

REDAKCJA

Dr Ewa Kujawa (redaktor naczelny), Dr Maria Boratyńska (sekretarz redakcji),
Mgr Piotr Trocha

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prawo

Prof. Margaret Brazier (GB), Adw. Czesław Jaworski, Prof. Leszek Kubicki,
Prof. Eugeniusz Kowalewski, Prof. Zdzisław Kubot, Dr Ewa Kulesza,
Prof. Mirosław Nesterowicz, Dr Dorota Safjan, Prof. Marek Safjan,
Prof. Eleonora Zielińska, Prof. Andrzej Zoll

Medycyna

Dr Marek Balicki, Prof. Krzysztof Czajkowski, Prof. Jan Doroszewski,
Prof. Jerzy Leowski Dr Krzysztof Madej, Dr Krzysztof Makuch,
Dr Janusz Opolski, Prof. Jadwiga Słowińska-Srzednicka,
Prof. Tadeusz Tołoczko, Prof. Piotr Zaborowski, Prof. Marian Zembala

Adres redakcji:

ul. Astronomów 3 pok. 424, 01-450 Warszawa
tel. 0-22 836 04 16
e-mail: redakcja@prawoimedycyna.pl
www.prawoimedycyna.pl

Wydawca:

ABACUS Biuro Promocji Medycznej Sp. z o.o.
ul. Astronomów 3 pok. 424, 01-450 Warszawa
tel. 0-22 836 04 16
e-mail: abacus@abacus.edu.pl
www.abacus.edu.pl

Prenumerata:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Pawińskiego 5a Blok D, 02-106 Warszawa
Bank BPH w Warszawie, numer rachunku: 17 1060 0076 0000 3200 0107 1958
tel. 0-22 668 71 85 fax. 0-22 668 71 89

Współpraca, opracowanie graficzno-techniczne:

Borgis[®] Sp. z o.o. Wydawnictwo Medyczne
02-739 Warszawa, ul. Wałbrzyska 3/5
tel./fax 22 836 96 69
e-mail: wydawnictwo@borgis.pl
www.borgis.pl

Spis treści

Prof. dr hab. n. prawn. Jan Jończyk
Uniwersytet Wrocławski

Publiczna opieka zdrowotna 5

Prof. dr hab. n. prawn. Zdzisław Kubot
Uniwersytet Wrocławski

**Ordynatorskie i nieordynatorskie systemy prowadzenia
oddziałów szpitalnych** 18

Dr hab. n. hum. Paweł Łuków, Dr n. med. Iwona Wrześniewska-Wal
Szkoła Zdrowia Publicznego CMKP

**Ordynator a konsultant: możliwości i zasadność zmian
w polskiej służbie zdrowia** 34

Dr n. prawn. Beata Janiszewska
Uniwersytet Warszawski

**Odpowiedzialność za długi połączonych samodzielnych publicznych
zakładów opieki zdrowotnej
(w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego)** 51

Dr n. prawn. Joanna Haberko
Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu
Konsumencki charakter umowy o świadczenie zdrowotne 70

Dr n. prawn. Daniel Eryk Lach
Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu
Ameryka w Europie – *Health Maintenance Organizations (HMO)*
– część 2 88

Dr n. prawn. Paweł Daniluk
Sąd Rejonowy w Białymstoku
Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów
jako czynność lecznicza 99

Mgr prawa Wojciech Burek
Uniwersytet Jagielloński
Interpretacja ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka
na przykładzie orzecznictwa w sprawach sytuacji prawnej
transseksualistów pooperacyjnych 114

ORZECZNICTWO

Prof. dr hab. n. prawn. Mirosław Nesterowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Głosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej
z dnia 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06) 129

Prof. dr hab. n. prawn. Mirosław Nesterowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2005 r. (V CK 349/05) 133

Publiczna opieka zdrowotna

1. Porządkowanie podstawowych pojęć

Spośród dwu działów ochrony zdrowia mniej problemów (legislacyjnych, interpretacyjnych, ekonomicznych i społecznych) mamy w administracyjnej ochronie zdrowia, w przedmiocie pod nazwą zdrowia publicznego (*public health*)¹. Więcej kwestii spornych dotyczy natomiast systemu świadczeń opieki zdrowotnej, finansowanych ze środków publicznych, dla którego proponujemy określenie „publiczna opieka zdrowotna”. Tu dokonały się w III RP największe zmiany, a transformacja jest wciąż w toku, czego dowodzi choćby nieustająca nowelizacja dwu systemowych ustaw: o zakładach opieki zdrowotnej (dalej ustawa o z.o.z.)² i o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (dalej ustawa o p.u.z.)³. Obok dalszych koniecznych zmian legislacyjnych potrzebne są także porządkujące określenia (pojęcia). Taką pożyteczną kategorią prawną jest właśnie „publiczna opieka zdrowotna”, obejmująca świadczenia udzielane przez różne podmioty – publiczne i niepubliczne. Publiczna opieka zdrowotna jest zatem pojęciem w pewnym sensie nadrzędnym wobec podziału zakładów opieki zdrowotnej na publiczne i niepubliczne.

W konsekwencji zastosowania kryterium pochodzenia i charakteru środków finansujących opiekę zdrowotną trzeba przyjąć podział opieki na publiczną i prywatną. Do drugiej trzeba zaliczyć tylko tę część opieki zdrowotnej, która jest utrzymywana i finansowana w zasadzie ze środ-

¹ S. Poździej, *Prawo zdrowia publicznego. Zarys problematyki*, Wyd. Zdrowie i Zarządzanie, Kraków 2004.

² Ustawa z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz.U.91.91.408, ze zm.

³ Ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Dz.U.04.210.2135, ze zm. Jest to czwarta wersja uregulowania określanego jako powszechne ubezpieczenie zdrowotne, stąd w skrócie: ustawa o p.u.z.

ków prywatnych, w zakresie obejmującym mienie, urządzenia z aparaturą oraz koszt wykonania świadczeń zdrowotnych.

Porządkując i uściślając podstawowe pojęcia publicznej opieki zdrowotnej trzeba podkreślić to, że potrzebne do jej realizacji mienie jest w zasadzie własnością jednostek samorządu terytorialnego lub Skarbu Państwa (lub innych państwowych osób prawnych) oraz że środki służące finansowaniu świadczeń opieki zdrowotnej są w dyspozycji Narodowego Funduszu Zdrowia (NFZ) i jednostek budżetowych. Na wszystkich tych podmiotach ciążyą konstytucyjne i ustawowe obowiązki o charakterze ustrojowym oraz w zakresie realizacji publicznej opieki zdrowotnej. Tego nie kwestionuje żadna z sił politycznych w kraju.

Dlatego też nie wolno zacierać granicy między publiczną i prywatną opieką zdrowotną za pomocą prywatyzacyjnej frazeologii albo sprzecznych z ustawą pojęć i konstrukcji. Na przykład, powszechnie używany termin „służba zdrowia” jest fałszywy, budzący skojarzenia z prawem PRL, niemający obecnie żadnej ustawowej podstawy (nie ma go w tekstach ustaw). Kształtuje on natomiast świadomość społeczną i oczekiwania godzące w istotę publicznej opieki zdrowotnej. Inny przykład: nagminnie NFZ określany jest jako „płatnik”, co jest nie tylko pozbawione prawnego sensu (w polskim prawie płatnikiem jest podmiot obowiązany do opłacania składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne), ale wręcz fałszywie definiuje zadania NFZ w zakresie organizowania i finansowania publicznej opieki zdrowotnej ze stanowiska prywatyzacyjno-menedżerskiej koncepcji „służby zdrowia”.

2. Dezintegracja służby zdrowia

Stworzony w Polsce w latach 1948-50 i utrzymywany potem przez prawie 40 lat model państwowej służby zdrowia zaczął się psuć w politycznej dekadzie E. Gierka. Późniejsze parlamentarne debaty na temat złej sytuacji służby zdrowia nie mogły oczywiście wpłynąć decydująco na zmianę polityki zdrowotnej⁴. Narastający problem służby zdrowia nie miał jednak szerszego społecznego oddźwięku, bo na przykład wśród 21 żą-

⁴ Pisałem o tym szerzej w: *Prawo do ochrony zdrowia*, Państwo i Prawo, 1/1987.

dań strajkujących w Gdańsku w 1980 r. załóg, punkt dotyczący naszego przedmiotu brzmiał nader skromnie: „Poprawić warunki pracy służby zdrowia, co zapewni pełną opiekę medyczną osobom pracującym”.

Dezintegracja służby zdrowia zaczęła się od personelu medycznego, zwłaszcza lekarskiego, dążącego do uwolnienia się od statusu pracownika państwowej służby zdrowia. Zasadniczy krok w tym kierunku uczyniono w 1989 r. przez przywrócenie samorządu zawodowego (z obligatoryjnym członkostwem) i przyznanie mu kompetencji kontroli wykonywania zawodu, faktycznie zaś kariery zawodowej i pośrednio możliwości zarobkowania. Już sam ten fakt sprawił, że model państwowej służby zdrowia bez funkcjonariuszy tej służby stracił rację bytu. Dopiero później w Konstytucji z 1997 r. postanowiono (art. 16), że mogą być tworzone samorządy zawodowe „reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”, ale korporacyjna ideologia zapuściła już głębokie korzenie stanowiąc oparcie dla określonej koncepcji publicznej opieki zdrowotnej z prywatnym implantem.

Najważniejszym chyba czynnikiem dezintegracji służby zdrowia stał się wzrost jej kosztów, towarzyszący obniżaniu wydatków na zdrowie (w relacji do PKB). Można przyjąć, że pożądanym w UE standardem to 8% PKB (w niektórych krajach przekracza 10%), w Polsce natomiast wynosi około 4%, czyli mniej niż zakładano w związku z wprowadzeniem w 1999 r. powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego (około 6%). Wiele trudnych do rozwiązania problemów publicznej opieki zdrowotnej wiąże się z głębokim jej niedofinansowaniem – zjawiskiem utrwalonym w okresie dezintegracji służby zdrowia.

W badaniu systemu publicznej opieki zdrowotnej trzeba przyjrzeć się bliżej dwóm kluczowym instytucjom – zakładowi opieki zdrowotnej (ZOZ) i aptece.

3. Transformacja zakładu opieki zdrowotnej

Zakład opieki zdrowotnej ma tradycyjne i trwałe miejsce w polskim prawie, co wynikało przede wszystkim z poddania go administracyjno-prawnemu reżimowi z uwagi na sanitarny nadzór i bezpieczeństwo pa-

cjentów. Tę funkcję ZOZ-u podkreśla się w orzecznictwie sądów administracyjnych⁵. W III RP pojawiło się rozdwojenie funkcji ZOZ-u, jako zakładu administracyjnego, od jego funkcji jako świadczeniodawcy publicznej opieki zdrowotnej, a następnie, jako samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej (SP ZOZ) oraz niepublicznego ZOZ-u, tworzonego najczęściej z inicjatywy jednostek samorządu terytorialnego. Na koniec, w wyniku wprowadzenia w 1999 r. powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, publiczny i niepubliczny ZOZ staje się głównym kontrahentem kasy chorych/NFZ jako strona umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej; inaczej mówiąc – głównym świadczeniodawcą publicznej opieki zdrowotnej. Sedno problematyki prawnej ZOZ-u przesunęło się więc poza dziedzinę prawa administracyjnego.

W systemie służby zdrowia ZOZ (w przedmiotowym znaczeniu) był własnością państwa – była to infrastruktura publicznej opieki zdrowotnej, obejmująca nieruchomości i wyposażenie, powstała w wyniku realizacji konstytucyjnej dyrektywy (z 1952 r., art. 70) zobowiązującej państwo do „rozbudowy szpitali, sanatoriów, ambulatoriów, ośrodków zdrowia i urzędzeń sanitarnych”.

W III RP administracja rządowa pozbyła się znacznej części tego ciężaru w drodze komunalizacji ZOZ-u, z przeniesieniem własności na jednostki samorządu terytorialnego, bez adekwatnego jednak zabezpieczenia finansowego, gwarantującego wykonywanie przez samorządy zadań publicznej opieki zdrowotnej. Efektem tej niespójnej polityki zdrowotnej musiała być między innymi góra szpitalnych długów oraz silna tendencja, zwłaszcza w ambulatoryjnej opiece zdrowotnej, do przekształcania publicznych ZOZ-ów w niepubliczne.

W transformacji ZOZ-u, jako głównego podmiotu publicznej opieki zdrowotnej, w kierunku jego „podmiotowej prywatyzacji”, niedobrym wzorcem okazała się tzw. pracownicza ścieżka prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych. Polegała ona na tworzeniu spółek pracowniczych z tendencją do przekształcania ich w spółki menedżerskie ułatwiające kumulację funkcji właściciela, menedżera i pracodawcy, prowadzące w istocie do uwłaszczenia się kadry kierowniczej na publicznym mieniu przedsiębiorstwa⁶. Ponieważ w publicznej opiece zdrowotnej przejście

⁵ Na przykład w wyroku z 19 maja 2003 w składzie 7 sędziów NSA, OSA 1/03, ONSA 2003, poz. 114, z aprobowaną glosą B. Adamiak, OSP 2003, poz. 136.

własności publicznego mienia w prywatne ręce było z różnych względów utrudnione, więc wzorzec pracowniczej ścieżki prywatyzacyjnej w ambulatoryjnej opiece zdrowotnej został zmodyfikowany w ten sposób, że zawiązuje się „menedżerska spółka”, z reguły jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, tworzy ona niepubliczny ZOZ na bazie publicznego mienia, z którego korzysta na podstawie najmu lub dzierżawy, i występuje w roli świadczeniodawcy publicznej opieki zdrowotnej. Menedżerska „prywatyzacja” ZOZ-u opiera się w wielu wypadkach na rodzinno-towarzyskiej więzi, angażującej także osoby czynne w samorządowej administracji, w korporacjach zawodowych, co niewątpliwie komplikuje transformację publicznej opieki zdrowotnej.

Problem transformacji ZOZ-u w szpitalnej publicznej opiece zdrowotnej pozostaje otwarty, a wysuwane w publicznej debacie hasło „przekształcić szpitale w spółki prawa handlowego”, wymagałoby sprecyzowania z uwzględnieniem różnych aspektów publicznej opieki zdrowotnej.

4. Kontrowersje wokół spółki prowadzącej niepubliczny ZOZ

Spór o charakter takiej spółki i utworzonego przez nią niepublicznego ZOZ-u ożywił się przypadkowo w związku z przepisem art. 4a tzw. ustawy negocjacyjnej⁷, na mocy którego zatrudnieni w określonych SP ZOZ-ach uzyskali w drodze ustawy podwyżkę wynagrodzenia za pracę.

Pominać można zawile problemy interpretacyjne na tle uchwały SN w sprawie I PZP 6/04⁸, w której wyrażono pogląd, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością utworzona przez jednostkę samorządu terytorialnego, ma – w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia – status samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej (SP ZOZ), choćby działalność tę prowadziła przez wewnętrzną

⁶ Zagadnienia te omówił szerzej Z. Kubot, *Spółki pracownicze i spółki menedżerskie*, Zielona Góra 1993.

⁷ Ustawa z dnia 16 grudnia 1994 r. o negocjacyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. z 1995 r. Nr 1, poz. 2 ze zm.).

⁸ Ukazały się trzy głosy: aprobująca J. Jończyka (OSP 2005, poz. 67), częściowo aprobująca P. Kucharzkiego (Państwo i Prawo, 12/2005) i krytyczna Z. Kubota (Praca i Zabezpieczenie Społeczne, 11/2005).

jednostkę organizacyjną nazwaną niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej. To nie dość jasne stanowisko nie zostało podtrzymane i w późniejszej uchwale w składzie 7 sędziów SN sformułowano tezę: „zakład opieki zdrowotnej utworzony przez spółkę akcyjną, w której większość akcji mają jednostki samorządu terytorialnego, nie jest samodzielny publicznym zakładem opieki zdrowotnej w rozumieniu art. 4a ustawy negocjacyjnej”. W częściowo krytycznej glosie do tej uchwały⁹, uznając trafność stanowiska SN w merytorycznej kwestii wynagrodzenia z tytułu powołanej ustawy, zwrócono uwagę, że problem kwalifikacji prawnej ZOZ-u, prowadzonego przez spółkę utworzoną przez jednostkę samorządu terytorialnego, pozostaje otwarty w świetle innych ustaw, w szczególności w świetle ustawy o p.u.z.

W literaturze przedmiotu pojawił się pogląd, że w opisanej relacji spółki i ZOZ-u świadczeniodawcą jest w zasadzie spółka będąca jednocześnie pracodawcą personelu medycznego, a prowadzony przez nią ZOZ jest jej wewnętrzną jednostką organizacyjną niemającą zdolności prawnej¹⁰. Można to rozumieć raczej jako postulat zmiany prawa, gdyż w świetle ustawy o p.u.z. stroną umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (a tym samym świadczeniodawcą w rozumieniu tej ustawy), nie może być spółka. Stroną takiej umowy jest właśnie ZOZ i już to wystarczy do uznania go za odrębny podmiot prawa (mający zdolność prawną).

Nasuwa się więc pytanie, czy zmiana obowiązującego prawa powinna zmierzać do dalszej „emancypacji” tworzonych przez jednostki samorządu terytorialnego spółek kapitałowych prowadzących ZOZ, biorąc pod uwagę, że spółki takie z reguły nie mają własnego kapitału (w nieruchomościach i wyposażeniu), a ich racja bytu zależna jest całkowicie od finansowania udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych? Czy takie prywatne podmioty miałyby być w przyszłości ostoją publicznej opieki zdrowotnej i gwarantem świadczeń, do których uprawnienie przysługuje z tytułu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego?

Taki rozwój prawa nie wydaje się prawdopodobny. Zagadnienie wymaga wszechstronnej analizy z punktu widzenia systemu publicznej

⁹ Orzecznictwo Sądów Polskich, 2006 poz. 99.

¹⁰ Z. Kubot, *Kwalifikacje prawne spółki kapitałowej oraz zakładu opieki zdrowotnej utworzonego przez tę spółkę*, Przegląd Sądowy, 10/2006.

opieki zdrowotnej z uwzględnieniem wielu prawnych kontekstów, na przykład ustaw o samorządzie terytorialnym, prawa upadłościowego, przepisów dotyczących odpowiedzialności cywilnej z tytułu szkody/ /krzywdy pacjenta i in. Nie ma tu miejsca na rozwinięcie tych wątków.

Trzeba natomiast zwrócić uwagę na to, że przeniesienie ciężaru zagadnień z ZOZ-u na spółkę kapitałową jako świadczeniodawcę publicznej opieki zdrowotnej, może przyczynić się do rozwoju na szeroką skalę menedżerskiego eksploatowania publicznego mienia i publicznych środków w interesie prywatnym, ponieważ zależność spółki (jako świadczeniodawcy) od samorządowej i rządowej administracji zdrowia oraz od publicznej „kasy” musiałaby doznać osłabienia. Koncepcja kapitałowej spółki w trojkiej roli: faktycznego dysponenta mienia ZOZ-u, pracodawcy personelu medycznego i świadczeniodawcy, prowadzi do niepożądanego kumulacji różnych funkcji w wąskim kręgu menedżerów opieki zdrowotnej oraz trudnego do rozwikłania splotu publicznej i prywatnej opieki zdrowotnej. Z doświadczenia systemów ochrony zdrowia w różnych krajach wiadomo, że tego rodzaju organizacyjne i finansowe kombinacje są jednym z istotnych czynników wzrostu kosztu opieki zdrowotnej bez odpowiedniego poprawienia jakości tej opieki, bo grupy prywatnego interesu (wykonawcy zawodu medycznego, przemysł farmaceutyczny i medyczny, ubezpieczyciele OC, kancelarie specjalizujące się w prowadzeniu „procesów lekarskich” i in.), korzystają z ułatwień w transferze publicznych środków do sektora prywatnego. Kombinacja taka sprzyja także selekcji ryzyka, powodując nierówny dostęp do publicznej opieki zdrowotnej.

5. Apteka wobec publicznej opieki zdrowotnej

W niekorzystnym ciągu wydarzeń trzeba też umieścić żywiołowy wprost proces prywatyzacji aptek oraz przemysłu leków i wyrobów medycznych, który wspomagał wyprowadzenie aptek z systemu służby zdrowia. Leżało to także w żywotnym interesie farmaceutów, którzy, podobnie jak lekarze, już w 1989 r. uzyskali swój samorząd i wyzwolili się z zależności od służby zdrowia. Przed 1989 r. aptek było około trzech

tysięcy, obecnie jest ich kilkanaście tysięcy, w luźnym tylko związku z publiczną opieką zdrowotną, bliżej im natomiast do zdominowanego przez koncerny farmaceutyczne rynku leków, którego kontrola w interesie publicznej opieki zdrowotnej jest niezwykle trudna, choć z różnych względów pożądana¹¹. Ponieważ wzrost wydatków na leki i wyroby medyczne jest szybszy niż nakładów na zdrowie, więc w polityce zdrowotnej i ocenie systemowych rozwiązań budzi się wątpliwość czy obecny stan rzeczy jest właściwy.

Zagadnienie miejsca apteki w publicznej opiece zdrowotnej nie jest przedmiotem szerszego zainteresowania i krytycznej refleksji. Zdaje się przeważać niekwestionowany pogląd, że w tej dziedzinie wykonywanie zawodu i prowadzenie działalności gospodarczej pozostaje w ścisłym związku. Ponieważ zaś wykonywanie zawodu pozostaje pod kontrolą zawodowej korporacji (samorządu zawodowego), więc dotyczy to z konieczności także prowadzenia działalności, która jako sprywatyzowana (z nielicznymi wyjątkami), oddaliła się od systemu publicznej opieki zdrowotnej. Ponieważ jednak działalność aptek rozwija się dzięki finansowaniu świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych, więc niezbędny jest administracyjny nadzór, który, dodajmy, wedle obowiązujących przepisów jest nadzwyczaj rygorystyczny i jednocześnie mało efektywny.

Problem jest złożony i wymagający odrębnej szerszej analizy. Tu ograniczymy się do przedstawienia hipotezy. Zaopatrzenie w leki i określone wyroby medyczne podlega prawnej kwalifikacji jako świadczenie opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych. Organizacja i finansowanie takich świadczeń należy zaś zasadniczo do NFZ, realizującego swoje zadanie za pomocą umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Nasuwa się więc wniosek, że, analogicznie jak w przypadku ZOZ-u jako świadczeniodawcy, do rozważenia jest instytucja umowy o zaopatrzenie w leki i wyroby medyczne, zawierana z publicznymi i niepublicznymi aptekami, będącymi w zakresie publicznego finansowania (w drodze refundacji) częścią publicznej opieki zdrowotnej. Pozwoliłoby to na rozwinięcie w zakresie zaopatrzenia w leki i wyroby medyczne relacji o charakterze zobowiązaniowym oraz na łagodzenie

¹¹ Chodzi o to, by podaż środków nie pobudzała popytu na świadczenia zdrowotne, do których dostęp zależy od sytuacji materialnej. Jest to zagadnienie praw człowieka i zasad bioetycznych. D.C. Thomasma, *Bioethics and International Human Rights*, Journal of Law, Medicine and Ethics, 25(1997).

obecnego skomplikowanego nadzoru nad działalnością aptek ze strony administracji państwowej, NFZ i samorządu zawodowego (ten ostatni powinien być ograniczony do ściśle rozumianej kontroli wykonywania zawodu, bez konsekwencji dla działalności gospodarczej).

6. Zasada równego dostępu do świadczeń publicznej opieki zdrowotnej

Konstytucyjnym fundamentem publicznej opieki zdrowotnej jest zasada art. 68 ust. 2: „obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych”. W kontekście ogólnej formuły „każdy ma prawo do ochrony zdrowia” (art. 68 ust. 1), interpretowanej jako publiczne prawo podmiotowe w relacji „każdego” z władzami publicznymi, zasada równego dostępu do publicznej opieki zdrowotnej dotyczy nie tylko politycznych, legislacyjnych, administracyjnych i sądowych obowiązków władz publicznych, ale także podmiotów publicznej opieki zdrowotnej, na niższym niejako poziomie systemu ochrony zdrowia. Z punktu widzenia ubezpieczonego/pacjenta (obywatela RP) ważne niewątpliwie jest to, czy w publicznej opiece zdrowotnej zasada równego dostępu jest urzeczywistniana, czy ma ona właściwe gwarancje prawne w kompetencji i obowiązkach świadczeniodawcy (w tym ewentualnie także apteki), właścicieli (organów założycielskich) ZOZ-ów, publicznej „kasy” oraz organach administracyjnego nadzoru (ministra, wojewody, samorządu zawodowego).

Ocena publicznej opieki zdrowotnej wedle zasady art. 68 ust. 2 Konstytucji nie jest dobra; nie jest nawet pewne, czy jest dostateczna. Dezyntegracja publicznej opieki zdrowotnej po stronie świadczeniodawców i wykonawców zawodów medycznych zaktywizowała partykularne interesy jednostek samorządu terytorialnego, zakładów opieki zdrowotnej, prowadzących te zakłady spółek, praktyk medycznych, zatrudnionego personelu medycznego i jego organizacji (samorządów zawodowych, związków zawodowych). Sprzyjają temu sprzeczności wynikające z niedofinansowania publicznej opieki zdrowotnej.

Wydawało się, że wprowadzenie powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego z organizacją kas chorych pod kontrolą samorządów terytorialnych odwróci proces dezintegracji publicznej opieki zdrowotnej. Tak się jednak nie stało, wobec czego w trakcie kolejnych „reform” systemu, z poparciem TK (zwłaszcza w sprawie K 14/03¹²), dokonuje się recentralizacja publicznej opieki zdrowotnej, której symbolem może być przyznanie ministrowi zdrowia, poza administracyjnym nadzorem legalności, także kompetencji celowościowej kontroli działań NFZ, świadczeniodawców i osób wykonujących zawód medyczny (farmaceutyczny). Kumulacja nadzorczych instrumentów prawnych w administracji rządowej wywołuje reakcję – konsolidację wykonawców publicznej opieki zdrowotnej, jako „przeciwnicy” wobec prób zarządzania systemem metodami administracyjnymi, łamiącymi cywilnoprawne konstrukcje (zwłaszcza zasadę należytego wykonywania zobowiązań) oraz konstytucyjną zasadę równego dostępu do świadczeń.

7. Poszukiwanie środków naprawczych

W potocznym mniemaniu naprawianie publicznej opieki zdrowotnej powinno nastąpić na drodze kolejnej „reformy”, w miarę możliwości na podstawie kompleksowej ustawy obejmującej wszystkie aspekty ochrony zdrowia. Fantom takiej ustawy pojawia się regularnie od kilkudziesięciu lat i wzbudza u doświadczonych nawet polityków skłonność do metafizyki publicznej opieki zdrowotnej. Można oczywiście taką ustawę uchwalić, ale nie życzyłbym nikomu obowiązku jej wykonywania. Publiczna opieka zdrowotna ma być spójna, ale w sensie prawnym jest kompleksowa (obejmuje zagadnienia różnych gałęzi prawa), pod względem legislacyjnym trzeba się więc trzymać podziałów, konstrukcji i zasad prawa: administracyjnego, cywilnego, handlowego, pracy, ubezpieczeń i in.

Zmiany legislacyjne różnej natury są potrzebne i powinny być dokonane w odpowiednim momencie. Przykładem błędu może być wytknięte ostatnio przez TK w sprawie P 5/05¹³ wieloletnie zaniedbanie legisla-

¹² Krytyczną ocenę tego wyroku przedstawiłem w: *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 4/2004.

¹³ Informacja w „Rzeczpospolitej”, 10.01.2007.

cyjne. TK nie bez racji orzekł, że art. 831 § 1 pkt 4 kodeksu postępowania cywilnego (pochodzący z 1964 r.), ograniczający w znacznym zakresie egzekucję wierzytelności wobec instytucji państwowych (w tym publicznych ZOZ-ów), przeczy zasadom gospodarki rynkowej. Trybunał uznał ten przepis za niezgodny z konstytucją. Ustanie tej uprzywilejowanej ochrony (po ogłoszeniu wyroku) sprawiło, że wiele mocno zadłużonych szpitali (działających w formie SP ZOZ-u) znalazło się nagle w dramatycznej sytuacji finansowej, bez nadziei na szybką pomoc z czyjejkolwiek strony. Jest to przykład tolerowania drobnej na pozór niespójności w publicznej opiece zdrowotnej, polegającej na różnym traktowaniu publicznych i niepublicznych ZOZ-ów. Przyczyniło się to niewątpliwie do powstania góry szpitalnych długów, do której wierzyciele i komornicy mieli utrudniony dostęp. Trybunał jednocześnie zwrócił uwagę na problem szczególnej ochrony środków służących finansowaniu publicznej opieki zdrowotnej, bez faworyzowania jednak świadczeniodawców ze względu na formę własności i ich pochodzenie.

To orzeczenie TK dostarcza przekonującego argumentu, że podział ZOZ-ów na publiczne i niepubliczne (art. 8 ustawy o z.o.z.) ma względne i specyficzne znaczenie. Nie może on zatem podważać spójności publicznej opieki zdrowotnej (finansowanej ze środków publicznych), jako kategorii odrębnej i zasadniczo odmiennej od prywatnej opieki zdrowotnej (utrzymywanej i finansowanej ze środków prywatnych).

Wydaje się, że w rozwiązywaniu problemów integracji publicznej opieki zdrowotnej nie można pominąć organizacyjnej struktury po stronie świadczeniodawców. Istnieje nie tylko rozproszenie organizacyjne świadczeniodawców (szerzej – podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne), uprawiających trudną do uchwycenia selekcję ryzyka niezdrowia, powodującą w konsekwencji nierówne, zależne od sytuacji materialnej obywateli, traktowanie pacjentów. Jest to także nakładanie się różnych co do charakteru reżimów prawnych w ramach publicznej opieki zdrowotnej, powodujące nieprzejrzyistość systemu i ułatwiające nierzetelne praktyki.

Dojrzewa chyba potrzeba uruchomienia nowego typu podmiotu publicznej opieki zdrowotnej, który spełniałby jednocześnie kilka warunków:

1) był względnie niezależny od jednostek samorządu terytorialnego, rządowej administracji zdrowia i NFZ oraz od samorządu zawodowego,

2) był dostosowany do warunków społecznej gospodarki rynkowej,
3) nie był jednocześnie ani świadczeniodawcą (kontrahentem NFZ), ani innym podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych (nie mający zatem bezpośredniej styczności z pacjentami), ani też pracodawcą personelu medycznego,

4) jego podstawowym zadaniem byłoby profesjonalne zarządzanie systemem na danym terenie przez koordynację publicznej opieki zdrowotnej z uwzględnieniem interesów wszystkich jej podmiotów, w ramach posiadanych środków, w warunkach różnych reżimów prawnych mających zastosowanie w publicznej opiece zdrowotnej.

W tej propozycji nie chodzi o jakieś skrajne konstrukcje bądź administracyjnego podporządkowania ZOZ-ów i wykonawców zawodu medycznego bądź federacji świadczeniodawców bądź też przedsiębiorczości na rynku w reżimie wolności gospodarczej i ochrony konsumenta, nękanej w dodatku za pomocą piramidy administracyjnego nadzoru. Spośród wielu szczególnych kwestii wymagających rozważenia, należałoby zwrócić uwagę na funkcję reprezentacji interesów świadczeniodawców (a pośrednio pacjentów) wobec partykularnych interesów jednostek samorządu terytorialnego, administracji rządowej, monopolu NFZ i organizacji personelu medycznego. Zasadnicza idea propozycji dotyczy więc wzmocnienia statusu świadczeniodawców ze względu na realizację zasady równego dostępu do publicznej opieki zdrowotnej.

Ponieważ podstawowa odpowiedzialność w zakresie zaspokajania potrzeb zdrowotnych ludności spoczywa na samorządach terytorialnych, nasuwa się więc wniosek, że tym nowym podmiotem mogłaby być agencja publicznej opieki zdrowotnej (APOZ), tworzona przez odpowiednie jednostki samorządu terytorialnego w formie spółki prawa handlowego, działająca na zasadach organizacji pożytku publicznego¹⁴.

Niejako komplementarna wobec takiej zmiany, sprzyjająca równowadze kontrahentów, musiałaby być decentralizacja (regionalizacja) NFZ. Jest to także zagadnienie równego dostępu do publicznej opieki zdrowotnej (art. 68 ust. 2 Konstytucji): ponieważ zróżnicowanie sytuacji materialnej (zwłaszcza dochodowej) obywateli w kraju jest znacz-

¹⁴ SN w sprawie III CZP 122/06 (LEX nr 165504) wyraził pogląd, że spółka akcyjna prowadząca działalność w sferze zadań publicznych i nie działająca w celu osiągnięcia zysku może nabyć status organizacji pożytku publicznego. Według A. Zycha (Rzeczpospolita, 19.12.2005) spółki *non profit* są szansą rozwoju trzeciego sektora.

ne¹⁵ i ma charakter regionalny, więc dla pełnej realizacji wymienionej zasady funkcja NFZ powinna skupić się na prowadzeniu polityki publicznej opieki zdrowotnej, między innymi na łagodzeniu nierówności w strukturze ryzyka, regionalne zaś „kasy” powinny mieć wystarczającą samodzielność (może nawet osobowość prawną), niezbędną do efektywnego organizowania i finansowania publicznej opieki zdrowotnej w danym regionie, w celu realizacji równego dostępu obywateli do tej opieki.

¹⁵ Badania wykazały, że w Polsce wskaźnik ubóstwa rośnie, i że w 2001 r. poniżej minimum socjalnego było gospodarstw domowych: 80% żyjących z pomocy społecznej, 91% rolników, 66% emerytów i rencistów, 56% pracowników i 45% pracujących na własny rachunek. B. Kołaczek, *Dochodowa sytuacja rodzin w Polsce i jej uwarunkowania*, Polityka Społeczna, 11-12/2004.

Zdzisław Kubot

Ordynatorskie i nieordynatorskie systemy prowadzenia oddziałów szpitalnych

Uwagi wstępne

Ordynatorskie i nieordynatorskie systemy prowadzenia oddziałów szpitalnych wymagają analizy z wielu fundamentalnych względów. W szczególności chodzi tu o efektywność i jakość udzielania świadczeń zdrowotnych, status lekarzy na oddziałach szpitala (w tym ich uprawnienia, obowiązki i odpowiedzialność w zakresie leczenia pacjentów), pozycję pacjentów (m.in. możliwość wyboru lekarza). Systemy prowadzenia oddziałów mogą w istotny sposób rzutować na efektywność i sprawność działania szpitali, a przez to na ich koszty oraz wyniki ekonomiczne.

Obecnie w Polsce, przy dominacji systemu ordynatorskiego, występują też nieordynatorskie systemy prowadzenia oddziałów. Co więcej, podejmowane są próby powierzania oddziałów szpitalnych niepublicznym zakładom opieki zdrowotnej, jak też prowadzenia szpitali bez oddziałów. Te pierwsze próby napotykają na przeszkody prawne. Prowadzenie oddziału szpitalnego nie może być powierzone innemu podmiotowi na podstawie umowy o podwykonawstwo¹.

Podniesione względy wskazują na doniosłość i pilność analiz ordynatorskich oraz nieordynatorskich systemów prowadzenia oddziałów szpitalnych. Przedmiotem analizy powinny być różne wersje wymienionych systemów. Umożliwi to ocenę różnorodnych rozwiązań w aspekcie efektywności zarządzania szpitalem, jakości leczenia, statusu lekarzy, pozycji i praw pacjenta.

¹ Szerzej Z. Kubot, *Podwykonawcy i pomocnicy w udzielaniu świadczeń opieki zdrowotnej*, Klemar, Wrocław 2005, s. 50-53.

1. Systemy ordynatorskie

System ordynatorski to system kierowania oddziałem szpitalnym przez ordynatora, który leczy pacjentów przyjętych na oddział oraz sprawuje fachowy nadzór nad pracą podległych mu lekarzy. Właściwością systemu ordynatorskiego jest także wykonywanie przez ordynatora czynności administracyjnych i gospodarczych.

Istotą systemu ordynatorskiego jest władza ordynatora nad personelem zatrudnionym na oddziale. Władza ta dotyczy różnych aspektów pracy podległego personelu. System ordynatorski cechuje odpowiedzialność ordynatora za leczenie chorych na oddziale, a także odpowiedzialność za czynności administracyjne i gospodarcze. Zakres odpowiedzialności ordynatora jest odpowiedni do zakresu jego czynności, uprawnień i obowiązków.

Zaznaczyć należy, iż w słownikach języka polskiego ordynator określany jest jako „lekarz zajmujący stanowisko kierownika oddziału szpitala”², „lekarz kierujący oddziałem w szpitalu”³. Istotą systemu ordynatorskiego jest kierowanie oddziałem szpitalnym przez lekarza zajmującego stanowisko o szczególnej nazwie („ordynator”), specyficznym ustalonych uprawnieniach i obowiązkach oraz odpowiedzialności. Systemy ordynatorskie nie są jednolite, ale zróżnicowane. Praktyczne i poznawcze znaczenie ma przedstawienie oraz ukazanie właściwości różnych systemów ordynatorskich.

1.1. Tradycyjne systemy ordynatorskie

W państwowej służbie zdrowia w Polsce, w której szpitale były jednostkami budżetowymi, prowadzenie oddziałów odbywało się w systemie ordynatorskim jednolicie regulowanym. System ten cechują następujące właściwości: 1) ordynator oddziału ma status pracownika i podlega służbowo dyrektorowi szpitala; 2) ordynator oddziału jest bezpośrednim zwierzchnikiem personelu zatrudnionego na oddziale; 3) personel podległy ordynatorowi zatrudniony jest na podstawie umów o pracę; 4) lekarze podlegli ordynatorowi mają status asystentów (star-

² *Słownik języka polskiego*, t. II, red. Naukowy M. Szymczak, Warszawa 1979, s. 538.

³ *Słownik poprawnej polszczyzny*, pod red. A. Markowskiego, Warszawa 1999, s. 612.

szy asystent, młodszy asystent); 5) ordynator wykonuje czynności w zakresie leczenia oraz w zakresie administracyjno-gospodarczym; 6) ordynator odpowiada za sprawne funkcjonowanie oddziału pod względem lekarskim, administracyjnym i gospodarczym.

System ordynatorski o wskazanych wyżej właściwościach określam mianem tradycyjnego ze względu na długi okres jego stosowania w Polsce. System ten utrzymał się w zdecydowanej większości publicznych szpitali, po nadaniu im statusu samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Scharakteryzowany wyżej system ordynatorski ma więc pewną tradycję w Polsce, znajdując zastosowanie w publicznych szpitalach mających status jednostek budżetowych, zakładów budżetowych⁴, a także samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej. Tradycyjny system ordynatorski stanowi dogodny punkt odniesienia dla przedstawienia zmian, jakie dokonują się w zakresie prowadzenia oddziałów w szpitalach publicznych oraz szpitalach niepublicznych.

Tradycyjny system ordynatorski ukształtowany został w „Regulaminach szpitalnych, Załączniku do Instrukcji Nr 35/61 Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 9 kwietnia 1961 r.”⁵ (dalej określanych jako „Regulamin szpitalny”). W Regulaminach szpitalnych ustalono m.in. „Regulamin pracy ordynatora oddziału”, „Regulamin pracy starszego asystenta oddziału”, „Regulamin pracy młodszego asystenta oddziału”, „Regulamin lekarza dyżurnego”, „Regulamin pracy pielęgniarki oddziałowej”, „Regulamin pracy pielęgniarki odcinkowej”.

W „Regulaminie pracy ordynatora oddziału” zamieszczono m.in. następujące postanowienia: „Ordynator podlega bezpośrednio dyrektorowi szpitala” (§ 1), „Ordynator odpowiada za sprawne funkcjonowanie oddziału pod względem lekarskim, administracyjnym i gospodarczym oraz za właściwe leczenie chorych” (§ 2), „Ordynator czuwa nad prawidłowym tokiem pracy na oddziale, nadzoruje pod względem fachowym i etycznym pracę podległego personelu oraz dba

⁴ Zakładem budżetowym stosującym tradycyjny system ordynatorski jest Specjalistyczne Centrum Medyczne w Polanicy Zdrój. „Centrum jest prowadzone w formie zakładu budżetowego zgodnie z art. 19 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych” (§ 1 ust. 2 Statutu Specjalistycznego Centrum Medycznego w Polanicy Zdrój, Dz. Urz. MZ 2005, nr 7, poz. 27). „Centrum jest państwowym zakładem budżetowym w rozumieniu art. 19 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. Z 2003 r. Nr 15, poz. 148, z późn. zm.). Centrum rozlicza się z budżetem państwa w części 46 – Zdrowie w dziale 851 – Ochrona Zdrowia” (§ 13 wymienionego wyżej statutu).

⁵ Dz. Urzędowy MZiOS 1961, nr 13, poz. 89.

o dyscyplinę pracy” (§ 3 ust. 1), „Ordynator ponosi całkowitą odpowiedzialność za leczenie chorych na oddziale. Ma prawo wyboru metod leczenia, jednak w razie wprowadzenia nowych metod jest obowiązany po porozumieniu się z dyrektorem szpitala zasięgnąć opinii specjalisty wojewódzkiego. W szczególności w zakresie lecznictwa ordynator jest obowiązany: 1) zbadać każdego nowo przybyłego chorego oraz ustalić rozpoznanie i kierunek leczenia, (...) 2) znać stan zdrowia każdego chorego na oddziale i decydować o sposobie leczenia chorego (§ 4 ust. 1, ust. 2 pkt 1 i 8), „Ordynator jest bezpośrednim zwierzchnikiem personelu zatrudnionego na oddziale. W szczególności ordynator wydaje opinie o podległym personelu oraz występuje z wnioskami w sprawie przyjmowania, zwalniania, awansowania i karania personelu (§ 6 ust. 1 i 2). „Ordynator wyznacza – jako swego stałego zastępcę – jednego z podległych mu starszych asystentów, ustalając zakres jego obowiązków na czas swej nieobecności” (§ 6 ust. 1), „Ordynator kieruje pracą lekarzy zatrudnionych na oddziale, czuwa nad pogłębianiem przez nich wiedzy oraz zachęca ich do pracy naukowej i udziela pomocy przy prowadzeniu prac badawczych” (§ 7), „Ordynator zaznajamia się z pracami naukowymi prowadzonymi w oddziale i opiniuje przed opublikowaniem” (§ 9), „Ordynator dba o stałe utrzymanie oddziału w należyтым stanie pod względem sanitarno-higienicznym i porządkowym” (§ 11).

1.2. Systemy ordynatorskie z lekarzami na kontraktach cywilnoprawnych

Tradycyjny system ordynatorski z ordynatorem jako zwierzchnikiem służbowym oraz podlegającymi mu w ramach stosunku pracy lekarzami-asystentami, uległ zmianom w następstwie angażowania lekarzy na podstawie kontraktów cywilnoprawnych. Kontrakty cywilnoprawne wyeliminowały, przynajmniej formalnie, zależność służbową lekarzy wobec ordynatora. Formalnie ordynator utracił uprawnienie do wydawania poleceń co, kiedy, gdzie i jak ma robić lekarz udzielający świadczeń zdrowotnych na oddziale.

Wyeliminowanie władzy pracodawcy, jaką dysponował ordynator wobec podległych mu lekarzy-pracowników, nie wyłączyło jego władzy

wobec lekarzy zaangażowanych na podstawie kontraktów cywilnoprawnych (zwanymi często lekarzami kontraktowymi). Władza ordynatorska uległa przemianie. Formy oddziaływania ordynatora z poleceń przełożonego zmieniły się na wskazówki, fachowe wskazówki, zlecenia ordynatorskie. W ramach stosunków cywilnoprawnych utrzymały się niektóre istotne uprawnienia kierownicze, jak koordynowanie z góry określonych czynności, nadzór fachowy i organizacyjny. W pewnym zakresie pracy lekarzy, zamiast poleceń, pojawiły się uzgodnienia. Przykładowo dotyczy to ustalania harmonogramów pracy. Harmonogramy pracy przestały być ustalane w formie polecenia przełożonego-ordynatora, a stały się przedmiotem uzgodnień z ordynatorem jako reprezentantem kontrahenta umowy cywilnoprawnej (zleceniodawcy, udzielającego zamówienia).

