjologiczną. Określanie warunków obrotu sprzętem medycznym, w tym m.in. implantami piersi, należy, od wejścia w życie ustawy z 28 maja 1976 r. nowelizującej ustawę o sprzęcie medycznym (*Medical Device Act*), do kompetencji amerykańskiego Urzędu ds. Żywności i Leków (*Food and Drug Administration, FDA*). Od 1976 r. do 1991 r. implanty zaliczano do kategorii produktów medycznych dopuszczanych do obrotu bez konieczności uzyskania zezwolenia.

Do końca lat dziewięćdziesiątych ponad milion Amerykanek poddało się operacji wszczepienia silikonowych implantów piersi, z czego ok. 80 procent zrobiło to

w celach kosmetyczno-estetycznych. U prawie połowy pacjentek wystąpiły poważne problemy zdrowotne¹.

Niekorzystne skutki implantów piersi można podzielić na trzy grupy: problemy związane z reakcją organizmu na płynny silikon lub poliuretan, powikłania wynikające z pęknięcia koperty protezy lub samorodnego wycieku płynu (tzw. krwawienie implantu), wreszcie zmniejszona zdolność wykrycia nowotworu sutka. Najczęściej powstającym powikłaniem jest torebkowy przykurcz bliznowaty. W leczeniu tego schorzenia próbowano różnych metod, od masażu po operację wymiany implantu. Większe i długotrwałe powikłania wywołuje wyciek silikonu, który dostaje się do układu krwionośnego i limfatycznego. Według ujawnionych danych, powoduje on różne reakcje organizmu na ciało obce, takie jak przerost tkanki, zaburzenia układu odpornościowego oraz choroby tkanki łącznej. Poza leczeniem tych następstw, pozostający w organizmie silikon stwarza konieczność operacyjnego „wyczyszczenia”. Problem leży w tym, że w praktyce, za wyjątkiem silnych urazów, pacjentka często przez długi czas nie wie o wycieku silikonu, dopóki nie pojawią się objawy wyczuwalne zewnętrznie, takie jak zgrubienia, twardnienie piersi i ból. Dopiero wówczas podejmowana jest interwencja chirurgiczna. Jeżeli chodzi o wczesne wykrycie nowotworu, implant utrudnia badanie mammograficzne, a także zaciemnia obraz radiologiczny, a płyn fizjologiczny zmniejsza przepływ promieni rentgenowskich. Ponadto nie wyklucza się, iż sam silikon posiada pewne właściwości rakotwórcze².

Pod wpływem wielu tysięcy skarg pacjentek FDA wszczął w latach osiemdziesiątych odpowiednie dochodzenie, zakończone w 1991 r. decyzją wprowadzającą koncesję na produkcję, sprzedaż i stosowanie silikonowych implantów piersi. Ponieważ producenci nie dostarczyli wymaganych testów i badań stwierdzających bezpieczeństwo i skuteczność tych implantów, w praktyce oznaczało to wycofanie ich z rynku. Obecnie, w drodze wyjątku, określona liczba pacjentek może otrzymać implant silikonowy przy rekonstrukcji piersi po interwencji chirurgicznej w chorobie nowotworowej, przy czym podlegają one obowiązkowej obserwacji co do skutków implantacji³.

2. Poszkodowane mają do wyboru dwie grupy podmiotów, przeciwko którym mogą dochodzić naprawienia szkody. Pierwszą tworzą podmioty dokonujące świadczenia medycznego (szpital, lekarz), drugą producenci endoprotez silikonowych (m.in. Dow Chemicals, Dow Corning, Baxter Healthcare Corp., Bristol-Myers Squibb Co., American Heyer-Schulte Corp.). W związku z tym w grę wchodzi różne podstawy odpowiedzialności.

¹ Zob. R. Cupp, *Sharing accountability for breast implants: strict products liability and medical professionals engaged in hybrid sales/service cosmetic products transactions*, *Florida State University Law Review* 21/1994, s. 882.

² Raport Departamentu Zdrowia oraz Urzędu ds. Żywności i Leków (FDA), pt. *Proposed rules. General and Plastic Surgery Devices; Effective Date of Requirement for Premarket Approval of Silicone Inflatable Breast Prosthesis*, 58 *Federal Regulation* 3436 (1993), s. 6 in.

³ Zob. K. Meyer, *Comment, Silicone breast implants and hospital liability: a new forum for hybrid transactions*, *Dickinson Law Review* 99/1995, s. 439.

Odpowiedzialność lekarzy i szpitali za niekorzystne skutki silikonowych implantów piersi mieści się w ogólnym reżimie odpowiedzialności za szkody medyczne. W prawie amerykańskim, podobnie jak w polskim, lekarz odpowiada za szkodę wyrządzoną z winy własnej lub personelu medycznego. Jeżeli chodzi o odpowiedzialność szpitala, sytuacja jest bardziej skomplikowana, gdyż zależy od jego statusu prawnego. Najmniejszy zakres odpowiedzialności mają szpitale federalne, szpitale stanowe w większości stanów odpowiadają za szkody (ewentualnie jest to odpowiedzialność ograniczona), natomiast szpitale prywatne odpowiadają zawsze w pełni za szkodę. Podstawą odpowiedzialności szpitala jest wina własna (np. wina w nadzorze nad personelem medycznym, w wyborze personelu, wina organizacyjna itd.) lub cudza, czyli lekarzy, pielęgniarek, innego personelu medycznego, zatrudnionych w szpitalu. W pewnych wypadkach szpital odpowiada też za tzw. niezależnych specjalistów (*independent contractors*), którzy nie są związani ze szpitalem umową o pracę, lecz wykorzystują pomieszczenia, a czasem też personel medyczny przy wykonywaniu usług medycznych⁴.

Lekarz podejmujący się operacji plastycznej lub rekonstrukcji piersi posiadać musi odpowiednie kwalifikacje oraz uzyskać ważną zgodę pacjenta na zabieg. W USA chirurg plastyczny otrzymuje potwierdzenie wymaganych kwalifikacji w postaci certyfikatu Amerykańskiej Rady Chirurgów Plastycznych (*American Board of Plastic Surgery*). Jest to jedyne ciało uprawnione do wydawania zezwoleń na prowadzenie praktyki w zakresie chirurgii plastycznej. Drugim warunkiem rozpoczęcia procedury medycznej jest uzyskanie zgody pacjenta. W razie jej braku lub przekroczenia lekarz odpowiada za wynikłą stąd szkodę niezależnie od zachowania zasad sztuki lekarskiej. Podobnie rzecz się ma w razie uzyskania zgody przez wprowadzenie w błąd pacjenta. Mamy wówczas do czynienia z brakiem „poinformowanej zgody” (*informed consent*) pacjenta na zabieg medyczny, co w prawie amerykańskim stanowi odrębną podstawę prawną roszczeń poszkodowanego. Lekarz ma obowiązek poinformowania pacjenta o wszystkich istotnych faktach i ryzykach proponowanego zabiegu, zwłaszcza gdy zabieg jest dokonywany nie w celu terapeutycznym, jak w przypadku powiększenia piersi. W orzecznictwie istnieją dwa mierniki istotności informacji: miernik starannego lekarza (czyli, co każdy rozsądny lekarz wyjawilby pacjentowi) oraz miernik zwykłego pacjenta (czyli, co każdy rozsądny pacjent chciałby wiedzieć przed podjęciem decyzji). W sprawie *Halbe v. Veinberg* (1999) dotyczącej implantów piersi Sąd Najwyższy Indii stwierdził, iż lekarz musi podać pacjentowi te informacje, które każdy rozsądny lekarz w podobnych okolicznościach by podał, a które każdy rozsądny pacjent chciałby znać. W tej sprawie lekarz ukrył przed pacjentką, że implant, który zamierza wstawić, zawiera pewną ilość płynu silikonowego. Pacjentka wyraźnie zastrzegła, że nie chce implantu silikonowego, a na jej szczegółowe pytanie lekarz określił implant jako niesilikonowy i bezpieczny. W ciągu następnych lat wykonał on kolejne operacje wymiany implantu na inne,

⁴ Bliższe wyjaśnienie tych zagadnień zob. M. Nesterowicz, Podstawy odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego w USA, Acta UNC Prawo XXIV, Toruń 1985 oraz Prawo Cywilne USA, Toruń 1999, s. 150 i n.

zawierające coraz większe proporcję silikonu. Sąd uznał, że zgoda pacjentki na pierwszą operację była nieważna, a nieważność ta rozciągnęła się też na kolejne zabiegi, gdyż godząc się na nie pacjentka działała w zaufaniu do początkowych twierdzeń lekarza. Za uzyskanie poinformowanej zgody pacjenta odpowiedzialny jest przede wszystkim lekarz, a dopiero potem szpital.

W sprawie *Auler v. Van Natta* (1997) Sąd Apelacyjny Indiany uznał, iż szpital nie odpowiada za to, że w trakcie mastektomii wszczepiono implant pacjentce, która nie wyraziła na to zgody lekarzowi, lecz podpisała ogólny standardowy formularz zgody na leczenie i zabiegi chirurgiczne przy przyjęciu na oddział. Wykazaną odpowiedzialność ponosi lekarz.

Lekarz (szpital) odpowiada również za zawiniony błąd w trakcie operacji, np. za niewłaściwe umieszczenie brodawek na odtworzonych piersiach, czy brak symetrycznego ułożenia implantów. Niedbalstwo lekarza jako przyczyna szkody może iść też w parze z ryzykiem tworzonym przez sam implant lub płyn silikonowy. Na przykład, jeżeli chirurg użył do rekonstrukcji materiałów medycznych nie posiadających zezwolenia FDA, odpowiada on za wynikłą szkodę. W sprawie *Nelson v. Guant* (Kalifornia, 1981) powódka zażądała odszkodowania za uszczerbek na zdrowiu, którego doznała w wyniku zastrzyków silikonowych mających na celu bezpieczne powiększenie jej biustu. Metoda ta jest obecnie zabroniona, gdyż powoduje formowanie się guzów, wymagających stałych biopsji, zakażenia i martwice tkanek, prowadzących do mastektomii, utratę wzroku, a nawet śmierć. Chirurg wstrzyknął silikon nie dopuszczony do użycia w medycynie, zapewniając pacjentkę, że stosuje „nieaktywną substancję”, która nie wywołuje żadnych skutków ubocznych. Sąd uznał roszczenie i zasądził od lekarza 450 tys. dolarów odszkodowania i 1,5 mln dolarów odszkodowania karnego (*punitive damage*)⁵. Ponadto, orzecznictwo amerykańskie uznaje, że wina lekarza może rozciągać się na okres pooperacyjny, np. gdy zaniecha on należytej kontroli pacjenta lub nie zdiagnozuje skutków wywołanych przez implant. Udowodnienie winy w ostatnim przypadku jest jednak wyjątkowo trudne, jeżeli komplikacje nie są zaliczane do normalnych następstw błędów w sztuce lekarskiej. Oficjalne badania kliniczne i naukowe w USA nie potwierdziły bowiem definitywnie związków między obecnością silikonu w organizmie a zachorowalnością na niektóre choroby, zwłaszcza, jeżeli chodzi o nowotwory. W takiej sytuacji lekarzowi nie można udowodnić braku odpowiedniej wiedzy medycznej, więc i winy w diagnozowaniu.

Należy teraz przejść do kwestii zasadniczej, czy chirurg, któremu nie można przypisać żadnej winy, tj. wykonał on implantację zgodnie ze sztuką medyczną i dołożył należytej staranności w dalszym monitorowaniu pacjenta, odpowiada za to, że endoproteza pęka, przecieka, powoduje zrosty bliznowate, wtórną infekcję itd. Innymi słowy, czy ponosi on odpowiedzialność za wadliwy produkt, jeżeli jemu samemu nie można przypisać żadnego niedbalstwa? Czy taką odpowiedzialność – niezależną od winy – ponosi szpital?

⁵ Zob. R. Patterson, *Harney's Medical Malpractice*, wyd. 4, Charlottesville, Virginia, 1999, s. 326-327.

Pogląd sądów stanowych w tej kwestii jest prawie jednomyślny: ani lekarz, ani szpital nie odpowiada w braku winy za niekorzystne skutki silikonowych implantów piersi. Nie odpowiada też z tytułu rękojmi lub gwarancji, gdyż te powstają jedynie, gdy mamy do czynienia z umową sprzedaży⁶. Uzasadnienie tego stanowiska nawiązuje do przesłanek odpowiedzialności za produkt niebezpieczny, stąd też jest ona punktem wyjścia do dalszych rozważań.

Źródłem odpowiedzialności za produkt jest wprowadzenie do obrotu w ramach prowadzonej działalności gospodarczej rzeczy niebezpiecznej z wadami. Podlegają jej wszystkie podmioty uczestniczące w łańcuchu dystrybucji produktu, tj. producenci, dostawcy półprefabrykatów i niektórych surowców oraz importerzy⁷. Ich odpowiedzialność oparta jest na zasadzie ryzyka i dotyczy wszelkich szkód na osobie i mieniu wyrządzonych konsumentowi lub użytkownikowi. Implant jest oczywiście produktem, lecz o specjalnym, medycznym przeznaczeniu. Zanim dotrze do ostatecznego użytkownika, przechodzi przez ręce szpitala i lekarza. Pytanie sprowadza się zatem do kwestii, czy lekarz lub szpital świadczący usługę medyczną uczestniczy w obrocie implantami. Niewątpliwie, usługi takie są odpłatne, gdyż pacjentka płaci za operację w prywatnym gabinecie lub uiszcza składki na ubezpieczenie zdrowotne. W Stanach Zjednoczonych szpitale wystawiają szczegółowe rachunki za leczenie i zabiegi, w związku z czym łatwo określić jest cenę samego implantu⁸. Według sądów nie jest to jednak przekonujący argument za uznaniem, że szpital (chirurg prowadzący własną praktykę) wprowadza do obrotu implant i powinien odpowiadać za jego wady.

Fundamentalne znaczenie ma tutaj odróżnienie produktu będącego przedmiotem sprzedaży od produktu będącego przedmiotem usługi. Mamy na myśli sytuację, gdy jedna strona w ramach wykonania usługi dostarcza drugiej produkt w celu jednoczesnego zużycia lub konsumpcji, a umowa nie precyzuje przedmiotu zobowiązania. W prawie amerykańskim umowy te często określa się jako transakcje hybrydalne i grupuje w dwie kategorie. Pierwszą tworzą umowy, wykonanie których polega na zużyciu (konsumpcji) produktu w całości w trakcie świadczenia usługi (np. farbowanie włosów lub wykonanie trwałej ondulacji w salonie fryzjerskim). Wówczas zasadą odpowiedzialności zobowiązanego jest ryzyko. Drugą grupę stanowią umowy, do których wykonania niezbędne jest użycie produktu ze względu na cel umowy lub jako narzędzia (np. użycie narzędzi medycznych przez lekarza, transfuzja krwi dostarczonej przez bank krwi). W tej kategorii brak jasnej reguły odpowiedzialności, ale prawo amerykańskie skłania się do interpretowania stosunku między stronami jako świadczenia usług, co oznacza, że do przypisania odpowiedzialności niezbędny jest dowód winy podmiotu świadczą-

⁶ Zob. L. Sharp, Liability of hospital or medical practitioner under doctrine of strict liability in tort, or breach of warranty, for harm caused by drug, medical instrument, or similar device used in treating patient, 65 American Law Reports 5th 357, 1999, s.36.

⁷ Zob. E. Bagińska, Odpowiedzialność za produkt w USA, Toruń 2000, s. 112 i n.

⁸ Cena implantu stanowi średnio od 15-45% kosztów usługi medycznej. Sam implant kosztuje ok. 450-500 dolarów, operacja od 1000 do 5500 dol. (średnio ok. 2400 dol). Zob. D. Penofsky, Cosmetic silicone breast implant litigation, American Jurisprudence Trials, vol. 55, 1995 sekcja 1.

cego usługę. W związku z tym, że treść zobowiązania między stronami często budzi wątpliwości co do charakteru umowy, dominujący pogląd orzecznictwa głosi, iż należy zbadać istotę stosunku prawnego między stronami, odpowiadając na pytanie, jaki był z punktu widzenia poszkodowanego cel umowy: nabycie produktu czy uzyskanie usługi⁹. Przyjmuje się, że w przypadku usług medycznych dominuje element świadczenia profesjonalnej pomocy przez lekarza¹⁰. Nawet więc, gdy z natury rzeczy lekarz (szpital) musi skorzystać ze sprzętu medycznego lub protezy, nie oznacza to, że staje się dystrybutorem danego narzędzia czy protezy. Przykładem może być orzeczenie *Porter v. Rosenberg* (650 So. 2d 79), w którym Sąd Apelacyjny Florydy stwierdził, iż zasada ryzyka nie może być podstawą odpowiedzialności lekarza, jeżeli usługa medyczna nie mogłaby być wykonana bez użycia implantu (niewątpliwie spełniającego kryteria produktu), a dominującym celem umowy było skorzystanie ze świadczenia medycznego. Sąd w Nowym Jorku (sprawa *Weisman v. Dow Corning Corp.*, 1995) uznał, iż nawet jeżeli lekarz używa do operacji silikonu, uprzednio przez siebie zmieszanego z dwóch substancji pochodzących z innych źródeł, nie dokonując żadnych zmian w składzie chemicznym, nie staje się przez to producentem.

Zasada ta ustaliła się najpierw w odniesieniu do szpitali. Niezależnie od okoliczności sprawy, szpitale nie odpowiadają za szkody wynikłe z użycia wadliwych narzędzi przez lekarza (sprawa *Magrine v. Krasnica*, New Jersey, 1967), zastosowania wadliwych implantów (sprawa *Hector v. Cedars – Sinai Medical Ctr.*, Kalifornia, 1986) czy użyczenia wadliwych rzeczy, chyba że udowodni się im winę. Jak zauważył Sąd Apelacyjny Kalifornii (w cytowanym wyżej orzeczeniu) podstawową funkcją szpitala jest świadczenie usług zdrowotnych. Szpital nie wprowadza produktu do obrotu, lecz za pośrednictwem lekarzy decyduje o wyborze środków medycznych spośród dopuszczonych na rynek. Decyzje są z natury rzeczy indywidualne, co stanowi o swoistym stosunku między pacjentem a lekarzem i konieczności oparcia odpowiedzialności świadczeniodawcy usługi medycznej na zasadzie winy.

Wyłączenie konstrukcji odpowiedzialności zaostrożonej w przypadku chirurgii kosmetycznej uzasadnia się ponadto względami porządku publicznego oraz ogólnie pojętej słuszności społecznej¹¹. Sądy wielokrotnie wyraziły opinię, iż znaczenie stałego i nieograniczonego dostępu do usług medycznych przewyższa cele, dla jakich wprowadza się do systemu odpowiedzialności cywilnej zasadę ryzyka. Potencjalne skutki obciążenia zwiększają odpowiedzialność chirurgów plastycznych i szpitale spowodowałyby znaczne zmniejszenie podaży na tego rodzaju usługi medyczne z uwagi na konieczność wkalkulowania ciężaru odpowiedzialności w cenę usługi.

Z drugiej strony można spotkać poglądy, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka powinna mieć zastosowanie do tych podmiotów, które reklamują przeprowadzenie operacji plastycznych, powołując się na swoje doświadczenie, ekspertyzę i bezpie-

⁹ Zob. E. Bagińska, op.cit., s. 98.

¹⁰ Zob. L. Pleicones, *Note, Passing the essence test: health care providers escape strict liability for medical devices*, South Carolina Law Review 50/1999, s. 482.

¹¹ Zob. E. Bagińska, op. cit., s. 100.

czeństwo wykorzystywanych implantów¹². Nie wydaje się jednak celowe rozróżnianie odpowiedzialności z uwagi na cel implantacji. Pojawiły się bowiem głosy, żeby w przypadku operacji powiększenia piersi, która jest przecież zabiegiem o celu wyłącznie estetycznym, w przeciwieństwie do rekonstrukcji piersi, gdzie obecny jest jeszcze element terapeutyczny, odpowiedzialność szpitali za szkody była zaostrzona¹³.

3. Liczne procesy odszkodowawcze są skierowane przeciwko producentom protez silikonowych. Amerykańskie prawo czynów niedozwolonych opiera odpowiedzialność producenta na zasadzie ryzyka (*strict product liability*), naruszeniu gwarancji (rękojmi) powstającej z mocy prawa (*implied warranty*), oraz tradycyjnej zasadzie winy. Zasada ryzyka jest najczęstszą podstawą orzeczeń przeciwko producentom protez silikonowych¹⁴. Została wprowadzona do prawa amerykańskiego przez orzecznictwo sądów stanowych, głównie Nowego Jorku i Kalifornii. Uprawnionymi do dochodzenia odszkodowania są obok nabywców, także inne osoby trzecie, które doznały szkody w związku z użyciem niebezpiecznego produktu. Przesłankami odpowiedzialności producenta są: niebezpieczna wada (produkcyjna, konstrukcyjna lub instrukcyjna) rzeczy w momencie wprowadzenia jej do obrotu, związek przyczynowy oraz szkoda. Ich udowodnienie obciąża poszkodowanego. Najprostsza sytuacja zachodzi, gdy szkodę wyrządził wadliwy fabrycznie implant, tj. którego jakość odstaje od pozostałych egzemplarzy w danej linii produkcyjnej, nie spełniając określonej specyfikacji i jakości. Właściwy spór dotyczy wszelako tego, czy można uznać, iż implant silikonowy ma niebezpieczną wadę, gdyż jest niewłaściwie zaprojektowany, bądź pacjent nie został poinformowany o ryzykach i niekorzystnych skutkach ubocznych.

Producent implantu silikonowego odpowiada z tytułu wady w konstrukcji (*defective design*), gdy przewidywalne ryzyko wyrządzenia szkody przez implant mogło być zmniejszone lub wyłączone w drodze zastosowania rozsądnego alternatywnego rozwiązania konstrukcyjnego¹⁵. Przesłanka ta jest zazwyczaj bardzo trudna do udowodnienia. Niemniej w sprawie *Hopkins v. Dow Corning*, (Kalifornia, 1994), poszkodowana udowodniła, że pęknięcie implantu wynikało z wybranej technologii produkcji (m.in. za cienkiej „koperty”, w której znajduje się płyn silikonowy), że producent zignorował informacje o tym, iż implanty mają tendencję do przeciekania, a zastosowanie innej konstrukcji, droższej i bardziej skomplikowanej, zmniejszyłoby ryzyko wycieku płynu silikonowego¹⁶.

¹² Doszło nawet do tego, że Amerykańskie Stowarzyszenie Chirurgów Plastycznych i Rekonstrukcyjnych wymyśliło nową jednostkę chorobową nazwaną micromastią (w wolnym tłumaczeniu „posiadanie małych piersi”), która to „deformacja” może być „wyleczona” za pomocą implantów piersi. Zob. D. Penofsky, op.cit., sekcja 1.

¹³ Zob. R. Cupp, op. cit., s. 873. K. Meyer, op. cit., s. 911.

¹⁴ Zob. R. Eclavea, *Products liability in connection with prosthesis or other product designed to be surgically implanted in patient's body*, 1 *American Law Reports 4th* 921, 1980, s.21 in.

¹⁵ Zob. E. Bagińska, op.cit., s. 163.

¹⁶ Według obecnej regulacji w Stanach Zjednoczonych jedynie implanty z płynem fizjologicznym mogą być używane w celu powiększenia biustu. Poszukiwania alternatywnych materiałów do wypełnienia protez, o właściwościach podobnych do silikonu, biokompatybilnych i nieszkodliwych w momencie pęknięcia torebki doprowadziły do konstruowania implantów hybrożelowych. Hydrożel (żel rozpuszczony w wodzie) jest kompatybilny z tkankami pacjenta, co oznacza, że w razie mechanicznego uszkodzenia protezy, nie ulega procesom metabolicznym, jest wydalany przez nerki, z zatem nie stwarza zagrożenia zatrucia organizmu pacjentki. Protezy solne mają podobną właściwość, gdyż przypadkowe pęknięcie takiego implantu powoduje, że płyn fizjologiczny jest wchłonięty w krótkim czasie przez naczynia krwionośne.

Najczęściej producenci implantów odpowiadają za zaniedbanie przeprowadzenia odpowiednich testów szkodliwości silikonu, bądź za nieostrzeżenie o negatywnych skutkach jego przedostania się do organizmu. Obowiązek ostrzegania wiąże się z wymogiem wprowadzania do obrotu rzeczy bezpiecznych, co w przypadku leków i sprzętu medycznego oznacza m.in. zbadanie ich skuteczności i przewidywalnych skutków ubocznych. O powstaniu obowiązku ostrzegania decyduje wiedza lub powinność wiedzy o konkretnym niebezpieczeństwie. Producent jest odpowiedzialny za szkody wynikłe tylko z niekorzystnych działań ubocznych, które można było przewidzieć w chwili wprowadzenia produktu medycznego do obrotu, aczkolwiek późniejsze wykrycie wad i niebezpieczeństw nie zwalnia jednak producenta od obowiązku poinformowania o nich FDA oraz ostrzeżenia konsumentów. Producentowi przypisana będzie wiedza eksperta. Powyższe oznacza więc, że na producencie spoczywa obowiązek wykonania rozsądnych testów i badań w celu wykrycia zagrożeń i sposobów ich eliminacji lub ograniczenia. Przyjmuje się, iż producent nie odpowiada, jeżeli wytwarzając produkt nie mógł uniknąć ryzyka, o którym nie mógł wiedzieć w świetle aktualnego stanu techniki i nauki. Jeżeli jednak zagrożenia znał, lecz nie mógł wyeliminować przy zastosowaniu znanych technologii, wówczas powinien o nich poinformować przyszłych konsumentów (sprawa *Vassallo v. Baxter Healthcare Corp*, Massachusetts, 1998).

W omawianym przypadku w grę wchodzi w pierwszym rzędzie ostrzeżenia o chorobotwórczych właściwościach silikonu. W cytowanej sprawie *Hopkins* firma Dow Corning ukryła informacje o negatywnych skutkach krótkookresowych testów, a ponadto zaniechała przeprowadzenia długookresowych testów produktu. Powódce, u której na skutek wycieku silikonu rozwinęła się choroba tkanki łącznej, zasądono od pozwanego Dow Corning odszkodowanie w wysokości 840 tys. dolarów oraz dodatkowo odszkodowanie karne (*punitive damages*) w wysokości 6,5 mln dolarów. Ta dodatkowa, dolegliwa sankcja ma swoje uzasadnienie w szczególnie rażącym zachowaniu podmiotu ignorującego zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi i czerpiącego z tego korzyści majątkowe. Ciężkie niedbalstwo producenta zachodzi wówczas, gdy świadomie ukrywa przed konsumentami znane niebezpieczeństwa wyrobu, zaniedbuje bezwzględnie obowiązujące normy bezpieczeństwa lub obowiązek kontroli jakości i przeprowadzenia właściwych testów produktu, nie zamieszcza instrukcji i ostrzeżeń o zagrożeniach wykrytych po wprowadzeniu produktu do obrotu. Dow Corning przez wiele lat utrzymywał, iż wytwarzane i sprzedawane przez niego implanty są bezpieczne i niewadliwe, a więc świadomie naraził tysiące kobiet na bolesne i wycieńczające choroby, stąd sąd uznał za prawidłowe orzeczenie przez ławę przysięgłych tak wysokiego odszkodowania karnego¹⁷.

W odniesieniu do pewnych produktów liczne grupy konsumentów działają w zafaniu do informacji podanych przez inne niż producent osoby. W szczególności pa-

¹⁷ Ujawnione do publicznej wiadomości dokumenty wewnętrzne firmy Dow Corning, wskazują, że już w latach 60-tych posiadała ona informacje o negatywnym wpływie silikonu na układ odpornościowy, co stwierdzono w trakcie eksperymentów na psach. Zob. K. Meyer, op. cit. s. 440, przyp. 7.

cjenci działają w zaufaniu do lekarza wybierającego odpowiednią metodę terapii. Według prawa *common law* producent nie ma obowiązku bezpośredniego ostrzegania pacjentów o niebezpiecznych skutkach ubocznych leków dostępnych na receptę i materiału medycznego, w myśl zasady poinformowanego, uczonego pośrednika (*learned intermediary rule*). Pośrednik – lekarz, decyduje bowiem, za każdym razem w oparciu o diagnozę i indywidualne ryzyko związane z pacjentem, o zastosowaniu leku w konkretnej terapii. Po raz pierwszy regułę tę sformułowano w słynnym precedensie podjętym przez sąd federalny w sprawie *Sterling Drug, Inc. v. Cornish* (370 F.2d 82, 8th Cir.1966). Głosi ona, że producent zwolniony jest z odpowiedzialności, jeżeli uczonego pośrednik (np. lekarz) został poinstruowany i ostrzeżony właściwie, a mimo to udzielił nieodpowiednich instrukcji konsumentowi (pacjentowi). Niektóre sądy zastosowały tę zasadę do innych produktów medycznych, np. sztucznej zastawki serca, mechanicznego środka antykoncepcyjnego, maszyny radiologicznej i antynikotynowej gumy do żucia. W przypadku silikonowych implantów piersi, producent ma obowiązek poinformować chirurga o właściwościach silikonu i ewentualnych skutkach ubocznych, a obowiązek ten nie rozciąga się już na pacjenta¹⁸. Lekarz musi być również poinformowany o bezpieczeństwie procedur medycznych, które można wykonywać po implantacji. W jednym z orzeczeń producent implantów został uznany odpowiedzialnym za brak ostrzeżenia lekarza o pękaniu toreb implantów silikonowych w trakcie zamkniętej capsulotomii, polegającej na próbie usuwania zrostów przykurczy torebkowych przez ściskanie piersi¹⁹. Obowiązek producenta ma charakter ciągły i obejmuje podanie do wiadomości lekarzy najnowszych rezultatów badań nad bezpieczeństwem produktów medycznych obecnych w obrocie.

Jeżeli producent posługuje się innym podmiotem w celu dokonania badań klinicznych, odpowiedzialność tego drugiego w zasadzie jest wykluczona (np. w Kalifornii, Michigan i stanie Nowy Jork²⁰). Wyjątkowo w orzeczeniu *Dow Chemical Co. v. Mahlum* (1999) Sąd Najwyższy Nevady uznał, że spółka, która przeprowadzała dla spółki zależnej, produkującej implanty, badania nad ich bezpieczeństwem i skutkami ubocznymi, odpowiada za uszczerbek na zdrowiu powódki. Pozwany zaniechał ukończenia testów, a zwłaszcza zbadania długotrwałych skutków obecności silikonu w ciele człowieka, lecz nie podjął żadnych kroków w celu ostrzeżenia kobiet posiadających implanty piersi). Sąd stwierdził, iż istnieje adekwatny związek przyczynowy między zachowaniem pozwanego a szkodą powódki. Rezultaty przeprowadzonych badań, w połączeniu z wiedzą producenta o tendencjach implantów do przeciekania, dowodzą faktu, iż rozstrój zdrowia pacjenta-konsumenta w wyniku pęknięcia implantu był przewidywalnym skutkiem ubocznym.

¹⁸ Zob. K. King-Cameron, *Comment, Carving another exception to the learned intermediary doctrine: application of the learned intermediary doctrine in silicone breast implant litigation*, *Tulane Law Review* 68/1994, s. 937 i n.

¹⁹ Orz. *Toole v. McClintock*, 1543 (M.D. Ala. 1991), *Toole v. Baxter Healthcare Corp.* 235 F.3d 1307 (11th Cir. 2000).

²⁰ W tych trzech stanach ok. 4000 powództw przeciwko firmie Dow Chemical zostało oddalone. Zob. J. Hellwego, *Plaintiffs score victories in breast implant cases*, „*Trial*” z dn.1 III 1999 r.; orz. *Artiglio v. Corning Inc.*, 957 P.2d 1313 (Cal. 1998) oraz orz. In re New York State Silicone Breast Implant Litigation

4. W wielu przypadkach trudną do przezwyciężenia przeszkodę stanowi udowodnienie związku przyczynowego. W niektórych stanach faktyczny związek przyczynowy między szkodą powódki a wszczęciem implantu musi być zarazem ogólny jak i szczególny, tzn. musi istnieć naukowo dowiedziony związek między zapadalnością na pewne choroby a obecnością silikonu oraz silikon musi być przyczyną *sine qua non* choroby powódki. Jak wspomniano, brakuje oficjalnego i definitywnego stanowiska nauki medycznej w kwestii niekorzystnych skutków silikonowych implantów piersi²¹. Raport z 1993 r., przygotowany przez FDA, potwierdza jednak związki między tymi implantami a zapadalnością na określone choroby, wspomniane na wstępie. Raport ten nie może być jednak powoływany przed sądami jako dowód z opinii biegłych w celu wykazania związku przyczynowego między chorobą powódki a „zachowaniem” implantu, gdyż dotyczy wszystkich implantów piersi wytwarzanych przy użyciu silikonu, a nie pochodzących od konkretnego producenta pozwanego w sprawie.

Podstawowym środkiem dowodowym są więc opinie biegłych lekarzy oraz dokumenty wewnętrzne producentów. Niejednokrotnie do tej roli powoływani są eksperci reprezentujący radykalne lub odosobnione poglądy naukowe, często nie mające poparcia empirycznego. Judykatura podjęła się więc zadania określenia kryteriów dopuszczalności powyższych dowodów. Tradycyjna zasada, stosowana wciąż w większości procedur cywilnych stanowych, głosi, że metodologia sporządzania opinii przez eksperta musi być ogólnie akceptowana w branży, którą reprezentuje. Ostrzejsze kryteria dopuszczalności opinii biegłych obowiązują przed sądami federalnymi. Wprowadził je Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w precedensie *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993), w którym stwierdził, iż podjęcie decyzji o dopuszczeniu dowodu z opinii ekspertów zależy od kilku czynników: czy opinia jest wiarygodna, sporządzona naukową metodą, właściwa do rozstrzygnięcia sprawy. Ocena ma być wstępnie dokonana przez sędziego na podstawie okoliczności takich jak naukowa sprawdzalność przedstawionej opinii (jej poparcie w badaniach innych profesjonalistów z tej samej dziedziny), możliwość weryfikacji zastosowanej metody technicznej, określony stopień akceptacji rezultatów badań w środowisku naukowym, czas ich wykonania (czy dla celów procesu, czy przed procesem), uznany margines błędu.

Ażeby przyspieszyć dochodzenie naprawienia szkody i usprawnić postępowanie dowodowe, w wielu stanach połączono wszystkie powództwa w sprawach implantów silikonowych przeciwko jednemu lub więcej producentom w celu łącznego rozpoznania. W obliczu kilku tysięcy pozwów i rozbieżności orzecznictwa federalnego w kwestii dopuszczalności dowodów, w połączonej sprawie międzystanowej (obejmującej powództwa dotychczas wniesione do sądów federalnych) sędzia federalny Judge Sam Pointer, Jr. powołał w 1998 r. niezależny Zespół Krajowych Ekspertów

²¹ Podstawową pozycją naukową zaprzeczającą związkowi implantów silikonowych z chorobami jest artykuł J. Sanchez-Guerreo et. al., *Silicone Breast Implants and the risk of the connective-tissue diseases and symptoms*, *New England Journal of Medicine* 332/1995, s. 1666. Zob. również raport (red.) S. Bondurant, V. Ernster, R. Herdman, *Safety of Silicone Breast Implants*, *Institute of Medicine*, Waszyngton 2000.

Naukowych, który miał zweryfikować dostępną literaturę oraz przeprowadzone badania naukowe i kliniczne. Zespół wyraził opinię, iż nie ma istotnych dowodów na związek między implantami silikonowymi a chorobami poszkodowanych kobiet. Proces federalny ostatecznie zakończył się ugodą z trzema największymi producentami implantów silikonowych na kwotę 4,25 mld dol.²² Sądy w dalszym ciągu muszą więc polegać na opiniach ekspertów proponowanych przez strony. I tak np. w sprawie *Kelly v. American Heyer-Schulte Corp.* (1997) Sąd Federalny w Teksasie odmówił dopuszczenia dowodu z opinii epidemiologa i radiologa na udowodnienie twierdzeń powódki o związku między implantami piersi a zespołem Sjogrens'a. Zdaniem sądu zastosowana metoda badań epidemiologicznych nie dawała gwarancji wiarygodności z uwagi na duży margines błędu (nieliczna próba badanych kobiet), i niedostateczność bezpośrednich studiów klinicznych do sformułowania miarodajnych wniosków. Kwestia dopuszczenia dowodu leży zawsze w kompetencji sędziego przewodniczącego. Działa on jak zaporę chroniącą ławę przysięgłych, którą przecież tworzą laicy niezdolni ocenić wartość przedkładanych opinii biegłych, przed zalewem niewiarygodnej, nieistotnej i dezorientującej informacji²³.

Poruszyć też warto interesującą kwestię dopuszczalności odszkodowania za obawę zachorowania. Orzecznictwo jest tutaj rozbieżne. Początkowo sądy orzekały, iż życie w strachu przed chorobą nowotworową, będącą potencjalną konsekwencją długotrwałego kontaktu z substancjami toksycznymi (tzw. cancerphobia) nie stanowi źródła roszczeń odszkodowawczych, o ile choroba w rzeczywistości nie wystąpiła. Charakter powyższych zakłóceń emocjonalnych jest w opinii sądów okresowy, a symptomy trudne do określenia i łatwe do wyimaginowania. W stanie Floryda dopuszcza się roszczenia pacjentek, posiadających silikonowe implanty piersi, o odszkodowanie za rozstrój psychiczny wynikający ze zwiększonego ryzyka zachorowania na chorobę nowotworową w przyszłości. Poszkodowana musi jednak przekonać ławę przysięgłych, iż w świetle znanych jej okoliczności (np. rezultatów przeprowadzonych badań i studiów naukowych) jej obawa jest uzasadniona, nie musi jednak udowodnić, że w jej przypadku ryzyko zachorowania rzeczywiście uległo zwiększeniu²⁴.

²² Zob. *In re Silicone Gel Breast Implant Products liability Litigation*, MDL 926 (N.D. Ala. 1996). Zob.

²³ Orz. Apelacyjnego Sądu Federalnego w sprawie *Allison v. McGhan Medical Corp.*, 184 F.3d 1300.

²⁴ Orz. Apelacyjnego Sądu Federalnego w sprawie *D'Augustino v. Bristol-Myers Squibb Co.*, (Floryda 1997).

Kinga Bączyk

Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone pacjentom w związku z użyciem wadliwego lub niesprawnego sprzętu medycznego

Postęp medycyny wymaga włączenia do procesu leczenia nowoczesnych metod i technologii, użycia skomplikowanego sprzętu i aparatury medycznej. Będą to zarówno urządzenia diagnostyczne i terapeutyczne przeznaczone do użytku zewnętrznego (respiratory, aparaty RTG, defibrylatory, elektroencefalografy, a także skalpele, szczypce chirurgiczne i inne instrumenty), jak również aparatura wszczepiana bezpośrednio do organizmu pacjenta (rozzruszniki serca, sztuczne zastawki, implanty stawów). Skorzystanie z nowoczesnych rozwiązań technologicznych niewątpliwie umożliwi lekarzowi osiągnięcie daleko idących korzyści terapeutycznych. Wraz ze wzrostem szans na wyleczenie zwiększa się jednak także ryzyko powstania szkody. Aparatura medyczna, z racji swojego przeznaczenia, wchodzi bowiem w bezpośredni kontakt z organizmem człowieka, stąd jakakolwiek wada w procesie projektowania, produkcji lub konserwacji, niedostrzeżona przez lekarza bądź szpital, może prowadzić do poważnych zagrożeń dla zdrowia i życia pacjenta.

Odpowiedzialność za szkodę związaną z użyciem wadliwego sprzętu medycznego ponosić będzie, w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, albo lekarz (zakład leczniczy), albo producent. Odmiennie kształtować się będą także, w odniesieniu do każdego z tych podmiotów, podstawy odpowiedzialności.

1. Wina jako przesłanka odpowiedzialności lekarza (zakładu leczniczego)

Zgodnie z poglądem przyjmowanym powszechnie w większości ustawodawstw, odpowiedzialność cywilna lekarza oparta jest na *w i n i e*. Dla przyjęcia odpowiedzialności wystarcza najlżejsza postać winy (*culpa levissima*) – niedbalstwo (nawet nieuświadomione), jeżeli działanie lekarza jest jednocześnie obiektywnie sprzeczne z zasadami sztuki medycznej. Na lekarzu dokonującym czynności leczniczych czy diagnostycznych spoczywa bowiem obowiązek dochowania należytej miary sta-

ranności. Będzie to jednak, jak się wskazuje w literaturze, staranność wyższa niż przeciętna, przede wszystkim ze względu na profesjonalny charakter jego działań, a także na przedmiot zabiegów leczniczych (ludzki organizm) i nieodwracalność skutków nieprawidłowej terapii.¹ Ocena postępowania lekarza oparta jest na standardach wiedzy i staranności wymaganej od „dobrego fachowca” (wzorzec abstrakcyjny), jednakże w odniesieniu do okoliczności konkretnego przypadku. Jednocześnie lekarz odpowiada, z nielicznymi wyjątkami, jedynie za niedołożenie wymaganej staranności. Jest on zatem zobowiązany uczynić wszystko, by zamierzony rezultat osiągnąć, nie ponosi natomiast odpowiedzialności za brak pomyślnego wyniku leczenia, który ze względu na stopień zaawansowania choroby nigdy nie jest absolutnie pewny². Pogląd, iż zobowiązanie lekarza jest zobowiązaniem starannego działania potwierdza orzecznictwo. Od odpowiedzialności zwalniają lekarza jedynie ryzyko postępu oraz tzw. błędy nauki (tj. uzasadnione stanem wiedzy pomyłki w diagnozie). Ryzyko zabiegu spoczywa już na pacjencie, jeżeli wyraził nań „poinformowaną zgodę” (*informed consent*).

