

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,
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

Dr n. prawn. Maria Boratyńska
Uniwersytet Warszawski

Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego – Część 2. Zakres udzielonej zgody i rozmieszczenie ciężaru dowodu	5
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za <i>wrongful conception</i>, <i>wrongful birth</i>, <i>wrongful life</i> w orzecznictwie europejskim (2000-2005)	19
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Prof. dr hab. n. med. Romuald Dębski
Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie

Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty	39
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Dr n. prawn. Lech K. Paprzycki
Sędzia Sądu Najwyższego

Granice prawnokarnej ochrony życia i zdrowia człowieka na tle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r. (I KZP 18/06)	53
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Dr n. prawn. Joanna Haberko
Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu
Konsekwencje prawne żywego i martwego urodzenia 64

Mgr prawa Dominika Tykwińska-Rutkowska
Uniwersytet Gdański
Zapłodnienie *in vitro* – problematyka administracyjnoprawna
(na kanwie orzeczenia WSA z dnia 2006-08-30) 80

Mgr prawa Hanna Kwiatkowska
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Odpowiedzialność cywilna lekarza za szkody wyrządzone przez leki
w prawie USA 97

Dr n. prawn. Małgorzata Paszkowska
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie
Prawo pacjenta do planowanego leczenia w innym państwie
Unii Europejskiej 109

Prof. dr hab. n. med. Marek Sanecki, Dr n. med. Janusz Opolski
Szkoła Zdrowia Publicznego CMKP
Dualny system opieki zdrowotnej w Chile 124

RECENZJA

Stanisław Przyjemski
Juliusz Duda: Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego
(rec. Dr n. prawn. Emerytowany Sędzia SN Stanisław Przyjemski) 136

ORZECZNICTWO

Prof. dr n. prawn. Mirosław Nesterowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2006 r. (I CSK 191/05) 142

Maria Boratyńska

Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego – Część 2. Zakres udzielonej zgody i rozmieszczenie ciężaru dowodu

I. Świadoma zgoda na zabieg a wystąpienie powikłań

Wydaje się, że nie bez powodu ustawodawca nakłada na lekarza obowiązek dochowania „tylko” staranności należytej, przy uwzględnieniu rzecz jasna standardu właściwego dla zawodowca (art. 4 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty – dalej uzl)¹. Istnieją jednocześnie regulacje innych „ustaw zawodowych”, gdzie obowiązki profesjonalnej staranności potraktowane są ostrzej niż w odniesieniu do lekarzy. Jako przykład można wskazać ustawę o zawodach pielęgniarki i położnej: „Pielęgniarka, położna wykonuje zawód (...) ze szczególną starannością” (art. 18), jak również ustawę Prawo o notariacie: „Notariusz ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnych (...) z uwzględnieniem szczególnej staranności, do jakiej jest obowiązany przy wykonywaniu tych czynności” (art. 49). Zakładając, że racjonalny ustawodawca nie operuje rozróżnieniami w sposób przypadkowy, należy zastanowić się nad racjami, którymi podyktowane zostały łagodniejsze wymagania stawiane lekarzowi niż pielęgniarce czy położnej oraz notariuszowi, zwłaszcza że w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza stawia się tradycyjnie w jednym rzędzie z notariuszem². **Notariusz jednak tym zasad-**

¹ Dz.U. z 2005 r., Nr 226, poz. 1943.

² Zob. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu* [w] „Prawo i Medycyna” nr 1/1999 s. 124-125.

niczo różni się od lekarza, że sprawuje znacznie większą kontrolę nad materia w jakiej uprawia zawód: jego zadaniem jest dokonanie czynności notarialnej prawidłowo pod względem prawnym, tak formalnie, jak i merytorycznie. Dysponuje w związku z tym również szeregiem gwarancji umożliwiających odstąpienie od czynności w sytuacjach wątpliwych: gdy poweźmie wątpliwość co do zdolności do czynności prawnych klienta czy też w razie gdy zamierzona czynność jest sprzeczna z prawem. Takich gwarancji co do zasady nie ma lekarz (odstąpienie od leczenia dopuszczalne jest tylko w zupełnie wyjątkowych wypadkach), a poza tym prawo czynności notarialnych z zasady ma nie zawierać niewiadomych³. Tymczasem organizm pacjenta posiada je jak najbardziej i z tego względu zazwyczaj nie tylko niemożliwe jest zagwarantowanie rezultatu w leczeniu, ale nawet przewidzenie z pewnością, że coś zdarzy się lub nie zdarzy. **Nawet dochowanie najwyższej staranności nie gwarantuje na przykład braku powikłań.** Tak więc lekarz nigdy nie ma pełnej kontroli nad sytuacją, no chyba że jest anatomopatologiem. Nas jednak interesują relacje z pacjentem żywym, którego zgoda legalizuje działanie lekarza.