Zmiana charakteru prawnego układu ordynator – lekarze udzielający świadczeń zdrowotnych na oddziale, nie jest równoznaczna ze zmianą faktycznego układu zależności. W praktyce wypowiedzi ordynatora dotyczące pracy lekarzy traktowane są przez nich jako polecenia, a nie wskazówki, fachowe wskazówki, zalecenia czy zlecenia. Często faktyczna podległość lekarza kontraktowego wobec ordynatora nie ulega zmianie. Co więcej, zależność ta może być większa niż zależność lekarza pracownika. Spowodowane to może być tym, że kontrakty cywilnoprawne są umowami zawieranymi na czas określony (często tylko na okres roku).

Zależność lekarza kontraktowego od ordynatora może prowadzić do swoistej sytuacji, określanej jako „poddaństwo w samodzielności”⁶. Kontrakty cywilnoprawne, stanowiące podstawę angażowania lekarzy do pracy na oddziały szpitalne, nie zabezpieczają przed silnymi zależnościami zawodowymi, nierzadko określonymi jako zależności feudalne. W tym sensie uzasadnione wydają się być takie pojęcia jak „feudalne stosunki zatrudnienia typu cywilnoprawnego”, „feudalne stosunki samozatrudnienia”. Istota takich stosunków prawnych wyraża się w trwałej podległości osobie dysponującej uprawnieniami w zasadniczych elementach pracy lekarzy (m.in. w zakresie rozkładu czasu pracy, awansów stanowiskowych i płacowych, przydzielania pacjentów, kwalifikowania pacjentów do operacji).

⁶ A. Supoit, *Zatrudnienie pracownicze i zatrudnienie niezależne* [w:] *Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*, Warszawa 13-17 września 1999 r., s. 156 i n.

2. Zróżnicowanie statusu ordynatorów

Systemy ordynatorskie w Polsce cechuje nie tylko zróżnicowanie związane z różnymi podstawami angażowania lekarzy, udzielających świadczeń pod kierunkiem ordynatora (zatrudnienie pracownicze, zatrudnienie niepracownicze typu cywilnoprawnego, samozatrudnienie), ale także z różnymi podstawami obejmowania stanowiska ordynatora.

Według § 1 pkt 16 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 listopada 1974 r. w sprawie stanowisk kierowniczych, na których zatrudnia się pracowników na podstawie powołania, nawiązanie stosunku pracy na stanowisku ordynatora oddziału szpitalnego następowało na podstawie powołania⁷. Powołanie na stanowisko powodowało niestabilność stosunku pracy ordynatora. Mógł on być bowiem w każdym czasie – niezwłocznie lub w określonym terminie – odwołany ze stanowiska przez organ, który go powołał. Powołanie – jako podstawa stosunku pracy – powodowało dużą zależność i dyspozycyjność ordynatora od dyrektora szpitala. Dyspozycyjność ta w zasadniczy sposób wzmocniona była w następstwie przyjęcia reguły, że rozwiązanie stosunku pracy z pracownikiem powołanym następuje przez odwołanie, które może być dokonane w każdym czasie, nie wymaga uzasadnienia i w zasadzie nie podlega kontroli sądowej⁸.

Zmiana podstawy stanowiska ordynatora oddziału szpitalnego w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej została dokonana w art. 44a ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej. Zgodnie z tym przepisem – z kandydatem wybranym w drodze konkursu na stanowisko ordynatora kierownik publicznego zakładu opieki zdrowotnej nawiązuje stosunek pracy na podstawie umowy o pracę. Według art. 44a ust. 1 pkt 7 stosunek pracy z kandydatem wybranym na stanowisko ordynatora nawiązuje się na 6 lat. Okres ten może być przedłużony na 8 lat, jeżeli do osiągnięcia wieku emerytalnego pracownikowi brakuje nie więcej niż 2 lata.

Wymienione przepisy ustawy o zakładach opieki zdrowotnej kształtują stabilność zatrudnienia ordynatora w ramach stosunku pracy. W praktyce stabilność zatrudnienia ordynatora nierzadko zostaje znacz-

⁷ Dz. U. 1974, Nr 45, poz. 268.

⁸ W. Sanetra, *Prawo pracy*, Białystok 1994, s. 44.

nie zwiększona przez duże możliwości wygrania przez niego następnego konkursu na stanowisko ordynatora. Stabilność zatrudnienia lekarza, który piastuje stanowisko ordynatora oddziału, bywa zwiększona przez przyznanie takiemu lekarzowi prawa powrotu na poprzednio zajmowane stanowisko w danym zakładzie opieki zdrowotnej⁹.

Swoistością zatrudnienia ordynatora w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej jest roszczenie kandydata wybranego przez komisję konkursową o nawiązanie stosunku pracy na 6 lat¹⁰. W konsekwencji tego roszczenia publiczny zakład opieki zdrowotnej staje się przymusowym pracodawcą. Odmowa zawarcia umowy o pracę z kandydatem wybranym przez komisję konkursową może spowodować – w następstwie powództwa kandydata o nawiązanie stosunku pracy – wydanie wyroku nakazującego publicznemu zakładowi opieki zdrowotnej nawiązanie stosunku pracy¹¹.

Stabilność zatrudnienia ordynatora na podstawie umów o pracę w publicznych zakładach opieki zdrowotnej powoduje, że w tych zakładach ordynatorzy tworzą trwałą, wpływową grupę kluczowych pracowników, wspieraną przez organizacje związkowe, organy samorządu lekarskiego, organizacje naukowe i zawodowe. Ogranicza to możliwości wpływania na efektywność kierowania oddziałami, a także wprowadzania wobec ordynatorów zakazów konkurencji¹².

Zatrudnienie ordynatora oddziału szpitalnego w niepublicznym zakładzie opieki zdrowotnej nie zostało uregulowane w ustawie z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej. W niepublicznym zakładzie opieki zdrowotnej może być on zatrudniony bez przeprowadzania konkursu, na podstawie umowy o pracę na czas określony bądź umowy o pracę na czas nieokreślony. W sytuacji usytuowania oddziału szpitalnego oraz ukształtowania pozycji ordynatora wyłączającego polecenia przełożonego (przełożonych), dopuszczalne jest angażowanie ordynatorów na podstawie umów cywilnoprawnych¹³.

⁹ Szerzej Z. Kubot, *Status ordynatora*, „Prawo i Medycyna” 2001, nr 10, s. 62-64.

¹⁰ Por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2001 r., III ZP 16/01, zgodnie z którą przepis art. 44a ust. 5 ustawy z dnia 30 stycznia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej jest podstawą żądania nawiązania stosunku pracy z zakładem opieki zdrowotnej przez osobę wybraną w drodze konkursu na stanowisko określone w art. 44a ust. 1 pkt 2-5 tej ustawy.

¹¹ Szerzej Z. Kubot, *Status ordynatora*, Klemar, Wrocław 2002, s. 28-49.

¹² Szerzej Z. Kubot, *Zakazy konkurencji lekarzy*, w druku.

¹³ W pracy *Status ordynatora* (j.w.) uznałem to za nietypowe usytuowanie zarówno oddziału, jak i ordynatora jako osoby kierującej oddziałem (s. 55-62).

Pod względem swobody doboru osób na stanowisko ordynatora niepubliczny zakład opieki zdrowotnej znajduje się w zasadniczo odmiennej sytuacji niż publiczny zakład opieki zdrowotnej. Niepubliczny zakład opieki zdrowotnej może organizować konkursy na stanowisko ordynatora w przypadkach, w których uzna to za wskazane, nie podlegając ograniczeniom co do składu komisji konkursowej oraz kryteriów wyboru kandydatów. Niepubliczny zakład opieki zdrowotnej nie jest też ograniczony roszczeniami o nawiązanie stosunku pracy ze strony kandydata czy kandydatów, którzy pozytywnie ukończyli postępowanie konkursowe.

Praktyka angażowania ordynatorów oddziałów w publicznych zakładach opieki zdrowotnej wykazuje tendencję do różnicowania statusu ordynatorów. Różnicowanie to dotyczy wielu elementów statusu. Jako podstawa pełnienia funkcji ordynatora oddziału szpitalnego pojawiają się umowy cywilnoprawne, zawierane z lekarzem jako przedsiębiorcą prowadzącym indywidualną praktykę (indywidualną specjalistyczną praktykę). W samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej są to umowy o udzielanie zamówienia na świadczenia zdrowotne¹⁴, a w niepublicznych zakładach – umowy nienazwane, którym strony nadają różne nazwy (np. umowy o świadczenia usług medycznych).

Angażowanie lekarzy na stanowisko ordynatora na podstawie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych (umów o świadczenie usług medycznych) jest znamienne, ze względu na wykonywanie przez ordynatora czynności administracyjnych i gospodarczych czy czynności kierowniczych (czynności zarządczych). Rodzi to zastrzeżenia prawne. Chodzi o dopuszczalność kwalifikowania wykonywanych przez ordynatora czynności administracyjnych, gospodarczych oraz czynności kierowniczych (czynności zarządczych) jako czynności objętych zakresem pojęcia „usługi medyczne”. Szczególne zastrzeżenia wywołuje kwalifikowanie wymienionych czynności udzielania świadczeń zdrowotnych w ramach indywidualnej (indywidualnej specjalistycznej) praktyki lekarskiej¹⁵.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę na określanie przedmiotu umów o świadczenie usług medycznych, stanowiących podstawę

¹⁴ Por. charakterystyka tego rodzaju umowy Z. Kubot, *Umowa o udzielanie zamówienia na świadczenia zdrowotne*, Klemar, Wrocław 2001, s. 12-164.

¹⁵ Szerzej Z. Kubot, *Status ordynatora*, j.w., s. 59-60.

pełnienia funkcji ordynatora. Wyłania się tu kwestia określenia czynności czy zadań ordynatora. W jednej z umów o świadczenie usług medycznych ustalono, że przedmiotem umowy jest wykonywanie przez zleceniobiorcę zleconych przez zleceniodawcę usług medycznych, a w następnym punkcie umowy dodano, że zleceniodawca zleca, a zleceniobiorca zobowiązuje się do udzielania świadczeń zdrowotnych w zakresie kardiochirurgii, wykonując jednocześnie w związku z tym zadania ordynatora oddziału kardiochirurgii¹⁶. Funkcja ordynatora została tu ujęta jako funkcja uzupełniająca, czy w pewnym sensie nawet akcesoryjna wobec zasadniczego przedmiotu umowy, którym jest udzielanie świadczeń zdrowotnych. O uzupełniającym charakterze zadań ordynatora wydaje się świadczyć zwrot „w związku z tym zadania ordynatora”. Jest to specyficzne ukształtowanie podstawy prawnej pełnienia funkcji ordynatora oddziału szpitalnego, stosowane ze względu na kwalifikację prawną umowy cywilnoprawnej jako umowy realizowanej w ramach indywidualnej praktyki lekarskiej (indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej).

Szczególne znaczenie ma różnicowanie statusu ordynatora, polegające na ograniczeniu jego wymiaru czasu pracy oraz ograniczaniu zakresu czynności do czynności administracyjnych i gospodarczych oraz nadzoru fachowego i nadzoru organizacyjnego. W takim podejściu istota statusu ordynatora sprowadzona zostaje do funkcji kierowniczych w zakresie administracyjnym, gospodarczym oraz leczniczym. Jest to więc status ordynatora różniący się zasadniczo od tradycyjnego statusu, którego właściwość stanowi leczenie pacjentów. Swoistość omawianego podejścia należy podkreślić jeszcze z tego względu, że z osobą piastującą stanowisko ordynatora na podstawie umowy o pracę w niepełnym wymiarze, zawierana jest druga umowa – umowa cywilnoprawna o świadczenia usług medycznych. W ten sposób czynności stanowiące istotę tradycyjnego statusu ordynatora zostają wyłączone ze statusu ordynatora, stając się podstawą ukształtowania odrębnego statusu lekarza oddziału szpitalnego. W konsekwencji pojawia się szczególna kombinacja statusu ordynatora ze statusem lekarza oddziału szpitalnego, łączonych przez tę samą osobę.

¹⁶ Por. Z. Kubot, *Podwykonawcy i pomocnicy w udzielaniu świadczeń zdrowotnych*, j.w., s. 77.

3. Systemy *quasi*-ordynatorskie

W przemianach dotyczących prowadzenia oddziałów szpitalnych istotne miejsce przypada systemom *quasi*-ordynatorskim. Istota systemu *quasi*-ordynatorskiego polega na kierowaniu oddziałem przez innego lekarza niż ordynator, ale o podobnych zakresach czynności, uprawnień, obowiązków i odpowiedzialności. Utrzymane tu zostają podstawowe funkcje ordynatora, z tym, że wykonywanie ich powierzono innej osobie niż ordynator. *Quasi*-ordynatorskie systemy prowadzenia oddziałów szpitalnych wykazują pewne zróżnicowanie.

Quasi-ordynatorskim systemem prowadzenia oddziału szpitalnego jest powierzenie oddziału kierownikowi oddziału. Jedną z wersji takiego systemu polega na zawarciu z lekarzem „umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych i kierowanie oddziałem”¹⁷. Przedmiotem tej umowy jest udzielanie świadczeń zdrowotnych oraz kierowanie i zarządzanie oddziałem. We wzorze jednej z „umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych i kierowanie oddziałem”, czynności objęte umową określono w załączniku do umowy zatytułowanym „Odpowiedzialność i obowiązki w zakresie kierowania oddziałem świadczeń zdrowotnych”¹⁸.

O tym, że powierzenie na podstawie wymienionej wyżej umowy prowadzenia oddziału kierownikowi jest *quasi*-ordynatorskim systemem kierowania oddziałem szpitalnym, świadczą następujące postanowienia ww. załącznika: „Zleceniobiorca odpowiada za właściwą organizację i sprawne funkcjonowanie oddziału pod względem medycznym, administracyjnym, ekonomicznym i gospodarczym oraz za właściwe postępowanie diagnostyczno-terapeutyczne w procesie leczenia chorych w oddziale, zgodnie z postępowaniem wiedzy lekarskiej (§ 1). „Zleceniobiorca ponosi całkowitą odpowiedzialność za stosowane metody diagnostyczno-terapeutyczne na oddziale. Ma prawo wyboru metod leczenia, wprowadzenia nowych metod po zasięgnięciu opinii specjalisty wojewódzkiego i powiadomieniu Zleceniodawcy. W szczególności w zakresie leczenia Zleceniobiorca jest obowiązany: 1) zbadać każde-

¹⁷ W kwestii treści takiej umowy por. E. Olesiński, *Umowa z kierownikiem oddziału* [w:] *Warsztaty prawnomedyczne. Status ordynatora oraz kierownika oddziału w zakładach opieki zdrowotnej*, Rydzyna 17-18 marca 2001 r., patronat: Wielkopolska Izba Lekarska, Wojewódzki Szpital Zespolony w Lesznie, organizator: „Klemar” – Wydawnictwo Specjalistyczne.

¹⁸ Tamże.

go nowoprzybyłego chorego oraz ustalić lub zaakceptować rozpoznanie i kierunek postępowania (§ 3 ust. 1 i 2 pkt 1), „Zleceniobiorca jest bezpośrednim zwierzchnikiem osób zatrudnionych w oddziale. Zleceniobiorca wydaje opinie o osobach zatrudnionych w oddziale oraz występuje z wnioskami w sprawie przyjmowania, zwalniania, awansowania, ustalania wynagrodzenia i karania. Każdorazowo na czas swojej nieobecności Zleceniobiorca wyznacza na piśmie zastępcę, który w tym czasie ponosi odpowiedzialność jak Zleceniobiorca” (§ 5). „Zleceniobiorca dba o stałe utrzymanie oddziału w należyтым stanie pod względem sanitarno-higienicznym i porządkowym”.

Porównując przytoczone wyżej czynności, obowiązki i odpowiedzialność kierownika oddziału z czynnościami, obowiązkami i odpowiedzialnością ordynatora w „Regulaminie pracy ordynatora”, będącego częścią „Regulaminów szpitalnych”, łatwo stwierdzić ich daleko idące podobieństwo, a nawet identyczność. Oznacza to, że umowa o udzielanie świadczeń zdrowotnych i kierowanie oddziałem stanowi podstawę systemu *quasi*-ordynatorskiego.

Przedstawiając system powierzenia oddziałów szpitalnych kierownikom niezbędne jest wskazanie na oceny takiej praktyki. Zdecydowana większość dyskutantów biorących udział w dyskusji w czasie „Warsztatów prawno-medycznych” w Rydzynie 17-18 marca 2001 r. uznała, że „procedura powoływania kierowników oddziałów szpitalnych (naczelników konsultantów, głównych specjalistów) w miejsce ordynatorów jest próbą ominięcia przepisów prawa w celu większego podporządkowania osoby zarządzającej oddziałem kierownictwu zakładu opieki zdrowotnej i jako taka oceniona została zdecydowanie negatywnie”¹⁹.

W piśmie Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia z dnia 1 marca 2001 r. (BOK-HR 113-2-2001) przyjęto, że w zakresie angażowania kierownika oddziału, zamiast ordynatora, mamy do czynienia ze zmianą nazewnictwa stanowisk pracy sprzeczną z obowiązującymi przepisami. W uzasadnieniu przytoczonego stanowiska powołano przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 29 marca 1999 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od pracowników na poszczególnych rodzajach stanowisk pracy w publicznych zakładach opieki zdrowotnej, a także przepisy rozporządzenia Ministerstwa Zdrowia z dnia 17 maja 2000 r.

¹⁹ K. Kliks, *Warsztaty prawno-medyczne. Podsumowanie*.

w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać osoby na stanowiskach kierowniczych w zakładach opieki zdrowotnej określonego rodzaju.

System powierzenia prowadzenia oddziału szpitalnego kierownikowi oddziału wymaga dalszych badań i analiz. Rzecz w tym, że status kierownika oddziału może zostać ukształtowany w sposób zasadniczo inny niż w systemie *quasi*-ordynatorskim. Inaczej niż w systemie ordynatorskim może też zostać ukształtowany status lekarzy udzielających świadczeń zdrowotnych pacjentom leczonym na oddziale.

W ramach praktyki powierzenia prowadzenia oddziału szpitalnego innej osobie niż ordynator, uwagę zwracają umowy o udzielanie zamówienia na świadczenia zdrowotne, zawierane na podstawie art. 35 ustawy z dnia 30 stycznia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej. Przedmiot takich umów był różnie określany. Jako przedmiot umowy ustalano nie tylko udzielanie świadczeń zdrowotnych, ale także kierowanie i organizowanie leczenia na oddziale szpitalnym. Odnotować należy umowy o udzielanie zamówienia na świadczenia zdrowotne, których przedmiot określono jako kierowanie i organizowanie leczenia w dziale szpitala (dział szpitala obejmował poza oddziałem związane z nim komórki organizacyjne, np. poradnię specjalistyczną).

Odnotować też należy przypadki, że umowa cywilnoprawna, na podstawie której lekarz prowadził oddział szpitalny, nie zawierała postanowień o kierowaniu oddziałem. Przedmiot umowy został tu ograniczony do udzielania świadczeń zdrowotnych. Jest to szczególnie praktyka kontraktowa polegająca na pominięciu w umowie wykonywanej faktycznie funkcji kierowania oddziałem szpitalnym.

4. System konsultancki

W praktyce prowadzenia oddziałów szpitalnych pojawiły się systemy, w których lekarzom przyznaje się nazwy „konsultanta”, „naczelnego konsultanta”, „generalnego konsultanta”. Tworzy się też zespoły lekarzy, zwane „zespołami konsultanckimi”. Co więcej, zespoły takie działają też na oddziałach kierowanych przez ordynatorów. Stosowanie wymienionych nazw wskazuje na próby nadawania lekarzom statusu

innego niż status lekarzy na oddziałach prowadzonych w tradycyjnym systemie ordynatora. Różnorodność nazw może stwarzać niejasności co do istoty systemu konsultanckiego²⁰.

Nieodrowne jest wyznaczenie właściwości systemu konsultanckiego i posługiwanie się pojęciem „system konsultancki” jako pojęciem uniwersalnym, mającym ustalone znaczenie w organizacji szpitali w wielu państwach.

System konsultancki powinien być ujmowany jako system zasadniczo odmienny od systemu ordynatorskiego. Odmienności powinny dotyczyć statusu osoby prowadzącej oddział oraz statusu lekarzy udzielających świadczeń zdrowotnych na oddziale. Różnice powinny dotyczyć „wierzchołka” oraz „podstawy” oddziału szpitalnego.

Fundamentalne znaczenie w systemie konsultanckim ma status lekarza-konsultanta (lekarza-specjalisty) i jego pozycja wobec osoby prowadzącej oddział szpitalny. Konsultant powinien mieć ustalone i zagwarantowane uprawnienia do samodzielnego leczenia pacjentów. Odpowiednio należy kształtować pozycję zespołu konsultantów. W zakresie leczenia pacjentów konsultant czy zespół konsultantów nie może być ograniczony decyzjami osoby prowadzącej oddział (kierującej oddziałem) co do metod leczenia. Osoba prowadząca oddział może sprawować kierownictwo oraz nadzór o charakterze organizacyjnym. Dyskusji wymaga kwestia sprawowania nadzoru fachowego.

System konsultancki to system zasadniczo różny od systemu ordynatorskiego pod względem układu uprawnień, obowiązków i odpowiedzialności pomiędzy osobą kierującą oddziałem a lekarzami udzielającymi świadczeń pacjentom oddziału. System konsultancki to system, który eliminuje ordynatora jako osobę kierującą oddziałem. Tworzenie zespołów lekarzy konsultantów przy utrzymaniu kierowania oddziałem szpitalnym przez ordynatora jako organizatora oddziału rodzi niejasności co do istoty takiego podejścia. W zależności od zakresu uprawnień i obowiązków ordynatora z jednej strony a lekarzy-konsultantów z drugiej, może to być system ordynatorsko-*quasi*-konsultancki albo system konsultancki z utrzymaniem nazwy „ordynator”, oznaczającą osobę, która nie ma już uprawnień typowego ordynatora.

²⁰ Szerzej Z. Kubot, *Status ordynatora oraz kierownika oddziału szpitalnego (wybrane zagadnienia)*, „Prawo medyczne w praktyce ordynatora oddziału”, Materiały konferencyjne (konferencja zorganizowana przez Abacus, Biuro Promocji Medycznej Sp. z o.o.), Warszawa 17-18 czerwca 2004 r.

W praktyce mogą się pojawiać różne systemy prowadzenia oddziałów, zwane „systemami konsultanckimi”. Bez szczegółowej analizy pozycji lekarzy-konsultantów oraz statusu osoby kierującej oddziałem, a także bez wprowadzenia w tym zakresie standardów, będą występować różnorodne systemy oznaczane różnymi nazwami.

Wprowadzanie systemu konsultanckiego wymaga ustalenia nowych rozwiązań w zakresie kształcenia specjalizacyjnego lekarzy. Należy ustalić możliwość powierzania konsultantom funkcji opiekunów specjalizacji oraz określić zasady na jakich opieka ta powinna być sprawowana.

Wprowadzenie systemu konsultanckiego wymaga zmian legislacyjnych. Wyjściowe znaczenie mają przepisy dopuszczające kierowanie oddziałem szpitalnym nie tylko przez ordynatora, ale także innego lekarza. Stosowne zmiany przepisów zostały przygotowane przez Departament Prawny Ministerstwa Zdrowia²¹.

5. Konkluzje

1. W praktyce funkcjonowania szpitali w Polsce występują nie tylko ordynatorskie, ale także nieordynatorskie systemy kierowania oddziałami szpitalnymi. Oddziałami szpitalnymi kierują nie tylko ordynatorzy, ale także kierownicy oddziałów oraz koordynatorzy medyczni oddziałów²². Systemy ordynatorskie nie są więc w Polsce systemami uniwersalnymi ani wyłącznymi.

2. Ordynatorskie systemy kierowania oddziałami uległy w praktyce zróżnicowaniu. Różne są podstawy prawne obsadzania stanowiska ordynatora. Ordynatorzy angażowani są nie tylko na podstawie umowy o pracę, ale także umów cywilnoprawnych. Znamienne jest zawieranie z ordynatorami umów cywilnoprawnych, w ramach prowadzonej przez nich indywidualnej praktyki lekarskiej (indywidualnej specjalistycznej praktyki).

²¹ Por. Materiały informacyjne dotyczące zmian w zakresie systemu „ordynatorskiego”, przekazane autorowi 3 stycznia 2007 r.

²² System kierowania oddziałem szpitalnym przez koordynatora medycznego przedstawiłem w pracy *Status ordynatora*, j.w., s. 135-142.

3. Prowadzenie oddziału przez kierownika oddziału należy kwalifikować do kategorii systemów *quasi*-ordynatorskich, jeżeli zakres i istota czynności kierownika oddziału są zbliżone do zakresu i istoty czynności ordynatora. Oddział szpitalny może być prowadzony przez kierownika oddziału w systemie konsultanckim. Uprawnienia i odpowiedzialność kierownika oddziału są tu zasadniczo różne od uprawnień i odpowiedzialności ordynatora. Odmienna jest też pozycja lekarza-konsultanta od lekarza podległego ordynatorowi.

4. Wprowadzanie zespołów lekarzy-konsultantów z utrzymaniem stanowiska ordynatora jako osoby kierującej oddziałem może prowadzić w praktyce do kształtowania systemu ordynatorsko-*quasi*-konsultanckiego, jak też systemu konsultancko-*quasi*-ordynatorskiego²³. Byłyby to wersje rozwiązań pośrednich pomiędzy systemem ordynatorskim a systemem konsultanckim.

5. Nieordynatorskie systemy kierowania oddziałami szpitalnymi powinny mieć podstawę w przepisach prawnych. Wprowadzanie systemów nieordynatorskich umożliwia formuła „ordynator lub inna osoba kierująca oddziałem” („ordynator lub inny lekarz kierujący oddziałem”).

6. Formuła „ordynator lub inny lekarz kierujący oddziałem” umożliwia wprowadzanie różnych systemów prowadzenia oddziałów szpitalnych: ordynatorskich, *quasi*-ordynatorskich, *quasi*-konsultanckich oraz konsultanckich. Systemy prowadzenia oddziałów szpitalnych powinny zostać określone w regulaminie porządkowym zakładu opieki zdrowotnej. Regulamin porządkowy powinien określać zakresy czynności osoby kierującej oddziałem oraz zakresy czynności lekarzy-konsultantów. Wybór systemu prowadzenia oddziału powinien należeć do kierownika zakładu opieki zdrowotnej oraz podmiotu będącego założycielem danego zakładu²⁴.

7. Minister Zdrowia powinien określić kwalifikacje wymagane na stanowisku ordynatora, ale także kwalifikacje wymagane od innej osoby kierującej oddziałem. Regulacja kwalifikacji wymaganych od tych osób powinna być jednolita. Umożliwienie kierowania oddziałem szpi-

²³ Wyrażenia: ‘system ordynatorsko-*quasi*-konsultancki’, ‘system konsultancko-*quasi*-ordynatorski’ pochodzą od autora.

²⁴ Za możliwością wyboru systemu ordynatorskiego albo systemu konsultanckiego wypowiedział się prof. dr hab. Zbigniew Religa, Minister Zdrowia, w dyskusji na IX Forum Prawniczo-Medycznym, Warszawa, 7-8 grudnia 2006 r.

talnym innej osobie niż ordynator nie może wiązać się z obniżeniem wymaganych kwalifikacji.

8. Niezbędne jest opracowanie standardów w zakresie różnych systemów prowadzenia oddziałów szpitalnych. Niezbędne jest także ustalenie standardów w zakresie statusu osób kierujących oddziałami oraz lekarzy prowadzących pacjentów, zwłaszcza konsultantów.

Ordynator a konsultant: możliwości i zasadność zmian w polskiej służbie zdrowia

1. Wprowadzenie

W świetle projektowanych przez Ministerstwo Zdrowia zmian pojawia się pytanie czy należy utrzymać stanowisko ordynatora oddziału szpitalnego i czy nie należałoby zastąpić go stanowiskiem konsultanta. Wprowadzenie stanowiska konsultanta skutkowałoby, zdaniem zwolenników tego kroku, uwolnieniem lekarzy od zajmowania się zagadnieniami zarządzania i skupieniem na czynnościach klinicznych. Zwiększyłoby to tym samym autonomię decyzyjną lekarzy oraz uniezależniło lekarzy od zwierzchników, jeśli chodzi o rozwój zawodowy lekarzy.

Już pobieżne zaznajomienie się z dyskusjami na temat proponowanych zmian, które to dyskusje będziemy hasłowo określać zwrotem „system ordynatorski czy konsultancki”, ujawnia różnorodność wysuwanych argumentów¹. Część dotyczy umocowania prawnego stanowiska ordynatora, inne – zakresu obowiązków ordynatora, a jeszcze inne stanowią krytykę relacji zależności między zwierzchnikami a podwładnymi.

W niniejszym opracowaniu zajmujemy się dwiema sprawami.

Po pierwsze, chcemy oddzielić kwestię normatywnego umiejscowienia stanowiska ordynatora w polskim systemie opieki zdrowotnej od sprawy kultury życia organizacyjnego w tym systemie. Zajmiemy się głównie tą pierwszą sprawą, drugą z nich traktując marginalnie.

Po drugie, ponieważ w znanych nam dyskusjach na temat „system ordynatorski czy konsultancki”, nie znaleźliśmy wyraźnej definicji stanowiska konsultanta i zakresu jego obowiązków, charakterystykę tego

¹ Modelową jest tu dyskusja panelowa *Ordynator czy konsultant?*, Fundacja Stefana Batorego w Warszawie, 12 kwietnia 2005 r.

stanowiska zaczerpnijemy z brytyjskiego *National Health Service* (NHS). Charakterystykę tę wykorzystamy do przedstawienia różnic między obydwoma stanowiskami i ich usytuowaniem w organizacji pracy oddziału oraz do wskazania niektórych konsekwencji, jakie miałyby wprowadzenie stanowiska konsultanta do polskich szpitali. Ponadto sformułujemy propozycje normatywne, które w naszej opinii należałyby wziąć pod uwagę w dyskusji na temat „system ordynatorski czy konsultancki”. Nasze wnioski mają charakter wstępny i orientacyjny. Wszelkie strony opracowania tematu będą wymagały dalszych badań.

Przed podjęciem głównego tematu należy ponadto wskazać na dwie sprawy.

Po pierwsze, jako materiał do porównania wybraliśmy stanowisko konsultanta obecne w NHS dlatego, że jest to dojrzały system publicznej opieki zdrowotnej, a stanowisko konsultanta jest w nim zadomowione i jasno określone. Ponieważ jest to system publiczny, obecne w nim stanowisko konsultanta można rozpatrywać jako ewentualny wzór do przeniesienia na polski grunt, w przeciwieństwie do analogicznego stanowiska obecnego w Stanach Zjednoczonych, gdzie organizacja opieki zdrowotnej wydaje się zbyt odmienna od warunków polskich, aby próby przeniesienia amerykańskich wzorców organizacyjnych uznać za wskazane.

Po drugie, określenia „system ordynatorski” i „system konsultancki” traktujemy jako nieokreślone etykiety, a nie wyraźnie zdefiniowane terminy. Postępujemy tak nie tylko dlatego, że w polskim ustawodawstwie brak definicji stanowiska ordynatora i (co oczywiste) lekarza-konsultanta, ale też dlatego, że obydwie te funkcje występują na najniższych szczeblach organizacji opieki zdrowotnej. W konsekwencji należałoby oczekiwać, że stanowisko to będzie szczegółowo scharakteryzowane w regulaminach placówek opieki zdrowotnej, a nie w aktach prawnych rządu rozporządzenia czy ustawy, które decydują o kształcie systemu opieki zdrowotnej.

2. Umocowanie prawne ordynatora

W praktyce naszych szpitali ordynator zajmuje istotną i szczególną pozycję: ordynator zarówno udziela świadczeń medycznych, jak i za-

rządza oddziałem szpitalnym. Od jakiegoś czasu dyrektorzy szpitali stawiają ordynatorom dodatkowe wymagania: żądają współpracy przy konstruowaniu oferty konkursowej dla NFZ, ścisłego realizowania kontraktu, liczenia kosztów. Do najważniejszych kompetencji ordynatorów coraz częściej zalicza się zarządzanie i gospodarowanie finansami.

Zwolennicy „systemu konsultanckiego” uważają, że „system ordynatorski” łatwo jest zmienić, ponieważ stanowisko ordynatora nie ma silnego umocowania prawnego. Żaden przepis prawa nie definiuje, kim jest ordynator i nie precyzuje jego usytuowania w hierarchii stanowisk szpitalnych. Podstawowa w tej materii ustawa o zakładach opieki zdrowotnej w art. 10 ust. 1 i 2 daje jedynie ogólne wskazania, iż świadczenia zdrowotne w zakładzie opieki zdrowotnej mogą być udzielane wyłącznie przez osoby wykonujące zawód medyczny oraz spełniające wymagania zdrowotne, określone w odrębnych przepisach. Żaden inny przepis ustawy o zakładach opieki zdrowotnej nie zabrania, aby zamiast ordynatora oddział prowadził kierownik oddziału i jego zastępca. Niektóre aspekty stanowiska ordynatora zostały określone przez akty niższego rzędu niż ustawa czy rozporządzenia Ministra Zdrowia. Najwięcej na temat usytuowania i zadań ordynatora mówią wewnętrzne regulaminy porządkowe szpitali.

Zdaniem zwolenników ordynatury brak precyzyjnej definicji prawnej jest szczególnie dotkliwy teraz, gdy tradycyjna rola ordynatora w systemie ulega dość istotnej zmianie.

3. Kwalifikacje i powoływanie na stanowisko ordynatora

Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 29 marca 1999 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od pracowników na poszczególnych rodzajach stanowisk pracy w publicznych zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 30, poz. 300) określa, że ordynatorem może być lekarz lub lekarz dentyista, który ma specjalizację II stopnia w odpowiedniej dziedzinie medycyny i 8 lat pracy w zawodzie. Przepisy te dotyczą tylko i wyłącznie ordynatorów w publicznych zakładach opieki zdrowotnej. Jednak analogicznie stanowią przepisy rozporządzenia

Ministra Zdrowia z dnia 17 maja 2000 r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać osoby na stanowiskach kierowniczych w zakładach opieki zdrowotnej określonego rodzaju (Dz. U. Nr 44, poz. 520, z późn. zm.), które dotyczą już wszystkich rodzajów (publicznych i niepublicznych) zakładów opieki zdrowotnej. Zgodnie z par. 10 tego rozporządzenia ordynatorem oddziału szpitala powinien być lekarz, lekarz dentyista, mający prawo wykonywania zawodu w Rzeczypospolitej Polskiej i tytuł specjalisty w określonej dziedzinie medycyny lub specjalizację II stopnia w odpowiedniej dziedzinie medycyny oraz co najmniej ośmioletni staż pracy w zawodzie.

Zgodnie z art. 44a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej ordynator powoływany jest przez dyrektora zakładu opieki zdrowotnej spośród kandydatów wskazanych w postępowaniu konkursowym. Przepisy w sprawie wyboru ordynatora w drodze konkursu dotyczą wyłącznie publicznych zakładów opieki zdrowotnej, niepubliczne nie muszą spełniać tego warunku. Konkurs na stanowisko ordynatora publicznego zakładu opieki zdrowotnej ogłasza kierownik zakładu. Konkurs na stanowiska ordynatora-kierownika kliniki oraz ordynatora-kierownika oddziału klinicznego ogłasza i przeprowadza rektor właściwej państwowej uczelni medycznej lub państwowej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych (art. 44a ust. 2a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej). Zasady przeprowadzania konkursu określa rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 19 sierpnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad przeprowadzania konkursu na niektóre stanowiska kierownicze w publicznych zakładach opieki zdrowotnej, składu komisji konkursowej oraz ramowego regulaminu przeprowadzania konkursu (Dz. U. z 1998 r. Nr 115, poz. 749, z późn. zm.).

Procedura konkursowa rozpoczyna się od zarządzenia dyrektora szpitala, który powołuje komisję. W skład siedmioosobowej komisji wchodzi: przewodniczący Okręgowej Rady Lekarskiej, dwóch przedstawicieli Okręgowej Izby Lekarskiej, którzy są specjalistami w dziedzinie, której dotyczy konkurs oraz lekarz specjalista, ordynator podobnego oddziału, którego dotyczy konkurs. Jest też konsultant wojewódzki w danej dziedzinie i przedstawiciel towarzystwa naukowego z danej dziedziny. W komisji konkursowej uczestniczą jeszcze dwie oso-

by, które nie muszą być specjalistami w danej dziedzinie. Jest to dyrektor zakładu opieki zdrowotnej, który ogłasza konkurs i przedstawiciel (ka) Okręgowej Izby Pielęgniarek i Położonych. Miejszem konkursu jest okręgowa izba lekarska, a nie zakład opieki zdrowotnej.

Komisja konkursowa rozpoczyna procedowanie od zapoznania się z dokumentacją kandydatów. Jeśli dokumentacja jest pełna, komisja przystępuje do kolejnego etapu, którym jest przeprowadzenie rozmowy, a także praktycznego sprawdzenia umiejętności zawodowych kandydatów. Następnie komisja przeprowadza dyskusję i głosuje. Wyboru dokonuje się w sposób tajny, co budzi wiele wątpliwości odnośnie samej procedury konkursowej². Potem następuje liczenie głosów i ogłoszenie werdyktu komisji oraz sporządzenie protokołu.

Ostatni etap to decyzja dyrektora o zatrudnieniu kandydata wyłonionego w drodze postępowania konkursowego na stanowisko ordynatora. Zatrudnienie ordynatora wskazanego przez komisję konkursową następuje na lat sześć. O swojej pozytywnej decyzji dyrektor zawiadamia komisję, a jeśli decyzja ta jest negatywna – zawiadomienie powinno uzasadniać co było powodem takiego rozstrzygnięcia. Zdarza się jednak, że ordynator wybrany zostaje większością głosów 8:1, a dyrektor i tak nie zatrudnia wyłonionego kandydata. Nie podaje przy tym żadnego merytorycznego uzasadnienia, co więcej – wcześniej nawet wystawił mu dobrą opinię.

Możliwość niezatrudnienia przez dyrektora kandydata wyłonionego przez komisję konkursową budzi najczęściej obaw, ponieważ można odnieść wrażenie, że szczegółowo unormowane w rozporządzeniu postępowanie konkursowe jest fikcją³.

Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej reguluje nie tylko tryb powoływania na stanowisko ordynatora, ale i jego kadencyjność. Na gruncie tych rozwiązań pojawiła się obecnie nowa dyskusja, czy ordynator na

² Jerzy Gryglewicz, wiceprzewodniczący Związku Zawodowego Anestezjologów – debata dotycząca systemu ordynatorskiego i konsultanckiego, Stowarzyszenie Absolwentów Podyplomowego Studium Prawa Medycznego Socjologii Medycyny i Bioetyki przy Uniwersytecie Warszawskim, 1 grudnia 2006 r.

³ „Konkurs jest fikcją od początku do końca, ponieważ dyrektor ma prawo niezatrudnienia wyłonionego z konkursu kandydata. Jeden z ordynatorów odważył się wystąpić na drogę sądową i wygrał sprawę. Zgodnie z intencją ustawodawcy, konkurs jest przeprowadzany po to, żeby wybrać najlepszego kandydata, natomiast minister naruszył swoje uprawnienia i aktem niższej rangi wprowadził coś, czego ustawodawca w swoich zamierzeniach nie przewidział” – dr Andrzej Włodarczyk, przewodniczący Okręgowej Rady Lekarskiej w Warszawie – dyskusja panelowa na temat funkcjonowania systemu ordynatorskiego w Polsce: *Ordynator czy konsultant?*, Fundacja Stefana Batorego w Warszawie, 12 kwietnia 2005 r.

oddziale w ogóle jest potrzebny, skoro na to miejsce można by powołać kierownika, a dodatkowo menedżera – lekarza bądź pielęgniarkę. W niektórych szpitalach podjęto próby zastąpienia stanowiska ordynatora stanowiskiem kierownika lub koordynatora oddziału.

Według opinii Ministerstwa Zdrowia powyższe praktyki „naruszają przepisy regulujące przedmiotową kwestię, a także przepis art. 58 Kodeksu cywilnego, który stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zatem jeżeli ustawodawca przewidział w przepisach ustawy o zakładach opieki zdrowotnej m.in. stanowisko ordynatora, na które właściwy podmiot ma obowiązek przeprowadzić konkurs, oznacza to, iż na oddziale funkcję kierowniczą może pełnić wyłącznie ordynator, a nie kierownik. Konkurs powinien być przeprowadzony na podstawie przepisów rozporządzenia ministra zdrowia z dnia 19 sierpnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad przeprowadzania konkursu na niektóre stanowiska kierownicze w publicznych zakładach opieki zdrowotnej, składu komisji konkursowej oraz ramowego regulaminu przeprowadzania konkursu (Dz. U. nr 115, poz. 749). Ma on na celu wybranie najlepszego kandydata pod względem jego kwalifikacji osobistych, a zwłaszcza merytorycznych, które komisja konkursowa ma prawo zweryfikować w trakcie przeprowadzania postępowania konkursowego. W związku z powyższym właściwy podmiot ma obowiązek przeprowadzić konkurs na stanowiska kierownicze, enumeratywnie wymienione w przepisie art. 44a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, w tym na stanowisko ordynatora. Zastąpienie stanowiska ordynatora stanowiskiem kierownika oddziału oznaczałoby brak konieczności przeprowadzania konkursu, a tym samym uniemożliwiłoby wyłonienie najlepszego kandydata zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”⁴.

Departament Dialogu Społecznego Ministerstwa Zdrowia podzielił pogląd Okręgowej Rady Lekarskiej, iż funkcję kierowniczą na oddziale może pełnić wyłącznie osoba wyłoniona w drodze konkursu i zatrudniona na stanowisku ordynatora⁵.

⁴ Odpowiedź na pismo dr. n. med. Andrzeja Włodarczyka Przewodniczącego Okręgowej Rady Lekarskiej w Warszawie dotyczące obsady stanowisk kierowniczych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej z Departamentu Dialogu Społecznego Ministerstwa Zdrowia, Warszawa 3 stycznia 2005 r.

⁵ Szerzej na ten temat: Miesięcznik Okręgowej Izby Lekarskiej Puls nr 3/2005.

4. Uprawnienia i obowiązki ordynatora

Poza omówionymi rozporządzeniami, prawną pozycję ordynatora normują jeszcze inne akty prawne o randze ustawowej. Na podstawie art. 14 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535, z późn. zm.), ordynator ma uprawnienie do wyrażania zgody na okresowe przebywanie poza szpitalem bez wypisywania z zakładu opieki zdrowotnej osoby z zaburzeniami psychicznymi, leczonej w szpitalu psychiatrycznym, jeżeli nie zagraża to życiu tej osoby albo życiu i zdrowiu innych osób.

Ponadto ordynator uczestniczy w kształceniu lekarzy stażystów. Wynika to z art. 15 ust. 5 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.) oraz przepisów wydanego na mocy tej ustawy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 24 marca 2004 r. w sprawie stażu podyplomowego lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. Nr 57, poz. 553, z późn. zm.), a także rozporządzenia z dnia 11 lipca 2005 r., zmieniającego rozporządzenie w sprawie stażu podyplomowego lekarza i lekarza dentystry.

Z udziałem ordynatora koordynator stażu dokonuje okresowych ocen przebiegu stażu, a także bierze pod uwagę stanowisko ordynatora przy wystawianiu stażystom opinii zawodowych. Ordynator wyznacza opiekuna lekarza stażysty spośród lekarzy zatrudnionych w danym oddziale oraz przeprowadza kolokwium na zakończenie stażu cząstkowego. Opiekunem może być lekarz posiadający tytuł specjalisty w określonej dziedzinie medycyny albo lekarz dentysta wykonujący zawód przez okres co najmniej 5 lat.

5. Ordynator w regulaminach wewnątrzszpitalnych

Z punktu widzenia pacjentów ordynator steruje procesem leczenia, a w stosunku do kolegów asystentów kieruje ich doskonaleniem zawodowym. Te podstawowe zadania pociągają za sobą oczywiście wiele innych, takich jak utrzymanie jednolitego poziomu diagnostyki i leczenia, kierowanie zespołem i jego integrowanie, podejmowanie

interwencji terapeutycznych, kontakty z pacjentami, a także zadania dydaktyczne.

Jednak omówione powyżej przepisy prawne nie regulują pełnego zakresu uprawnień i obowiązków ordynatora, czy to w odniesieniu do udzielanych świadczeń zdrowotnych, czy też uprawnień administracyjnych związanych z zarządzaniem oddziałem. Najwięcej na temat usytuowania i zadań ordynatora mówią regulaminy wewnątrzszpitalne, które określają nie tylko prawa i obowiązki ordynatora, ale i jego pozycję na oddziale. W wielu regulaminach wyodrębniono rozdział „*Podległość organizacyjna*”, który stanowi, że oddziałem szpitalnym kieruje ordynator przy pomocy zastępcy i pielęgniarek oddziałowych. Podczas nieobecności ordynatora funkcję tę pełnią jego zastępcy. Natomiast w strukturze organizacyjnej placówki ordynator oddziału podlega bezpośrednio dyrektorowi zakładu opieki zdrowotnej⁶.