Dopuszczenie do użycia wadliwego lub niesprawnego sprzętu medycznego stanowić będzie element braku należytej staranności w podejmowaniu czynności leczniczych z zakresu diagnozy czy terapii. Przeprowadzenie operacji czy innego zabiegu wymaga zatem kontroli wykorzystywanych w tym celu urządzeń. Obowiązek ten odnosi się zarówno do lekarza, jak i zakładu leczniczego, lecz jego zakres kształtuje się odmiennie w odniesieniu do każdego z tych podmiotów. Na lekarzu spoczywa obowiązek rutynowej kontroli sprzętu medycznego w poszukiwaniu widocznych i wykrywalnych defektów (*patent and discoverable defects*), tzn. takich, które są dostrzegalne na pierwszy rzut oka i z łatwością dają się zauważyć. Zakład leczniczy natomiast zobowiązany jest do inspekcji aparatury medycznej w zakresie wad ukrytych (*latent defects*), których istnienie można stwierdzić dopiero po bardziej starannym badaniu. Szerszy zakres obowiązków zakładu leczniczego w zakresie kontroli sprzętu diagnostycznego i leczniczego ma swoje uzasadnienie. Lekarz bowiem nie działa sam, świadczy natomiast usługi medyczne w określonym zakładzie leczniczym (jako jego pracownik lub tzw. niezależny kontrahent korzystający jedynie z pomieszczeń i sprzętu szpitalnego na czas zabiegu). Zakład ten dostarcza niezbędną lekarzowi aparaturę, jednocześnie zajmując się utrzymaniem jej w należyłym stanie (właściwe przechowywanie, konserwacja). Korzystając zatem z niezbędnego dla przeprowadzenia danego zabiegu urządzenia, lekarz działa w zaufaniu do szpitala, iż ten dostarczy mu sprzętu wolnego od wad³.

Pogląd ten rozwinął się i ukształtował w doktrynie judykaturze Stanów Zjednoczonych, o czym świadczą liczne orzeczenia. W sprawie *South Highlands Infirmary*

¹ Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 43.

² Tak M. Nesterowicz *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*. Warszawa-Poznań 1972, s. 53.

³ R. Rubin, *Manufacturer and Professional User's Liability for Defective Medical Equipment*, Akron L.R. (Ohio), 1974, s. 102.

v. *Camp* (Alabama 1965) sąd obciążył szpital odpowiedzialnością za szkodę doznaną przez pacjentkę w związku z użyciem przez lekarza narzędzia chirurgicznego z ukrytą wadą.

W uzasadnieniu orzeczenia zaznaczono, iż obowiązek wykrycia wad mniej oczywistych spoczywa na szpitalu wyposażającym lekarza w niezbędny mu sprzęt, zaś należyta staranność chirurga (*standard practice of a surgeon*) ogranicza się do rutynowej jego kontroli w zakresie wad widocznych.

W piśmiennictwie i judykaturze USA wskazuje się na to, iż obowiązek inspekcji sprzętu medycznego przyjmuje szczególną postać w odniesieniu do tzw. niezależnych kontrahentów (*independent contractors*). Ponieważ prowadzą oni działalność na własny rachunek, a zakład leczniczy zapewnia im jedynie organizacyjną stronę leczenia, (udostępniając wyposażonych sal operacyjnych czy ambulatoriów), spoczywa na nich obowiązek zbadania aparatury medycznej przed każdym jej użyciem. Obejmuje on, jak zaznaczył sąd w orzeczeniu *Medical & Surgical Memorial Hospital v. Cauthorn* (Texas App. 1949), wady oczywiste (*apparent defects*), tzn. takie, które staranny lekarz potrafiłby wykryć z łatwością. Jeżeli więc – w przypadku braku takiej kontroli – w związku z użyciem sprzętu z widoczną wadą powstałaby szkoda, odpowiedzialność wobec pacjenta mógłby ponieść wyłącznie lekarz, nie zaś zakład leczniczy, w którym dokonano zabiegu⁴.

W piśmiennictwie amerykańskim wskazuje się także na to, iż standardy należytej staranności w zakresie kontroli (zarówno w odniesieniu do lekarza, jak i szpitala) mogą być wyższe w przypadku, gdy mamy do czynienia z wykorzystywanymi w diagnostyce i terapii urządzeniami wielokrotnego użytku (takimi jak aparaty RTG, tomografy komputerowe, szcypce chirurgiczne, etc.). Wzmożona eksploatacja tego rodzaju urządzeń (w dopuszczalnych jednak granicach) wymaga dokonywania inspekcji z większą (ze względu na ich zużywalność) częstotliwością. Takie stanowisko przyjął sąd w sprawie *Nelson v. Swedish Hospital* (Minnesota 1954), w której powód doznał poważnych obrażeń ciała w wyniku oderwania się części aparatu RTG. Defekt używanego przez okres ponad trzech lat (z częstotliwością do sześciu zabiegów dziennie) urządzenia nie został w porę dostrzeżony i usunięty, co uznane zostało za zaniedbanie (*negligence*) ze strony lekarza i zakładu leczniczego, uzasadniając jednocześnie ich odpowiedzialność za powstałą szkodę.

W judykaturze i doktrynie amerykańskiej podnosi się jednak, iż od zakładu leczniczego nie można wymagać tego, by wyposażał on lekarzy w sprzęt najwyższej klasy, korzystając z najnowszych rozwiązań technologicznych proponowanych przez inżynierię biomedyczną, nawet jeśli miałyby to podnieść bezpieczeństwo przeprowadzanych zabiegów⁵. W orzeczeniu *Emory University v. Porter* (Georgia App. 1961) sąd uznał, iż obowiązek szpitala w zakresie właściwej opieki nad pacjentami (*ordinary care for patients*) ukształtowany jest przez mierniki racjonalne. Lekarzom na-

⁴ Zob. W.E. Shipley *Hospital's Liability to Patient for Injury Sustained from Defective Equipment Furnished by Hospital for Use in Diagnosis or Treatment of Patient*, 14 ALR 3d, 1967, s. 8.

⁵ W. E. Shipley, op. cit., s. 8.

leży dostarczyć takiej aparatury, jaka jest powszechnie stosowana w szpitalach w danej okolicy, w takich samych lub zbliżonych przypadkach, i jakiej wymaga się ze względu na przeznaczenie sprzętu w zakresie określonej metody terapeutycznej lub diagnostycznej.

Zbliżone do judykatury amerykańskiej stanowisko w kwestii odpowiedzialności za szkodę powstałą wskutek użycia wadliwego sprzętu medycznego przyjmuje orzecznictwo polskie. Dorobek ten jest jeszcze jednak stosunkowo niewielki. Na uwagę zasługuje przede wszystkim wyrok z dnia 11.V.1983 r. (IV CR 118/83; OSNCP 1983 nr 12, poz. 201 z glosą M. Nesterowicza). Sprawa dotyczyła pacjenta, który w czasie operacji płuc doznał oparzeń ręki i nogi (I do III stopnia) w związku z użyciem elektrycznego noża chirurgicznego. Sąd Najwyższy orzekł w sentencji, iż dopuszczenie do użycia sprzętu medycznego (operacyjnego) niesprawnego, narażającego pacjentów na możliwość uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, musi być uważane za zawinione zaniechanie funkcjonariuszy zakładu leczniczego, w którym dokonano zabiegu. Na szpitalu spoczywa bowiem, z mocy przepisu art. 355 §1 k.c., obowiązek szczególnej troski o sprzęt operacyjny, w takim zakresie, by jego użycie nie zagrażało ani zdrowiu, ani życiu pacjentów, ani też bezpieczeństwu zespołu operacyjnego. Kontrola aparatury medycznej powinna być dokonywana przed każdym zabiegiem operacyjnym, a nie – jak w omawianej sprawie – okresowo (w 4-letnich odstępach czasu). Zaniechania w zakresie kontroli stanowią winę funkcjonariuszy, co uzasadnia odpowiedzialność zakładu leczniczego (Skarbu Państwa) za powstałą szkodę na mocy przepisu art. 417 k.c. Jest to, jak się wskazuje w literaturze, wina organizacyjna zakładu leczniczego, przypisywana nie konkretnemu lekarzowi dokonującemu zabiegu, ale szpitalowi w związku z wadliwą organizacją procesu leczenia, będąca jednocześnie winą własną osoby prawnej. Nie można natomiast żadnej winy przypisać lekarzowi, jeśli nie mógł dostrzec wadliwości sprzętu i nie wiedział o jego uprzednich usterkach. Ponadto, jak zaznaczył w omawianym orzeczeniu sąd, lekarz ma prawo sądzić, iż szpital pozostawia do jego dyspozycji aparaturę niewadliwą i poddawaną regularnej, specjalistycznej kontroli⁶.

Odpowiedzialność zakładu leczniczego (Skarbu Państwa), za szkodę powstałą w związku z zastosowaniem nienależycie uprzednio skontrolowanego sprzętu medycznego, Sąd Najwyższy uznał także we wcześniejszym wyroku z dnia 22.VIII.1980 r. (IV CR 299/80). Poparzenie noworodka wodą wyciekającą z uszkodzonego termofora było wynikiem zaniechania ze strony personelu medycznego, co rodziło, jak zaznaczono w uzasadnieniu, odpowiedzialność szpitala bez względu na to, czy częstsze dogłębne oglądanie dziecka zapobiegłoby podobnym skutkom.

W niektórych przypadkach sądy traktują wadliwość sprzętu medycznego lub jego nienależyte utrzymanie jako niewykonanie przez zakład leczniczy ciążyącego na nim obowiązku zapewnienia pacjentom bezpieczeństwa pobytu. Oznacza to, iż szpital poniesie odpowiedzialność w każdym przypadku, gdy uchybienie temu obowiązkowi

⁶ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za bezpieczeństwo pacjenta w czasie hospitalizacji*, PiP 2000, nr 3, s.50.

wi spowoduje wyrządzenie pacjentowi szkody. Obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa pobytu jest, co do zasady, w większości ustawodawstw zobowiązaniem starannego działania strony zakładu leczniczego, nie ma więc charakteru absolutnego. Wymaga natomiast dołożenia rozsądnej miary staranności (*reasonable care for the the patient's safety*), zwykle dość wysokiej. Takie stanowisko przyjmuje np. judykatura polska⁷ i amerykańska. Sądy poszczególnych stanów USA niechętnie jednak przyjmują odpowiedzialność szpitala za winę własną (*corporate negligence*). Zakład leczniczy odpowiedzialny będzie raczej za czyny cudze (swoich podwładnych, tj. szeroko ujmowanego personelu medycznego), przy jednoczesnym przyjęciu domniemania niedbalstwa personelu, zgodnie z regułą *res ipsa loquitur*⁸. We Francji natomiast odpowiedzialność za naruszenie obowiązku zapewnienia pacjentom bezpieczeństwa ma charakter obiektywny (o czym dalej).

2. Odpowiedzialność lekarza (zakładu leczniczego) na zasadzie ryzyka

Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka (za skutek, niezależna od winy) ma charakter obiektywny, dla jej przyjęcia wystarczający jest bowiem sam fakt wyrządzenia szkody, nie ma natomiast znaczenia zachowanie działającego podmiotu (element subiektywny). Zwolnienie się od odpowiedzialności staje się możliwe jedynie w razie udowodnienia tzw. przesłanek egzoneracyjnych, różnie ukształtowane w poszczególnych systemach prawnych. Jako wyłom od naczelnej zasady winy, ten rodzaj odpowiedzialności przyjmowany jest niezmiernie rzadko w przypadku, gdy powstanie szkody związane jest z użyciem wadliwego sprzętu medycznego.

Możliwość pociągnięcia szpitala do odpowiedzialności za sam skutek, tj. powstanie szkody dopuszcza orzecznictwo i doktryna francuska. Jest to możliwe w przypadku, gdy zakład leczniczy nie dopełni spoczywającego na nim obowiązku zapewnienia pacjentom bezpieczeństwa pobytu (tzw. *obligation de sécurité- resultat*). Na takim stanowisku stanął sąd stosujący prawo francuskie w sprawie *Richard v. Hôtel Dieu de Québec* (C.S. 223, 1957), w której powódka doznała szkody w wyniku poparzenia w czasie operacji materacem grzewczym. Uwzględniając powództwo sąd zaznaczył, iż odpowiedzialność szpitala za prawidłowe funkcjonowanie aparatury medycznej i chirurgicznej oparta jest na zobowiązaniu rezultatu, nie zaś starannego działania. Ta linia orzecznicza potwierdzona została przy rozstrzygnięciu kolejnych spraw z zakresu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w związku z użyciem wadliwego sprzętu medycznego. W orzeczeniu z 28.V.1961 r. francuski *Cour de Cassation* (Rev. Trim. 1962, s. 112) przyjął, iż wyrządzona pacjentowi szkoda (w postaci popromiennego zapalenia skóry), spowodowana brakiem kontroli radiologa nad aparaturą RTG, rodzi zobowiązanie rezultatu.

Na szczególną uwagę zasługuje również orzeczenie Sądu Kasacyjnego z 9.XI.1999 r. Nałożony na lekarza przez sąd kontraktowy obowiązek zapewnienia pacjentom bez-

⁷ Zob. np. orzeczenie SN z 24.II.1962 r. (II CR 363/61), OSPiKA 1963 nr 3, poz. 66 oraz orzeczenie SN z 19.IX.1969 r. (II CR 294/69, NP1971, nr 7-8, s. 1186, z głosem M. Nesterowicza.

⁸ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 166.

pieczeństwa miał charakter zobowiązania rezultatu w odniesieniu do sprzętu (aparatur, urządzeń, narzędzi chirurgicznych) wykorzystywanego do czynności medycznych – badań i zabiegów⁹.

Stanowisko judykatury zaaprobowała i rozwinęła francuska doktryna. Wskazano, iż dla przyjęcia zobowiązania rezultatu nie ma znaczenia fakt, czy lekarz dokonujący zabiegu jest jednocześnie podwładnym szpitala (jako pracownik czy na podstawie innego łączącego go z zakładem leczniczym stosunku podporządkowania). Obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa wynika bowiem bezpośrednio z tzw. umowy o hospitalizację (*contrat d'hospitalisation*), przez którą zakład leczniczy zobowiązuje się wobec pacjenta do dostarczenia mu opieki za pośrednictwem swoich lekarzy. Jednocześnie obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa (*obligation de sécurité*) stanowi immanentny element umowy o przeprowadzenie operacji chirurgicznej lub innego zabiegu o celu diagnostycznym lub terapeutycznym. Jeżeli zatem lekarz świadczy usługi medyczne w szpitalu lub innym zakładzie leczniczym, obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa pobytu obciąża ów zakład, wchodząc w zakres wspomnianego *contrat d'hospitalisation*. Powierzając swoją osobę klinice lub lekarzowi, pacjent oddaje w ich ręce także własne bezpieczeństwo, zatem w razie powstania szkody jedynie dowód przyczyny zewnętrznej (*de cause étrangère*) może zwolnić lekarza (szpital) od odpowiedzialności¹⁰.

W Stanach Zjednoczonych natomiast, w związku z rozwojem reżimu obiektywnej odpowiedzialności za produkt (*strict products liability*), pojawił się problem możliwości objęcia nim szkód wyrządzonych przez lekarza (zakład leczniczy). W szczególnych przypadkach, uzasadnionych rozmiarem i charakterem doznanej przez pacjenta szkody, sądy amerykańskie bowiem niejednokrotnie wykraczają poza zasadę winy, nadając odpowiedzialności lekarza (szpitala) charakter obiektywny. Na uwagę zasługuje tu orzeczenie w sprawie *Rose v. Hakim* (D.D.C. 1971). Użycie wadliwego przyrządu monitorującego, w czasie operacji usunięcia migdałków, doprowadziło do wstrzymania akcji serca noworodka, a w rezultacie – do powstania szkody w postaci trwałego uszkodzenia mózgu. Uznając szpital odpowiedzialnym za niedochowanie należytej staranności (*negligence*), sąd nie zbadał nawet jaki charakter miała wada (ukryty czy widoczny) i nie określił ani podstaw, ani obowiązków zakładu leczniczego w zakresie kontroli aparatury, co zbliżało odpowiedzialność szpitala do obiektywnej¹¹.

W doktrynie amerykańskiej przyjęto jednak, iż co do zasady, reżim odpowiedzialności za produkt nie znajduje zastosowania w przedmiocie odpowiedzialności lekarza (szpitala) za szkodę spowodowaną wadliwością sprzętu medycznego, nieliczne zaś głosy sprzeciwu przyjmują postać zdań odrębnych do orzeczeń zapadających w konkretnych sprawach¹². Argumenty na poparcie tej tezy przedstawiają się następująco:

⁹ Zob. E. Imbert *Obligation de sécurité du medecin et responsabilité contractuelle du fait des choses*, Petites affiches z 10.V.2000 r., nr 7, s. 46 i n.

¹⁰ Zob. M. Nesterowicz, *Kontraktowa...*, s. 55.

¹¹ Zob. R. Robin, op. cit., s. 103.

¹² Np. w sprawie *Magrine v. Spector* z 1968 r. część składu orzekającego podniosła, iż dentysta powinien ponosić odpowiedzialność zaostrożoną (na zasadzie *strict products liability*) za szkodę powstałą na skutek złamania igły użytej w czasie zabiegu. Zob. C. Morris, op. cit., s.569.

Po pierwsze zaznacza się, iż medycyna nie jest nauką ścisłą, ale ma charakter „eksperymentalny”. Reakcje poszczególnych pacjentów mogą być zgoła odmienne w odniesieniu do tej samej jednostki chorobowej, stąd rezultaty podejmowanych działań terapeutycznych trudno jest przewidzieć. Lekarz posiada umiejętność wyważenia ryzyka, istnieją jednak ryzyka nieprzewidywalne (*inescapable risks*), których nie sposób wyeliminować. Jednocześnie świadczenia medyczne są niezbędne dla społeczeństwa i muszą być z łatwością dostępne dla wszystkich (orzeczenie w sprawie *Hoven v. Kelble*, Wisconsin 1977). Stąd *strict liability* wydaje się być zbyt restryktywna¹³.

Drugi argument opiera się na rozróżnieniu między świadczeniem usług (*rendering of services*) a dostarczaniem produktów (*selling of goods*). Wykorzystywane na potrzeby konkretnego zabiegu przyrządy (rozruszniki serca, sztuczne zastawki, implanty stawów, itp.) zapewnia pacjentowi szpital (lekarz). Jego działalność w tym zakresie ma jednak charakter jedynie instrumentalny, gdyż zasadniczą funkcją lekarza (zakładu leczniczego) jest świadczenie usług. Nie znajduje zatem zastosowania § 402 Restatement II (Second) of Torts, zgodnie z którym ten, kto w zakresie prowadzonej działalności sprzedaje produkt nierozsądnie niebezpieczny dla konsumenta (innej osoby używającej produktu), podlega odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez ten produkt¹⁴. Pogląd ten znalazł wyraz w wielu orzeczeniach.

W sprawie *Hector v Cedars-Sinai Medical Center* (California App. 1986) sąd stanął na stanowisku, iż szpital zapewnia pacjentowi jedynie warunki wszczęcia rozrusznika serca, nie odgrywa natomiast znaczącej roli w procesie ich produkcji, sprzedaży i dystrybucji, nawet w sytuacji, gdy pobiera od pacjenta opłaty za aparaturę. Nie można zatem uznać jego odpowiedzialności na podstawie odpowiedzialności za produkt.

Stanowisko doktryny i orzecznictwa wskazuje na to, iż reżim odpowiedzialności obiektywnej z trudem toruje sobie drogę w zakresie odpowiedzialności lekarza za wady sprzętu medycznego, przyjmując za dominującą zasadę winy.

3. Odpowiedzialność producenta sprzętu medycznego

W związku z faktem, iż zobowiązanie lekarza (szpitala) w przedmiocie odpowiedzialności za szkodę powstałą w związku z użyciem wadliwego sprzętu medycznego jest (co do zasady) zobowiązaniem starannego działania, żaden z tych podmiotów nie poniesie odpowiedzialności, jeżeli przy zachowaniu maksimum staranności nie będzie w stanie wykryć defektu. Pacjent będzie mógł wówczas kierować swoje roszczenia bezpośrednio do producenta (importera, sprzedawcy) wadliwego produktu. Przesłanki odpowiedzialności producenta kształtować się będą odmiennie w zależności od charakteru i podstawy prawnej naruszonych przez producenta obowiązków.

¹³ Por. C. Morris, op. cit., s. 568.

¹⁴ Tak B. Furrow, T. Greaney, S. Johnson, T. Jost, R. Schwartz *Liability and Quality issues in Health Care*, Minnesota, 1997, s. 241.

Najbardziej skuteczne narzędzie dochodzenia roszczeń stanowi, jak się zaznacza w piśmiennictwie amerykańskim, reżim odpowiedzialności obiektywnej (*strict product liability*). Poszkodowany pacjent nie będzie musiał bowiem dowodzić winy lekarza (szpitala), a dla przyjęcia odpowiedzialności wystarczy wykazanie, iż samo wprowadzenie do obrotu produktu nierozsądnie niebezpiecznego (*unreasonably dangerous*) przyczyniło się do powstania szkody. Szczególnie sprawnie ten system dochodzenia roszczeń działa w Stanach Zjednoczonych, na co wskazuje liczne w tej materii orzecznictwo. W sprawie *McKasson v. Zimmer Manufacturing Co.* (Nevada App. 1973), sąd uznał obiektywną odpowiedzialność producenta za szkodę powstałą w związku z użyciem wadliwego gwoźdźcia śródszpikowego. Użyte zgodnie ze swoim przeznaczeniem urządzenie nie wytrzymało nacisku i zamiast wzmocnić złamaną kość, wyrządziło pacjentowi szkodę. Fakt ten był, zdaniem sądu, wystarczającą przesłanką dla przyjęcia odpowiedzialności producenta na zasadzie ryzyka.

Reżim *strict liability* nie eliminuje jednak możliwości powołania się przez poszkodowanego na naruszenie gwarancji lub rękojmi oraz niedbalstwo producenta. Roszczenia z tytułu gwarancji (rękojmi) będą przysługiwać pacjentowi wówczas, gdy określony sprzęt medyczny nie spełni wymogów przydatności do wskazanego celu użycia, np. z powodu wadliwego zaprojektowania albo błędów konstrukcyjnych w procesie produkcji i w związku z tym powstanie szkoda¹⁵. Sytuacja taka miała miejsce m. in. w sprawie *Friedman v. Medtronics* (New York App. 1973). Sąd uznał odpowiedzialność producenta za śmieć pacjenta, która nastąpiła z powodu uszkodzenia wszczepionego mu rozrusznika serca.

Możliwość powołania się na niedbalstwo wynika natomiast z faktu, iż producent jako profesjonalista w określonej dziedzinie, ma obowiązek dołożenia najwyższej miary staranności w zakresie szeroko rozumianej kontroli wytwarzanego produktu. Obowiązek ten dotyczy nie tylko fazy projektowania (*design defects*) i produkcji (*manufacturing defects*), ale rozciąga się także na okres, w którym produkt znajduje się na rynku. Producent jest wówczas zobowiązany do właściwego oznaczenia produktu oraz do ostrzegania o potencjalnych niebezpieczeństwach, jakie niesie ze sobą zwykle jego użycie (*duty to warn*). Odpowiedzialność producenta pojawiać się bowiem będzie w każdym przypadku, gdy powinien był on przewidzieć nadmierne ryzyko spowodowania szkody u osób używających produktu zgodnie z przeznaczeniem. Przypisuje się mu bowiem wiedzę eksperta, stąd spoczywa na nim obowiązek wykonania rozsądnych testów i badań w celu wykrycia zagrożeń, sposobu ich ograniczenia i eliminacji. W judykaturze wskazuje się, iż, przypadku aparatury medycznej standardy wymagań nałożonych na producenta powinny być jednak podniesione, gdyż produkty te mogą w równie dużym stopniu nieść poprawę, jak i – w przypadku ich wadliwości – pogorszenie stanu zdrowia, a nawet śmierć pacjenta (orzeczenie w sprawie *Mc Laughlin v. Mine Safety Appliances Company*, New York 1962).

¹⁵ Nie wchodzi natomiast w grę powołanie się na wyraźną gwarancję (*expressed warranty*), ta jest bowiem skierowana bezpośrednio do nabywcy produktu – lekarza (szpitala), nie zaś poszkodowanego pacjenta. Zob. R. Robin op. cit., s109. Zob. także E. Bagińska, *Odpowiedzialność za produkt w USA*, Toruń 2000, s. 52 i n.

Całkowite zrzeczenie się przez producenta odpowiedzialności w omawianym zakresie nie jest możliwe, aczkolwiek część obowiązków w zakresie inspekcji sprzętu producent może wyłączyć w drodze umowy na rzecz szpitala, ograniczając swoje powinności jedynie do napraw i wymiany¹⁶. Odpowiedzialność producenta będzie natomiast wyłączona, jeżeli wykaże on, iż wytwarzając produkt, w świetle aktualnego stanu wiedzy (*state of art*) nie mógł wiedzieć o konkretnym ryzyku, a tym samym go uniknąć. Jeżeli jednak znał zagrożenia, lecz przy zastosowaniu znanych technologii nie mógł ich wyeliminować, uznaje się że powinien o nich poinformować¹⁷.

Na gruncie prawa polskiego odpowiedzialność producenta za wadliwy sprzęt medyczny oparta jest na zasadzie ryzyka. Producent odpowiedzialny jest za szkodę w każdym przypadku, gdy przyczyną niesprawności są wady ukryte powstałe w procesie produkcji (np. w wyniku zastosowania niewłaściwych materiałów lub wadliwego wykonania), defekty wynikające z nieprawidłowego zaprojektowania albo błędów koncepcyjnych lub konstrukcyjnych. Podstawę odpowiedzialności stanowi art. 449¹ i n. k.c. Zakład leczniczy zatem odpowiadać będzie jedynie w sytuacji, gdy przy dołożeniu należytej staranności mogłyby te wady wykryć i w konsekwencji uniknąć wyrządzenia szkody¹⁸.

¹⁶ R. Robin, op. cit., s. 106.

¹⁷ Por. orzeczenie w sprawie *Vassalo v. Baxter Health Care Corp*, Massachusetts, 1998.

¹⁸ Tak M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego...*, s. 50.

Marek Kowalski

Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza z tytułu *wrongful birth* w prawie niemieckim

1. Uwagi wstępne

Koncepcja odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza z tytułu *wrongful birth*, pomimo licznych kontrowersji, znajduje obecnie akceptację w wielu krajach Europy Zachodniej i USA¹. Z czasem sprawy tego rodzaju trafią także do sądów polskich. Z tego względu poruszane zagadnienie zasługuje na wnikliwą uwagę polskiej doktryny i judykatury.

W wyniku zaawansowanego rozwoju cywilizacyjnego regulacja narodzin, związana z tzw. planowaniem rodziny, stała się obecnie zjawiskiem powszechnym. Jednocześnie dynamiczny rozwój nauki i techniki, w szczególności zaś w obrębie medycyny, stworzył warunki umożliwiające niemal całkowitą kontrolę organizmu ludzkiego w zakresie prokreacji. Regulacja narodzin może być obecnie wspomagana przez zastosowanie różnorodnych środków antykoncepcyjnych, sterylizację, diagnostykę i genetykę prenatalną, sztuczne zapłodnienie, a – w sytuacjach szczególnych – także aborcję. Wobec coraz głębszej ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji istnieje realne zagrożenie naruszenia najwyższej cenionych wartości. O ile jednak odpowiedzialność cywilna za naruszenie zdrowia lub życia ludzkiego stanowi jedną z podstawowych zasad porządku prawnego, o tyle możliwość przypisania lekarzowi odpowiedzialności w przypadku narodzin nieplanowanego dziecka budzi poważne kontrowersje.

¹ Zob. w Wielkiej Brytanii orz. Court of Appeal w sprawie *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*, 3 All E.R. 1044 (1984); w Holandii orz. Hoge Raad z 21.02.1997 r., 16197, *Rechtspraak van de week* 1997, nr 54, s. 335; we Francji dwa orz. Cour de Cassation z 26.03.1996 r., który uwzględnił zarówno powództwo z tytułu *wrongful birth*, jak i *wrongful life*, *Recueil Dalloz* 1997, s. 35; por. M. Safjan, *Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa USA*, PiP 1985, nr 10, s. 99 i nast.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 161 i nast.; T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie orzeczenia Sądu Najwyższego RFN z 27.06.1995 r.*, *Prawo i Medycyna* nr 8 (Vol 2) 2000, s. 59 i nast.

Terminem „planowanie rodziny” określa się najczęściej decyzje podejmowane przez przyszłych rodziców w związku z planowanym potomstwem. Przedmiotem samostanowienia rodziców jest przede wszystkim liczba posiadanych dzieci oraz chwila ich narodzin. Natomiast rodzice dziecka już poczętego, w razie wykrycia wad płodu, mogą także decydować o dalszych jego losach.

Na określenie roszczeń przysługujących rodzicom dziecka w literaturze przedmiotu powszechnie używa się terminologii ukształtowanej w prawie amerykańskim, w którym funkcjonuje praktyczne rozróżnienie pomiędzy dzieckiem nieplanowanym (*wrongful conception*), a dzieckiem niepożądanym ze względu na wady wrodzone (*wrongful birth*). Często jednak takie rozróżnienie bywa zawodne, albowiem niektóre stany faktyczne łączą w sobie obie omawiane cechy. Z tego względu w doktrynie europejskiej najczęściej używa się terminu *wrongful birth* („złe urodzenie”) na łączne określenie wszelkich stanów faktycznych, z których może wynikać odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza wobec rodziców dziecka. Od roszczeń przysługujących w takim przypadku rodzicom należy natomiast odróżnić roszczenia odszkodowawcze przysługujące dziecku z tytułu *wrongful life* („złe życie”).

2. Dopuszczalność roszczeń odszkodowawczych rodziców z tytułu *wrongful birth*

Problematyka odpowiedzialności odszkodowawczej w obrębie *wrongful birth* wywołuje wiele kontrowersji, jednakże zasadniczy spór dotyczy możliwości uznania kosztów utrzymania i wychowania nieplanowanego dziecka jako szkodę majątkową po stronie rodziców.

Wzmoczone zainteresowanie niemieckiej doktryny i judykatury problematyką *wrongful birth* nastąpiło dopiero w latach 70-tych. Dyskusja w tym przedmiocie początkowo ograniczała się głównie do rozważań na temat definicji szkody w przypadku narodzin nieplanowanego dziecka. Sądy różnych instancji, odwołując się do podstawowych zasad porządku prawnego, z reguły negowały możliwość uznania dziecka jako szkodę². Takie stanowisko uzasadniano najczęściej twierdzeniem, iż każde dziecko – także nieplanowane lub z innych względów niepożądane – stanowi wartość nadrzędną, a zatem nie może być jednocześnie oceniane w kategoriach szkody.

Jednakże znaczna część judykatury co do zasady opowiedziała się za dopuszczalnością roszczeń odszkodowawczych rodziców z tytułu *wrongful birth*. Za przyjęciem koncepcji odpowiedzialności z tytułu *wrongful birth* opowiedział się kilkakrotnie także Federalny Sąd Najwyższy³. Według zwolenników tej koncepcji uzasadnione jest rozróżnienie pomiędzy dzieckiem jako wartością absolutną i kosztami jego utrzymania jako szkodą. W przypadku narodzin nieplanowanego dziecka szkodę stanowi zatem uszczerbek w sferze majątkowej rodziców, a nie samo dziecko.

² Zob. np. orz. LG Limburg z 18.06.1969 r., 2 O 11/69, NJW 1969, s. 1574; orz. LG München I z 27.02.1970 r., 17 O 771/69, VersR 1970, s. 428; orz. OLG Bamberg z 06.02.1978 r., 4 U 141/77, NJW 1978, s. 1685.

³ Zob. orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 105/78, NJW 1980, s. 1450; orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 247/78, NJW 1980, s. 1452; orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 15/78, VersR 1980, s. 719; orz. BGH z 19.06.1984 r., VI ZR 76/83, NJW 1984, s. 2625 oraz VersR 1984, s. 864.

Problematyka odpowiedzialności z tytułu *wrongful birth* była także przedmiotem rozważań Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, którego zróżnicowane orzecznictwo wywołało wiele kontrowersji. Początkowo zdecydowanie odrzucał on koncepcję odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza z tytułu *wrongful birth*⁴. Uznał bowiem, iż „kwalifikacja prawna istnienia dziecka jako źródła szkody ze względu na sprzeczność z Konstytucją (art. 1 ust. 1 Konstytucji RFN) jest niedopuszczalna; dlatego zabrania się rozpatrywania kosztów utrzymania dziecka jako szkodę.”

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego spotkało się ze zdecydowaną krytyką doktryny i judykatury. Wskutek zróżnicowanych poglądów Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego w judykaturze niemieckiej na nowo zaistniał spór na temat koncepcji odpowiedzialności z tytułu *wrongful birth*.

W późniejszym okresie Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, iż dopuszczalność roszczeń odszkodowawczych rodziców nieplanowanego lub upośledzonego dziecka nie narusza przepisów Konstytucji⁵. Uchwała Trybunału Konstytucyjnego spotkała się z aprobatą doktryny. Rozstrzygnięcie sądu konstytucyjnego na pewien czas przerwało trwający od dziesięcioleci spór w judykaturze na temat koncepcji odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu *wrongful birth*.

Przeciwnicy tej koncepcji podkreślają rodzinnoprawny i zarazem ściśle osobisty charakter świadczeń alimentacyjnych⁶. Zgodnie z tym poglądem, dziecko i koszty jego utrzymania stanowią pewną nierozzerwalną całość, uwarunkowaną szczególnym stosunkiem występującym w obrębie rodziny. Koszty utrzymania i wychowania dziecka – jako roszczenia o charakterze alimentacyjnym – podlegają ocenie wyłącznie według przepisów prawa rodzinnego i dlatego nie mogą być „przenoszone” na osoby trzecie.

Większość przedstawicieli doktryny opowiedziała się jednak za dopuszczalnością roszczeń odszkodowawczych rodziców z tytułu *wrongful birth*⁷. Zobowiązania alimentacyjne wynikają z określonych stosunków rodzinnych i pozostają przedmiotem regulacji prawa rodzinnego, co pozostaje bez wpływu na dopuszczalność roszczeń z tytułu *wrongful birth*. Roszczenia odszkodowawcze, przysługujące rodzicom wobec lekarza w związku z nieplanowanym dzieckiem, pozostają bowiem poza sferą stosunków rodzinnych. W tym przypadku nie zachodzi więc kolizja norm prawa rodzinnego i odszkodowawczego.

Podobne stanowisko w tej kwestii zajął także Sąd Najwyższy, którego zdaniem szczególna regulacja obowiązku alimentacyjnego w prawie rodzinnym nie wyłącza zastosowania zasad ogólnych odpowiedzialności odszkodowawczej wobec osób trze-

⁴ Zob. orz. BVerfG z 28.05.1993 r., 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, NJW 1993, s. 1751; przedmiotem rozstrzygnięcia była kwestia dopuszczalności aborcji, jednakże trybunał niejako przy okazji zajął także stanowisko w kwestii odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu *wrongful birth*.

⁵ Zob. uchw. BVerfG z 12.11.1997 r., 1 BvR 479/92 oraz 1 BvR 307/94, NJW 1998, s. 519.

⁶ Por. W. Löwe, *Glosa do wyroku LG Itzehoe z 21.11.1968 r.*, *VersR* 1969, s. 573; tenże, *Glosa do wyroku LG München I z 27.02.1970 r.*, *VersR* 1970, s. 430; W. Lankers, *Zur Abwälzung von Unterhaltskosten*, *FamRZ* 1969, s. 384.

⁷ Tak np. D. Giesen, *Geburt eines ungewollten Kindes – Wettverwirklichung oder Schadensereignis?* *FamRZ* 1970, s. 565; E. Deutsch, *Glosa do wyroku OLG Bamberg z 06.02.1978 r.*, *JZ* 1978, s. 532.

cich, winnych narodzin nieplanowanego dziecka i powstałej stąd szkody w sferze majątkowej rodziców⁸.

Przeciwnicy konstrukcji odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu *wrongful birth* wskazują na negatywne skutki wychowawcze tej koncepcji. Stawiają oni zarzut, iż ocenianie narodzin dziecka jako źródła szkody, w razie powzięcia przez nie wiedzy na ten temat, może mieć wybitnie negatywny wpływ na jego rozwój emocjonalny i dalsze wychowanie. Wzgląd na interes dziecka wyklucza zatem uznanie dopuszczalności roszczeń odszkodowawczych rodziców z tytułu *wrongful birth*. Istota przedstawionej krytyki sprowadza się w tym przypadku do oceny roszczeń w świetle zasad współżycia społecznego.

Zwolennicy koncepcji odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu *wrongful birth* uważają natomiast, iż na rozwój emocjonalny dziecka wpływa przede wszystkim osobisty stosunek rodziców. Zatem w przypadku podnoszonych przez rodziców roszczeń odszkodowawczych nie należy dopatrywać się zagrożeń dla dziecka. Natomiast pozbawienie rodziców nieplanowanego dziecka skutecznych środków ochrony może wpłynąć negatywnie na ogólny rozwój i wychowanie dziecka, szczególnie zaś w razie trudnej sytuacji majątkowej rodziny.

3. Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu *wrongful birth*

Dla przyjęcia odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza z tytułu *wrongful birth* należy ustalić jej przesłanki, a mianowicie: naruszenie obowiązków lekarskich, szkodę poniesioną przez rodziców i związek przyczynowy.

Zakres aktywności zawodowej lekarza w obrębie planowania rodziny, a tym samym zakres jego obowiązków, ma zróżnicowany charakter i wpływa na jego odpowiedzialność za *wrongful birth*. Zasadniczo można tu wyróżnić obowiązki natury informacyjnej (np. poradnictwo ogólne, diagnoza) oraz działania o charakterze inwazyjnym (np. sterylizacja, aborcja). Niektóre przejawy aktywności zawodowej lekarza mają natomiast charakter bardziej złożony (np. diagnostyka prenatalna). Z reguły wszelkie zabiegi medyczne, oprócz samej ingerencji w organizm ludzki, łączą w sobie zarazem obowiązki o charakterze informacyjnym.

Podstawowym przejawem aktywności zawodowej lekarza w zakresie planowania rodziny jest poradnictwo na temat środków antykoncepcyjnych. Lekarz powinien udzielić wszechstronnej i wyczerpującej informacji co do możliwych do zastosowania w danym przypadku środków antykoncepcyjnych oraz ich skuteczności.

Niektóre metody zapobiegania ciąży wymagają natomiast ingerencji medycznej (np. sterylizacja). Podstawowym obowiązkiem lekarza jest wówczas dokonanie odpowiedniego zabiegu przy zachowaniu należytej staranności. Jednakże w niektórych przypadkach lekarz winien ponadto dokonać niezbędnych badań, które potwierdzą skuteczność zabiegu (szczególnie w przypadku sterylizacji męczyzny). Szczególne znaczenie należy przypisać rzetelnej informacji, zarówno na te-

⁸ Zob. orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 105/78, NJW 1980, s. 1450.

mat skuteczności obranego środka, jak i powodzenia przeprowadzonego zabiegu. Powszechnie panuje bowiem błędne przekonanie o całkowitej skuteczności niektórych metod zapobiegania ciąży (głównie sterylizacji).

Obowiązki lekarza w okresie płodowym dotyczą przede wszystkim właściwej diagnostyki prenatalnej. W razie wystąpienia patologii ciąży, lekarz zobowiązany jest także udzielić wszechstronnej porady, ze szczególnym uwzględnieniem informacji o możliwości dokonania zabiegu aborcji. Natomiast w razie zabiegu usunięcia ciąży powszechnie przyjmuje się, iż po przeprowadzeniu aborcji lekarz powinien również dokonać odpowiednich badań, aby zweryfikować skuteczność zabiegu. Uważa się, że naruszenie obowiązków lekarskich we wspomnianym zakresie z reguły wywołuje po stronie rodziców negatywne skutki w obrębie planowania rodziny.

Zgodnie z przedstawionym na wstępie i zarazem dominującym w doktrynie i judykaturze poglądem, narodziny dziecka w pewnych okolicznościach mogą stanowić źródło szkody. W przypadku narodzin nieplanowanego dziecka na pierwszy plan wysuwają się szkody powstałe w sferze majątkowej rodziców, a przede wszystkim koszty utrzymania i wychowania dziecka. Ponoszone przez rodziców wydatki o charakterze pieniężnym należy zatem uznać za szkodę majątkową.