Na tle rozmaitych stanów faktycznych pojawia się kwestia ewentualnych związków między świadomą zgodą pacjenta a należytą starannością lekarza. Istnieją sytuacje, gdy nie dość poinformowany pacjent poddaje się zabiegowi i wywodzi z tego następnie roszczenia odszkodowawcze. Podnosi, że nie wiedział o ryzyku tych akurat powikłań, które u niego nastąpiły, a gdyby wiedział, nie wyraziłby zgody na operację. Wówczas niedostatecznie świadoma zgoda może być potraktowana tak samo jak brak zgody, a leczenie bez zgody co do zasady świadczy faktycznie o winie lekarza, czyli – w ujęciu tradycyjnym – co najmniej o niedołożeniu należytej staranności. Przy takim postawieniu problemu sądy mają tendencję do zasądzania odszkodowań, notabene rezygnując z przesłanki adekwatnego związku przyczynowego między zawinionym uchybieniem lekarza a szkodą w tej właśnie postaci i rozmiarze⁴.

³ Za to zdarzają się ze strony klientów przypadki fałszerstw czy umyślnego zatajania faktu ubezwłasnowolnienia. Więc i notariusz nie ma wszystkiego pod kontrolą. Gdyby miał – stanowiłoby to racjonalne uzasadnienie wprowadzenia odpowiedzialności za sam skutek.

⁴ Zob. np. wyrok SN z 17.XII.2004, II CK 303/04, [w] OSP nr 11/2005 poz. 131 z gl. M. Świdarskiej. Wg autorki glosy (i Sądu Apelacyjnego) związek przyczynowy między niedoinformowaniem a szkodą polegał na pozbawieniu pacjenta możliwości rozważenia sytuacji i podjęcia świadomej decyzji. Zob. też gl. M. Nesterowicza [w] Przegląd Sądowy nr 6/2006.

Zdarzyło się też, że powikłanie anestezyjologiczne, zinterpretowane przez biegłych jako dzieło przypadku, zostało przez sąd uznane za uchybienie, niezawinioną pomyłkę lekarza, a to z kolei doprowadziło do wniosku, że jako taka komplikacja nie jest objęta świadomą zgodą pacjenta⁵. Przy tej okazji Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że od lekarzy wymaga się przy przeprowadzaniu zabiegów **najwyższej** staranności zawodowej, której dochowywanie jest jedną z zasad współżycia społecznego. W każdym razie, zdaniem Sądu Najwyższego, świadoma zgoda pacjenta obejmuje swoim zakresem tylko „zwykłe powikłania pooperacyjne”, a nie takie, które są rezultatem pomyłki lekarza:

„1. Ryzyko, jakie bierze na siebie pacjent, wyrażając zgodę na zabieg operacyjny, obejmuje tylko zwykłe powikłania pooperacyjne. Nie można uznać, że taka zgoda obejmuje również komplikacje powstałe wskutek pomyłki lekarza.

2. Zachowanie funkcjonariusza publicznego⁶ jest bezprawne, jeżeli pozostaje w sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który należy rozumieć nie tylko obowiązujące ustawodawstwo, ale także obowiązujące w społeczeństwie zasady współżycia społecznego. Wśród tych zasad mieści się przeprowadzanie zabiegów operacyjnych zgodnie ze sztuką lekarską i najwyższą starannością, wymaganą od profesjonalisty”.

Ten ostatni kazus zasługuje na szczególną uwagę, głównie jednak jako ostrzeżenie przed upowszechnieniem określonej linii rozumowania. Otóż pacjentka miała poddać się operacji ortopedycznej lewego nadgarstka, mającej na celu uwolnienie nerwu pośrodkowego. Zastosowane zostało znieczulenie miejscowe przez blokadę splotu ramiennego. Zabieg ten został uznany za wykonany **prawidłowo**, jednak miało miejsce „niezamierzone” nakłucie opłucnej, co doprowadziło do wystąpienia odmy i silnego bólu. W uzasadnieniu wyroku Sąd uznał to **przypadkowe** nakłucie za **pomyłkę** i sformułował wniosek, iż **najwyższa staranność wymagana od profesjonalistów w zakresie medycyny wyklucza przypadkowe uszkodzenie organu innego niż ten, który jest**

⁵ Wyrok SN z 29.X.2003, III CK 34/02, [w] OSP nr 4/2005 poz. 54, z gl. E. Bagińskiej.