Ordynator kieruje powierzonym mu oddziałem i odpowiada za jego funkcjonowanie pod względem merytorycznym, administracyjnym i organizacyjnym⁷. Te ogólne sformułowania w każdym z regulaminów rozwinięte są w mniej lub bardziej szczegółowy sposób w zależności od potrzeb danej placówki.

Do najczęściej wymienianych w regulaminach szpitalnych obowiązków ordynatora należą: zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania oddziału, zabezpieczenie prawidłowej organizacji leczenia chorego w oddziale⁸, a także właściwe i umiejętne administrowanie zarządza-

⁶ Regulamin organizacyjno-porządkowy Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. profesora Antoniego Gębali w Lublinie, www.dsk.lublin.pl/bip/pliki/regulamin.pdf.

⁷ Oznacza to m.in.: właściwy dobór kadry medycznej (pod względem jakościowym i ilościowym), kontrolowanie pracy personelu wyższego, średniego i niższego w zakresie opieki nad chorym jak i racjonalnej gospodarki, dobrą organizację pracy na wszystkich stanowiskach, ciągłą, całodobową pracę personelu medycznego, nadzór nad prawidłowym wykorzystywaniem środków do wykonywania wskazanych zadań, bezpośrednie lub imienne wyznaczenie lekarza kontrolującego gospodarkę lekami (szczególnie lekami narkotycznymi oraz ich przechowywaniem zgodnie z obowiązującymi przepisami), podpisywanie receptariusza oddziałowego, przestrzeganie obowiązujących przepisów prawnych oraz obowiązujących w szpitalu aktów prawa wewnętrznego. Regulamin Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 5 im. Karola Jonschera Akademii Medycznej w Poznaniu, <http://www.sk5.am.poznan.pl/index.php>

⁸ Oznacza to m.in. natychmiastowe, po przyjęciu chorego na oddział badanie podmiotowe i przedmiotowe pacjenta, zlecenie niezbędnych badań diagnostycznych, wdrażanie stosownego leczenia, przeprowadzanie właściwych konsultacji, prowadzenie zgodnie z rozporządzeniami MZ, zarządzeniami NFZ oraz wewnętrznymi zarządzeniami szpitala odpowiedniej dokumentacji pacjenta, zabezpieczenie całodobowej opieki lekarskiej i pielęgniarskiej nad pacjentem, trzymanie na możliwie wysokim poziomie jakości wykonywanych usług, udzielanie informacji pacjentom i rodzinie.

Regulamin Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 5 im. Karola Jonschera Akademii Medycznej w Poznaniu, <http://www.sk5.am.poznan.pl/index.php>

nym majątkiem. Praktyką stało się wyodrębnianie w regulaminach szpitalnych rozdziału: „*Postanowienia szczegółowe. Zadania i organizacja komórek organizacyjnych*”, gdzie są wyraźnie sformułowane podstawowe zadania i obowiązki ordynatora. Wśród nich wymienia się takie jak:

- prawidłowa organizacja procesu diagnostyczno-leczniczego,
- zapewnienie odpowiedniego poziomu udzielanych świadczeń, zgodnie z zasadami wiedzy medycznej, obowiązującymi standardami i możliwościami szpitala,
- dbałość o dostępność udzielanych świadczeń oraz o sprawną, fachową i troskliwą opiekę nad pacjentami,
- uwzględnianie w zakresie udzielanych świadczeń zdrowotnych aktualnych potrzeb rynku zdrowotnego,
- wdrażanie nowych metod leczenia i technologii medycznych,
- przestrzeganie obowiązujących norm etycznych i praw pacjentów,
- nadzór nad jakością dokumentacji medycznej, jej obiegiem i prawidłowym archiwizowaniem,
- prowadzenie racjonalnej gospodarki środkami finansowymi w oddziale lub zakładzie,
- analiza i planowanie działalności dla celów kontraktowania świadczeń zdrowotnych,
- skuteczne i efektywne realizowanie kontraktów oraz zawartych umów,
- nadzór nad stanem sanitarno-epidemiologicznym oddziału lub zakładu – współpraca z Epidemiologiem Szpitalnym i Inspektorem ds. Sanitarno-Epidemiologicznych,
- dbałość o właściwe wykorzystanie sprzętu i aparatury medycznej oraz racjonalne gospodarowanie materiałami medycznymi i lekami,
- udział w pracach Komisji i Komitetów działających w szpitalu⁹.

Coraz częściej oddziały szpitalne zmieniają swój charakter. Obecnie można wyróżnić 3 ich typy: kliniczne, szpitalne z akredytacją uprawniającą do prowadzenia staży podyplomowych i szkoleń specjalizacyjnych oraz tradycyjne, nieposiadające takiej akredytacji. W każdym z nich rola i pozycja ordynatora są nieco inne. W szpitalach klinicznych regulaminy

⁹ Regulamin organizacyjno-porządkowy Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. Profesora Antoniego Gębali w Lublinie, <http://www.dsk.lublin.pl/bip/pliki/regulamin.pdf>.

szczegółowo określają obowiązki ordynatora w zakresie kształcenia kadr medycznych: „Ordynator kieruje pracą lekarzy specjalizujących się na jego oddziale osobiście lub za pomocą wyznaczonych do tego celu lekarzy zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami”¹⁰.

W stosunku do pacjentów pozycja ordynatora w regulaminach szpitalnych została określona w załącznikach do regulaminów organizacyjno-porządkowych bądź w odrębnych regulaminach „*Prawa i obowiązki Pacjentów*”¹¹, opracowanych na podstawie stosownych ustaw¹². W ślad za regulacjami ustawowymi w regulaminach tych podkreśla się, że pacjent ma prawo do opieki duszpasterskiej, kontaktu osobistego, telefonicznego i korespondencyjnego z osobami z zewnątrz, a także odwiedzin i opieki sprawowanej przez rodzinę i bliskich. W związku z tym ordynator ma „obowiązek podać i umieścić w miejscu widocznym dla pacjentów godziny i dni przyjmowania stron i w tym czasie informować rodziny osobiście lub przez wyznaczonego w tym celu lekarza o stanie zdrowia pacjentów, a w razie stanu grożącego życiu lub w razie pogorszenia się stanu pacjenta dopilnować, aby została o tym zawiadomiona rodzina pacjenta lub jego opiekunowie”¹³.

6. Konsultant w brytyjskim NHS

Specyfiką brytyjskiego systemu opieki zdrowotnej – po reformach zainicjowanych w 1997 roku i później kontynuowanych – jest, oprócz poszerzenia udziału sektora prywatnego w świadczeniu opieki zdrowotnej, dość duża elastyczność w ustalaniu zakresu obowiązków pra-

¹⁰ Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. Prof. Stanisława Szyszko Śląskiej Akademii Medycznej w Katowicach, www.sk1.zabrze.pl/index.php?id=struktura_organizacyjna/regulamin_porzadkowy

¹¹ Regulamin Praw i Obowiązków Pacjenta w Akademickim Centrum Klinicznym - Szpitala Akademii Medycznej w Gdańsku, www.spsk1.pl/content/view/66/14/

¹² Ustawy : o zakładach opieki zdrowotnej z dnia 30 sierpnia 1991r. (Dz. U. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.); o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia z dnia 23 stycznia 2003 r. (Dz.U. Nr 45, poz. 391 z późn. zm.); o ochronie zdrowia psychicznego z dnia 19 sierpnia 1994 r. (Dz. U. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.); o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów z dnia 26 października 1995 r. (Dz. U. Nr 138, poz. 682 z późn. zm.); o zawodach pielęgniarki i położnej z dnia 5 lipca 1996 r. (j.t. z 2001 r. Dz. U. Nr 57, poz. 602 z późn. zm.); o zawodzie lekarza z dnia 5 grudnia 1996 r. (j.t. z 2002 r. Dz. U. Nr 21, poz. 204 z późn. zm).

¹³ Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. Prof. Stanisława Szyszko Śląskiej Akademii Medycznej w Katowicach, www.sk1.zabrze.pl/index.php?id=struktura_organizacyjna/regulamin_porzadkowy

owników służby zdrowia. Elastyczność ta dotyczy także stanowiska lekarza-konsultanta, którego zakres obowiązków jest określony prawnie w ogólnych zarysach. Zestaw obowiązków służbowych konkretnego lekarza-konsultanta stanowi natomiast wynik negocjacji z kierownikiem ds. klinicznych (*Clinical Manager*).

NHS działa na podstawie *National Health Service Bill*, ujednoliconego w 2006 r. Wydane przez NHS dokumenty¹⁴ wyszczególniają i definiują składniki obowiązków służbowych konsultanta (bezpośrednia opieka na oddziale, obowiązki uzupełniające itd.), czas pracy, sposób wynagradzania, urlopowania itp. Szczegóły obowiązków pozostawia się do ustalenia w umowie lekarza-konsultanta o pracę w szpitalu należącym do NHS. W tym celu, w wyniku negocjacji z *British Medical Association*, *NHS Confederation* opracowała wzór umowy o pracę dla konsultantów¹⁵, która podlega modyfikacjom (w praktyce – niewielkim) w indywidualnych negocjacjach lekarzy z zatrudniającymi ich szpitalami. Ustalane przez NHS i BMA ogólne warunki umowy o pracę oraz przepisy i definicje obowiązujące w zatrudnianiu konsultantów, a także sposób określania ich obowiązków służbowych, zostały ujęte w *Terms and Conditions – Consultants (England) 2003*. Wzór umowy odwołuje się wprost do tego dokumentu, także w przypadku, gdy poszczególne umowy o pracę odbiega od warunków ogólnych. Zawarte w tym dokumencie przepisy i definicje stanowią przez to integralną część warunków umowy zawieranej przez lekarza ze szpitalem. Specyfikę zatrudnienia niektórych konsultantów (np. w szpitalach akademickich) określają dodatkowe dokumenty¹⁶.

Osoba zajmująca stanowisko konsultanta ponosi stałą odpowiedzialność za każdego pacjenta powierzonego jej opiece (TC, § 30c.; cf. TCC, sch. 2 § 1). Konsultant sprawuje tę opiekę wykonując czynności określone w zakresie jego obowiązków lub w planie pracy (*Job Plan*), wyne-

¹⁴ M.in. NHS, *Hospital Medical and Dental Staff and Doctors in Public Health Medicine and the Community Health Service (England and Wales). Terms and Conditions of Service*, NHS 2006 (w tekście powoływane jako TC z podaniem akapitu [§] i jego numeru) – stan (wersja 6) z 1 czerwca 2005; NHS, *Terms and Conditions – Consultants (England) 2003*, NHS 2005 (w tekście powoływane jako TCC z podaniem załącznika [sch.] i jego numeru oraz akapitu [§] i jego numeru; w przypadku definicji podawany jest numer strony, na której definicja się znajduje) – stan (wersja 3) z 1 czerwca 2005. Wszystkie wskazywane w tym artykule dokumenty regulujące zatrudnianie konsultantów w NHS są dostępne na stronie internetowej Departament of Health: <http://www.dh.gov.uk/Home/fs/en>.

¹⁵ NHS, *Contract of Employment*, Version 3, June 2006.

¹⁶ NHS, *Consultant Clinical Academic Substantive Contract Suggested Clauses (England)*, NHS 2005.

gocjowanych z kierownikiem ds. klinicznych i zawartych w umowie o pracę. Plan pracy podlega przeglądowi i ewentualnej renegotjacji raz w roku (TCC, sch. 3, § 17). Opis obowiązków konsultanta musi określać między innymi:

- przyjęcia pacjentów ambulatoryjnych,
- obchody na oddziale,
- czynności zabiegowe,
- administrowanie,
- nauczanie,
- uczestnictwo w audytach medycznych,
- czynności kierownicze (np. na stanowisku dyrektora do spraw klinicznych),
- wizyty w przypadkach nagłych,
- obowiązki wynikające z grafików dyżurów na wezwanie (TC, § 30c.).

Ponadto konsultant odpowiada za prowadzenie dokumentacji, sprawozdawczość, odpowiednie zlecenie zadań, dbałość o umiejętności i wiedzę (TCC, sch. 2, § 2).

Opis obowiązków służbowych (*Job Plan*) konsultanta obejmuje też listę zobowiązań wobec NHS, określenie czasu pracy poświęconego na bezpośrednią opiekę kliniczną, cele własne, które lekarz ma osiągnąć w danym roku (*Personal Objectives*, TCC, sch. 3, § 11) oraz ich związek z celami zatrudniającej go instytucji i zasoby potrzebne konsultantowi do wykonywania pracy (TCC, sch. 3, § 1). Obowiązki konsultanta obejmują cztery główne moduły:

- bezpośrednią opiekę kliniczną (*Direct Clinical Care*), czyli pracę bezpośrednio związaną z zapobieganiem, diagnozowaniem i leczeniem chorób, które stanowią część usług świadczonych przez instytucję zatrudniającą (TCC, sch. 3, § 3; cf TCC, str. 2),
- czynności wspomagające (*Supporting Professional Activities*) bezpośrednią opiekę kliniczną, do których należą m.in. uczestnictwo w szkoleniach, kształcenie medyczne, kształcenie ustawiczne, formalne nauczanie, audyt, planowanie pracy, zarządzanie kliniczne i czynności podejmowane w ramach lokalnych władz medycznych (cf. str. 2),
- dodatkowe obowiązki (*Additional NHS Responsibilities*) niewchodzące w bezpośrednią opiekę kliniczną i uzgodnione w umowie,

jak np. funkcje dyrektora ds. klinicznych, głównego klinicysty, dziekana studiów, opiekuna naukowego (cf. str. 2),

- inne obowiązki (*External Duties*; str. 2).

Na uwagę zasługują cele własne konsultanta wyznaczone w danym roku (*Personal Objectives*). Cele te mogą dotyczyć obowiązków lekarza związanych z zarządzaniem (TCC, sch. 3, § 8). Dodatkowo cele te obejmują dbałość o jakość, aktywność i efektywność, wyniki kliniczne, standardy kliniczne, zarządzanie zasobami, w tym efektywne wykorzystanie zasobów NHS i rozwój usług (TCC, sch. 3, § 11). Cele własne lekarza, wśród których może znaleźć się podnoszenie kwalifikacji, jako służące poprawie jakości i efektywności pracy, zależą zatem od ustaleń w negocjacjach z kierownikiem ds. klinicznych i od warunków stworzonych przez szpital. W zakresie, w jakim realizacja celów własnych konsultanta wiąże się z dbałością o efektywne wykorzystywanie zasobów medycznych, cele te – oprócz procesu negocjowania warunków umowy o pracę, kiedy to lekarz omawia kwestie zasobów niezbędnych do wykonywania swych obowiązków – zwiększają dodatkowo zaangażowanie lekarza w kwestie związane z administrowaniem i zarządzaniem zasobami szpitala. Od lekarza wymaga się zatem spojrzenia na swoją pracę i karierę zawodową jako – z jednej strony uzależnioną od szerszego kontekstu instytucjonalno-organizacyjnego, w którym istotną rolę odgrywają względy efektywności, łączące wykorzystanie zasobów z wynikami klinicznymi, a z drugiej – wpływającą na ten kontekst. Tym samym konsultant staje się współodpowiedzialny za niektóre organizacyjne i menedżerskie aspekty funkcjonowania szpitala.

Powyższa bardzo skrótowa charakterystyka stanowiska konsultanta w *NHS* prowadzi do kilku ciekawych obserwacji.

Po pierwsze, lekarz dysponuje dość dużą swobodą w podejmowaniu decyzji klinicznych¹⁷, a równocześnie ponosi odpowiedzialność za powierzonych mu pacjentów. Z tego powodu osoby zatrudniane na tym stanowisku muszą mieć znaczne doświadczenie kliniczne.

Po drugie, kariera zawodowa lekarza zajmującego stanowisko konsultanta zależy od warunków stworzonych przez zatrudniającego go szpi-

¹⁷ Nie jest to ani opinia pochodząca z ostatnich lat, ani powszechnie podzielana; zob np. R. W. Flynn, *Structures of Control In Health Management*, Routledge, London 1992, cytowane za L. Griffiths, D. Hughes, *Talking Contracts and Taking Care: Managers and Professionals in the British Health Service internal Market*, *Social Science & Medicine* 51 (2000) 209-222.

tal. Warunki te zależą w pewnym stopniu od uzgodnień celów własnych lekarza z kierownikiem ds. klinicznych, co sprawia, że nie może on zupełnie swobodnie decydować o etapach swego rozwoju zawodowego.

Po trzecie, obowiązki służbowe lekarza-konsultanta w *NHS* nie ograniczają się do zadań klinicznych, ale mogą obejmować również uczestnictwo w planowaniu wydatków oddziału, pracę w ramach wyznaczonych przez zakontraktowane zasoby i uwzględnianie efektywności wykorzystania zasobów dostępnych w publicznej służbie zdrowia. W zależności od szpitala i warunków kontraktu stanowisko konsultanta może wymagać także czynności związanych z procesem kształcenia lekarzy.

Zasadą polityki zatrudniania w *NHS* jest z jednej strony indywidualne ustalanie warunków zatrudnienia, a z drugiej – tworzenie warunków do wiązania analogicznych ciężarów służbowych z porównywalną płacą. Osiągnięciu tych niezgodnych celów służy ujednoczenie warunków kontraktowania pracy lekarza w połączeniu z jednolitymi tabelami wynagrodzeń, zawartymi w *Terms and Conditions – Consultants (England) 2003*. Może zatem zaistnieć sytuacja, w której konsultanci pracujący w różnych szpitalach będą mieli istotnie odmienne zakresy obowiązków, uznawane za porównywalnie obciążające, za których wykonywanie będą jednakowo wynagradzani.

7. Podsumowanie i wnioski

Obowiązujące w Polsce prawo nie pozwala na zdefiniowanie stanowiska ordynatora. Jak zostało wskazane powyżej, istniejące zapisy prawne pozwalają wymienić tylko niektóre z obowiązków ordynatora (wydawanie zgody na czasowy pobyt pacjenta psychiatrycznego poza szpitalem oraz wydawanie ocen lekarzom na stażu i sprawdzanie ich kompetencji). Pozostałe obowiązki można znaleźć w regulaminach porządkowych szpitali lub w umowach o pracę zawieranych między szpitalami a lekarzami. Z powodu niedookreślenia obowiązków ordynatorów w prawie zestaw tych obowiązków podlega zróżnicowaniu, w zależności od szpitala.

W omówionym powyżej systemie brytyjskim – w oddziale zatrudnionych jest wielu lekarzy wykonujących zawód w ramach kontraktu.

Pod wieloma względami spoczywają na nich obowiązki dziś znajdujące się w rękach ordynatora. Istotna różnica wiąże się z tym, że w praktyce ordynator może mieć znaczny wpływ na decyzje kliniczne, przebieg kariery i rozwój profesjonalny podległych mu lekarzy, podczas gdy konsultanci w systemie brytyjskim są wzajemnie niezależni. Ich kariery i rozwój zawodowy zależą jednak od ustaleń poczynionych w czasie negocjacji i renegocjacji umowy o pracę z kierownikiem ds. klinicznych. Tam więc, gdzie ordynator ponosi odpowiedzialność za pacjentów i przez to może ograniczać swobodę decyzji klinicznych podległych mu lekarzy oraz wpływa na karierę zawodową lekarza; na autonomię decyzyjną i rozwój zawodowy konsultanta wpływa kierownik ds. klinicznych. Podobny jest sposób zatrudniania konsultantów i ordynatorów: i w jednym i w drugim systemie zatrudnienie powinno odbywać się w drodze konkursu. Zasadnicza różnica między organizacją pracy oddziału szpitalnego, opartej na stanowisku ordynatora, a organizacją ze stanowiskiem konsultanta, zdaje się więc sprowadzać do dwóch elementów:

1) W przeciwieństwie do ordynatora, konsultantów jest na oddziale kilku i w strukturze organizacyjnej są oni sobie równorzędni, a ich pracę koordynują zwierzchnicy. Jest to zatem różnica podległości służbowej.

2) Odpowiedzialność za poszczególnych pacjentów na oddziale ponosi nie jedna osoba (ordynator), lecz lekarz, któremu zostali oni powierzeni. Jest to więc odmienny zakres odpowiedzialności i autonomii poszczególnych lekarzy.

Wobec tych różnic błędne wydaje się przypuszczenie, że wprowadzenie do polskich szpitali stanowiska konsultanta na wzór brytyjski uwolni lekarzy np. od konieczności brania pod uwagę zasobów dostępnych w szpitalu. Czynności organizacyjno-menedżerskie, znajdujące się dziś w rękach ordynatorów, musiałaby wykonywać osoba zatrudniona na stanowisku analogicznym do kierownika ds. klinicznych. Nie sposób sobie przy tym wyobrazić, że lekarze nie musieliby dostosowywać swoich oczekiwań i decyzji klinicznych do zasobów dostępnych w zatrudniającym ich szpitalu. Trudno zatem oczekiwać, że „system konsultancji” z konieczności zwiększyłby autonomię decyzyjną lekarzy.

Podobne wnioski nasuwają się odnośnie rozwoju zawodowego: w stopniu, w jakim podejmowanie działań mających wpływ na rozwój zawodowy konsultanta zależałoby od warunków uzgodnionych z kierow-

nikiem ds. klinicznych, menedżerowie mogliby wpływać na kariery konsultantów. Nie należy oczekiwać, że „system konsultancki” automatycznie zwiększy szanse rozwoju zawodowego lekarzy. Warto też zauważyć podobieństwa między stanowiskiem kierownika ds. klinicznych obecnym w szpitalach brytyjskich, a stanowiskiem ordynatora w polskich szpitalach.

W związku z brakiem szczegółowych uregulowań prawnych definiujących stanowisko ordynatora i niejasności odnośnie tego, na czym polegać ma stanowisko konsultanta w polskiej służbie zdrowia, nasuwają się dwa wnioski. Po pierwsze, oceny tych „systemów” mają charakter anegdotyczny. Wydają się w większym stopniu odzwierciedlać indywidualne doświadczenia lekarzy niż stanowić opis jakiegoś „systemu”. W najlepszym razie opinie o „systemach” można potraktować jako oceny regulaminów wewnątrzszpitalnych lub realizacji ich zapisów, a nie stanu prawnego. Jest zatem prawdopodobne, że opinie te odnoszą się do kultury organizacyjnej części polskich szpitali, a nie do zła w sposób konieczny związanego z „systemem”.

Po drugie, z punktu widzenia polskiego stanu prawnego nieporozumieniem wydaje się oczekiwanie, że kwestię „ordynatorzy czy konsultanci” należy rozstrzygać na poziomie rozporządzeń ministerialnych czy ustaw. Bardziej wskazane byłoby wprowadzenie zmian w regulaminach wewnątrzszpitalnych przez ustanowienie standardów określających wymagania dotyczące tych regulaminów oraz umów o pracę, zawieranych przez szpitale z osobami zatrudnianymi na stanowiskach kierowniczych najmniejszych samodzielnych jednostek organizacyjnych w szpitalach, bez względu na to czy jednostki te nazywałyby się oddziałami czy inaczej.

Po trzecie, w celu wyeliminowania patologii związanych z zatrudnianiem ordynatorów, obecnie wskazane wydaje się zastąpienie słowa „ordynator” w art. 44a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej szerszym określeniem stanowiska kierowniczego najmniejszej samodzielnej jednostki organizacyjnej szpitala, niezależnie od tego, jak stanowisko to jest w szpitalu nazywane.

Po czwarte, celowe wydają się zmiany przepisów dotyczących procedury konkursowej, aby stała się narzędziem służącym do bezstronnego wyboru kandydata. Zdając sobie sprawę z tego, że nie istnieje procedu-

ra gwarantująca wybór osoby najlepiej przygotowanej do jakiegoś stanowiska, należy podkreślić, że procedury sprzyjające bezstronności takiego wyboru (a taką procedurą jest konkurs) i eliminacji decydowania jednoosobowego (na które pozwala uprawnienie zwierzchnika do odmowy zatrudnienia kandydata wyłonionego w konkursie), bez wątpienia zwiększają szanse na to, że na stanowiskach kierowniczych znajdują się osoby najbardziej kompetentne.

Beata Janiszewska

Odpowiedzialność za długi połączonych samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej (w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego)

I. Wprowadzenie

Wykładnia przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 roku o zakładach opieki zdrowotnej¹ (powoływanej dalej jako ustawa) zrodziła w praktyce orzeczniczej wątpliwości, czy za zobowiązania połączonych samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej (dalej jako SP ZOZ) odpowiadać powinien ich organ założycielski, czy też zakład powstały w wyniku połączenia². Jest to zagadnienie bardzo istotne dla toku postępowań sądowych, w których fundamentalne znaczenie ma poprawne wskazanie po stronie pozwanej podmiotu odpowiedzialnego za długi połączonych SP ZOZ-ów. Usługodawcy, dostawcy i pacjenci takich zakładów, którzy chcą dochodzić przysługujących im roszczeń, powinni bowiem wystąpić z powództwem przeciwko właściwemu dłużnikowi, zaś sąd, oceniając zasadność żądania, musi wypowiedzieć się także, czy w konkretnej sprawie pozwany jest podmiotem rzeczywiście odpowiedzialnym za zobowiązanie.

Wobec powszechnych w służbie zdrowia trudności finansowych kwestia ta nie zamyka się jednak wyłącznie we właściwym sprecyzowaniu strony legitymowanej biernie, lecz niejednokrotnie pośrednio rozstrzyga o rzeczywistej szansie terminowej zapłaty należności. Niektóre z zakładów nie dysponują bowiem środkami na wykonanie zobowiązań, a swą działalność opierają „na kredytowaniu przez dostawców”. Połączenie

¹ Dz. U. z dnia 14 października 1991 roku, Nr 91, poz. 408 ze zm.

² Kwestia odpowiedzialności za długi łączonych zakładów jest jedynie fragmentem szerszego zagadnienia sukcesji praw i obowiązków po połączonych SP ZOZ-ach.

często dotyczy zresztą podmiotów zadłużonych i jest dokonywane w celu polepszenia ich sytuacji finansowej przez ekonomizację kosztów administracyjnych czy usprawnienie zarządzania. Dlatego rozstrzygnięcie o tym, czy dłużnikiem okaże się zasobny organ założycielski, czy zakład powstały w wyniku połączenia, z punktu widzenia wierzycieli może decydować nie tylko o uwzględnieniu powództwa w konkretnym postępowaniu sądowym, ale także o szybkości zaspokojenia zasądzonych roszczeń.

Wszystkie te okoliczności przemawiają za szerszym przedstawieniem podstaw prawnych i konstrukcji odpowiedzialności za zobowiązania połączonych SP ZOZ-ów, wypracowanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W dotychczasowych wypowiedziach tego Sądu reprezentowany jest wprawdzie jednolity pogląd o odpowiedzialności zakładu powstałego w wyniku połączenia, jednak istotnie różna argumentacja, uzasadniająca to stanowisko, dowodzi sporności zagadnienia i tym bardziej skłania do bliższej teoretycznej analizy skutków łączenia SP ZOZ-ów.

Punktem wyjścia dla dalszych wywodów będzie stwierdzenie, że organ założycielski jest uprawniony do łączenia utworzonych przez siebie samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. W kwestii tej mogą być wprawdzie zgłaszane wątpliwości, jednak za dominujące należy uznać reprezentowane w orzecznictwie³ i w doktrynie⁴ zapatrywanie o dopuszczalności podejmowania takich działań przez organ założycielski. W opracowaniu zachowany zostanie model wnioskovania Sądu Najwyższego, w którym określenie podmiotu zobowiązanego jest wynikiem rozważenia w pierwszym rzędzie, czy połączenie stanowi likwidację SP ZOZ-u w rozumieniu art. 60 ustawy (poniżej w punkcie II), a w dalszej kolejności – jaka jest podstawa prawna odpowiedzialności za długi łączonych zakładów (poniżej w punkcie III).

II. Pojęcie likwidacji samodzielnego publicznego ZOZ-u

1. Określenie podmiotu odpowiedzialnego za długi łączonych zakładów pozostaje w ścisłym związku ze wskazaniem podstawy prawnej

³ Tak SN w uchwale z dnia 22 lipca 2005 r. (III CZP 54/05, OSNC 2006, nr 6, poz. 102), a pośrednio także SN we wszystkich wyrokach omawianych w tym opracowaniu.

⁴ J. Frąckowiak, *Łączenie i podział samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej*, Rejent 2005, nr 9, s. 50-65.

połączenia. Generalnie taka podstawa jest upatrywana w art. 36 ustawy⁵, który przesądza o uprawnieniach organu założycielskiego do tworzenia, przekształcenia i likwidacji publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Stosownie do tych kompetencji organu założycielskiego połączenie zakładów w praktyce było postrzegane jako tworzenie w ten sposób nowego zakładu lub jego przekształcenie bez likwidacji, albo – przeciwnie – jako likwidacja dotychczas istniejących samodzielnych publicznych ZOZ-ów. Spośród tych kierunków wykładni szczególnie znaczenie dla określenia sukcesora praw i obowiązków odgrywają nurty, które w połączeniu doszukują się jednoczesnej likwidacji zakładów⁶. Z likwidacją zakładu wiązany jest bowiem mechanizm przejścia „zobowiązań i należności” na organ założycielski (art. 60 ust. 6 ustawy), uzasadniający odpowiedzialność organu założycielskiego.

Stąd w analizie skutków połączenia zakładów w sferze zobowiązań podstawowe znaczenie przypisuje się zbadaniu, czy w razie połączenia SP ZOZ-ów zastosowanie znajduje art. 60 ustawy, normujący zagadnienie likwidacji. Ocena tej kwestii wymaga z kolei rozstrzygnięcia, czy w świetle art. 60 ustawy pojęcie likwidacji zakładu powinno być rozumiane podmiotowo, czy przedmiotowo. To znaczy, czy likwidacją jest każdy przypadek ustania bytu prawnego samodzielnego publicznego ZOZ-u, następujący przez wykreślenie go z rejestru ZOZ-ów oraz z KRS (likwidacja zakładu z sensie podmiotowym), czy też o likwidacji w rozumieniu art. 60 ustawy można mówić dopiero po zaprzestaniu działalności przez zespół osób i środków zorganizowany dla udzielania świadczeń zdrowotnych (likwidacja zakładu w sensie przedmiotowym).

2. Pierwsze z tych znaczeń odwołuje się do treści art. 35b ust. 3 zd. 2 ustawy, rozstrzygającego, że samodzielny publiczny ZOZ jest podmiotem prawa⁷. Natomiast drugie reprezentuje przedmiotowe ujęcie zakładu opieki zdrowotnej, zdefiniowanego w art. 1 ust. 1 ustawy jako „wyodrębniony organizacyjnie zespół osób i środków majątkowych utworzony i utrzymywany w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia”.

⁵ Szerzej o tym w artykule mojego autorstwa pt. *Połączenie samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej (uwagi na tle wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku)*, Prawo i Medycyna 2006, nr 3.

⁶ Jak zauważył J. Frąckowiak (op. cit., s. 54), w efekcie połączenia podmiotowość może tracić jeden („przyłączany”) podmiot prawa lub oba łączone podmioty.

⁷ Przepis ten stanowi: „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej podlega obowiązkowi rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym. Z chwilą wpisania do rejestru samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej uzyskuje osobowość prawną”.

Jeśli za decydujące o znaczeniu pojęcia likwidacji uznać podmiotowe rozumienie zakładu, można byłoby twierdzić, że z likwidacją opisaną w art. 60 ustawy mamy do czynienia w każdym przypadku, w którym w związku z działaniami organu założycielskiego dochodzi do ustania istnienia podmiotu prawa – samodzielnego publicznego ZOZ-u. W konsekwencji, w razie połączenia różnych zakładów prowadzącego do ich wykreślenia z KRS i ustania ich bytu jako osób prawnych, zasadny byłby pogląd, że zachodzi sytuacja likwidacji (podmiotowej) samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. W świetle art. 60 ustawy powstawałoby wtedy pytanie czy na podstawie ust. 6 tego artykułu za zobowiązania dotychczas istniejących zakładów odpowiada ich organ założycielski.

Jeśli natomiast podstawowe znaczenie przypisać kryterium przedmiotowemu, to trzeba byłoby przyjąć, że połączenie SP ZOZ-ów, jako przekształcenie ograniczające się jedynie do zmian podmiotowych, nie stanowi likwidacji zakładu, ponieważ nadal zachowany zostaje dotychczasowy zakład w rozumieniu przedmiotowym, czyli „wyodrębniony organizacyjnie zespół osób i środków majątkowych...” (art. 1 ust. 1 ustawy). Dalsze funkcjonowanie tak rozumianego zakładu, nawet w nowej strukturze połączonego SP ZOZ-u, pozwalałoby uznać, że likwidacja nie miała miejsca, toteż wykluczona jest odpowiedzialność organu założycielskiego za zobowiązania wcześniej istniejących ZOZ-ów. Podstawy do takiej odpowiedzialności nie stwarzałyby w szczególności art. 60 ust. 6 ustawy, stosownie do którego dopiero po likwidacji zakładu „zobowiązania i należności samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej (...) stają się zobowiązaniami i należnościami Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu terytorialnego (...)”⁸.

3. Oba przedstawione wyżej zapatrywania co do rozumienia pojęcia likwidacji SP ZOZ-u reprezentowane są w orzecznictwie Sądu Najwyż-

⁸ Wierzyciele nie mogliby tu zatem poszukiwać zaspokojenia u organów założycielskich, dla których łączenie SP ZOZ-ów nie rodziłoby ryzyka obciążenia zobowiązaniami łączonych jednostek. Takemu rozwiązaniu zarzuca się, że dopuszcza ono możliwość kumulacji długów łączonych zakładów i bezczynności organów założycielskich. W praktyce dostrzega się bowiem niekiedy, że organy te nie reagują nawet mimo długotrwałe utrzymującego się ujemnego wyniku finansowego SP ZOZ-ów, który w zasadzie powinien skłaniać je do podjęcia uchwały o „zmianie formy gospodarki finansowej zakładu lub o jego likwidacji” (art. 60 ust. 3 ustawy). Zastosowanie każdego z tych rozwiązań wydaje się jednak niepopularne, ponieważ prowadziłoby do konieczności pokrycia przez organ założycielski ujemnego wyniku finansowego zadłużonych SP ZOZ-ów.

szego⁹. Pierwszy z poglądów głosi, że likwidacja w rozumieniu art. 60 ustawy oznacza likwidację zakładu w znaczeniu przedmiotowym, a nie tylko utratę osobowości prawnej. Wobec tego połączenie SP ZOZ-ów nie stanowi „likwidacji”, gdyż w wyniku takiego połączenia zakład w ujęciu przedmiotowym nadal istnieje, tyle że w ramach innego podmiotu prawa. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 grudnia 2004 roku¹⁰, „pojęcie likwidacji zakładu opieki zdrowotnej nie może (...) odrywać się od ustawowej definicji tej jednostki. Z ustawy o zakładach opieki zdrowotnej wynika, że ustawodawca przywiązuje znaczenie przede wszystkim do cech przedmiotowych zakładu opieki zdrowotnej, decydujących o jego zdolności do wypełniania zadań określonych w art. 1 ust. 1 i 2 u.z.o.z., a nie do posiadania przymiotu osobowości prawnej (...)”.

Zbieżna argumentacja przedstawiona została w uzasadnieniu kolejnego wyroku zapadłego w dniu 16 grudnia 2004 roku¹¹, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że dalsze istnienie szpitala w znaczeniu przedmiotowym, kontynuującego dotychczasową działalność, powoduje, iż „w tym znaczeniu szpital nie został zlikwidowany”, co ma „przesądzające znaczenie dla wykładni pojęcia „po jego likwidacji” w rozumieniu art. 60 ust. 6 u.z.o.z., jako obejmującego nie tylko utratę osobowości prawnej, ale także dotychczasowego wewnętrznego zespolecia osób i mienia w celu świadczenia usług zdrowotnych, którego „rozbitcie” mogłoby nastąpić w toku procedury likwidacyjnej”. Na tej podstawie sformułowany został wniosek, że „włączenie wyodrębnionego organizacyjnie zespołu osób i środków majątkowych, utworzonego w celu udzielania świadczeń zdrowotnych (art. 1 ust. 1 u.z.o.z.), w struktury innego zespołu i dalsze jego funkcjonowanie „pod szyldem” i w ramach bytu prawnego tego ostatniego, nie odpowiada pojęciu „po likwidacji” w rozumieniu art. 60 ust. 6 u.z.o.z.”.

⁹ Wprawdzie orzeczenia Sądu odnosiły się do połączenia SP ZOZ-ów utworzonych przez akademię medyczną, jednak interpretacja pojęcia likwidacji oparta została m.in. na wykładni art. 36a ust. 1 i 2 ustawy, które swą treścią odpowiadają art. 36 oraz art. 36b ust. 1 ustawy (co do innych niż „akademickie”, publicznych ZOZ-ów). Ponadto w obu przypadkach analiza dokonywana była pod kątem rozumienia likwidacji na tle art. 60 ust. 6 ustawy, który znajduje zastosowanie do „akademickich” i „nieakademickich” samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Wydaje się zatem, że przytoczona poniżej argumentacja Sądu Najwyższego może mieć znaczenie również dla rozstrzygnięcia obecnie rozważanego zagadnienia likwidacji SP ZOZ-u.

¹⁰ Sygn. akt V CK 311/04, niepubl..

¹¹ Sygn. akt V CK 290/04, niepubl..

Zagadnienie likwidacji podjęto także w uzasadnieniu trzeciego wyroku wydanego w dniu 16 grudnia 2004 roku¹². Wyróżniając kilka przypadków likwidacji (bezpośredniej i będącej skutkiem przekształcenia, a także przekształcenia niepowodującego likwidacji zakładu opieki zdrowotnej), Sąd Najwyższy zauważył, że w świetle art. 35c ustawy możliwa jest sytuacja zmiany formy gospodarki finansowej dotychczasowego samodzielnego publicznego ZOZ-u poprzez powrót zakładu do postaci jednostki budżetowej lub zakładu budżetowego. Samodzielny zakład traci w tej sytuacji osobowość prawną, ale taka zmiana formy gospodarki nie jest likwidacją w rozumieniu ustawy o z.o.z.. Dostrzeżenie przypadku dalszego funkcjonowania ZOZ-u w znaczeniu przedmiotowym, pomimo ustania zakładu w rozumieniu podmiotowym, wpłynęło na rozumienie pojęcia „likwidacji” przyjęte na tle art. 60 ust. 6 ustawy. Jak stwierdził Sąd, „w razie likwidacji zakładu chodzi o ustanie jego działalności, połączone ze zniknięciem (rozproszeniem) dotychczasowej organizacji zasobów ludzkich, rzeczy i dóbr niematerialnych (...). Tylko taka likwidacja, określana nieraz mianem faktycznej, lecz prowadząca również do utraty osobowości prawnej, powoduje w myśl art. 60 ust. 6 ustawy o z.o.z. następstwo ogólne po zlikwidowanym podmiocie”. Zdaniem Sądu pojęciu likwidacji nie odpowiada natomiast „połączenie dwóch zakładów, w wyniku którego żaden z zakładów dotychczas istniejących nie zakończył swej działalności oraz – co do zasady – nie był zobowiązany do pozbycia się składników majątkowych i personelu medycznego oraz pomocniczego (...). Wykreślenia z rejestru Ministra Zdrowia oraz z Krajowego Rejestru Sądowego (...) nie można zatem utożsamić z likwidacją, w toku której następuje zaspokajanie wierzycieli kosztem substancji majątkowej likwidowanego, a w pozostałym zakresie kosztem organu założycielskiego”¹³.

¹² Sygn. akt V CK 287/04, OSNC 2005, nr 12, poz. 213.

¹³ Przedmiotowe rozumienie „likwidacji” publicznego ZOZ-u zaaprobowane także zostało przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały tego Sądu – Izby Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 25 lipca 2003 roku (III PZP 6/03)¹³, w której tezach stwierdzono, że „przepis art. 60 ust. 6 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. nr 91, poz. 408 ze zm.) ma bezpośrednie zastosowanie w przypadkach całkowitej likwidacji samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, a zatem nie jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 23.1. kodeksu pracy. Właściwy organ samorządu terytorialnego przejmuje odpowiedzialność za zobowiązania i należności wynikające ze stosunków pracy realizowanych w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej (art. 60 ust. 6 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej) także wówczas, gdy wynika to z czynności prawnych związanych z przekształceniem tych zakładów w niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej i nie podważa pracowniczych gwarancji określonych w art. 23.1 kodeksu pracy”.

4. Odmienne stanowisko, odwołujące się do podmiotowego rozumienia pojęcia likwidacji SP ZOZ-u, zajął Sąd Najwyższy w trzech wyrokach zapadłych w dniu 2 grudnia 2004 roku (w sprawach V CK 110/04, V CK 111/04 i V CK 106/04) oraz wyroku z dnia 19 stycznia 2005 roku (V CK 590/04).

W uzasadnieniu pierwszego z tych wyroków Sąd zauważył, że skoro SP ZOZ jest podmiotem prawa od chwili wpisu do wykreślenia w KRS, to „jego likwidacja w sensie podmiotowym następuje na skutek wykreślenia z Krajowego Rejestru Sądowego, bez względu na zastosowaną formę reorganizacji, która do tego doprowadziła, tj. czy była to likwidacja *sensu stricto*, czyli w sensie przedmiotowym, czy też przekształcenie ze skutkiem likwidacji, a więc przyłączenie zakładu do innej tego typu jednostki”. Zbieżny pogląd przedstawił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku wydanego w kolejnej sprawie (V CK 111/04) uznając, że „przepis art. 60 ust. 6 ustawy o z.o.z. znajduje (...) zastosowanie do każdej likwidacji rozumianej jako utrata bytu prawnego przez samodzielny publiczny ZOZ w następstwie podjęcia przez senat państwowej uczelni medycznej każdej z możliwych uchwał, o których mowa w art. 36a ust. 1 i ust. 2 ustawy o z.o.z., a w wyniku których ma nastąpić jego likwidacja”.

Również rozpoznając sprawę V CK 106/04, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku podmiotowego rozumienia pojęcia likwidacji zakładu, zaznaczając jednak, że „artykuł 60 ust. 6 ustawy ma (...) zastosowanie, gdy następuje wykreślenie SP ZOZ-u z Krajowego Rejestru Sądowego, a uchwała organu założycielskiego stanowiąca podstawę jego likwidacji nie określiła podmiotu odpowiadającego za jego zobowiązania i należności. Innymi słowy – można wskazać, że przepis art. 60 ust. 6 ustawy ma w zasadzie zastosowanie w wypadku całkowitej likwidacji samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej”¹⁴.

Pogląd aprobujący podmiotowe rozumienie likwidacji SP ZOZ-u przedstawiono także w uzasadnieniu wyroku zapadłego 19 stycznia 2005 roku (V CK 590/04). Przyłączając się do przytoczonych wcześniej wypowiedzi¹⁵, Sąd Najwyższy wyraził tu zapatrywanie, iż „ustawodawca

¹⁴ Taki wniosek Sądu wynikał (o czym w dalszej części opracowania) z przyjęcia, że wprowadzone w art. 60 ust. 6 ustawy „przejście” zobowiązań i należności następuje dopiero wtedy, gdy w uchwale wydanej na podstawie art. 60 ust. 4 b ustawy nie zostanie wskazany inny podmiot uprawniony i zobowiązany.

¹⁵ Zob. powołane wcześniej wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 2 grudnia 2004 r., V CK 111/04 (niepubl.), z dnia 2 grudnia 2004 r., V CK 110/04 (niepubl.), z dnia 2 grudnia 2004 r., V CK 106/04 (niepubl.).

łączył skutek w postaci likwidacji publicznego zakładu opieki zdrowotnej nie tylko z podjęciem przez właściwy organ uchwały o likwidacji, lecz także z przekształceniem, w wyniku którego ma nastąpić likwidacja, a w ślad za tym wykreślenie zlikwidowanego zakładu z właściwych rejestrów. Tym samym z chwilą wykreślenia samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej z Krajowego Rejestru Sądowego dochodzi do jego likwidacji w znaczeniu podmiotowym bez względu na to, czy było to następstwem likwidacji zakładu jako wyodrębnionego organizacyjnie zespołu osób i środków majątkowych, utworzonego i utrzymywanego w celu promocji zdrowia (art. 1 ust. 1 u.z.o.z.), czy też następstwem prowadzącego do takiego skutku przekształcenia, w tym włączenia samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej w strukturę organizacyjną innego zakładu”. Wobec tego, zdaniem Sądu Najwyższego, „użyte w treści art. 60 ust. 6 u.z.o.z. (...) pojęcie likwidacji obejmowało nie tylko skutek wywołany uchwałą o likwidacji i przeprowadzeniem procedury likwidacyjnej, lecz także każdą inną likwidację rozumianą jako utrata przez samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej bytu prawnego wskutek podjęcia uchwały o przekształceniu, w wyniku którego następuje likwidacja (...)”.