Jednakże spełnienie obowiązku alimentacyjnego względem dziecka może także polegać na osobistych staraniach o jego utrzymanie i wychowanie. W tej sytuacji istnienie szkody po stronie osoby zobowiązanej do świadczeń w naturze może budzić pewne wątpliwości. Niektórzy przedstawiciele doktryny stoją na stanowisku, iż w przypadku osoby zobowiązanej do świadczeń w naturze, należy wykluczyć istnienie szkody majątkowej, dlatego odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu *wrongful birth* nie znajduje tu zastosowania. Natomiast, zgodnie z przeważającym w doktrynie stanowiskiem, osobiste starania jednego z rodziców są odpowiednikiem świadczeń alimentacyjnych w pieniądzu drugiego z rodziców, a zatem powinny być rozpatrywane jako szkoda majątkowa. Taki pogląd przyjął także Sąd Najwyższy⁹.

Koszty utrzymania i wychowania dziecka stanowią wprawdzie zasadnicze, jednakże nie jedyne źródło szkody. W przypadku *wrongful birth* jako szkodę po stronie rodziców należy także uznać koszty opieki medycznej związane z porodem, wartość utraconych zarobków, koszty pomocy domowej lub opiekunki do dziecka.

W przypadku *wrongful birth*, oprócz szkody powstałej w sferze majątkowej rodziców, należy także rozpatrzyć możliwość wystąpienia krzywdy, tj. szkody o charakterze niemajątkowym.

Każda ciąża wywołuje u kobiety określone zmiany, zarówno w sferze fizycznej, jak i psychicznej. Natomiast w przypadku nieplanowanej ciąży zmiany w sferze psychicznej kobiety będą miały najczęściej nasilony charakter. W tej sytuacji powstaje zagadnienie, czy owe zmiany w przypadku *wrongful birth* można utożsamiać z naruszeniem integralności cielesnej. Sąd Najwyższy uznał, iż ciąża – pozbawiona nawet cech patologicznych – wywołana wbrew woli dotkniętej nią kobiety uzasadnia stwier-

⁹ Zob. orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 15/78, VersR 1980, s. 719.

dzenie naruszenia integralności cielesnej¹⁰. Kobieta ma wówczas prawo domagać się zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

W literaturze niemieckiej zgłaszana jest koncepcja ochrony prawa do planowania rodziny w systemie dóbr osobistych¹¹. Prawo do planowania rodziny odnosi się wszakże do bardzo intymnej sfery życia prywatnego. Naruszenie zaś tego prawa prowadzi do radykalnej zmiany dotychczasowych stosunków w sferze życia prywatnego rodziców. Dla uzasadnienia tej koncepcji wskazuje się ponadto na konieczność zapewnienia w obrębie *wrongful birth* właściwej ochrony obojgu rodzicom, albowiem konstrukcja naruszenia integralności cielesnej, z oczywistych względów, znajduje zastosowanie jedynie wobec kobiety. Jednakże zgłaszana w doktrynie koncepcja ochrony prawa do planowania rodziny nie znalazła uznania judykatury.

W świetle uwag poczynionych na temat istoty szkody w przypadku *wrongful birth* należy stwierdzić, iż rozmiar szkody majątkowej po stronie rodziców zależy od wysokości kosztów ponoszonych przez nich na utrzymanie i wychowanie nieplanowanego dziecka. Natomiast w przypadku narodzin upośledzonego dziecka powstają dalsze zagadnienia, które wymagają dodatkowego omówienia.

Przyjście na świat dziecka z wadami jest często wynikiem zawinionego błędu lekarza w fazie prenatalnej. Nie chodzi tu zatem o zapobieganie nieplanowanej ciąży. Jednakże i w tym przypadku niewątpliwie występuje szkoda, albowiem zamiarem rodziców było urodzenie zdrowego dziecka. Zgodnie z dominującym poglądem, rodzice upośledzonego dziecka mogą żądać zwrotu nie tylko dodatkowych kosztów, lecz łącznych kosztów utrzymania i wychowania dziecka, ponieważ na skutek winy lekarza zaistniałej w fazie prenatalnej zostali oni pozbawieni możliwości podjęcia decyzji co do dalszych losów *nasciturusa*. W konsekwencji należy zatem zrównać sytuację narodzin dziecka upośledzonego i dziecka nieplanowanego¹².

Rozmiar krzywdy doznanej przez kobietę wskutek nieplanowanej ciąży należy oceniać *in casu*, mając przede wszystkim na uwadze zmiany zaistniałe w sferze psychicznej i fizycznej osoby pokrzywdzonej. W tej sytuacji wszelkie stany patologiczne w okresie ciąży będą miały istotny wpływ na rozmiar krzywdy. Okoliczności konkretnego przypadku będą także decydowały o rozmiarze szkody niemajątkowej rodziców w związku z naruszeniem prawa do planowania rodziny. Jednakże rozmiar krzywdy rodziców będzie z reguły większy w przypadku narodzin dziecka upośledzonego, aniżeli dziecka nieplanowanego.

Możliwość uznania odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza z tytułu *wrongful birth* zależy od istnienia adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem obowiązków lekarskich a powstałą szkodą. Dominuje stanowisko, iż zawi-

¹⁰ Zob. orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 247/78, NJW 1980, s. 1452; orz. BGH z 19.06.1984 r., VI ZR 76/83, NJW 1984, s. 2625.

¹¹ Tak A. Debo, *Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund*, Söcking 1986, s. 81 i nast.; D. Giesen, op. cit., s. 565.

¹² Tak w doktrynie A. Debo, op. cit., s. 37; D. Medicus, *Zivilrecht und werdendes Leben*, München 1985, s. 15; M. Caemmerer, *Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation in England und Deutschland*, s. 112; w judykaturze zob. orz. BGH z 18.01.1983 r., VI ZR 114/81, JZ 1983, s. 447; orz. BGH z 22.11.1983r., VI ZR 85/82, JZ 1984, s. 886.

nione działanie lekarza pozostaje w normalnym związku ze szkodą powstałą wskutek narodzin nieplanowanego bądź upośledzonego dziecka. Jednakże zastosowanie teorii adekwatnego związku przyczynowego w prawie medycznym z reguły prowadzi do uznania odpowiedzialności lekarza za wszelkie szkody powstałe wskutek tzw. błędu w sztuce lekarskiej. Zatem ograniczenie odpowiedzialności lekarza do zwykłych następstw jego działania w praktyce ma charakter iluzoryczny. Z tego względu zgłaszany jest postulat realnego ograniczenia tej odpowiedzialności poprzez przyjęcie tzw. teorii ochronnego działania umowy (w obrębie reżimu *ex contractu*) lub ustawy (w obrębie reżimu *ex delicto*).

W celu ustalania wysokości odszkodowania w przypadku *wrongful birth* należy przede wszystkim ocenić stopień przyczynienia się rodziców do powstania lub zwiększenia szkody. Uzasadnione wydaje się bowiem stwierdzenie, iż stosunek płciowy rodziców jest kauzalnie bardziej doniosły dla narodzin dziecka, aniżeli zawinione działanie lekarza. Jednakże, zarówno doktryna, jak i judykatura w przypadku *wrongful birth* odrzucają koncepcję przyczynienia się rodziców do powstania szkody¹³. Określone działanie lekarza powinno bowiem zapobiec wystąpieniu normalnych skutków współżycia, zatem stosunek płciowy – choć stanowi niezbędny czynnik w procesie prokreacji – pozostaje bez znaczenia dla powstania szkody.

Judykatura niemiecka wielokrotnie zajmowała się także kwestią przyczynienia się rodziców (głównie zaś matki) do zwiększenia szkody. W tej kwestii panuje jednak zgodne przekonanie, iż w ramach obowiązku zapobieżenia szkodzie w przypadku *wrongful birth* nie można od kobiety żądać usunięcia ciąży. Istota ludzka, także w fazie prenatalnej, zasługuje bowiem na szczególną ochronę i nie może być rozpatrywana w kategoriach majątkowych (tu właśnie przejawia się wyraźnie różnica pomiędzy bytem dziecka a kosztami jego utrzymania)¹⁴.

W tej kwestii podobnie należy oceniać możliwość późniejszego oddania dziecka do adopcji. System prawny przyznaje bowiem rodzinie szczególną rolę w życiu społeczeństwa, gwarantując zarazem dziecku prawo wychowania w jego rodzinie biologicznej. Szczególne zagadnienia powstają natomiast w przypadku, gdy obowiązkiem lekarza było jedynie dokonanie aborcji. W tej sytuacji przyjmuje się bowiem, iż kobieta powinna powtórnie poddać się zabiegowi usunięcia ciąży, jeśli oczywiście pozwalają na to względy medyczne, tj. z reguły do 12 tygodnia ciąży. W przeciwnym razie uzasadniony może być zarzut przyczynienia się matki do zwiększenia szkody¹⁵.

Zgodnie z zasadą restytucji całkowitej, naprawienie szkody w przypadku *wrongful birth* winno obejmować wszelkie koszty poniesione przez rodziców na utrzyma-

¹³ Tak w doktrynie M. Klimke, *Kann die Geburt eines Kindes ein Schadensereignis sein?* VersR 1975, s. 1083; W. Löwe, *Glosa do wyroku LG Itzehoe z 21.11.1968 r.*, VersR 1969, s. 573; H.-J. Mertens, *Ein Kind als Schadensfall?* FamRZ 1969, s. 251; w judykaturze zob. orz. BGH z 27.06.1995 r., VI ZR 32/94, NJW 1995, s. 2407.

¹⁴ Zob. orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 105/78, BGHZ 78, s. 249 oraz NJW 1980, s. 1450; orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 247/78, BGHZ 76, s. 259.

¹⁵ Tak w doktrynie G. Dannemann, *Arzthaftung für die unerwünschte Geburt eines Kindes*, VersR 1989, s. 676; K. Weibl, *Kindesunterhalt als Schaden (wrongful birth). Veträgliche Ansprüche der Eltern im Falle fehlgeschlagener Familienplanung*, NJW 1987, s. 1513; w judykaturze zob. orz. BGH z 27.11.1984 r., VI ZR 43/83, JZ 1985, s. 331; orz. OLG Braunschweig z 13.06.1990 r., 3 U 23/90, VersR 1992, s. 91.

nie i wychowanie dziecka. W takim przypadku rozmiar należnego odszkodowania byłby w znacznym stopniu determinowany statusem majątkowym rodziców.

Większość przedstawicieli doktryny opowiada się jednak za przyjęciem zasady ograniczonego odszkodowania, które winno obejmować jedynie niezbędne koszty utrzymania i wychowania dziecka. Zgodnie z tą koncepcją, rozmiar szkody w sferze majątkowej rodziców należy oceniać w odniesieniu do ciążącego na nich względem dziecka obowiązku alimentacyjnego. W takim przypadku należne odszkodowanie nie obejmuje ewentualnych wydatków o charakterze zbytkowym. Podobnie co do zasady stanowisko, poparte jednak odmienną argumentacją, prezentuje w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy¹⁶.

Kwestią kontrowersyjną jest okres płatności świadczeń odszkodowawczych z tytułu *wrongful birth*. Zwolennicy zasady pełnego naprawienia szkody opowiadają się przeciwko jakimkolwiek ograniczeniom czasowym odpowiedzialności. Zgodnie z tą koncepcją sprawca szkody pozostaje zobowiązany tak długo, jak długo rodzice będą łożyć środki na utrzymanie i wychowanie dziecka. Jednakże większość przedstawicieli doktryny oraz Sąd Najwyższy są za czasowym ograniczeniem odszkodowania¹⁷. Uważają, że odszkodowanie należy co do zasady ograniczyć do czasu ukończenia przez dziecko 18 roku życia, co nie wyłącza jednak dalszych roszczeń rodziców. Takie rozwiązanie jest podyktowane przede wszystkim względami słuszności, albowiem z reguły osiągnięcie przez dziecko dojrzałości wiąże się z osiągnięciem pełnej samodzielności, także pod względem finansowym. W przeciwnym jednak razie rodzice zachowują prawo żądania odszkodowania za dalszy okres utrzymania i wychowania dziecka. Proponowane stanowisko jest ponadto uzasadnione względami dowodowymi, ponieważ łatwiej jest wykazać rodzicom dziecka potrzebę jego dalszego utrzymania i wychowania, aniżeli lekarzowi brak takiej potrzeby.

W przypadku narodzin dziecka upośledzonego wyłącza się ograniczenie odszkodowania w czasie, albowiem rodzice będą zmuszeni do ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania dziecka przez całe jego życie.

4. Reżim odpowiedzialności cywilnej lekarza z tytułu *wrongful birth*

Zawinione działanie lekarza ze względu na przedmiot świadczeń medycznych, z reguły uzasadnia zarówno odpowiedzialność kontraktową, jak i deliktową.

W doktrynie niemieckiej przyjmuje się, iż – zgodnie z tzw. teorią ochronnego działania umowy – odpowiedzialność lekarza za szkody majątkowe z tytułu *wrongful birth* może być rozpatrywana jedynie w obrębie reżimu *ex contractu*. Działanie lekarza w takim przypadku może być wprawdzie uznane za czyn niedozwolony, jednakże reżim odpowiedzialności *ex delicto* nie daje wystarczających podstaw przypisania lekarzowi odpowiedzialności za szkody majątkowe w obrębie *wrongful birth*. Dotychczas

¹⁶ Zob. orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 105/78, NJW 1980, s. 1450; orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 247/78, NJW 1980, s. 1452.

¹⁷ Zob. w doktrynie W. Sigel, *Zivilrechtliche Haftung bei fehlgeschlagener Sterilisation*, Tübingen 1978, s. 120 i nast.; w judykaturze zob. orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 247/78, NJW 1980, s. 1452.

judykatura nie zajęła stanowiska w kwestii dopuszczalności zastosowania reżimu odpowiedzialności *ex delicto* za szkodę majątkową w obrębie *wrongful birth*.

Charakter prawny umowy o usługi lekarskie pozostaje w doktrynie sporny, niemniej jednak – zgodnie z dominującym poglądem – należy opowiedzieć się za odpowiednim stosowaniem w tym zakresie przepisów o zleceniu. W konsekwencji należy zatem stwierdzić, iż lekarz nie ponosi odpowiedzialności za końcowy efekt swojego działania. Zgodnie z przyjętą kwalifikacją prawną umowy o usługi lekarskie lekarz nie ponosi odpowiedzialności za skuteczność zastosowanych środków regulacji narodzin, w szczególności zaś nie odpowiada on za całkowitą niepłodność pacjenta. Niemniej jednak odpowiedzialność lekarza może być wynikiem niedochowania należytej staranności w zakresie ciąży na nim obowiązujących.

Środki podejmowane przez rodziców w ramach regulacji narodzin mogą mieć różne uzasadnienie. Motywem tych działań mogą być w szczególności względy natury ekonomicznej, społecznej lub zdrowotnej. Zdaniem Sądu Najwyższego odpowiedzialność lekarza w przypadku *wrongful birth* należy oceniać *in casu*, badając przy tym zasadniczy cel zawartej umowy o usługi lekarskie¹⁸. Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza za szkodę majątkową uzasadniona będzie zatem jedynie w przypadku regulacji narodzin ze względów ekonomicznych (tzw. teoria ochronnego działania umowy).

Stanowisko judykatury spotkało się jednak z częściową krytyką doktryny¹⁹. Niekiedy trudno jest bowiem jednoznacznie określić motywację działań podejmowanych przez rodziców w ramach planowania rodziny. W wielu przypadkach motywy regulacji narodzin są złożone, a czynnik ekonomiczny w każdym przypadku odgrywa pewną rolę.

Reżim kontraktowy odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza z tytułu *wrongful birth* znajduje niewątpliwie zastosowanie w przypadku osoby będącej bezpośrednio stroną umowy o usługi lekarskie. Trudności z uzasadnieniem podstaw prawnych powstają natomiast w przypadku roszczeń odszkodowawczych drugiego z rodziców, tj. osoby nie będącej pacjentem. Uznaje się wówczas możliwość zastosowania konstrukcji umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, gdyż planowanie rodziny co do zasady dotyczy interesów obojga partnerów. Wprawdzie bezpośrednie działanie lekarza w takim przypadku odnosi się tylko do pacjenta, jednakże skutki jego działania wywołują zarazem określone zmiany w sferze interesów drugiego partnera²⁰.

Oceniając natomiast podstawy prawne naprawienia krzywdy w przypadku *wrongful birth* należy stwierdzić, iż zadośćuczynienie w prawie niemieckim – podobnie jak w prawie polskim – znajduje oparcie jedynie w obrębie reżimu odpowiedzialności *ex delicto*.

¹⁸ Zob.orz. BGH z 09.07.1985 r., VI ZR 244/83, NJW 1985, s. 2752.

¹⁹ Tak szczególnie E. Deutsch, op. cit., s. 532; W. Deuchler, *Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes*, Frankfurt a.M. 1984, s. 126; W. Sigel, op. cit., s. 103.

²⁰ Tak np. w doktrynie W. Sigel, op. cit., s. 47 i nast., D. Giesen, *Glosa do wyroku BGH z 27.11.1984 r.*, JZ 1985, s. 334; w judykaturze zob. orz. BGH z 18.03.1980 r., VI ZR 247/78, BGHZ 76, s. 259.

Anastazja Kołodziej

Stopień autonomii woli pacjenta na tle ustawy o zawodzie lekarza i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

Powszechnie jest przekonanie, że zgoda pacjenta na dokonanie zabiegu lekarskiego, oprócz nadania cechy zgodności interwencji lekarza z prawem (wyłączenie bezprawności), powoduje, iż pacjent akceptuje ryzyko zabiegu i przejmuje je na siebie¹. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie wybranych sytuacji, w których – ze względu na faktyczną lub prawną niemożność skutecznego wyrażenia woli – stopień autonomii woli pacjenta nie jest pełny.

Prawo pacjenta do samostanowienia – charakterystyka ogólna

Prawo do wyrażania lub odmowy zgody na poddanie się interwencji medycznej jest fundamentalnym prawem pacjenta (wynikającym z autonomii, samostanowienia jednostki) i nie budzi wątpliwości w świetle współczesnych standardów prawnych. W praktyce możliwe jest przyznanie priorytetu tylko jednej z dwu zasad, które wyznaczają sposób postępowania lekarza. Są to: *salus aegroti suprema lex* oraz *voluntas aegroti suprema lex*. Uznanie priorytetu zasady dobra chorego skutkowałoby koniecznością zapewnienia lekarzom prawnych możliwości podejmowania decyzji w sprawie wykonywania określonych czynności medycznych, nawet wbrew woli osób, których one dotyczą. Życie i zdrowie człowieka są powszechnie uznawane za dobra najwyższej wartości, dlatego interwencja lekarska bez zgody podjęta w celu ratowania tych dóbr nie budzi jednoznacznie negatywnych ocen społecznych. Nauka prawa przyjmuje jednak pogląd, zgodnie z którym należy chronić pra-

¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 28 sierpnia 1972 r., II CR 196/72, OSN 1973, nr 5, poz. 86. Teza tego orzeczenia brzmi: „Pacjent, który wyraża zgodę na dokonanie zabiegu operacyjnego (resekcję płuc) bierze na siebie ryzyko związane z zabiegiem. Są to bezpośrednie, typowe i zwykle skutki, o których możliwości wystąpienia powinien być stosownie do okoliczności powiadomiony (...)”.

wo człowieka do samostanowienia nawet wówczas, gdy koliduje to z ochroną życia lub zdrowia².

Prawo do samostanowienia jest jednym z aspektów wolności, która w państwie demokratycznym jest chroniona konstytucyjnie. Artykuł 41 ust. 1 Konstytucji RP stanowi: „Każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie”³. Pomimo obiektywnie wyższej wartości dobra w postaci życia (zdrowia) od dobra, jakim jest wolność, prawo przyznaje zasadniczo prymat ochronie wolności.

Prawo autonomii pacjenta doznaje ograniczeń w sytuacjach, w których ze względu na okoliczności faktyczne lub prawne nie jest on zdolny do wyrażenia świadomej i swobodnej zgody na interwencję medyczną. Zasadą jest bowiem, że *voluntas aegroti suprema lex esto*, wyjątkiem natomiast – ograniczenie prawa autonomii woli. Ustawa o zawodzie lekarza⁴ daje podstawy do wyróżnienia następujących kategorii pacjentów nie dysponujących własną kompetencją do wyrażenia zgody:

- a) osoby niezdolne z powodu faktycznej niemożności wyrażenia woli, zachowujące jednak zdolność do czynności prawnych (nieprzytomni, chorzy psychicznie, upośledzeni umysłowo, odurzeni alkoholem lub narkotykami);
- b) osoby niezdolne *de lege* do skutecznego wyrażenia zgody (ubezwłasnowolnieni całkowicie lub częściowo, małoletni)⁵.

Regulując stopień wpływu osób nie dysponujących samodzielną kompetencją do wyrażania zgody na podejmowane wobec nich czynności medyczne, ustawodawca posłużył się następującymi konstrukcjami prawnymi:

- zgodą dodatkową (inaczej nazywaną „podwójną”⁶ lub „substytucyjną”⁷), gdy obok zgody pacjenta wymagana jest zgoda innego podmiotu,
- zgodą zastępczą, gdy zamiast zgody pacjenta wymagana jest zgoda innego podmiotu,
- upoważnieniem ustawowym, gdy nie jest wymagana zgoda pacjenta, ani innego podmiotu⁸.

Faktyczna niezdolność świadomego wyrażenia zgody

Ustawodawca posłużył się w art. 32 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza sformułowaniem „niezdolny do świadomego wyrażenia zgody” nie precyzując, czy określe-

² A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*, Państwo i Prawo 1997, z. 1, s. 36 i n. oraz [w:] *Prawnokarna ochrona prawa pacjenta do samostanowienia*, Kontrola Państwowa 1996, z. 3, s. 80 i n.

³ Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483. Przymus leczenia regulują przykładowo: art. 74 kodeksu postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555; art. 118 kodeksu karnego wykonawczego, Dz.U. z 1997 r., nr 90, poz. 557; art. 13 dekretu o zwalczaniu chorób wenerycznych, Dz.U. z 1949 r., nr 51, poz. 394; art. 2 i 3 ustawy o zwalczaniu chorób zakaźnych, Dz.U. z 1963 r., nr 50, poz. 279; art. 26 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, Dz.U. z 1982 r., nr 35, poz. 230.

⁴ Ustawa z dnia 5.12.1996 r. o zawodzie lekarza, Dz.U. z 1997 r., nr 28, poz. 152 z późn. zm.

⁵ M. Safjan, *Prawo i Medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 42 i n.

⁶ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1977, s. 62.

⁷ M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 44.

⁸ M. Żelichowski, *Bez zgody pacjenta*, Rzeczpospolita z 4 listopada 1999 r., nr 258, s. C3.

nie to dotyczy stanu pełnego braku świadomości, czy tylko utrudnionego kontaktu ze światem zewnętrznym. M. Safjan proponuje restryktywną interpretację tego wyrażenia, a także rozstrzygnięcie wątpliwości co do zdolności wyrażenia zgody na interwencję na rzecz zasady autonomii pacjenta⁹.

Stan faktycznej niezdolności świadomego wyrażania zgody przez osoby dysponujące pełną zdolnością do czynności prawnych może być wywołany różnymi przyczynami, w tym również chorobą psychiczną bądź upośledzeniem umysłowym. Wspomnieć bowiem należy, że w prawie polskim nie istnieje tzw. naturalna niezdolność do czynności prawnych¹⁰. Na podstawie uregulowania art. 32 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza nasuwa się wniosek, iż ustawodawca zrównuje sytuację prawną osoby chorej psychicznie lub upośledzonej umysłowo, niezdolnej do świadomego wyrażenia zgody, z sytuacją takiej osoby zdolnej do wyrażenia zgody. W przypadku bowiem braku zdolności do świadomego wyrażenia zgody i braku przedstawiciela ustawowego (skoro choroba psychiczna, niedorozwój umysłowy nie są wystarczającymi przesłankami do ubezwłasnowolnienia) dokonanie interwencji medycznej niewiążącej się z podwyższonym ryzykiem, jest możliwe za zastępczą zgodą sądu opiekuńczego. Podobnie, w razie sprzeciwu chorego psychicznie lecz zdolnego do wyrażenia zgody, udzielanie mu świadczeń zdrowotnych jest możliwe na podstawie zgody sądu opiekuńczego. Uregulowanie to nasuwa więc zasadnicze wątpliwości. Aktualne jest na tle poruszonego problemu pytanie, czy można postawić znak równości między „brakiem zgody” a „sprzeciwem”.

Problematyka zastępczej zgody sądu opiekuńczego, która, jak wyżej wspomniano, jest regułą w odniesieniu do osób posiadających zdolność do czynności prawnych ale niezdolnych do wyrażenia zgody (art. 32 ust. 2), łączy się z zagadnieniem poszanowania woli pacjenta wyrażonej „na przyszłość”. Czy zatem sąd powinien brać pod uwagę wyrażone wcześniej życzenia i preferencje osoby znajdującej się w stanie nieświadomości?¹¹.

Instytucja „oświadczenia woli *pro futuro*” (*Patiententestament, testament de vie, living will*) jest już regulowana w wielu krajach, na przykład w Stanach Zjednoczonych (Kalifornia)¹². Powszechne jest przekonanie, że prawna możliwość indywidualnego wpływania na postępowanie lekarza, w nieprzewidywalnej przyszłości, wobec dysponenta, który może stać się pacjentem pozbawionym zdolności decydowania o sobie, czyni zadość najszerzej pojmowanej i konstytucyjnie gwarantowanej wolności człowieka, w szczególności wolności (autonomii) pacjenta¹³.

M. Płachta cytuje tezę orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych prezentującą pogląd, że „również osoba w stanie śpiączki (...) korzysta z podlegającego konstytucyjnej ochronie przywileju samostanowienia w sprawach medycznych

⁹ M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 43.

¹⁰ S. Grzybowski, *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, Warszawa 1978, s. 151.

¹¹ Zagadnienie rozważa: L. Kubicki, *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, *Prawo i Medycyna* 1999, nr 4, s. 5 i n.

¹² K. Poklewski-Kozieł, *Oświadczenie woli pro futuro pacjenta jako instytucja prawna*, *Państwo i Prawo* 2000, nr 3, s. 4 i n.

¹³ K. Poklewski-Kozieł, *Idem*.

i zdrowotnych, jakkolwiek prawo to musi być wykonywane przez osobę trzecią. Prawo do stanowienia o sobie, oraz o integralności (nienaruszalności) ciała, nie znika z chwilą utraty przytomności¹⁴. Podobnie Federalny Sąd Najwyższy Niemiec w wyroku z dnia 17 czerwca 1995 r. przyjął „dopuszczalność domniemania woli pacjenta przez jego przedstawiciela (i akceptującego jego pogląd lekarza) pod warunkiem rzetelnego zgromadzenia materiału dowodowego uzasadniającego to domniemanie”¹⁵.

Polska ustawa o zawodzie lekarza nie zawiera w tej kwestii żadnych wskazówek, choć poszczególne jej unormowania akceptują autonomię pacjenta. Uregulowanie omawianego problemu odnajdujemy w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Biomedycynie, 1996 r.¹⁶, której art. 9 stanowi: „Należy brać pod uwagę wcześniej wyrażone życzenia osoby zainteresowanej co do interwencji medycznej, jeżeli w chwili jej przeprowadzenia nie jest ona w stanie wyrazić swojej woli”. M. Safjan uważa, że „pewne argumenty zdają się silnie przemawiać na rzecz rozwiązania przyjętego w konwencji. Trzeba tu przede wszystkim podkreślić respekt dla autonomii pacjenta, który mając pełne rozeznanie wyraża określone życzenia i preferencje”¹⁷.

M. Nesterowicz również sądzi, że wskazane jest rozważenie woli pacjenta, która została wyrażona przed utratą przytomności¹⁸. Chodzi tu przede wszystkim o poszanowanie prawa do godnej śmierci, choć omawiana problematyka jest szersza niż zagadnienie prawa autonomii nieprzytomnego pacjenta w stanach terminalnych.

W świetle zatem Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Biomedycynie, mając na uwadze przede wszystkim prawo autonomii woli pacjenta, należy postulować, aby zastępcza zgoda sądu opiekuńczego była wynikiem rozważenia woli pacjenta wyrażonej (choćby *per facta concludentia*) uprzednio.

Zgoda osób niezdolnych do jej wyrażenia *de facto* może zostać w jednym przypadku zastąpiona przez tzw. zgodę substytucyjną, wyrażoną przez opiekuna faktycznego (art. 32 ust. 3). Dotyczy to wyłącznie badania, które nie powinno stwarzać podwyższonego ryzyka dla pacjenta (wniosek *a contrario* z art. 34 ust. 1).

W przypadku świadczeń zdrowotnych o podwyższonym ryzyku w istotny sposób ograniczony został stopień autonomii woli osób, których faktyczna niezdolność do wyrażenia pisemnej zgody polega na „niezdolności do świadomego wyrażenia pisemnej zgody” (art. 34 ust. 3). Zgodę zastępczą za osobę sprawną psychicznie, lecz

¹⁴ M. Płachta, *Prawo do umierania? Z problematyki regulacji autonomii jednostki w sprawach śmierci i umierania*, Państwo i Prawo 1997, nr 3, s. 63 i n.

¹⁵ K. Poklewski-Kozieł, *Oświadczenie woli pro futuro...*, s. 11.

¹⁶ Pełny tytuł: Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny, vide *Prawo i Medycyna* nr 3 (vol.1), 1999

¹⁷ M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 45. L. Kubicki w cyt. artykule *Sumienie lekarza...*, s. 10 zwraca uwagę, że polskie tłumaczenie art. 9 Konwencji nie może być uznane za miarodajne: „Oba teksty oryginalne Konwencji zawierają formułę w sposób kategoriyczny wskazującą na uwzględnienie wcześniej wyrażanych przez pacjenta życzeń.” (przyj. red.)

¹⁸ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 1998, s. 64.

nie mogącą pisać, wyraża bowiem sąd opiekuńczy. Ustawodawca nie posłużył się tu ustanowionymi w kodeksie cywilnym zasadami składania oświadczeń woli przez osoby mogące czytać, lecz nie mogące pisać. Tym samym prawo do stanowienia o sobie osób zdolnych do świadomego wyrażenia zgody i posiadających pełną zdolność do czynności prawnych zostało, moim zdaniem, bez potrzeby, ograniczone.

Osoby niezdolne ze względu na brak prawnej możliwości działania

Stopień autonomii woli pacjenta ubezwłasnowolnionego całkowicie (pozbawionego zdolności do czynności prawnych i posiadającego opiekuna prawnego) jest – według ustawy o zawodzie lekarza – różny niż osoby ubezwłasnowolnione częściowo (ograniczonej w zdolności do czynności prawnych i posiadającej kuratora).

Wspomniana różnica sytuacji osób ubezwłasnowolnionych istnieje w przypadku zwykłych czynności medycznych. Za osoby ubezwłasnowolnione całkowicie zgodę wyraża zawsze przedstawiciel ustawowy (art. 32 ust. 4). Jeżeli natomiast brak przedstawiciela ustawowego lub nie można się z nim porozumieć, według literalnego brzmienia przepisów art. 32 ust. 2 i 4 ustawy, lekarz pozbawiony będzie możliwości zwrócenia się do sądu opiekuńczego o wyrażenie zgody na przeprowadzenie na przykład badania. Przedstawiane w doktrynie propozycje wykładni tych przepisów nie są jednorodne. M. Żelichowski uważa, że w wypadku braku zgody przedstawiciela ustawowego interwencja medyczna jest stanowczo niedopuszczalna¹⁹. Odmienne stanowisko zajmuje M. Safjan, który twierdzi, że jest to oczywista pomyłka ustawodawcy, wobec czego należy tu analogicznie stosować art. 32 ust. 8 ustawy²⁰.

Ze zrozumiałych, praktycznych względów należy przychylić się do drugiego poglądu. Nie można bowiem uznać, przy założeniu racjonalności prawodawcy, że nie uregulował on tej kwestii celowo, dążąc do uniemożliwienia przeprowadzania zwykłych badań osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie w sytuacji braku przedstawiciela ustawowego.

Zgoda ubezwłasnowolnionego całkowicie na badania lekarskie wymagana jest wyłącznie w przypadku, gdy jest on w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć się o tej czynności (art. 32 ust. 4).

Odmienne uregulowana została sytuacja, w której osoba ubezwłasnowolniona całkowicie, ale działająca z rozeznaniem, wyrazi sprzeciw wobec podejmowanych czynności medycznych. Wówczas, prócz zgody jej przedstawiciela ustawowego (lub wobec niewyrażenia przez niego zgody), potrzebna jest zgoda sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 6). Hipoteza omawianego przepisu nie obejmuje sytuacji, w których sprzeciw pochodzi od przedstawiciela ustawowego reprezentującego osobę niezdolną do działania z rozeznaniem. M. Safjan uważa, że sprzeciw przedstawiciela ustawowego, pomimo braku zdolności do działania z rozeznaniem ubezwłasnowolnionego całkowicie pacjenta, również powinien podlegać dyspozycji art. 32 ust. 6 ustawy przewidującego możliwość zastąpienia sprzeciwu przez orzeczenie sądu²¹.

¹⁹ M. Żelichowski, *Bez zgody pacjenta...*, s. C3.

²⁰ M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 52.

²¹ M. Safjan, *Idem*, s. 53.

Skoro jednak ustawodawca w art. 32 ust. 4 ustawy stawia wymagania uzyskania „zgody” przedstawiciela ustawowego, a w art. 32 ust. 6 ustawy posługuje się terminem „sprzeciw”, a nadto oba artykuły przewidują odmienne przesłanki (gdyż art. 32 ust. 4, w przeciwieństwie do art. 32 ust. 6, dotyczy także ubezwłasnowolnionego całkowicie, lecz nie dysponującego dostatecznym rozeznaniem), to wyłączone jest w powyższym wypadku stosowanie art. 32 ust. 6 ustawy. Moim zdaniem, taka wykładnia prowadziła by do stosowania przymusu leczenia, który będąc faktycznym ograniczeniem prawa autonomii pacjenta winien być stosowany wyjątkowo, tylko w wypadkach w ustawie przewidzianych – zagrożenia życia i spowodowania rozstroju zdrowia.

W przypadku zwykłych czynności podejmowanych wobec osób ubezwłasnowolnionych częściowo (dysponujących zdolnością do świadomego działania) wymagana jest tylko zgoda pacjenta (art. 32 ust. 2 *a contrario*). Za taką wykładnią przemawiają trzy argumenty. Po pierwsze, zgodnie z art. 32 ust. 4, zgoda substytucyjna wymagana jest jedynie w odniesieniu do osób ubezwłasnowolnionych całkowicie. Po drugie, skoro zgodnie z przywołanym przepisem wymagana jest zgoda pacjenta ubezwłasnowolnionego całkowicie działającego z dostatecznym rozeznaniem, to tym bardziej, w drodze wykładni *argumentum a maiori ad minus*, przyznać należy takie uprawnienie osobie ubezwłasnowolnionej częściowo, która dysponuje dostatecznym rozeznaniem. Nadto, zdolność do wyrażenia zgody jest kategorią niezależną od pełnej zdolności do czynności prawnych²². Ubezwłasnowolnionych częściowo nie dotyczy w konsekwencji przepis art. 32 ust. 6, regulujący sytuację, w których potrzebna jest zgoda sądu opiekuńczego, skoro mają one samodzielną kompetencję do wyrażania zgody.

W odniesieniu do czynności o podwyższonym ryzyku (art. 34 ustawy) sytuacja osób ubezwłasnowolnionych (częściowo lub całkowicie) jest taka sama. Według przeważającego poglądu doktryny wymagana jest zgoda przedstawiciela ustawowego, ewentualnie sądu. M. Safjan uważa, że obok zgody dodatkowej (substytucyjnej) przedstawiciela ustawowego, wymagana jest także zgoda ubezwłasnowolnionego, zdolnego do działania z rozeznaniem (art. 32 ust. 6 w zw. z art. 34 ust. 5)²³. Jest to zdaniem autora podyktowane poszanowaniem ogólnej zasady autonomii woli osób działających świadomie. Taki pogląd prezentuje również T. Dukiet-Nagórska proponując wykładnię art. 32 ust 4 ustawy. Autorka stosując *argumentum a minori ad maius* dochodzi do wniosku, iż skoro ustawodawca przyznał osobie ubezwłasnowolnionej całkowicie kompetencję do wyrażania zgody na zwykłe czynności medyczne w przypadku, gdy dysponuje ona dostatecznym rozeznaniem, to „tym bardziej przy świadczeniach zdrowotnych o intensywniejszym charakterze zachodzi konieczność odbierania zgody nie tylko od przedstawiciela ustawowego, ale także od pacjenta ubezwłasnowolnionego”²⁴.

²² M. Safjan, *Idem*, s. 52 oraz T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, Prawo i Medycyna 2000, nr 6-7, s. 91.

²³ M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 54.

²⁴ T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma...*, s. 91.

Ogólną zasadą postępowania wobec pacjentów małoletnich jest zgoda przedstawiciela ustawowego (rodziców dysponujących władzą rodzicielską, opiekuna). W przypadkach, gdy pacjent ukończył 16 lat, wymagana jest także jego zgoda (art. 32 ust. 5 i 6 oraz art. 34 ust. 4 ustawy). Podwójna zgoda konieczna jest zarówno przy zwykłych czynnościach medycznych, jak i przy czynnościach o podwyższonym ryzyku. W wypadku sprzeciwu małoletniego pacjenta, który ukończył 16 lat, wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego, tak w sytuacji wyrażenia zgody przez przedstawiciela ustawowego, jak i braku jego zgody (art. 32 ust. 6 ustawy). M. Safjan uważa, że kompetencja do wyrażenia zgody przez osoby powyżej 16 roku życia może być brana pod uwagę jedynie wtedy, gdy spełniony zostanie przez nie wymóg faktycznej zdolności do świadomego wyrażania zgody. Brak rozeznania nieletniego nie powoduje konieczności wystąpienia do sądu o uzyskanie zgody w sprawie interwencji medycznej²⁵.

W ten sposób ustawodawca rozstrzygnął spory dotyczące kryterium przyznawania prawa do samostanowienia małoletnim²⁶. Jednakże aktualne uregulowanie budzi również kontrowersje. Pierwszą kwestią nasuwającą wątpliwości jest wiek 16 lat, od którego pacjentowi przyznaje się prawo do samostanowienia. Wspomniana granica wieku ustanowiona została według niektórych autorów²⁷ zbyt wysoko, gdyż przy odpowiedzialności deliktowej cezurę stanowi wiek 13 lat (art. 13 i 426 k.c.). Drugim zagadnieniem spornym jest celowość wprowadzenia formalnej granicy wieku. Powinna ona stanowić jedynie kryterium pomocnicze, a podstawowym wyznacznikiem winna być zdolność świadomego wyrażenia opinii o zamierzonej interwencji medycznej²⁸. Podobne rozwiązanie zawierają uregulowania następujących konwencji międzynarodowych:

– art. 6 ust. 2 Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie²⁹ nakazuje przy podejmowaniu czynności medycznych uwzględnienie stanowiska małoletniego, a znaczenie jego opinii w podejmowaniu decyzji powinno wzrastać „w zależności od wieku i stopnia dojrzałości”;

– art. 12 Konwencji Praw Dziecka przewiduje, że „państwa-strony zagwarantują dziecku, które ma dostateczny stopień rozeznania, prawo swobodnego wyrażania swoich poglądów na każdy interesujący je temat, z należyтым uwzględnieniem wieku i stopnia dojrzałości”³⁰.

W przypadku osób małoletnich pozostających pod władzą rodzicielską może nastąpić konflikt stanowisk między rodzicami. Interwencja medyczna jest wówczas możliwa za zgodą sądu opiekuńczego. Orzeczenie sądu w sprawie czynności o podwyższonym ryzyku, niezbędnych dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pa-

²⁵ M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 55.

²⁶ M. Sośniak, *Cywilna...*, s. 62 oraz A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenia w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 26.

²⁷ M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 56.

²⁸ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna...*, s. 25.

²⁹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, s. 469.

³⁰ Konwencja Praw Dziecka, Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała, bądź ciężkiego rozstroju zdrowia, powinno być podjęte na podstawie art. 34 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza. Natomiast w pozostałych przypadkach sprawa podstawy prawnej rozstrzygnięcia sądu jest sporna. M. Żelichowski wskazuje tu na art. 32 ust. 6 ustawy³¹, a M. Safjan na art. 97 § 2 k.r.o.³² Zauważyć jednakże należy, że art. 32 ust. 6 ustawy dotyczy małoletnich, którzy ukończyli 16 rok życia. Dlatego zastępcza zgoda sądu opiekuńczego, w przypadku sprzeciwu przedstawiciela ustawowego małoletniego, który nie ukończył 16 lat, na badanie, zabieg operacyjny, metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta, lecz nie stwarzających zagrożenia dla życia lub zdrowia, winna być wydana tylko na podstawie art. 97 § 2 k.r.o.