III. Odpowiedzialność za zobowiązania po połączeniu SP ZOZ-ów

1. Dwoiste rozumienie pojęcia likwidacji SP ZOZ-u wpłynęło również na przyjęcie dwu sposobów wyjaśnienia, na podstawie których unormowań nowoutworzony samodzielny publiczny ZOZ staje się stroną powstałych wcześniej stosunków prawnych. W orzeczeniach aprobujących opisywane ostatnio podmiotowe ujęcie likwidacji zakładu, podstawy sukcesji upatrywano w treści art. 60 ust. 4b ustawy, stanowiącego, że „uchwała organu, który utworzył zakład opieki zdrowotnej, o likwidacji winna zawierać (...) 4) wskazanie podmiotu, który przejmie prawa i obowiązki likwidowanego zakładu, oraz określenie zakresu tych praw i zobowiązań (...)”¹⁶.

¹⁶ Oprócz podanych tu wyroków stanowisko takie Sąd Najwyższy zajął także w uchwale z dnia 22 lipca 2005 roku, III CZP 54/05.

Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 grudnia 2004 roku (V CK 110/04), „skoro w przepisie tym mowa nie tylko o obowiązkach, ale i zobowiązaniach, to obejmuje (on) także długi zakładu objętego uchwałą o likwidacji. Z woli ustawodawcy wynika z niego kompetencja dla organu założycielskiego wskazania w uchwale następcy nie tylko majątku, czy wierzytelności likwidowanego SP ZOZ-u, ale także i jego zobowiązań. Wprawdzie więc na gruncie ustawy nie mamy do czynienia z sukcesją generalną w klasycznej postaci, jak w innych dziedzinach (...), niemniej występuje tu także sukcesja ustawowa w postaci zastrzeżonej kompetencji dla organu założycielskiego do wyznaczenia podmiotu, który odpowiada za zobowiązania likwidowanego zakładu”. Uzupelnieniem tych wywodów Sądu Najwyższego było wskazanie, że „żaden przepis nie zakazuje ustawodawcy wyposażyć organ założycielski w kompetencję wskazania sukcesora zarówno praw, jak i zobowiązań likwidowanego zakładu”, zaś „istnienie podmiotu odpowiedzialnego za długi zakładu przyłączonego wyklucza stosowanie art. 60 ust. 6 ustawy. Uczelnia odpowiada bowiem za długi zlikwidowanego SP ZOZ-u dopiero po jego ostatecznej likwidacji, tj. takiej reorganizacji, w wyniku której nie został utworzony zakład odpowiadający na podstawie uchwały za długi. Przede wszystkim skutek ten występuje, gdy nastąpiła jego likwidacja w sensie przedmiotowym”.

Stanowisko to znalazło również odzwierciedlenie w uzasadnieniu wyroku z tej samej daty (2 grudnia 2004 roku), wydanego w sprawie V CK 111/04. Sąd Najwyższy zauważył tu, że w przypadku połączenia zakładów zastosowanie znajduje przepis art. 60 ust. 4b ustawy, określający niezbędne elementy każdej uchwały o likwidacji SP ZOZ-u, a wśród nich wskazanie podmiotu przejmującego prawa i obowiązki likwidowanego zakładu oraz określenie zakresu tych praw i zobowiązań. Zdaniem Sądu, „choć jest oczywistym, że źródłem sukcesji generalnej może być przepis ustawy, a nie wyrażona jedynie w uchwale wola organu osoby prawnej, to jednak wola ustawodawcy w tym przedmiocie może być realizowana w rozmaity sposób, w tym także przez określone ustawą zachowanie organu osoby prawnej. Innymi słowy, zasada, że źródłem sukcesji generalnej może być tylko ustawa, nie zostaje naruszona w sytuacji, w której ustawodawca zastrzega w przepisie wyraźne uprawnienie dla określonego ustawą podmiotu do wskazania sukcesora, a pod-

miot ten z tego uprawnienia korzysta”. W ocenie Sądu, „w takiej sytuacji zmienia się tylko sposób realizacji przez ustawodawcę jego woli w przedmiocie określenia sukcesora, a mianowicie w miejsce wyraźnego wskazania sukcesora w konkretnym przepisie ustawy ustawodawca wskazuje inny konkretny podmiot jako uprawniony w określonym ustawą trybie do bezpośredniego wykonania przysługujących ustawodawcy prerogatyw”. Sąd podzielił przy tym przedstawione w sprawie V CK 110/04 stanowisko, że w omawianej sytuacji podmiotu odpowiedzialnego za długi nie określa art. 60 ust. 6 ustawy, ponieważ „jego zastosowanie zostało wyłączone w następstwie skorzystania przez uprawniony podmiot ze szczególnego ustawowego trybu określenia osoby sukcesora, a przewidzianego w art. 60 ust. 4b pkt 4 ustawy o z.o.z.”¹⁷.

Także w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 grudnia 2004 roku, wydanego w sprawie V CK 106/04, podniesiono, że „zasada sukcesji generalnej może wynikać jedynie z przepisów rangi ustawowej, które zgodnie z art. 87 Konstytucji RP stanowią wyłączne źródło prawa powszechnie obowiązującego. Zasada ta jednakże jest zachowana, gdy ustawodawca ustanawia w ustawie uprawnienie dla określonego organu do wskazania sukcesora (...)”. Przedstawioną w przytoczonych orzeczeniach zależność między art. 60 ust. 6 ustawy i art. 60 ust. 4b ustawy, zaaprobował również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 stycznia 2005 roku (V CK 590/04), stwierdzając, że zastosowanie pierwszego z tych przepisów zostało „wyłączone wskutek wskazania przez organ założycielski na podstawie art. 60 ust. 4b pkt 4 u.z.o.z. ogólnego następcy prawnego”.

W tym kierunku wykładni przyjęto zatem, że już podmiotowo rozumiana likwidacja SP ZOZ-u stwarza możliwość zastosowania art. 60 ustawy. Natomiast ust. 6 tego artykułu wywołuje przewidziane w nim skutki prawne dopiero w razie niewskazania przez organ założycielski w uchwale o połączeniu SP ZOZ-ów sukcesora zobowiązań i należności, co w praktyce następuje w zasadzie dopiero w przypadku całkowitej, faktycznej likwidacji zakładu.

2. Odmienną argumentację zaprezentowano w grupie spraw, w których wnioski bazowały na przedmiotowym rozumieniu likwidacji

¹⁷ Taką interpretację art. 60 ustawy uznano ponadto za „zgodną z logiką regulacji zawartej w art. 53 ust. 2 ustawy o z.o.z., a wyrażającą się generalnie w powiązaniu faktu uzyskania przysporzenia majątkowego przez określony podmiot z obowiązkiem ponoszenia przezeń odpowiedzialności za wcześniej powstałe zobowiązania związane z korzystaniem z tego majątku” (V CK 111/04).

cji SP ZOZ-u. W świetle tego stanowiska połączenie szpitali powodowało jedynie zmiany podmiotowe, wobec czego sukcesji generalnej nie mógł tu wyjaśniać art. 60 ust. 4b pkt 4 ustawy, znajdujący zastosowanie dopiero w przypadkach likwidacji ujmowanej przedmiotowo. Ponoszenia odpowiedzialności przez nowoutworzony SP ZOZ upatrywano natomiast w odpowiednim stosowaniu innych regulacji, normujących skutki połączenia podmiotów prawa. Dostrzegając istnienie takich konstrukcji w kodeksie spółek handlowych oraz w prawie spółdzielczym, Sąd za najbliższy sytuacji połączenia SP ZOZ-ów uznał jednak przepis par. 34 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 listopada 1981 roku w sprawie wykonania ustawy o przedsiębiorstwach państwowych¹⁸ (dalej jako rozporządzenie), który stanowi, że „połączone przedsiębiorstwo odpowiada za zobowiązania przejętych przedsiębiorstw oraz przejmuje ich wierzytelności”. Sięgnięcie do unormowań wykraczających poza ustawę o zakładach opieki zdrowotnej wyjaśniano istniejącą w tej ustawie luką (tzw. luką w prawie), polegającą na nieuregulowaniu skutków połączenia SP ZOZ-ów.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 16 grudnia 2004 roku (V CK 290/04) Sąd wyjaśnił, że „wobec braku odpowiedniego unormowania w u.z.o.z. kwestii włączenia samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej w struktury organizacyjne innego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i kontynuowania przez niego dotychczasowej działalności w ramach bytu prawnego tego innego zakładu, wypada sięgnąć do konstrukcji *analogiae legis* na tle reguł łączenia się innych podmiotów, dla których przepisy wyraźnie przewidują skutki przejęcia jednego z nich przez drugi co do odpowiedzialności za długi”. Zastosowanie w tej sytuacji art. 34 rozporządzenia uzasadniał fakt, że przepis ten „przewiduje podobne przekształcenie na mocy decyzji organu założycielskiego”.

Stanowisko to potwierdził Sąd Najwyższy w sprawie V CK 287/04, zakończonej wyrokiem z dnia 16 grudnia 2004 roku. Oceniając cywilnoprawne konsekwencje połączenia dwu szpitali Sąd zauważył, że „łączenie osób prawnych jest znanym sposobem przekształcania zmierzającym do polepszenia ich potencjału gospodarczego. Ustawy normujące tryb takich przekształceń z reguły określają w takich wypadkach na

¹⁸ Dz. U. 1981, Nr 31, poz. 170 ze zm.

kogo przechodzą zobowiązania podmiotu przejmowanego (...). Brak odpowiedniego przepisu w ustawie o z.o.z. jest jej wadą w postaci tzw. luki w prawie, to jest zaniechania regulacji stanu wymagającego wyraźnego unormowania”. Zdaniem Sądu, „nie usprawiedliwia to jednak stosowania (...) przepisu art. 60 ust. 6 przewidzianego dla odmiennej instytucji, którą jest likwidacja. W wypadku luki w prawie należy sięgnąć do *analogiae legis*”. W ocenie Sądu analogia ta przemawiała za stosowaniem par. 34 rozporządzenia, ponieważ „reguły łączenia zakładów opieki zdrowotnej są najbliższe podobnym przekształceniom przedsiębiorstw państwowych ze względu na charakter i rolę organu założycielskiego”. Zbieżna argumentacja przedstawiona została również w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 grudnia 2004 roku, wydanego w sprawie V CK 311/04.

IV. Likwidacja SP ZOZ-ów i jej skutki w sferze zobowiązań

1. Przedstawiony tu przegląd stanowisk Sądu Najwyższego dowodzi dogłębnego rozważenia w orzecznictwie zagadnienia cywilnoprawnych aspektów łączenia SP ZOZ-ów. Wydaje się, że wobec fragmentarycznego uregulowania tej kwestii w ustawie można reprezentować każdy z dwu omówionych wyżej kierunków wykładni, stanowiących odmienną, ale wewnętrznie spójną koncepcję skutków połączenia zakładów. Dlatego poniższe uwagi będą wyrażały jedynie uboczne spostrzeżenia, nasuwające się w trakcie lektury stanowisk Sądu Najwyższego, a dotyczące dwu podstawowych zagadnień: pojęcia likwidacji i określenia podmiotu odpowiedzialnego za zobowiązania łączonych zakładów.

Co dotyczy pierwszej z tych kwestii, wydaje się, że w ocenie, czy połączenie SP ZOZ-ów jest formą likwidacji zakładów, podstawowe znaczenie należy przypisać temu, że w razie połączenia dochodzi do ustania podmiotowości prawnej dotychczas istniejących osób prawnych, co z kolei stwarza potrzebę rozstrzygnięcia o sukcesji ich praw i obowiązków. Skoro ustawodawca nie uregulował odrębnie skutków połączenia, skutki te trzeba oceniać przez pryzmat art. 60 ustawy, obejmując jego działaniem nie tylko sytuacje całkowitej, faktycznej likwidacji sa-

modzielnego publicznego ZOZ-u, ale także przypadki likwidacji wyłącznie podmiotowej. Zakończenie bytu podmiotu prawa jest bowiem dla cywilistyki faktem, którego znaczenie nie powinno być deprecjonowane skoncentrowaniem się wyłącznie na tym, co dzieje się z majątkiem poprzednio istniejących zakładów. Losy zakładu w rozumieniu przedmiotowym to dopiero dalsza, prawna konsekwencja fundamentalnych rozstrzygnięć o skutkach likwidacji SP ZOZ-u jako osoby prawnej. Waga tego zdarzenia niejako wymusza zatem szeroką wykładnię art. 60 ustawy, ponieważ jedynie w tym artykule unormowana została kwestia mechanizmu i skutków likwidacji SP ZOZ-u.

Przeprowadzenie procedury likwidacyjnej (art. 60 ust. 4b ustawy), już w razie likwidacji zakładu rozumianego podmiotowo, ma również istotne znaczenie porządkujące sytuację. Pozwala bowiem ustalić katalog czynności, które powinny być podjęte w związku z zakończeniem istnienia SP ZOZ-u jako osoby prawnej oraz precyzyjnie określić kto, w jakim zakresie i na jakiej podstawie staje się uprawniony i zobowiązany w związku z połączeniem SP ZOZ-ów. Wobec wspomnianego wcześniej pominięcia przez ustawodawcę uregulowania w ustawie skutków łączenia zakładów, zastosowanie trybu likwidacji wydaje się wręcz niezbędne¹⁹.

Przeciwko tezie, że art. 60 ustawy znajduje zastosowanie także w razie podmiotowej likwidacji SP ZOZ-ów, nie powinna przemawiać treść ust. 3 tego artykułu, przewidującego zmianę formy gospodarki finansowej zakładu lub jego likwidację jako dwie możliwe reakcje organu założycielskiego na utrzymujący się ujemny wynik finansowy samodzielnego publicznego ZOZ-u. Z brzmienia tego przepisu *prima facie* rzeczywiście można wnosić, że zastosowanie którejsz z tych możliwości zależy od tego, czy organ założycielski planuje dalsze istnienie zakładu w znaczeniu przedmiotowym (dlatego włącza go w swą strukturę), czy też nie chce zachować zadłużonego zakładu (ani w sensie przedmiotowym, ani podmiotowym), toteż przeprowadza likwidację opisaną w art. 60 ust. 4b ustawy.

Jednak twierdzenie, że dopiero likwidacja całkowita (nie tylko podmiotowa, ale również przedmiotowa) daje podstawę do stosowania

¹⁹ Za poglądem o stosowaniu art. 60 ustawy w przypadku połączenia zakładów przemawia także zamieszczenie tego artykułu wśród unormowań dotyczących samodzielnych publicznych ZOZ-ów, będących podmiotami prawa, nie zaś tych publicznych zakładów, które pozostają elementem wewnętrznej struktury organu założycielskiego. Likwidacja musi tu być zatem związana z utratą podmiotowości prawnej.

z art. 60 ust. 4b i ust. 6 ustawy, nie wydaje się trafne, ponieważ istnieje więcej perspektyw niż dychotomiczny wybór organu założycielskiego między „włączeniem” dotychczasowego samodzielnego publicznego ZOZ-u w strukturę organu albo całkowita, faktyczna likwidacja zakładu. To, co stanie się z majątkiem pozostałym po likwidacji przeprowadzonej zgodnie z art. 60 ust. 4b ustawy, zależy od organu założycielskiego. Procedura likwidacyjna, uruchamiana już w związku z mającym nastąpić wykreśleniem SP ZOZ-u z Krajowego Rejestru Sądowego, dokonywanym na podstawie uchwały o likwidacji (art. 60 ust. 5 ustawy), powinna więc być wdrożona, nawet jeśli zamierzeniem organu założycielskiego jest zachowanie zakładu rozumianego przedmiotowo, np. w celu jego zbycia lub innego zadysponowania środkami pozostałymi po likwidacji (stanowiącymi nadal zakład w ujęciu art. 1 ustawy lub nie stanowiącymi takiego zakładu).

2. Pewne zastrzeżenia można także zgłosić do przedstawianych wcześniej koncepcji, które przejście „zobowiązań i należności” na SP ZOZ powstały w wyniku połączenia, wyjaśniały:

1) powołaniem się na treść art. 60 ust. 4b pkt 4 ustawy (z jednoczesnym stwierdzeniem, że nastąpiła ustawowa delegacja do wskazania przez organ założycielski sukcesora generalnego) lub

2) analogicznym stosowaniem par. 34 rozporządzenia w sprawie wykonania ustawy o przedsiębiorstwach państwowych.

Jeśli chodzi o pierwsze z tych stanowisk, sporna wydaje się teza, że art. 60 ust. 4b pkt 4 ustawy kreuje po stronie organu założycielskiego uprawnienie do samodzielnego określenia sukcesora praw i obowiązków²⁰. Cały art. 60 ust. 4b ustawy wydaje się mieć raczej inny wymiar: wskazuje elementy, które mają znaleźć się w uchwale o likwidacji i precyzuje jej niezbędną treść. Można o tym wnosić już z pierwszych punktów tego artykułu: „określenie zakładu podlegającego likwidacji, oznaczenie dnia otwarcia likwidacji, określenie sposobu i trybu zadysponowania składnikami materialnymi i niematerialnymi” itd. W ten sam sposób należy także, jak myślę, odczytywać stawiane w punkcie 4. wymagania wskazania podmiotu, który „przejmie prawa i obowiązki likwidowanego zakładu” oraz „określenia zakresu tych praw i zobowiązań”. Treść uchwały w tym punkcie ma więc raczej do-

²⁰ Odmienne J. Frąckowiak, op. cit., s. 61-62.

kumentować i obrazować sukcesję, której porządek i podstawa prawna nie wynikają z art. 60 ust. 4b pkt 4 ustawy, ale z innych przepisów. Ustalając sukcesora trzeba byłoby zatem najpierw wskazać normę rozstrzygającą, kto przejmie prawa i obowiązki, a następnie – odzwierciedlając jej działanie w konkretnym stanie faktycznym – wyrazić to jasno w uchwale.

Zastrzeżenia budzi również teza, że art. 60 ust. 4b pkt 4 ustawy jest wyrazem delegacji na rzecz organu założycielskiego uprawnienia do określania następcy prawnego pod tytułem ogólnym²¹. Taka możliwość w ogóle wydaje się wątpliwa, biorąc pod uwagę charakter i sposób oddziaływania sukcesji generalnej. W opisywanym przypadku łączenia SP ZOZ-ów również trudno byłoby doszukiwać się stosownego uprawnienia po stronie organu założycielskiego. Nie ma on przecież prawa do wskazywania jako sukcesora kogo chce, nie może w uchwale określić, że obowiązki będą aktualnie obciążać np. dowolnie wybrany, ale zamożny podmiot prawa. Tymczasem art. 60 ust. 4b pkt 4 ustawy nie stawia w tym względzie żadnych ograniczeń, nie określa nawet w przybliżeniu kręgu podmiotów, które potencjalnie mogłyby wchodzić w grę jako przejmujące prawa i obowiązki. Jeśli więc przyjąć, że ten przepis zawiera wspomnianą delegację, trzeba byłoby uznać, iż (w braku ograniczeń) daje też organowi założycielskiemu swobodę we wskazaniu podmiotu odpowiedzialnego za długi. Takie rozwiązanie wydaje się niemożliwe do przyjęcia, byłaby to bowiem swoboda większa nawet od tej, którą dysponuje ustawodawca, uprawniony wprost, a nie dopiero drogą delegacji, do określania następcy prawnego w razie sukcesji generalnej²².

²¹ Jedynie na marginesie można zauważyć, że proponowany w tej koncepcji sposób przejścia praw i obowiązków rodzi pytanie, jaka byłaby ich sytuacja prawna, gdyby organ założycielski, jako podmiot odpowiedzialny, wskazał tworzony w wyniku połączenia samodzielny publiczny ZOZ, a następnie doszło najpierw do wykreślenia poprzednio istniejących zakładów z KRS (przez co przestawałyby one istnieć jako podmioty prawa), a dopiero po jakimś czasie – do wpisania do rejestru powstałego z połączenia podmiotu (taka rozbieżność dat wynikała ze stanu faktycznego jednej z rozpoznawanych spraw).

²² Zachodzą również wątpliwości, czy wnioski o sukcesji generalnej można wywodzić z powołania się w art. 60 ust. 4 b pkt 4 ustawy na słowa „prawa i obowiązki” oraz „prawa i zobowiązania” (który to argument był podniesiony w uzasadnieniu jednego z orzeczeń Sądu Najwyższego). Można zgłosić obawę, że użycie słów „obowiązki” i „zobowiązania” było raczej wynikiem nierozróżnienia przez ustawodawcę ich znaczeń i nieco dowolnego posłużenia się różnymi terminami w ww. jednostce redakcyjnej ustawy. Skoro w końcowej części wskazanego ostatnio przepisu mowa o „określeniu zakresu tych praw i zobowiązań”, należy wnosić, że „zakres tych praw i zobowiązań” stanowi „częstkę” tego, co jest wymienione w początkowym fragmencie przepisu, a więc kategoryalnie to samo, co „prawa i obowiązki”.

Pewne wątpliwości można także zgłosić pod adresem rozwiązania opartego na analogicznym stosowaniu par. 34 rozporządzenia. Po pierwsze, art. 53a ust. 1 ustawy, w którym mowa o połączeniu zakładów, powołuje się na połączenie „przeprowadzane na zasadach określonych w ustawie”, co oznacza, iż poszukiwanie tych zasad powinno się, jak można wnosić, zamykać w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej, bo o tym akcie prawnym mowa jako o „ustawie”. Stąd może budzić wątpliwości, czy uprawnione jest tu sięganie do innych niż ustawa aktów prawnych, będących zresztą nie ustawą, a rozporządzeniem wydanym na podstawie ustawy²³. Po drugie, ww. rozporządzenie reguluje w sposób kompleksowy kwestię łączenia przedsiębiorstw państwowych. Wykorzystanie jednego z tych przepisów dla rozstrzygnięcia konkretnej kwestii spornej w wykładni innego aktu prawnego obarczone jest ryzykiem błędu z powodu różnego „tła” normatywnego, na którym aktualnie ma być stosowany ów zaczerpnięty w ramach analogii przepis²⁴. W tej kwestii należy jednak przyznać, że spośród różnych możliwych kierunków analogii, art. 34 rozporządzenia wydaje się rzeczywiście najbliższy sytuacji połączenia SP ZOZ-ów. Zachowuje też – można powiedzieć – szlachetny umiar, rozstrzygając najbardziej kontrowersyjne zagadnienie sukcesji, ale nie ingerując nadmiernie w inne kwestie łączenia zakładów.

4. Widoczne tu trudności interpretacyjne skłaniają do tego, aby powrócić do poruszonej na początku tego opracowania problematyki uprawnienia organu założycielskiego do połączenia SP ZOZ-ów i spojrzeć na sprawę określenia następcy prawnego od strony „zsynchronizowania” podstawy prawnej połączenia i odpowiedzialności za długi łączonych zakładów. Trudności w określeniu zasad sukcesji wydają się bowiem pochodną sporu o kompetencje organu założycielskiego do podejmowania takich działań względem SP ZOZ-ów.

Rysują się tu dwie możliwości. Jeśli źródła uprawnienia organu założycielskiego do łączenia zakładów upatrywać w uregulowanej w art. 36 ustawy kompetencji do likwidacji i utworzenia zakładów, to do oce-

²³ Można byłoby ewentualnie przyjąć, że i pojęcie ustawy, i pojęcie zasad zostało tu użyte w szerokim, ogólnym znaczeniu, wskazując na konieczność przeprowadzenia połączenia według reguł określonych przepisami prawa, przy czym zasady obejmowałyby nie tylko kwestię sukcesji (która rzeczywiście regulowana jest poza ustawą o z.o.z.), ale szerzej rozumianą „sytuację połączenia”.

²⁴ Przepis ten rozstrzyga wprost o odpowiedzialności za zobowiązania i o przejęciu wierzytelności, a kwestia sukcesji w razie połączenia SP ZOZ-ów jest szerszym zagadnieniem.

ny połączenia i jego skutków prawnych trzeba byłoby stosować art. 60 ustawy, normujący likwidację SP ZOZ-ów. Powstawałoby tu dostrzeżone przez Sąd Najwyższy zagadnienie, czy połączenie, jako forma likwidacji podmiotowej, dokonywanej bez jednoczesnej likwidacji zakładu rozumianego przedmiotowo, także powinno być przeprowadzane z zachowaniem zasad, określonych w art. 60 ust. 4b, 5 i 6 ustawy.

Jeśli natomiast uznać, że uprawnienie organu założycielskiego do połączenia SP ZOZ-ów nie wynika z prawa do likwidacji zakładu, ale jest innym uprawnieniem, odrębnym od wymienionych wprost w art. 36 ustawy, bardziej uzasadnione byłoby zastosowanie w drodze analogii art. 34 rozporządzenia, regulującego skutki połączenia przedsiębiorstw państwowych. W tym przypadku nie zachodziłyby podstawy do stosowania art. 60 ust. 6 ustawy, ponieważ bez względu na to, czy likwidacja na tle tego artykułu byłaby rozumiana przedmiotowo czy podmiotowo, trzeba byłoby uznać, że wobec odrębnego uregulowania skutków połączenia, powołany przepis w ogóle nie znajduje tu zastosowania.

Jednak analiza podstawy prawnej uprawnienia organu założycielskiego do połączenia SP ZOZ-ów nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o źródło takiej kompetencji; oprócz konstatacji, że stanowią je uprawnienia wprost lub pośrednio wywodzone z art. 36 ustawy. W szczególności, nawet jeśli kompetencje w zakresie łączenia SP ZOZ-ów wywodzić z uprawnienia do likwidacji zakładu, samego połączenia nie można uznać za typową likwidację, która oprócz ustania osoby prawnej prowadzi do rozdysponowania jej majątkiem oraz do rozliczenia wierzytelności i długów²⁵. Przeciwnie, trzeba byłoby stwierdzić, że jest to likwidacja specyficzna, sprowadzająca się do zaprzestania istnienia zakładu rozumianego podmiotowo, gdy jednocześnie nadal funkcjonuje zespół osób i mienia, czyli zakład w ujęciu przedmiotowym.

Widoczna tu niejednoznaczność ulokowania połączenia w katalogu uprawnień organu założycielskiego do podejmowania działań względem SP ZOZ-ów, skłania do przyjęcia w pewnym stopniu złożonej kon-

²⁵ Ponadto nie można pominąć, że polem działania powołanego ostatnio artykułu, zamieszczonego w Rozdziale 4 („Zasady gospodarki publicznych zakładów opieki zdrowotnej”) Działu II („Publiczne zakłady opieki zdrowotnej”) wydaje się zasadniczo określenie zasad likwidacji w przypadku niemożności pokrycia przez ten zakład we własnym zakresie ujemnego wyniku finansowego (art. 60 ust. 3 w zw. z art. 60 ust. 1 ustawy). Nie powinno zaś budzić wątpliwości, że łączenie SP ZOZ może następować bez względu na sytuację majątkową SP ZOZ (tak: Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 lipca 2005 r., III CZP 54/05), a w każdym razie – nie tylko w przypadku niemożności pokrycia ujemnego wyniku finansowego.

strukcji sukcesji praw i obowiązków łączonych zakładów na rzecz zakładu powstałego w wyniku połączenia. Nieco odmiennie od obu prezentowanych wcześniej kierunków orzecznictwa wyjaśniany byłby tu mechanizm prawny takiego przejścia uprawnień i obowiązków. Wobec uznania, że w razie połączenia SP ZOZ-ów dochodzi do ustania bytu prawnego dotychczas istniejących zakładów, należałoby do połączenia stosować tryb likwidacji uregulowany w art. 60 ustawy, jako tryb właściwy już w przypadku likwidacji podmiotowej, bez względu na to, czy jednocześnie doszło, czy też nie doszło do likwidacji zakładu w ujęciu przedmiotowym. Zgodnie z ust. 4b tego artykułu niezbędne byłoby zatem m.in. wskazanie podmiotu, przejmującego prawa i obowiązki likwidowanego zakładu, jednak – z wyjaśnionych wcześniej przyczyn – to nie ten przepis stanowiłby podstawę prawną określenia następcy prawnego pod tytułem ogólnym. Moim zdaniem (mimo zgłoszonych wcześniej zastrzeżeń) za taką podstawę powinien być raczej uznany przepis par. 34 rozporządzenia j.w., normujący specyficzne skutki połączenia, któremu towarzyszy ustanie podmiotowości co najmniej jednego z zakładów, przy jednoczesnym dalszym istnieniu wyodrębnionego organizacyjnie zespołu osób i środków majątkowych (zakładu w znaczeniu przedmiotowym). Uchwała o likwidacji porządkując kwestie wskazania sukcesora odzwierciedlałaby więc jedynie te konsekwencje prawne w zakresie przejścia praw i obowiązków, które wynikają z art. 34 rozporządzenia. Natomiast art. 60 ustawy określałby tryb połączenia, a w tym wydanie przez organ założycielski stosownej uchwały i jej szczegółowo sprecyzowaną treść. Ostatecznie stanowisko to – chociaż nieco odmiennie rozkłada akcenty argumentacji – wykorzystuje wnioskowanie przeprowadzone przez Sąd Najwyższy w jego licznych orzeczeniach i wprowadza jedynie pewną modyfikację poglądów, rozważonych już i utrwalonych w wypowiedziach tego Sądu.

V. Zakończenie

Pomimo dużych trudności interpretacyjnych, w razie elastycznej wykładni przepisów ustawy, możliwe wydaje się wywiedzenie dostatecz-

nie pewnych wniosków w kwestii skutków prawnych połączenia samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Akcentowane w tym opracowaniu problemy wykładni, wynikające z braku pełnego, kompleksowego unormowania podstaw prawnych i skutków połączenia SP ZOZ-ów, przemawiają za przyłączeniem się do postulatu interwencji ustawodawcy w celu bliższego uregulowania tych kwestii w ustawie.

Łączenie samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej jest istotnym narzędziem wprowadzania zmian w organizacji działania publicznej służby zdrowia. Stąd, jeśli prawodawca chce zachować możliwość sterowania zachodzącymi tu procesami, nie powinien w ocenie zagadnień połączenia SP ZOZ-ów pozostawiać tak wielu kwestii nieunormowanych lub unormowanych niespójnie, a w konsekwencji – stwarzać tak dużego obszaru poszukiwań trafnego stanowiska drogą skomplikowanej interpretacji. Przeciwnie zaś – winien precyzyjnie uregulować mechanizmy prawne połączenia, zapewniając tym samym możliwość realizacji zamierzonych i oczekiwanych kierunków przeprowadzania reformy służby zdrowia.

Konsumencki charakter umowy o świadczenie zdrowotne¹

Wprowadzenie

Coraz częściej w literaturze medycznej i prawniczej pojawiają się głosy na temat usługowego charakteru świadczeń zdrowotnych i wiążących się z tym konsekwencji prawnych². Przyjmuje się także czasem, że pacjent zawierając umowę o świadczenie usług w ramach prywatnej praktyki prowadzonej przez lekarza występuje w innej roli (roli konsumenta) niż w przypadku, gdy korzysta ze świadczeń finansowanych przez NFZ³. Przedmiotem moich rozważań będzie sytuacja pacjenta zawierającego umowę z lekarzem i próba odpowiedzi na pytanie czy w takiej sytuacji pacjent zawiera umowę konsumencką i czy zatem może być traktowany jako konsument i korzystać z ochrony przewidzianej dla konsumenta. Poza zakresem prezentowanych wywodów pozostaje natomiast skomplikowany układ stosunków między pacjentem, lekarzem udzielającym świadczenia oraz jednostką organizacyjną, w której praktykuje lekarz.

W rozważaniach na temat podmiotowości pacjenta przyjmuje się współcześnie jako główną tezę współdecydowanie lekarza i pacjenta w podejmowaniu decyzji w procesie leczenia⁴. Taka konstrukcja zakła-

¹ Impulsem do podjęcia rozważań na temat zagadnienia podmiotowości pacjenta i próby odpowiedzi na pytanie o konsumencki charakter zawieranej przez niego umowy był referat pt. „Umowa o usługę medyczną – czy można ją uznać za umowę konsumencką” wygłoszony przez Jana A. Piszcza w trakcie obrad II Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Wiśle we wrześniu 2006 roku. W czasie dyskusji, która toczyła się w ramach jednej z sesji zagadnienie konsumenckiego charakteru pacjenta nie zostało wyczerpane, co upoważnia do podjęcia rozważań na ten temat i próby zdefiniowania podmiotu w kontekście kontaktów z profesjonalistą.

² W. Kuczyński, *Techniki wspomaganego rozrodu – problemy prawne i ich konsekwencje*, Ginekologia Praktyczna 2005, nr 5, s. 7, E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 440.

³ Takie stanowisko (choć nie stanowcze) reprezentował autor referatu. Por. J.A. Piszczyk, *op. cit.*

⁴ Takie stanowisko zajmuję w: *Ciąża wysokiego ryzyka*, red. G.H. Bręborowicz, wyd. II, Poznań 2006, s. 1053.

da istnienie dwóch równouprawnionych i równorzędnych stron, którymi w postępowaniu medycznym są pacjent i lekarz. Lekarz, będąc partnerem pacjenta w postępowaniu medycznym, jest jednak podmiotem profesjonalnym i kwalifikowanym, zobowiązanym do zachowania zawodowej staranności. Nie oznacza to jednak, że lekarz, w obawie o naruszenie praw podmiotowych pacjenta, powinien przystać na każdą propozycję postępowania. Najważniejszym elementem postępowania jest doświadczenie zawodowe i wiedza medyczna lekarza, i to lekarzowi pozostawić należy ocenę czy propozycje, a czasem żądania pacjenta, znajdują uzasadnienie w stanie zdrowia. Przyjmuję i konsekwentnie bronię tezy, że jeżeli zdaniem lekarza proponowane działanie nie jest wskazane, nie powinien się on zgodzić na jego wykonanie, a jeżeli wyrazi zgodę – naraża się na odpowiedzialność za działanie sprzeczne ze sztuką lekarską. Do zagadnienia przyjdzie powrócić w toku rozważań.

Przyjmując powyższe uwagi jako punkt wyjścia należy zastanowić się, jak daleko mogą być posunięte żądania pacjenta i na ile lekarz powinien im sprostać, a także jak traktować należy żądania pacjenta zawierającego umowę o świadczenie usług medycznych z lekarzem? Poniższe rozważania mają odpowiedzieć na pytanie czy umowę taką traktować należy jako umowę konsumencką i w związku z tym – czy pacjent w kontaktach z lekarzem jest konsumentem?

Wstęp do rozważań na temat „konsumenckiego” charakteru pacjenta powinny jednak stanowić rozważania natury ogólnej, mające na celu wyjaśnienie i usystematyzowanie pojęć. Brak definicji legalnej pojęcia „pacjent” sprawia, że dokonując wykładni pod pojęciem tym rozumieć będą podmiot poddający się świadczeniom zdrowotnym w rozumieniu art. 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej⁵.

⁵ 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 protezyki i ortodoncji, 14) czynnościami z zakresu zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze. Ustawa z dn. 30 sierpnia 1991 roku o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. 1991, nr 91, poz. 408 ze zmianami). Tym samym pojęciem posługuje się Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty z 5 grudnia 1996 roku (tekst jednolity: Dz. U. 2005, nr 226, poz. 1943 ze zmianami) – powoływana w tekście artykułu jako: ustawa o zawodach lekarza.

1. Pojęcie umowy konsumenckiej i konsumenta na gruncie prawa cywilnego

Przechodząc do zdefiniowania umowy konsumenckiej należy odnotować, że w doktrynie przedstawiono kilka propozycji takiej definicji⁶. Za dominujący uznać należy pogląd, że „umowa konsumencka” stanowi rodzaj umowy wyróżniony z grupy wszystkich umów zawieranych w obrocie ze względu na szczególnego rodzaju podmioty będące stronami tej umowy⁷. Zgadzam się z przedstawionym poglądem i przyjmuję kryterium podmiotowe jako wystarczające dla wyodrębnienia umowy konsumenckiej w polskim systemie prawnym. Otwiera ono drogę do dalszego systematyzowania umów konsumenckich, już według odrębnych kryteriów, uwzględniających także aspekt przedmiotowy.

Mianem umowy konsumenckiej należy określić cywilnoprawną umowę obligacyjną, której stronami są konsument i przedsiębiorca⁸.

Wyróżnienie określonych podmiotów, tj. konsumentów i przedsiębiorców występujących w obrocie cywilnoprawnym, pozwala scharakteryzować umowy konsumenckie. Określenie „umowa konsumencka” dotyczy umowy zawieranej przez konsumentów, ale tylko wtedy, gdy umowy te zawierane są ze szczególnego rodzaju partnerem, a mianowicie profesjonalistą⁹. Konsument może zawierać umowy i uczestniczyć w obrocie, jednakże szczególnej ochronie w procesie kontraktowania podlegać będzie tylko zawierając umowę z profesjonalistą. Mylące byłoby zatem przyjęcie określenia „umowa z udziałem konsumenta” czy „umowa zawierana przez konsumenta”, gdyż mogłoby to oznaczać każdą umowę z udziałem tego podmiotu¹⁰. Umowa konsumencka jest umową, która odpowiada postanowieniom kodeksowym dotyczącym umów w ogólności, natomiast jej specyfika polega na uczestnictwie kwalifikowanych podmiotów. Takie pojmowanie umowy konsumenckiej prowadzi do wniosku, że o charakterze

⁶ P. Kelly, R. Attree, *European Product Liabilities*, Butterworths London Edinburgh Dublin 1997, s. 28; Ch. J.S. Hodges, *Product Liability European Laws and Practice*, Sweet & Maxwell London 1993, s. 146; G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari 1999, s. 215.

⁷ G. Alpa, *op. cit.*, s. 215.

⁸ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 153.

⁹ G. Alpa, *op. cit.*, s. 215.

¹⁰ Cz. Żuławska w: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Zobowiązania*, pod red. G. Bieńka, Wydawnictwo Prawnicze Warszawa 2001, s. 119; G. Alpa, *op. cit.*, s. 3; C.M. Bianca, *Diritto civile Il Contratto* t. III, Milano 2000, s. 374; *Trattato di Diritto Privato Il Contratto in generale*, red. M. Bessone, Torino 2000, s. 463 i n.

prawnym tego rodzaju umowy decydują zarówno przepisy ogólne dotyczące wszystkich umów, jak i przepisy definiujące podmioty kontraktujące. Charakter umowy w istotny sposób zależny jest zatem od sposobu w jaki ustawodawca zdefiniował podmioty będące stronami umowy¹¹.

Co do zasady pojęciem konsumenta w niniejszych rozważaniach posługiwać się będą w znaczeniu, jakie nadaje mu kodeks cywilny.

Słowo „konsument”, jako termin języka prawnego, wprowadzone zostało do kodeksu cywilnego dopiero przez reformę kodeksu w 1990 roku, chociaż wcześniej w doktrynie posługiwano się już tym terminem¹². Z pojęciem konsumenta spotkać można się było w różnych aktach prawnych, nawet takich, które nie są czy nie były bezpośrednio związane z prawem cywilnym¹³. W poszczególnych aktach prawnych pojawiało się i pojawia pojęcie konsumenta, przy czym nie zawsze ustawodawca zawierał definicję pojęcia w danym akcie prawnym¹⁴.

Do głównych aktów prawnych zawierających pojęcie konsumenta zaliczyć należy (prócz kodeksu cywilnego) Konstytucję RP, ustawę o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów¹⁵, ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁶ oraz nieaktualne już rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie szczególnych warunków zawierania i wykonywania umów sprzedaży rzeczy ruchomych z udziałem konsumentów¹⁷.

¹¹ J. Haberko, *Zawarcie umowy konsumentkiej*, Praca doktorska w maszynopisie, Poznań 2003, s. 88.

¹² M. Bienias, *Ochrona konsumenta w Polsce*, *Handel Wewnętrzny* 1993 nr 4, s. 21.

¹³ E. Łętowska, *Prawo...*, s. 38.

¹⁴ Z sytuacją o której tu mowa, nauka prawa cywilnego miała do czynienia do czasu wprowadzenia zmian do kodeksu cywilnego nowelą z dnia 2 marca 2000 roku, kiedy to w kodeksie spotkać się było można z zawartym tam pojęciem konsument w różnych przepisach (art. 384, art. 558), jednakże kodeks ten nie zawierał ustawowej definicji pojęcia.

¹⁵ Ustawa z 24.02.1990 roku o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz. U. 1997 nr 49 poz. 318 ze zmianami).

¹⁶ Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211 ze zmianami).

¹⁷ Przed zdefiniowaniem konsumenta na gruncie prawa cywilnego celowe wydaje się dokonanie wzmianki, że pojęcie konsumenta pojawia się w akcie prawnym o najwyższym znaczeniu. Art. 76 Konstytucji stanowi, iż władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Ustawodawca dodaje w cytowanym artykule Konstytucji, iż zakres tej ochrony określa ustawa. Charakter prawny aktu jakim jest Konstytucja nie pozwala oczywiście na zamieszczenie w treści przepisu definicji ustawowej pojęcia konsumenta. Dla dalszych rozważań istotny pozostaje fakt, iż ustawodawca w akcie prawnym o nadrzędnym charakterze w systemie prawa zobowiązuje władze publiczne do ochrony m.in. takich uczestników obrotu jakimi są konsumenci. Zob. Rozporządzenie Rady Ministrów z 30.05.1995 roku w sprawie szczególnych warunków zawierania i wykonywania umów sprzedaży rzeczy ruchomych z udziałem konsumentów (Dz. U. 1995 nr 64 poz. 328).

1.1. Ewolucja pojęcia konsumenta w kodeksie cywilnym

Pojęcie konsumenta w prawie cywilnym przeszło swoistą ewolucję. W świetle art. 384 § 3 k.c. zmienionego w 2000 roku ustawą o ochronie niektórych praw konsumentów i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny¹⁸, konsumentem była osoba, która zawierała umowę z przedsiębiorcą w celu bezpośrednio niezwiązanym z działalnością gospodarczą.

Przyjęta przez ustawodawcę definicja znajdowała zastosowanie we wszystkich obligacyjnych stosunkach cywilnoprawnych¹⁹. Z mocy art. 1 k.c. definicja ta (o ile przepis szczególny nie stanowił inaczej) miała zastosowanie w stosunkach cywilnoprawnych między osobami fizycznymi, osobami prawnymi, a także podmiotami prawnymi niemającymi osobowości prawnej, którym przyznano podmiotowość w zakresie prawa cywilnego – tj. tzw. ułomnymi osobami prawnymi²⁰.

W kodeksie cywilnym w art. 384 § 3 stwierdzono, że konsumentem była osoba o pewnych określonych ustawowo cechach. W świetle takiego stanowiska ustawodawcy można przyjąć, że konsumentem zawierającym umowę i podlegającym ochronie był każdy podmiot prawa cywilnego. Nie tylko osoba fizyczna (co należy założyć, było sytuacją mającą miejsce najczęściej), ale także osoba prawna. Oczywiście dla określenia konsumenckiego charakteru pacjenta fakt ten nie wydawał się doniosły. Ustawodawca przyjmował dalej, że konsumentem był każdy, kto zawierał umowę²¹.

W roli kontrahenta występować miał przedsiębiorca, czyli profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą. Definicja pojęcia „konsument” została dookreślona na podstawie dwóch pojęć: „działalność gospodarcza” oraz „bezpośredni związek”. Konsumenta zdefiniowano

¹⁸ Ustawa z 2 marca 2000 roku o ochronie niektórych praw konsumentów i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. 2000 nr 22 poz. 271 ze zmianami).

¹⁹ Por. stanowisko M. Pazdana w: M. Pazdan, *Kodeks cywilny Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck Warszawa 2004, wyd. 3, s. 81 i literatura tam powołana.

²⁰ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, wyd. II C.H. Beck Warszawa 2002, s. 44; W. Czachórski, *Zobowiązania – zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 155.