Istotne wątpliwości budzi wspomniany przepis art. 32 ust. 6, który dotyczy zarówno zwykłych czynności leczniczych, jak i zabiegów operacyjnych oraz metod leczenia lub diagnostyki, stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 34 ust. 5 ustawy). Przedstawiciele doktryny (M. Safjan, M. Żelichowski, A. Liszewska) zgłaszają postulat interwencji legislacyjnej, ponieważ art. 32 ust. 6 ustawy w obecnym kształcie „otwiera drogę do całkowitego pomijania zarówno woli samego pacjenta, jak również woli przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego”. Istnieje tu bowiem możliwość podważenia, orzeczeniem sądu, podwójnego sprzeciwu (pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego). Ponadto, jeśli przedstawiciel ustawy wyraża zgodę, a pacjent mający prawo do wyrażenia woli (ponieważ ukończył 16 lat lub będąc ubezwłasnowolnionym, psychicznie chorym, upośledzonym umysłowo, ma jednak dostateczne rozeznanie) sprzeciwia się zabiegowi, wówczas istnieje możliwość zastąpienia sprzeciwu pacjenta orzeczeniem sądu opiekuńczego. Może więc dochodzić w praktyce do stosowania, wbrew deklarowanej zasadzie poszanowania woli pacjenta, przymusu leczenia przez sąd, gdy nie zachodzi przypadek bezpośredniego zagrożenia życia, ciężkiego uszkodzenia ciała bądź rozstroju zdrowia³³.

Ponadto zauważyć należy, iż sformułowanie art. 32 ust. 6 ustawy wskazuje na błędne założenie, iż chory psychicznie lub upośledzony umysłowo zawsze posiada przedstawiciela ustawowego bądź opiekuna faktycznego, którzy mogliby wyrazić zgodę mimo sprzeciwu pacjenta.

Interesujące jest porównanie stopnia autonomii osoby psychicznie chorej, do której nie mają zastosowania przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego³⁴, bowiem nie kwalifikuje się do leczenia psychiatrycznego osoby z zaburzeniami psychicznymi, która zostaje umieszczona w szpitalu psychiatrycznym bez jej zgody. Jak wcześniej wykazałam, możliwe jest teoretycznie na gruncie ustawy o zawodzie lekarza (art. 32 ust. 6), zastosowania przymusu leczenia wobec osoby chorej psy-

³¹ M. Żelichowski, *Bez zgody...*, s. C3.

³² M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 56.

³³ A. Liszewska, *Problem zgody...*, s. 89; M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 53; M. Żelichowski, *Bez zgody...*, s. C3.

Odmienne stanowisko prezentuje T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma...*, s. 92.

³⁴ Ustawa z dnia 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. z 1994 r., nr 111, poz. 535 z późn. zm.

chicznie lub z niedorozwojem umysłowym w sytuacji, gdy nie ma zagrożenia rozstroju zdrowia lub utraty życia. Jest to zatem bardzo istotne ograniczenie autonomii woli pacjenta chorego psychicznie, ale posiadającego pełną zdolność do czynności prawnych oraz zdolność faktyczną do wyrażenia zgody.

W przypadku osoby kwalifikującej się do leczenia w szpitalu psychiatrycznym, ustawodawca przewidział szereg przesłanek umożliwiających badanie, przyjęcie do szpitala i leczenie bez zgody pacjenta. Jeżeli więc pacjent z powodu zaburzeń psychicznych może zagrażać własnemu życiu albo życiu i zdrowiu innych osób, bądź nie jest zdolny do zaspokojenia swoich podstawowych potrzeb życiowych, może zostać poddany badaniu bez swojej zgody (art. 21 ustawy). Podobnie, przyjęcie do szpitala psychiatrycznego bez zgody zostało uwarunkowane przesłankami, zależnie, czy następuje ono w trybie nagłym (art. 23 ustawy), czy w trybie wnioskowym (art. 29 ustawy). W pierwszym przypadku przyjęcie do szpitala psychiatrycznego bez zgody możliwe jest tylko wtedy, gdy choroba pacjenta zagraża bezpośrednio jego życiu albo życiu i zdrowiu innych osób. W drugim – gdy dotychczasowe zachowanie osoby chorej psychicznie wskazuje na to, że nieprzyjęcie jej do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego, bądź gdy nie jest ona zdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych i uzasadnione jest przekonanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia. Nadto, zgodnie z art. 33 ustawy, wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody można stosować jedynie niezbędne czynności lecznicze mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody.

Można więc z powyższych uregulowań wysnuć wniosek, iż faktycznie stopień autonomii woli pacjenta z zaburzeniami psychicznymi kwalifikującego się do leczenia w szpitalu psychiatrycznym jest większy niż w wyniku zastosowania art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza. Osoby chore psychicznie, lecz nie kwalifikujące się do leczenia szpitalnego, będą mogły być poddane przymusowi leczenia w szerszym zakresie³⁵.

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego po raz pierwszy posłużyła się konstrukcją zgody podwójnej. Zgodnie z art. 22 ust. 4 tej ustawy, jeżeli przyjęcie do szpitala dotyczy osoby małoletniej powyżej 16 roku życia lub całkowicie ubezwłasnowolnionej, zdolnej do wyrażenia zgody, wymagane jest również uzyskanie zgody tej osoby. W przypadku sprzecznych oświadczeń w sprawie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego tej osoby i jej przedstawiciela ustawowego, zgodę na przyjęcie do szpitala wyraża sąd opiekuńczy. Przepis ten wydaje się być pierwowzorem art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza. Zbędnie jednak, moim zdaniem, w treści przepisu art. 32 ust. 6 tej ustawy posłużono się terminem „sprzeciw” zamiast „zgoda”, co wprowadza nieuzasadnione rozróżnienie terminologiczne. Ponadto, objęcie tym uregulowaniem osób chorych psychicznie i upośledzonych umysłowo, dysponujących do-

³⁵ Zagadnienie sygnalizuje również: M. Safjan, *Prawo i Medycyna...*, s. 49.

statecznym rozeznaniem, ze względów wyżej przeze mnie wskazanych, również wydaje się chybione. Postulowana interwencja legislacyjna, dotycząca przepisu art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza, mogłaby stanowić powtórzenie wspomnianego wyżej przepisu ustawy psychiatrycznej.

Zasygnalizować w końcu należy niejasność terminologiczną pojęć „zgoda” i „sprzeciw”. Uważam, że ustawodawca posługuje się tymi terminami w różnych znaczeniach. Wynika to przede wszystkim z założenia racjonalności językowej prawodawcy. Skoro więc obu sformułowań użyto w tym samym akcie prawnym, nawet w tej samej jednostce redakcyjnej, a ponadto w różnych kontekstach, to celem uregulowania było nadanie omawianym wyrażeniom różnych znaczeń. Dlatego posługując się tym formalnym argumentem (i abstrahując od rzeczywistej zasadności rozróżnienia w praktyce zgody od sprzeciwu) uważam, że przedstawione rozróżnienie wprowadza zbędny zamęt terminologiczny. Skoro bowiem według art. 32 ust. 4 ustawy, w przypadku czynności medycznych podejmowanych w stosunku do osoby ubezwłasnowolnionej, całkowicie działającej z dostatecznym rozeznaniem, wymagana jest, prócz zgody przedstawiciela ustawowego, także zgoda tej osoby, to niejasnym jest, czy brak takiej zgody z art. 32 ust. 4 jest tożsamy ze sprzeciwem z art. 32 ust. 6. Podobnie, osoba chora psychicznie lub upośledzona umysłowo, jeśli ma przedstawiciela ustawowego bądź opiekuna faktycznego i dysponuje dostatecznym rozeznaniem – w myśl art. 32 ust. 6 może wyrazić sprzeciw. Jeśli natomiast chory psychicznie lub upośledzony umysłowo dysponuje dostatecznym rozeznaniem, to według art. 32 ust. 2 ustawy jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody, a wówczas nie jest już wymagana zgoda dodatkowa przedstawiciela ustawowego. Nadto osoba, która ukończyła 16 lat, w myśl art. 32 ust. 5, ma kompetencję do wyrażenia zgody (zgoda podwójna). Według zaś art. 32 ust. 6 małoletni, który ukończył 16 lat i dysponuje dostatecznym rozeznaniem, może wyrazić sprzeciw. Nasuwa się więc pytanie, czy brak zgody w przedstawionych wyżej sytuacjach jest tożsamy ze sprzeciwem.

Sądzę, że liczne wątpliwości, pojawiające się na tle tak tego, jak i innych przepisów ustawy, wynikają z niedociągnięć techniki legislacyjnej³⁶. Może to jednak powodować poważne konsekwencje w postaci ograniczenia prawa autonomii woli pacjenta, gdyż wymaganej ustawowo zgody pominąć nie można, natomiast sprzeciw może zostać podważony przez orzeczenia sądu opiekuńczego. Brak zgody nie jest zatem tożsamy ze sprzeciwem.

³⁶ Problem rozważa: M. Żelichowski, *Bez zgody...*, s. C3.

Monika Wałachowska

Obowiązek lekarza-stomatologa leczenia osób zakażonych wirusem HIV i chorych na AIDS w systemie prawnym USA

W wyniku odkrycia w 1982 roku przez CDC (Center for Disease Control and Prevention – Centrum Kontroli Chorób Zakaźnych) w Atlancie wirusa HIV jako przyczyny AIDS, dotychczasowe ustawodawstwo i orzecznictwo USA okazało się niewystarczające. Szczególnie w tej mierze widoczne to było w zakresie rozwiązań dotyczących roszczeń osób poszkodowanych, dostępu osób seropozytywnych do korzystania z usług powszechnie dostępnych, dostępu do szkół, szpitali, czy wreszcie praw i obowiązków administracji federalnej i stanowej. CDC wypowiedziała się jednocześnie przeciwko generalnym badaniom pacjentów na obecność wirusa HIV, zalecając stosowanie ogólnych środków ostrożności w leczeniu pacjentów, nawet jeśli są seropozytywni.

Warto wskazać, że mimo iż społeczeństwo amerykańskie sprawia wrażenie tolerancyjnego i potrafiącego „żyć z AIDS”, centralnym zagadnieniem jest ochrona osób zakażonych wirusem HIV i chorych na AIDS przed dyskryminacją. Na mocy „Federal Rehabilitation Act” z 1973 roku i ustaw stanowych, osoby zarażone wirusem HIV uważane są za osoby upośledzone, niepełnosprawne (*handicapped persons*). Wspomniany akt federalny do 1990 roku miał zastosowanie tylko do agencji i programów federalnych ustalanych przez rząd USA albo programów korzystających z federalnych środków finansowych. Po roku 1990 bowiem, na mocy ADA („The Americans with Disability Act”), rozszerzono zakres ochrony na prywatny sektor zatrudnienia, transport, usługi publiczne i mieszkalnictwo komunalne. Ustawy stanowe natomiast w większości odnoszą się zarówno do sektora publicznego, jak i do prywatnego¹.

¹ Por. M. Nesterowicz, *Niektóre problemy prawne związane z AIDS w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, PiP 4/1998, s. 32 i n.; tenże, *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 209 i n.

Warto w tym miejscu przytoczyć kilka orzeczeń. W sprawie *Doe v. Centinela Hospital* (1988) sąd uznał za dyskryminację nieprzyjęcie do szpitala, realizującego federalny program leczenia narkomanów i alkoholików, osoby zakażonej wirusem HIV z obawy przed zakażeniem innych pacjentów. W sprawie zaś *Chalk v. District Court* (1988) Sąd Apelacyjny orzekł, że AIDS jest chronionym inwalidztwem w rozumieniu *Rehabilitation Act*. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy West Wirginii w sprawie *Benjamin v. Orkin Exterminating Company, Inc.* (1990)².

ADA jednak nie zapewnia ochrony osobom, które stanowią „bezpośrednie zagrożenie” („*direct threat*”) dla zdrowia lub bezpieczeństwa innych. Pojawia się zatem problem obowiązku leczenia osób zakażonych wirusem HIV. Z jednej strony bowiem lekarz nie może odmówić podjęcia się leczenia pacjenta, z drugiej zaś ADA nie chroni osób stanowiących „bezpośrednie zagrożenie”. Postawić zatem należy pytanie, czy osoba seropozytywna stanowi owo „bezpośrednie zagrożenie”. Szczególnie jaskrawy jest ów problem na tle spraw, w których lekarz-stomatolog odmawia leczenia takiego pacjenta. W USA dotyczyło to kilku orzeczeń, z których trzy mające największe znaczenie zostaną przedstawione poniżej. Jedno orzeczenie wydał Sąd Najwyższy USA, co zdarza się nie często, a dwa pozostałe – sądy federalne w Luizjanie i New Jersey.

W sprawie *R. Bragdom v. S. Abbott*, w której wypowiedział się Sąd Najwyższy USA (1998) powódka zakażona wirusem HIV (jeszcze w stadium bezobjawowym choroby) udała się do pozwanego stomatologa w celu dokonania okresowych badań dentystrycznych. Powódka, wypełniając standardowy formularz rejestracyjny, ujawniła swą chorobę. Stomatolog, odkrywszy ubytek w zębie, poinformował pacjentkę o swej polityce

nie udzielania w swoim gabinecie pomocy medycznej osobom seropozytywnym. Zaoferował powódce wykonanie leczenia w szpitalu bez dodatkowych opłat, choć pacjentka musiałaby pokryć koszty pobytu w szpitalu. Powódka odmówiła, wytaczając następnie powództwo przeciwko dentyście. Oparła swe żądania na uregulowaniach płynących z ADA, który zabrania dyskryminacji z powodu niepełnosprawności (m. in. w zakresie korzystania z usług powszechnie dostępnych – *public accommodation*).

Sąd Najwyższy przychylił się do stanowiska niższych sądów głoszącego, iż osoba zakażona wirusem HIV ma status osoby niepełnosprawnej w rozumieniu ADA, mimo że brak u niej objawów chorobowych, oraz że leczenie jej w ośrodku pozwanego nie stanowiłoby bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia i bezpieczeństwa innych osób. W sprawie tej oparto się m. in. na zaleceniach ogólnych dla lekarzy stomatologów wydanych przez CDC w 1993 roku oraz na ustalonych przez Stowarzyszenie Stomatologów zasadach w sprawie polityki w zakresie HIV z 1991 roku. Wskazano, że samo zakażenie HIV stanowi przesłankę dla uznania osoby zakażonej za niepełnosprawną w rozumieniu ADA. Nie zmienia tego fakt, że choroba jest

² Zob. *AIDS Law and Policy*, Houston, Texas 1995, s. 295 i n.

jeszcze w fazie bezobjawowej. Jest to zatem fizyczne upośledzenie, które znacznie ogranicza sferę podstawowej aktywności życiowej działań ludzkich. Choroba ta bowiem, jak wskazują liczne opracowania medyczne, już od momentu infekcji ma dający się przewidzieć, niezmienny przebieg, charakteryzujący się narastającymi zaburzeniami zachodzącymi w całym organizmie zakażonej jednostki. Ponadto autorytety medyczne potwierdziły, że leczenie stomatologiczne pacjenta zarażonego wirusem HIV jest bezpieczne, jeśli lekarz stosuje tzw. uniwersalne środki ostrożności (opisane w zaleceniach CDC z 1993 roku).

W sprawie tej zatem pojawiło się kilka istotnych kwestii do rozstrzygnięcia, a mianowicie, czy osoba zakażona wirusem HIV jest osobą niepełnosprawną i jako taka korzysta z ochrony przewidzianej przez ADA, oraz problem znaczenia wyrażenia „*major life activities*” (główne czynności, działania życiowe). Ponadto sporne było, czy istniało bezpośrednie zagrożenie ze strony nosicielki wirusa HIV wobec innych osób. Sąd Najwyższy USA, powołując liczne orzeczenia sądów amerykańskich oraz poglądy nauki, potwierdził ostatecznie, że zakażenie HIV mieści się w pojęciu niepełnosprawności (*disability*) w rozumieniu ADA. Co więcej, Sąd podkreślił, że stan ten istnieje już od momentu infekcji, ponieważ wywołuje postępujące zaburzenia fizyczne i szkodliwe następstwa odczuwalne przez cały organizm. ADA bowiem stanowi, że żadna osoba nie będzie z powodu swej niepełnosprawności dyskryminowana w zakresie pełnego i równego dostępu do dóbr, usług, przywilejów, przez żaden podmiot świadczący takie powszechnie dostępne usługi. Termin „publiczny dostęp” (*public accomodation*) obejmuje także swym zakresem profesjonalne placówki świadczące usługi zdrowotne.

SN przytoczył w swych rozważaniach definicję „niepełnosprawności” (*disability*) zawartą w ADA. Mocą tego aktu jako „niepełnosprawność” rozumieć należy:

- fizyczne lub psychiczne upośledzenie, które istotnie ogranicza jedną lub kilka sfer głównej aktywności życiowej niepełnosprawnej osoby,
- udokumentowanie takiej niepełnosprawności,
- fakt bycia traktowanym jako osoba upośledzona.

W zakres tego pojęcia wchodzi również zakażenie wirusem HIV. Infekcja bowiem musi być uznana za powodującą fizyczne anomalie w organizmie ludzkim. Warto jednak zauważyć, że przytoczona definicja staje się nieużyteczna, dana zaś osoba nie korzysta z ochrony, jeśli upośledzenie nie wpływa na sferę jej podstawowej aktywności życiowej. Kilka powoływanych wcześniej elementów musi bowiem zaistnieć łącznie, by jednostka upośledzona mogła korzystać ze specjalnej ochrony. Są to :

- upośledzenie, które mocą ADA jest niepełnosprawnością,
- odmawiający np. leczenia jest usługodawcą świadczącym usługi zdrowotne powszechnie dostępne,
- osoba niepełnosprawna nie stanowi bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub bezpieczeństwa innych.

W cytowanej sprawie powódka twierdziła, że fakt nosicielstwa wirusa HIV istotnie ograniczył jej zdolność do poczęcia i urodzenia dziecka. Uznano, że mieści się

to w pojęciu głównych działań życiowych (*major life activities*). HIV przecież powszechnie postrzegany jest jako ograniczający życie jako takie, w sferze zaś wydania na świat dziecka zakażenie wirusem HIV istotnie ograniczyło działania powódki, i to w dwóch niezależnych aspektach. Po pierwsze, kobieta zakażona HIV, starająca się począć dziecko, naraża mężczyznę na ryzyko zakażenia. Po drugie, istnieje również ryzyko zakażenia nienarodzonego jeszcze dziecka (w obu przypadkach prawdopodobieństwo transmisji choroby wynosi około 25%). Uznać należy, że mimo iż urodzenie dziecka nie jest czymś nierealnym, nieosiągalnym dla osób zakażonych wirusem HIV, stanowi zagrożenie dla zdrowia publicznego. To właśnie zbliża te pojęcia do definicji „istotnego ograniczenia” (*substantial limitation*). Decyzja o urodzeniu dziecka pociąga bowiem w takim przypadku za sobą dodatkowe ekonomiczne i prawne następstwa. Trzeba brać pod uwagę koszty terapii antywirusowej, dodatkowe ubezpieczenie oraz długoterminową opiekę nad dzieckiem, które musi przecież zostać poddane badaniom, a w najgorszym wypadku poddane leczeniu jako seropozytywne. Dlatego właśnie niektóre ustawodawstwa stanowe (Iowa, Utah) zabraniają osobom seropozytywnym nawiązywania kontaktów seksualnych z innymi osobami, nawet za ich zgodą.

Ponadto, co zasługuje na szczególne podkreślenie, definicja niepełnosprawności z ADA nie jest ukierunkowana na osobisty wybór określonych działań w tym sensie, że obejmuje swym zakresem również takie sytuacje, kiedy przeszkody i trudności stojące przed osobami upośledzonymi nie są nie do pokonania. Argumenty przemawiające za tym stanowiskiem zawiera opinia Departamentu Sprawiedliwości (Office of Legal Counsel of the Department of Justice) z 1988 roku, w której stwierdza się, że można racjonalnie sądzić, opierając się na wiedzy medycznej, iż zdolność do prokreacji jest istotnie ograniczona wśród osób zakażonych wirusem HIV. W świetle znacznego ryzyka zakażenia w czasie ciąży, jednostki seropozytywne nie mogą angażować się w akt prokreacji i posiadać normalnych oczekiwań w zakresie wydania dziecka na świat.

Kolejnym istotnym zagadnieniem jest kwestia „bezpośredniego zagrożenia” ze strony osób zarażonych wirusem HIV. ADA definiuje to pojęcie jako „znaczące ryzyko dla zdrowia lub bezpieczeństwa innych, które nie może być wyeliminowane przez modyfikację praktyk, zasad, procedur lub przez dostarczenie dodatkowych środków lub usług”. Sąd Najwyższy USA stwierdził, że „istnienie lub nieistnienie znacznego ryzyka dla zdrowia lub bezpieczeństwa innych, przy leczeniu osoby zakażonej wirusem HIV, musi być oceniane z punktu widzenia osoby, która odmówiła leczenia. Jednakże ocena owego ryzyka musi być oparta na medycznych lub innych obiektywnych przesłankach, nie zaś na niczym nie umotywowanym przekonaniu o istnieniu takiego ryzyka”. Uznać zatem należy, że stomatolog, jako profesjonalista, ma obowiązek oceny ryzyka infekcji w oparciu o obiektywną wiedzę i poglądy nauki mu dostępne. Jego przekonanie o istnieniu takiego zagrożenia, wyrażone nawet w dobrej wierze, nie zwalnia go od odpowiedzialności. Panującym stanowiskiem (wyrażonym m. in. w „American Dental Association Policy on HIV”) jest pogląd głoszący tezę popartą wynikami badań naukowych i epidemio-

logicznych, że istnieje niewielkie ryzyko zakażenia wirusem HIV w czasie leczenia stomatologicznego (oczywiście, jeżeli rutynowo stosowane są powszechnie zalecane środki ostrożności).

Z orzeczenia SN USA wynika, że pacjenci seropozytni mogą być więc bezpiecznie leczeni w prywatnych i publicznych gabinetach dentystycznych. Można wręcz postawić tezę, że obowiązek leczenia pacjentów zakażonych wirusem HIV jest obowiązkiem nie tylko moralnym, ale i prawnym. Nie istnieją zatem żadne okoliczności, które mogłyby zwolnić lekarza od takiej powinności.

Podobne kwestie były przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Federalnego Okręgu w Luizjanie w sprawie *United States of America v. Drew B. Morvant, D.D.S (1995)*. Sąd ustalił następujące okoliczności faktyczne: doktor Morvant prowadził prywatną praktykę stomatologiczną. Jednymi z jego długoletnich pacjentów byli Ismael Pena i jego partner Patrick Dunne. W listopadzie 1992 roku Dunne powiedział pozwanemu, że Pena jest chory na AIDS. W lutym 1993 roku Pena usiłował umówić się na wizytę stomatologiczną, lecz Morvant odmówił dalszego świadczenia usług medycznych na jego rzecz. Ponadto pozwany, bez uprzedniego zbadania Peny bądź konsultacji z jego lekarzem ogólnym, skierował go do dr Carolyn Sturm, która, jak twierdził, „specjalizuje się” w leczeniu pacjentów zakażonych wirusem HIV i chorych na AIDS. Morvant utrzymywał, że skierował Penę do C. Sturm, bo sądził, iż nosiciele wirusa HIV wymagają większej opieki, a on nie był na bieżąco w sprawach z zakresu właściwego leczenia takich pacjentów. Ponadto, w czerwcu 1993 roku do Morvanta przybył Hodgkinson, wcześniej umówiony na wizytę. Na pytanie pielęgniarki co do ewentualnych chorób, o których „lekarz powinien wiedzieć”, pacjent ujawnił fakt nosicielstwa wirusa HIV. Pielęgniarka, zanim pozwany zbadał Hodgkinsona, poinformowała pacjenta, że gabinet Morvanta nie jest dostatecznie wyposażony, po czym skierowała go do dr C. Sturm.

Sąd stwierdził, że zarówno HIV, jak i AIDS mieszczą się w definicji niepełnosprawności ustanowionej przez ADA. Ponadto, co stanowi spełnienie kolejnego kryterium, gabinet Morvanta świadczył usługi medyczne powszechnie dostępne. Trzecim elementem jest zachowanie dyskryminujące. W tej sprawie owo bezpośrednie zachowanie miało miejsce. Zarówno I. Penie, jak i Hodgkinsonowi odmówiono leczenia ze względu na ich niepełnosprawność. Już te zdarzenia są wystarczające, by na podstawie dowodu *prima facie* uznać działanie pozwanego za bezprawne.

Morvant podnosił, powołując się na ADA, że HIV i AIDS wymagają specjalistycznego leczenia, oraz, że ADA nie nakłada na lekarza obowiązku znajomości specjalnych metod leczenia. ADA rzeczywiście wskazuje dwie sytuacje, w których możliwe jest odesłanie pacjenta do innego lekarza. Po pierwsze, jeśli lekarz uzna, że sposób leczenia i wymagania co do tego ze strony pacjenta są poza zakresem jego specjalizacji; po drugie, jeśli w takiej samej sytuacji lekarz skierowałby do innego lekarza każdego innego pacjenta, nie będącego niepełnosprawnym. W przypadku jednak I. Peny i Hodgkinsona, którzy oczekiwali przeprowadzenia tylko prostych zabiegów dentystycznych, bezsporne jest, iż personel Morvanta i on sam byli

w tym zakresie odpowiednio wykwalifikowani. Poza tym nie istnieje żadna odrębna specjalizacja wymagana przy leczeniu osób seropozytywnych.

Uznać należy zatem, że praktyka Morvanta, polegająca na odsyłaniu pacjentów zarażonych HIV i chorych na AIDS, stanowiła bezpośrednio naruszenie zawodowych i moralnych obowiązków lekarza. Naukowo udowodnione jest, o czym już wcześniej wspomniałam, że dla leczenia pacjentów seropozytywnych nie jest wymagane przestrzeganie jakichś dodatkowych, specjalnych procedur. Podobnie, lekarz udzielający pomocy medycznej takim osobom nie musi posiadać dodatkowej wiedzy, szerszej, niż lekarz ogólny.

Warto w tym miejscu przywołać stanowiska wybitnych amerykańskich uczonych z zakresu medycyny (D. Greenspan, E. A. Needle, D. W. Marianos), którzy bronią tezy, iż w interesujących nas przypadkach wystarczające jest stosowanie uniwersalnych środków ostrożności (*universal precautions*) zarekomendowanych przez CDC w 1986 roku. Nie można bowiem stwierdzić u wszystkich pacjentów zgłaszających się po pomoc medyczną faktu zakażenia HIV lub innych patologii występujących we krwi; stąd owe środki ostrożności powinny być stosowane niezmiennie w czasie leczenia wszystkich jednostek. Argument Morvanta zatem o braku „wymaganej specjalizacji” był jedynie pretekstem do zastosowania działań dyskryminujących. Pozorny był także powód odmowy – ryzyko infekcji. Pozwany nie podjął przecież żadnych kroków, by zbadać bądź zasięgnąć dodatkowych informacji na temat stanu zdrowia pacjentów.

W związku z tym Sąd Federalny Okręgu Luizjany, stwierdzając naruszenie ADA, zobowiązał Morvanta do zaprzestania praktyk dyskryminacyjnych względem pacjentów seropozytywnych.

Warto też przedstawić orzeczenie Sądu Federalnego Okręgu New Jersey w sprawie D. B. v. Howard Bloom i Madison Dental Center (1995). Powód wytoczył sprawę zarzucając pozwanym naruszenie „The Americans with Disability Act” – ADA oraz prawa stanu New Jersey („New Jersey law against discrimination – NJLAD”), a także niedozwolone zamierzone zadanie cierpień psychicznych (*emotional distress*).

U D. B., mieszkańca New Jersey, wykryto jesienią 1992 roku obecność wirusa HIV we krwi. W związku zaś z wypadkiem samochodowym z sierpnia 1992 roku D. B. cierpiał z powodu pękniętego zęba i wymagał leczenia dentystrycznego. Po przeczytaniu obszernego ogłoszenia dostępnego w środkach publicznego transportu, zdecydował się na wizytę w Centrum Dentystrycznym Madison, jako „przyjmującego wszystkich”. Właściciel centrum, a zarazem stomatolog, dr Bloom leczył powoda w listopadzie 1992 roku. 1 grudnia 1992 roku D. B. ponownie zgłosił się do Blooma celem usunięcia zęba. W czasie leczenia pojawiła się kwestia konieczności poddania D. B. ogólnemu znieczuleniu. Obaj, nie mogąc dojść w tej kwestii do porozumienia, zdecydowali się na kontakt z lekarzem ogólnym powoda. Z powodu jednak nieobecności tego ostatniego, jako konsultant występował przełożony lekarza ogólnego. Przełożony poprosił D. B. o ujawnienie swego seropozytywnego statusu. Powód, który dotąd poinformował o swym upośledzeniu zaledwie cztery osoby, niechętnie i bez przekonania, przystał jednak na tę prośbę.

Dr Bloom, otrzymawszy tę wiadomość, odmówił dalszego leczenia D. B. i zaproponował skierowanie go do „specjalistycznej kliniki dla osób zakażonych wirusem HIV”, gdzie zajmie się nim ktoś o „lepszych kwalifikacjach”. Zamiast jednak skierować D. B. do takiej placówki, recepcjonistka odesłała go do Camcare, tj. placówki świadczącej usługi medyczne osobom ubogim i chorym psychicznie.

Ponadto pozwany wyjawiał fakt zakażenia wirusem HIV, bez wiedzy i zgody powoda, recepcjonistce oraz innej osobie nie zatrudnionej w Centrum Dentystycznym.

Wszystkie te zdarzenia wywołały u D. B. ból i cierpienia psychiczne. Powód bowiem wyjawiał swój status tylko czterem osobom, obawiając się odrzucenia i negatywnych konsekwencji ze strony otoczenia. Niestety, jego obawy się potwierdziły. W wyniku tych zdarzeń D. B. cierpiał fizycznie i psychicznie, stracił na wadze, nadużywał alkoholu, przeszedł farmakologiczną terapię antydepresyjną; zmagał się z zachowaniami samobójczymi, które objawiały się m. in. szybką jazdą samochodem. Ponadto D. B. zeznał, że rozpadł się jego związek z dotychczasowym partnerem, a kontakty ze współpracownikami stały się napięte. Stan cierpienia psychicznego powoda trwał dwa lata. Mimo widocznej poprawy powód permanentnie odczuwa strach, jest absolutnie przerażony, że inne osoby mogą zareagować na wiadomość o jego seropozytywnym statusie w podobny sposób, w jaki zachował się pozwany.

W sprawie tej oparto się na dowodzie *prima facie*. Stwierdzono, że odmowa leczenia, na podstawie stwierdzenia u pacjenta wirusa HIV, a więc z powodu niepełnosprawności, stanowi bezpośrednie naruszenie ADA oraz NJLAD. „Niepełnosprawność” bowiem, co już wcześniej podkreślałam, rozumiana jest jako takie fizyczne lub psychiczne upośledzenie, które w istotny sposób ogranicza jedną lub kilka sfer głównej działalności, aktywności życiowej. Również w tym orzeczeniu podkreślono, że stomatolog nie może, jako sposobu obrony, powoływać faktu nieposiadania specjalnych umiejętności, bowiem jako dentysta ogólny ma wystarczające kwalifikacje potrzebne przy leczeniu osób zarażonych wirusem HIV lub chorych na AIDS. Nie istniały zatem żadne medycznie uzasadnione podstawy odmowy leczenia D. B.

Podobnie zresztą reguluje tę kwestię NJLAD stanowiąc, że „żaden właściciel, dzierżawca, kierownik, zarządca, pracownik etc. placówki świadczącej usługi powszechnie dostępne, nie może bezpośrednio lub nawet pośrednio odmówić jednostce usług, przywilejów, świadczeń, bądź dyskryminować jej w tym zakresie”. Zabrania się zatem bezpośrednio dyskryminacji jakiegokolwiek osoby, która jest lub w jakimkolwiek czasie była upośledzona (*handicapped*).

Sąd uznał, że działania pozwanych były szczególnie nieprzyzwoite w świetle ich statusu jako licencjonowanych, uprawnionych do świadczenia usług medycznych, profesjonalistów. Powinni oni bowiem być świadomi swych obowiązków oraz stosować uniwersalne środki ostrożności. Dyskryminujące działania bowiem mogą spowodować, że osoby seropozytywne będą wstrzymywać się przed szukaniem pomocy medycznej, zniechęcone takim postępowaniem. A przecież oczekują one takiej pomocy i opieki nawet w większym stopniu niż osoby zdrowe. W przypadku D.

B. doświadczenia związane z wizytą dentystyczną spowodowały u niego powstanie szczególnie przykrych przeżyć. Sąd zatem uznał, iż przeżycia i cierpienia emocjonalne, psychiczne, jakich doznał powód, uzasadniają przyznanie mu odszkodowania w wysokości 25.000 USD, oraz dodatkowo 25.000 USD tytułem odszkodowania karnego (*punitive damages*)³. Pozwani ponadto zostali zobowiązani do zaprzestania praktyk dyskryminacyjnych.

Podsumowując stwierdzić należy, że powołane orzeczenia i przytoczone poglądy amerykańskich autorytetów medycznych dowodzą doniosłości problemu. Obowiązek stomatologa leczenia nosicieli wirusa HIV i pacjentów chorych na AIDS jest nie tylko obowiązkiem moralnym, ale i prawnym. Nakaz ten płynie z ogólnych zasad wykonywania zawodu lekarza oraz z szeroko rozumianego amerykańskiego ustawodawstwa antydyskryminacyjnego. W prawie i orzecznictwie USA wyraźnie przesądzone bowiem, że osoby seropoztywne mają status osób niepełnosprawnych i jako takie – korzystają ze szczególnej ochrony.

³ Niezależnie od odszkodowania mającego charakter kompensacyjny sąd może zasądzić w razie winy umyślnej bądź rażąco nagannego postępowania sprawcy czynu niedozwolonego „odszkodowanie karne” na rzecz poszkodowanego. Instytucja ta nie istnieje w prawie europejskim – zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność za produkt w USA*, Toruń 2000, s. 212 i n.

Andrzej Kaczmarek

Obowiązek zabezpieczenia dokumentacji medycznej, zawierającej dane osobowe pacjentów przez kierownictwo ZOZ jako administratora danych

Wstęp

To, że dane dotyczące stanu zdrowia pacjenta jako dane związane ściśle z intymną sferą jego życia należy chronić, nie jest czymś nowym. Zachowanie w tajemnicy informacji o stanie zdrowia pacjenta jest od czasów Hipokratesa jedną z podstawowych zasad etycznych zawodu lekarza. W polskim prawie obowiązek ten zapisany został w art. 40 ustawy z dnia 5 grudnia 1997 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. 1997. 28. 152). Niezależnie jednak od woli lekarza, we współczesnych systemach zarządzania zakładami opieki zdrowotnej wzrastają potrzeby dokumentowania poszczególnych zdarzeń i usług medycznych. Współczesna organizacja zakładów opieki zdrowotnej spowodowała, że dane o stanie zdrowia przestały być znane tylko lekarzowi. Przeniesione zostały również do odpowiednich kart, rejestrów i kartotek, co reguluje ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. 1991.91.408) zwana dalej u.z.o.z. Te z kolei, w zależności od posiadanych środków finansowych, zastępowane są coraz częściej przez systemy komputerowe, które usprawniają i optymalizują przetwarzanie zawartej w nich informacji. Zastosowanie jednak coraz nowszej technologii komputerowej do przetwarzania informacji, poza wymiernymi korzyściami w postaci łatwej ich modyfikacji i szybkiego dostępu, niesie również zagrożenia. Informację zgromadzoną na nośnikach komputerowych łatwo jest zniszczyć, skopiować, bądź też zmodyfikować. Stąd też wraz z wprowadzaniem nowej technologii powstają również nowe obowiązki właściwego jej nadzoru. Obowiązki te to przede wszystkim dopilnowanie w fazie projektu oraz wdrażanie aby systemy informatyczne, które zamierza się użyć do przetwarzania dokumentacji medycznej, posiadały odpowied-

nią funkcjonalność oraz aby informacja w nich przetwarzana była odpowiednio chroniona. Obowiązki te ciążyą głównie na kierowniku zakładu.

1. Podstawy prawne przetwarzania dokumentacji medycznej

Realizacja wyżej wymienionych obowiązków nie jest łatwa, gdyż świadomość kadry kierowniczej zakładów opieki zdrowotnej, jak i środowiska medycznego w zakresie potrzeb właściwego zabezpieczenia dokumentacji medycznej, pomimo uregulowań zawartych w u.z.o.z., nie jest powszechna. Nie bez winy za istniejący stan rzeczy w tej dziedzinie jest Ministerstwo Zdrowia, które przez okres od czerwca 1997 r. do sierpnia 2001 r. tolerowało w tym zakresie lukę prawną, jaką był brak przepisów wykonawczych¹. Do ich wydania Ministerstwo Zdrowia i Opieki Społecznej było zobowiązane na mocy delegacji ustawowej zawartej w art. 18 ust. 6 u.z.o.z. Aktualnie zagadnienia dotyczące dokumentacji medycznej są już w pełni uregulowane. W resorcie obrony narodowej rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 13 sierpnia 1993 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej i sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków udostępniania tej dokumentacji w jednostkach organizacyjnych resortu obrony narodowej (Dz.U. 1993.80.378). W resorcie transportu i gospodarki morskiej rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 20 sierpnia 1999 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej prowadzenia i udostępniania przez zakłady opieki zdrowotnej utworzone przez przedsiębiorstwo państwowe „Polskie Koleje Państwowe” (Dz.U.1999.75.851).

W resorcie zdrowia, służbie medycyny pracy oraz w odniesieniu do lekarzy świadczących usługi medyczne poza zakładami opieki zdrowotnej trzema rozporządzeniami, które dotyczą odpowiednio:

- 1) Placówek służby medycyny pracy – rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 15 września 1997 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej służby medycyny pracy oraz sposobu jej prowadzenia i przechowywania (Dz.U. 1997. 120. 768),
- 2) Zakładów opieki zdrowotnej – rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 10 sierpnia 2001 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania (Dz.U. 2001. 83. 903), oraz
- 3) Lekarzy udzielających świadczenia zdrowotne poza zakładami opieki zdrowotnej – rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 30 lipca 2001 r. w sprawie rodzajów indywidualnej dokumentacji medycznej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania (Dz.U. 2001.83.903).

¹ Rodzaje dokumentacji medycznej oraz zasady ich tworzenia i przechowywania były uregulowane w rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 17 grudnia 1992 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania (Dz.U. 1993. 3.13). Rozporządzenie to utraciło moc w związku z art. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. o zmianie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz zmianie niektórych ustaw (Dz.U. 1997. 104. 661). Nowe rozporządzenie dotyczące dokumentacji medycznej w z.o.z. wydano dopiero 10 sierpnia 2001 r. (Dz.U. 2001. 88. 966).

Wyżej wymienione rozporządzenia, dość szczegółowo, precyzują zakres danych przetworzonych w poszczególnych rodzajach dokumentacji oraz zasady jej przechowywania i udostępniania. Dopuszczają możliwość sporządzania i utrwalania dokumentacji medycznej na nośnikach komputerowych. Jako główne warunki użycia systemów komputerowych do przetwarzania informacji medycznej wymienia się²:

- zachowanie selektywności dostępu do zbioru informacji,
- zabezpieczenie zbioru informacji przed dostępem osób nieuprawnionych,
- zabezpieczenie zbioru informacji przed zniszczeniem,
- możliwość sporządzenia zbioru informacji w zakresie pozwalającym na prowadzenie dokumentacji w formie pisemnej (formularzy, druków),
- możliwość sporządzania i przechowywania wydruków podpisanych przez osoby uprawnione do udzielania świadczeń zdrowotnych.

W odniesieniu do informatycznych systemów przetwarzania danych, wymienione wyżej warunki są jednak zbyt ogólne i z punktu widzenia ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. 1997.133.887) – zwanej dalej u.o.d.o. – niewystarczające. Dane zawarte w dokumentacji medycznej, jako dane osobowe ujawniające stan zdrowia, powinny być chronione w szczególny sposób (patrz art. 27 ust. 2 pkt 2 u.o.d.o.). Aktualnie w najszerszym i jednocześnie najbardziej szczegółowym zakresie, warunki jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych, określają przepisy u.o.d.o.³ Należy przy tym pamiętać, że za nieprzestrzeganie ochrony danych osobowych poprzez ich ujawnienie nieuprawnionym osobom, bezprawne pozyskanie, zniszczenie lub zmodyfikowanie, przewidziane są w poszczególnych ustawach określone sankcje karne. W przypadku bezprawnego ujawnienia informacji medycznej, osobie dopuszczającej się tego czynu, grozi kara grzywny oraz ograniczenia lub pozbawienia wolności do lat 2 na podstawie art. 269 §1 kk. lub na podstawie art. 51 u.o.d.o.

Poza świadomością o potrzebie ochrony dokumentacji medycznej, i w ogóle o obowiązkach ochrony danych osobowych, osoby zarządzające zakładami opieki zdrowotnej powinny mieć świadomość zagrożeń, na jakie narażone mogą być przetwarzane w ich jednostkach dane medyczne. Administrator takich danych powinien być również świadomy skutków, które mogą być ich następstwem. Dotyczy to szczególnie systemów informatycznych, gdzie często drobne uchybienia lub błędy mogą być brzemiennie w skutkach. Stąd też odpowiednio szeroka wiedza w tej dziedzinie, duża świadomość istniejących zagrożeń oraz odpowiedzialność są warunkiem niezbędnym, aby w odpowiednim czasie i w odpowiedni sposób zagrożeniom tym prze-

² Wymienione warunki zapisano w § 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 sierpnia 2001 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania (Dz.U. 2001. 88. 966).

³ Nie uwzględniono tutaj szczególnych okoliczności, w których informacja medyczna może zostać zakwalifikowana na podstawie ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. 1999.11.95) do informacji klasyfikowanych i w związku z tym podlegać szczególnym rygorom ochrony stosownie do nadanej klauzuli tajności.

ciwdziałać. Dla istoty ochrony informacji ważne jest bowiem nie to, aby karać winnych za naruszenia informacji ale głównie to, aby podjąć takie środki ochrony, aby do ich naruszenia nie doszło. Ma to szczególne znaczenie w zakładach opieki zdrowotnej, gdzie zakres świadczonych usług jest bardzo szeroki⁴.

Wracając jednak do spraw dotyczących dokumentacji medycznej. Dokumentację tę, najogólniej rzecz biorąc, dzieli się na dokumentację indywidualną, odnoszącą się do oznaczonych osób, korzystających ze świadczeń oraz dokumentację medyczną zbiorczą, odnoszącą się do ogółu osób korzystających ze świadczeń zdrowotnych zakładu lub określonych grup tych osób. Dokumentacja indywidualna dzieli się na wewnętrzną i zewnętrzną. Pierwsza z nich to w szczególności historia zdrowia i choroby oraz historia choroby. Druga natomiast – dokumentacja indywidualna zewnętrzna – to skierowana do szpitala, skierowanie na badania diagnostyczne i konsultacje, zaświadczenia, orzeczenia, opinie lekarskie, karta przebiegu ciąży, karty informacyjne z leczenia szpitalnego oraz inne o podobnym charakterze i przeznaczeniu. Dokumentacja ta powinna zawierać m. in.:

- oznaczenie pacjenta, którego stan zdrowia dotyczy lub któremu udzielono świadczeń zdrowotnych, pozwalające na ustalenie jego tożsamości,
- oznaczenie zakładu ze wskazaniem komórki organizacyjnej, w której została sporządzona,
- dane odnoszące się do stanu zdrowia pacjenta lub udzielonych mu świadczeń zdrowotnych,
- datę sporządzenia.

Dokumentacja zbiorcza z kolei, to różnego rodzaju księgi i rejestry np. księga porad ambulatoryjnych, księga ruchu chorych itp. Dokumentacja zbiorcza może zawierać między innymi takie dane jak:

- datę przyjęcia pacjenta (udzielenia porady, wykonania badań itp.),
- identyfikator pacjenta: nazwisko i imię, datę urodzenia, oznaczenie płci, adres, numer PESEL,
- identyfikator oddziału, na którym przebywał pacjent,
- dane dotyczące przedmiotów przekazanych do depozytu, numer dokumentu depozytowego,
- rozpoznanie wstępne (numer statystyczny choroby lub urazu),
- rozpoznanie przy wypisie (numer statystyczny choroby lub urazu),
- główne i dodatkowe postępowanie medyczne,
- datę wpisu (rok, miesiąc, dzień),
- miejsce, dokąd pacjent został wypisany.

⁴ Zgodnie z art. 2, ust 1. ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, zakładem opieki zdrowotnej jest: szpital, zakład opiekuńczo-leczniczy, zakład pielęgniarstwo-opiekuńczy, sanatorium, prewentorium, inny zakład przeznaczony dla osób, których stan zdrowia wymaga udzielania całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych w odpowiednim stałym pomieszczeniu, a także przychodnia, ośrodek zdrowia, poradnia, pogotowie ratunkowe, pracownia diagnostyczna, pracownia protetyki stomatologicznej i ortodoncji, zakład rehabilitacji leczniczej, jak również żłobek oraz każdy inny zakład, spełniający warunki określone w ustawie z dnia 30 sierpnia o zakładach opieki zdrowotnej.

Jak wynika z przedstawionego wykazu, dane zawarte zarówno w dokumentacji indywidualnej jak i zbiorczej, w pełni identyfikują osobę, której dotyczą i zgodnie z definicją danych osobowych zawartą w u.o.d.o., są to dane osobowe. Ponadto z uwagi na to, iż dokumentacja medyczna zawiera informacje o stanie zdrowia, dane tam zawarte należą do szczególnie chronionej kategorii danych osobowych (art. 27 ust. 1 u.o.d.o.)⁵. Ich przetwarzanie jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy spełnione zostaną warunki wyliczone w art. 27 ust. 2 u.o.d.o. Określają one, że przetwarzanie danych o stanie zdrowia jest dopuszczalne między innymi tylko wtedy jeżeli:

- 1) *przepis szczególny innej ustawy zezwala na przetwarzanie takich danych bez zgody osoby, której dane dotyczą i stwarza pełne gwarancje ich ochrony, oraz*
- 2) *przetwarzanie jest prowadzone w celu ochrony stanu zdrowia, świadczenia usług medycznych, zarządzania udzielaniem usług medycznych i są stworzone pełne gwarancje ochrony danych osobowych.*

W odniesieniu do przetwarzania dokumentacji medycznej podstawą prawną przetwarzania danych osobowych jest art. 18 u.z.o.z. oraz art. 27 ust. 2 u.o.d.o.

Jak jednak należy rozumieć owe „*pełne gwarancje ochrony danych*”, wymienione w art. 27 ust. 2 punkt 2 wymienionej ustawy, w sytuacji, kiedy informacja medyczna przekazywana może być między innymi do różnych innych zakładów opieki zdrowotnej, Ministerstwa Zdrowia, sądom i prokuraturze w związku z prowadzonym postępowaniem, jak również w ograniczonym zakresie organom rentowym, zakładom ubezpieczeń społecznych, oraz Kasom Chorych. Art.18 ust. 2 u.z.o.z. zobowiązuje jedynie zakład opieki zdrowotnej do zapewnienia ochrony danych zawartych w dokumentacji, nie określając jak daleko idąca powinna być ta ochrona.

Odpowiedzią na to pytanie, wobec braku konkretnych wymagań dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa przetwarzania dokumentacji medycznej, są oczywiście przepisy ustawy o ochronie danych osobowych. Stanowią one, iż zapewnienie ochrony danych osobowych oznacza przede wszystkim obowiązek zastosowania przez administratora danych odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych. Środki te powinny zapewnić ochronę danych osobowych przed ich nieuprawnionym udostępnieniem, uszkodzeniem lub zniszczeniem. Należy bowiem podkreślić, że dokumentacja medyczna, jako zbiory danych osobowych, zwolniona jest na podstawie art. 43 ust.1 pkt 5 u.o.d.o jedynie z obowiązku rejestracji Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych. **W s z y s t k i e i n n e w y m a g a n i a ,**

⁵ Zgodnie z art. 27 ustawy o ochronie danych osobowych zabronione jest przetwarzanie m. in. danych o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym. Przetwarzanie wymienionych danych jest jednak dopuszczalne, m. in. jeżeli: a) osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę, chyba że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych, b) przepis szczególny innej ustawy zezwala na przetwarzanie takich danych bez zgody osoby, której dane dotyczą i stwarza pełne gwarancje ich ochrony, c) przetwarzanie takich danych jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów osoby, której dotyczą, lub innej osoby, gdy osoba, której dane dotyczą nie jest fizycznie lub prawnie zdolna do wyrażenia zgody, do czasu ustanowienia opiekuna prawnego lub kuratora, d) przetwarzanie jest prowadzone w celu ochrony stanu zdrowia, świadczenia usług medycznych, zarządzania udzielaniem usług medycznych i są stworzone pełne gwarancje ochrony danych osobowych, e) przetwarzanie dotyczy danych, które zostały podane do publicznej wiadomości przez osobę, której dane dotyczą.

w tym odnoszące się do zabezpieczenia zbiorów danych osobowych zawarte w art. 36-39 wymienionej ustawy oraz w wydanym do niej rozporządzeniu⁶ wykonawczym, zwanym dalej Rozporządzeniem, w p e ł n i o b o w i ą z u j ą .

Niektóre z elementów dotyczących bezpieczeństwa przetwarzania danych osobowych, zawarte w wymienionym rozporządzeniu, znalazły się również w obowiązujących „resortowych” rozporządzeniach dotyczących rodzaju dokumentacji medycznej oraz sposobu jej prowadzenia i udostępniania, wydanych na mocy art. 18 ust. 7 u.z.o.z. Na uwagę zasługuje szczególnie Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 13 sierpnia 1993 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej i sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków udostępniania tej dokumentacji w jednostkach organizacyjnych resortu obrony narodowej (Dz.U. 1993.80.378). Z punktu widzenia wymogów stawianych systemom informatycznym, w których przetwarzana jest dokumentacja medyczna, warto zwrócić uwagę na § 4 punkt 7 wymienionego rozporządzenia, gdzie określono warunki jakie system taki powinien spełniać⁷ oraz § 5 punkt 3 i 4, gdzie przedstawiono wymóg odnotowania daty oraz identyfikatora osoby dokonującej wpisu. Ponadto w § 37 punkt 6.3 wymienionego rozporządzenia zapisano, iż w przypadku użycia środków łączności do udostępniania dokumentacji medycznej, jej przekaz należy odpowiednio zabezpieczyć przed dostępem osób nieuprawnionych.

O potrzebach zabezpieczenia dokumentacji medycznej w systemach informatycznych nic nie wspominają natomiast pozostałe akty prawne odnoszące się do sposobu jej prowadzenia i udostępniania. Mając powyższe na uwadze, chciałbym zwrócić uwagę na zadania, jakie zarządzający zakładami opieki zdrowotnej (administratorzy danych) powinni wykonać w związku z przetwarzaniem dokumentacji medycznej w systemach informatycznych wynikające z u.od.o. W szczególności wyjaśnię, co należy rozumieć przez cele, strategię i politykę bezpieczeństwa, o których mowa w § 2 Rozporządzenia. Przedstawię również wymagania dotyczące systemów informatycznych, w których przetwarzane są dane osobowe oraz zakresu informacji, jakie powinny znaleźć się w instrukcjach postępowania na wypadek naruszenia ochrony danych osobowych oraz w instrukcji zarządzania systemem informatycznym, o których mowa odpowiednio w § 6 i § 11 Rozporządzenia. Na zakończenie przedstawię kilka uwag dotyczących najważniejszych wymagań funkcjonalnych, od systemów informatycznych służących do przetwarzania danych osobowych, w tym również uwagi dotyczące ochrony danych w przypadku ich przekazywania za pomocą urządzeń teletransmisji, gdzie, w mojej opinii, należy odróżnić wymagania

⁶ Dotyczy Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 czerwca 1998 r. w sprawie określenia podstawowych warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne do przetwarzania danych osobowych (Dz.U. Nr 80, poz. 521).

⁷ W § 4.7 wymienionego wyżej rozporządzenia zapisano, że zbiory informacji objętych dokumentacją medyczną mogą być sporządzane i utrwalane w komputerowych nośnikach informacji pod warunkiem: 1) zachowania selektywności dostępu do zbioru informacji, 2) zabezpieczenia zbioru informacji przed dostępem osób nieuprawnionych, 3) zabezpieczenia zbioru informacji przed zniszczeniem, 4) sporządzenia zbioru informacji w zakresie nie mniejszym niż pozwala na to prowadzenie dokumentacji w formie formularzy, o których mowa w § 4 ust. 1.

stawiane przesyłaniu obrazów będących wynikami badań specjalistycznych w celach medycznych konsultacji od wymagań stawianych przesyłaniu danych tekstowych.

2. Polityka bezpieczeństwa

W związku z tym, iż jak już wspomniano, bezpieczeństwo informacji staje się dziś nie tylko normą i koniecznością, ale przede wszystkim obowiązkiem dla poszczególnych firm i organizacji, niezbędne staje się, szczególnie gdy przetwarzanie informacji odbywa się w systemach informatycznych, opracowanie tzw. polityki bezpieczeństwa. Co należy rozumieć pod tym pojęciem? Otóż polska norma PN-2000 z 1995 r. dotycząca terminologii informatycznej w zakresie zabezpieczeń systemów informatycznych definiuje „politykę bezpieczeństwa” między innymi jako *zestaw reguł określających wykorzystanie informacji, łącznie z jej przetwarzaniem, przechowywaniem, dystrybucją i prezentacją, niezależnie od wymagań dotyczących zabezpieczenia i celów zabezpieczenia*. Ta sama norma definiuje również pojęcie „polityka bezpieczeństwa informacji” jako *zestaw praw, reguł i praktycznych doświadczeń regulujących sposób zarządzania, ochrony i dystrybucji informacji wrażliwej wewnątrz określonego systemu*. Z kolei polska norma PN-I-13335-1 ze stycznia 1999 r. zatytułowana „Wytyczne do zarządzania bezpieczeństwem systemów informatycznych” definiuje „politykę bezpieczeństwa instytucji w zakresie systemów informatycznych” jako *zasady zarządzania i procedury, które określają, jak zasoby są zarządzane, chronione i dystrybuowane w instytucji i jej systemach informatycznych*. Przy czym samo pojęcie bezpieczeństwa systemu informatycznego w PN-I-13335-1 jest rozumiane jako wszelkie aspekty związane z definiowaniem, osiąganiem i obsługiwaniem:

- poufności – właściwości zapewniającej, że informacja nie jest udostępniana i ujawniana nieautoryzowanym podmiotom lub procesom,
- integralności – właściwości zapewniającej, że dane nie zostały zmienione lub zniszczone w sposób nieautoryzowany,
- dostępności – właściwości bycia dostępnym i możliwym do wykonania na żądania,
- rozliczalności – właściwość zapewniająca, że działania podmiotu mogą być przypisane tylko temu podmiotowi,
- autentyczności – właściwość zapewniająca, że tożsamość podmiotu lub zasobu jest taka, jak deklarowana, oraz
- niezawodności – właściwość oznaczająca spójne, zamierzone zachowanie i skutki.

W polskich aktach prawnych pojęcie polityki bezpieczeństwa informacji po raz pierwszy wprowadziła u.o.d.o. Występuje ono w § 2 Rozporządzenia, które zobowiązuje administratorów danych do „określenia celu, strategii i polityki zabezpieczenia systemów informatycznych, w których przetwarzane są dane osobowe”.

Ochrona informacji jest zagadnieniem bardzo złożonym, jej realizacja zależy od umiejętnego zarządzania bezpieczeństwem, poziomu świadomości pracowników dopuszczonych do przetwarzania danych oraz odpowiednio dobranych i właściwie użytkowanych rozwiązań technicznych.

Aby stworzyć politykę bezpieczeństwa należy określić zbiór zasad (regulaminy, instrukcje i procedury), które wskażą, jakie informacje będą przetwarzane, kto będzie miał do nich dostęp, w jakim zakresie, komu mogą być udostępniane lub przekazywane oraz na jakich zasadach. Tworząc politykę bezpieczeństwa musimy mieć na uwadze to, iż o jej skuteczności decydować będą najsłabsze jej ogniwa. Nie można dopuścić, aby profesjonalne zabezpieczenia systemów informatycznych zniewieczone zostały słabym zabezpieczeniem dokumentów źródłowych lub niską kulturą personelu.

2.1. Inwentaryzacja zasobów informacyjnych

Zbudowanie polityki bezpieczeństwa, która chronić ma dokumentację medyczną, poprzedzone musi być dokładną inwentaryzacją wszystkich zasobów informacyjnych. Ważne jest również rozpoznanie wszystkich zastosowanych w tym celu narzędzi i systemów informatycznych. Inwentaryzacja taka w zakładach opieki zdrowotnej, oprócz dokumentacji medycznej, powinna obejmować zbiory danych, w których przetwarzane są informacje o zatrudnionych w danej jednostce pracownikach oraz osobach, z którymi podpisano umowy-zlecenia, jak i zbiory klientów i kontrahentów będących osobami fizycznymi.

Przy inwentaryzacji dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej należy się posłużyć wykazem kart, katalogów i rejestrów, do prowadzenia których zobowiązuje placówki służby zdrowia u.z.o.z, wykazem zbiorów danych o kontrahentach oraz wykazem zbiorów danych o osobach zatrudnionych. Inwentaryzacja taka wymaga rozpoznania poszczególnych zbiorów i ich kwalifikacji, a przede wszystkim potrzeb w zakresie ich zabezpieczenia. W różnych jednostkach bowiem ten sam problem może być rozwiązany w różny sposób. W jednym zakładzie może być np. jeden zbiór danych o osobach zatrudnionych służący zarówno do prowadzenia ewidencji kadrowej jak i do rozliczenia z pracownikami, ZUS-em, urzędami podatkowymi itp. Podczas gdy w innym, dla każdego z wymienionych zadań prowadzony może być odrębny zbiór danych osobowych. Podobnie jest w zakładach opieki zdrowotnej w odniesieniu do dokumentacji medycznej. Są jednostki, w których wdrożono zintegrowane systemy zarządzania, wspomagające wszystkie procesy obsługi pacjenta. W szpitalach np. obejmują one rejestrację wszystkich informacji związanych z pobytem pacjenta począwszy od izby przyjęć poprzez procesy leczenia, ewidencję badań laboratoryjnych, stosowanych leków a skończywszy na rejestracji faktu opuszczenia zakładu i przygotowaniu odpowiednich dokumentów rozliczeniowych dla Kas Chorych. W rozwiązaniach takich, jeden wielofunkcyjny system informatyczny, wyposażony w silne narzędzia zarządzania bazą danych, wspomagać może nie tylko prowadzenie dokumentacji medycznej, ale również wiele innych zdarzeń dotyczących organizacji i zarządzania jednostką. W innych natomiast, poszczególne rejestry i ewidencje prowadzone są niezależnie, często za pomocą najprostszych dostępnych narzędzi informatycznych nie wyposażonych w żadne mechanizmy zabezpieczeń.

2.2. Ocena ryzyka

Informacja o przetwarzanych zbiorach danych osobowych, ich zawartości informacyjnej, lokalizacji oraz środowisku technicznym i organizacyjnym, w którym są przetwarzane, jest punktem wyjścia do oceny ryzyka. Przy ocenie tej należy brać pod uwagę istniejące zagrożenia, które najogólniej można podzielić na:

- zagrożenia pochodzenia naturalnego, takie jak pożar, powódź, wyładowania atmosferyczne,
- zagrożenia ludzkie przypadkowe (nieuwaga, pomyłka, wykonanie błędnej operacji na skutek braku kwalifikacji, doświadczenia lub zmęczenia), oraz
- zagrożenia ludzkie rozmyślne (podśluch, włamanie do systemu, nieuprawnione pozyskanie danych, modyfikacji, zniszczenia danych, atak na dostępność systemu itp.).

Wystąpienie zjawisk, bądź zdarzeń wymienionych wyżej, może powodować różne skutki. Wielkość wyrządzonych szkód trudno najczęściej przewidzieć. Zależć one będą od siły wystąpienia danego zdarzenia jak i odporności systemu na jego działanie. Przy ocenie ryzyka, oprócz analizy zagrożeń, bardzo istotna jest ocena podatności systemu na zaistnienie zdarzeń wymienionych w poszczególnych grupach zagrożeń. Podczas oceny podatności systemu przetwarzania informacji na występujące potencjalnie zagrożenia należy zbadać, w jakim stopniu jego słabości mogą być wykorzystane przez zidentyfikowane zagrożenia. Podatność systemu informatycznego na zagrożenia to nic innego jak łatwość z jaką dane zagrożenie może się urzeczywistnić i wyrządzić szkodę w systemie. Przykładem podatności systemu na pomyłkę użytkownika może być brak jakiegokolwiek weryfikacji wprowadzanych danych dotyczących np. daty lub czasu. System taki będzie bardziej podatny na błędy użytkownika niż system, w którym istnieją wewnętrzne procedury umożliwiające sprawdzanie wprowadzanych danych pod względem chociażby zgodności ich typu i dopuszczalnego zakresu. Podobnie, system informatyczny wyposażony w specjalny program automatycznie wykrywający i usuwający wirusy komputerowe będzie bardziej bezpieczny i odporny na ataki wirusów niż system, w którym zabezpieczeń takich nie wprowadzono.

Zaistnienie niepożądanego zdarzenia w systemie informatycznym może w konsekwencji spowodować zniszczenie części lub całości systemu informatycznego oraz utratę poufności, integralności, dostępności, rozliczalności i autentyczności danych w nim przetwarzanych. Inne konsekwencje, to straty finansowe, utrata zaufania, naruszenia ochrony prawnie chronionych danych a więc naruszenie prawa. Ocena następstw niepożądanych zdarzeń oraz częstości ich potencjalnego wystąpienia powinna mieć zasadniczy wpływ na ocenę ryzyka, a w konsekwencji – działań zmierzających do jego zminimalizowania.

2.3. Zabezpieczenia

Przedstawiona analiza zagrożeń, na jakie są narażone systemy informatyczne oraz następstw, jakie mogą spowodować niepożądane incydenty, powinna mieć decydują-

cy wpływ na wybór odpowiednich zabezpieczeń i generalnie na politykę bezpieczeństwa. Zabezpieczenia to procedury i mechanizmy, które mogą chronić przed zagrożeniem, redukować podatność, ograniczać następstwa. W celu zapewnienia możliwie skutecznej ochrony istnieje najczęściej potrzeba stosowania kombinacji różnych zabezpieczeń począwszy od zabezpieczeń fizycznych, to jest fizycznej ochrony pomieszczeń, poprzez zabezpieczenia programowe wbudowane w poszczególne systemy użytkowe a skończywszy na specjalistycznych zabezpieczeniach systemowych na poziomie systemów operacyjnych, systemów sieciowych i kryptografii. W wielu jednostkach organizacyjnych, w tym również w jednostkach służby zdrowia, poszczególne elementy zabezpieczeń mogą być przyporządkowane kompetencyjnie jako zadania różnych jednostek organizacyjnych. Zadania ochrony fizycznej mogą być powierzone np. działowi gospodarczemu lub zlecone agencji ochrony, zaś zabezpieczenia informatyczne informatykowi lub firmie świadczącej usługi informatyczne. Stąd też zalecane jest opracowanie zabezpieczeń na poszczególnych poziomach organizacyjnych jednostki, począwszy od fizycznych zabezpieczeń budynków i mienia, poprzez zabezpieczenia programowo-systemowe sieci informatycznej, a kończąc na zabezpieczeniach poszczególnych systemów informatycznych i zbiorów danych osobowych.

Wszelkiego rodzaju zabezpieczenia wymagają zazwyczaj określonych nakładów inwestycyjnych. Im silniejsze zastosujemy zabezpieczenia, tym lepiej będzie zabezpieczony nasz system informatyczny i przetwarzane w nim dane. Zawsze istnieje jednak pewna granica kosztu, jaki może jednostka ponieść na zabezpieczenia. Granica ta, to kompromis pomiędzy kosztami zabezpieczeń a ewentualnymi kosztami następstw niepożądanego zdarzenia, których wystąpienie owe zabezpieczenia mają ograniczyć. Jest to kompromis bardzo trudny, decyzję w tej sprawie musi podjąć kierownictwo jednostki. Mając to na uwadze, ustawodawca w art. 36 u.o.d.o powierzył administratorowi danych obowiązek zastosowania odpowiednich zabezpieczeń systemu informatycznego, w którym przetwarzane są zbiory danych osobowych. Jest to podejście bardzo słuszne również z tego powodu, że zarówno kultura ochrony informacji jak i świadomość potrzeby ochrony danych osobowych w strukturze organizacyjnej jednostki, powinny iść z góry w dół a nie odwrotnie.

2.4. Dokumentacja polityki bezpieczeństwa

Inwentaryzacja posiadanych zasobów informacyjnych z zakresu danych osobowych wraz z ich lokalizacją, poziomem udostępnienia oraz analizą występujących zagrożeń, ryzyka i specyfikacją niezbędnych zabezpieczeń technicznych i organizacyjnych, tworzą **politykę bezpieczeństwa instytucji w zakresie systemów informatycznych**, która powinna być przedstawiona w formie dokumentu. Dokument ten powinien wyznaczać dalsze kierunki działań administratora danych. Powinien on być również podstawą do opracowania **instrukcji postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych osobowych, przeznaczonej dla osób zatrudnionych przy przetwarzaniu tych danych**, o której mowa w § 6 ust. 1 Rozporządzenia oraz **instrukcji określającej sposób zarządzania systemem informatycznym, służącym do przetwarzania danych osobowych, ze szczególnym uwzględnieniem wymogów bezpieczeństwa informacji** (§ 11 ust 1

Rozporządzenia). Inwentaryzacja zasobów informacyjnych, ich lokalizacje oraz istniejące potrzeby powinny wykazać, czy dane medyczne przekazywane są za pośrednictwem urządzeń teletransmisji oraz jaki jest charakter tych danych. Informacje takie są niezbędne do podjęcia odpowiednich decyzji w zakresie dotyczącym określenia potrzeb zastosowania odpowiednich narzędzi zabezpieczających. W przypadku bowiem, gdy dokumentacja medyczna zawierająca dane osobowe przesyłana jest za pomocą urządzeń teletransmisji, niezbędne jest zastosowanie dla jej ochrony odpowiednich narzędzi kryptograficznych. Wynika to z zapisu art. 27 ust. 2 pkt. 2, u.o.d.o., który warunkuje legalność przetwarzania tego typu danych od stworzenia *pełnych gwarancji ich ochrony*. W chwili obecnej, do środków takich, w przypadku wykorzystywania publicznie dostępnych mediów transmisji danych, zaliczyć można jedynie narzędzia kryptograficzne posiadające odpowiednią długość klucza szyfrującego.

Środków takich nie ma potrzeby stosować, gdy przesyłane informacje zawierają jedynie dane medyczne bez wskazania osoby, której dotyczą. Tak więc nie ma żadnych przeszkód aby np. lekarze z jednego szpitala konsultowali wyniki badań z innym zespołem, wysyłając odpowiednie dane za pośrednictwem Internetu. Warunkiem jest jednak, aby dane te były przesyłane bez wskazania osoby, której dotyczą, co nie stanowi żadnego ograniczania celu, któremu wymiana taka ma służyć.

3. Instrukcja zarządzania systemem informatycznym

Z uwagi na fakt, iż bezpieczeństwo przetwarzania informacji zależy nie tylko od zabezpieczeń systemu informatycznego, ale również przedsięwzięć organizacyjnych, ustawodawca zobowiązał administratora danych (§ 11 ust. 1 Rozporządzenia) do opracowania instrukcji zarządzania systemem informatycznym. Instrukcja ta nazywana w Rozporządzeniu *instrukcją określającą sposób zarządzania systemem informatycznym, służącym do przetwarzania danych osobowych, ze szczególnym uwzględnieniem wymogów bezpieczeństwa informacji*, powinna w szczególności zawierać:

- określenie sposobu przydziału haseł dla użytkowników i częstotliwości ich zmiany oraz wskazania osoby odpowiedzialnej za te czynności,
- określenie sposobu rejestrowania i wyrejestrowania użytkowników oraz wskazania osoby odpowiedzialnej za te czynności,
- procedury rozpoczęcia i zakończenia pracy,
- metodę i częstotliwość tworzenia kopii awaryjnych,
- metodę i częstotliwość sprawdzania obecności wirusów komputerowych oraz metodę ich usuwania,
- sposób i czas przechowywania nośników informacji w tym kopii informatycznych i wydruków,
- sposób dokonywania przeglądów i konserwacji systemu i zbioru danych osobowych,
- sposób postępowania w zakresie komunikacji w sieci komputerowej,
- zasady korzystania z komputerów przenośnych,
- sposób zabezpieczenia danych przed utratą spowodowaną awarią zasilania lub zakłóceniami w sieci zasilającej.

W przypadku, gdy system informatyczny zakładu nie jest systemem zintegrowanym, lecz składa się z wielu niezależnych od siebie elementów, to jest z różnych aplikacji i baz danych obsługujących poszczególne wycinki działalności, niektóre z elementów instrukcji zarządzania nie mogą być określone jednoznacznie. Inna może być np. metoda i częstota tworzenia kopii awaryjnych dla systemu, w którym intensywne przetwarzanie wykonuje się jedynie w określonych dniach miesiąca jak np. w systemie kadrowo-płacowym niż dla systemu np. ewidencji ruchu chorych. Ponadto, zależnie od sposobu administrowania systemem, różne mogą być procedury rozpoczynania i zakończenia pracy. Dla systemu administrowanego centralnie procedura zakończenia pracy zawierać może jedynie polecenie wyrejestrowania się użytkownika i wyłączenia stacji roboczej. Dla systemu jednostanowiskowego natomiast, na którym zlokalizowany jest jednocześnie zbiór danych osobowych, procedura taka może zawierać, oprócz operacji wymienionych wyżej, dodatkowo operacje związane z koniecznością wykonania kopii bezpieczeństwa danych. Dobrą praktyką w przypadku dużej różnorodności systemów jest opracowanie tzw. ogólnej instrukcji zarządzania systemem informatycznym oraz zbioru procedur szczegółowych, uwzględniających specyfikę poszczególnych aplikacji.

Niezależnie od sposobu w jaki instrukcja ta zostanie zorganizowana, jej treść powinna odnosić się do konkretnego systemu lub systemów informatycznych, a określone procedury powinny odpowiadać konkretnym ustaleniom, które wypracowano na etapie opracowywania i wdrażania polityki bezpieczeństwa. Instrukcja zarządzania systemem informatycznym nie może być zapisem pożądanym i wymaganym przepisami ustawy działań, które w rzeczywistości nie są realizowane, lecz zapisem konkretnych wdrożonych procedur ze wskazaniem odpowiedzialnych za ich realizację osób.

4. Instrukcja postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych osobowych

Niezależnie od instrukcji określającej sposób zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych, ze szczególnym uwzględnieniem wymogów bezpieczeństwa informacji, administrator danych na mocy § 6 ust. 1 obowiązany jest opracować instrukcję postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych osobowych, przeznaczoną dla osób zatrudnionych przy ich przetwarzaniu. Instrukcja ta powinna określać tryb postępowania w przypadku, gdy:

- 1) stwierdzono naruszenie systemu informatycznego,
- 2) stan urządzeń, zawartość zbioru danych osobowych, ujawnione metody pracy, sposób działania programu lub jakość komunikacji w sieci telekomunikacyjnej mogą wskazywać na naruszenie zabezpieczeń tych danych.

Instrukcja, o której mowa wyżej, powinna w szczególności zawierać:

- 1) Wskazówki dla użytkownika zawierające między innymi:
 - zalecenie powstrzymania się od wykonywania jakichkolwiek czynności mogących spowodować zniszczenie śladów bądź dowodów naruszenia ochrony,
 - zalecenie podjęcia, stosownie do zaistniałej sytuacji, niezbędnych działań celem zapobieżenia dalszym zagrożeniom,
 - konieczność niezwłocznego powiadomienia o zdarzeniu administratora bezpieczeństwa informacji.

- 2) Wskazówki dla administratora bezpieczeństwa informacji w zakresie działań, jakie powinien podjąć w celu zabezpieczenia śladów naruszenia ochrony, zebrania dowodów i usunięcia zagrożenia bezpieczeństwa naruszenia danych.
- 3) Wskazówki dla administratora bezpieczeństwa informacji w zakresie działań, jakie powinien podjąć w celu przywrócenia pracy systemu (między innymi konieczność zmiany haseł i konieczność weryfikacji systemów zabezpieczeń).

5. Zadania administratora bezpieczeństwa informacji

Ochrona przetwarzanej dokumentacji medycznej oraz innych danych osobowych jest obowiązkiem każdego pracownika, który uzyskał pozwolenie na ich przetwarzanie. Każdy z nich, tj. począwszy od operatorów a kończąc na członkach zarządu oraz dyrekcji, powinien mieć na uwadze utrzymanie bezpieczeństwa systemu informatycznego. Role i zadania poszczególnych osób powinny być jednak odpowiednio zróżnicowane i dostosowane do ich wiedzy, co jest szczególnie istotne w odniesieniu do systemów informatycznych oraz kompetencji. Mając to na uwadze w § 3 Rozporządzenia nałożono na administratora danych obowiązek wyznaczenia osoby zwanej administratorem bezpieczeństwa informacji (a.b.i) odpowiedzialnej za bezpieczeństwo danych w systemie informatycznym, w tym, w szczególności za przeciwdziałanie dostępowi osób niepowołanych do systemu, w którym przetwarzane są dane osobowe, oraz za podejmowanie odpowiednich działań w przypadku wykrycia naruszeń w systemie zabezpieczeń. Do listy codziennych zadań a.b.i. w eksploatacji systemów informatycznych przetwarzających dane osobowe powinno należeć między innymi:

- sprawdzanie, czy wszyscy użytkownicy przestrzegają ustalonych norm i procedur,
- sprawdzanie, czy procedury są wykonywane poprawnie, w tym zwłaszcza procedury wykonywania kopii bezpieczeństwa,
- bieżące aktualizowanie ewidencji osób zatrudnionych przy przetwarzaniu danych osobowych,
- weryfikacja uprawnień do poszczególnych systemów informatycznych i zbiorów danych osobowych, którymi zarządzają,
- uczestniczenie we wszystkich zmianach organizacyjnych przeprowadzanych w jednostce oraz tworzenie projektów zachowania bezpieczeństwa w trakcie przeprowadzania tych zmian, oraz
- przeprowadzanie szkoleń użytkowników, administratorów oraz właścicieli poszczególnych systemów informatycznych, w których przetwarzane są dane osobowe.

Administrator danych swoje działania organizacyjne w zakresie bezpieczeństwa systemów informatycznych powinien konsultować z a.b.i., aby ewentualne ich dostosowywanie do sytuacji finansowej nie wpłynęło w sposób istotny na osłabienie bezpieczeństwa systemu. W przypadku, gdy administratora danych, z uwagi na duże koszty, nie stać na zakup drogich, profesjonalnych narzędzi informatycznych, wówczas a.b.i. powinien wskazać tańsze, często fizyczne środki bezpieczeństwa, które

przy zachowaniu odpowiedniej organizacji pracy mogą być również wystarczające. Cały czas należy jednak pamiętać o tym, że główna odpowiedzialność za ochronę przetwarzanych danych osobowych spoczywa na administratorze danych.

6. Wymagania dotyczące systemów informatycznych, w których przetwarzane są dane osobowe

6.1. Wymagania dotyczące struktury bazy danych (zbioru danych osobowych)

U.o.d.o., określając zasady postępowania przy przetwarzaniu danych osobowych, stawia konkretne wymagania odnoszące się do zawartości informacyjnej zbiorów danych osobowych przetwarzanych w systemach informatycznych. Wymagania te zawarte w § 16 Rozporządzenia stanowią, iż system informatyczny, w którym przetwarzane są dane osobowe, powinien umożliwiać odnotowanie:

- a) daty pierwszego wprowadzenia danych tej osoby,
- b) źródła pochodzenia danych, jeśli dane mogą pochodzić z różnych źródeł,
- c) identyfikatora użytkownika wprowadzającego dane,
- d) informacji, komu, kiedy i w jakim zakresie dane zostały udostępnione, jeśli przewidziane jest udostępnianie danych innym podmiotom, chyba, że dane traktuje się jako dane powszechnie dostępne,
- e) sprzeciwu, o którym mowa w art. 32 ust. 1 pkt. 7 ustawy po jego uwzględnieniu, oraz
- f) sprzeciwu, o których mowa w art. 32 ust. 1 pkt. 8 ustawy.

Większość z wymienionych informacji można przełożyć bezpośrednio na konkretne pola czy też kolumny, które powinny pojawić się w definicji odpowiednich zbiorów czy też tablic w bazie danych systemu informatycznego, w którym dane osobowe są przetwarzane. Jedynie w przypadku wymagania wymienionego w punkcie d sposób rozwiązania problemu może być praktycznie realizowany na wiele różnych sposobów. Rozporządzenie nie precyzuje tutaj wymagań odnośnie sposobu specyfikacji zakresu udostępnianych danych ani sposobu określenia podmiotu, któremu dane zostały udostępnione. Tak więc jako poprawne można uznać np. wskazanie grupy danych, które zostały udostępnione, np. dane adresowe, wykaz świadczonych usług medycznych, wykaz zarejestrowanych wyników badań lekarskich itp. Ważne jest jednak, aby zawartość rejestrowanych tam informacji była wystarczająca do jednoznacznego zidentyfikowania odpowiednio zakresu udostępnianych danych i podmiotu, któremu dane te są udostępniane. Wydaje się, że w przypadku systemów do przetwarzania informacji medycznych wspomagających tworzenie i utrzymywanie dokumentacji medycznej, gdzie informacje przesyłane są często pomiędzy zakładami opieki zdrowotnej i Kasą Chorych oraz innymi podmiotami wymienionymi w art. 18 ust. 3 będącymi niezależnymi od siebie podmiotami, sytuacja jest szczególna. Chodzi tu głównie o wypracowanie rozwiązań, które umożliwiłyby wypełnianie tego obowiązku w sposób możliwie łatwy i szybki, co można osiągnąć przygotowując w systemie informatycznym stosowne procedury kompletujące zestawy danych, możliwe do przekazania poszczególnym podmiotom.

6.2. Wymagania dotyczące funkcjonalności systemu

Wraz z wprowadzeniem wymienionych wyżej, wynikających z wymagań u.o.d.o wymagań w odniesieniu do struktur baz danych, systemów informatycznych, w których przetwarzane są dane osobowe, powstają odpowiednie wymagania w zakresie cech funkcjonalnych. Wynikają one, po pierwsze, z potrzeby realizacji określonych operacji na tych danych jak i po drugie, z wymagań w zakresie obowiązków informacyjnych ciążyących na administratorze danych (art. 33 u.o.d.o.). W tym drugim przypadku wymagania te dodatkowo precyzuje § 17 Rozporządzenia, w którym mówi się, iż „System informatyczny służący do przetwarzania danych osobowych powinien umożliwiać udostępnienie na piśmie, w powszechnie zrozumiałej formie, treść danych o każdej osobie, której dane są przetwarzane, wraz z informacjami, o których mowa w § 16”. Przy czym informacje wymienione w § 16 to te, które wymieniono w punkcie 5.1. litery od a do f. Wiele elementów wymaganej funkcjonalności może być zaprogramowanych w systemie informatycznym tak, aby swoje funkcje realizować w pełni autonomicznie, w sposób niezauważalny dla użytkownika i od niego niezależny. Tak np. czynności odnotowania daty wprowadzania danych do systemu, czy też identyfikatora osoby, który je wprowadził, mogą być realizowane automatycznie przez procedury zdefiniowane w bazie danych lub aplikacji używanej do jej przetwarzania. Wbudowanie takich procedur, jak już wspomniano wcześniej, zmniejsza podatność systemu na błędy użytkownika. Pozostałe natomiast mogą być realizowane tak, aby użytkownik uaktywniał je tylko w sytuacji, kiedy wystąpi konkretne zdarzenie. Zdarzeniem takim może być zarówno fakt udostępnienia danych innym podmiotom (§ 16 pkt 4 Rozporządzenia) jak i żądanie udostępnienia na piśmie swoich danych przez osobę, której dane dotyczą (§ 17 Rozporządzenia). Z uwagi na niezbyt łatwe w realizacji wykonanie funkcji systemu informatycznego, która umożliwiałyby odnotowywanie informacji o udostępnieniach danych osobowych innym podmiotom (§ 16 punkt 4), wielu administratorów próbuje wymóg ten realizować poprzez odnotowanie tych danych w innym, specjalnie do tego celu dedykowanym podsystemie. Rozwiązanie takie jest jednak niewłaściwe. Funkcja realizująca zadanie odnotowania udostępnień powinna być zintegrowana z pozostałymi elementami systemu tak, aby system jako całość był spójny, a jego niezawodność i poprawność użytkowania wspomagały odpowiednie więzy referencyjne, więzy spójności zawarte w bazie danych⁸. Ważne jest to głównie dla systemów rozproszonych, gdzie poszczególne dane mogą być wprowadzane w różnych lokalizacjach, skąd realizowany jest dostęp do systemu. Tylko właściwa implementacja funkcji odnotowywania udostępnień polegająca na ich odpowiedniej integracji z systemem w peł-

⁸ Więzy spójności (integralności) są to warunki, zaimplementowane w bazie danych, określające, kiedy dane są zgodne z rzeczywistością. Więzy referencyjne są elementami, które ustalają powiązania między elementami bazy danych podczas realizacji instrukcji wstawiania, aktualizacji lub kasowania danych uniemożliwiając wykonanie błędnych operacji. Wyzwalacze bazy danych są procedurami wywołanymi przez system przed lub po zajściu odpowiedniego zdarzenia dotyczącego operacji na elementach bazy danych. Więcej informacji na ten temat można znaleźć np. w [9] lub dowolnej innej literaturze z zakresu baz danych.

ni umożliwi realizację wymagań zawartych w § 17 Rozporządzenia. Podstawowe pytanie jakie często nasuwa się w odniesieniu do wymagań tam określonych, to pytanie, czy wydruk zawierający treść danych o osobie, której dane są przetwarzane oraz informacje o udostępnieniach, powinien być jednolity, realizowany przez specjalnie do tego celu przygotowaną funkcję, czy też wystarczy aby możliwe było zestawienie wszystkich tych danych za pomocą innych wydruków. Rozporządzenie nie precyzuje w tym zakresie konkretnych wymagań. Ważne jest jednak to, aby raport zawierający takie informacje był łatwo zrozumiały, nie zawierał niejasnych oznaczeń i skrótów. Dla systemów medycznych korzystne jednak wydaje się, aby zawierały one raport zdefiniowany specjalnie pod kątem wymagań określonych w § 17 Rozporządzenia. Zestawianie bowiem innych raportów w taki sposób, aby w sumie zawierały dane, o których mowa w § 17, może być kłopotliwe lub wręcz niemożliwe. Może się bowiem okazać, że na przykład na żadnym ze zdefiniowanych w systemie raportów nie ma informacji o identyfikatorze użytkownika, który dane osobowe do systemu wprowadzał po raz pierwszy lub jakiejś innej informacji, która jest mało istotna z punktu widzenia głównych celów użytkowych systemu.