²¹ E. Łętowska, *Prawo...*, s. 44 i literatura tam powołana. Zob. także stanowisko Z. Radwańskiego wyrażone w: Z. Radwański, *Zobowiązania-część ogólna*, C.H. Beck Warszawa 2001, s. 9 oraz M. Pazdana wyrażone w: *Kodeks...*, s. 81. Obaj Autorzy nadawali pojęciu konsumenta uniwersalny charakter i przyjmując, że pojęciem posługiwać należało się na obszarze całego prawa cywilnego.

jako podmiot zawierający określoną umowę w celach niezwiązanych bezpośrednio z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Klasyfikacja działalności gospodarczej nie mogła być dokonana w oparciu o jednoznaczne kryteria. Zarobkowy charakter przyjęty przez ustawodawcę wiązał się z zaakcentowaniem, iż celem, jaki przyświeca podmiotowi prowadzącemu działalność gospodarczą, jest przysporzenie zysku. Charakteru działalności gospodarczej nie mogły więc mieć działania, których celem było jedynie zaspokajanie potrzeb własnych podmiotu podejmującego owe działania. Należy zauważyć jednak, iż poglądy Sądu Najwyższego w kwestii określenia działalności gospodarczej poprzez jej zarobkowy charakter nie były jednolite. SN w uchwale z 18 czerwca 1991 roku stwierdził, że to właśnie pojęcie zysku leży u podstaw każdej działalności gospodarczej, że stanowi jej istotę i nadaje sens podejmowanym działaniom, a działalność pozbawiona tego aspektu nie będzie mogła być określana jako działalność gospodarcza²². W uchwale z 6 grudnia 1991 roku przyjął natomiast, że każda działalność gospodarcza zmierza do realizacji konkretnego celu gospodarczego i podlega przez to określonym regułom ekonomicznym, przy czym celem określającym działalność gospodarczą nie zawsze musi być osiągnięcie zysku²³. Działalność gospodarcza opiera się przede wszystkim na zasadzie gospodarności²⁴. Zasada ta oznacza prowadzenie działalności gospodarczej „w sposób właściwy dobremu gospodarzowi”²⁵.

Istotą działalności gospodarczej było także to, by była ona prowadzona w sposób zorganizowany i ciągły. Względy praktyczne nakazują nie obejmować pojęciem działalności gospodarczej sporadycznych przejawów aktywności gospodarczej – działań i czynności podejmowanych dla zaspokojenia jakiejś potrzeby czy realizacji celu nawet o charakterze gospodarczym, ale bez zamiaru ich powtórzenia²⁶.

Ustawodawca dokonując nowelizacji kodeksu cywilnego w 2003 roku, skreślił art. 384 § 3 k.c. i umieścił definicję konsumenta wśród przepi-

²² Zob. Uchwała SN z 18 czerwca 1991 – III CZP 40/91, OSNCP 1992, nr 2, poz. 17.

²³ Zob. Uchwała SN z 6 grudnia 1991 – III CZP 117/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 65 oraz Uchwała SN z 30 listopada 1992 III CZP 134/92 OSNCP 1993, nr 5, poz. 79.

²⁴ Por także: C. Kosikowski, *Nowa ustawa o działalności gospodarczej*, PiP 2000, z. 1, s. 3 oraz tegoż: *Prawo działalności gospodarczej Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2000, s. 11.

²⁵ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chłabicz, *Działalność gospodarcza i przedsiębiorca na gruncie ustawy prawo działalności gospodarczej*, PPH 1999, nr 4, s. 13.

²⁶ W. Kubala, *Prawo działalności gospodarczej Komentarz*, C.H. Beck Warszawa 2000, s. 46.

sów części ogólnej odnoszących się do osób fizycznych²⁷. Po art. 22 dodano art. 22¹ w następującym brzmieniu: „Za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”. Nie podzielam stanowiska wyrażonego w literaturze, iż dopiero zmiana przepisu pozwoliła podjąć rozważania na temat ewentualnego konsumenckiego charakteru czynności podejmowanych przez pacjenta²⁸. Zamieszczenie definicji w księdze pierwszej kodeksu cywilnego nadało jej uniwersalny charakter i pozbawiło ograniczenia co do jej zastosowania jedynie w zakresie umów obligacyjnych²⁹. Zniesienie tego rodzaju ograniczenia wyrażone zostało także *expressis verbis* przez zmianę treści przepisu. Zgodnie z nową definicją konsumentem jest więc podmiot dokonujący czynności prawnej – niekoniecznie zawierający umowę. Dla zdefiniowania pacjenta jako konsumenta fakt ten pozostaje, jak się wydaje, istotny o tyle, że ustawodawca chroni podmiot słabszy, także w sytuacji składania jednostronnych oświadczeń w procesie leczenia³⁰.

Ustawodawca zawęży dalej pojęcie konsumenta jedynie do osób fizycznych³¹. Tego rodzaju ograniczenie dla dalszych wywodów ma znaczenie tego rodzaju, że pacjentem zawsze będzie wyłącznie osoba fizyczna.

Pojęcie konsumenta zostaje dookreślone przez związek dokonywanej czynności prawnej z działalnością gospodarczą czy zawodową. Kodeks cywilny nie zawiera jednak definicji legalnych zamieszczonych w przepisie art. 22¹ k.c. pojęć działalności gospodarczej czy działalności zawodowej. W obecnym stanie prawnym odwołać należy się do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej³², w celu wskazania kierunku, w jakim zmierzać powinna interpretacja działalności gospodarczej. Po-

²⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie niektórych przepisów kodeksu cywilnego, KPP 2002, z. 3, s. 710.

²⁸ Tak stanowczo I. Bernatek-Zagula, *Pacjent – konsument czy podopieczny?*, Acta Uniwersytetu Wrocławskiego, Przegląd Prawa i Administracji 2004 nr 60, s. 145.

²⁹ A. Doliwa, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck Warszawa 2004, s. 187.

³⁰ Zob. rozważania na temat prawnego charakteru zgody na zabieg operacyjny i możliwości jej odwołania poczynione przeze mnie w: *Analiza prawna i postulaty zmiany Formularzy świadomej zgody pacjentki na leczenie operacyjne*, Prawo i Medycyna 2006, nr 24.

³¹ Koncepcja ograniczenia pojęcia konsumenta jedynie do osób fizycznych „zdecydowanie zwyciężyła w prawie Unii Europejskiej”. Zob. *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie niektórych przepisów kodeksu cywilnego*, KPP 2002, z. 3, s. 710.

³² Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej 2 lipca 2004 roku (Dz. U. 2004, nr 173, poz. 1807 ze zmianami).

służenie się definicją działalności gospodarczej z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej uzasadnia językowa wykładnia przepisu³³.

Nadal brak jednak doprecyzowania, jak rozumieć należy użyte przez ustawodawcę określenie „działalność zawodowa” i dlatego – jak się wydaje – użyte w treści przepisu art. 22¹ k.c. określenie działalności zawodowej musi być interpretowane w oparciu o dorobek doktryny. Działalnością gospodarczą w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły³⁴. Z powyższej definicji wynika, że działalność zawodowa stanowi postać działalności gospodarczej. Zarówno działalność zawodowa, jak i gospodarcza, zawierają w sobie elementy stałości działania, jednak w przypadku działalności zawodowej większą rolę przypisuje się elementom osobowym, takim jak doświadczenie, wiedza, możliwość oceny, decyzji, etc.³⁵. Skoro ustawodawca nie definiuje terminu „zawodowo” i jako że wyraz ten może być pojmowany jako synonim zwrotu „profesjonalnie”, „fachowo” czy też „zarobkowo”, należy przyjąć, że celowo, tak w poprzednim, jak i w obecnym stanie prawnym, pozostawia doprecyzowanie tego terminu orzecznictwu sądowemu.

Artykuł 384 § 3 k.c. w poprzednim stanie prawnym definiował konsumenta poprzez zestawienie jego osoby z innym podmiotem będącym jego kontrahentem. Przyjęta obecnie definicja konsumenta nie zawiera odniesienia do podmiotu będącego kontrahentem konsumenta. W doktrynie podniesiono, że pominięcie w treści przepisu podmiotu z którym konsument dokonuje czynności prawnej, oznacza konieczność odwołania się do przepisów ustanawiających ochronę konsumenta, a w tych z reguły zawarty jest wymóg kwalifikowanego podmiotu jako kontrahenta konsumenta³⁶.

³³ Sytuacja w obecnym stanie prawnym jest inna niż pod rządami ustawy Prawo działalności gospodarczej (Ustawa Prawo działalności gospodarczej z 19 listopada 1999 (Dz. U. 1999 nr 101 poz. 1178), przede wszystkim dlatego, że obowiązujący przepis art. 2 omawianej ustawy, zawierający definicję legalną działalności gospodarczej, nie zawiera ograniczenia co do możliwości posługiwania się nim na gruncie innych niż cytowana ustawa aktów prawnych. W ustawie o swobodzie działalności gospodarczej ustawodawca odstąpił od zamieszczenia w treści przepisu zwrotu: „w rozumieniu ustawy.”

³⁴ Zob. stanowisko M. Pazdana w: *Kodeks...*, s. 82, który uznaje, że dla objaśnienia pojęcia konsumenta można było posłużyć się definicją działalności gospodarczej z art. 2 ust. 1 ustawy Prawo działalności gospodarczej.

³⁵ Zob. szerzej E. Łętowska, *Prawo...* 1999, s. 44.

³⁶ M. Pazdan w: *Kodeks...*, s. 82.

W obliczu braku wspomnianego ograniczenia w przepisie o charakterze ogólnym, jakim jest art. 22¹ k.c., uznaję, że konsument pozostaje nadal partnerem przedsiębiorcy w procesie kontraktowania. Konsument jest chroniony wówczas, gdy zawiera umowę z przedsiębiorcą, bądź dokonuje czynności prawnej, ale w ramach stosunku prawnego, którego źródłem jest czynność dokonana z profesjonalistą. Nie sposób zatem poprzestać na definicji konsumenta bez jednoczesnego określenia, kim jest podmiot, któremu konsument składa oświadczenie woli³⁷. Dla zdefiniowania umowy konsumenci nie wystarczy określenie jakimi cechami winien charakteryzować się jeden z podmiotów kontraktujących. Występując w obrocie konsument podlega szczególnej ochronie jedynie w przypadku czynności z przedsiębiorcą³⁸.

2. Pojęcie przedsiębiorcy na gruncie prawa cywilnego

Pojęcie przedsiębiorcy jest synonimem profesjonalisty, osoby prowadzącej działalność gospodarczą³⁹. Pojęcie to wywołuje jednak wiele wątpliwości, przede wszystkim dlatego, że jego pojmowanie w literaturze ekonomicznej różni się od jego ujęcia na gruncie nauk prawnych⁴⁰.

Kodeks cywilny długo, bo aż do nowelizacji z 2003 roku, nie zawierał definicji legalnej pojęcia „przedsiębiorca”⁴¹. Ustawodawca zdefiniował podmiot prowadzący działalność gospodarczą w art. 2 ust. 2 ustawy o działalności gospodarczej⁴², określając go jako osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, utworzoną zgodnie z przepisami prawa, jeżeli jej przedmiot działania obejmuje prowadzenie działalności gospodarczej. Z kolei art. 36 usta-

³⁷ Stanowisko odmienne zajmuje A. Doliwa, *op. cit.*, s. 187.

³⁸ Z. Radwański, A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 153.

³⁹ E. Łętowska, *Prawo...2002*, s. 263.

⁴⁰ W ujęciu ekonomicznym pojęciem przedsiębiorcy obejmuje się osobę fizyczną, która dysponuje kapitałem przedsiębiorstwa i ponosi ryzyko działalności gospodarczej. W ujęciu prawnym natomiast przedmiot przedsiębiorcy przysługuje nie tylko osobom fizycznym, a o statusie decyduje w większym stopniu kryterium formalne. Tak J. Olszewski, *Prawo gospodarcze Kompendium*, C.H. Beck Warszawa 2002, s. 6 z powołaniem się na A. Bierć, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca*, *Studia Prawnicze* 1999 nr 4, s. 6.

⁴¹ E. Łętowska, *Prawo...2002*, s. 263, C. Kosikowski, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, *PiP* 2001 z. 4.

⁴² Ustawa o działalności gospodarczej z 23.12.1988 (Dz. U. 1988 nr 41 poz. 324 ze zmianami).

wy o Krajowym Rejestrze Sądowym uznaje za przedsiębiorcę podmioty, do których odnosi się obowiązek wpisu do rejestru⁴³.

W oparciu o wyżej prezentowane definicje, a zwłaszcza zamieszczone w nich kryteria, jak również w oparciu o dorobek nauk prawnych, można było – wobec braku definicji kodeksowej – przyjąć następującą definicję przedsiębiorcy dla obszaru prawa cywilnego:

Przedsiębiorcą była osoba, która:

– zawodowo (profesjonalnie),

– odpłatnie,

– stale, a więc w sposób powtarzalny,

– świadczyła dla innych jakieś dobra czy usługi, tzn. prowadziła działalność gospodarczą lub przedsiębiorstwo w znaczeniu funkcjonalnym⁴⁴.

Określenie „zawodowe wykonywanie działalności” ze względu na swoją wieloznaczność budziło wątpliwości, jednak ustawodawca nie definiował tego terminu, pozostawiając jego doprecyzowanie orzecznictwu sądowemu. Wyraz „zawodowy” mógł być pojmowany jako synonim zwrotu „profesjonalny”, „fachowy” czy też „zarobkowy”⁴⁵. Pojęcie „zawodowości” pojawia się w kodeksie cywilnym jako materialnoprawna cecha podmiotu stosunku prawnego o charakterze zobowiązaniowym. W art. 355 k.c. pojęcie „zawodowości” pełni rolę kryterium oceny należytej staranności wymaganej od dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności⁴⁶. Wzorcowi staranności z art. 355 k.c. przypisać należy charakter obiektywny i abstrakcyjny. Wzorzec ten nie odnosi się do indywidualnych właściwości dłużnika⁴⁷. Cytowany przepis nie odnosi się do dłużnika w ogólności jako uczestnika obrotu, ale do dłużnika w stosunkach danego rodzaju. Zawarte w przepisie określenie „w stosunkach danego rodzaju”, odnieść należy do określonej kategorii stosunków zobowiązaniowych⁴⁸.

Przyjmuje się w literaturze przedmiotu, iż „objaśnienie treści <zawodowo> musiało uwzględniać właściwości obrotu gospodarczego

⁴³ Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym z 20.08.1997 (Dz. U. 1997 nr 121 poz. 769). Zob. J. Olszewski, *op. cit.*, s. 166; F. Zedler w: *Prawo handlowe* red. A. Koch, J. Napierała, Kraków 2002, s. 37 i n.

⁴⁴ Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 9.

⁴⁵ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, *op. cit.*, s. 13; C. Macri, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d. l. 15. 01.1992 n. 50)* Torino 1998, s. 25.

⁴⁶ W. Kubala, *op. cit.*, s. 53.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Uchwała SN z 18 grudnia 1990 III CZP 67/90 OSNCP 1991, nr 5/6 poz. 65.

i prawnego w zakresie działalności gospodarczej, wśród których pierwszorzędne znaczenie mają bezpieczeństwo oraz profesjonalizm, jak również interesy uczestników obrotu, przede wszystkim konsumentów⁴⁹. Zawodowe wykonywanie działalności gospodarczej to podejmowanie działań według wymagań staranności zawodowej⁵⁰.

Pojęcie przedsiębiorcy łączyło się ściśle z prowadzoną przez ten podmiot działalnością gospodarczą. Oznaczało to, że nie było podstaw do posługiwania się pojęciem przedsiębiorcy tam, gdzie nie występuje tego rodzaju działalność⁵¹.

Trafnie podniesiono w literaturze, że „wykładnia pojęcia działalności gospodarczej musi mieć na względzie konkretny stan faktyczny oraz całokształt stanu normatywnego i racje ekonomiczne. Istotne jest zatem, by działalność gospodarcza pozostawała w obrocie, a więc była realizowana przez odpłatne (ekwiwalentne) świadczenie wzajemne spełnione w ramach obrotu. Działalnością gospodarczą jest tylko działalność zewnętrzna mająca na celu świadczenie usług osobom trzecim”⁵².

Konsekwencją niedoskonałości kodeksu cywilnego w zakresie zdefiniowania przedsiębiorcy jest definicja zamieszczona w nowym art. 43¹ k.c. W tytule II księgi pierwszej k.c. po art. 43 dodano Dział III „Przedsiębiorcy i ich oznaczenia”. W świetle art. 43¹ k.c. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1 k.c., która we własnym imieniu prowadzi działalność gospodarczą lub zawodową⁵³.

Definicja przedsiębiorcy zawarta w kodeksie cywilnym opiera się na dwóch kryteriach: podmiotowym i funkcjonalnym⁵⁴. Zakres pojęcia został ograniczony do trzech kategorii podmiotów: osób fizycznych, prawnych i jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną.

⁴⁹ W. Kubala, *op. cit.*, s. 53.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ J. P. Naworski, Glosa do wyroku SN z 14 lipca 1999 II CKN 451/98, Palestra nr 5/6, s. 234.

⁵² W. Kidyba, *Prawo działalności gospodarczej Komentarz*, C.H. Beck 2000, s. 54 z powołaniem się na uzasadnienie postanowienia SN z 29.04.1998 III CZP 7/98 OSNC 1998 nr 11 poz. 198.

⁵³ Por. z definicją przedsiębiorcy z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Art. 4 ust. 1 cytowanej ustawy stanowi, że „Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą”.

⁵⁴ *Uzasadnienie projektu...*, s. 711, zob. także M. Pazdan w: *Kodeks...*, s. 130 i literatura tam zamieszczona.

Wydaje się, że w przypadku osób fizycznych przedsiębiorcą będzie osoba o pełnej zdolności do czynności prawnych w rozumieniu art. 11 k.c. Osobami prawnymi w świetle art. 33 k.c. są Skarb Państwa oraz jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną. Przedsiębiorcą zatem, jeśli chodzi o osoby prawne, w rozumieniu tej definicji jest Skarb Państwa oraz inne osoby prawne, które we własnym imieniu prowadzą działalność gospodarczą lub zawodową.

Kryterium funkcjonalne, na którym opiera się kodeksowa definicja przedsiębiorcy wskazuje, że działanie przedsiębiorcy ma następować we własnym imieniu, zarobkowo, w sposób zorganizowany i ciągły. Kryterium to wskazuje cechy powszechnie uznawane za charakterystyczne dla przedsiębiorcy i wiąże jego status z pewnym rodzajem aktywności⁵⁵. Mowa tu o prowadzeniu działalności gospodarczej lub zawodowej. Pod pojęciem działalności gospodarczej rozumieć należy zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Trafne wydaje się stanowisko M. Pazdana, w świetle którego prowadzenie działalności gospodarczej jest pewnym stanem obiektywnym, pewnym realnym zjawiskiem i że dla uzyskania statusu przedsiębiorcy podmiot pretendujący do miana przedsiębiorcy nie może poprzestać na samym tylko zamiarze prowadzenia działalności⁵⁶.

Podniesiono już wyżej, że tak działalność zawodowa, jak i gospodarcza, zawierają w sobie elementy stałości działania. Dotyczy to oczywiście także podmiotu profesjonalnego, którym w interesującym nas przypadku jest lekarz. W ramach umowy z pacjentem działania lekarza mieścić się będą w ramach jego zawodowej działalności. Takie stanowisko znajduje wyraz w treści przepisu art. 4 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. W świetle tego przepisu świadczenia zdrowotne mogą być udzielane przez zakłady opieki zdrowotnej oraz przez osoby fizyczne wykonujące zawód medyczny lub przez grupową praktykę lekarską, grupową praktykę pielęgniarek, położnych. Ustawodawca, określając zakres podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych, odwołuje się do kryterium działalności zawodowej. W przypadku umów zawieranych

⁵⁵ M. Pazdan w: *Kodeks...*, s. 131.

⁵⁶ M. Pazdan w: *Kodeks...*, s. 131.

z pacjentem, a zatem działalności zawodowej lekarza, największą rolę odgrywać będą właśnie elementy podmiotowe, które określilibyśmy jako doświadczenie medyczne i życiowe, aktualna wiedza medyczna, możliwość oceny ryzyka zabiegu czy podanych leków, trafność podejmowanej w procesie leczenia decyzji, etc.⁵⁷. Choć do zagadnienia przyjdzie powrócić, w tym miejscu należy wspomnieć, że wspomniana konstrukcja znajdzie oczywiście zastosowanie przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 43¹ k.c., a przede wszystkim – udzielaniu świadczeń zdrowotnych przez lekarza prowadzącego działalność we własnym imieniu.

Poczynione analizy prowadzą do wniosku, że konsumentem jest bądź podmiot kontraktujący z przedsiębiorcą bądź dokonujący jednostronnej czynności prawnej w ramach stosunku prawnego, który ma swe źródło w umowie konsumenckiej. Z powyższego wniosku wynika zatem, że dla zdefiniowania konsumenta nie wystarczy określenie jakimi cechami winien charakteryzować się jeden z podmiotów kontraktujących. Występując w obrocie i zawierając umowy, podlega on szczególnej ochronie jedynie w przypadku zawarcia umowy konsumenckiej, tj. umowy z przedsiębiorcą⁵⁸.

3. Pacjent jako konsument w rozumieniu prawa cywilnego

Mając na uwadze powyższe rozważania należy się zastanowić, jak i czy można zdefiniować pacjenta jako konsumenta. Nie ulega wątpliwości, że pacjent zawierając umowę z profesjonalistą (lekarzem), dokonuje czynności prawnej, o której mowa w art. 22¹ k.c. Umowę zawieraną przez pacjenta określić można jako umowę starannego działania, o cechach umowy zbliżonej do zlecenia (art. 750 k.c.). Jest to umowa o świadczenie zdrowotne, określana także jako umowa o świadczenie usług medycznych⁵⁹. W zakresie podmiotowym pacjent odpowiada definicji konsumenta z art. 22¹ k.c. Umowa zawierana między pacjentem a lekarzem jest czynnością, która nie zostaje przez pacjenta dokonywa-

⁵⁷ Zob. szerzej E. Łętowska, *Prawo...* 1999, s. 44.

⁵⁸ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 153.

⁵⁹ O wątpliwościach terminologicznych pisze w swoim artykule I. Bernatek-Zagula, *op. cit.*, s. 141.

na w ramach działalności gospodarczej ani zawodowej, chociaż w sytuacjach szczególnych pacjentowi można przypisać profesjonalną znajomość celu oraz treści zawieranej umowy (w przypadku udzielania świadczeń zdrowotnych osobie z wykształceniem medycznym). Niemniej jednak nawet taka znajomość treści i celu zawieranej umowy nie powinna przesądzać o obustronnie profesjonalnym charakterze umowy. Nie można bowiem zapominać, że nawet w tej sytuacji „profesjonalista – lekarz” poddający się badaniu, zabiegom czy leczeniu, narażony jest na naruszenie jego praw oraz, że znajduje się w przymusowej sytuacji. Uznaję, iż nawet w takiej sytuacji umowa zawarta między pacjentem a profesjonalistą lekarzem (w świetle regulacji kodeksowej: przedsiębiorcą), jest umową konsumencką i stanowi odrębny rodzaj umowy, wyróżniony z grupy wszystkich umów zawieranych w obrocie. Oczywiście takie stanowisko jest uzasadnione wówczas, gdy lekarz prowadzi we własnym imieniu działalność zawodową, a zatem odpowiada definicji przedsiębiorcy z art. 43¹ k.c. Specyfika tak zawartej umowy polega nie tylko na uczestnictwie kwalifikowanych podmiotów, ale także na tym, co może stanowić przedmiot umowy.

Ograniczenia o charakterze podmiotowym zostają w przypadku umowy lekarza i pacjenta w sposób szczególnie uściślone ze względu na naturę omawianego stosunku prawnego. Na wstępie artykułu wskazałam, że współczesna medycyna oparta jest na właściwej prawu cywilnemu zasadzie równouprawnienia stron. Przyjmując takie założenie jako niewątpliwie trafne, należy zaznaczyć jednak, że zasada równouprawnienia interpretowana i oceniana musi być także w oparciu o zasady rządzące prawem wykonywania zawodu przez lekarza. Dodatkowo zasada równouprawnienia postrzegana musi być przez pryzmat sytuacji w jakiej znajduje się pacjent. Sytuacja ta jest dla pacjenta sytuacją przymusową, a on sam narażony jest na naruszenie jego praw podmiotowych (by wskazać dla przykładu prawo do informacji, prawo do prywatności, prawo do intymności, prawo do zachowania w tajemnicy informacji w związku z leczeniem, itp.)⁶⁰. To właśnie owa przymusowa sytuacja sprawia, że w procesie leczenia pacjent jawi się jako podmiot słabszy, narażony na wykorzystanie jego braku doświadczenia czy nie-

⁶⁰ Katalog praw pacjenta na podstawie art. 19 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej zamieszcza I. Bernatek-Zagula, *op. cit.*, s. 143.

wiedzy przez podmiot profesjonalny. Ta przesłanka wydaje się uzasadniać szczególną ochronę tego podmiotu w procesie leczenia. Nie mam jednak pewności, czy ochrony, którą ustawodawca przewiduje dla konsumenta, należy udzielić pacjentowi w procesie kontraktowania. Oczywiście podtrzymuję swoje stanowisko, że ze względu na brak szczególnej wiedzy pacjenta, kierowane do niego informacje powinny odpowiadać zasadzie transparentności⁶¹. Niemniej jednak uzyskanie informacji, choć likwiduje deficyt informacyjny po stronie nieprofesjonalisty, nie może prowadzić do sytuacji jaka ma miejsce w przypadku typowych umów konsumenckich. Składane przez pacjenta żądania dotyczące leczenia muszą bowiem, inaczej niż w przypadku typowych umów konsumenckich, podlegać weryfikacji przez profesjonalistę ze względu na stan zdrowia pacjenta. Stanowisko, w świetle którego lekarz miałby być wyłącznie kontrahentem pacjenta występującego jako konsument na rynku usług medycznych, zdaje się wprawdzie wyrażać przepis art. 13 Kodeksu Etyki Lekarskiej. Przepis ten stanowi, że obowiązkiem lekarza jest respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu podstawowych decyzji lekarskich dotyczących jego stanu zdrowia. W mojej opinii, ze względu na naturę stosunku prawnego powstającego między lekarzem a pacjentem, przepis ten musi być interpretowany z wielką ostrożnością. Nie oznacza on, że pacjentowi pozostawia się wybór metod leczenia. Przepis musi być odczytywany łącznie z art. 6 Kodeksu Etyki Lekarskiej, w świetle którego lekarz ma swobodę wyboru metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Oznacza to, że w pewnych sytuacjach żądanie pacjenta nie może, a nawet nie powinno zostać spełnione. Kontynuując ten wątek należy zauważyć, że w literaturze prawniczej za zawinione uważa się działanie, które jest sprzeczne z zasadami sztuki lekarskiej (z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia, gdyby lekarz podejmował działania wyłącznie w oparciu o żądania pacjenta, nie kierując się stanem jego zdrowia)⁶². Lekarz ponosi zatem odpowiedzialność za działanie, które pozostaje w sprzeczności z zasadami wykonywania zawodu. Za sprzeczne z zasadami wy-

⁶¹ Szerzej na temat jednoznacznego i zrozumiałego dla pacjenta wzorca zgody na leczenie operacyjne pisałam w: J. Haberko, *Analiza prawna...*, s. 93 i n.

⁶² Por. moje wywody zamieszczone w: *Ciąża wysokiego ryzyka, op. cit.* dotyczące ciąży cesarskiego na wyłączone życzenie rodzącej kobiety przy braku bezwzględnych wskazań natury medycznej do jego przeprowadzenia, *Ciąża wysokiego ryzyka, op. cit.*, s. 1068.

konywania zawodu uznać należy niewątpliwie działanie nieuzasadnione stanem zdrowia pacjenta, a podyktowane jego wyłącznym żądaniem. Oznacza to, że lekarz nie może na wyłączne życzenie pacjenta podejmować działań, które w świetle wiedzy medycznej nie znajdują uzasadnienia. Odpowiedzialności lekarza nie wyłącza przy tym zgoda pacjenta ani jego życzenie. Rozumieć należy to w ten sposób, że jakakolwiek ingerencja lekarza w organizm pacjenta, a zwłaszcza ingerencja o charakterze operacyjnym, powinna następować po rozważeniu jej potencjalnego ryzyka. Lekarz powinien powstrzymać się od interwencji wówczas, gdy ryzyko potencjalnej szkody dla zdrowia jest wyższe aniżeli oczekiwana korzyść; co więcej – powinien odmówić zawarcia umowy, której przedmiotem miałyby być świadczenie nieuzasadnione stanem zdrowia pacjenta.

4. Czynności lekarskie jako podstawa stosunku zobowiązaniowego

Wskazano wyżej, że umowa zawarta między lekarzem a pacjentem jest umową starannego działania. Powstaje tu stosunek obligacyjny o charakterze umownym, do którego zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego. Poprawność wykonania zobowiązania, wszelkie podejmowane przez lekarza działania i jego staranność, podlegają kontroli w zakresie wykonania i prawidłowego wykonania zobowiązania. Podstawę prawną dla przyjęcia tej konstrukcji formułuje art. 355 § 2 k.c.⁶³. Zobowiązany (a więc w interesującym nas przypadku lekarz) ma w świetle cytowanego przepisu dołożyć staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Ponadto niewykonanie zobowiązania, bądź nieprawidłowe wykonanie zobowiązania, jak również zachowanie lekarza sprzeczne z zasadami wykonywania zawodu oraz zasadami współżycia społecznego, zawsze podlega kontroli. Lekarz odpowiada na zasadach ogólnych za niewykonanie zobowiązania oraz ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną pacjentom czynem niedozwolonym (art.

⁶³ Por. wywody I. Bernatek-Zaguły, która wprawdzie uznaje cywilistyczny charakter działań lekarza udzielającego świadczeń medycznych, niemniej jednak przytacza argumenty, które na gruncie art. 355 § 2 k.c. nie znajdują uzasadnienia. I. Bernatek-Zaguła, *op. cit.*, s. 144.

471 k.c. bądź 415 k.c.)⁶⁴. Po drugie, każdy lekarz ma w świetle art. 4 ustawy o zawodach lekarza obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością. W przypadku lekarza i wykonywanej przez niego działalności oraz ze względu na istnienie szczególnego rodzaju więzi zaufania między nim a pacjentem czy pacjentami, staranność powinna być najwyższa. Przesłankę zwiększonych wymagań w przypadku lekarza stanowi ten fakt, iż w stosunku do niego może być mowa o staranności zawodowej w zakresie prowadzonej przez niego działalności. Kryterium staranności zawodowej podwyższa zakres wymagań odnoszących się do zachowania lekarza jako strony stosunku prawnego i prowadzi do zaostrożenia jego odpowiedzialności⁶⁵. Oceniając stopień staranności lekarza i wykonanie przez niego zobowiązania, bierze się pod uwagę – oprócz przepisów prawa i zasad współżycia społecznego – także zasady dobrej praktyki klinicznej, określone przez korporację medyczną i medyczne towarzystwa naukowe. Akty korporacyjne, kodeksy etyczne i zbiory obejmujące zasady wykonywania zawodu, choć nie stanowią aktów prawa powszechnego, mają jednak wpływ na ocenę działań lekarza. Wynika to wprost z art. 4 ustawy o zawodach lekarza. Na ich podstawie określamy zasady wykonywania zawodu przez lekarza, według nich oceniamy czy działanie lekarza było czy też nie było zgodne ze sztuką lekarską. To środowisko (korporacja) wyznacza pewne pozaustawowe standardy postępowania. W świetle art. 4 ustawy o zawodach lekarza w zw. z art. 42 ustawy o izbach lekarskich⁶⁶ działanie lekarza sprzeczne z zasadami wykonywania zawodu skutkuje odpowiedzialnością zawodową lekarza, której konsekwencją może być nawet pozbawienie prawa wykonywania zawodu.

Podsumowując ten wątek należy stwierdzić, że działanie lekarza podlega ocenie nie tylko w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, ale także w oparciu o pewne kryteria pozaprawne. Stanowisko takie zdaje się potwierdzać orzeczenie Sądu Najwyższego z 26 października 2003 roku,

⁶⁴ Por stanowisko I. Bernatek-Zagula, *op. cit.* s. 144.

⁶⁵ W. Kuczyński, *Techniki wspomaganego rozrodu – problemy prawne i ich konsekwencje*, Ginekologia Praktyczna 2005 nr 5, s. 7-10 oraz artykuł polemiczny mojego autorstwa: J. Haberko, *Głos w dyskusji: Techniki wspomaganego rozrodu – problemy prawne i ich konsekwencje*, Ginekologia Praktyczna 2005, nr 6, s. 38-41.

⁶⁶ Ustawa o izbach lekarskich z dn. 17.05.1989 (Dz. U. 1989, nr. 30, poz. 158 ze zmianami).

który przyjął „szerokie pojęcie bezprawności jako sprzeczności z porządkiem prawnym, przez co należy rozumieć nie tylko ustawodawstwo, ale także obowiązujące w społeczeństwie zasady współżycia społecznego”⁶⁷.

Stwierdzono wyżej, że umowa o świadczenie zdrowotne stanowi taką szczególną postać umowy, w przypadku której istotne znaczenie ma doświadczenie zawodowe i wiedza medyczna jednego z podmiotów. Możliwość przeprowadzenia pewnych działań w stosunku do pacjenta, nawet jeśli te nie są wyraźnie zabronione ustawą i stanowią przedmiot jego żądania, podlega ograniczeniu także (a może przede wszystkim) ze względu na stan zdrowia pacjenta. Co oznacza oczywiście, że nie każda czynność o charakterze zdrowotnym będzie mogła w konkretnym przypadku znaleźć zastosowanie nawet wobec żądania pacjenta, któremu to żądaniu można by przypisać konsumencki charakter. Co więcej – zastosowanie nie każdej metody leczenia czy udzielenie świadczenia zdrowotnego, będzie w każdym przypadku działaniem zgodnym ze sztuką lekarską. Działanie lekarza niezgodne ze sztuką wykonywania zawodu oraz niemające uzasadnienia w aktualnym stanie zdrowia pacjenta, jest działaniem zawinionym.

Podsumowując należy zauważyć, że lekarz, pomimo że jest podmiotem profesjonalnym i kwalifikowanym, zobowiązanym do zachowania szczególnej zawodowej staranności w postępowaniu medycznym, jest przede wszystkim lekarzem. A skoro tak, to nie powinien przystać na każdą propozycję postępowania ze strony kontrahenta. Najważniejszym elementem omawianego tu stosunku prawnego jest doświadczenie zawodowe i wiedza medyczna lekarza. Lekarz nie jest więc jakimkolwiek „usługodawcą”. To jemu pozostawić należy ocenę czy proponowany przez pacjenta przedmiot umowy znajduje uzasadnienie w stanie zdrowia pacjenta. Jeżeli zdaniem lekarza proponowane działanie nie jest wskazane, nie powinien się on zgodzić na jego wykonanie, a jeżeli wyrazi zgodę, naraża się na odpowiedzialność za działanie sprzeczne ze sztuką lekarską. Lekarz nie jest „sprzedawcą usług medycznych” na rynku, ale działa niezależnie i zgodnie z aktualną wiedzą medyczną i zasadami wykonywania zawodu, nawet wobec żądań pacjenta; oczywiście mowa tu o żądaniach nieznajdujących potwierdzenia w stanie zdrowia.

⁶⁷ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2003 roku*, IIC 844/01/5, *Prawo i Medycyna* 2005, nr. 4, s. 135.

Daniel Eryk Lach

Ameryka w Europie – *Health Maintenance Organizations (HMO)* – część 2

Zasada swobody wyboru świadczeniodawcy a *HMO* w świetle wybranego orzecznictwa ETS

1. *HMO* a świadczeniodawcy

Kwestia dopuszczalności funkcjonowania *HMO* w państwach członkowskich UE, rozumiana jako ograniczenie swobody wyboru świadczeniodawców, może być przedmiotem analizy z dwóch co najmniej punktów widzenia. Aspekt pierwszy, to kwestia oceny tzw. selektywnego kontraktowania z punktu widzenia świadczeniodawców, zwłaszcza tych, którzy, nie zawarłszy umowy z żadnym ubezpieczycielem, pozostają *de facto* poza rynkiem usług medycznych. Te kwestie są przedmiotem zainteresowania prawa ochrony konkurencji na poziomie pierwotnego prawa wspólnotowego, wyrażonego poprzez zakaz zmów i karteli oraz zakaz nadużywania dominującej pozycji na rynku (art. 81 TWE)¹. Problem ten jest również przedmiotem dyskusji w doktrynie oraz orzecznictwa USA, zwłaszcza, że kwestie zagwarantowania wolnej konkurencji i wykluczenia wszelkich porozumień trustowych są tam, wobec specyfiki kultury ekonomicznej, jeszcze bardziej podkreślane niż w Europie².

¹ Por. m.in. W. Czapliński, *I filar Unii Europejskiej – integracja gospodarcza*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej, zagadnienia systemowe*, Warszawa 2003, str. 85 i n., także C. Prietho, *Wpływ prawa wspólnotowego a specyfika francuskiego prawa konkurencji*, [w:] *Wpływ prawa wspólnotowego (Unii Europejskiej) na prawo wewnętrzne, przykład Francji i Polski*, Warszawa 2003, str. 158 i n.

² Por. D.M. Levitt, *Examining exclusionary conduct of HMOs and PPOs: a case comment on Northwest Medical Laboratories v. Blue Cross and Blue Shield of Oregon*, *American Journal of Law & Medicine*, nr 3/1991, str. 271, J.D. Blum, *The evolution of Physician credentialing into managed care selective contracting*, *American Journal of Law & Medicine*, nr 2-3/1996, str. 173

Odnosnie kwestii selektywnego kontraktowania przeanalizować trzeba wskazane w *części 1.* orzeczenie *Leichtle*³. W omawianej sprawie spór dotyczył zwrotu kosztów pobytu w sanatorium funkcjonującym w innym państwie członkowskim niż Niemcy – państwo ubezpieczenia powoda. W kontekście *HMO* interesujący jest jednak wątek funkcjonowania w Niemczech zamkniętej listy sanatoriów, jako świadczeniodawców zakontraktowanych przez system ubezpieczenia chorobowego. ETS wyraźnie stwierdził, że określenie przez państwo członkowskie warunków zwrotu wydatków poniesionych za granicą, zakwaterowania, podróży, podatków klimatycznych i sprawozdań medycznych związanych ze świadczeniami zdrowotnymi, niezależnie od faktu, czy zostały poniesione w państwie ubezpieczenia czy innym państwie członkowskim, jest dopuszczalne i zgodne z zasadami art. 49 i 50 TWE, w przypadku, gdy chodzi o sanatorium znajdujące się na liście takich ośrodków. Zadaniem dla krajowego orzecznictwa jest natomiast zapewnienie, aby warunki dotyczące rejestracji takich ośrodków (tworzenie listy), mogły być przedmiotem obiektywnego postępowania, które nie czyni przepływu usług pomiędzy państwami członkowskimi trudniejszym niż w ramach jednego państwa członkowskiego⁴. Innymi słowy – dopuszczalne jest selektywne kontraktowanie (także w taki sposób, że zawiera się kontrakty ze świadczeniodawcami zagranicznymi, pomijając niektórych krajowych), byleby reguły tworzenia list (kontraktowania) były jasne, przejrzyste, obiektywne – to znaczy, aby nie naruszały przepisów o ochronie konkurencji.

Jeśli natomiast chodzi o prawo polskie, to trzeba mieć ponadto na uwadze, że obowiązująca ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁵ w art. 139 przewiduje przecież kontraktowanie selektywne, stanowiąc, że zawieranie przez Fundusz umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej odbywa się po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu

³ Orzeczenie *Leichtle*, Sprawa C-8/02 z 18 marca 2004 (jeszcze nie opublikowane); por. też: Orzeczenie *Kohll*, Sprawa C-158/96 z 28 kwietnia 1998, ECR 1998 str. I-1931, Orzeczenie *Decker*, Sprawa C-120/95 z 28 kwietnia 1998, ECR 1998 str. I-1831, Orzeczenie *Smits i Peerbooms*, Sprawa C-157/99 z 12 lipca 2001, ECR 2001 str. I-05473, Orzeczenie *Vanbraekel*, Sprawa C-368/98 z 12 lipca 2001, ECR 2001 str. I-05363; Orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet*, Sprawa C-385/99 z 13 maja 2003, ECR 2003 str. I-04509; Orzeczenie *Inizan*, Sprawa C-56/01 z 23 października 2003 (jeszcze nie opublikowane).

⁴ Orzeczenie *Leichtle* - tenor.

⁵ Dz. U. 2004, nr 210, poz. 2135.

ofert albo rokowań. Należy jednak pamiętać, że trybu tego nie stosuje się do zawierania umów ze świadczeniodawcami udzielającymi świadczeń w zakresie podstawowej opieki zdrowotnej oraz wykonującymi czynności w zakresie zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi. W odniesieniu do tych grup świadczeniodawców ustawa przewiduje obligatoryjne zawarcie umów ze wszystkimi świadczeniodawcami, którzy spełniają warunki do zawarcia umowy, określone przez prezesa Funduszu. Brak orzecznictwa i opracowań doktrynalnych na ten temat upoważniają do postawienia tezy, że, przynajmniej w aktualnym stanie prawnym, selektywne kontraktowanie nie budzi wątpliwości, trzeba jednak pamiętać, że *HMO* dobierające swobodnie kontrahentów, bez procedury konkursu ofert (lub innej, ale gwarantującej przejrzystość i obiektywność oraz postępowanie odwoławcze), może narazić się na zarzut nadużywania swojej pozycji i utrudniania dostępu do rynku, zwłaszcza że w polskich realiach funkcjonowanie świadczeniodawcy poza rynkiem finansowanym ze środków publicznych, jest utrudnione ze względu na brak ubezpieczeń prywatnych.

Warto też pamiętać, że ustawodawca holenderski nie miał w tym kontekście żadnych wątpliwości co do ewentualnego ograniczania świadczeniodawcom dostępu do rynku; wręcz przeciwnie, zniesienie obowiązku kontraktowania z każdym chętnym świadczeniodawcą jest jedną z głównych idei przewodnich nowego systemu.

2. *HMO* a ubezpieczeni

Przedmiotem zainteresowania niniejszego opracowania jest natomiast funkcjonowanie *HMO* jako ubezpieczyciela o ograniczonej liczbie zakontraktowanych świadczeniodawców, z punktu widzenia ubezpieczonych, których swoboda wyboru lekarza jest w ten sposób znacznie uszczuplona. Czy takie ograniczenie można uznać za sprzeczne z zasadami prawa europejskiego? Szwajcaria, nie będąc członkiem UE, nie musiała rozważać tej kwestii. Holandia natomiast asekuracyjnie przyjęła rozwiązanie opisane powyżej (prawo do wyboru dowolnego

świadczeniodawcy, połączone jednak z obowiązkiem samodzielnego opłacenia świadczenia i możliwości uzyskania zwrotu kosztów po ich ocenie przez *HMO* pod kątem zgodności z cenami rynkowymi). Czy orzecznictwo ETS daje podstawy do tak daleko idącego ograniczenia funkcjonowania *HMO*, które w sumie podważa ich rację bytu? (*HMO* kontraktują selektywnie, co pozwala im obniżać koszty i lepiej kontrolować świadczeniodawcę).

Spełnianie świadczeń rzeczowych ubezpieczenia zdrowotnego na rzecz ubezpieczonych przez świadczeniodawców innych niż zakontraktowani przez instytucję właściwą dla danego uprawnionego, przede wszystkim zagranicznych, jest przedmiotem utrwalonego orzecznictwa ETS. Przytoczone wyżej w przypisie nr 3 orzeczenia trudno jednak wprost zastosować do odpowiedzi na pytanie, na ile organizacje typu *HMO*, a w zasadzie ten element ich funkcjonowania, który sprowadza się do ograniczenia swobody wyboru przez ubezpieczonego świadczeniodawcy, jest dopuszczalny w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Podstawową tezę cytowanych orzeczeń jest stwierdzenie, że wprawdzie kształtowanie systemów zabezpieczenia społecznego jest wyłącznie sprawą wewnętrzną państw członkowskich, tym niemniej przy realizowaniu tego uprawnienia państwa członkowskie muszą respektować prawo wspólnotowe⁶. Ponieważ cytowane sprawy dotyczą w kolejności: zakupu okularów, świadczeń dentystycznych i leczenia szpitalnego, świadczonych za granicą, zasadami prawa wspólnotowego, które wchodziły tu w grę były podstawowe wolności UE – zasada swobody przepływu towarów (art. 30 TWE) oraz swoboda przepływu usług (art. 49 i 50 TWE). Niejasności dotyczyły przede wszystkim przedmiotu i możliwości odmówienia tzw. uprzedniej zgody na świadczenie spełnione w innym kraju członkowskim niż kraj, w którym dana osoba była członkiem systemu zabezpieczenia społecznego zgodnie z art. 22 rozporządzenia nr 1408/71⁷. W powoływanych rozstrzygnięciach ETS stwierdził, że sam wymóg udzielenia takiej zgody⁸ lub też odmowa jej

⁶ Orzeczenie *Decker* – § 4, orzeczenie *Kohll* – § 4, orzeczenie *Smits i Peerbooms* – § 44, orzeczenie *Watts* - § 92

⁷ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemierzających się we Wspólnocie, Dz.U. L 149 z 5.7.1971, str. 2-50.

⁸ Orzeczenie *Kohll* – tenor.

udzielenia, w sytuacji, gdy świadczenia spełniane za granicą, uznawane wg profesjonalistów tego kraju za normalne (standardowe), były objęte ubezpieczeniem w kraju członkostwa, a ich spełnienie w kraju członkostwa nie mogło być wykonane bez nieuzasadnionej zwłoki (*without undue delay*), naruszają zasadę swobody przepływu usług⁹. Nie wchodząc jednak w szczegóły tych rozstrzygnięć – interesujące są przemyslenia ETS zawarte w uzasadnieniach orzeczeń, stanowiące częściowo odpowiedzi Trybunału na zarzuty i uwagi podnoszone przez rządy państw członkowskich, dotyczące przede wszystkim stabilności finansowej systemów krajowych oraz ich organizacji.

3. Zagadnienia systemowe

Podnoszono między innymi, że swoboda w doborze także zagranicznego świadczeniodawcy, niebędącego kontrahentem danego ubezpieczyciela, w istocie rzeczy podważa cały system kontraktowania świadczeń zdrowotnych, którego celem jest umożliwienie planowania świadczeń zdrowotnych i wykorzystania zasobów ludzkich, technicznych i finansowych, tak, aby zapewnić wydajny i stały dostęp dla ubezpieczonych, a także, aby kontrolować koszty systemu i zapobiegać, na ile to możliwe, jakimkolwiek marnotrawstwu zasobów technicznych, ludzkich czy finansowych¹⁰. ETS w cytowanym orzeczeniu podkreślił jednak równocześnie: „Gdyby ubezpieczony miał prawo, **niezależnie od okoliczności** (podkreślenie moje – D.E.L.), korzystać ze świadczeń spełnianych przez szpitale, z którymi jego ubezpieczyciel nie zawarł umowy, **niezależnie od tego czy są one usytuowane w Holandii czy innym kraju członkowskim** (podkreślenie moje – D.E.L.), całe planowanie, będące częścią systemu kontraktowania jako gwarancja racjonalnego, stabilnego, zbilansowanego i efektywnego zabezpieczenia świadczeń szpitalnych, byłoby bardzo zagrożone”¹¹. Można zatem wnioskować, że ETS dopuścił tym samym selektywne kontraktowanie i ograniczony

⁹ Orzeczenie *Smits i Peerbooms* – tenor, orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – tenor, orzeczenie *Watts* – tenor.

¹⁰ Orzeczenie *Smits i Peerbooms*, podobnie orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet*.

¹¹ Orzeczenie *Smits i Peerbooms*, identycznie orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet*, także orzeczenie *Watts*.

wybór świadczeniodawców w imię racjonalizacji organizacji i planowania właściwego systemom ubezpieczeniowym, natomiast w określonych sytuacjach, przede wszystkim sytuacjach nagłych, gdy świadczenie nie może być spełnione przez zakontraktowanego świadczeniodawcę bez nieuzasadnionej zwłoki, ubezpieczony ma prawo do korzystania z usług innych – także niezakontraktowanych – świadczeniodawców¹².

W dalszej części swoich rozważań w sprawie *Smits i Peerbooms* Trybunał stwierdził także: „Jednakże, gdy zostanie stwierdzone, że świadczenie gwarantowane w systemie nie może być spełnione przez zakontraktowanego świadczeniodawcę, nie do przyjęcia jest, aby szpitalom krajowym, nieposiadającym kontraktu z ubezpieczycielem przyznawać pierwszeństwo przed szpitalami z innych państw członkowskich”¹³. Oznacza to w istocie, że wobec zasady swobody przepływu usług zakontraktowanie świadczeń tylko na terenie jednego kraju członkowskiego, nawet ze wszystkimi tam działającymi świadczeniodawcami, w kontekście całej UE będzie zawsze zakontraktowaniem selektywnym – zarówno z punktu widzenia świadczeniodawców jak i ubezpieczonych¹⁴.

3.1. Kolejki a przesłanka „nieuzasadnionej zwłoki”

W kontekście przesłanki „nieuzasadnionej zwłoki” w oczekiwaniu na spełnienie świadczenia trzeba mieć jednak na uwadze, że immanentną cechą systemów ubezpieczenia zdrowotnego są kolejki oczekujących na wykonanie określonych, najczęściej specjalistycznych lub szpitalnych, świadczeń zdrowotnych. Wynika to z faktu, że wolny rynek, umożliwiający konkurencję, zawsze zakłada istnienie po stronie popytowej pewnej nadwyżki, która jako niewykorzystana zostanie zmarnowana (ktoś z oferentów poniesie stratę). Aby nie dopuścić do takiej sytuacji w systemach finansowanych ze środków publicznych prowadzi się planowanie zarówno potrzeb, jak i zasobów, tak, aby ewentualna nadwyżka, w postaci kolejek, pojawiała się po stronie popytowej. To zaś z kolei oznacza, że klauzulę „nieuzasadnionej zwłoki” należy traktować niezwykle ostrożnie, tak aby nie doprowadzić do sytuacji, gdy

¹² Orzeczenie *Smits i Peerbooms*

¹³ Orzeczenie *Smits i Peerbooms*, podobnie orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet*, także orzeczenie *Leichtle*.

¹⁴ Orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* - §§ 43-44.

każda kolejka stanie się argumentem za spełnieniem świadczenia u niezakontraktowanego świadczeniodawcy, gdyż mogłoby to spowodować naruszenie równowagi finansowej systemu¹⁵. Dodatkowo wiąże się z tym ryzyko nadmiernej konsumpcji świadczeń zdrowotnych w przypadku nieograniczonego dostępu do innych niż zakontraktowani świadczeniodawców¹⁶. Ponadto zwrócono uwagę na fakt, że brak ograniczeń w świadczeniu usług także przez niezakontraktowanych świadczeniodawców może mieć także ten skutek, że systemy tych państw, gdzie kolejek jest najwięcej i są najdłuższe, mogą wykazywać tendencję do celowego wysyłania swoich ubezpieczonych za granicę, zamiast ponosić koszty inwestycji we własną infrastrukturę, co dodatkowo zagrazi planowaniu potrzeb w innych państwach członkowskich¹⁷.

3.2. Zagrożenie równowagi finansowej systemu

Poza kwestiami organizacyjnymi podniesiono zatem także zagrożenia finansowe, w tym zwłaszcza sprawę równowagi finansowej systemu w przypadku korzystania ze świadczeń zagranicznych świadczeniodawców. ETS w orzeczeniu *Müller-Fauré/van Riet*, nawiązując do orzeczeń wcześniejszych¹⁸, zdecydowanie stwierdził, że cele wyłącznie ekonomicznej natury nie mogą usprawiedliwiać barier ograniczających zasadę swobody przepływu usług¹⁹. Trzeba ponadto mieć na uwadze, że trudno mówić o naruszeniu równowagi finansowej w sytuacji, gdy opłacanie świadczeń spełnionych za granicą bez uprzedniej zgody wydanej zgodnie z rozporządzeniem nr 1408/71 (lub u krajowego – niezakontraktowanego świadczeniodawcy – D.E.L.), odbywa się na podstawie stawek oraz warunków świadczeń określanych przez właściwą instytucję ubezpieczeniową, a nie świadczeniodawcę²⁰. Ponieważ jednak w przypadku instytucji typu *HMO* określenie stawek za dane świadczenie może nie być możliwe, (np. w sytuacji, gdy świadczeniodawcy opłacani są zgodnie z metodą

¹⁵ Z takimi argumentami wystąpili przed ETS między innymi przedstawiciele rządu brytyjskiego i irlandzkiego, por. podobnie orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – § 55, 62.

¹⁶ Tak argumentowali przedstawiciele rządu duńskiego – orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – § 60.

¹⁷ Orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – § 62.

¹⁸ Por. orzeczenie SETTG, Sprawa C-398/95 z dnia 5 czerwca 1997, ECR 1997 str. I-3091 § 72, także orzeczenie *Kohll* – § 41.

¹⁹ Orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – § 72.

²⁰ Orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – § 106, orzeczenie *Kohll* – §§ 40-41, orzeczenie *Leichtle* – § 48.

kapitacyjną lub też wprost są pracownikami ubezpieczyciela), ETS wyraźnie stwierdził, że nic nie zabrania państwom członkowskim, w których obowiązuje system gwarantujący świadczenia rzeczowe, ustalenia stałych (*fixing*) kwot zwrotu, o które mogą ubiegać się ubezpieczeni, którzy skorzystali ze świadczeń za granicą, przy czym limity te muszą być oparte o obiektywne, niedyskryminujące i przejrzyste kryteria²¹.

W tenorze orzeczenia *Watts*, Trybunał rozstrzygając zagadnienia wymogów co do uprzedniej zgody wg art. 22 rozporządzenia nr 1408/71 oraz pokrycia kosztów leczenia szpitalnego za granicą, w kontekście brytyjskiej Narodowej Służby Zdrowia (*National Health Service – NHS*), stwierdził, że sam fakt istnienia list oczekujących, służących planowaniu i zarządzaniu ofertą szpitalną, nie może wprawdzie uzasadniać odmowy takiej zgody, jednakże w każdym indywidualnym przypadku konieczna jest obiektywna ocena medyczna stanu pacjenta, historii choroby, prawdopodobnego jej przebiegu, stopnia bólu lub rodzaju niepełnosprawności. Dodał ponadto, iż „należy przyznać, że konieczność godzenia przez państwa członkowskie zasad i ekonomii ich systemów opieki zdrowotnej z jednej strony oraz wymogów płynących ze swobód wspólnotowych z drugiej strony, stwarza, na tej samej podstawie co wymogi wynikające z art. 22 rozporządzenia nr 1408/71, obowiązek po stronie odpowiednich władz, by system opieki zdrowotnej, taki jak NHS, przewidywał mechanizmy pokrycia kosztów finansowych opieki szpitalnej udzielonej w innym państwie członkowskim pacjentom, którym wspomniany system nie jest w stanie zapewnić wymaganego leczenia w terminie możliwym do przyjęcia z medycznego punktu widzenia”²².

Nie można jednak powiedzieć, aby ETS, wspierając swobodny przepływ usług pomiędzy państwami członkowskimi, w tym także zdrowotnych, bagatelizował zupełnie skutki finansowe i ewentualne ryzyko naruszenia równowagi systemu. W cytowanym wyżej orzeczeniu *Watts* podkreślił bowiem wyraźnie: „wymogów wynikających z art. 49 TWE i art. 22 rozporządzenia nr 1408/71 nie można rozumieć tak, że nakładają one na państwa członkowskie obowiązek pokrywania kosztów opieki szpitalnej udzielonej w innych państwach członkowskich bez względu na ograniczenia budżetowe, lecz polegają raczej na **szukaniu rów-**

²¹ Orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – § 107, orzeczenie *Leichtle* – § 48.

²² Orzeczenie *Watts* – § 122.

nowagi pomiędzy celem swobodnego przepływu pacjentów a krajowymi wymogami planowania dostępnych możliwości opieki szpitalnej, kontroli nad wydatkami zdrowotnymi i równowagi finansowej systemów zabezpieczenia społecznego²³ (podkreślenie moje – D.E.L.).

W orzeczeniu *Müller-Fauré/van Riet* Trybunał zwrócił jednak także uwagę na istotny aspekt, który w kontekście *HMO* musi zostać podkreślony. Zauważył bowiem: „z dokumentów przedłożonych **nie wynika, że usunięcie wymogu wstępnej zgody mogłoby spowodować znaczący wzrost liczby pacjentów podróżujących do innych krajów ze względu na bariery językowe, odległości geograficzne, koszty pobytu za granicą i niedostatek informacji o rodzaju i rozmiarze świadczonej tam opieki** na tyle, by równowaga finansowa holenderskiego systemu zabezpieczenia społecznego mogła być poważnie zagrożona, a tym samym naruszony poziom ochrony zdrowia publicznego, co dopiero mogłoby stanowić uzasadnienie dla ograniczenia fundamentalnej zasady swobody przepływu usług” (podkreślenie moje – D.E.L.). Ponadto trzeba pamiętać, że opieka świadczona jest na ogół w pobliżu miejsca zamieszkania ubezpieczonego, w znanym mu środowisku kulturalnym, które pozwala mu na stworzenie z lekarzem niezbędnej więzi zaufania²⁴. Te uwagi ETS-u, które uzasadniają szeroki dostęp do świadczeń spełnianych w określonych sytuacjach za granicą, mogą jednak także być odczytane *a rebours* – jako argument uzasadniający potencjalną obronę *HMO* i jej stabilności finansowej w kontekście spełniania świadczeń przez niezakontraktowanych świadczeniodawców (obojętnie, krajowych czy nie; por. wyżej orzeczenie *Smits i Peerbooms* § 81, identycznie orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – § 82) i w kontekście równowagi finansowej systemu (por. wyżej orzeczenie *Watts* – § 145). W przypadku świadczeniodawcy usytuowanego „za rogiem” w stosunku do zakontraktowanego świadczeniodawcy *HMO*, nie wchodzi w grę ani ograniczenia językowe, ani kulturowe, geograficzne czy też informacyjne. Dlatego przyznanie prawa do korzystania z usług tych świadczeniodawców nie tylko mogłoby naruszyć równowagę finansową *HMO*, ale w ogóle postawić pod znakiem zapytania rację ich bytu. Jednocześnie trzeba podkreślić, że w żadnym z cytowanych orzeczeń przedmiotem refleksji Trybunału nie było prawo ubezpieczonego do swobod-

²³ Orzeczenie *Watts* – § 145.

²⁴ Orzeczenie *Müller-Fauré/van Riet* – §§ 95-96.

nego wyboru świadczeniodawcy²⁵, a raczej rozważania dotyczące uprzedniej zgody z art. 22 rozporządzenia nr 1408/71 w kontekście swobody świadczenia usług. Tym niemniej wydaje się, że na podstawie cytowanych wyroków wnioskować można, iż funkcjonowanie instytucji typu HMO – w świetle przytoczonego orzecznictwa ETS – jest dopuszczalne.

4. Zakończenie

Podsumowując można stwierdzić, że instytucje typu *HMO* są ciekawą alternatywą dla utartych ścieżek europejskiego rozwoju instytucji zabezpieczenia społecznego. Na ile sprawdzą się w praktyce pokaże dopiero przykład Szwajcarii i Holandii. Główną korzyścią jest jednak świeże i atrakcyjne spojrzenie na temat form organizacyjno-prawnych instytucji ubezpieczenia zdrowotnego.

Dynamiczny wzrost liczby *HMO* w USA pokazał, że są one atrakcyjną dla ubezpieczycieli (zarówno działających *for-*, jak i *non-for-profit*) i ubezpieczonych formą organizacji zabezpieczenia świadczeń rzeczowych opieki zdrowotnej. Największy problem z odnalezieniem się w nowych realiach mieli świadczeniodawcy, którzy z pozycji samodzielnych i niezależnych reprezentantów wolnego zawodu nagle stali się jedynie elementem złożonej całości systemu zarządzanego przez wielość instytucji *managed care*. Trzeba jednak pamiętać, że określenie *HMO* jest tylko pewnym hasłem, za którym kryje się różnorodność form, rozmiarów, metod finansowania i organizowania opieki zdrowotnej czy wreszcie proponowanych pakietów. Trudno się spodziewać, by można było takie rozwiązania bez przekształceń przeszczepić na europejski grunt, gdzie społeczeństwo oczekuje jednak od władz pewnej paternalistycznej opiekuńczości.

W tym kontekście warto jednak podkreślić, że niejako „wyższym” stopniem porządkowania amerykańskiego systemu opieki zdrowotnej (przy poszanowaniu jego różnorodności i faktycznej rezygnacji z prób

²⁵ Choć w orzeczeniu *Watts* ETS przypominał swoje wcześniejsze orzecznictwo (por. orzeczenie *Luisi i Carbone* sprawy połączone C-286/82 i C-26/83 z dnia 31 stycznia 1984 – § 16), zgodnie z którym swobodne świadczenie usług obejmuje swobodę usługobiorców, a konkretnie osób wymagających opieki medycznej, udania się do innego państwa członkowskiego w celu skorzystania tam z usług – tak orzeczenie *Watts* – § 87. Trybunał podkreślił także, że art. 22 rozporządzenia nr 1408/71 przyczynia się w tym samym stopniu do ułatwienia swobodnego przepływu pacjentów między państwami członkowskimi, jak i do świadczenia transgranicznych usług medycznych (zob. podobnie ww. orzeczenia *Vanbraekel* – § 32; *Inizan*, – § 21 Orzeczenie *Keller*, sprawa C-145/03 z dnia 12 kwietnia 2005, ECR I-2529 – § 46) – orzeczenie *Watts* – § 54.

wprowadzania jednolitego narodowego ubezpieczenia zdrowotnego, np. na wzór kanadyjski, czy mówiąc ogólnie, europejski²⁶), jest idea tzw. *managed competition* – zarządzania konkurencją pomiędzy wieloma ubezpieczycielami obecnymi na rynku.

Twórcą idei *managed competition* jest A.C. Enthoven, ojciec reformy brytyjskiego *NHS* w latach osiemdziesiątych, zakładającej m.in. stworzenie tzw. *internal market* – czyli regulowanego rynku wewnętrznego. Ponieważ jest to temat na odrębne opracowanie, ograniczę się w tym miejscu jedynie do zaznaczenia, na czym zarządzanie konkurencją miałyby polegać. Chodzi tu mianowicie o strategię działania, mającą na celu stworzenie przez organizatora systemu (państwo, w USA tzw. sponsorów – np. pracodawców, władze stanowe itp.), reguł porządkujących oferty ubezpieczycieli działających na rynku tak, aby umożliwić konsumentom wybór najbardziej im odpowiadającego ubezpieczenia. Chodzi tu przede wszystkim o ujednoczenie gwarantowanych świadczeń (ale nie wprowadzenie jednego koszyka!) i zasad ponoszenia ich kosztów, stworzenie mechanizmów uniemożliwiających selekcję ryzyka i wreszcie kontrolę jakości i efektywności świadczeń oraz przekazywanie tych informacji ubezpieczonemu²⁷. Zauważyć należy, że reformując system ustawodawca holenderski uwzględnił potrzebę umożliwienia zainteresowanym porównywania ofert i wprowadził stosowne mechanizmy.

Trzeba też podkreślić, że wielość i różnorodność ubezpieczycieli typu *HMO* zdaje się lepiej odpowiadać potrzebom współczesności, np. w kontekście przemian na rynku pracy. Nowe formy zatrudnienia, ich różnorodność, rosnąca specjalizacja i samodzielność zatrudnionych powoduje, że w kontekście ubezpieczenia zdrowotnego odpowiadać im powinna wielość zróżnicowanych ofert²⁸. Dlatego też *HMO*, ze swym bogactwem form i elastycznością działania może być interesującą propozycją, być może tylko jako forma uzupełniająca i/lub dobrowolna, dla europejskich reformatorów.

²⁶ Por. m.in. J. Jończyk op. cit. str. 5-6, także, krytycznie oceniając, G. Beamer, *State health care reform politics ad the unfortunate end of the 1990s*, Journal of Health Politics, Policy and Law, nr 2/2004, str. 320 i n., B.R. Furrow, *From the doctor to the system: the new demands of health law*, Health Matrix, vol. 14:67 2004, str. 67 i n., K.R. Wing, *Health care reform in the year 2000: the view from the front of the classroom*, American Journal of Law & Medicine, nr 1-2/2000, str. 288 i n.; J. Oberlander wprost stwierdza: wizja narodowego ubezpieczenia zdrowotnego jest ułudą – *Are Americans closer than we think to National Health Insurance?*, Health Affairs, July/August 2002, str. 103-104.

²⁷ Por. m.in. A.C. Enthoven *Managed competition: an agenda for action*, Health Affairs, summer 1988, str. 25 i n., tegoż *Effective management of competition in the FEHBP*, Health Affairs, fall 1989, str. 33 i n.

²⁸ Szerzej na ten temat por. D.E. Lach, *Nowe formy zatrudnienia a zabezpieczenie społeczne w zakresie ochrony zdrowia*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne, nr 5/2006, str. 9 i n.

Paweł Daniluk

Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza

1. Wstęp

Ustalenie, czy „chirurgiczna zmiana płci” u transseksualistów jest czynnością leczniczą ma fundamentalne znaczenie dla karnoprawnej oceny zachowania lekarza wykonującego tenże zabieg. W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, warunkiem legalności tego zabiegu byłoby w zasadzie wykonanie go zgodnie ze wskazaniem wiedzy i sztuki lekarskiej oraz po uzyskaniu stosownej zgody pacjenta¹. W razie jednak zakwestionowania leczniczego charakteru „chirurgicznej zmiany płci” i uznania jej za nieterapeutyczną (nieleczniczą) czynność lekarską, legalność tego zabiegu wymagałaby spełnienia także innych przesłanek. Konieczne byłoby zwłaszcza zaistnienie swoistej sytuacji kolizyjnej, w której działanie lekarza ratowałoby lub „polepszało” dobra pacjenta kosztem innych jego dóbr o mniejszej wartości².

Rozstrzygnięcie powyższego problemu wymaga na wstępie wyjaśnienia, czym jest transseksualizm oraz co należy rozumieć pod pojęciem „chirurgicznej zmiany płci”. Ponadto zgodnie z utrwalonym poglądem

¹ Zasadniczymi elementami kontraktu czynności leczniczych są: działanie w celu leczniczym oraz zgodnie ze wskazaniem wiedzy i sztuki lekarskiej (*lege artis*). Po spełnieniu tych dwóch warunków czynność nabiera charakteru leczniczego, czego konsekwencją jest to, iż osoba ją wykonująca nie może być pociągnięta do odpowiedzialności karnej za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, jeżeli swoim zachowaniem spowodowała negatywne skutki w tym zakresie. Dodatkowo przy ocenie legalności czynności leczniczej należy uwzględnić to, czy została ona wykonana przez osobę uprawnioną i po uzyskaniu zgody, prawidłowo udzielonej przez pacjenta. Naruszenie tych warunków nie uchybia co prawda charakterowi leczniczemu danej czynności, a więc nie aktualizuje odpowiedzialności karnej za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, czyni jednak zachowanie osoby wykonującej tę czynność bezprawnym, bowiem naruszającym art. 58 ust. 1 lub 2 Ustawy z 5. XII. 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jednolity: Dz. U. 2002, Nr 21, poz. 204 ze zm.), bądź art. 192 k. k.

² Szerzej na temat przesłanek legalności nieterapeutycznych (nieleczniczych) czynności lekarskich zob. P. Daniluk: *Pozaustawowe nieterapeutyczne (nielecznicze) czynności lekarskie*, Państwo i Prawo 2006, Nr 1, s. 71-76.

doktryny autor przyjmuje, że czynnościami leczniczymi są te czynności podejmowane względem pacjenta, poprzez które realizowany jest wobec niego cel leczniczy. Z kolei z celem leczniczym mamy do czynienia wówczas, gdy czynność lekarska w sposób zobiektywizowany skierowana jest na chorobę w sensie biologiczno-medycznym i zmierza do profilaktyki, diagnozy, terapii, bądź rehabilitacji osoby dotkniętej jej skutkami. Przy czym obejmuje to zarówno przyczyny choroby (tzw. leczenie przyczynowe), jak też ma charakter tzw. leczenia objawowego, polegającego na usuwaniu i zmniejszeniu objawów choroby, co może mieć postać złagodzenia cierpień fizycznych i psychicznych z nią związanych³. Odnosząc to do terapii transseksualizmu, trzeba przyjąć, iż cel leczniczy w tym zakresie zostanie spełniony, gdy lekarz podejmie czynności, które w sposób zobiektywizowany zmierzają do usunięcia przyczyn (leczenie przyczynowe) lub złagodzenia skutków (leczenie objawowe) jednostki chorobowej, jaką jest transseksualizm.

2. Pojęcie i istota transseksualizmu

Transseksualizm jest skrajnym zaburzeniem identyfikacji i roli płciowej, powszechnie uznawanym za jednostkę chorobową⁴, powodującym całkowite odwrócenie tejże identyfikacji i roli. Jego istota polega na rozbieżności między psychicznym poczuciem płci a biologiczno-morfologiczną budową ciała oraz płcią socjalną i prawną, które odczuwane są jako obce i należące do płci odmiennej. Osoba transseksualna czuje się mężczyzną uwięzionym w ciele kobiety, bądź kobietą uwięzioną w ciele mężczyzny. W związku z tym, a także z powodu odrazy do posiadanego

³ Zob. P. Daniluk: *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, Prawo i Medycyna 2005, nr 2, s. 46-47; tenże: *Pozaustawowe nieterapeutyczne (nielecznicze) czynności lekarskie*, op. cit., s. 67.

⁴ W Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych pod kodem F64.0 znajduje się, zaliczony do zaburzeń identyfikacji płciowej, transseksualizm, który został opatrzony następującym opisem: „Pacjent pragnie żyć i być akceptowanym jako przedstawiciel płci przeciwnej, czemu towarzyszy zazwyczaj uczucie niezadowolenia (*discomfort*) z powodu niewłaściwości własnych anatomicznych cech płciowych oraz chęć poddania się leczeniu hormonalnemu czy operacyjnemu, by własne ciało uczynić możliwie najbardziej podobnym do ciała płci preferowanej”. Zob. *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych*, Rewizja dziesiąta, Tom I, Kraków 2000, s. 344. Zob. też M. Mędraś, J. Trnka, D. Kiełkiewicz: *Problemy prawno-lekarskie związane z tzw. „zmianą płci” w przypadkach transseksualizmu*, Polski Przegląd Chirurgiczny 1995, nr 6, s. 647. Inaczej A. Bilikiewicz, J. Gromska: *Transseksualizm jako fenomen interdyscyplinarny*, Psychiatria Polska 2005, nr 2, s. 236.

ciała jako należącego do innej płci, występuje tu znaczne poczucie cierpienia oraz stałe i nieodparte pragnienie odzyskania ciała należnego swej płci psychicznej. Towarzyszy temu niezwykle silne oczekiwanie akceptacji społecznej w roli zgodnej ze swoją identyfikacją płciową. Objawy właściwe dla transseksualizmu występują w różnym stopniu nasilenia, w zależności od rodzaju osobowości osób nim dotkniętych. Często w tego typu przypadkach człowiek całkowicie odrzuca swoją biologiczną rolę płciową i wybiera odmienną, odpowiednio do niej się zachowując. Przejawia się to w stylu ubierania, używaniu odpowiednich kołnierzyków czasownikowych i przymiotnikowych, chęci wykonywania zawodu związanego z odmienną płcią biologiczną. Osoby te dążą do zawarcia małżeństwa, odbywania regularnych stosunków płciowych i posiadania dzieci. Niezwykle charakterystyczne dla transseksualizmu jest stałe i silne, zwykle narastające z biegiem lat, dążenie do przeprowadzenia „zmiany płci” poprzez bardzo poważne i skomplikowane procedury medyczne, w tym poprzez leczenie operacyjne⁵.

Obecnie najczęściej stosowaną metodą terapii transseksualizmu jest tzw. „chirurgiczna zmiana płci”, czyli zabieg operacyjny adaptujący płęć biologiczno-morfologiczną do płci psychicznej. Poprzedzony on jest szczegółową diagnostyką, dwuletnim okresem próby funkcjonowania w roli płci odmiennej (zgodnej z psychicznym poczuciem płci, a niezgodnej z posiadaną biologiczno-morfologiczną budową ciała), zwanym „testem realnego życia” oraz terapią hormonalną, która trwa do końca życia transseksualisty. W trakcie zabiegu adaptującego kobiety poddawane są mastektomii (usunięciu piersi), histerektomii (usunięciu macicy) i oforektomii (usunięciu jajników). W dalszej kolejności następuje falloplastia, czyli wytworzenie penisa. U mężczyzn mamy do czynienia z usunięciem penisa i jąder, wytworzeniem pochwy, uformowaniem zewnętrznych żeńskich narządów płciowych.

⁵ Zob. np. J. Bomba, J. Godlewski: *Przyczynek do zagadnienia transseksualizmu*, *Psychiatria Polska* 1968, nr 3, s. 272; S. Dulko: *Stwierdzenie zmiany płci w drodze sądowej*, *Nowe Prawo* 1982, nr 9-10, s. 71; M. Fajkowska-Stanik: *Transseksualizm. Definicje, klasyfikacje i symptomatologia zjawiska*, *Psychiatria Polska* 1999, nr 5, s. 771; Z. Falicki, S. Dulko, W. Dymkowski, T. Tołwiński: *Transseksualizm żeński w diagnostyce psychiatrycznej*, *Psychiatria Polska* 1975, nr 6, s. 647; C. Imieliński: *Humanistyczne aspekty transseksualizmu* (w:) *Medycyna u progu XXI wieku. Humanitarne aspekty medycyny*, red. K. Imieliński, Warszawa 1998, s. 263; K. Imieliński, S. Dulko: *Apokalipsa płci*, Szczecin 1989, s. 284-285; tychże: *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 118-120; K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar: *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Warszawa 1997, s. 116-118; M. Muszalska: *Byłam kobietą, byłam mężczyzną – tajemnica, fenomen i paradoks transseksualizmu. Część I*, *Psychoterapia* 2004, nr 4, s. 40-41.

Poza tym niektórzy pacjenci przechodzą jeszcze różnego typu zabiegi kosmetyczne np. mammoplastię, czy operację nosa⁶.

Należy podkreślić, że podejmowane w minionych latach inne niż „chirurgiczna zmiana płci” próby terapii transseksualizmu nie przyniosły pożądaných rezultatów. Stosowanie w tym zakresie m.in. psychoanalizy, hipnozy, awersyjnego przewarunkowania, terapii behawioralnej, farmakoterapii okazało się bezskuteczne. Współcześnie w alternatywie do zabiegów operacyjnych niekiedy stawia się i stosuje, choć stosunkowo rzadko, psychoterapię. Podnosi się przy tym, iż u dorosłych może ona łagodzić pewne problemy emocjonalne, a u młodzieży przynosić jeszcze lepsze efekty. Jednak zdaniem większości specjalistów, transseksualizm nie jest podatny na psychoterapię, co wynika z przekonania pacjentów, że ich orientacja psychoseksualna nie jest chorobowa, a w związku z tym nie ma potrzeby jej zmiany. Taka sytuacja sprawia, iż uważa się głęboką identyfikację psychoseksualną za niezmienną i niepodatną na żadne formy terapii⁷.

„Chirurgiczna zmiana płci” ma w zasadzie charakter nieodwracalny. Co prawda, u kobiet możliwe jest przywrócenie usuniętych piersi za pomocą protez, można też odciąć wytworzone prącie, choć wiąże się to z pozostawieniem znacznych blizn pooperacyjnych. Jednakże usunięcie macicy i jajników jest uszkodzeniem trwałym⁸. To samo dotyczy amputowanych męskich narządów płciowych. Tak więc transseksualiści po wykonanym zabiegu już na zawsze pozostają bezpłodni. Ponadto zabiegi adaptujące niosą za sobą możliwość szeregu innych komplikacji. U transseksualistów K/M⁹ są to m.in. dotkliwe bóle brzucha lub

⁶ Zob. np. M. Fajkowska-Stanik: *Operacyjna zmiana płci i inne rodzaje korekt stosowanych w przypadkach transseksualizmu*, *Psychiatria Polska* 1999, nr 6, s. 960; K. Imieliński, S. Dulko: *Apokalipsa płci...*, s. 286-291; tychże: *Przekleństwo Androgyne...*, s. 251-266; tychże: *Współczesne trendy w postępowaniu diagnostycznym w przypadkach transseksualizmu* (w:) *Pamiętnik IV Konferencji Seksuologów*, Warszawa 1985, s. 124-128; M. Muszalska: *Byłam kobietą, byłam mężczyzną – tajemnica, fenomen i paradoks transseksualizmu. Część II*, *Psychoterapia* 2004, nr 4, s. 49-51.

⁷ Zob. np. J. Bomba, J. Godlewski: *Przyczynek do zagadnienia...*, s. 272; S. Dulko: *Stwierdzenie zmiany...*, s. 71; Z. Falicki, S. Dulko, W. Dymkowski, T. Tołwiński: *Transseksualizm żeński...*, s. 648; C. Imieliński: *Humanistyczne aspekty...*, s. 267.

⁸ J. Kruk-Jeromin, T. Pajszczyk-Kieszkiewicz, A. Zieliński, C. Peszyński-Drews, J. Goldstein: *Moralne i prawne problemy chirurgicznego leczenia chorych z transseksualizmu typu kobieta – mężczyzna* (w:) *Prawo a Medycyna u progu XXI wieku*, red. M. Filar, Toruń 1987, s. 7; tychże: *Problemy chirurgicznego leczenia chorych z transseksualizmem typu kobieta-mężczyzna* (w:) *Pamiętnik IV Konferencji Seksuologów*, Warszawa 1985, s. 107.

⁹ Na użytek kliniczny wprowadzono terminologiczne rozróżnienie dwóch typów transseksualistów. Są to: typ kobieta-mężczyzna (K/M), co oznacza żeńską budowę ciała, a psychiczne poczucie przynależności do płci męskiej; typ mężczyzna-kobieta (M/K), który cechuje się męską budową ciała, a psychicznym poczuciem przynależności do płci żeńskiej.

okolice przedramienia, infekcje związane z implantacją, czy wstawieniem protezy penisa, na skutek powikłań także brak czucia w penisie, komplikacje związane z układem wydalania, psychozy pooperacyjne mogące doprowadzić nawet do samobójstwa, przy czym należy dodać, iż jest to niezależne od anatomicznego rezultatu zabiegu. Natomiast u transseksualistów M/K odnotowuje się m.in. odnawiające się infekcje pęcherza, martwice tkanek pochwy, potencjalne zagrożenie nowotworem pochwy, ryzyko wystąpienia psychozy pooperacyjnej¹⁰. Jeżeli chodzi o efekty psychospołeczne „chirurgicznej zmiany płci”, to są one raczej optymistyczne. Po przeprowadzonym zabiegu poprawia się funkcjonowanie zawodowe, społeczne, partnerskie, rodzinne i seksualne transseksualistów. Twierdzą oni, iż odczuwają zadowolenie po „zmianie płci”, podkreślają, że gdyby mieli wybierać jeszcze raz, to z pewnością zrobiliby to samo. Wspomniane wcześniej komplikacje pooperacyjne w większości dają się stosunkowo łatwo usunąć i przy regularnych kontrolach lekarskich oraz uczestnictwie w specjalnym poradnictwie, można zazwyczaj mówić o pozytywnym rezultacie omawianego zabiegu. Wskazywane w literaturze, zresztą bardzo nielicznie, przypadki kiedy pacjent żądał powtórnej operacji przywracającej płęć biologiczno-morfologiczną, wynikały najprawdopodobniej z błędnej diagnozy lub przedwczesnego wykonania zabiegu, wbrew wskazaniom seksuologicznym i pod wpływem nieprzemyślanej do końca decyzji pacjenta. Trzeba jednak przy tym wszystkim pamiętać, że leczenie chirurgiczne stosowane w przypadkach omawianego zaburzenia identyfikacji płciowej jest jedynie leczeniem objawowym, zmierzającym właściwie do upodobnienia danej osoby do przedstawiciela pożądanego płci. Nie jest to w żadnym wypadku rzeczywista zmiana płci. Jednakże w związku z nieznaną przyczyną transeksualizmu¹¹, nie opracowano jeszcze właściwszej i skuteczniejszej metody jego terapii¹². Zjawisko transeksualizmu w zakresie swej etiologii jest bowiem niezwykle skomplikowanym problemem. Powstały tu, powstają i zapewne przez wiele jeszcze lat będą powstawać, rozmaite teorie uzasadniające jego przyczyny. Niektóre z nich zu-

¹⁰ M. Fajkowska-Stanik: *Operacyjna zmiana...*, s. 960 – 961; K. Imieliński, S. Dulko: *Apokalipsa płci...*, s. 291-292; tychże: *Przekleństwo Androgyne...*, s. 269.

¹¹ Zob. np. M. Fajkowska-Stanik: *Etiologia transeksualizmu*, *Psychiatria Polska* 1999, nr 5, s. 783-84, 787-788; M. Muszalska: *Byłem kobietą...*, s. 45-49.

¹² M. Fajkowska-Stanik: *Operacyjna zmiana...*, s. 961-962; C. Imieliński: *Humanistyczne aspekty...*, s. 267; K. Imieliński, S. Dulko: *Apokalipsa płci...*, s. 291; tychże: *Przekleństwo Androgyne...*, s. 265-269.

pełnie się wykluczają, co powoduje, iż przyjęcie jednej z nich automatycznie skutkuje zaprzeczeniem innej; są też takie, które mają charakter komplementarny. Ogólnie można podzielić wysuwane koncepcje na te, które wskazują na czynniki biologiczne i na te, które mówią o czynnikach psychospołecznych, jako determinantach zaburzeń identyfikacji płciowej. Pierwsze z nich szczególnie nacisk kładą na anomalie biologiczne wynikające z fizycznej konstrukcji człowieka. Drugie – na czynniki rodzinne, na proces socjalizacji i uczenia się. Wśród biologicznych przyczyn transseksualizmu wymienia się determinanty neurofizjologiczne, neurologiczne, endokrynologiczne i genetyczne. Wśród determinantów psychospołecznych mających wpływ na powstawanie transseksualizmu, wymienia się głównie oddziaływanie środowiska rodzinnego (transseksualizm jest odzwierciedleniem pewnego stopnia patologii rodzinnej) i osobowość osoby transseksualnej (transseksualizm jest wynikiem pewnych predyspozycji osobowościowych).

3. Prawne aspekty chirurgicznej zmiany płci

Problematyka charakteru leczniczego „chirurgicznej zmiany płci” niejednokrotnie była już przedmiotem wypowiedzi przedstawicieli polskiej doktryny prawa. Szczególną uwagę należy tu zwrócić na wypowiedź M. Filara¹³ o odwrotnej kierunkowości takich zabiegów. Zdaniem tego autora, operacje tego typu nie są przeprowadzane w celu leczniczym, ponieważ charakteryzują się one odwrotną kierunkowością niż zabiegi lecznicze. Zabieg leczniczy zmierza bowiem od stanu choroby do stanu zdrowia, poprzez przywrócenie tego stanu lub jego utrzymanie. Natomiast „chirurgiczna zmiana płci” nie dość, iż nie prowadzi do stanu zdrowia, to jeszcze utrwała patologiczną identyfikację rodzajową. Dzieje się tak dlatego, że skoro transseksualizm jest pato-

¹³ M. Filar: *Dwie płci w jednym ciele*, Prawo i Życie 1987, nr 29, s. 4; tenże: *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 216-217; tenże (w:) M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski: *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 183-184; tenże: *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, Państwo i Prawo 1987, nr 7, s. 74; tenże: *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu* (w:) *Prawo a Medycyna u progu XXI wieku*, red. M. Filar, Toruń 1987, s. 95-96; tenże: *Transseksualizm jako problem prawny*, Przegląd Sądowy 1996, nr 1, s. 81-82; K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar: *Transpozycje płci...*, s. 172.

logicznym zaburzeniem identyfikacji rodzajowej, a więc w swej istocie chorobą, to zabieg adaptujący nie prowadzi do jej wyleczenia, czyli przywrócenia prawidłowej, zgodnej ze stanem biologicznym identyfikacji rodzajowej, lecz ten stan pogłębia i czyni nieodwracalnym poprzez wytworzenie atrap zewnętrznych narządów płciowych.

W kwestii uznania „chirurgicznej zmiany płci” za czynność leczniczą wypowiedziała się także G. Rejman. Przy czym jej stanowisko z biegiem czasu ulegało zasadniczym przemianom. Początkowo twierdziła ona, odnosząc się do orzeczenia SN z 25 lutego 1978 r.¹⁴, w którego uzasadnieniu uznano zabieg „korekty płci” za zabieg leczniczy i przez to prawnie dopuszczalny, że na gruncie prawa karnego trudno byłoby przyjąć stanowisko odmienne. Podkreśliła jednak, iż mimo to sytuacja lekarza wykonującego taki zabieg, z punktu widzenia jego odpowiedzialności karnej, jest trudna. Wynika to z tego, że tłumaczenie się przez niego leczniczym charakterem „chirurgicznej zmiany płci” może być przez sąd odrzucone, co w konsekwencji prowadziłoby do odpowiedzialności karnej za umyślne uszkodzenie ciała transseksualisty¹⁵. Zaakceptowanie przez autorkę leczniczego charakteru zabiegów adaptujących odpowiadało jej spojrzeniu na podstawę każdego leczenia, którą jest neutralizacja cierpienia chorego. Leczenie w swej istocie ma za zadanie usunąć źródła tego stanu, a gdy nie jest to wykonalne z powodu niemożności ich zlokalizowania lub zlikwidowania, lekarz ma obowiązek minimalizacji cierpienia zgodnie z zasadami wiedzy medycznej¹⁶. Takie podejście do problemu chirurgicznego leczenia transseksualizmu uległo jednak dość szybko radykalnemu przeobrażeniu. G. Rejman mianowicie doszła do wniosku, iż „(...) korekta płci u osobników dorosłych, prowadząca do ciężkiego uszkodzenia ciała, nawet za zgodą i na usilną prośbę, narusza przepisy prawa karnego. Skoro bowiem taka korekta nie jest w stanie przywrócić funkcji biologicznych organów decydujących o płci człowieka, stanowi tylko atrapę tych funkcji, to postępowanie takie nie mieści się w pojęciu czynności leczniczej i jako takie jest karalne na podstawie przepisów o uszkodzeniu ciała”¹⁷. W swoim

¹⁴ III CZP 100/77, Orzecznictwo Sądów Polskich 1983, nr 10, poz. 217.

¹⁵ G. Rejman: *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 149, 151.

¹⁶ G. Rejman: *Odpowiedzialność karna...*, s. 164.

¹⁷ G. Rejman: *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 1989 r. (III CZP 37/89)*, Orzecznictwo Sądów Polskich 1991, nr 2, poz. 35, s. 67.

ostatnim opracowaniu poświęconym tej problematyce¹⁸, G. Rejman nie zajęła już tak wyrazistego stanowiska jak w dwóch poprzednich. Stwierdziła ona jedynie, że nadanie omawianym zabiegom charakteru leczniczego wywołuje wątpliwości, nawet w środowisku lekarskim.

K. Rozental¹⁹, który również nie zajmuje w omawianej kwestii kategorycznego stanowiska, zauważa że koszty zabiegów adaptujących (w sensie okaleczenia ciała transseksualisty) są tak wysokie, iż stawia to pod znakiem zapytania ich leczniczy charakter. Także C. Gromadzki²⁰, powołując się na M. Filara, G. Rejman i K. Rozentala, stwierdza, że trudno uznać tak brutalną ingerencję w zdrowy organizm człowieka, jaką jest „chirurgiczna zmiana płci”, za podejmowaną w celu leczniczym. J. Warylewski²¹, akceptując przedstawione powyżej stanowisko M. Filara, również odrzuca występowanie celu leczniczego przy zabiegach adaptujących u transseksualistów, starając się przy tym znaleźć rozwiązanie tego problemu na gruncie samodzielnego kontraktów zywyczajowego. Z kolei M. Safjan²² zalicza „chirurgiczną zmianę płci” do zabiegów, w których cel leczniczy nie występuje w ogóle, bądź jawi się co najwyżej pośrednio i nie jest ewidentny.

Co do leczniczego charakteru zabiegów adaptujących wypowiadają się też M. Boratyńska i P. Konieczniak²³. Nie podejmują się oni jednak rozstrzygnięcia tego problemu, podnosząc jedynie, że jest to zagadnienie o podłożu filozoficznym. U podstaw bowiem oceny charakteru „chirurgicznej zmiany płci” leży spór o to, co jest prawdziwą, rzeczywistą płcią człowieka. Czy jest to zespół cech fizycznych wyrażających się przede wszystkim w posiadaniu określonych wewnętrznych i zewnętrznych organów czy też trwały stan psychiki, określany przez autorów mianem płci subiektywnej.

¹⁸ G. Rejman: *Problemy prawne związane z transseksualizmem*, Edukacja Prawnicza 1994, nr 2, s. 28-30.