Urszula Drozdowska

Status prawny samodzielnych, publicznych zakładów opieki zdrowotnej

Uwagi wstępne

Przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zapewniają każdemu prawo do ochrony zdrowia i zobowiązują władze publiczne do zapewnienia jej obywatelom równego dostępu do świadczeń zdrowotnych, finansowanych z budżetu państwa (art. 68). Ta norma konstytucyjna znalazła swoje odzwierciedlenie, między innymi, w ustawach samorządowych, w których określono zadania poszczególnych szczebli samorządu terytorialnego jako organizatorów ochrony zdrowia¹. W związku z tym można postawić pytanie, w jaki sposób ów obowiązek ma być realizowany.

Samorząd terytorialny różnych szczebli poprzez swoje jednostki tj. publiczne zakłady opieki zdrowotnej może świadczyć usługi medyczne i w ten sposób realizować politykę zdrowotną na danym terenie, bądź też ograniczyć się do roli koordynatora polityki zdrowotnej regionu, wykorzystując różnorodne formy świadczenia tychże usług².

Rola, jaką ma odegrać samorząd terytorialny w kształtowaniu systemu opieki zdrowotnej w Polsce, nie jest do końca sprecyzowana. Twórcy reformy zakładali uzdrowienie niewydolnej służby zdrowia poprzez włączenie do systemu opieki zdrowotnej niektórych mechanizmów regulacji wolnorynkowej, które to mechanizmy miały przede wszystkim zadziałać na linii pacjent-lekarz pierwszego kontaktu. W zasadzie zaś brak było przewodniej idei dla przekształceń własnościowych w odniesieniu do publicznych zakładów opieki zdrowotnej.

¹ zob. art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym (DZ.U. Nr 167 za 1998 r. poz. 74 ze zm.), art. 4 ust. 1 pkt. 2 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatu (DZ.U. Nr 91 poz. 578), art. 14 ust. 1 pkt. 2 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (DZ.U. Nr 91 poz. 576).

² zob. W. Przybyła, *Prywatyzacja w służbie zdrowia – szansa czy zagrożenie w rozwoju służby zdrowia*, *Przewodnik Menadżera Zdrowia*, maj 2001 r.

W związku z wejściem w życie ustawy z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym³, publiczne zakłady opieki zdrowotnej, w zdecydowanej większości, do dnia 1 stycznia 1999 r. zostały przekształcone w samodzielne, publiczne zakłady opieki zdrowotnej. Ta nowa forma organizacyjna, z racji na wyposażenie jej w samodzielność prawną, stała się atrakcyjna dla samorządów.

Zgodnie bowiem z art. 53 ust.1 ustawy o p.u.z, Kasy Chorych, jako podmioty uprawnione do zawierania umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych na rzecz ubezpieczonych, przejęły główny ciężar finansowania działalności tych zakładów opieki zdrowotnej.

Artykuł 35c ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej⁴ stanowi, iż prowadzenie zakładu w dotychczasowej formie: jednostki lub zakładu budżetowego jest zastrzeżone tylko do sytuacji, gdy prowadzenie go w formie samodzielnej byłoby przedwczesne lub niecelowe. Publiczne zakłady opieki zdrowotnej, działające w tych formach finansowane są całkowicie przez swe organy założycielskie. Kasy Chorych nie mają zaś prawnych możliwości zawierania z nimi umów (art. 57 ustawy o p.u.z).

Z punktu widzenia dalszych przekształceń systemowych, w tym przede wszystkim własnościowych, samodzielne, publiczne zakłady opieki zdrowotnej znalazły się w orbicie zainteresowań tych wszystkich, którzy w prywatyzacji służby zdrowia widzą szansę prawidłowego rozwoju systemu opieki zdrowotnej w Polsce.

Samodzielne, publiczne zakłady opieki zdrowotnej wraz z innymi niepublicznymi podmiotami, świadczącymi usługi medyczne, mogą być na równorzędnych zasadach kontrahentami Kas Chorych, co w założeniach ustawodawcy miało spowodować włączenie publicznych jednostek ochrony zdrowia do walki o pacjenta.

Stąd zainteresowanie statusem prawnym podmiotu, który pozostaje w rozlicznych związkach: organizacyjnych, majątkowych i funkcjonalnych z jednostkami samorządu terytorialnego (ewentualnie organami administracji rządowej), jako pełniącymi funkcję organu założycielskiego, a jednocześnie posiada osobowość prawną i który z innymi podmiotami wchodzi w stosunki prawne o charakterze cywilnoprawnym.

Określenie pozycji prawnej każdego podmiotu prawa wymaga analizy odpowiednich regulacji prawnych, zarówno o charakterze ogólnym, które mają zastosowanie do wszystkich podmiotów, jak i przepisów, stanowiących podstawę prawną działania badanej jednostki. W przypadku samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej ustawą o charakterze ustrojowym jest wspomniana ustawa z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej. Wśród innych ustaw, które mają zdecydowanie największy wpływ na pozycję prawną tego podmiotu będzie znajdowała się ustawa z 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.

W związku z tym, w części pierwszej została przedstawiona problematyka ogólna, dotycząca podstawowych kryteriów, według których dokonuje się klasyfikacji

³ Dz.U. Nr 28, poz. 153 ze zm., dalej w skrócie ustawa o p.u.z.

⁴ Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm., dalej w skrócie ustawa o z.o.z.

podmiotów prawa, by w części drugiej zaprezentować status prawny badanej jednostki przez pryzmat przepisów ustawy o zakładach opieki zdrowotnej.

I. Problematyka określania statusu prawnego

Status prawny danej jednostki organizacyjnej może być oceniany z punktu widzenia przepisów prawa publicznego lub prawa prywatnego.

Prawo prywatne – to ogół przepisów normujących prawa osobiste i majątkowe osób fizycznych i osób prawnych⁵, prawo publiczne – to prawo, określające stosunek jednostki do państwa oraz podmiotów prawa publicznego do siebie⁶. Celem tego podziału jest wskazanie, iż pomiędzy interesem jednostkowym a interesem społecznym zachodzi antynomia, a wyrazem tej antynomii jest odmienny mechanizm prawa służący tak jednemu, jak i drugiemu celowi⁷.

Zasadniczym instrumentem ochrony interesu społecznego jest prawo publiczne (prawo administracyjne), prawo cywilne pozostaje zaś zasadniczym instrumentem ochrony interesu prywatnego⁸.

W związku z renesansem podziału prawa na prywatne i publiczne, coraz częściej mówi się o osobie prawa publicznego i osobie prawa prywatnego. Za osoby prawa publicznego, w odróżnieniu od osób prawa prywatnego, uznaje się osoby⁹, które: 1) istnieją przymusowo, z mocy ustawy, 2) mają za zadania zaspokajanie potrzeb publicznych, czyli ogółu obywateli, 3) nie są nastawione na maksymalizację zysku (są w zasadzie organizacjami *non profit*), 4) są wyposażone w uprawnienia władcze (tzw. władztwo administracyjne).

Osoba prawa publicznego podlega nie tylko temu prawu, ale jako np. właściciel pozostaje też podmiotem praw i obowiązków w sferze prawa cywilnego. Kodeks cywilny nie wyróżnia odrębnej kategorii osób prawa publicznego. Istniejący w k.c. podział osób prawnych sprowadza się do wyróżnienia: Skarbu Państwa, państwowych osób prawnych oraz innych niepaństwowych osób prawnych. Kategoria państwowych osób prawnych została w polskim k.c. związana z mieniem państwowym.

Zgodnie z art. 44¹ k.c. mieniem państwowym jest własność i inne prawa majątkowe, które przysługują Skarbowi Państwa i innym państwowym osobom prawnym. Analogicznie uznaje się, iż mieniem komunalnym jest mienie (własność i inne prawa majątkowe) należące do jednostek samorządu terytorialnego i komunalnych osób prawnych¹⁰.

Zarówno własności państwowej, jak i własności komunalnej przyznaje się publicznoprawny charakter. W doktrynie¹¹ powszechnie wskazuje się, że tylko wypo-

⁵ Słownik języka polskiego pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1979 r., s. 951 (hasło „prywatny”).

⁶ Mały słownik języka polskiego pod red. S. Skorupki i in. Warszawa 1968 r., s. 678 (hasło „publiczny”).

⁷ A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998 r., s. 135.

⁸ Tamże.

⁹ R. Tupin, *Zagadnienia legislacyjne osób prawa publicznego*, *Przegląd Legislacyjny*. 1/97 r., s. 50 zob. też L. Rajca, *Spór o konstrukcję osobowości publicznoprawnej samorządu terytorialnego*, P.S. 7-8/2001 r., s. 26 i powołaną tam literaturę.

¹⁰ Zob. T. Dybowski, *Mienie komunalne*, S.T. 1-2/1991 r., s. 5, a także S. Wójcik, *Zagadnienia cywilnoprawne mienia komunalnego*, S.T. 7-8/1991 r., s. 21.

¹¹ T. Dybowski, op. cit.

sażenie w odpowiedni majątek, stanowiący mienie państwowe lub komunalne, umożliwia państwowym i komunalnym osobom prawnym realizację zadań publicznych.

Pojawia się więc kryterium własnościowe, warto rozważyć, na ile jest ono istotne przy próbie określania statusu prawnego.

Tradycyjnie państwowe i komunalne osoby prawne, ze względu na wyodrębniony rzeczowo majątek publiczny, zaliczane są do kategorii osób prawa publicznego¹².

Tymczasem, jak słusznie wskazuje A. Stelmachowski¹³ własność publiczna stanowi instytucję swoistą nie tyle ze względu na swój wyróżnik podmiotowy, ale przede wszystkim ze względu na swoją funkcję. Zdaniem tegoż autora, podział na własność publiczną i prywatną jest podziałem funkcjonalnym, a podział podmiotowy ma tylko znaczenie wtórne. Mienie publiczne służące celom użyteczności publicznej stanowi własność publiczną, natomiast mienie służące innym celom gospodarczym pomimo, iż formalnie należy np. do państwowej osoby prawnej, ma charakter mienia prywatnego.

Dlatego własność publiczna¹⁴ obejmuje: część własności państwowej, służącą celom użyteczności publicznej, część własności komunalnej, służącą teźże użyteczności, a także własność tych osób prawnych, które są powołane do realizacji zadań użyteczności publicznej. Podmioty państwowe i komunalne, działające w formie spółek prawa handlowego nie są osobami prawa publicznego, choć mogą być uznane po spełnieniu określonych przesłanek za państwowe lub komunalne osoby prawne¹⁵. Zatem podział prawa na prawo publiczne i prywatne należy przełożyć na stosunki własnościowe, a wyróżnienie własności publicznej i prywatnej powinno odpowiadać tym samym kryteriom¹⁶.

Własność publiczna, zdaniem W. Pańko¹⁷, jest bowiem wyrazem przekonania, że część składników mienia państwowego lub komunalnego powinna podlegać innej niż cywilnoprawna regulacji gospodarowania dobrami majątkowymi. Własność komunalna i państwowa, generalnie bardziej niż własność prywatna, związane są z celami użyteczności publicznej.

Państwowe i samorządowe jednostki organizacyjne, wyposażone w osobowość prawną determinują w szczególności powiązania o charakterze funkcjonalnym, organizacyjnym i majątkowym, istniejące między nimi a ich organami założycielskimi.

T. Dybowski¹⁸ wskazał, iż między komunalną osobą prawną a gminą istnieją następujące powiązania:

¹² R. Tupin, op. cit.

¹³ A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998 r., s. 179 i nast.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Zob. w tej kwestii orzecznictwo Sądu Najwyższego, które przyjęło iż status państwowej osoby prawnej wymaga całości udziałów w rękach państwa, uchwała SN z 10.01.1992 r., sygn. akt. III CZP 140/91, OSNCP 92 z. 6, poz. 109, a także orzeczenie z 19.05.1992r, sygn. akt. III CZP 49/92 OSNCP 92 z. 11, poz. 200. W literaturze spotyka się też poglądy, iż wystarczy większość akcji lub udziałów w spółce, które należą do państwa jako właściciela, aby zakwalifikować dany podmiot jako państwowy. Pakiet większościowy daje bowiem szerokie uprawnienia decydenckie, zob. T. Mróz, *Funkcje spółek kapitałowych w procesie prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych*, Białystok 1999 r., s. 180 i nast.

¹⁶ J. Szachulowicz, *Własność publiczna*, Warszawa 2000 r., s. 7 i nast.

¹⁷ W. Pańko, *Własność komunalna a funkcje samorządu terytorialnego*, S.T. 1-2/1991 r., s. 16.

¹⁸ T. Dybowski, op. cit.

– **Funkcjonalne** powiązanie polega na tym, iż komunalne osoby prawne mają zaspokajać zbiorowe potrzeby społeczności lokalnej.

– **Organizacyjne** powiązania należy odnieść do zwierzchnictwa wykonywanego przez gminę.

– **Majątkowe** zaś powiązania w odniesieniu do komunalnych osób prawnych polegają na tym, iż, po pierwsze, osoby te zostały wyposażone w mienie im wydzielone z mienia gminy lub powstały w wyniku „uwłaszczenia” przez przepisy reformujące system administracji w Polsce, po drugie, gmina mająca prawa zwierzchnie może wpływać na losy tegoż mienia i po trzecie, z chwilą likwidacji, należące do komunalnych osób prawnych mienie, po zaspokojeniu zaciągniętych zobowiązań, wchodzi w skład majątku gminy.

Przedstawione powiązania pozwalają uwzględnić zarówno kryteria własnościowe (przynależność mienia do określonego sektora własności), jak i funkcjonalne (cel działania: zaspokajanie interesu publicznego), którym powinna odpowiadać osoba prawa publicznego. Obecne poglądy doktrynalne pozwalają więc przeprowadzić klasyfikację podmiotów prawa nie tylko według kryteriów własnościowych.

Należy też wskazać, iż, obecnie, pojęcie samorządowej osoby prawnej jawi się szerzej, niż dawniej. Po pierwsze, wskutek reformy administracji publicznej katalog samorządowych osób prawnych uległ poszerzeniu o powiatowe i wojewódzkie osoby prawne, po drugie, wśród samorządowych osób prawnych będą się znajdowały osoby, których byt oparty jest o formy charakterystyczne zarówno dla prawa publicznego (zakład publiczny), jak i dla prawa prywatnego (np. komunalne spółki z o.o.).

W nauce prawa administracyjnego¹⁹ wskazuje się, iż o publicznoprawnym charakterze danego podmiotu świadczy „zarząd publicznoprawny”. Byt podmiotów, określanych mianem publicznych, uregulowany jest przepisami prawa administracyjnego, niezależnie od tego czy są wyposażone w osobowość prawną, czy też nie²⁰. Natomiast, podmioty pozostające w „zarządzie prywatnoprawnym”, których byt oparty jest o formy charakterystyczne dla prawa prywatnego (spółki, fundacje, stowarzyszenia) nie należą do grupy instytucji administracji zdecentralizowanej²¹.

Podstawowym czynnikiem, który odróżnia te dwie osoby jest więc podstawa prawna działania (prawo administracyjne lub prawo cywilne) oraz zespół posiadanych cech²².

Poniżej poświęćmy uwagę konstrukcji prawnej samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, na tle uregulowań ustawy o z.o.z.

W nawiązaniu do przedstawionych kryteriów organizacyjnych, zaprezentowany zostanie sposób tworzenia, przekształcenia i likwidacji zakładu, następnie sposób prowadzenia gospodarki finansowej i zarządzania mieniem. To z kolei pozwoli określić powiązania majątkowe między zakładem a jego organem założycielskim. Na

¹⁹ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna, zagadnienia ogólne*, wydanie 2, s. 111.

²⁰ Dlatego w literaturze podnosi się, iż osobowość prawna ma charakter biwalentny: przejawia się zdolnością prawną i zdolnością do czynności prawnych, zarówno w sferze prawa prywatnego, jak i prawa publicznego. A. Agopszowicz, *Własność komunalna – publiczna czy prywatna?* S.T. Nr 11-12/1991 r., R. Tupin, op. cit. s. 54.

²¹ H. Izdebski, M. Kulesza, op. cit. s. 112.

²² zob. M. Kulesza, *Samorząd Terytorialny 1996 r.* Wstęp s. 9 i nast.

końcu zostaną omówione zadania, wykonywane przez zakłady, co wydaje się być istotne z punktu widzenia zaprezentowanych kryteriów funkcjonalnych.

II. 1. Tworzenie, przekształcanie i likwidacja samodzielnych, publicznych zakładów opieki zdrowotnej

Publiczny zakład opieki zdrowotnej może być utworzony przez: ministra lub centralny organ administracji rządowej, wojewodę (w przypadkach określonych w ustawie o Inspekcji Sanitarnej), jednostkę samorządu terytorialnego oraz państwową uczelnię medyczną lub państwową uczelnię prowadzącą działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych.

Niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej jest zakład utworzony przez: kościół lub związek wyznaniowy, pracodawcę, fundację, związek zawodowy, samorząd zawodowy lub stowarzyszenie, a także inną krajową lub zagraniczną osobę prawną, osobę fizyczną lub spółkę nie mającą osobowości prawnej (art. 8 ust. 1 ustawy o z.o.z.).

W zależności od przyznanego charakteru: publicznego lub niepublicznego, ustawodawca przewiduje inne procedury w zakresie tworzenia, przekształcania, likwidacji.

Wymienione w grupie pierwszej organy założycielskie są organami władzy publicznej lub innymi podmiotami prawa publicznego (państwowe uczelnie medyczne), które w ramach przyznaných im ustawowo kompetencji wypełniają zadania publiczne w zakresie ochrony zdrowia poprzez tworzenie zakładów opieki zdrowotnej.

Status niepublicznych zakładów dotyczy zaś tych zakładów, które utworzone zostały przez podmioty prawa prywatnego.

Jak wspomniałam na wstępie, publiczne zakłady opieki zdrowotnej działają obecnie w dwóch formach: samodzielnej i niesamodzielnej. W doktrynie prawa administracyjnego²³ instytucje świadczące usługi publiczne, wyposażone w osobowość prawną zwane są: „samoistnymi”, zaś te działające w ramach innej osoby prawnej – podmiotu prawa publicznego – „niesamoistnymi”. Zgodnie z tą kwalifikacją samodzielne, publiczne zakłady opieki zdrowotnej należałoby zaliczyć do grupy pierwszej, jako że zostały wyposażone w osobowość prawną. Pozostałe publiczne zakłady opieki zdrowotnej, działające w formach niesamoistnych: zakładu lub jednostki budżetowej, do grupy drugiej. O ile status publicznoprawny jednostek „niesamoistnych”, działających w ramach osoby prawa publicznego nie budzi wątpliwości, o tyle status samodzielnego, publicznego zakładu opieki zdrowotnej takie wątpliwości może powodować. Jak bowiem sama nazwa wskazuje, są one samodzielne. Należałoby się więc przyjrzeć zakresowi ich samodzielności.

W zakresie tworzenia i organizacji ich organy założycielskie mają następujące uprawnienia: organ założycielski (w drodze zarządzenia lub uchwały) nadaje statut, w któ-

²³ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna – zagadnienia ogólne*, wyd. 2, s. 111.

rym określa nazwę odpowiadającą zakresowi udzielanych świadczeń, wskazuje też cele i zadania zakładu, siedzibę i obszar działania, rodzaje i zakres udzielanych świadczeń zdrowotnych, organy zakładu, ich strukturę organizacyjną oraz formę gospodarki finansowej (art. 11 ustawy o z.o.z.). Następnym etapem jest zgłoszenie samodzielnego zakładu do rejestru zakładów opieki zdrowotnej, o którym mowa w art. 12 ustawy o z.o.z. (rejestr ten prowadzi wojewoda w stosunku do z.o.z. mających siedzibę na obszarze województwa, ewentualnie Minister Zdrowia, gdy z.o.z. jest przez niego tworzony). Ostatnim etapem jest konstytutywny wpis do rejestru sądowego²⁴. Z momentem wpisania podmioty te uzyskują osobowość prawną (art. 35b ust. 3 ustawy o z.o.z.).

Sposób tworzenia jednostek „samoistnych” i „niesamoistnych” jest taki sam do pewnego etapu. Publiczny zakład, nie wyposażony w osobowość prawną, podlega tylko wpisowi do obowiązkowego rejestru zakładów opieki zdrowotnej, nie podlega zaś sądowej procedurze rejestracyjnej. W zasadzie, dopiero od chwili wpisu do rejestru sądowego możemy mówić o „usamodzielnieniu się” publicznego zakładu opieki zdrowotnej²⁵.

Podmiotowość prawna jest więc tą podstawową cechą, która odróżnia te dwie jednostki. Niezależnie więc od stopnia organizacyjnego wyodrębnienia i podporządkowania organom założycielskim, publiczne zakłady opieki zdrowotnej, nie wyposażone w osobowość prawną, są jedynie samorządowymi bądź państwowymi jednostkami organizacyjnymi, podczas gdy samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, wyposażone w osobowość prawną, są państwowymi lub samorządowymi osobami prawnymi.

Zdecydowana jednak większość obecnie funkcjonujących samodzielnych z.o.z. powstała w innym trybie, niż ten określony powyżej.

Organy tworzące i utrzymujące publiczne zakłady opieki zdrowotnej zostały zobligowane do ich przekształcenia w samodzielne jednostki do dnia 1 stycznia 1999 r. (art. 166 ustawy o p.u.z.). Równocześnie, z mocy przepisów reformujących administrację publiczną²⁶ nastąpiło przejęcie, przez jednostki samorządu terytorialnego, uprawnień organu założycielskiego, tj. uprawnień jakie miały do dnia 31 grudnia 1998 r. organy administracji rządowej wobec publicznych z.o.z.²⁷. Na podstawie delegacji ustawowej, zawartej w art. 47 ust. 2a wspomnianej ustawy, został sporządzony przez Prezesa Rady Ministrów wykaz z.o.z. podlegających przekazaniu²⁸. Wśród jednostek samorządu terytorialnego, pełniących funkcję organu założy-

²⁴ od 1.01.2000 r. s.p.z.o.z. podlegają rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym, Roz. 3 ustawy z 20.08 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 769 ze zm.).

²⁵ zob. J. P. Naworski, *Wpis do rejestru sądowego jako przesłanka nabycia osobowości prawnej na przykładzie samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej*, Głosa nr 5/2000 r., s. 8.

²⁶ art. 47 ust. 2 ustawy z 13 października 1998 r., przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz.U. Nr 133, poz. 872 ze zm.).

²⁷ przy czym zgodnie z art. 47 ust. 1a przepisów wprowadzających ustawy reformujące administrację publiczną, jednostki samorządu terytorialnego nie przejęły uprawnień organu założycielskiego wobec tych s.p.z.o.z. które zostały utworzone przez właściwych ministrów (tzw. resortowe zakłady opieki zdrowotnej).

²⁸ aktualny wykaz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, które zostały przejęte przez gminy, powiaty i samorządy województw jest opublikowany w Dz.U. Nr 65 poz. 659 za 2001 r. Pomijam tu kwestię pierwotnej niekonstytucyjności przepisu art.47 ust.2 na podstawie którego został wydany wykaz s.p.z.o.z. zawarty w Dz.U. Nr 60 poz. 641 za 1999 r. Ustawodawca zastosował się do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 27.06.2000 r. (K 20/99 r. OTK 5/2000/140) i znowelizował brzmienie przepisu, na podstawie którego został wydany niniejszy wykaz.

cielskiego znalazły się wszystkie szczeble samorządu terytorialnego: gminy, powiaty i samorządne województwa. Jednostki samorządu terytorialnego nie są więc organami założycielskimi *sensu stricte*, przejęły one jedynie funkcje organu założycielskiego.

W związku z tym pojawiły się problemy z klasyfikacją samodzielnych, publicznych zakładów opieki zdrowotnej jako powiatowych i wojewódzkich osób prawnych²⁹. Kłopoty z przyporządkowaniem tych podmiotów do tej kategorii osób prawnych wynikają ze sformułowań, zawartych w przepisach ustaw: o samorządzie powiatu i samorządzie województwa³⁰.

W definicjach legalnych, powiatowych i wojewódzkich osób prawnych, ustawodawca zawarł stwierdzenia, iż do grona tych osób należą jedynie: jednostki organizacyjne, którym przyznaje się taki status, bądź, które są tworzone na podstawie odrębnych przepisów, wyłącznie przez powiat lub województwo. Ustawodawca wskazuje na dwa kryteria klasyfikacyjne: formalne (przymiot wojewódzkiej lub powiatowej osoby prawnej nadany wprost przez ustawodawcę) oraz ekonomiczno-właścicielskie (utworzenie z wyłącznym udziałem powiatu lub samorządowego województwa).

Samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej nie przystają do tych definicji, nie znajdują się bowiem wśród jednostek o formalnie przyznanym statusie powiatowej lub wojewódzkiej osoby prawnej i nie należą też do grupy drugiej, w skład której wchodzi osoby prawne, które zostały utworzone **wyłącznie** przez powiat lub województwo.

A zatem, czy samodzielnym publicznym zakładom opieki zdrowotnej, możemy przyznać status tych samorządowych osób prawnych?

W literaturze³¹ wskazuje się, iż ustawodawca w art. 8 ust. 2 ustawy o z.o.z. posługuje się słowem „utworzone” w znaczeniu technicznym, a nie w znaczeniu historycznym (kto kiedyś założył z.o.z.). W istocie więc chodzi o podmiot, posiadający kompetencje organu założycielskiego, nie zaś o podmiot, który faktycznie utworzył zakład. Definicje powiatowych i wojewódzkich osób prawnych nie mogą zatem uwzględniać okoliczności powstania zakładów, z uwagi na specyfikę ich transformacji.

Następnie podnosi się³², iż przyznanie statusu komunalnej osoby prawnej zakładowi, podporządkowanemu gminie i równoczesne odmówienie statusu samorządowej osoby prawnej zakładom, dla których funkcje organu założycielskiego pełni powiat lub województwo, prowadziłyby do nieuzasadnionego różnicowania pozycji prawnej podmiotów rodzajowo identycznych.

²⁹ P. Biliński, *Podmiotowość publicznych zakładów opieki zdrowotnej z perspektywy odpowiedzialności deliktowej w: O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych, Księga Pamiątkowa ku czci prof. A. Kleina*, Zakamycze 2000 r., s. 36 i nast.

³⁰ art.47ust.2 ustawy z 5.06.1998r. o samorządzie województwa (Dz.U. Nr 91, poz. 576 ze zm.) oraz art. 46 ust. 2 ustawy z 5.06.1998r. o samorządzie powiatu (Dz.U. Nr 91, poz. 578 ze zm.).

³¹ M. Dercz, H. Izdebski, *Organizacja ochrony zdrowia w Rzeczypospolitej Polskiej*, PWP, Warszawa-Poznań 2001, s. 184.

³² szerzej P. Biliński, op. cit. s. 36 Autor wskazuje, iż sytuacja taka jest tym bardziej niezrozumiała, jeśli się weźmie pod uwagę fakt, iż źródłem takiego zróżnicowania miałyby być rozporządzenie wykonawcze Prezesa Rady Ministrów.

Z kolei, w nawiązaniu do kryterium ekonomiczno-właścicielskiego, zawartego w cytowanych definicjach, można podnieść, iż nastąpiło przejęcie uprawnień majątkowych w stosunku do mienia, znajdującego się w gestii zakładu. W wyniku przekazania kompetencji organu założycielskiego, mienie państwowe uzyskało status mienia samorządowego. Argumentację powyższą wzmacnia fakt, iż uwłaszczenie samodzielnych zakładów dotyczyło w zasadzie majątku ruchomego, będącego do dnia 31 grudnia 1998 r. własnością Skarbu Państwa, a znajdującego się w nieodpłatnym użytkowaniu publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Nieruchomości zaś, będące w posiadaniu tych zakładów, zostały oddane zakładom jedynie w nieodpłatne użytkowanie.

Choć z prawnego punktu widzenia podmiotem prawa własności (w stosunku do majątku ruchomego) jest samodzielny, publiczny zakład opieki zdrowotnej, to jednak z ekonomicznego punktu widzenia prawa te należą do jednostek samorządu terytorialnego. Za pomocą tego mienia są bowiem realizowane interesy ekonomiczne jednostek samorządu terytorialnego, jako organów założycielskich z.o.z.³³

Tak rozumiane kryterium ekonomiczno-właścicielskie, zawarte w legalnych definicjach powiatowych i wojewódzkich osób prawnych, pozwala zatem zaliczyć do kręgu powiatowych i wojewódzkich osób prawnych, powstałe w wyniku transformacji zakłady.

Wskazane definicje wojewódzkich i powiatowych osób prawnych mogłyby zaś w pełni mieć zastosowanie do zakładów, tworzonych po 1 stycznia 1999 r. bezpośrednio przez powiaty lub samorządne województwa, na podstawie przepisów ustawy o z.o.z.

Organy założycielskie zakładów odgrywają też kluczową rolę przy podejmowaniu decyzji, związanych z przekształcaniem i likwidacją zakładu. Decyzje te uzależnione są od kondycji finansowej zakładu. W przypadku ujemnego wyniku finansowego istnieje możliwość zmiany formy finansowania (zakład może być prowadzony na zasadach budżetowych). Przekształcenia mogą też polegać na ograniczeniu prowadzenia poszczególnych rodzajów działalności lub zakresu udzielanych świadczeń (art. 43 ust. 3 ustawy o z.o.z.). Zła kondycja finansowa może też doprowadzić do podjęcia uchwały o likwidacji zakładu. To uprawnienie organu założycielskiego podlega istotnemu ograniczeniu. Ujemny wynik finansowy nie jest bowiem wyłączną podstawą do zaprzestania działalności, jeżeli dalsze istnienie zakładu uzasadnione jest jego zadaniami, do których realizacji został stworzony (art. 60 ust. 2.). Nawet jeśli zakład jest deficytowy nie podlega on mechanizmom rynkowym, w tym sensie iż nie upada, ale istnieje nadal, jeśli nie ma innych podmiotów, które mogłyby przejąć jego funkcje. W trybie likwidacji, na tle obowiązującego stanu prawnego, możliwa jest transformacja własnościowa publicznego zakładu opieki zdrowotnej w niepubliczny³⁴.

³³ por. M. Bednarek, *Przemiany własności w Polsce*, Warszawa 1994, s. 93. Autorka wskazuje, iż kryterium ekonomiczno-właścicielskie należy rozumieć w ten sposób, iż za pośrednictwem podmiotu, uznawanego za państwową osobę prawną nie są realizowane interesy innych osób niż państwo. Analogicznie można to odnieść do samorządowych osób prawnych.

³⁴ W obecnym stanie prawnym nie ma przepisów ustawowych, dotyczących prywatyzacji majątku innych podmiotów, niż przedsiębiorstwa państwowe i komunalne por. M. Balicki, *Prywatyzacja majątku w publicznych zakładach opieki zdrowotnej*, PiM 5/2000 r. M. Dercz, *Z prześwietleniem w ofercie*, *Rzeczpospolita* z 13 kwietnia 2000 r.

Decyzje co do przekształcenia i likwidacji, ze względu na swe tło społeczne, wymagają od organów założycielskich konsultacji z wojewodą, oraz właściwymi organami gminy, powiatu lub sejmiku województwa (art. 43 ust. 2 ustawy o z.o.z.).

Samodzielność, wynikająca z nadanej osobowości prawnej, przejawia się w zdolności do czynności prawnych. W odniesieniu do osób prawnych oznacza możliwość wywołania skutków prawnych w drodze składania oświadczeń woli przez jej organy w sposób przewidziany w ustawie i przyjętym statucie. Z faktu przyznania osobowości prawnej wynika samodzielna i wyłączna odpowiedzialność za zaciągnięte zobowiązania³⁵. Co do zasady, z dniem usamodzielnienia się, organ założycielski nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania zakładu³⁶. Od tej zasady istnieją jednak wyjątki. W razie likwidacji, zobowiązania i należności pozostałe po zakładzie, przejmuje organ założycielski.

Uregulowania prawne w zakresie odpowiedzialności za długi sprawiają, iż na „samodzielność” zakładu należałoby spojrzeć z innej perspektywy. Samodzielna odpowiedzialność za długi w dalszej perspektywie nie powoduje bowiem zagrożenia niewypłacalnością, skoro wierzyciele będą mogli zaspokoić się z majątku państwowego lub komunalnego. Samodzielność nie oznacza też niezależności od warunkowań społeczno-politycznych, skoro organ założycielski nie podejmie decyzji o likwidacji bez odpowiednich konsultacji. Zwykły rachunek ekonomiczny nie pociągnie za sobą przekształceń własnościowych czy zaprzestania działalności, jeżeli zaspokojenie potrzeb zdrowotnych ludności nie nastąpi w inny sposób. Samodzielność prawna to cecha, która pozwala zakładom być może efektywniej działać, lecz nie powoduje stworzenia tych samych reguł gry dla: prywatnych i publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Jak wskazuje E. Łętowska, nadanie osobowości prawnej ułatwia samodzielne funkcjonowanie osoby prawnej, ale bynajmniej samodzielności nie gwarantuje³⁷.

Sąd Najwyższy³⁸ stwierdził, iż: „przekształcenie publicznego zakładu opieki zdrowotnej, prowadzonego w formie jednostki budżetowej polega na tym, iż wyodrębniony organizacyjnie i majątkowo zespół osób i środków majątkowych przybiera w wyniku przekształcenia inną formę prawną niż przed przekształceniem. (...). Dawny podmiot – Skarb Państwa nie ulega likwidacji, ulega zaś likwidacji jego jednostka organizacyjna, której podstawą wyodrębnienia był zespół osób i środków majątkowych”.

Właściwie, biorąc pod uwagę zaprezentowane uregulowania prawne, jednostka organizacyjna, jakim był publiczny zakład opieki zdrowotnej, wbrew przytoczonej tezie, nie uległa likwidacji, lecz jedynie personifikacji.

³⁵ W myśl art. 40 §1 k. c Skarb Państwa nie odpowiada za zobowiązania zaciągnięte przez inne państwowe osoby prawne. Ta zasada rozdzielenia odpowiedzialności w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego i samorządowych osób prawnych wyrażona jest zarówno w art. 49 ust.1 ustawy o samorządzie gminnym, w art. 49 ustawy o samorządzie powiatu, jak i w art. 60 ustawy o samorządzie województwa.

³⁶ co do odpowiedzialności za zobowiązania powstałe przed datą przekształcenia, zob. orz. SN z 9.06.99 r. III CZP 11/99 OSNC 1/2000, poz. 2, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, iż s.p.z.o.z. nie jest zobowiązany do naprawienia szkody, powstałej przed datą jego przekształcenia.

³⁷ E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1993 r. s. 76.

³⁸ wyrok z 9.06.99r., sygn. akt. III CZP 11/99 OSNC 1/2000/ poz. 2.

2. Gospodarka finansowa i sposób zarządzania mieniem

Zgodnie z treścią art. 8a ustawy o z.o.z. do zakładów opieki zdrowotnej nie stosuje się przepisów ustawy o działalności gospodarczej (obecnie ustawy z 19 września 1999 r. Prawo działalności gospodarczej)³⁹.

Zasady prowadzenia gospodarki finansowej określa ustawa o z.o.z. Art. 35b ust. 2 stanowi, iż samodzielny zakład prowadzi samodzielną gospodarkę finansową, w odróżnieniu od publicznych z.o.z, które prowadzą gospodarkę na zasadach budżetowych, z modyfikacjami, wynikającymi z art. 50 ustawy o z.o.z.

Samodzielny, publiczny zakład opieki zdrowotnej może pozyskiwać środki nie tylko w ramach umów zawieranych z Kasami Chorych, ale także z odpłatnych świadczeń zdrowotnych, z wydzielonej działalności gospodarczej, nie polegającej na udzieleniu świadczeń zdrowotnych (jeżeli przewiduje to statut), z darowizn, zapisów, spadków, ofiarności publicznej, także pochodzenia zagranicznego (art. 54 ustawy o z.o.z). Z uzyskiwanych w ten sposób środków zakład pokrywa koszty swej działalności.

Jednocześnie, wskazując na źródła finansowania samodzielnych zakładów należy zaznaczyć, iż może on otrzymywać dotacje budżetowe na cele określone ustawą (art. 55 ustawy o z.o.z). Minister Zdrowia określił warunki i tryb przekazywania tym zakładom opieki zdrowotnej środków publicznych oraz sposób kontroli ich wykorzystywania⁴⁰. Sposób prowadzenia działalności finansowej został poddany kontroli organów założycielskich, co uwarunkowane jest faktem ponoszenia przez nie odpowiedzialności w razie wadliwie prowadzonej gospodarki finansowej. Przedstawione uregulowania w zakresie gospodarki finansowej wskazują, iż pomimo oddzielenia od siebie dwóch funkcji, które do tej pory sprawowane były przez władzę publiczną łącznie tj. funkcji organizatora świadczeń medycznych od funkcji płatnika tychże świadczeń (co do zasady funkcja płatnika została bowiem przejęta przez Kasy Chorych), organy założycielskie nie uwolniły się całkiem od ciężarów finansowych, związanych z działalnością samodzielnych zakładów. Dotacje ze środków publicznych stanowią często warunek *sine qua non* dalszej egzystencji zakładu.

Z drugiej strony sytuacja zakładów publicznych może być korzystniejsza, niż niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej: prywatna firma, w odróżnieniu od publicznej, nie może liczyć w razie zaistnienia trudności finansowych na skasowanie długów czy publiczne dotacje.

Z uwagi na realizację określonych zadań zakłady zostały wyposażone w majątek. Zgodnie z art. 56 ust. 2 fundusz założycielski zakładu stanowi wartość wydzielonej zakładowi części mienia państwowego lub komunalnego. Na fundusz ten składają się też dotacje z budżetu państwa lub jednostek samorządu na inwestycje i zakup wysoko specjalistycznej aparatury medycznej (art. 57). Ponadto do wartości majątku zakładu należy doliczyć fundusz zakładu, który stanowi wartość majątkową, powstałą po odliczeniu funduszu założycielskiego (art. 56 ustawy).

³⁹ Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.

⁴⁰ zob. Rozp. Min. Zdrowia z 31.12.98 r. (DZ.U. Nr 166 poz. 1266).

Samodzielność zakładów przejawia się w zarządzaniu majątkiem, zarówno przekazany przez Skarb Państwa lub samorząd, jak i majątkiem własnym otrzymanym lub zakupionym, z tym jednak ważnym zastrzeżeniem, iż zbycie, wydzierżawienie lub wynajęcie majątku trwałego może być dokonane na zasadach, określonych przez organ założycielski. Wniesienie majątku do spółek lub fundacji jest z mocy prawa nieważne, gdy zostanie dokonane bez zgody organu założycielskiego (art. 53 ust. 2 ustawy o z.o.z.).

Ograniczeniu podlegają też czynności, związane z zakupem czy przyjęciem darowizny aparatury i sprzętu medycznego. Organ założycielski określa zasady zakupu i przyjęcia darowizn oraz standard nabywanego sprzętu (art. 42 ustawy o z.o.z.).

Samodzielność w zakresie gospodarowania majątkiem doznaje więc licznych ograniczeń, organ założycielski może nawet pozbawić zakład składników przydzielonego lub nabytego mienia w przypadku podziału, przekształcenia lub połączenia zakładów. Należy też podkreślić fakt, iż przekazanie zakładom nieruchomości nie na własność, ale w nieodpłatne użytkowanie pociąga za sobą ograniczenia w gospodarowaniu tym mieniem, wynikające z kodeksu cywilnego. Jako prawo niezbywalne, użytkowanie nie może stanowić przedmiotu obrotu, a także, nie może stanowić przedmiotu zabezpieczenia kredytu bankowego.

3. Zadania samodzielnych, publicznych zakładów opieki zdrowotnej

Z ustawowej definicji zakładu opieki zdrowotnej wynika, iż każdy zakład niezależnie od swego statusu publiczno- czy prywatnoprawnego jest wyodrębnionym organizacyjnie zespołem środków i osób, utworzonym i utrzymywanym w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia, a także realizacji innych zadań (np. prowadzenia prac naukowych i badawczo-rozwojowych), zawsze jednak w powiązaniu ze świadczeniem usług medycznych (art. 1 ustawy o z.o.z.).

Wyróżnienie zakładu opieki zdrowotnej spośród innych podmiotów, podyktowane jest więc specyfiką jego zadań.

Z punktu widzenia ustawy o p.u.z, samodzielny, publiczny zakład opieki zdrowotnej jest jednym ze świadczeniodawców, z którymi Kasa Chorych podpisuje umowę o świadczenie usług medycznych na rzecz ubezpieczonych pacjentów (art. 53 ustawy o p.u.z).

W Polsce mamy do czynienia z równoległym⁴¹ podejmowaniem zadań z zakresu opieki zdrowotnej przez podmioty publiczne i niepubliczne. Jedne i drugie wykonują podobne zadania w ramach kontraktów zawieranych z Kasami Chorych. Usługi medyczne nie są więc specyficzną bądź wyłączną domeną aktywności publicznej państwa.

Wskutek wejścia w życie przepisów ustawy o p.u.z. doszło więc do prywatyzacji zadań z zakresu ochrony zdrowia, przy utrzymaniu dotychczasowych podmiotowych form ich realizacji. Pojęcie prywatyzacji może być bowiem ujmowane szeroko i wąsko⁴². W znaczeniu szerokim, do prywatyzacji zalicza się: denacjonalizację, osłabianie monopoli, a także rozszerzanie zakresu świadczenia usług przez pod-

⁴¹ zob. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa-Kraków 1994 r., s. 55.

⁴² T. Mróz, op. cit. s. 32.

mioty prywatne. Prywatyzacja, związana z demonopolizacją świadczeń, poprzez dopuszczenie do wykonywania usług przez zakłady prywatne, zwana jest także prywatyzacją pośrednią⁴³.

Samodzielne, publiczne zakłady opieki zdrowotnej mogą wykonywać usługi standardowe (usługi wykonywane w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego), oraz tzw. usługi komercyjne (usługi na rzecz pacjentów nie ubezpieczonych bądź spoza obszaru usług, objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym). W związku z tym, w ramach publicznej służby zdrowia, część usług wykonywana jest odpłatnie, część zaś nieodpłatnie. W ramach wykonywania usług komercyjnych, samodzielne zakłady nawiązują z pacjentem typowe stosunki o charakterze cywilnoprawnym, których przedmiotem jest umowa o świadczenie usług leczniczych.

To szerokie spektrum wykonywanej działalności prowokuje pytanie, czy cel istnienia zakładu jest powiązany z zaspokajaniem potrzeb publicznych, czy celem działalności zakładu jest wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej?

Zadaniami z zakresu użyteczności publicznej są zadania, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych⁴⁴. Cechą charakterystyczną jest brak wyłącznie komercyjnego charakteru podejmowanych działań w sferze użyteczności publicznej (brak nastawienia na maksymalizację zysków)⁴⁵. Tradycyjnie, zadania z zakresu ochrony zdrowia są postrzegane jako zadania publiczne. Wraz z zadaniami z zakresu oświaty, pomocy społecznej, zapewnienia bezpieczeństwa państwa czy ładu przestrzennego, zadania te znajdują się w katalogu zadań, którym władza publiczna ma sprostać.

Również ustawa o zamówieniach publicznych⁴⁶ zaliczyła samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, jako wykonujące zadania publiczne, do kręgu podmiotów, zobowiązanych do stosowania przepisów powyższej ustawy.

Z pewnością w lwiej części, działalność podejmowana przez samodzielne zakłady powiązana jest z zadaniami władzy publicznej jako organizatorów ochrony zdrowia. Osiągnięcie zysku przez zakład, w związku z jego działalnością komercyjną, jest z punktu widzenia interesów organów założycielskich i pacjentów, jak najbardziej pożądane. Wydaje się jednak, iż nie jest celem samym w sobie. Działalność ta powinna być jedynie środkiem do wypełniania zadań o charakterze publicznym, a więc w tym wypadku utrzymania właściwego standardu opieki zdrowotnej. Działalność komercyjna zakładu ma służyć wypełnianiu zadań publicznych, inaczej istnienie tej formy publicznoprawnej nie miałoby racji bytu.

Oddzielnego omówienia wymaga zmiana charakteru stosunków prawnych między zakładem opieki zdrowotnej a pacjentem. Stosunki pomiędzy publicznym zakładem a pacjentem, nawiązywane na podstawie ustawy, zostały przynajmniej po

⁴³ J. Gajda, *Prywatyzacja zakładów użyteczności publicznej w: Własność prywatna*, praca zbiorowa pod red. T. Wawaka, Kraków 1993 r.

⁴⁴ definicja zadań użyteczności publicznej zaczerpnięta z art. 9 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym.

⁴⁵ zob. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych*, s. 12 i nast.

⁴⁶ ustawa z 9.04.1999r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 45 poz. 437).

części zastąpione umowami o charakterze cywilnoprawnym. Przede wszystkim znalazło to odzwierciedlenie w umowach o świadczenie usług leczniczych o charakterze komercyjnym, których to usług nie obejmuje system ubezpieczeń zdrowotnych.

Gdy chodzi zaś o stosunki prawne między świadczeniodawcą a ubezpieczonym pacjentem, jakie powstają na mocy umów zawieranych z Kasami Chorych, nie ma jednoznacznego stanowiska co do charakteru tych umów. Z jednej strony umowa ta postrzegana jest jako typ umowy na rzecz osoby trzeciej (art. 393 k.c.). Z drugiej strony wskazuje się, iż nie jest ona pozbawiona elementów publicznoprawnych. Zdaniem J. Jończyka nie jest to umowa cywilnoprawna między równorzędnymi podmiotami w zakresie swobodnego obrotu prawnego i wolnego rynku usług, choć nie neguje on, iż mogą mieć do niej zastosowanie niektóre przepisy k.c.⁴⁷

Wnioski

1. W wyniku przekształcenia publicznych zakładów opieki zdrowotnej w jednostki samodzielne doszło do zmiany formy organizacyjnej z „niesamoistnej” w „samoistną”, Transformacja ta nie doprowadziła do powstania jednej z wielu form znanych prawu prywatnemu. W miejsce podmiotu prawa publicznego (administracyjnego) nie powstał podmiot prawa prywatnego (cywilnego lub handlowego). Pomimo, iż w ostatnim dziesięcioleciu kierunek reform wskazuje na odchodzenie od form charakterystycznych dla prawa publicznego na rzecz form prywatnoprawnych, reforma służby zdrowia, w wyniku której doszło do usamodzielnienia publicznych zakładów opieki zdrowotnej nie spowodowała poddania tych zakładów reżimowi prawa prywatnego. Inaczej, niż w przypadku przedsiębiorstw państwowych, które w wyniku komercjalizacji stają się spółką z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółką akcyjną z wyłącznym udziałem Skarbu Państwa, ustawodawca wobec publicznych zakładów opieki zdrowotnej nie zdecydował się na zastosowanie tych rozwiązań prawnych⁴⁸. Zdecydowała o tym z pewnością specyfika prowadzonej przez zakłady opieki zdrowotnej działalności. Lektura ustawy o z.o.z. prowadzi do wniosku, iż działalność samodzielnych z.o.z postrzegana jest nie w kategoriach ekonomicznych (skoro ustawodawca nie zezwala na stosowanie przepisów o działalności gospodarczej), lecz w kategoriach działalności *non profit* (nie nastawionej na maksymalizację zysku).

Tymczasem, sprawnie zarządzany samodzielny, publiczny zakład opieki zdrowotnej może przynosić zyski i skutecznie konkurować z innymi niepublicznymi zakładami. W tych przypadkach, formy prawa publicznego, w które przyobleczone publiczne z.o.z byłyby nieadekwatne do zakresu prowadzonej przez nie działalności, w istocie swej komercyjnej.

⁴⁷ J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, s. 305.

⁴⁸ Uregulowania ustawą z 30 sierpnia 1996 r. (Dz.U. Nr 118, poz. 651 ze zm.) o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych wskazują, iż proces komercjalizacji jest etapem, w którym zmienia się forma prawna prowadzonego przedsiębiorstwa, a nie forma własności. Na gruncie przepisów ustawy, komercjalizacja może prowadzić do prywatyzacji, bądź też być celem ostatecznym narzędziem prawnym w procesie restrukturyzacji określonego sektora gospodarki państwowej. Nie musi więc z założenia prowadzić do prywatyzacji, T. Mróz, *Funkcje spółek kapitałowych...*, s. 84.

2. W wyniku wprowadzenia w życie reformy służby zdrowia doszło do zmiany form wykonywania zadań publicznych (tzw. prywatyzacja zadań). Dopuszczono do wykonywania usług leczniczych, finansowanych ze środków publicznych⁴⁹, przez podmioty niepubliczne. Nastąpiła też zmiana charakteru stosunków, łączących podmioty publiczne z obywatelami. Więzy łączące uczestników wskazują na wzrost znaczenia prawa cywilnego. Faktem jest, iż tradycyjny sposób działania podmiotów prawa publicznego nie pasuje do nowego modelu wykonywania zadań z zakresu ochrony zdrowia. To sprawia, iż istnieją trudności w jednoznacznej klasyfikacji. Z jednej strony, forma prawna działania samodzielnych, publicznych zakładów opieki zdrowotnej jest silnie osadzona w prawie publicznym, z drugiej strony, sposób działania wskazuje na odchodzenie od klasycznych dla tej gałęzi prawa metod postępowania (stosunki prawne o charakterze administracyjnym ustępują stosunkom o charakterze cywilnoprawnym). Mamy do czynienia ze zjawiskiem, które postrzegane jest w literaturze⁵⁰, jako nie mieszczące się w tradycyjnych kategoriach prawnych. Zakres prowadzonej przez zakłady działalności „rozsadza” tradycyjne sposoby funkcjonowania publicznych zakładów.

Równocześnie, samodzielne, publiczne zakłady opieki zdrowotnej spełniają kryteria majątkowe, funkcjonalne i organizacyjne, jakie w myśl poglądów doktryny, winny determinować samorządowe oraz państwowe osoby prawne.

3. Ocena rozwiązania

Rozwiązanie, polegające na przyznaniu samodzielności z jednocześnie licznymi zabezpieczeniami ze strony organów założycielskich, podyktowane zostało względami, bezpieczeństwa z jednej strony (skoro w efekcie odpowiedzialność za działalność finansową zakładu obciążą budżet państwa lub jednostki samorządu terytorialnego), z drugiej, chęcią usprawnienia systemu działania publicznej służby zdrowia poprzez wprowadzenie na rynek usług leczniczych samodzielnie zarządzanych jednostek. Znaczenie wiodące odegrało bezpośrednie odciążenie organów założycielskich od problemów, związanych z deficytem środków na ochronę zdrowia. Dzięki mechanizmom wprowadzonym przez system powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, zakłady te zaczęły prowadzić bardziej racjonalną gospodarkę finansową. Jednocześnie ich status publicznoprawny nie uległ zmianie, samodzielny zakład opieki zdrowotnej pozostał, w tym sensie, elementem struktur organizacyjnych państwa lub samorządu terytorialnego. W ramach umów zawieranych z Kasami Chorych, samodzielne zakłady opieki zdrowotnej realizują ustawowo określone zadania z zakresu publicznej opieki zdrowotnej. Jednocześnie zakres publicznej opieki zdrowotnej uległ rozszerzeniu, opieka ta realizowana jest zarówno przez zakłady publiczne, jak i prywatne.

Zasadą, którą kieruje się polityka europejska wobec usług użyteczności publicznej, jest neutralność, co do form własności oraz statusu prywatno- lub publiczno-

⁴⁹ Środki finansowe, którymi dysponują Kasy Chorych ze składek na ubezpieczenie zdrowotne są uważane za środki publiczne, por. M. Dercz, H. Izdebski, op. cit. s. 155.

⁵⁰ zob. S. Biernat, op. cit. s. 74.

prawnego⁵¹. Z tej przyczyny docelowo należałoby stworzyć system, w którym samodzielne, publiczne zakłady opieki zdrowotnej nie miałyby uprzywilejowanej pozycji (ze względu na swój status publicznoprawny) w stosunku do innych podmiotów świadczących te same usługi medyczne. W zasadzie należałoby dążyć, w dłuższej perspektywie czasowej, do modelu, w którym obecność samodzielnych, publicznych zakładów opieki zdrowotnej maleje, rośnie zaś ilość zakładów prywatnych. W tym modelu byt publicznych zakładów opieki zdrowotnej powinien być ograniczony do działalności, polegającej na wykonywaniu drogich, wysoko specjalistycznych, procedur medycznych finansowanych z budżetu państwa. Te bowiem dziedziny w sposób naturalny pozostaną wyłączną domeną działalności państwa.

⁵¹ zob. M. Radwan-Rohrenscheff, *Przedsiębiorstwa świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym*, PiP 2/1997 r.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 r. (I ACa 69/00)

1. Dowodzenie konkretnego zawinienia w „procesach lekarskich” łączy się z określonymi trudnościami dowodowymi co do ścisłego i pewnego wskazania zdarzenia, w wyniku którego organizm pacjenta został zainfekowany wirusem wzw typu „B”.
2. Na gruncie tzw. dowodu *prima facie* ustalony przez sąd zespół okoliczności faktycznych, uzasadnia przyjęcie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy hospitalizacją pacjenta w szpitalu i niedołożeniem tam należytej staranności w przestrzeganiu reżimu sanitarnego, a późniejszym zachorowaniem na żółtaczkę.

Sąd Apelacyjny w Krakowie po rozpoznaniu w dniu 9 lutego 2000 r. w Krakowie, na rozprawie sprawy z powództwa T.N. przeciwko Skarbowi Państwa – Wojewodzie Małopolskiemu w Krakowie o zapłatę na skutek apelacji strony pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 września 1999 r., sygn. akt. IC 457/98 o d d a l a a p e l a c j ę i zasądza od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 1500 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Uzasadnienie

W częściowym uwzględnieniu powództwa T.N. o zapłatę kwoty 25 000 zł tytułem zadośćuczynienia (22 500 zł) i zwrotu kosztów leczenia (2500 zł) wywodzonego z faktu zachorowania przez powódkę na wirusowe zapalenie wątroby typu „B”, stwierdzonego jako następstwo zabiegów przebytych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. Rydygiera – Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 24 września 1999 r. zasądził od Skarbu Państwa – Wojewody Małopolskiego kwotę 18 000 zł z ustawowymi odsetkami od daty orzeczenia, w pozostałym zakresie powództwo oddalił i rozstrzygnął o kosztach procesu.

W uzasadnieniu swego orzeczenia Sąd ten poczynił następujące ustalenia faktyczne i oceny:

Powódka T.N. od 21 do 29 kwietnia 1997 r. była hospitalizowana na Oddziale Hematologii i Chorób Wewnętrznych Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Rydygiera z rozpoznaniem ostrego odmiedniczkowego zapalenia nerek. W okresie

hospitalizacji powódka miała wykonywane badania laboratoryjne, otrzymywała zastrzyki i kroplówki, była konsultowana ginekologicznie. W stanie dobrym wypisana do domu, w lipcu 1997 r. została przyjęta na Oddział Obserwacyjno-Zakaźny Szpitala im. Żeromskiego w Krakowie z rozpoznaniem wzw typu „B”. Przebieg leczenia był powikłany wodobrzuszem i zapaleniem pęcherzyka żółciowego. Po zakończeniu leczenia szpitalnego powódka przebywała w leczeniu ambulatoryjnym Poradni Hepatologicznej. W okresie pół roku przed zachorowaniem na żółtaczkę typu „B” powódka, dla celów analizy krwi, miała pobieraną krew w Poradni Rejonowej Nr 6 w Krakowie. Innych zdarzeń bądź zabiegów łączących się z przerwaniem ciągłości skóry nie miała. W szpitalu im. Rydygiera od 1996 r. notowano znaczące ilości zachorowań na wzw typu „B” u pacjentów uprzednio tam hospitalizowanych. Wzrost tych przypadków powodował, iż w 1998 r. zastosowano konieczność przeprowadzenia dochodzeń epidemicznych w przypadku zachorowania na wzw typu „B” u byłych pacjentów tego szpitala. Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym również opinię Zakładu Medycyny Sądowej Śląskiej Akademii Medycznej w Katowicach, Sąd Okręgowy uznał, iż pomiędzy przebytymi przez powódkę zabiegami w czasie hospitalizacji w szpitalu im. Rydygiera a następnie stwierdzonym zachorowaniem na wzw typu „B” istnieje adekwatny związek przyczynowy. Podniesione przez Szpital zarzuty o przestrzeganiu pełnego reżimu sanitarnego, z odwołaniem się do okresowych kontroli Sanepidu przeprowadzonych na terenie Szpitala, nie mogą być uznane za przesądające, skoro znacząca liczba zachorowań na wzw „B” u byłych pacjentów tego Szpitala dowodzi istnienia zaniedbań, które Sąd zakwalifikował jako tzw. winę beziemną jego funkcjonariuszy w rozumieniu art. 417 2 k.c. Wobec faktu, że Szpital ten został z dniem 18 grudnia 1998 r. przekształcony w Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej – odpowiedzialność za skutki objętego procesem zdarzenia ponosi Wojewoda Małopolski jako właściwa jednostka organizacyjna Skarbu Państwa. Należne powódce zadośćuczynienie winno wynosić kwotę 18 000 zł, będącą stosowną rekompensatą względem doznanych dolegliwości, bólowych, komplikacji w okresie leczenia żółtaczki a także tego faktu, że choroba ta nie pozostawiła trwałych następstw w stanie zdrowia powódki. Pozostałych szkód powódka nie udowodniła, stąd częściowe oddalenie jej powództwa.

Apelację od powyższego wyroku wniósł Skarb Państwa – Wojewoda Małopolski i powołując się na niewyjaśnienie wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, a także sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału – skarżący wnosi o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa, względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Apelacja zarzucała, iż dla zastosowania art. 417 k.c., jako podstawy odpowiedzialności w takim sporze, konieczne jest wykazanie bezpośredniego związku przyczynowego o wysokim stopniu prawdopodobieństwa, czego w świetle opinii Śląskiej Akademii Medycznej przyjąć nie sposób. Apelujący zarzucał również, iż zasądzona kwota jest niewspółmierną do doznanej krzywdy, bo rozstrój zdrowia powódki był nieznaczny i krótkotrwały.

Rozpoznając apelację strony pozwanej zważył Sąd Apelacyjny, co następuje:

Apelacja jest nieuzasadniona.

Wobec zarzutów kwestionujących zakres przeprowadzonych przez Sąd I instancji dowodów i ich ocenę – należy stwierdzić brak podstaw do przyjęcia twierdzonych apelacją wadliwości. Ustalenia faktyczne, jakie Sąd Okręgowy poczynił w sprawie, Sąd Apelacyjny w całości podziela i uznaje za własne. Wypada podkreślić, że w tym postępowaniu te wszystkie dowody, jakie wniosowała powódka a także te, które w ramach obrony procesowej podniósł pozwany Skarb Państwa – zostały przez Sąd przeprowadzone. Wobec odstąpienia przez procedurę od zasady prawdy materialnej (art. 4 k.p.c. nie obowiązuje od 1996 r.) nie można podzielić zarzutu apelacji, że nie wyjaśniono wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności. Sąd orzekający rozstrzygnął o podstawach faktycznych i prawnych odpowiedzialności w tym sporze w oparciu o te dowody, które strony zaoferowały, a w ustalonych w sprawie okolicznościach brak jest podstaw do postawienia mu zarzutu, iż winien – z urzędu – prowadzić jeszcze dalsze dowody (art. 232 k.p.c.), których zresztą apelujący nie artykułuje, bądź że dokonał oceny dowodów zgromadzonych z przekroczeniem reguły art. 233 k.p.c. Dowodzenie konkretnego zawinienia w tzw. procesach lekarskich łączy się z określonymi trudnościami dowodowymi co do ścisłego i pewnego wskazania zdarzenia, w wyniku którego organizm poszkodowanego został zainfekowany wirusem wzw typu „B”. Na gruncie tzw. dowodu *prima facie* ustalony przez Sąd Okręgowy krąg okoliczności faktycznych uzasadniał przyjęcie adekwatnego związku przyczynowego między hospitalizacją powódki w Szpitalu im. Rydygiera i niedołożeniem tamże należytej staranności w zakresie przestrzegania reżimu sanitarnego, a późniejszym zachorowaniem na wzw typu „B”. Wbrew zarzutom apelacji, ten zespół okoliczności faktycznych dowodzi wysokiego stopnia owego prawdopodobieństwa zakażenia, zwłaszcza w świetle informacji udzielonych przez Terenową Stację Sanepid, do której trafnie Sąd Okręgowy szczególnie się odwołuje. Przy tak rozłożonym ciężarze dowodu trzeba podkreślić, że podjęta przez pozwany Skarb Państwa obrona procesowa nie osłabiła wspomnianego prawdopodobieństwa, bowiem poza zaprzeczeniem przesłanek jego zaistnienia nie wykazano, by miały miejsce inne równie lub bardziej prawdopodobne przyczyny infekcji, względnie że mimo wykazanych ilościowo znaczących przypadków zachorowań na wzw typu „B” u pacjentów Szpitala im. Rydygiera – przeprowadzone u powódki zabiegi wykluczały możliwość zakażenia. W kontekście ujawnionych ilości zachorowań zbieżnych czasowo z przypadkiem powódki te przesłanki, które akcentuje opinia ZMS Śląskiej Akademii Medycznej co do związku czasowego i możliwości zakażenia w warunkach szpitalnych jako rozpoznanie wysokiej przyczyny zachorowań na to schorzenie, należy uznać za wyczerpujące przesłanki z art. 361 1 k.c.

Brak jest również podstaw do podzielenia zarzutów apelacji, że zasądzona kwota zadośćuczynienia jest wygórowana. W ślad za opinią ZMS należy podkreślić, iż przebieg leczenia wzw u powódki był średnio ciężki, powikłany wodobrzuszem i zapaleniem pęcherzyka żółciowego, po hospitalizacji wymagał stosowania ścisłej diety a skutki choroby (wyeliminowanie antygenów HBs) ustąpiły ok. 6 miesięcy po hospitalizacji (wykonane w dniu 19 stycznia 1998 r. badanie USG tak ocenione

wykazało jedynie równomiernie rozsiane pozapalne zwłóknienia w mięszu wątroby nie zwakwalifikowane jako trwałe następstwo, badania biochemiczne były w normie). Te wszystkie okoliczności były przedmiotem szczegółowej analizy dokonanej przez sąd orzekający, rozstrzygający o wysokości należnego powódce zadośćuczynienia. Wypada podkreślić, że stosownie do art. 445 1 k.c. kompetencja Sądu I instancji jest pierwszoplanowa, a ingerencja sądu odwoławczego winna dotyczyć tylko sytuacji, gdy sędziowska ocena zadośćuczynienia rażąco odbiega od kwot przyznawanych w podobnych co do stanu faktycznego i skutków przypadkach. Zasądzona na rzecz powódki kwota zadośćuczynienia dysproporcji takiej nie wykazuje, albowiem podobne sumy przyznawane są innym poszkodowanym po przebytej bezskutkowo wzw typu „B”.

Z tych względów apelacja strony pozwanej uległa oddaleniu na zasadzie art. 385 k.p.c. przy orzeczeniu o kosztach na zasadzie art. 98 i 108 1 k.p.c.

Mirosław Nesterowicz

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 (I ACa 69/00)

Glosowana sprawa dotyczy odpowiedzialności szpitala za szkody wyrządzone pacjentce na skutek zakażenia wirusem żółtaczki typu „B”. Jest to sprawa typowa, jakich wiele pojawia się na wokandach sądowych. Pozwane szpitale zwykle kwestionują fakt zakażenia pacjentów podczas hospitalizacji żądając, aby powód udowodnił w sposób pewny, że źródłem infekcji był szpital oraz winę szpitala czy personelu medycznego. Sprawy te nie są łatwe do rozstrzygnięcia, jako że zakażenia szpitalne, spowodowane przez bakterie czy wirusy, mogą się ujawnić zarówno podczas hospitalizacji, jak i później w zależności od okresu wylegania, a więc już po wypisaniu pacjenta do domu czy przeniesieniu do innego szpitala. Mimo wieloletnich postępowań sądowych większość tych spraw kończy się pozytywnie dla pacjentów, sądy uwzględniają powództwa w całości lub w części, a szpitale jeśli nie zawarły umowy ubezpieczenia OC, obejmującej zakażenia, muszą zapłacić odszkodowania. Do dnia 31 XII 1998 r. odszkodowania takie płacił z reguły Skarb Państwa (gdy chodzi o szpitale państwowe) lub gmina (gdy chodzi o szpitale miejskie). Natomiast od 1 I 1999 r. na skutek reformy systemu opieki zdrowotnej, odpowiedzialność odszkodowawczą ponoszą same zakłady opieki zdrowotnej, mające osobowość prawną, chyba że chodzi o szkody powstałe przed powyższą datą, nawet jeżeli ujawniły się później (orzecz. SN z 9 VI 1999 r., III CZP 11/99, OSN 1/2000, poz. 2). Zakłady te nie są już jednostkami budżetowymi, lecz są samodzielne, we własnym imieniu występują w obrocie prawnym i same odpowiadają za własne zobowiązania, w tym także za szkody wyrządzone pacjentom. Samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej ponoszą odpowiedzialność na tych samych zasadach jak państwowe lub samorządowe osoby prawne (art. 420-420¹ k.c.).

¹ Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za bezpieczeństwo pacjentów podczas hospitalizacji*, PiP 3/2001.

Poszkodowany, który dochodzi swoich roszczeń powinien udowodnić szkodę, winę zakładu leczniczego lub personelu medycznego (za który zakład odpowiada) i związek przyczynowy pomiędzy szkodą a zdarzeniem (pobytem w szpitalu, gdzie doznał zakażenia). Ciężar dowodu ułatwić mogą pacjentowi opinie biegłych czy instytucji sprawujących nadzór epidemiologiczny co do stanu sanitarnego szpitala, liczby i częstotliwości zakażeń w danym szpitalu, przestrzegania higieny itp. Sąd może stosować wówczas domniemanie faktyczne niedbalstwa szpitala i związku przyczynowego na podstawie art. 231 k.p.c. Przepis ten głosi: „Sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemania faktyczne)”.

W procesach sądy dążą do ustalenia prawdopodobieństwa zakażenia w pozwanym szpitalu, i jeżeli prawdopodobieństwo to jest wysokie, graniczące z pewnością, uwzględniają powództwo. Niejednokrotnie opierają się na domniemaniach faktycznych na podstawie art. 231 k.p.c.

Ułatwia to znacznie sytuację prawną poszkodowanego powoda i jest zgodne z tendencjami orzecznictwa wielu krajów, że szpital jest zobowiązany do zapewnienia pacjentowi „bezpieczeństwa pobytu”¹. Warto tu wskazać na wcześniejsze orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 X 1992 r. (I ACr 374/92, OSA Kr r II, poz. 44), w którym stwierdzono: „Zakład leczniczy jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu ochrony pacjentów przed niebezpieczeństwem zakażenia chorobą zakaźną. Jeżeli naruszenie tego obowiązku powoduje zwiększenie ryzyka infekcji i z tym właśnie ryzykiem łączy się choroba zakaźna pacjenta, zakład leczniczy ponosi odpowiedzialność za doznaną przez pacjenta szkodę, chyba że przeprowadzi dowód, iż szkoda ta jest następstwem innych okoliczności. Wymaganie od osoby poszkodowanej, aby wykazała bezpośredni związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem zwiększającym ryzyko infekcji a zakażeniem chorobą zakaźną, łączyłoby się dla osoby poszkodowanej z trudnościami dowodowymi nie dającymi się w praktyce przewyciężyć”.

Nie można również stawiać wymagania, aby istniał pewny i bezpośredni związek przyczynowy pomiędzy pobytem pacjenta w szpitalu a doznany zakażeniem. Kodeks cywilny w art. 361 1 wymaga, aby związek przyczynowy był normalny (adekwatny), nie wymaga zaś pewności ani bezpośredniości. Zobowiązany do odszkodowania (szpital) ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Są to takie, które zwykle w danych okolicznościach następują. Nie jest przy tym istotne, aby skutek pojawiał się zawsze. Najczęściej dowód pewności związku przyczynowego nie jest możliwy, gdyż w większości przypadków można mówić tylko o prawdopodobieństwie wysokiego stopnia, a rzadko o pewności, czy wyłączności przyczyny. Na powstanie szkody ma lub może mieć wpływ wiele czynników i należy tylko ustalić, w jakim stopniu prawdopodobieństwa, wobec innych czynników, pozostaje niedbalstwo lekarza czy szpitala. Jeżeli zachodzi prawdopodobieństwo wysokiego stopnia, że przyczyna szkody leży po stronie szpitala, należy uznać związek przyczynowy za ustalony. Żądanie absolutnej pewności związku przyczynowego nie byłoby ani realne, ani uzasadnione. W tym kierunku wielokrotnie wypowiadał się Sąd Najwyższy. W orzecz. z 5 VII 1967 r.

(I PR 74/67, OSN 2/1968, poz. 26, uzasadn. s. 53) stwierdził: „W procesie nie da się przeprowadzić dowód bez reszty. Jest to częstokroć utrudnione aktualnym stanem wiedzy medycznej, która nie zawsze jest w stanie dać stanowczą odpowiedź na każde pytanie. W takiej sytuacji sąd może, po rozważeniu całokształtu okoliczności sprawy, uznać dowód za przeprowadzony, mając na uwadze wysoki stopień prawdopodobieństwa (...)”.

Tą też drogą poszedł Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny w Krakowie. Prawdopodobnie przyjęto, że znacząco wzrastająca liczba zachorowań na żółtaczkę typu „B” u byłych pacjentów szpitala dowodzi istnienia zaniedbań sanitarnych i stosowanej w polskim orzecznictwie „winy bezimiennej” (anonimowej) lekarzy i personelu medycznego. Osobiście byłbym jednak zdania, że stan epidemiczny w szpitalu świadczy raczej o winie własnej szpitala jako osoby prawnej (czy w dawnym systemie prawnym zakładów opieki zdrowotnej Skarbu Państwa). Jednakże od uchwały SN z 15 II 1971 r. (III CZP 33/70, OSN 4/1971, poz. 59) w judykaturze dominuje pogląd, że Skarb Państwa nie ma w zakresie odpowiedzialności za winę własną zdolności deliktowej, a więc zawsze odpowiada za winę cudzą, winę swoich funkcjonariuszy.

Sąd Apelacyjny w Krakowie, uznając adekwatny związek przyczynowy pomiędzy hospitalizacją pacjentki a zachorowaniem na wzw typu „B”, powołał się na tzw. dowód *prima facie* stosowany w większości jurysdykcji amerykańskich w „procesach lekarskich”². Dowód ten polega na tym, że niedbalstwo pozwanego wynika z okoliczności danego przypadku. Zasada, która na to pozwala, jest powszechnie nazywana *res ipsa loquitur*. Aby taki dowód przeprowadzić musi być spełnionych kilka przesłanek: 1) zdarzenie nie miało by miejsca, gdyby pozwany dołożył należytej staranności, 2) istnieje duże prawdopodobieństwo, że zdarzenie nastąpiło w czasie, gdy powód znajdował się pod kontrolą pozwanego, 3) zachowanie się powoda w tej sytuacji było bierne, aby nie można było wyprowadzić wniosku, że sam sobie wyrządził szkodę. Jeżeli przesłanki te są spełnione można wnioskować, że szkoda powstała w wyniku niedbalstwa pozwanego (lekarza, szpitala). Zachodzi wtedy domniemanie jego winy i związku przyczynowego, które ten może obalić wskazując np., że szkoda powstać mogła z innych przyczyn, za które on nie ponosi odpowiedzialności. W danej sprawie szpital takich przyczyn ani nie wskazał, ani nie udowodnił.

W doktrynie polskiej już dawno postulowano przyjęcie dowodu *prima facie*, choć były też głosy przeciwne. Sądzę, że nie ma przeszkód, aby bez zmiany ustawodawstwa dowód ten stosować na podstawie art. 231 k.p.c. Sąd może korzystać nie tylko z dowodów bezpośrednich i absolutnie pewnych, lecz także z dowodów pośrednich o dużym stopniu prawdopodobieństwa; może uznać za ustalone fakty, mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów³.

² Por. M. Nesterowicz, *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 166.

³ Por. M. Sośniak, *Zagadnienie związku przyczynowego a dowód prima facie w procesach lekarskich*. Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki, Warszawa-Wrocław 1967, s. 343.

Stanisław M. Przyjemski

Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2001 r. (I KZP 5/01)

Teza

Pełnienie funkcji publicznej, o której mowa w art. 228 § 1 KK, obejmuje czynności ordynatora w publicznym zespole opieki zdrowotnej, zarówno związane z administrowaniem, jak i udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymienionych w art. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997 r. nr 28, poz.152 ze zm.) oraz art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. nr 91 poz. 408 ze zm.) – finansowanych ze środków publicznych.

Glosa

Na ukazanie się tak precyzyjnego i wyjaśniającego dotychczasowe wątpliwości orzeczenia Sądu Najwyższego środowisko prawnicze i medyczne oczekiwało trzydzieści lat. Przypomnijmy okoliczności w jakich doszło do tego trafnego rozstrzygnięcia.

Sąd Rejonowy w C. wyrokiem z dnia 28 października 1999 r. uznał Janusza K. za winnego popełnienia trzech przestępstw zakwalifikowanych z art. 228 § 1 KK, polegających na tym, iż jako ordynator Oddziału Ortopedii i Chirurgii Urazowej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w C. w związku z pełnioną funkcją przyjmował korzyści majątkowe.

Obrońca oskarżonego zaskarżył wymieniony wyrok zarzucając w apelacji obrazę przepisów prawa materialnego. Miała ona polegać na wyrażeniu przez sąd meriti jakoby błędnego poglądu, że przestępstwo określone w przepisie art. 228 § 1 KK popełnić mogą również osoby nie będące funkcjonariuszami publicznymi. Sąd drugiej instancji w C. odroczył rozpoznanie tej sprawy i w trybie art. 441 § 1 kpk skierował ją do Sądu Najwyższego formułując pytanie: „*Czy podmiotem odpowiedzialno-*

ści łapownictwa biernego może być ordynator oddziału przyjmującego korzyść majątkową w związku z decyzjami dotyczącymi przedmiotu leczenia, czy też tylko i wyłącznie w związku z wykonywaniem czynności administracyjnych w zakładzie publicznej służby zdrowia (szpitala)”. Uzasadniając treść tego pytania sąd okręgowy zauważył, że wobec zmiany stanu prawnego (wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r.), a także braku jednolitego poglądu w doktrynie, rodzi się problem, czy przestępstwo określone w art. 228 KK może popełnić jedynie funkcjonariusz publiczny, czy także osoba spoza kręgu funkcjonariuszy publicznych wymienionych w art. 115 § 3 KK.

Sąd Najwyższy orzekając w składzie trzyosobowym, podnosząc wagę zagadnienie oraz stopień skomplikowania niezbędnej analizy prawniczej oraz szczególne zainteresowanie społeczne sprawami szeroko rozumianej korupcji, na posiedzeniu w dniu 27 marca 2001 r., kierując się treścią art. 441 § 2 kpk, przedstawił to zagadnienie powiększonemu składowi tego sądu. Wskazał, uzasadniając tę decyzję, że pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. w orzecznictwie jednolicie przyjmowano, iż ordynator szpitala może być podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego (art. 239 KK z 1969 r.), albowiem jako „osoba zajmująca kierownicze stanowisko... w innej państwowej jednostce organizacyjnej” jest funkcjonariuszem publicznym zgodnie z art. 120 § 11 KK z 1969 r. Podkreślić należy, że prokurator Prokuratury Krajowej w pisemnym wniosku z 28 lutego 2001 r. wniósł o podjęcie uchwały, iż ordynator oddziału szpitala, będącego publicznym zakładem opieki zdrowotnej, odpowiada za przestępstwo określone w art. 228 § 1 KK tylko wówczas, gdy przyjmuje korzyść majątkową w związku z wykonywaniem przez niego czynności związanych z tym stanowiskiem. Czy zatem w sytuacji, kiedy lekarz nie występuje we wzajemnej relacji z pacjentem jako osoba wyposażona w określone prerogatywy władcze, nazwijmy je tu – imperium urzędnicze, od którego decyzji zależeć będzie dalsze postępowanie z pacjentem przez poszczególne struktury organizacyjne służby zdrowia (lub z tą służbą związane), ale jedynie jako fachowiec bezpośrednio diagnozujący stan zdrowia tego pacjenta i podejmujący w stosunku do niego najważniejszą, w jego subiektywnym przekonaniu, czynność leczniczą, może również stać się podmiotem przestępstwa z art. 228 § 1 KK? Jak widać z treści głosowanej tezy Sąd Najwyższy wyszedł poza ten wniosek uznając, że znamię „pełnienie funkcji publicznej”, odnosi się nie tylko do administrowania, czyli w tym przypadku zarządzania procesem leczenia ale także do osobistego wykonywania czynności leczniczych. Czynności te to udzielanie świadczeń zdrowotnych.

Wniosek Prokuratora Krajowego, o którym wyżej, wziął się zapewne stąd, że „pełnienie funkcji publicznej” w rozumieniu art. 228 § 1 obecnego kodeksu karnego i art. 239 § 1 d.KK, wprawdzie w odniesieniu do lekarza, z trudem przedzierało się przez poglądy doktryny i orzecznictwo sądów, jednakże ostatecznie osiągnięto konsens, że lekarz może być podmiotem tego przestępstwa w takich okolicznościach, w jakich działanie tego lekarza, ze względu na jego aktualny status w hierarchii zawodowej i struktury służby zdrowia, może być porównywane do działania urzędnika na kierowniczym stanowisku. Zagadnieniu temu wiele uwagi poświęca E. Zielińska. Przypomina, że kodeks karny z 1932 r. nie zawierał definicji urzędni-

ka. W myśl natomiast art. 21 ust. 3 rozporządzenia prezydenta RP z 22 marca 1928 r. o zakładach leczniczych, funkcjonariusze szpitali publicznych podlegali odpowiedzialności karnej i korzystali z opieki prawa na równi z urzędnikami publicznymi. W miarę rozwoju społecznej służby zdrowia, w okresie powojennym – wywodzi ta Autorka – problem, czy i ewentualnie kiedy lekarz zatrudniony w społecznej służbie zdrowia może być podmiotem przestępstwa urzędniczego, nabierał szczególnej aktualności. Przy założeniu, że jest on urzędnikiem, zakres jego odpowiedzialności podlegał znacznemu rozszerzeniu. Mógł odpowiadać m.in. za przestępstwo łapownictwa biernego (art. 290 KK z 1932 r.) i nadużycie władzy (art. 286 KK z 1932 r.). Wskazuje też, że orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz stanowisko polskiej doktryny w przedmiocie stosowania do lekarzy przepisów dotyczących przestępstw urzędniczych nie miało charakteru jednolitego i zmieniało się w miarę upływu czasu¹. Mogłoby się wydawać, że kłopoty z wyczerpującą klasyfikacją w tym przedmiocie ustąpią ostatecznie wraz z zastąpieniem przez kodeks karny z 1969 r. określenia „urzędnika” pojęciem „funkcjonariusz publiczny” prezentując definicję tego pojęcia w 11 art. 120 KK. Jednakże pojawienie się w tymże kodeksie, w treści art. 238 i w treści art. 239 § 1 KK nowego znamienia przestępstwa „pełnienie funkcji publicznej”, znamienia obcego kodeksowi karnemu z 1932 r. (art. 238 KK z 1969 zastąpił przepis art. 136 KK z 1932 r. natomiast art. 239 KK z 1969 odpowiednio przepis art. 290 KK z 1932 r.; w obu przypadkach – *mutatis mutandis*) wprowadziło istotne niejasności co do wzajemnej relacji pojęć „funkcjonariusz publiczny” (w rozumieniu treści art. 120 § 11 KK) a „pełnienie funkcji publicznej” (w takim kontekście, jak w art. 238 i 239 KK).

Zmagania zarówno doktryny, jak i Sądu Najwyższego, trwające przez prawie 27 lat obowiązywania poprzedniego kodeksu karnego, wokół znalezienia satysfakcjonującej, zarówno interes wymiaru sprawiedliwości jak i opinię publiczną a w tym w szczególności środowisko lekarskie odpowiedzi w kwestii, kiedy lekarz występuje w roli funkcjonariusza publicznego a kiedy jego działanie zawodowe może być traktowane jako pełnienie funkcji publicznej, nie doprowadziły do wypracowania jednolitego stanowiska.

Powołana Autorka wyodrębniła w tym zakresie trzy zasadnicze grupy poglądów. Mianowicie: W latach pięćdziesiątych i na przełomie lat sześćdziesiątych dominoowało stanowisko, że lekarz zatrudniony w zakładzie społecznej służby zdrowia powinien zawsze być traktowany jako urzędnik niezależnie od tego, czy wykonywanie przez niego obowiązków polegało na funkcjach administracyjnych, czy na leczeniu.

Inne stanowisko prezentowali ci, którzy dopatrywali się racji w orzeczeniu SN iż: „... nie jest urzędowaniem ani czynnością urzędową samo tylko wykonywanie zawodu w całkowitym oderwaniu od uczestnictwa w spełnianiu zadań organów władzy i administracji państwowej”. Orzeczenie to (postanowienie składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 1963 r. nr V/Ko4/63) opierało się na przekonaniu, że czynnościom czysto leczniczym nie można nadawać charakteru urzędowego.

¹ Eleonora Zielińska: *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*. LIBER, Warszawa 2001, s. 35 i nast.