¹⁹ K. Rozental: *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, Państwo i Prawo 1991, nr 10, s. 71.

²⁰ C. Gromadzki: *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, Przegląd Sądowy 1997, nr 10, s. 83-84; tenże: *Zmiana oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów na podstawie ich psychicznego poczucia do płci odmiennej – zagadnienia prawnomaterialne (w:) Pochodzenie dziecka i przysposobienie w prawie polskim i obcym. Transseksualizm – zagadnienia prawne*, Lublin 1999, s. 221-222.

²¹ J. Warylewski: *O duszy uwięzionej w obcym ciele. Dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, Gazeta Sądowa 2000, nr 7-8, s. 59; tenże: *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 380-381.

²² M. Safjan: *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 38.

²³ M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 78-79.

Wypowiadający się na ten temat J. Pisuliński²⁴ stwierdza, iż trwałe psychiczne przekonanie o przynależności do określonej płci powinno stanowić kryterium równorzędne w stosunku do cech biologicznych. Taka teza może wskazywać na akceptację przez tego autora leczniczego charakteru operacji adaptujących.

Z kolei M. Przybylska²⁵ kategorycznie stwierdza, że zabiegi „chirurgicznej zmiany płci” są bez wątpienia zabiegami leczniczymi. U podstaw tego przekonania leży założenie, iż człowiek zdrowy, to człowiek wolny nie tylko od dolegliwości fizycznych, ale także psychicznych. Uwolnienie od tych drugich może wiązać się z dokonywaniem zabiegów na zdrowych pod względem anatomicznym organach, co wyłączałoby cel leczniczy takich czynności tylko wówczas, gdyby ich przeprowadzenie niosło za sobą większe skutki negatywne dla zdrowia fizycznego niż spodziewane korzyści.

Podobnie zdaje się uważać J. Leszczyński²⁶, podnoszący, że zabiegów „chirurgicznej zmiany płci” nie można traktować jako okaleczenia pacjenta, gdyż celem tej operacji jest dążenie do przyniesienia ulgi psychicznej i fizycznej osobie dotkniętej transseksualizmem.

O celu leczniczym „chirurgicznej zmiany płci” przekonany jest także A. Sakowicz²⁷, który wskazuje, że skoro zabieg ten zmierza do przywrócenia „właściwej” płci transseksualisty, poprzez usunięcie rozbieżności między morfologiczno-biologiczną budową ciała a płcią psychiczną, to bez wątpienia odpowiada on takiemu celowi. Autor ten podkreśla, iż „chirurgiczna zmiana płci”, w trakcie wszystkich czynności podejmowanych przez lekarza, cechuje się troską o zdrowie transseksualisty, co w szczególności dotyczy zdrowia psychicznego. Jednocześnie podnosi on, że choć całkowita likwidacja rozbieżności między morfologiczno-biologiczną budową ciała a płcią psychiczną osoby transseksualnej nie może w pełni skutecznie nastąpić, to fakt ten nie powinien decydować o uznaniu transseksualizmu za jednostkę chorobową podlegającą leczeniu, zaś operacji i terapii hormonalnej nie może odbierać przymiotu czynności leczniczych.

²⁴ J. Pisuliński: *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 1989 (III CZP 37/89)*, Państwo i Prawo 1991, nr 6, s. 114.

²⁵ M. Przybylska: *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, Monitor Prawniczy 2003, nr 16, s. 743.

²⁶ J. Leszczyński: *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 1989 r. (III CZP 37/89)*, Paestra 1992, nr 3-4, s. 102.

²⁷ A. Sakowicz: *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 284.

Charakter leczniczy zabiegów adaptujących uznany został także przez SN, który w uzasadnieniu do uchwały z 25 lutego 1978 r.²⁸ stwierdził, iż „chirurgiczna zmiana płci”, jako zabieg zmierzający do poprawy zdrowia pacjenta za jego zgodą, jest dopuszczalna. Warunkiem jest tu jednak to, aby był on podyktowany rzeczywistą potrzebą organizmu.

4. Kwalifikacja chirurgicznej zmiany płci w świetle współczesnej medycyny

Z analizy powyższych wypowiedzi przedstawicieli doktryny polskiego prawa wynika, iż charakter leczniczy zabiegów adaptujących jest kwestią wielce kontrowersyjną. Wydaje się jednak, że w świetle współczesnej wiedzy medycznej uznanie „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów za czynność leczniczą nie powinno budzić większych wątpliwości.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż stanowisko o braku celu leczniczego zabiegów adaptujących z powodu ich odwrotnej kierunkowości w stosunku do zabiegów leczniczych jest z gruntu wadliwe. Wynika to z tego, iż opiera się ono na nieuprawnionej tezie, że w transseksualizmie stanem choroby objęta jest psychika, a leczenie chirurgiczne skierowane jest tu na zdrowe fizycznie organy. Tymczasem w świetle współczesnej wiedzy medycznej odpowiedź na pytanie, czy w przypadku omawianego schorzenia chorobą objęte jest ciało czy psychika, nie jest tak oczywista. Jeden z najwybitniejszych specjalistów zajmujących się terapią zaburzeń transseksualnych – S. Dulko²⁹, podkreśla, że zasadniczą trudność myślową w wypadku transseksualistów tkwi w tym, iż ani ich ciało, ani psychika nie są chore, lecz pozostają one w silnej dysharmonii. W związku z takim stanem rzeczy specyficzny charakter ma też leczenie tego typu zaburzeń identyfikacji płciowej. Nie polega ono bowiem na usiłowaniu przywrócenia wyjściowego stanu sprawności, jak ma to miejsce w standardowej terapii medycznej, lecz na usunięciu zdrowych z punktu widzenia anatomii organów, co w założeniu ma pomóc

²⁸ III CZP 100/77, Orzecznictwo Sądów Polskich 1983, nr 10, poz. 217.

²⁹ S. Dulko (w:) K. Imieliński, S. Dulko: *Apokalipsa płci...*, s. 295.

pacjentowi. Tak więc w przypadku chirurgicznego leczenia transseksualizmu nie może być mowy o odwrotnej kierunkowości, bowiem nie można tu po prostu różnicować ciała i psychiki ze względu na chorobę, gdyż zarówno ciało, jak i psychika są zdrowe, a leczenie skierowane jest na usunięcie stanu chorobowego w postaci rozbieżności pomiędzy płcią biologiczno-morfologiczną a jej psychicznym odczuwaniem. W istocie więc usunięcie zdrowych fizycznie organów nie jest dopasowywaniem budowy ciała do chorej psychiki, lecz próbą likwidacji zaistniałego chorobowego stanu dysharmonii między zdrowym ciałem a zdrową psychiką. Należy przy tym pamiętać, że usunięcie tego stanu nie jest możliwe poprzez oddziaływanie na psychikę.

Trzeba ponadto zauważyć, iż niektórzy krytycy leczniczego charakteru „chirurgicznej zmiany płci” w sposób nieuzasadniony przyznają prymat zdrowiu fizycznemu względem zdrowia psychicznego. Prowadzi to w konsekwencji do nieuprawnionego twierdzenia, że zdrowe anatomicznie organy są ważniejsze niż stan psychiki ich posiadacza, nawet wówczas, gdy ten uważa je za zbędne i żąda ich usunięcia. Takie podejście prawników do kwestii zdrowia człowieka jest klasycznym przykładem odwiecznego problemu nienadążania prawa za rozwojem medycyny. Już J. Sawicki³⁰ zauważał, iż prawnicy oceniając zjawiska medyczne uwikłani są często w sieć starych formuł. Wynika to z tego, że instytucje prawne nie były i nie są w stanie dotrzymać kroku gwałtownie rozwijającym się naukom medycznym. Należy podkreślić, iż medycyna już dawno odeszła od patrzenia na pacjenta przez pryzmat podręcznika anatomii, przyjmując spojrzenie wielopłaszczyznowe, uwzględniające także jego psychikę. Natomiast prawnicy częstokroć nadal stoją na stanowisku, że to fizyczność jest wyznacznikiem ludzkiego zdrowia.

Kolejną wartą podniesienia kwestią jest niewłaściwe spojrzenie niektórych prawników na istotę leczenia, która nie ogranicza się tylko do czynności nakierowanych na przyczynę wywołującą chorobę, ale także obejmuje usuwanie i łagodzenie objawów choroby. Ten drugi rodzaj leczenia, zwany objawowym, jest powszechnie uznawanym w medycynie sposobem terapeutycznego oddziaływania na chorego, a w przypadku niemożności zwalczenia przyczyny choroby, staje się podstawo-

³⁰ J. Sawicki: *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 10-11.

wą metodą leczenia. I tak właśnie jest w przypadku transseksualizmu. Tutaj bowiem nieznaną przyczyną zaburzenia identyfikacji płciowej sprawia, iż nie opracowano jeszcze właściwej metody leczenia przyczynowego, czyli takiego, które by tę przyczynę usunęło. Natomiast jedyną skuteczną formą usuwania i łagodzenia skutków transseksualizmu jest „chirurgiczna zmiana płci”, co w zasadzie nie ma alternatywy w postaci innego postępowania wobec transseksualistów. Tak więc zabiegi adaptujące są leczeniem w jednej ze swych form, zwaną leczeniem objawowym³¹.

Lekarze podkreślają, że w przypadku transseksualizmu mają oni do wyboru trzy drogi: podjąć leczenie jakąś nieskuteczną metodą (np. poprzez psychoanalizę), nie robić nic, pozostawiając pacjenta bez pomocy, albo przeprowadzić operację „chirurgicznej zmiany płci”. Część z nich wybiera to ostatnie rozwiązanie, wychodząc z założenia, iż wolno im leczyć poprzez operowanie zdrowych z punktu widzenia medycyny powłok cielesnych, nawet wtedy, gdy nie jest to nieodzowne dla ratowania życia i zdrowia fizycznego, lecz tylko dla zmniejszenia bólu i cierpienia w wymiarze psychicznym. Warunkiem jest tylko to, aby pacjent świadomie wyrażał na to zgodę, a lekarzowi towarzyszyło, poparte wiedzą i badaniami, przekonanie o celowości takich zabiegów. Ten sposób podejścia do leczenia związany jest po części z etyką utalitarystyczną, zgodnie z którą życie człowieka ma wartość dopóty, dopóki daje mu szczęście i przyjemność³².

Wszystko to należy jednak oceniać przede wszystkim w realiach współczesnej medycyny, w których możliwa jest zmiana budowy ciała i zależności hormonalnych, niezmienna jest natomiast identyfikacja płciowa, czyli psychiczne poczucie płci. Nie jest to możliwe nawet wówczas, gdyby wykorzystać w tym celu wszystkie dostępne środki współczesnej psychologii

³¹ Warto zauważyć, że głosy poparcia dla leczenia objawowego jako takiego wypowiedane są nie tylko w opracowaniach medycznych, ale także w literaturze prawniczej. Można by tu wskazać chociażby na stanowisko W. Kuleszy, który stwierdza, że lekarski obowiązek udzielenia pacjentowi pomocy istnieje także wtedy, gdy aktualny stan wiedzy medycznej nie stwarza możliwości skutecznego zapobieżenia ciężkiemu kalectwu, rozstrojowi zdrowia, czy śmierci. Pomoc w takich wypadkach polegać ma na łagodzeniu cierpienia człowieka, którego życia lub zdrowia wedle współczesnej wiedzy uratować nie jest się w stanie. Zob. W. Kulesza (w:) W. Wantowska, M. Kulesza: *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Warszawa 1988, s. 11. Także M. Filar podnosi, iż z celem leczniczym będziemy mieć do czynienia nie tylko, gdy dana czynność podjęta i prowadzona jest dla ratowania życia i zdrowia konkretnego pacjenta, ale także wtedy, gdy służy ona zmniejszeniu jego cierpienia fizycznych lub psychicznych, a życia i zdrowia nie da się już uratować. Zob. M. Filar: *Lekarskie prawo...*, s. 100; tenże (w:) *Odpowiedzialność lekarzy...*, s. 136.

³² K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne...*, s. 256, 258-259.

i medycyny. Dochodzi do tego również problem o szerszym wymiarze, a mianowicie prawo pacjenta do oczekiwania, iż jego świadomie wyrażone żądanie zostanie wnikliwie rozważone i zgodnie z wiedzą oraz sumieniem lekarza wykorzystane dla jego dobra. Jeżeli te oczekiwania nie zostaną spełnione, w wielu wypadkach jedynym rozwiązaniem staje się samobójstwo transseksualisty³³. Natomiast wykonanie zabiegu chirurgicznego, a następnie rehabilitacja lecznicza daje pacjentowi możliwość zaspokojenia swoich potrzeb, niemożliwych dotychczas do zrealizowania na skutek rozbieżności między psychiką a fizycznością. Uwalnia go to od bolesnych i nieznośnych odczuć (niepokoju, poczucia mniejszej wartości, wewnętrznego rozdarcia) oraz daje uczucie spełnienia³⁴. Osiągnięcie takiego stanu u osoby dotkniętej zaburzeniami transseksualnymi w sposób modelowy spełnia zadania jakie stawia się przed leczeniem objawowym, które jest, jak już była o tym mowa wcześniej, jedynym skutecznym rodzajem leczenia możliwym do zastosowania w tym przypadku.

5. Uwagi *de lege ferenda*

Niezależnie od uznania zabiegów „chirurgicznej zmiany płci” za czynność leczniczą, należy postulować stworzenie stosownej regulacji ustawowej, która w jednoznaczny sposób rozwikłałaby prawne zawiłości związane z transseksualizmem i jego terapią. Regulacja ta zakończyłaby przede wszystkim spory co do prawnej dopuszczalności zabiegów adaptujących, tworząc pozakodeksowy kontratyp, zapewniający, po zrealizowaniu wskazanych tam przesłanek, legalność tychże zabiegów³⁵.

³³ Podaje się, iż około 90% transseksualistów ma myśli i tendencje samobójcze, z czego około 55% (a według niektórych źródeł nawet 70% i więcej) podejmuje próbę samobójstwa, często udaną. Zob. np. K. Geron: *Autodestrukcja u osób transseksualnych* (w:) *Zrozumieć płć. Studia interdyscyplinarne*, red. A. Kuczyńska, Wrocław 2003, s. 166; K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar: *Transpozycje płci...*, s. 134; K. Imieliński, S. Dulko: *Transseksualizm a rodzina. Analiza 200 przypadków* (w:) *Prawo a Medycyna u progu XXI wieku*, red. M. Filar, Toruń 1987, s. 105; M. Sygut-Nowak: *Ona czyli On*, Wprost 1998, nr 30, s. 58; Z. Wojtasiński: *Uwięzieni w obcej skórze*, Rzeczpospolita 1998, nr 202, s. 25.

³⁴ K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne...*, s. 260-262.

³⁵ Kontratyp ten znajdowałby swoje teoretyczne oparcie w zasadzie jedności porządku prawnego, związanej z pomocniczą (subsidiarną) funkcją prawa karnego, zgodnie z którą wszystko co jest dozwolone w ramach jakiegokolwiek dziedziny prawa, nie może być zakazane przez normy prawa karnego. Zob. np. W. Pigulska: *Diagnostyka zakażeń HIV a prawo karne*, Poznań 1998, s. 17; W. Wolter: *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, Państwo i Prawo 1963, nr 10, s. 505; A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116*, tom 1, Kraków 1998, s. 204.

Nie można bowiem na dłużą metę tolerować sytuacji, w której podejmuje się pewne zabiegi lekarskie o niezwykle poważnych konsekwencjach dla zdrowia pacjenta, przy czym budzą one wątpliwości co do swojej legalności. Taki stan rzeczy jest niekorzystny przede wszystkim dla samych transseksualistów oraz dla lekarzy usiłujących udzielić im pomocy medycznej. Nieuregulowany status prawny zabiegów adaptujących grozi bowiem wykonującym je medykom odpowiedzialnością karną³⁶. Niewątpliwie obawa pociągnięcia do odpowiedzialności karnej jest czynnikiem, który powoduje, że niektórzy lekarze odmawiają przeprowadzenia „chirurgicznej zmiany płci”, co z kolei może pozbawić osoby transseksualne jedynej skutecznej metody na złagodzenie ich cierpień.

Skonstruowanie w precyzyjny sposób ustawowego kontratypu wyłączonego bezprawność karną „chirurgicznej zmiany płci” jest pożądane także z innego powodu. Chodzi mianowicie o stworzenie warunków do spełnienia funkcji ochronnej przez przepisy prawa karnego. Trzeba bowiem pamiętać, iż kontratypy pozwalają na naruszenie dóbr prawnych mających wartość społeczną, a w związku z tym może pojawić się obawa, że spowodują one osłabienie funkcji ochronnej prawa karnego. Dlatego też postulować należy możliwie precyzyjne określanie okoliczności wyłączających bezprawność karną czynu. O taką precyzyjność znacznie trudniej, gdy kontratyp ma charakter pozaustawowy i opiera się na propozycjach wysuwanych w doktrynie i orzecznictwie sądowym. Skłania to do przyjęcia założenia, iż zasadniczo rzecz biorąc okoliczności wyłączające bezprawność karną czynu powinny być ustawowo określone³⁷. Dotyczyć to winno zwłaszcza takich sytuacji konfliktowych, w których dochodzi do kolizji dóbr różnorodnych, gdzie analiza społecznej opłacalności poświęcenia jednego z nich nie opiera się jedynie na prostym porównaniu, a przez to znacznie trudniej o jej ocenę w kontekście określonego sposobu rozwiązania takiego konfliktu. W takich przypadkach to właśnie ustawodawca musi zdecydować sam o tej spo-

³⁶ Smutnym tego przykładem jest przypadek profesora Aleksandra Wigury, który w 1963 r. przeprowadził pierwszą w Polsce „chirurgiczną zmianę płci”, w następstwie czego prokuratura oskarżyła go o spowodowanie ciężkiego uszkodzenia ciała zoperowanego transseksualisty. Zob. M. Prandota: *Marysia chce być Marianem. Łatwiej zmienić płeć niż metrykę*, Prawo i Życie 1994, nr 13, s. 8.

³⁷ A. Zoll: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 128. Zob. też A. Marek, J. Satko: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918 – 99)*. Piśmiennictwo, Kraków 2000, s. 15.

łecznej opłacalności, dając jasne kryteria jej weryfikacji³⁸. Tak też rzecz winna się mieć z wyłączeniem bezprawności karnej „chirurgicznej zmiany płci”. Mamy tu bowiem do czynienia z rozwiązaniem konfliktu o charakterze niezwykle złożonym, a przez to trudnym do oceny z punktu widzenia jego społecznej opłacalności.

Warto ponadto podkreślić, że ustawowe określenie warunków dopuszczalności zabiegów adaptujących spełni również ważną funkcję gwarancyjną wobec osób transseksualnych. Usankcjonuje bowiem pewne standardy (np. dotyczące kwalifikowania pacjentów do owych zabiegów, czy też kompetencji, jakie winien posiadać przeprowadzający je lekarz), których złamanie uniemożliwi uznanie „chirurgicznej zmiany płci” za legalną. Pozwoli to na skuteczniejsze eliminowanie nierzetelnych procedur i niekompetentnych lekarzy z tej specyficznej sfery działalności medycznej.

Trzeba także mieć na uwadze, że transseksualizm i jego terapia poprzez „chirurgiczną zmianę płci” rodzą określone konsekwencje nie tylko na gruncie prawa karnego, lecz oddziałują również na stosunki cywilnoprawne i administracyjnoprawne. Ustawa dotycząca transseksualizmu powinna regulować także i te kwestie³⁹.

³⁸ A. Zoll: *Okoliczności wyłączające...*, s. 127-128.

³⁹ Szerzej na ten temat zob. P. Daniluk: *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów – uwagi de lege ferenda*, Państwo i Prawo (artykuł przyjęty do druku).

Interpretacja ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie orzecznictwa w sprawach sytuacji prawnej transseksualistów pooperacyjnych

1. Wstęp

Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹ (dalej: EKPCz), uchwalona 4 listopada 1950 roku w Rzymie, przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał), a do 1 listopada 1998 roku Trybunału i Komisji Praw Człowieka² (dalej: Komisja), kieruje się specyficznym reżimem interpretacyjnym³, którego zasady różnią się częściowo od ogólnych reguł interpretacji umów międzynarodowych, potwierdzonych przez Konwencję Wiedeńską o Prawie Traktatów z 23 maja 1969 roku (dalej: KWPT)⁴. Jedną z zasad interpretacyjnych, jaką posługuje się Trybunał, a wcześniej posługiwała się również Komisja, jest zasada interpretacji ewolucyjnej, która powoduje, iż EKPCz jest traktowana jako „żywy instrument, który winien być interpretowany w świetle aktualnych okoliczności”, dostosowujący się do ciągle zmieniającej się sytuacji społecznej. Interpretacja ewolucyjna, uzupełniona regułami wykładni autonomicznej oraz zasadami efektywności, proporcjonalności czy marginesu swobody państw – stron, powoduje, iż Komisja

¹ Dz.U. 1992, Nr 61, poz. 527.

² Tego dnia wszedł w życie protokół Nr 11 do Konwencji, likwidujący dwustopniowy system rozpatrywania skarg przez Komisję Praw Człowieka i Europejski Trybunał Praw Człowieka, przy znaczącym udziale Komitetu Ministrów Rady Europy przez wprowadzenie na miejsce tych organów nowego Trybunału działającego jako sąd stały, szerzej m.in. : A. Drzemczewski, *Jednolity Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu*, Ośrodek Informacji i Dokumentacji Rady Europy, Biuletyn Nr 3/1995, s.106.

³ To samo oczywiście dotyczy także wszystkich protokołów dodatkowych do Europejskiej Konwencji.

⁴ Dz. U. 1990, Nr 74, 439.

i Trybunał przyjęły progresywne i autonomiczne podejście do interpretacji i stosowania EKPCz⁵.

Zasadniczo doktryna prawa międzynarodowego wyróżnia trzy teorie interpretacyjne traktatów międzynarodowych: subiektywistyczną, obiektywistyczną oraz funkcjonalną.

Pierwsza z nich, zwana także intencjonalną, wywodzi się od klasycznej maksymy Cycerona: *in fide quid senseris non quid dixeris cogitandum*, która jeszcze w latach 50-ych XX. wieku dla L. Ehrlicha była jedynie obowiązującą⁶. Zgodnie z nią – interpretując traktat nie należy dochodzić tego, co może wynikać z użytych w nim słów, ale szukać faktycznej woli stron.

Druga teoria, zwana także tekstualną, wiąże się z postacią E. De Vatell, który stwierdził, iż nie należy interpretować tego, co nie wymaga działań interpretacyjnych⁷, a tylko skupić się na samym tekście traktatu. W obrębie tej teorii pożądanym procesem ewentualnej interpretacji jest wykładnia gramatyczna i logiczna użytych słów i wyrażień.

Wreszcie o trzeciej teorii, zwanej także teleologiczną, której rodzajem jest wykładnia ewolucyjna, będąca tematem niniejszego opracowania, S. E. Nahlik pisał, że opiera się ona na założeniu, iż „*traktat raz zawarty żyje samodzielnie i odbywa niejako podróż przez historię, której szlaków nie mogli przewidzieć jego twórcy*”⁸.

2. Rola KWPT dla interpretacji traktatów międzynarodowych

Zasady interpretacji traktatów międzynarodowych, przyjęte przez KWPT, zawarte są w jej artykułach: 31-33⁹. Odnoszą się one przede wszystkim

⁵ Por. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Haga 1998, s. 72-95.

⁶ L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 273.

⁷ Por. A. Kozłowski, *Interpretacja traktatu międzynarodowego w świetle jego kontekstu*, Warszawa 2002, s. 13.

⁸ S.E. Nahlik, *Kodeks Prawa Traktatów*, Warszawa 1976, s. 199.

⁹ O zasadach interpretacyjnych traktatów jeszcze przed przyjęciem KWPT pisał L. Ehrlich: L. Ehrlich, *Interpretacja traktatów*, Warszawa 1957, po wejściu w życie Konwencji wspomniany A. Kozłowski, *Interpretacja... . Szczegółowej analizy specyfiki interpretacyjnej traktatów z dziedziny ochrony praw człowieka dokonał C. Mik: C. Mik, Metodologia interpretacji traktatów z dziedziny praw ochrony praw człowieka*, Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju 1993, Zeszyt 1, Toruń 1993, s. 11-35. Ogólne opracowania w języku polskim na temat KWPT to: S.E. Nahlik, *Kodeks...* oraz M. Frankowska, *Prawo traktatów*, Warszawa 1997.

kim do klasycznych traktatów międzynarodowych, regulujących stosunki w płaszczyźnie horyzontalnej – między państwami-stronami. Ogólną zasadą jest, iż „*traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście oraz w świetle jego przedmiotu i celu*” (art. 31 ust. 1). Takie sformułowanie podstawowej zasady powoduje, iż twórcy KWPT, kosztem interpretacji teleologicznej, „*skłonili się wyraźnie w kierunku tekstualizmu (obiektywizmu)*”¹⁰. Natomiast o zwróceniu się obok interpretacji obiektywnej w stronę teorii subiektywistycznej interpretacji traktatów, przesądza art. 31 ust. 2. Stanowi on, iż poza tekstem traktatów (wraz ze wstępem i ewentualnymi załącznikami), należy uwzględniać przy interpretacji także porozumienia odnoszące się do traktatów, zawarte między wszystkimi stronami w związku z zawarciem traktatu oraz każdy dokument sporządzony przez jedną lub więcej stron w związku z zawarciem traktatu, przyjęty przez inne strony jako dokument odnoszący się do traktatu. Dodatkowo art. 32, jako uzupełniające środki interpretacji, wskazuje *travaux préparatoires* i okoliczności zawarcia traktatu. Natomiast przy odwoływaniu się do kontekstu traktatu należy mieć na uwadze:

- 1) każde późniejsze porozumienie między stronami, dotyczące interpretacji traktatu lub stosowania jego postanowień;
- 2) każdą późniejszą praktykę stosowania traktatu, ustanawiającą porozumienie stron co do jego interpretacji;
- 3) wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami (art. 31 ust. 3).

Oczywistym jest, iż KWPT nie może mieć zastosowania do EKPCz, gdyż – zgodnie z art. 4 – jej moc obowiązująca nie jest retroaktywna. Mimo tego zestawienie zasad KWPT z praktyką interpretacyjną EKPCz, dokonywane przez organy powołane przez tę Konwencję, wydaje się być uzasadnione m.in. powszechnością obowiązywania, odzwierciedleniem prawa zwyczajowego oraz doniosłością roli, jaką odgrywa KWPT dla traktatów jako takich¹¹. Co więcej – sam Trybunał w wyroku w sprawie *Golder przeciwko Wielkiej Brytanii*¹² powołał się na KWPT, która

¹⁰ M. Frankowska, *Prawo...*, s. 123.

¹¹ Zob. W. Czaplński, A. Wyrozumski, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 32.

¹² Orzeczenie z 21 lutego 1975 r., zob. M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – Orzecznictwo. Tom I – prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Kraków 2001, s. 67-74, w całości dostępne, jak inne omawiane orzeczenia, na stronie internetowej Trybunału: <http://www.echr.coe.int/lechr>.

zresztą jeszcze wtedy nie weszła w życie. Trybunał, rozważając sposób interpretacji art. 6 EKPCz, zgodził się z wcześniejszymi sugestiami strony rządowej oraz Komisji, iż winien on być interpretowany w świetle art. 31-33 KWPT i to pomimo tego, że: „Konwencja ta nie weszła jeszcze wtedy w życie i w art. 4 wskazuje, iż nie może być stosowana retroaktywnie, ale w art. 31-33 zawiera powszechnie akceptowane zasady prawa międzynarodowego, co do których Trybunał już w przeszłości się odwoływał”¹³.

Mimo powyższego wskazania przez Trybunał na KWPT jako źródło interpretacji EKPCz, należy zgodzić się z P. van Dijk oraz G.J.H. van Hoof, iż wspomniane wyżej zasady, na jakich opiera się orzecznictwo strasburskie, niosą za sobą częściowo odmienny reżim interpretacyjny¹⁴. Wspomniani autorzy słusznie wskazują na zasadę wykładni autonomicznej jako sprzeczną z zasadą z art. 31 KWPT¹⁵.

Podnoszą również, iż przyjęcie zasady interpretacji funkcjonalnej (dynamicznej) wyłącza odwoływanie się do *travaux préparatoires* lub innych dokumentów przyjętych podczas prac nad tekstem EKPCz w latach 1949-1950¹⁶. EKPCz, jako traktat z dziedziny ochrony praw człowieka, różni się od klasycznych traktatów międzynarodowych, których reguły interpretacyjne znalazły się w KWPT. Przede wszystkim traktaty z dziedziny praw człowieka działają nie tylko w płaszczyźnie stosunków horyzontalnych, ale także wertykalnych, a więc na linii państwo – osoba poddana jego jurysdykcji. Jak słusznie zauważył C. Mik w odniesieniu do takich traktatów „[...] obok klasycznych dyrektyw interpretacji pojawiają się również dyrektywy specyficzne, właściwe jedynie dla takich traktatów [...] specyfika takich reguł może polegać przy tym albo na uzupełnianiu lub nadawaniu szczególnej treści regułom klasycznym, albo na częściowym lub nawet całkowitym im zaprzeczeniu”¹⁷.

Dokładna analiza dynamicznego sposobu interpretowania EKPCz przez orzecznictwo strasburskie wymagałaby pogłębionych studiów po-

¹³ *Ibidem*, par. 29. Przytaczane w niniejszym artykule fragmenty wyroków Trybunału – tłumaczenie własne autora z języka angielskiego.

¹⁴ Zob. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory...*, s. 72 i nast. Tak też C. Mik: C. Mik, *Metodologia...*, s. 11 i nast.

¹⁵ *Ibidem*, s. 77. Więcej: A. Michalska, *Autonomiczność pojęć traktatowych*, Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju 1993, Zeszyt 2, Toruń 1994, a w odniesieniu do EKPCz: A. Wiśniewski, *Interpretacja autonomiczna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XII, Gdańsk 2005.

¹⁶ *Ibidem*, s. 78.

¹⁷ Zob. C. Mik, *Metodologia...*, s. 11.

równawczych, wykraczających poza ramy niniejszego opracowania, które poświęcone jest jednemu tylko specyficznemu aspektowi – praktycznemu stosowaniu interpretacji ewolucyjnej przez organa strasburskie¹⁸. Po krótkim omówieniu podstawowych założeń tego podejścia, omówione zostaną wyroki w sprawach skarg transseksualistów. W sprawach tych Trybunał w sposób jednoznaczny zastosował reguły ewolucyjnej interpretacji EKPCz, a konkretnie jej art. 8.

3. Przykłady ewolucyjnej interpretacji EKPCz

Zasada ewolucyjnej interpretacji EKPCz słusznie jest wywodzona z ogólnej charakterystyki praw człowieka, które dla swego urzeczywistnienia wymagają zerwania ze statycznym podejściem na rzecz uwzględniania aktualnego rozwoju prawa i okoliczności. Mocno jest też powiązana z inną często powoływaną zasadą – efektywności. We wspomnianej już sprawie *Golder przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał stwierdził, iż: „interpretując Konwencję trzeba mieć na uwadze jej specjalny charakter traktatu mającego na celu ochronę praw człowieka i podstawowych wolności [...], dlatego cel Konwencji, jako instrumentu ochrony indywidualnych ludzi, wymaga, aby jej postanowienia były interpretowane i stosowane tak aby ta ochrona była rzeczywista i efektywna”. Z zasady zapewnienia efektywności praw chronionych przez EKPCz, wyprowadzono m.in. istnienie wielu pozytywnych obowiązków, jakie ciążyą na państwach-stronach, a które nie wynikają z literalnego jej brzmienia. Klasycznym przykładem zastosowania zasady efektywności przy interpretacji Konwencji jest sprawa *Airey przeciwko Irlandii*¹⁹, w której Trybunał uznał, iż wysokie koszty, a w niektórych przypadkach odmowa bezpłatnej pomocy prawnej, faktycznie pozbawia prawa dostępu do sądu, a przez to narusza art. 6²⁰. Samo

¹⁸ C. Mik w obrębie wykładni dynamicznej (funkcjonalnej) wyróżnia obok interpretacji ewolucyjnej oraz wspomnianej już metody wykładni autonomicznej także m.in. wykładnię *pro homine* – „na rzecz urzeczywistnienia praw człowieka” oraz wykładnię *pro democratiae* – „na rzecz utrzymania porządku demokratycznego”, *Ibidem*, s. 19 i nast.

¹⁹ Orzeczenie z 9 października 1979 r., Zob. M.A. Nowicki, *Europejski...*, s. 75-79.

²⁰ Co ciekawe sprawa ta była podstawą Postanowienia SN z 11 stycznia 1995 r. (sygn. ARN III 75/94), gdzie stwierdzono, iż już od momentu wejścia Polski do RE powinno się stosować orzecznictwo strasburskie przy dokonywaniu interpretacji prawa polskiego, za: A. Wyrozumska, *Role of the judge in a democratic judicial system; guarantees of an independent justice*, [w:] *The Judge and international law*, Strasburg 1998, s. 150.

podejście dynamiczne do EKPCz i sformułowania o „żywym instrumencie” występują bardzo często w orzecznictwie; można dla przykładu przytoczyć fragment wyroku w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji*²¹, iż : [...] zasada, że Konwencja jest żywym instrumentem, który należy interpretować z uwzględnieniem okoliczności dnia dzisiejszego, jest wyraźnie potwierdzona w orzecznictwie [...] wynika z tego, że te postanowienia nie mogą być interpretowane wyłącznie w związku z intencjami ich autorów wypowiedzianymi ponad 40 lat temu”. Zasada ta powoduje, że Trybunał nie czuje się skrepowany swym wcześniejszym orzecznictwem i jest cały czas otwarty na bieżący dyskurs, jaki toczy się na dany temat. Zasada ta jest również ściśle zespolona z odwoływaniem się w orzecznictwie strasburskim do wspólnych standardów i praktyki, występujących wśród państw Rady Europy²², a także do zasady określania krajowego marginesu swobody w zależności od specyfiki danej sprawy.

Częstym punktem odniesienia Trybunału jest też aktualny stan wiedzy na dany temat. Takie podejście do rozpatrywania sprawy powoduje, iż często Trybunał już w momencie orzekania zaznacza, że w przyszłości, w miarę wytwarzania się wśród państw Rady Europy zgody odnośnie danej kwestii lub/i rozwoju wiedzy naukowej na dany temat, jeszcze raz rozważy dany problem. Podejście takie jest zauważalne w szczególności w sytuacji, gdy Trybunał orzeka w sprawach szczególnie kontrowersyjnych, rodzących liczne problemy etyczne, światopoglądowe lub wreszcie wymagające odpowiedniej wiedzy naukowej.

Ciekawym problemem, który wiąże się z omawianą praktyką Trybunału, jest odpowiedź na pytanie, gdzie kończy się wykładnia a zaczyna wprowadzanie przez jurysdykcję poprawek do EKPCz²³. Ograniczony zakres tego artykułu uniemożliwia próbę jednoznacznego rozwiązania tak postawionego problemu²⁴.

²¹ Orzeczenie dotyczące zagadnień wstępnych z 23 marca 1995 r., par. 71.

²² C. Mik wskazuje, iż w związku z odwoływaniem się do jednolitej praktyki wśród państw Rady Europy wykładnię ewolucyjną wspiera swego rodzaju wykładnia quasi-uzualna, C. Mik, *Metodologia...*, s. 24.

²³ Zob. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory...*, s. 79.

²⁴ Ciekawe argumenty „broniące” Trybunał przed zarzutami o nadmierną zdaniem wielu swobodę interpretacyjną na tle metody wykładni autonomicznej EKPCz, przedstawił G. Letsas, *The truth in autonomous concept: How to interpret the ECHR*, *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 2, Oxford 2004, s. 279-305.

4. Zmiana linii orzeczniczej Trybunału w sprawach transseksualistów

Bardzo dobrą ilustracją rozwoju i zmiany linii orzeczniczej Trybunału w związku z ewolucyjną interpretacją EKPCz są sprawy pooperacyjnych transseksualistów.

W rozdziale poniższym omówionych zostanie sześć spraw, jakie wpłynęły od osób, które po operacji zmiany płci borykały się z licznymi problemami z powodu braku pełnego uznania ich nowej płci przez państwo ich zamieszkania²⁵. We wszystkich tych skargach podniesiono zarzut naruszenia art. 8 EKPCz. W niektórych podnoszono też, iż naruszono inne prawa (art. 3, art. 12, art. 13, art. 14), ale dla przejrzystości wywodu poniższa analiza oparta będzie tylko na art. 8.

Transseksualizm – na potrzeby niniejszego opracowania – rozumiany jest zgodnie z definicją seksuologa K. Imielińskiego jako: „*rozbieżność między poczuciem psychicznym płci a budową morfologiczno-biologiczną oraz płcią socjalną (metrykalną), które odczuwane są jako „obce” i należące do płci przeciwnej*”²⁶. Pożądaną przez transseksualistów pełną identyfikację z daną płcią zapewnia tylko zabieg chirurgiczny, który poprzedzany jest długotrwałą terapią hormonalną. W zależności od jego typu wyróżnia się transseksualizm K/M, czyli psychiczne postrzeganie siebie jako kobiety, a posiadanie ciała mężczyzny oraz M/K, działający w przeciwną stronę. Wszystkie przedstawione poniżej orzeczenia dotyczą skarżących, którzy poddali się chirurgicznemu zabiegowi zmiany płci – (dalej: pooperacyjnych transseksualistów).

Pierwsza chronologicznie skarga dotycząca tego problemu nie została merytorycznie rozpatrzona, gdyż doszło do ugody między skarżącym a rządem RFN²⁷. Skarżąca po zmianie płci z męskiej na żeńską,

²⁵ Pominęte zostaną dwie sprawy: *X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii* – orzeczenie z 22 kwietnia 1997 roku dotyczące odmowy zarejestrowania transseksualisty po operacji jako ojca dziecka urodzonego przez jego partnerkę w drodze sztucznego zapłodnienia, gdyż mimo, że Trybunał rozważał w niej problem pozytywnych obowiązków państw w stosunku do transseksualizmu, to zasadniczo różni się ona co do swego meritum od pozostałych tu omawianych, a także sprawa *I. przeciwko Wielkiej Brytanii* – orzeczenie z 11 lipca 2002 roku, gdyż jest to sprawa praktycznie identyczna ze szczegółowo omawianą sprawą *Goodwin* (zresztą wyrok zapadł w tym samym dniu).

²⁶ K. Imieliński, *Zarys seksuologii i seksiatrii*, Warszawa 1982, s. 253, cyt. za: J. Warylewski, *O duszy uwieżonej w obcym ciele – dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, *Gazeta Sądowa* (2000), Nr 7-8, s. 56.

²⁷ Skarga Nr 6699/74, *X przeciwko Republice Federalnej Niemiec*.

bezskutecznie dochodziła przed sądami niemieckimi wprowadzenia stosownych zmian w jej akcie urodzenia. W skardze podniosła m.in. zarzut złamania przez RFN art. 3 oraz art. 8 Konwencji. Na podstawie ugody strona rządowa zgodziła się wprowadzić zmianę imienia oraz płci w akcie urodzenia skarżącej²⁸.

W sprawie *Van Oosterwijck przeciwko Belgii*²⁹, pomimo decyzji Komisji, iż Belgia, nie umożliwiając zmiany aktu urodzenia skarżącego, który po operacyjnej zmianie płci z żeńskiej na męską tego się domagał, złamała art. 8 Konwencji, Trybunał nie rozstrzygnął skargi merytorycznie, gdyż uznał tą skargę za niedopuszczalną z powodu nie wyczerpania krajowych środków odwoławczych.

4.1. Pierwszą skargą, rozpatrzoną merytorycznie przez Trybunał, była sprawa *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii*³⁰.

Skarżącym był transseksualista typu K/M, który po kilkuletniej terapii hormonalnej dokonał zmiany płci na męską. Koszty terapii oraz samej operacji zostały pokryte przez publiczną służbę zdrowia. W listopadzie 1980 roku, już po operacji zmiany płci, skarżący wystąpił z wnioskiem o wprowadzenie zmian w jego akcie urodzenia, uzasadniając to występowaniem pomyłki w rejestrze. Obowiązująca wówczas w Wielkiej Brytanii Ustawa o Rejestrze Narodzin i Zgonów z 1953 roku dopuszczała w zasadzie³¹ tylko wprowadzanie zmian w przypadku błędów pisarskich, powstałych w momencie sporządzania aktu urodzenia. W tym samym miesiącu petent otrzymał decyzję odmowną, wskazującą, że nie można ustalić, iż w momencie sporządzenia jego aktu urodzenia wystąpił błąd. Wszystkie pozostałe dokumenty, oprócz aktu urodzenia, zawierały informacje o jego nowej płci, używano w nich także stosowanego w Wielkiej Brytanii w stosunku do mężczyzn skrót „Mr”. W skardze do Komisji Rees podniósł naruszenie art. 3, art. 8 oraz art. 12 EKPCz. Komisja, dopuszczając skargę w zakresie naruszenia art. 8

²⁸ Por. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory...*, s. 500.

²⁹ Orzeczenie z 6 listopada 1980 r.

³⁰ Orzeczenie z 17 października 1986 r. Obszerne fragmenty wyroku oraz ich analizę można znaleźć w: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1998, s. 267-270.

³¹ Inne przypadki dokonywania zmian to sytuacja adoptowania dzieci, por. *Ibidem*, par. 22.

i art. 12, w swoim raporcie z dnia 12 grudnia 1984 roku podtrzymała swoje stanowisko ze sprawy *Van Oosterwijck przeciwko Belgii*, iż osoby transseksualne po operacji zmiany płci winne mieć możliwość potwierdzenia tego nowego stanu rzeczy we wszystkich możliwych dokumentach i doszła do konkluzji, iż Wielka Brytania naruszyła art. 8 EKPCz. Trybunał na wstępie podtrzymał swoją utrwaloną linię orzecniczą, iż mimo tego, że art. 8 przede wszystkim ma bronić jednostki przed arbitralnymi działaniami władz publicznych, to w pewnych sytuacjach mogą istnieć również pozytywne obowiązki po stronie państwa, niezbędne do skutecznego poszanowania życia prywatnego i rodzinnego³². Następnie stwierdzono, iż przedmiotem rozstrzygnięcia winno być ustalenie, czy w tym stanie faktycznym takie obowiązki po stronie państwa istniały. Uznając, iż transseksualizm nie jest zjawiskiem nowym, Trybunał stwierdził, iż szczegółową jego analizę przedstawiono stosunkowo niedawno (par. 38). Analizując szczegółowo przypadki dopuszczalnej korekty aktów stanu cywilnego w Wielkiej Brytanii, a także stanowisko rządowe oraz argumenty skarżącego, Trybunał doszedł do konkluzji, iż „*mając na uwadze margines swobody państw w tej sferze oraz znaczenie interesów innych osób przy szukaniu niezbędnej równowagi, pozytywne obowiązki wynikające z art. 8 nie mogą sięgać aż tak daleko*”. Trybunał większością 12 do 3 głosów uznał, iż nie doszło do naruszenia art. 8. Trybunał jednogłośnie natomiast podzielił opinie Komisji o braku naruszenia art. 12.

Z punktu widzenia niniejszego opracowania najbardziej interesujący fragment znalazł się w par. 47 wyroku, iż : „*na dziś dzień należy pozo-*
stawić państwom-stronom EKPCz ocenę w jakim stopniu są w stanie za-
spekować potrzeby transseksualistów (...) Trybunał jest świadomy wagi prob-
lemów dotyczących takie osoby oraz cierpień jakich doświadczają. Jed-
nak Konwencja winna być zawsze interpretowana i stosowana w świetle
bieżących okoliczności (...) Potrzebę istnienia stosownych instrumentów
prawnych należy więc systematycznie badać, a w szczególności mając na
uwadze postęp naukowy i zmiany w świadomości społecznej”.

Trybunał w sprawie *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii*, pierwszej z jaką miał do czynienia w zakresie uznawania zmiany płci w prawie wewnętr-

³² *Ibidem*, par. 35, tak wcześniej m.in. w orzeczeniach: *Kroon i inni przeciwko Holandii* (27.10.1994) czy *Abdulaziz, Cabales and Balkandali przeciwko Wielkiej Brytanii* (28.05.1985).

nym, ustalił precedens, iż w gestii poszczególnych państw jest decydowanie o stopniu „zaspokajania potrzeb transseksualistów”. Jednak dokonując tego odwołał się w sposób bezpośredni do wytycznych dynamicznego stosowania i ewolucyjnego interpretowania EKPCz, wskazując, iż będzie miała miejsce dokładna analiza zmieniających się uwarunkowań społecznych i stopnia badań naukowych na temat transseksualizmu.

4.2. Prawie 4 lata po wyroku w sprawie *Rees*, Trybunał musiał odpowiedzieć na to samo pytanie w sprawie *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii*³³.

Dwie podstawowe różnice w stanie faktycznym w stosunku do sprawy *Rees* sprowadzały się do tego, iż skarżąca była transseksualistką po zmianie płci typu M/K oraz dążyła do zawarcia związku małżeńskiego. Trybunał nie uznał jednak, iż różnice te są relewantne dla odrębnego od sprawy *Rees* potraktowania tego stanu faktycznego³⁴. Trybunał zauważył, iż: „nastąpiła pewna zmiana sytuacji w prawie niektórych krajów członkowskich w stosunku do roku 1986³⁵ (...) jednak jest to nadal, mając na uwadze duże różnice i brak jednolitego podejścia w poszczególnych państwach – stronach, sfera gdzie państwa posiadają wysoki margines swobody”³⁶. Większością 10 do 8 głosów stwierdził brak naruszenia art. 8, a stosunkiem 14 do 4 – art. 12³⁷. Jednak podobnie jak w sprawie *Rees*, Trybunał wyraźnie zaznaczył, iż orzeka w świetle bieżącej sytuacji, a dalszy monitoring sytuacji transseksualistów będzie miał miejsce (par. 47).

4.3. Pewien przełom w orzecznictwie Trybunału, dotyczącym osób zmieniających płeć, nastąpił w dosyć dziwnie uzasadnionym orzeczeniu z 25 marca 1992 roku w sprawie *B. przeciwko Francji*.

Skarżący to pooperacyjny transseksualista typu M/K, któremu odmówiono dokonania w akcie urodzenia zmiany płci na odpowiadającą

³³ Orzeczenie z 27 września 1990 r.

³⁴ *Ibidem*, par. 32-34.

³⁵ Daty orzeczenia w sprawie *Rees*.

³⁶ Par. 40 wyroku w sprawie *Cossey*.

³⁷ Dobrą ilustracją zmieniającego się w Trybunale podejścia do tych spraw jest nie tylko stosunek głosów, ale także 4 opinie odrębne dołączone do tego wyroku.

sytuacji pooperacyjnej. W decyzji odmawiającej zmiany aktu urodzenia podniesiono, że zmiana płci dokonana przez wnioskodawcę była procesem sztucznym, a ewentualne uwzględnienie takiego żądania atakuje „zasadę integralności osoby ludzkiej”³⁸. W skardze do Komisji znalazł się zarzut naruszenia art. 3, art. 8 i art.12. Ponownie dopuszczono skargę i rozstrzygano tylko zarzut naruszenia art. 8. Komisja w swym raporcie z 6 września 1990 roku wyraziła opinię, iż Francja naruszyła art. 8. Konstatacja taka zapadła większością głosów 17 do 1.

B. argumentowała, iż aktualna sprawa różniła się od wcześniej orzekanych, tj. *Rees* i *Cossey*. W szczególności wskazano na nową sytuację prawną, naukową i społeczną wokół transseksualizmu, a także na różnice między sytuacją we Francji a w Wielkiej Brytanii (par. 45). Trybunał wskazał na inne, zasadnicze różnice, w porównaniu z poprzednimi sprawami, takie jak m.in. niemożność zmiany imienia czy ciągłą konieczność ujawniania swej specyficznej sytuacji osobom trzecim, w sytuacjach posługiwania się wieloma dokumentami, w których figurowało zarówno imię, jak i informacja o płci, niezgodna z aktualnym stanem rzeczy. Trybunał stwierdził, iż okoliczności te powodują zbyt wielką niedogodność i nawet „mając na uwadze margines swobody ocen Francji, nie miała miejsce właściwa proporcja między interesem ogólnym a interesem jednostki, a więc doszło do naruszenia art. 8 EKPCz”³⁹. Decyzja taka zapadła większością 16 głosów do 5.

W decyzji Trybunału zastanawia fakt, że skupiając się na specyficznej sytuacji transseksualistów we Francji i na niemożności zmiany przez nich pierwszego imienia nawet po operacji zmiany płci, a także orzekając ostatecznie o naruszeniu przez Francję art. 8, nie podważono precedensu⁴⁰ powstałego na kanwie sprawy *Rees*. Należy zgodzić się z P. van Dijk oraz G.J.H. van Hoof, iż argumentacja Trybunału, wskazująca na złamanie przez Francję art. 8, ale odgraniczająca tę sprawę od wcześniejszych (*Rees*, *Cossey*) nie przekonuje⁴¹, a postępowanie Trybunału należy ocenić jako brak pełnej akceptacji dla zmiany dotychczasowego stanowiska przy jed-

³⁸ Orzeczenie w sprawie *B. przeciwko Francji*, par. 13.

³⁹ *Ibidem*, par. 63

⁴⁰ Więcej o roli precedensów w prawie praw człowieka pisze: M. Balcerzak: M. Balcerzak, *Precedens w prawie międzynarodowym praw człowieka – zagadnienia wybrane*, [w:] C. Mik (red.), *Prawa człowieka w XXI w. – wyzwania dla ochrony prawnej*, Toruń 2005, s. 67-91.

⁴¹ Zob. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory...*, s. 502.

noczesnej próbie zagwarantowania praw konwencyjnych dla „cierpiącej” jednostki.

4.4. Taki brak zdecydowania Trybunału i niechęć do zmiany swej dotychczasowej linii orzeczniczej zostały potwierdzone w orzeczeniu *Sheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii*⁴².

Są to dwie skargi, które ze względu na znaczne podobieństwo Trybunał połączył⁴³. Obie skarżące były pooperacyjnymi transseksualistami typu M/K. Obie oparły swoje skargi na decyzjach odmownych zmiany ich aktów urodzenia. Trybunał opierając swój wyrok na sprawach *Rees* i *Cossey* doszedł do konkluzji, iż skarżący nie wykazali, iż Wielka Brytania miała pozytywny obowiązek uznania w akcie urodzenia ich pooperacyjnej płci (par. 61), a „dla Trybunału nadal sprawy transseksualistów przynoszą poważne problemy naukowe, prawne, moralne i społeczne, co do których rozwiązania nie ma zgody wśród państw-stron EKPCz”⁴⁴. Większością 11 głosów do 9 nie dopatrzono się naruszenia art. 8. Na koniec rozważań nad zarzutem naruszenia art. 8, Trybunał powtórzył potrzebę monitorowania sytuacji w tym zakresie (par. 60).

4.5. Zmiana dotychczasowej linii orzeczniczej oraz uchylenie precedensu⁴⁵ ze sprawy *Rees* dokonano wyrokiem Wielkiej Izby w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*⁴⁶.

Skarżąca – pooperacyjny transseksualista typu M/K – wskazała na szereg niedogodności związanych z brakiem pełnego uznania prawnego jej nowej płci. Jej sytuacja na rynku pracy była kłopotliwa. W związku z odmową zmiany jej numeru ubezpieczenia, według którego nadal

⁴² Orzeczenie z 30 lipca 1989 roku.

⁴³ Według aktualnie obowiązujących (od 1 lipca 2006 r.) Reguł Trybunału jest to możliwe na podstawie Reguły 42.

⁴⁴ Zob. Par. 58 orzeczenie w sprawie *Sheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii*.

⁴⁵ Zob. M. Balcerzak, *Precedens...*, s. 81.

⁴⁶ Orzeczenie z 11 lipca 2002 roku. Obszerne fragmenty wyroku oraz ich analizę można znaleźć w: M.A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka – Wybór orzecznictwa 1999 – 2004*, Kraków 2005, 865-871.

była mężczyzną, była obiektem licznych szykan ze strony pracodawcy. Odmówiono jej także przejścia na emeryturę w wieku 60 lat, a więc wieku emerytalnym przynależnym dla kobiet; odmówiono jej także zniżek przyznawanych kobietom przy ubezpieczaniu samochodu. W skardze, podobnie jak w innych tego typu sprawach, znalazł się zarzut braku pełnego uznawania przez Wielką Brytanię statusu prawnego pooperacyjnych transseksualistów, w szczególności objawiającego się w sprawach ubezpieczenia społecznego, zatrudnienia, emerytury, niemożności zawarcia związku małżeńskiego, a także zarzut dyskryminacji (art. 8, art. 12 i art. 14 EKPCz).

W odniesieniu do art. 8, analizując szczegółowo przedstawiony stan faktyczny, a także dotychczasowe orzecznictwo w podobnych sprawach, Trybunał zauważył, iż „[...] mimo, że nie jest formalnie związany swymi wcześniejszymi orzeczeniami, to dla pewności i przewidywalności prawa oraz równości wobec prawa nie powinien bez ważnych powodów odchodzić od precedensów ustalonych w poprzednich sprawach. Jednakże w związku z tym, iż Konwencja jest głównym systemem ochrony praw człowieka, Trybunał musi uwzględniać zmieniające się warunki w krajach członkowskich, np. reagować na zbliżanie się standardów w różnych krajach. Kluczowym jest, aby Konwencja była stosowana i interpretowana w sposób zapewniający aby jej prawa były praktyczne i efektywne, a nie teoretyczne i iluzoryczne. Zaniechanie przyjęcia postawy dynamicznej i progresywnej rodziłoby ryzyko wstrzymywania reform i rozwoju. [...] od 1986 roku Trybunał wielokrotnie sygnalizował, iż rozumie problemy transseksualistów i zwracał uwagę na potrzebę ciągłego monitorowania stosowania odpowiednich środków prawnych w tej dziedzinie. Trybunał postanowił więc jeszcze raz przyjrzeć się sytuacji, aby ustalić właściwą interpretację i stosowanie Konwencji w świetle dzisiejszych warunków”⁴⁷.

Następnie rozważając stan faktyczny w tej sprawie, a także sytuację transseksualistów w innych państwach członkowskich, Trybunał doszedł do konkluzji, iż „W XXI wieku prawo transseksualistów do pełnego osobistego rozwoju, bezpieczeństwa fizycznego i moralnego, nie może być przedmiotem sporów [...] nie można nadal utrzymywać sytuacji, w której pooperacyjni transseksualiści żyli w zawieszaniu między jedną płcią a drugą”⁴⁸.

⁴⁷ Par. 74 wyroku w sprawie *Chirline Goodwin*.

⁴⁸ *Ibidem*, par. 90.

W dalszej części wyroku stwierdzono, że mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty, rząd Wielkiej Brytanii nie może już dłużej podnosić, iż dana sprawa mieści się w jego marginesie swobody, a interes publiczny nie przeważa nad interesem skarżącej do pełnego prawnego uznania jej nowej płci (par. 93)⁴⁹. Jednogłośnie stwierdzono, iż Wielka Brytania naruszyła art. 8 EKPCz, a przez to zmieniono dotychczasową linię orzecniczą dotyczącą tego zagadnienia.

5. Podsumowanie

Wyroki Trybunału w skargach pooperacyjnych transseksualistów na brak pełnego prawnego uznania ich nowej płci, a przez to złamania art. 8, stanowią dobrą ilustrację dla zobrazowania zasady ewolucyjnej interpretacji EKPCz. Mimo konsekwentnego stanowiska Komisji, iż brak pełnego rozpoznania przez prawo nowej płci pooperacyjnych transseksualistów stanowi naruszenie art. 8 EKPCz, Trybunał potrzebował nieco ponad 15 lat, aby dojść do takiej konkluzji. Mając do czynienia z tak kontrowersyjnym i stosunkowo nowym zagadnieniem, jak sytuacja prawna osób operacyjnie zmieniających płeć, już od pierwszej rozpatrywanej merytorycznie sprawy – *Rees* – Trybunał odwoływał się do wyników badań naukowych, dyskursu społecznego oraz konsensusu wśród państw-stron EKPCz. Nie mając pełnej co do tego jasności, już w 1986 roku, pozostawiając kwestię stosunku do pooperacyjnych transseksualistów w obrębie marginesu swobody państw, postanowił, iż zmieniająca się sytuacja społeczna, prawna i wreszcie naukowa, będzie cały czas obserwowana i brana pod uwagę w późniejszych orzeczeniach. Pewien przełom nastąpił w sprawie *B. przeciwko Francji*, jednak dosyć mało przekonujące uzasadnienie pozwoliło w orzeczeniu *Sheffield i Hershman* powrócić do utartej linii orzecniczej. Sytuacja na progu XXI

⁴⁹ W par. 43-45 przywołano także orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS): *P. v. S. And Cornwall County Council* (Case C-13/94), [1994] E.C.R. I-2143, w którym ETS uznał, iż mimo braku pełnego *consensusu* w krajach członkowskich UE co do sytuacji prawnej transseksualistów, są oni chronieni w dziedzinie zatrudnienia przed dyskryminacją ze względu na płeć oraz objęci Dyrektywą Równego Traktowania 76/207. Więcej na temat orzeczenia *P. v. S. And Cornwall County Council* m.in.: P. Pogodzińska, *Unijna zasada równego traktowania i swoboda przepływu pracowników w odniesieniu do sytuacji mniejszości seksualnych w zatrudnieniu*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, Vol. 2 (2004), Kraków 2004, s. 73-114.

wieku, analizowana przez Trybunał w sprawie *Christine Goodwin*, doprowadziła jednak do przełamania precedensu ze sprawy *Rees*. Co najważniejsze dla dokonywanej tu analizy, w wyroku tym Trybunał jednoznacznie przedstawił swoje dążenia do dynamicznego stosowania i interpretowania EKPCz, tak aby zawarte w niej prawa były realne i skuteczne, a nie li tylko teoretyczne i iluzoryczne.

Omówione sprawy pokazują, iż EKPCz jest traktowana przez Trybunał jako żywy instrument, który winien być stosowany i interpretowany w świetle dzisiejszych warunków. Jak pokazuje ponad 50-letnia historia stosowania i interpretowania EKPCz, wielokrotnie warunki te nie były i nie mogły być przewidywane przez jej twórców, pracujących nad treścią poszczególnych artykułów w latach 40-ych XX. wieku.

Takie ewolucyjne podejście do interpretacji i stosowania traktatów z dziedziny praw człowieka jest zresztą dzisiaj powszechnie akceptowane, czego ilustracją może być fragment orzeczenia Międzypamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 31 sierpnia 2001 roku: „[...] *pojęcie międzynarodowego traktatu praw człowieka ma autonomiczne znaczenie, przez co nie może być zrównywane ze znaczeniem przypisywanym mu w prawie krajowym [...] co więcej takie traktaty praw człowieka są żywymi instrumentami, których interpretacja musi uwzględniać zmieniający się czas i aktualne warunki*”⁵⁰.

⁵⁰ Par. 146 wyroku w sprawie *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community przeciwko Nikaragui*.

O R Z E C Z N I C T W O

Mirosław Nesterowicz

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06)¹

Podmiot odpowiedzialny za bezprawne uniemożliwienie dokonania zabiegu przerwania ciąży, będącej następstwem gwałtu, którego sprawca nie został wykryty, ponosi koszty utrzymania dziecka w takim zakresie, w jakim matka dziecka sprawująca osobiste starania o jego utrzymanie i wychowanie nie jest w stanie zaspokoić usprawiedliwionych potrzeb dziecka.

G l o s a

1. Sąd Najwyższy już po raz drugi w tej samej sprawie zajmował się kwestią roszczeń zgwałconej kobiety, zmuszonej do urodzenia „niechcianego” dziecka na skutek uniemożliwienia jej dokonania aborcji. Powództwo to nazywane jako „*wrongful conception*” jest od kilkudziesięciu lat dochodzone w orzecznictwie wielu państw, zwłaszcza USA, Niemiec, Anglii, Francji. Matka żąda zadośćuczynienia pieniężnego za stresy, cierpienia psychiczne i fizyczne wynikłe z faktu urodzenia „niechcianego” dziecka i odszkodowania z tytułu szkód, które poniosła (koszty ciąży i porodu, utrata zarobków) oraz pokrycia kosztów i wydatków związanych z utrzymaniem i wychowaniem dziecka, odpowiednio wyższych, gdy dziecko jest upośledzone.

¹ Uchwała SN wraz z uzasadnieniem została opublikowana w nr 4/2006 „Prawo i Medycyna”.

Między orzecznictwem wymienionych państw, a rozstrzygnięciem Sądu Najwyższego jest jednak zasadnicza różnica. W tamtych sprawach powództwo z tytułu „*wrongful conception*” wnoszone było przeważnie w sytuacji pomyłkowego zapisania przez lekarza lub wydania przez aptekarza innego leku zamiast środków antykoncepcyjnych, nieskutecznej sterylizacji lub antykoncepcji, a więc gdy miała miejsce wina lekarza czy farmaceuty.

W konsekwencji odpowiedzialność cywilną ponosił lekarz lub aptekarz. „Przypadek polski” jest inny, choć skutki są podobne. Tu chodzi bowiem o nieprzestrzeganie prawa, o uniemożliwienie kobiecie dokonania zabiegu przerwania ciąży w sytuacji, gdy pozwala na to ustawa o planowaniu rodziny. Jest to więc działanie bezprawne, jakkolwiek wynikłe z niewłaściwego ustalenia zaawansowania ciąży jako 14-tygodniowej, zamiast 11-tygodniowej, choć nie budziła wątpliwości data zgwałcenia. Nie wzięto też pod uwagę diagnozy lekarza-ginekologa poradni rejonowej, który określił wiek płodu jako 11-tygodniowy, ani nie dołożono żadnej staranności, by wątpliwości rozstrzygnąć jak najszybciej, skoro niedługo mijał dopuszczalny dla aborcji termin 12-tygodniowy. W uzasadnieniu żadnego z wyroków nie powiedziano czy uwzględniono oświadczenie samej kobiety co do daty zajścia w ciążę. Można powiedzieć, że pacjentkę potraktowano przedmiotowo, a nie podmiotowo. To tym bardziej jest niedopuszczalne.

W pierwszym wyroku z 21 listopada 2003 r.² Sąd Najwyższy orzekł, że bezprawne uniemożliwienie dokonania przerwania ciąży, niezgodnie z ustawą z 7 stycznia 1993 r., uprawnia kobietę do wyrównania szkody wynikłej z tego zdarzenia (a więc do zadośćuczynienia pieniężnego za szkodę niemajątkową oraz odszkodowania). Jako podstawę prawną sąd przyjął naruszenie dobra osobistego, jakim jest prawo do planowania rodziny, a więc naruszenie wolności (art. 23 i 448 k.c.) oraz art. 361 § 2 k.c. Wyraźnie powiedział też, że kobieta ma „prawo do aborcji”, oczywiście w granicach cytowanej ustawy.

W obecnym wyroku Sąd Najwyższy głosi, że właściwie nie ma czegoś takiego, jak „prawo do aborcji”, że nie jest to dobro osobiste, że nie jest ono elementem planowania rodziny. Zdaniem Sądu Najwyższego okoliczności wskazane w art. 4a ust. 1 ustawy, pozwalające na dokona-

² V CK 16/03, OSP 10/2004, poz. 125, z glosą M. Nesterowicza; zob. też glosę J. Justyńskiego, PiP 9/2004.

nie przerwania ciąży, mają charakter zbliżony do kontratypu, a więc wyłączają bezprawność.

Bardziej przekonuje mnie stanowisko orzecznictwa amerykańskiego, gdzie w wielu wyrokach podkreśla się, że istnieje prawo do autonomii prokreacji, które mieści się w prawie do prywatności, a to zawiera się w konstytucyjnym prawie do wolności. Uznaje się, że prawo do autonomii prokreacji jest złożone z dwóch praw o równym znaczeniu: prawa do prokreacji („*right to procreate*”) i prawa do uniknięcia prokreacji („*right to avoid procreate*”). W prawie do uniknięcia prokreacji mieści się prawo do aborcji w granicach dozwolonych przez ustawę. Prawo to należy do kobiety. W sporach pomiędzy małżonkami mężczyźni nie przysługują sprzeciw wobec wyboru kobiety poddania się przerwaniu ciąży (oczywiście może to być podstawa żądania rozwodu ze strony męża, ale jest to inna kwestia)³. W ostatnich latach doszło tu prawo sprzeciwu użycia embrionów (zapłodnionych „*in vitro*”), gdy jeden z małżonków (konkubentów) cofa swoją zgodę na dalszą procedurę prokreacji. Potwierdził to Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Evans v. The United Kingdom* w orzeczeniu z 7 III 2006 r. (nr 6339/05)⁴.

2. W toku rozpoznania sprawy powódka rozszerzyła powództwo żądając pokrycia kosztów utrzymania dziecka. Sąd Okręgowy oddalił powództwo, wychodząc pewnie z założenia, że urodzenie dziecka nie jest szkoda, a obowiązek utrzymania obciąża jedynie osoby zobowiązane do alimentacji zgodnie z k.r.o. Sąd Apelacyjny postawił pytanie prawne Sądu Najwyższemu i odpowiedzią jest glosowana uchwała.

Sąd Najwyższy trafnie stwierdza, że urodzenie i życie dziecka nie może być traktowane jako szkoda, nawet jeśli jest ono upośledzone. Jest to zgodne z tendencją orzecznictwa światowego. Trybunał Konstytucyjny RFN w orzeczeniu z 28 maja 1993 r. stanął na stanowisku, że prawna kwalifikacja bytu dziecka jako źródła szkody jest ze względów konstytucyjnych nie do przyjęcia⁵. W tym kierunku zmierza też orzecz-

³ Por. M. Nesterowicz, *Prokreacja medycznie wspomagana w systemie prawnym USA* (w:) *Ze sztaandarem prawa przez świat. Księga dedykowana Profesorowi W.J. Wagnerowi*, Kraków 2003, s. 343.

⁴ Por. M. Nesterowicz, *Prawo do dysponowania embrionami w prawie porównawczym*, Prawo i Medycyna 4/2006, s. 88.

⁵ Por. J. Justyński, *Poczęcie i urodzenie dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003, s. 34.

⁶ Por. Z. Peplowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w orzecznictwie USA*, Prawo i Medycyna 1/2004, s. 100 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. VII, Toruń 2005, s. 198 i n.

nictwo angielskie i amerykańskie⁶. Ustawa francuska z marca 2002 r. o prawach pacjentów i jakości systemu opieki zdrowotnej odrzuciła – wbrew dotychczasowemu orzecznictwu Cour de Cassation – skargę „*wrongful life*”. Przewiduje ona, że nikt nie może dochodzić odszkodowania z samego faktu urodzenia, a pokrycie kosztów i wydatków związanych z upośledzeniem dziecka ma należeć do Państwa (co wynika z „*solidarité nationale*”)⁷.

Nie znaczy to jednak, że nikt nie odpowiada za koszty i wydatki związane nie z samym faktem urodzenia dziecka, ale z uszczerbkiem majątkowym, wynikającym z konieczności ich ponoszenia, skoro dziecko nie było „planowane”, lecz urodziło się na skutek gwałtu. Byłoby głęboko niesłuszne, aby kosztami tymi została obciążona matka dziecka, zwłaszcza w sytuacji, gdy ze względu na stan zdrowia, brak pracy, konieczność osobistej opieki nad dzieckiem, nie ma możliwości ich pokrycia, a sprawca gwałtu nie został wykryty. Już w poprzednim wyroku Sąd Najwyższy uznał, iż należy zaaprobować ze względów etycznych decyzję powódki, że zdecydowała się wychowywać „niechciane” dziecko, a nie oddawać je do adopcji, zgodnie z uprzednim zamiarem przed porodem. Nie można jednak obciążyć jej pokryciem pełnych kosztów utrzymania i wychowania usprawiedliwionych potrzeb dziecka.

Dlatego **stanowisko zawarte w uchwale Sądu Najwyższego należy podzielić**. W danej sprawie koszty te poniesie gmina, gdyż bezprawność działania lekarza miała miejsce wtedy, gdy szpital był jednostką budżetową. Po 1 stycznia 1999 r., gdy szpitale uzyskały osobowość prawną i same odpowiadają za własne zobowiązania, w tego rodzaju sprawach odpowiedzialność ponosić będzie szpital.

Na poparcie zasługuje również pogląd Sądu Najwyższego przedstawiony w uzasadnieniu wyroku, że ze względu na kontrowersyjność tego problemu w obecnym stanie prawnym „można wyrazić uzasadnione przekonanie, że pożądanym jest, aby zainicjowano prace ustawodawcze umożliwiające przejęcie przez państwo kosztów utrzymania dziecka w przypadku, gdy kobieta nie skorzystała z możliwości legalnego przerwania ciąży bądź gdy bezprawnie uniemożliwiono jej wykonanie tego zabiegu”.

⁷ Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu w prawie francuskim* (według ustawy z 4 marca 2002 r. o prawach pacjentów), *Prawo i Medycyna* 4/2002, s. 116 i n.

Mirosław Nesterowicz

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2005 r. (V CK 349/05)

Okoliczność, że przedstawiciele ustawowi dziecka w swoim działaniu koncentrowali się na jego wyleczeniu, kierując się zapewnieniami lekarzy, a nie na uzyskaniu należnego mu odszkodowania i zadośćuczynienia, usprawiedliwia ich zwłokę w wytoczeniu powództwa. Wystąpienie wówczas pozwanych z zarzutem przedawnienia może być uznane za nadużycie prawa (art. 5 k.c.).

Uzasadnienie

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyrokiem z dnia 14 stycznia 2005 r. oddalił apelację małoletniego powoda od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 12 maja 2004 r. oddalającego jego powództwo wytoczone w marcu 2002 r. przeciwko Akademickiemu Szpitalowi Klinicznemu w W. i Skarbowi Państwa – Wojewodzie Dolnośląskiemu o zasądzenie odszkodowania i zadośćuczynienia powstałej krzywdy wskutek zakażenia wirusem HBV.

Sąd Apelacyjny ustalił, że małoletni powód przyszedł na świat w dniu 5 stycznia 1994 r. w szpitalu w G., w którym później był hospitalizowany w okresie od dnia 26 stycznia 1994 r. do dnia 8 lutego 1994 r. Stwierdzono u niego żółtaczkę hemolityczną oraz wrodzone obustronne zapalenie wodonercza. W okresie od dnia 8 lutego 1994 r. do dnia 14 lutego 1994 r. przebywał w Klinice Nefrologii Pediatrycznej Akademii Medycznej w W. W dniu 14 lutego 1994 r. został przyjęty na Oddział Chirurgii i Urologii Dziecięcej Akademii Medycznej w W., gdzie w dniu 25 lutego 1994 r. przeprowadzono u niego operację wykonania przetoki moczowodowo-skórnej. Na tym Oddziale małoletni powód był ho-

spitalizowany do dnia 11 marca 1994 r. Od dnia 18 kwietnia 1994 r. ponownie przebywał w Klinice Nefrologii Pediatricznej Akademii Medycznej w W., a w dniu 24 kwietnia 1994 r. rozpoznano u niego zakażenie wirusem HBV, przy braku jawnego zapalenia wątroby. Matkę małoletniego poinformowano o zakażeniu w maju 1994 r. podczas wypisu z Kliniki. W tym czasie miała ona świadomość konsekwencji takiego zakażenia, niemniej jednak kierując się zapewnieniami personelu medycznego sądziła, że syn będzie wyleczony.

Małoletni powód wskutek stwierdzonego zakażenia doznał zapalenia wątroby typu B, z utrzymującą się replikacją wirusa i stale zaznaczoną aktywności procesu zapalnego. Leczenie interferonem nie dało pozytywnego rezultatu. Obecnie podawany jest jemu Zefix-Lamifudyna. Małoletni powód pozostaje pod opieką Szpitala Chorób Zakaźnych w O.

Sąd Apelacyjny przyjmując, że matka małoletniego powoda już w maju 1994 r. dowiedziała się o zakażeniu syna wirusem żółtaczki, podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, iż w świetle art. 442 § 1 k.c. nastąpiło przedawnienie roszczeń.

Kasacja małoletniego powoda oparta na podstawie pierwszej z art. 393¹ k.p.c. zawiera zarzut naruszenia art. 5 k.c., i zmierza do uchylecia zaskarżonego wyroku oraz przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozważając zarzut skarżącego, że pozwani nadużyli swego prawa powołując się na przedawnienie roszczenia (art. 5 k.c.), trzeba na wstępie zauważyć, że brak jest interesu społecznego, który w przypadku przedawnienia przemawiałby przeciwko konstrukcji nadużycia prawa. W wyjątkowych bowiem wypadkach stosowanie instytucji przedawnienia może prowadzić do niewłaściwych rezultatów społecznych. Ponieważ normy prawne są ujęte abstrakcyjnie, uwzględniają one jedynie typową (przeciętną) kolizję interesów i dlatego możliwy jest rozdzźwięk między pozorną (formalną), a rzeczywistą (materialną) treścią prawa podmiotowego (uprawnienia). Polega on na tym, że w pewnych przypadkach istnieje *in abstracto* interes jednostki, natomiast *in concreto* brak jest takiego interesu. Skutkiem tego rozdzźwięku między materialną a formalną treścią prawa podmiotowego możliwa jest sytuacja, że działanie przekraczające

w rzeczywistości granice prawa, osłonięte jest pozorem działania w granicach prawa podmiotowego. Taka sytuacja nosi cechę nadużycia prawa.

Na tle prawa polskiego dłużnik, podnosząc zarzut przedawnienia, wykonuje swe prawo podmiotowe. Powszechnie przyjmuje się, że wykonywanie tego prawa jest pozbawione skutków prawnych, jeżeli pozostaje ono w sprzeczności z dotychczasowym zachowaniem się dłużnika. Dłużnikowi, który swym poprzednim zachowaniem wstrzymał wierzyciela od wniesienia pozwu, a następnie podniósł zarzut przedawnienia, można przypisać działanie sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, a tym samym nadużycie prawa. W szczególności wtedy, gdy po stronie dotkniętego tym nadużyciem wystąpiły skutki, których pogodzenie z zasadami współzycia społecznego byłoby niemożliwe.

Zdaniem składu orzekającego, powołanie się na zarzut przedawnienia może stanowić – przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy – nadużycie prawa także wtedy, gdy zachowanie się dłużnika nie miało wpływu na upływ przedawnienia. Artykuł 5 k.c. nie daje bowiem żadnych podstaw do wykładni, która by jego stosowanie uzależniała od tego, czy przy nabyciu danego prawa lub następnie na tle stosunku prawnego łączącego zainteresowanych zaszły okoliczności, które musiałyby rzutować na ujemną – z punktu widzenia zasad współzycia społecznego – ocenę postępowania uprawnionego, który prawo swe urzeczywistnia. Bardzo często, oczywiście, takie „rzutowanie” odgrywa nawet decydującą rolę, gdyż przy rozstrzyganiu, czy zaszło naruszenie zasad współzycia społecznego, musi się uwzględniać zawsze całokształt okoliczności. Niemniej nie chodzi tu o *conditio sine qua non*. Artykuł 5 k.c. odnosi się do nagannego czynienia użytku z prawa już istniejącego, a więc do jego realizacji. Ta zaś może kolidować z zasadami współzycia społecznego niekiedy tylko ze względu na położenie, w jakim znajduje się osoba, w stosunku do której tę realizację się podejmuje.

Transponując powyższe zasady z dziedziny przedawnienia na grunt okoliczności faktycznych sprawy, należy stwierdzić, że kasacja słusznie zarzuca, że Sąd Apelacyjny z naruszeniem art. 5 k.c. uznał, iż wystąpienie przez pozwanych z zarzutem przedawnienia nie stanowi nadużycia prawa. Uwzględnienie bowiem tego zarzutu godzi w podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania (zasady współzycia społecznego). W sprawie nie można było przecież pominąć, że spowodowany

zakażeniem trwały uszczerbek na zdrowiu małoletniego skarżącego został oceniony na 30% i że żyje on od urodzenia i nadal będzie żył z jarzmem choroby i związanym z tym leczeniem. Ponadto, że przedstawiciele ustawowi (rodzice) skarżącego wykazali wielką troskę o jego zdrowie przejawiającą się m.in. w podejmowaniu wszelkich działań zmierzających do jego wyleczenia. Podejmowali te działania z wiarą, opartą na zapewnieniach personelu medycznego, że stosowane leki oraz środki lecznicze przywrócą skarżącemu zdrowie. („Wcześniej jak jeszcze dziecko było malutkie obiecywano nam, że wszystko dobrze się skończy. Liczyliśmy na to, że dziecko zupełnie wyzdrowieje” – k. 247). Okoliczność więc, że przedstawiciele ustawowi skarżącego w swoim działaniu koncentrowali się na jego wyleczeniu, a nie na uzyskaniu należnego mu odszkodowania i zadośćuczynienia usprawiedliwia ich zwłokę w wytoczeniu powództwa.

Z tych przyczyn Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu.

Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz

G L O S A

1. Zarzut przedawnienia w „procesach lekarskich”, oparty na reżimie deliktowym, jest podnoszony coraz częściej oprócz kwestionowania winy lekarzy lub związku przyczynowego pomiędzy postępowaniem lekarzy (szpitali) a szkodą doznaną przez pacjenta. Wynika to z faktu, że terminy przedawnienia roszczeń z tytułu czynu niedozwolonego są krótkie, maksymalnie wynoszą 10 lat, podczas gdy w niektórych innych ustawodawstwach lat 30 (np. § 199 niemieckiego kodeksu cywilnego), a w dawnym kodeksie zobowiązań lat 20 (został skrócony do lat 10 przez przepisy ogólne prawa cywilnego od dnia 1 X 1950 r.). To powoduje, że niektóre szkody ujawniają się już po upływie terminu przedawnienia (np. szkody popromienne czy będące skutkiem ujem-

nego oddziaływania na organizm ludzki radioaktywnych substancji chemicznych, zakażeń szpitalnych wirusami lub bakteriami czy nawet pozostawienia w polu operacyjnym narzędzi chirurgicznych).

Art. 442 k.c. stanowi, że: § 1. Roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym ulega przedawnieniu z upływem lat trzech od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Jednakże w każdym wypadku roszczenie przedawnia się z upływem lat dziesięciu od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wyrządzające szkodę. § 2. Jeżeli szkoda wynikła ze zbrodni lub występku, roszczenie o naprawienie szkody ulega przedawnieniu z upływem lat dziesięciu od dnia popełnienia przestępstwa bez względu na to, kiedy poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia”.

Wskutek tego miały miejsce przypadki, w których licząc termin biegu przedawnienia od dnia zdarzenia roszczenie odszkodowawcze ulegało przedawnieniu zanim szkoda się ujawniła. Powodowało to krytykę w doktrynie, którą przyjmowały sądy w niektórych orzeczeniach. I tak np. Sąd Najwyższy w wyroku z 21 V 2003 r. (IV CKN 378/01, OSP 4/2004, poz. 55 z glosą M. Nesterowicza) stanął na stanowisku, że: „Przed powstaniem szkody nie może rozpocząć się bieg określonego w art. 442 § 1 zd. 2 k.c. terminu przedawnienia roszczenia o jej naprawienie”. We wcześniejszym wyroku z 18 IX 2002 r. (III CKN 597/00). Sąd Najwyższy wyjaśniał moment dowiedzenia się o szkodzie i stwierdził, że w przypadku zakażenia szpitalnego (w danej sprawie wirusem żółtaczkowy typ B) termin 3-letni przedawnienia z art. 442 § 1 zd. 1 k.c. liczy się nie od dnia poinformowania pacjenta o samym zakażeniu, lecz o skutkach choroby. Zdaniem SN dla bytu przedawnienia roszczeń (o zadośćuczynienie za krzywdę, odszkodowanie, rentę) istotny jest nie sam fakt zakażenia, lecz ujawnienie się jego następstw, a więc wystąpienie szkody. Lekarze zapewniali matkę dziecka, że choroba minie bez następstw. Z czasem jednak skutek w postaci uszkodzenia wątroby ujawnił się i – zd. SN – od tego momentu rozpoczyna się bieg przedawnienia. Z kolei w wyroku z 16 IV 1999 r. (II UKN 579/98, OSNAP 12/2000, poz. 481) SN powiedział, że: „datę, od której rozpoczyna się bieg przedawnienia, stanowi data, kiedy poszkodowany w oparciu o miarodajne i autorytatywne orzeczenie kompetentne placówki medycznej dowiadyuje się

o swojej chorobie, jej stopniu zaawansowania, powiązaniu z warunkami pracy, a w konsekwencji o osobie zobowiązanej do naprawienia szkody”.

Choć orzecznictwo było dość rozbieżne, to najczęściej uznawano, że w każdym przypadku przedawnienie następuje po upływie 10 lat od daty czynu niedozwolonego. Ostatecznie ten kierunek wykładni został przesądzony uchwałą pełnego składu Izby Cywilnej SN z 17 II 2006 r. (III CZP 84/05), która głosi, że: „Roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym przedawnia się z upływem lat dziesięciu od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wyrządzające szkodę (art. 442 § 1 zdanie drugie k.c.) bez względu na to, kiedy powstała szkoda lub się ujawniła”¹.

Unormowanie przyjęte w art. 442 k.c. zostało uznane przez Trybunał Konstytucyjny za sprzeczne z konstytucją. Nie może bowiem funkcjonować przepis, który daje pozorne prawo majątkowe, podlegające przedawnieniu jeszcze przed ujawnieniem się szkody. Tworzy on bowiem jedynie pozory ochrony prawnej. Błąd przepisu polega nie na ograniczeniu okresu przedawnienia roszczeń do dziesięciu lat, lecz na metodzie obliczania tego okresu od momentu zdarzenia, a nie ujawnienia szkody (wyrok z 1 IX 2006 r., 14/05, wchodzi w życie z początkiem 2008 r.).

Wskazana była więc interwencja ustawodawcy, który ostatecznie poszedł drogą przedłużenia terminu przedawnienia do lat 20 przy szkodach na osobie (a więc w tym zakresie nastąpił powrót do dawnej regulacji w kodeksie zobowiązań). Dodano także przepis chroniący przed przedawnieniem osoby małoletnie. Ustawa z 13 lipca 2006 r. nadała art. 442 następujące brzmienie: § 1. Roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym ulega przedawnieniu z upływem lat trzech od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Jednakże w każdym wypadku roszczenie przedawnia się z upływem lat dziesięciu od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wyrządzające szkodę, a jeżeli szkoda była następstwem uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia – z upływem lat dwudziestu od tego dnia. § 2. Jeżeli szkoda wynikła ze zbrodni lub występku, roszczenie o naprawienie szkody ulega przedawnieniu

¹ Por. Z. Strus, Przedawnienie roszczeń za szkody na osobie, PiM 3/2006, s. 51 i n.

z upływem lat dwudziestu od dnia popełnienia przestępstwa, bez względu na to, kiedy poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. § 3. Przedawnienie roszczeń osoby małoletniej o naprawienie szkody, która była następstwem uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia nie może skończyć się wcześniej niż z upływem lat dwóch od uzyskania przez nią pełnoletności”.

Ustawa została jednak zawetowana przez Prezydenta RP w związku z innym przepisem. Należy więc oczekiwać ponownej regulacji art. 442 k.c. w nowej ustawie.

2. Środkiem łagodzącym rygorystyczny rygor instytucji przedawnienia jest konstrukcja „nadużycia prawa” jako działania sprzecznego z zasadami współżycia społecznego (zasadami słuszności), gdy działanie sprawcy szkody wykracza poza granice przysługującego mu prawa podmiotowego, a więc można uznać je za bezprawne². Mimo mniej liberalnej praktyki w ostatnich latach, sądy niejednokrotnie sięgają do art. 5 k.c. właśnie ze względu na zbyt krótkie terminy przedawnienia z art. 442 k.c. Przyjmują, że podniesienie przez pozwanego zarzutu przedawnienia jest w danych okolicznościach nadużyciem prawa i uwzględniają powództwo. Gdy jednak dawniej dla zastosowania art. 5 k.c. wymagano na ogół nagannego postępowania po stronie sprawcy szkody albo osoby zobowiązanej do naprawienia szkody (np. ukrywanie przez lekarzy rzeczywistych przyczyn lub rozmiarów szkody, niepodawanie pacjentowi pełnych informacji co do ujemnych, zawinionych skutków zabiegów czy złych rokowań, utrudnianie dostępu do dokumentacji medycznej, itp.), to obecnie bierze się pod uwagę również inne okoliczności, leżące po stronie poszkodowanego (np. niezrozumienie podawanych informacji, błędną ocenę interwencji medycznych i stanu zdrowia, poważne szkody na osobie, które przy dołożeniu należytej staranności przez lekarzy nie powinny się zdarzyć)³. W tym kierunku idzie Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku stwierdzając, że „powołanie się na zarzut przedawnienia może stanowić (...) nadużycie prawa także wtedy, gdy zachowanie się dłużnika nie miało wpływu na upływ przedawnienia”. SN poszerza jednocześnie podstawy do uznania zarzutu

² Por. T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 55 i n.

³ Por. J. Strus, *op.cit.*, s. 71; zob. też uzasadnienie *in fine* cyt. uchwały Izby Cywilnej SN z 17 II 2006 r. (III CZP 84/05).

przedawnienia jako nadużycie prawa w sytuacji, gdy rodzice dziecka działając w zaufaniu do lekarzy koncentrowali się na wyleczeniu dziecka, a nie na występowaniu do sądu z powództwem odszkodowawczym.

Można wskazać wiele spraw w „procesach lekarskich”, w których sądy stosowały art. 5 k.c., przeważnie w sprawach dotyczących małoletnich dzieci, zakażonych wirusem typu B lub C albo które doznały poważnych szkód przy urodzeniu na skutek spóźnionego lub wadliwie przeprowadzonego porodu⁴. W niektórych orzeczeniach stwierdzono, że uchybienie przez rodziców terminu dochodzenia w imieniu dziecka roszczeń odszkodowawczych nie powinno ujemnie rzutować na prawa dziecka do odszkodowania. Dlatego z aprobatą należy przyjąć cytowany wyżej zmieniony art. 442 k.c., w którym dodano § 3, że przedawnienie roszczeń osoby małoletniej o naprawienie szkody na osobie nie może skończyć się wcześniej niż z upływem lat dwóch od uzyskania przez nią pełnoletności.

Sądy uznawały również jako nadużycie prawa zarzut przedawnienia w sprawach, w których pacjent nie mógł wcześniej wiedzieć o szkodzie, bo ujawniła się po upływie terminu przedawnienia, powodującej poważne kalectwo, rozstrój zdrowia lub śmierć pacjenta, postępowanie sprawcy było rażąco niedbałe i naganne, a uwzględnienie zarzutu przedawnienia godziłoby głęboko w zasady słuszności. Przykładem może być orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 4 X 1999 r. (I C 708/96, PiM 9/2001), który stwierdził, że utrzymywanie poszkodowanej, w której sercu pozostawiono podczas operacji dwie igły atraumatyczne, przez szpital w przekonaniu, że nie istnieją żadne ujemne skutki zabiegu operacyjnego, a ewentualne jej dolegliwości nie są jego następstwem, uzasadnia nieuwzględnienie zarzutu przedawnienia jako oczywiście sprzecznego z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.). O igłach dowiedziała się powódka po 13 latach od operacji podczas badań kontrolnych RTG klatki piersiowej.

⁴ Np. wyrok SA w Warszawie z 28 XI 2001 r. (I ACa 418/01); wyrok SA w Krakowie – zob. „Rzeczpospolita” z 27 IX 2002 r.; wyrok SA w Lublinie z 21 II 2006 r. (I ACa 69/06).

Do Autorów

Szanowni Państwo!

Materiały do publikacji, których objętość nie powinna co do zasady przekraczać 15 stron znormalizowanego maszynopisu (ok. 27 tysięcy znaków), należy nadsyłać do Redakcji wraz z dyskietką lub pocztą elektroniczną (z imieniem, nazwiskiem oraz numerami telefonów kontaktowych).

Do materiałów przysyłanych do Redakcji przez doktorantów, asystentów i aplikantów powinna być dołączona rekomendacja (recenzja) opiekuna naukowego.

Autorzy składający po raz pierwszy tekst do Redakcji proszeni są o dołączenie krótkiej informacji o sobie (c. v.).

Redakcja nie zwraca niezamówionych artykułów i zastrzega sobie prawo skracania i adiustacji tekstów oraz zmiany tytułów i śródtytułów.

Przekazując tekst do Redakcji, autor przenosi wyłączne prawo do publikacji, prawa autorskie i wydawnicze na Wydawcę Abacus Biuro Promocji Medycznej Sp. z o.o.

Przedruk materiałów opublikowanych w „Prawie i Medycynie” wymaga zgody wydawcy. Cytowanie fragmentów publikacji jest możliwe wyłącznie z powołaniem się na źródło. Wydawca nie odpowiada za treść zamieszczonej reklamy.