Trzecie stanowisko w tej kwestii to opieranie się na konieczności wprowadzenia różnicowania podstaw odpowiedzialności lekarza w zależności od charakteru zachowania podlegającego ocenie prawnokarnej, zwłaszcza odpowiednio do tego, czy zachowanie to wiązało się z pełnieniem funkcji zarządu administracyjnego, czy też polegało wyłącznie na wadliwym leczeniu.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanej uchwały dokonał niezwykle precyzyjnej analizy prawnej zagadnienia będącego przedmiotem tego orzeczenia. Analizę tę oparł na sądowej wykładni przepisów tych ustaw, które to przepisy uzasadniają zajęte w tej sprawie stanowisko. Tak więc, poza odwołaniem się do aktów prawnych, zawartych w tezie orzeczenia, w uzasadnieniu swojej uchwały zwrócił uwagę na relację tych przepisów do ustawy z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. nr 28 poz.153 ze zm.) oraz do przepisu o znaczeniu, w tym przypadku, fundamentalnym, tj. treści art. 68 Konstytucji. Ustawa zasadnicza w wymienionym art. 68, wskazując na prawo każdego do ochrony zdrowia, stanowi jednocześnie, że władze publiczne zapewniają obywatelom równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. To przyrzeczenie zaś realizowane jest w ramach ochrony zdrowia w formie „powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego” co reguluje właśnie wspomniana ustawa z 6 lutego 1997 r. W tej ustawie – przypomina Sąd Najwyższy – zostały unormowane zasady owego ubezpieczenia, obowiązek ubezpieczenia zawodowego, składka na powszechne ubezpieczenie zdrowotne, świadczenia ubezpieczenia zdrowotnego, organizacja udzielania świadczeń, ustrój Kas Chorych, ich gospodarka finansowa, postępowanie w indywidualnych sprawach oraz nadzór nad wykonywaniem ubezpieczenia zdrowotnego.

W tym miejscu uważam za stosowne przypomnieć, że treść art. 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej precyzuje, że świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych, regulujących zasady ich wykonywania, w szczególności związane z:

- 1) badaniem i poradą lekarską,
- 2) leczeniem,
- 3) badaniem i terapią psychologiczną,
- 4) rehabilitacją leczniczą,
- 5) opieką nad kobietą ciężarną i jej płodem, porodem, położeniem oraz nad noworodkiem,
- 6) opieką nad zdrowym dzieckiem,
- 7) badaniem diagnostycznym, w tym z analityką medyczną,
- 8) pielęgnacją chorych,
- 9) pielęgnacją niepełnosprawnych i opieką nad nimi,
- 10) opieką paliatywno-hospicyjną,
- 11) orzekaniem i opiniowaniem o stanie zdrowia,
- 12) zapobieganiem powstawaniu urazów i chorób poprzez działania profilaktyczne oraz szczepienia ochronne,

- 13) czynnościami technicznymi z zakresu protetyki i ortodoncji,
- 14) czynnościami z zakresu zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze.

Jeśli więc, stosownie do treści art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. wykonywanie zawodu lekarza polega przede wszystkim na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich (a co się uważa za świadczenie zdrowotne zostało wyżej taksatywnie wyliczone), to przyjąć należy, że decyzja podjęta przez lekarza w ramach tego świadczenia (tym bardziej, jeśli jest potwierdzone wydaniem opinii czy orzeczenia lekarskiego a więc stosownym dokumentem w rozumieniu treści § 14 art. 115 KK) może wywołać określone skutki w sferze publicznej, zwłaszcza w zakresie powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Pozostało jednak pytanie, czy lekarz, który podjął się świadczenia zdrowotnego w jednej z wymienionych form, bądź wydał opinię czy orzeczenie, a który ze względów oczywistych nie mógł zostać uznany za funkcjonariusza publicznego, mógł jednak zostać potraktowany jako osoba, która w momencie dokonywania tej czynności pełniła funkcję publiczną. Jeśli cechą wyróżniającą funkcję publiczną jest posiadanie określonego zakresu uprawnień pozwalających na kształtowanie treści wykonywanych zadań w sferze publicznej, co jako pewnik przyjmuje Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanej uchwały, to należało udzielić tu odpowiedzi pozytywnej. Stąd też w przedmiotowej uchwale zwrócono uwagę na konieczność każdorazowego ustalenia, czy rzeczywiście chodzi o osobę pełniącą funkcję publiczną, chociaż nie będącą funkcjonariuszem publicznym.

W rozważaniach Sądu Najwyższego w tej sprawie, akceptowanych przeze mnie co do wywiedzenia przez tenże wniosek końcowego, zabrakło, uważam, dodatkowego argumentu, że lekarz w pewnych okolicznościach wykonywania swego zawodu uznany za osobę pełniącą funkcję publiczną, jest jednakże zawsze osobą zaufania publicznego. Ta konstatacja ma szczególne znaczenie jeśli od jego opinii czy orzeczenia, o treści oczekiwanej przez pacjenta, choć nie odpowiadającej prawdzie, a wydanej po uprzednim przyjęciu korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy, zależeć będzie określona zaszłość w sferze stosunków publicznoprawnych. Wprawdzie wydaje się nie ulegać wątpliwości, że lekarz jest osobą zaufania publicznego, jednakże nie od rzeczy będzie przekonanie to umocnić.

Ustawa o izbach lekarskich z 17 maja 1989 r. (Dz.U. nr 30 poz. 158 z późn. zm.) jest jednym z tych aktów prawnych, o których traktuje art. 17 Konstytucji iż „W drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby, wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytych wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”.

Sąd Najwyższy w wyroku Izby Karnej z dnia 3 grudnia 1997 r. (VKKN 296/96) orzekł, iż podmiotem przestępstwa z art. 266 KK (obecnie z art. 271 aktualnego kodeksu karnego – uwaga SMP) może być „... albo funkcjonariusz publiczny, albo

inna osoba, spełniająca czynność, jakby w uzupełnieniu kompetencji tego funkcjonariusza, upoważniona do „poświadczenia” osobie trzeciej okoliczności mających znaczenie prawne. Owo „poświadczenie” należy rozumieć jako „wystawienie dokumentu”... któremu przysługuje cecha zaufania publicznego i w związku z tym domniemania prawdziwości”.

Prezentowana tu i glosowana uchwała zawarła wyczerpującą i jasną odpowiedź na pytanie postawione przez Sąd Okręgowy w C. Sądowi Najwyższemu. Teza wyeksponowana na kanwie tej sprawy byłaby jednak jeszcze pełniejsza, gdyby Biuro Orzecnictwa SN rozszerzyło ją o pkt 2, w którym zostałyby umieszczone trafne stwierdzenie zawarte w przedostatnim akapicie uzasadnienia tej uchwały, iż *„Decydujące znaczenie dla uznania udzielania świadczeń zdrowotnych za mieszczące się w pojęciu pełnienia funkcji publicznej ma bowiem nie to, w jakim zakładzie opieki zdrowotnej są one wykonywane, tj. czy w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, czy też niepublicznym zakładzie opieki zdrowotnej, lecz to, czy są one wykonywane w ramach przysługujących osobie uprawnionej (pacjentowi) świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych”*.

Igor Szwiec

**Recenzja książki Prof. dr hab. n. prawn.
Eleonory Zielińskiej, *Odpowiedzialność zawodowa
lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*,
Liber, Warszawa 2001, ss. 401**

Monografia Eleonory Zielińskiej jest pracą obszerną i na dzień dzisiejszy stanowi najpełniejsze i najaktualniejsze opracowanie zagadnień związanych z praktyką orzeczniczą sądów lekarskich jako organów samorządu zawodowego lekarzy.

E. Zielińska niejednokrotnie już w formie syntetycznej opracowywała zagadnienia z pogranicza prawa, medycyny i etyki (nie tylko zawodowej)¹. W najnowszej swej publikacji ujęła obszernie specyfikę organów samorządu lekarskiego, status jego członków, kwestie posiłkowego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej.

Autorka przyjęła podział pracy na cztery rozdziały, poprzedzone wprowadzeniem (s. 9-10), w którym przedstawiono różnorodność przyporządkowania odpowiedzialności zawodowej do form odpowiedzialności stricte jurydycznej, wynikającej wprost z ustawy. I tak w Polsce odpowiedzialność zawodowa uznawana jest za odpowiedzialność quasi-karną, natomiast w innych krajach zalicza się do odpowiedzialności administracyjnej czy też cywilnej z racji posiłkowego stosowania odpowiednich przepisów proceduralnych.

Rozdział pierwszy podzielony na sześć podrozdziałów zatytułowano „Samorząd zawodowy i jego uprawnienia wobec członków”. W rozdziale tym Autorka po kolei

¹ Z publikacji nieco starszych: E. Zielińska, *Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, *Studia Juridica*, XVI, 1988; E. Zielińska, *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990; Oraz z okresu ostatnich kilku lat: E. Zielińska, *Oceny prawnokarne przerywania ciąży*, Warszawa 1995; E. Zielińska, *Transplantacja w świetle przepisów w Polsce i na świecie*, *PiP* 1996, z.6; E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza a odpowiedzialność karna*, *Prawo i medycyna*, Nr 1, 1999; E. Zielińska, *Powinność lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, *Medycyna i Prawo*, Nr 5, 2000.

omawia zadania i charakter prawny organów izb lekarskich, wzajemne relacje pomiędzy tymi organami a organami państwowymi, próbuje uporządkować istniejący chaos terminologiczny pomiędzy pojęciami odpowiedzialności zawodowej i dyscyplinarnej. Niemniej jednak w dalszym wykładzie terminy odpowiedzialność „dyscyplinarna” i „zawodowa” są używane zamiennie. Wiadomo, iż poza lekarzami analogiczną do odpowiedzialności zawodowej formę odpowiedzialności ponoszą także inne grupy zawodowe, na przykład adwokaci, radcowie prawni, notariusze, nauczyciele akademicki, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi, maklerzy. Cechą wspólną tych zawodów jest szczególny sposób nabywania uprawnień, z którym koresponduje specjalny tryb ich utraty (s. 29). Ze swej istoty zawody te wykonywane są samodzielnie i niezależnie i w wielu krajach znane są jako „wolne zawody”. Dyskusyjne, moim zdaniem, jest twierdzenie Autorki, iż „w Polsce nie ma przepisu, który wyraźnie by stwierdzał, iż zawód lekarza jest wolnym zawodem” (s. 32), pamiętając o przewidzianej w art. 86 kodeksu spółek handlowych² możliwości utworzenia spółki partnerskiej w celu wykonywania wolnego zawodu³. W kolejnym podrozdziale E. Zielińska skupia swą uwagę na kontrowersyjnym od 1997 roku zagadnieniu, czy lekarz jest funkcjonariuszem publicznym czy nim nie jest.

Samo ukończenie studiów medycznych jest zaledwie pierwszym krokiem dla osób, którzy chcą podążać ścieżką Hipokratesa i nie wchodzić przy tym w konflikt ze ślepą Temidą. Swego rodzaju „przepustką” do wymarzonego zawodu jest dopiero pozwolenie, licencja, certyfikat, znany jako „prawo wykonywania zawodu”. Doskonale operując materiałem faktograficznym z krajów europejskich, Autorka przybliża czytelnikowi warunki uzyskania prawa wykonywania zawodu (m.in. posiadanie dyplomu ukończenia wyższej szkoły medycznej, odbycie stażu podyplomowego, posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych, odpowiedni stan zdrowia, nienaganna postawa etyczna) przez obywateli RP tak i przez cudzoziemców przebywających w Polsce. Prawo wykonywania zawodu lekarza nie jest uprawnieniem dożywotnim. Szczególne przyczyny utraty czy też ograniczenia tego prawa (tj. dyskwalifikacja z powodu alkoholizmu, narkomanii, kalectwa, choroby umysłowej lub somatycznej; niedostateczne przygotowanie zawodowe, brak wiedzy medycznej albo przerwa w wykonywaniu ponad pięć lat) omówione zostały w części końcowej pierwszego rozdziału.

Rozdział drugi, podzielony na osiem podrozdziałów, poświęcony jest kwestiom ustrojowym i materialnoprawnym odpowiedzialności zawodowej i odpowiedzialności karnej. Wyeksponowano w nim zasadnicze podobieństwa i różnice oraz rozwój historyczny tych rodzajów odpowiedzialności. Szczególne zainteresowanie może

² Ustawa z dnia 15 września 2000 roku Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037).

³ Partnerami w takiej spółce mogą być wyłącznie osoby fizyczne uprawnione do wykonywania wolnych zawodów, określonych w art. 88 k.s.h. (art. 87 k.s.h.). Partnerami w spółce partnerskiej mogą być osoby uprawnione do wykonywania następujących zawodów: adwokata, aptekarza, architekta, biegłego rewidenta, brokera ubezpieczeniowego, doradcy podatkowego, księgowego, lekarza, lekarza stomatologa, lekarza weterynarza, notariusza, pielęgniarki, położnej, radcy prawnego, rzecznika patentowego, rzeczoznawcy majątkowego i tłumacza przysięgłego (art. 88 k.s.h.).

wzbudzić podrozdział omawiający stosowaną praktykę orzecniczą organów ochrony praw człowieka w Strasburgu w kwestiach odpowiedzialności zawodowej lekarzy – obywateli państw członkowskich UE (s. 94-103). Zagadnieniom składu organu orzekającego sądu lekarskiego, zakresowi i podstawom podmiotowym i przedmiotowym oraz źródłom prawa dyscyplinarnego lekarskiego poświęcone są kolejne rozważania. Warto w tym momencie wspomnieć, iż Konstytucja z roku 1997 w art. 175 podaje *numerus clausus* organów wymierzających sprawiedliwość (Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne, sądy wojskowe). Wynika stąd logicznie pytanie, czy praktyka sądów lekarskich w ogóle jest sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. W przekonaniu Autorki, owszem, jest (s. 106). Omawiając źródła lekarskiego prawa wewnątrz korporacyjnego nie sposób było ominąć kontrowersji wokół charakteru prawnego Kodeksu Etyki Lekarskiej. Ewolucje tych sporów wokół KEL E. Zielińska zilustrowała starannie dobranym orzecnictwem z praktyki Rzecznika Praw Obywatelskich i Trybunału Konstytucyjnego (s. 119-135). Nierzadko zdarza się, iż osoba podpada pod działanie przepisów o odpowiedzialności zawodowej, lecz przepisy prawa karnego w tejże sytuacji nie przewidują żadnej sankcji. Takie zagadnienia pokrywają się czy krzyżowania podstaw odpowiedzialności analizuje Autorka w kolejnym podrozdziale. Rozważaniami na temat systematyki sankcji dyscyplinarnych (upomnienie, nagana, zawieszenie czy pozbawienie prawa wykonywania zawodu) i dopuszczalności podwójnego karania za przewinienia zawodowe czy dyscyplinarne Autorka zamyka rozdział drugi.

Rozdział trzeci (s. 157-330), najbardziej chyba interesujący, omawia postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej. Jak wspomniałem na wstępie, przepisy regulujące odpowiedzialność zawodową mają charakter quasi-karny, co wynika z klauzuli generalnej, zawartej w art. 57 ustawy o izbach lekarskich, która przewiduje odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego w sprawach nie uregulowanych w tej ustawie do postępowania w sprawach odpowiedzialności zawodowej. Jedyną sytuacją, gdy możliwe jest odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego, jest przewidziany przez art. 58 wspomnianej wyżej ustawy o izbach lekarskich polubowny tryb rozstrzygania sporów pomiędzy lekarzami (nie zaś między lekarzami i pacjentami). Zasadom postępowania poświęcony jest następny podpunkt. Pokrywają się one generalnie z zasadami procesu karnego. Wyłomem z ww. zasad można nazwać kwestie jawności rozprawy, gwarantowanej nie tylko przez k.p.k. (art. 355), ale też przez Konstytucję (art. 45). Wyłączenie jawności rozprawy może mieć m.in. miejsce, gdyby jawność mogła: obrażać dobre obyczaje; wywołać zakłócenia spokoju publicznego; ujawnić okoliczności, które ze względu na ważny interes państwa powinny być zachowane w tajemnicy; ujawnić okoliczności, które ze względu na ważny interes prywatny powinny być zachowane w tajemnicy (s. 175-176). Na następnych stronach Autorka omawia status stron postępowania (m.in. rzecznika odpowiedzialności zawodowej, lekarza którego postępowanie dotyczy), pokrzywdzonego, obrońcy, innych przedstawicieli stron oraz status i właściwość sądów lekarskich. Kolejne podrozdziały szczegółowo omawiają zagadnienia postępowania dowodowego, tryb postępowania

nia wyjaśniającego, przebieg rozprawy przed sądem lekarskim pierwszej instancji, kolejność postępowania odwoławczego, etc.

W rozdziale czwartym „Ilustracje wybranych przewinień zawodowych” Eleonora Zielińska wyeksponowała problem ogłaszania się lekarzy oraz zakaz ich reklamowania się. Poruszone zostały kwestie prawa lekarzy będących pracownikami, do strajku. Omówiono tzw. „klauzulę sumienia”, która usprawiedliwiłaby odmowę lekarza od świadczenia czynności medycznej oraz warunki legalności leczenia bez uzyskania świadomej zgody pacjenta.

W uwagach końcowych Autorka wskazuje na monopolistyczną pozycję lekarskiego samorządu zawodowego, „...tylko bowiem lekarze są uprawnieni do świadczenia usług medycznych w zakresie leczenia; wykonywanie zawodu lekarza bez uprawnień podlega bowiem karze. Dlatego też większość regulacji korporacyjnych nie jest wyłącznie sprawą wewnątrzorganizacyjną, gdyż, co najmniej pośrednio, dotyka wszystkich obywateli, którzy korzystają z usług jej członków. Z tego m.in. względu korporacja powinna być poddana [...] kontroli społecznej” (s. 393). I trudno z tym wywodem się nie zgodzić.

W ogólnej ocenie należy podkreślić, że praca E. Zielińskiej oparta jest na starannym wykorzystaniu źródeł prawnych (krajowych i zagranicznych), co pozwoliło Autorce na zachowanie dystansu wobec różnorodnych poglądów wyrażanych w dotychczasowej literaturze oraz na zajęcie własnego stanowiska w kwestiach spornych. Publikacja ta stanowi interesujący przykład twórczej refleksji zawierającej zarówno krytyczną ocenę aktualnej sytuacji w polskim prawie medycznym, jak też wskazanie kierunków postulowanych przemian. Liczne spostrzeżenia o charakterze prawnoporównawczym sprawiają, iż omawiana książka zasługuje na uwagę nie tylko jurystów, zajmujących się prowadzeniem „spraw lekarskich”, lecz także i medyków.

Zygmunt Krawczyński

Czy krew musi być towarem?

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej uchwalił 22 sierpnia 1997 roku ustawę o publicznej służbie krwi (Dz.U. R.P. Nr 106, Warszawa, dnia 11 września 1997 r). Ustawa weszła w życie dnia 1 stycznia 1999 roku. Zaakcentowała przede wszystkim rolę Państwa w organizacji służby krwi i jej zadania. Zamknęła w pewien sposób okres dotychczasowej działalności i otworzyła zupełnie nowy, zarówno pod względem organizacyjnym jak i merytorycznym. Zbliżyła organizację publicznej służby krwi do narodowych służb krwi w niektórych krajach Europy Zachodniej.

Obecnie, po rocznym działaniu tej ustawy, pojawiły się pewne niepokojące symptomy, które budzą troskę w wielu środowiskach medycznych i ruchu honorowego krwiodawstwa, o dalszy rozwój służby krwi w obrębie dystrybucji krwi i środków krwiopochodnych dla zakładów opieki zdrowotnej. Ustawa nie satysfakcjonuje także Polskiego Czerwonego Krzyża.

Publiczna służba krwi wchodzi w system programowo – zadaniowy i jej działalność promocyjna odbywa się na zasadzie konkursu ofert, a więc na zasadzie konkurencji. Do czasu wejścia w życie ustawy o publicznej służbie krwi, krew i środki krwiopochodne zakłady opieki zdrowotnej otrzymywały nieodpłatnie bez żadnych rozliczeń finansowych. Obecnie są obowiążane za nie płać, zgodnie z cenami ustalonymi przez poszczególne Regionalne Centra Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa (R.C.K i K). Choć kierownictwa R.C.K i K. twierdzą, że nie są to ceny krwi, ale ceny poniesionych kosztów na badania i opracowanie krwi, ceny pojemników, transportu, płac personelu itp., to jednak jest to zjawisko merkantylne – niezgodne z zasadami etyczno-moralnymi i zasadami, na których opiera się **ruch honorowego krwiodawstwa** w ramach PCK.

Menażerowie – decydenci wprowadzając rozporządzeniami okołoustawowymi, komercjalizację w publicznej służbie krwi stworzyli sytuację, w której z jednej strony, krwiodawca oddaje część siebie „za darmo”, w imię miłości bliźniego, ponosi różnego rodzaju niedogodności z dojazdem do miejsca pobierania krwi, traci czas itp., a służba krwi bierze za to pieniądze, niszczy ideę, a wprowadza interes, który kryje w sobie element zysku i sprawia, że krew staje się towarem.

Czy ma to swoje uzasadnienie?. Nie ma żadnego uzasadnienia, a według krwiodawców jest działaniem antyhumanitarnym. Cena kosztów pobierania i przetwarzania krwi jest zróżnicowana, nie tylko co do asortymentu lecz także różne regionalne centra krwiodawstwa i krwiolecznictwa posiadają różne ceny (krew oddana honorowo ma różne ceny w zależności od miejsca jej oddania w kraju). Ceny krwi i środków krwiopochodnych wynoszą od kilkudziesięciu do kilku tysięcy złotych. Ostatnio jedna z gazet napisała, że krew nie różni się od mąki, cukru czy cegieł, bowiem departament podatków pośrednich Ministerstwa Finansów zobowiązał pismem interwencyjnym R.C.K i K do naliczania 7% podatku VAT od sprzedaży krwi i preparatów krwiopochodnych.

Ustawa zniósła krwiodawstwo odpłatne, a można było tego dokonać tylko na podstawie stworzonej przez PCK olbrzymiej bazy organizacyjnej honorowego krwiodawstwa. Przyniosło to Państwu znaczne oszczędności finansowe.

Przewiduje się ponadto, że w najbliższych latach znacznie wzrośnie zapotrzebowanie na krew i leki krwiopochodne oraz szpik kostny. Stąd powinna wzrosnąć liczba krwiodawców. Założono w programie samowystarczalności Polski w krew i preparaty krwiopochodne, że wskaźnik donacji na 1000 mieszkańców powinien wynosić od 40-60. Nadal importuje się część preparatów osoczopochodnych a nasze osocze wysyła za granicę do dalszego przerobu.

Nie może być sytuacji, że krwiodawca daje, Państwo bierze i handluje. W efekcie powstaje jeszcze i taka sytuacja, że gdy zachorują krwiodawca lub jego najbliższa rodzina i potrzebują przetoczenia krwi, pośrednio płacą za własną krew przez zakład opieki zdrowotnej lub kasę chorych. To samo ma miejsce przy autotransfuzji.

Sytuacji finansowej, jaka jest w chwili obecnej, nie wytrzyma żaden zakład opieki zdrowotnej, który przetacza duże ilości krwi i jej pochodnych, a jeżeli to zrobi, to tylko kosztem innych leków przeznaczonych dla chorych. Różnice w cenie między regionalnymi centrami krwiodawstwa i krwiolecznictwa dochodzą niekiedy do 50% za jednostkę krwi lub hemopreparatu. Według relacji niektórych dyrektorów szpitali R.C.K i K w Łodzi należą do jednych z najdroższych w kraju, stąd niektóre zakłady opieki zdrowotnej nie korzystają z własnego Centrum lecz sprowadzają krew i preparaty krwiopochodne z innych ośrodków. Ostatnio dochodzi do tego, że właściwych cen nie ujawnia się. Część szpitali zalega z opłatami. Zaleganie z opłatami powoduje, że niektóre R.C.K i K nie mogą zakupić oprzyrządowania do pobierania i przetwarzania krwi. Dyrektor R.C.K i K w Łodzi sprzedał długi sześciu szpitali miasta i województwa, na co zareagował Urząd Marszałkowski w Łodzi pismem do wojewody.

Niewątpliwie „specjaliści” od marketingu w Publicznej Służbie Krwi powinni zastanowić się czy wprowadzone przez nich rozwiązania są właściwe.

Krwiodawcy oddają społeczeństwu krew jako dar bezcenny, „dar życia”, Państwo więc powinno wziąć na siebie obowiązek utrzymywania Służby Krwi.

Jeżeli już ceny, to powinny być one jednolite dla całego kraju, obejmować tylko taką część kosztów, która nie jest związana z bezpośrednią produkcją krwi konserwowanej i jej pochodnych np.:transport krwi do szpitali, transport ekip wyjazdowo-

wych, przechowywanie krwi, koszty propagandy, pozyskiwanie i organizowanie krwiodawców. W innych relacjach gubi się krwiodawców. Krwiodawca jest potrzebny tylko do momentu oddawania krwi jako surowca do produkcji traci się ideę, na której oparte jest honorowe dawstwo krwi.

Może należałoby ukrócić monopol publicznej służby krwi i wprowadzić inne rozwiązania, jakie mają także miejsce w krajach Unii Europejskiej.

Innym zagadnieniem wiążącym się z ustawą o publicznej służbie krwi jest to, że spowodowała ona oderwanie tej „służby” od samorządów lokalnych, pozostała tylko zależność bezpośrednia od Krajowego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa.

Dzięki krwiodawcom zaspokajane są potrzeby lecznictwa, natomiast samorządy lokalne nie mają możliwości oceny gospodarki krwią i preparatami krwiopochodnymi na swoim terenie, a jak donoszą środki przekazu, w pewnych wypadkach krew jest marnowana przez niszczenie lub przeterminowanie.

Ustawa nie przewidziała też stworzenia dla R. C.K i K. rad nadzorczych bądź rad społecznych dla oceny ich działalności. Krwiodawcy i działacze ruchu honorowego krwiodawstwa mają prawo i obowiązek wiedzieć, co z ich krwią się dzieje.

Nie wiemy, jaka jest opinia Krajowej Rady do Spraw Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa jako organu doradczego i opiniotwórczego Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej odnośnie wprowadzenia marketingu do publicznej służby krwi.

Nie ma też odpowiedzi, gdzie w tej charytatywnej działalności kończy się idea a zaczyna ekonomia i interes.

Opinię ogólną wyraził tylko Sąd Najwyższy stwierdzając, że dokonywanie transplantacji organów i tkanek nie może być przedmiotem handlu. Jak więc wytłumaczyć fakt wprowadzenia komercjalizacji do publicznej służby krwi, skoro transfuzja krwi jest niczym innym jak transplantacją tkanki?

Ekonomiści twierdzą, że omawiana przeze mnie sprawa dotyczy strony moralno-etycznej i powinna być rozstrzygnięta na drodze prawnej.

Dla mnie, wieloletniego pracownika służby krwi i działacza PCK, miarą wartości człowieka jest m.in. to, co robi on dla innych. Bezinteresowne niesienie pomocy ludziom cierpiącym jest aktem głęboko humanitarnym, wzniosłym, emocjonalnym – płynącym z głębi duszy. Tak oceniam postawy honorowych krwiodawców, którzy działają w trudnych przecież warunkach dnia codziennego i sami nierzadko obarczeni są kłopotami. Wywodzą się z różnych środowisk, w większości robotniczych.

Jedno wiem, pewnych wartości nie można urynkawiać!

MIĘDZYNARODOWA KONFERENCJA BIOETYCZNA

**„KONFLIKT INTERESÓW I JEGO WPŁYW
NA NAUKĘ I MEDYCYNĘ”**

Warszawa, 5-6 kwietnia 2002

PATRONAT

PREZYDENT RZECZPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Aleksander Kwaśniewski

MINISTER NAUKI

Michał Kleiber

MINISTER ZDROWIA

Mariusz Łapiński

KONFERENCJA ORGANIZOWANA
POD AUSPICJAMI

Ministerstwa Zdrowia
Komitetu Badań Naukowych
Rady Europy

PRZYGOTOWANIE I KOORDYNACJA
PROGRAMU NAUKOWEGO

Prof. dr hab. med. Andrzej Górski
Przewodniczący Komisji Bioetycznej Ministerstwa Zdrowia,
Członek Zespołu ds. Etyki Komitetu Badań Naukowych

Informacje: ABACUS Biuro Promocji Medycznej
przy współpracy
Biura Szkoleń i Konferencji
01-450 Warszawa, ul. Astronomów 3 pok. 424
tel. 48 22 836 04 16, 48 22 862 10 51 fax. 48 22 862 10 50
abacus@abacus.edu.pl
www.abacus.edu.pl

PROGRAM

DZIEŃ I

SESJA PLENARNA I

1. Konflikt interesów w nauce i medycynie – z perspektywy lekarza (**D. Human**, Secretary General & CEO, The World Medical Association).
2. Tytuł referatu zostanie podany (**D. Sicard**, President, The French National Ethics Committee (CCNE))
3. Prezentacje z Unii Europejskiej, Rady Europy, European Science Foundation, Europejskiego Forum dla Dobrej Praktyki Klinicznej
4. Rzetelność w publikacjach medycznych – C.D. de Angelis, Editor-in-Chief, Journal of American Medical Association
5. Celowość prowadzenia niezależnych badań naukowych – J.M. Ziman, UK
6. Znaczenie potencjalnego konfliktu interesów – I. Evans, Medical Research Council, London, UK

SESJA PLENARNA II

1. Relacje i związki między nauką a przemysłem – możliwości rozwoju i pułapki – **J.B. Martin**, Dean of the Medical Faculty, Harvard Medical School, USA
2. Badacze, inwestorzy i decydenci. Kto jest właścicielem badań a kto podejmuje decyzje? – **J.M. Drazen**, Editor-in-Chief, the New England Journal of Medicine
3. Zarządzanie finansami przy konflikcie interesów w badaniach naukowych; wykorzystanie środków publicznych i prywatnych – J. Cohen, President, The Association of American Medical Colleges
4. Indywidualne i instytucjonalne konflikty interesów na przykładzie przeglądu taktyki prowadzenia badań w amerykańskich ośrodkach naukowo-badawczych – **N. Hasselmo**, President, the Association of American Universities
5. Konflikt interesów w przemyśle farmaceutycznym – praktyka w Merck & Co., Inc – L. Hirsch, Vice-President, Merck Research Laboratories.
6. Finansowanie badań naukowych a ich niezależność – **J. Brown**, University of Toronto, Canada

DZIEŃ II

SESJA PLENARNA III

1. Poza konfliktem interesów; odpowiedzialność za badania naukowe – L. Rhoades, Office of Research Integrity, US Department of Health and Human Services
2. Finansowe i poza finansowe konflikty interesów. Identyfikacja i rozwiązywanie – **M.F. Marshall**, The National Human Research Protection Advisory Committee, USA
3. Badania biomedyczne – strony, interesy, konflikty – **B. Yudin**, National Committee on Bioethics, Moscow, Russia
4. VRQ (Valorisation:Recherche:Quebec) – nowa koncepcja partnerstwa sektora publicznego i prywatnego w rozwoju technologii – **E. Skamene**, McGill University, Montreal, Canada
5. Konflikt interesów w Niemczech – uwarunkowania prawne – **Ch. Lux**, University of Cologne, Germany
6. Konflikt interesów widziany z pozycji badacza – **A. Schieppati**, Mario Negri, Institute, Italy

KRÓTKIE DONIESIENIA

J. Joerden (Germany), **K. Zapotoczky** (Austria), **Ch. Byk** (France), **P. Tishchenko** (Russia) i inni.

SESJA IV – Konflikt interesów: z punktu widzenia Europy Wschodniej

1. Potrzeba rozwiązań w konfliktach interesów występujących w Europie Wschodniej – A. Górski, Bioethics Commissions, Poland
2. Krótkie referaty przedstawicieli Bułgarii, Chorwacji, Czech, Węgier, Łotwy, Litwy, Słowacji i Ukrainy.

Konferencja szkoleniowa
BEZPIECZEŃSTWO PRACY W SZPITALU

Warszawa, 14-15 marca 2002

Konferencja organizowana przez
CENTRALNY INSTYTUT OCHRONY PRACY
PAŃSTWOWY ZAKŁAD HIGIENY

Pod patronatem
GŁÓWNEGO INSPEKTORA PRACY
GŁÓWNEGO INSPEKTORA SANITARNEGO

PROGRAM WSTĘPNY OBRAD:

- Wypadkowość w placówkach służby zdrowia na podstawie PIP za rok 2001
- Warunki pracy w szpitalach w świetle kontroli PIP przeprowadzonych w 2001 roku
 - Bać się Państwowej Inspekcji Pracy czy nie?
- Środki ochrony indywidualnej pracowników szpitali przed czynnikami biologicznymi
 - Aspekty biomechaniczne pracy fizycznej personelu szpitali.
Dyrektywa Europejska dotycząca ręcznych prac transportowych
 - Ochrona człowieka przed porażeniem prądem elektrycznym
 - Zagrożenia elektromagnetyczne środowiska pracy w szpitalu
 - Komfort termiczny warunków pracy człowieka.
Wentylacja, klimatyzacja pomieszczeń szpitalnych
- Dyrektywy Ramowe Europejskie o wprowadzeniu środków zwiększających bezpieczeństwo i ochronę zdrowia pracowników
- Prezentacja dostępnych rozwiązań w zakresie ochron indywidualnych przed czynnikami biologicznymi
- Odpowiedzialność cywilna szpitala za niezapewnienie pacjentom bezpieczeństwa podczas hospitalizacji
 - Zagrożenia toksykologiczne w szpitalu
- Zagrożenie biologiczne personelu szpitala WZW B I WZW C
 - Bezpieczne postępowanie z odpadami szpitalnymi
 - Czy każdy szpital musi być traktowany jak szpital zakaźny?
 - Choroby zawodowe pracowników szpitali
- Alergiczne kontaktowe zapalenie skóry u personelu medycznego
 - Alergia natychmiastowa na lateks z gumy naturalnej
 - Zagrożenia zdrowotne związane z ekspozycją zawodową na cytostatyki personelu medycznego
- Akty agresji wobec pielęgniarek podczas wykonywania obowiązków zawodowych
 - Praca zmianowa pielęgniarek – problemy zawodowe

Organizator: ABACUS BIURO PROMOCJI MEDYCZNEJ Sp. z o.o.

01-450 Warszawa, ul. Astronomów 3 piętro IV tel. 877 28 60, 862 10 51, fax 862 10 50

Sąd Rejonowy dla m. St. Warszawy





Numer rejestru:
H-14633/97, str. 9

REGON: 012834428

NIP: 527-20-70-201

Nr konta:

BPH I o/W-wa
10601028-320000410990

PRZEKAZ POCZTOWY / PRZELEW BANKOWY		PRZEKAZ POCZTOWY / PRZELEW BANKOWY	
ODCINEK DLA POCZTY/BANKU		ODCINEK DLA POCZTY/BANKU	
A		B	
<p>W ciężar rachunku: Nazwa I adres dłużnika:</p> <p>W (Banku):</p> <p>Nr r-ku:</p>	<p>Na dobro rachunku: Nazwa wierzyciela: Biuro Szkoleń i Konferencji ul. Astronomów 3 01-450 Warszawa</p> <p>W (Banku): PEKAO SA XIII o/Warszawa</p> <p>Nr r-ku: 12402034-52001639-2700-421112-001</p>	<p>W ciężar rachunku: Nazwa I adres dłużnika:</p> <p>W (Banku):</p> <p>Nr r-ku:</p>	<p>Na dobro rachunku: Nazwa wierzyciela: Biuro Szkoleń i Konferencji ul. Astronomów 3 01-450 Warszawa</p> <p>W (Banku): PEKAO SA XIII o/Warszawa</p> <p>Nr r-ku: 12402034-52001639-2700-421112-001</p>
<p>Kwota zł: Data:.....</p> <p>Słownie:</p> <p>Wpłacający: VERTE P</p> <p>Imię i Nazwisko</p> <p>Nazwa Firmy</p> <p>ulica:</p> <p>Kod Miejscowość.....</p>		<p>Kwota zł: Data:.....</p> <p>Słownie:</p> <p>Wpłacający: VERTE P</p> <p>Imię i Nazwisko</p> <p>Nazwa Firmy</p> <p>ulica:</p> <p>Kod Miejscowość.....</p>	
<p>Pieczęć I podpis zleceniodawcy: Pieczęć banku / datownik</p> 		<p>Pieczęć I podpis zleceniodawcy: Pieczęć banku / datownik</p> 	
PRZEKAZ POCZTOWY / PRZELEW BANKOWY		PRZEKAZ POCZTOWY / PRZELEW BANKOWY	
ODCINEK DLA POSIADACZA RACHUNKU		ODCINEK DLA WPŁACAJĄCEGO	
C		D	
<p>W ciężar rachunku: Nazwa I adres dłużnika:</p> <p>W (Banku):</p> <p>Nr r-ku:</p>	<p>Na dobro rachunku: Nazwa wierzyciela: Biuro Szkoleń i Konferencji ul. Astronomów 3 01-450 Warszawa</p> <p>W (Banku): PEKAO SA XIII o/Warszawa</p> <p>Nr r-ku: 12402034-52001639-2700-421112-001</p>	<p>W ciężar rachunku: Nazwa I adres dłużnika:</p> <p>W (Banku):</p> <p>Nr r-ku:</p>	<p>Na dobro rachunku: Nazwa wierzyciela: Biuro Szkoleń i Konferencji ul. Astronomów 3 01-450 Warszawa</p> <p>W (Banku): PEKAO SA XIII o/Warszawa</p> <p>Nr r-ku: 12402034-52001639-2700-421112-001</p>
<p>Kwota zł: Data:.....</p> <p>Słownie:</p> <p>Wpłacający: VERTE P</p> <p>Imię i Nazwisko</p> <p>Nazwa Firmy</p> <p>ulica:</p> <p>Kod Miejscowość.....</p>		<p>Kwota zł: Data:.....</p> <p>Słownie:</p> <p>Wpłacający: VERTE P</p> <p>Imię i Nazwisko</p> <p>Nazwa Firmy</p> <p>ulica:</p> <p>Kod Miejscowość.....</p>	
<p>Pieczęć I podpis zleceniodawcy: Pieczęć banku / datownik</p> 		<p>Pieczęć I podpis zleceniodawcy: Pieczęć banku / datownik</p> 	

Zamawiam prenumeratę na rok 2002	Zamawiam prenumeratę na rok 2002
<p>Blok Operacyjny <input type="checkbox"/> liczba prenumerat ..x 28 zł (cena 1 numeru 14 zł x 2) rocznie 28 zł</p> <p>Prawo i Medycyna <input type="checkbox"/> liczba prenumerat x 56 zł (cena 1 numeru 28 zł x 2) rocznie 56zł</p> <p>Upoważniam Biuro Szkoleń i Konferencji do wystawienia faktury VAT bez podpisu odbiorcy. Wyrażam zgodę na wykorzystywanie moich danych osobowych w zakresie obsługi prenumeraty.</p> <p>Nr NIP</p> <p>UWAGI:</p> <p style="text-align: right;">..... <i>Podpis i pieczęć osoby upoważnionej</i></p>	<p>Blok Operacyjny <input type="checkbox"/> liczba prenumerat ..x 28 zł (cena 1 numeru 14 zł x 2) rocznie 28 zł</p> <p>Prawo i Medycyna <input type="checkbox"/> liczba prenumerat x 56 zł (cena 1 numeru 28 zł x 2) rocznie 56 zł</p> <p>Upoważniam Biuro Szkoleń i Konferencji do wystawienia faktury VAT bez podpisu odbiorcy. Wyrażam zgodę na wykorzystywanie moich danych osobowych w zakresie obsługi prenumeraty.</p> <p>Nr NIP</p> <p>UWAGI:</p> <p style="text-align: right;">..... <i>Podpis i pieczęć osoby upoważnionej</i></p>
Zamawiam prenumeratę na rok 2002	Zamawiam prenumeratę na rok 2002
<p>Blok Operacyjny <input type="checkbox"/> liczba prenumerat ..x 28 zł (cena 1 numeru 14 zł x 2) rocznie 28 zł</p> <p>Prawo i Medycyna <input type="checkbox"/> liczba prenumerat x 56 zł (cena 1 numeru 28 zł x 2) rocznie 56 zł</p> <p>Upoważniam Biuro Szkoleń i Konferencji do wystawienia faktury VAT bez podpisu odbiorcy. Wyrażam zgodę na wykorzystywanie moich danych osobowych w zakresie obsługi prenumeraty.</p> <p>Nr NIP</p> <p>UWAGI:</p> <p style="text-align: right;">..... <i>Podpis i pieczęć osoby upoważnionej</i></p>	<p>Blok Operacyjny <input type="checkbox"/> liczba prenumerat ..x 28 zł (cena 1 numeru 14 zł x 2) rocznie 28zł</p> <p>Prawo i Medycyna <input type="checkbox"/> liczba prenumerat x 56 zł (cena 1 numeru 28 zł x 2) rocznie 56 zł</p> <p>Upoważniam Biuro Szkoleń i Konferencji do wystawienia faktury VAT bez podpisu odbiorcy. Wyrażam zgodę na wykorzystywanie moich danych osobowych w zakresie obsługi prenumeraty.</p> <p>Nr NIP</p> <p>UWAGI:</p> <p style="text-align: right;">..... <i>Podpis i pieczęć osoby upoważnionej</i></p>