⁶ Pod rządem dawnych przepisów kodeksu cywilnego lekarz był kwalifikowany jako funkcjonariusz państwowy dla celów zasądzenia odszkodowania od Skarbu Państwa: zdarzenie, o którym mowa, miało miejsce w roku 1995. W chwili obecnej nie tylko zakłady opieki zdrowotnej mają status osób prawnych, ale i kodeksowa odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy uległa poważnej modyfikacji. W szczególności kodeks cywilny nie zawiera już pojęcia funkcjonariusza.

przedmiotem zabiegu⁷. Skoro zatem do tego doszło – zachowanie lekarza kwalifikuje się jako **bezprawne**⁸. W ten oto sposób Sąd Najwyższy, a za nim autorka glosy do wyroku, beztrąsko postawili znak równości między **przypadkiem, pomyłką i bezprawnością**. Przy tej okazji w glosie padło zdanie interpretujące fragment opinii biegłego: „zabieg znieczulenia wykonano prawidłowo, jednak doszło do niezamierzonego nakłucia opłucnej”, jako przejaw powszechnej w środowisku praktyki takiego formułowania opinii, aby wyraźnie nie stwierdzić niestaranności, niezręczności, nieuwagi czy innych zaniedbań po stronie lekarza⁹. Autorka nie może najwyraźniej pogodzić się z tezą, że prawidłowo wykonany zabieg mógł doprowadzić do tego rodzaju powikłania, więc na pewno biegły zrobił unik (jeśli nie skłamał), a Sąd Najwyższy wziął to za dobrą monetę. Tymczasem akurat w tej sprawie wiara dana biegłym pozwoliłaby uniknąć nieporozumień. Co prawda *prima facie* trafienie w opłucną zamiast w splot ramieniowy sprawia wrażenie strzału z gatunku „kulą w płot”, więc pozwala domniemywać uchybienie. Jednak okazuje się, że technika stosowana przy tego rodzaju znieczuleniu po prostu nie daje stuprocentowej gwarancji celności¹⁰.

Co więcej: autorka idzie jeszcze dalej i cytując orzecznictwo, tak obce, jak rodzime, konkluduje, że tego rodzaju „pomyłki” (sic) wynikają **na ogół** z nieuwagi i niezręczności, w związku z czym uznaje się je za zawinione.

To rozumowanie, opierające się na ciągu uproszczeń, jest niebezpieczne dlatego, że *summa summarum* sprowadza odpowiedzialność lekarza ukształtowaną *de iure* na zasadzie winy do odpowiedzialności *de facto* za skutek. Podobną tendencję daje się zauważyć w odniesieniu do odpowiedzialności notariuszy, jednak po pierwsze: notariusze są

⁷ Tamże, s. 226.

⁸ jw.

⁹ s. 227 przypis nr 3.

¹⁰ Co prawda teraz to ja ryzykuję kompromitacją, ponieważ referuję na wiarę wiadomości uzyskane od anestezjologa – słuchaczki jednego z prowadzonych przeze mnie kursów dla lekarzy. W dużym uproszczeniu blokada splotu ramieniowego miałyby polegać na wprowadzeniu igły pod obojczyk na głębokość ok. 2 cm. Nie jest to bardzo precyzyjny algorytm i chciałam zwrócić uwagę sceptyków na oczywisty fakt, że lekarz nie widzi wnętrza ciała pacjenta, chyba że zabieg odbywa się pod kontrolą USG, jak np. amniopunkcja genetyczna. Zwłaszcza chirurdzy podkreślają z naciskiem, że każdy pacjent jest trochę inaczej zbudowany; reasumując – to jest prawdopodobne, że anestezjolog wkłuł się nie tam gdzie trzeba, mimo że wszystko wykonywał prawidłowo. W dodatku *ex post* ewentualne uchybienie jest dość trudne do wykazania, jeżeli obie części ciała znajdują się niedaleko siebie; można tylko jak najdokładniej wypytać lekarza, jak to robił oraz biegłych, jak powinno się to robić. Podobne ryzyko niesie ze sobą technika laparoskopowa, porównywana obrazowo do przemeblowania przez dziurkę od klucza.

ustawowo zobowiązani do dochowywania staranności „szczególnej” (cokolwiek by to miało znaczyć), po drugie: notariusze w większym stopniu panują nad swoją materią zawodową. Czynności lekarskie mają charakter psychofizyczny, podczas gdy notarialne – charakter symboliczny. Dlatego błąd notariusza, zwłaszcza taki, który pociąga za sobą nieważność czynności prawnej udokumentowanej aktem notarialnym, wolno potraktować jako faktycznie przesądzający o zawinieniu¹¹. Natomiast gdy chodzi o innych profesjonalistów, w tym i lekarzy, o ich winie przesądzają jednoznacznie tylko takie błędy (uchybień, pomyłki), które w sposób oczywisty świadczą o niekompetencji¹². Zaś w omawianej sprawie, przypomnijmy, **nie został stwierdzony nawet błąd!** To tylko Sąd Najwyższy wpisał niewyrządzenie **przypadkowych szkód** w zakres najwyższej staranności zawodowej lekarza, której przestrzeganie uznał za zasadę współżycia społecznego. Nie dość, że doszło tutaj do pomieszania pojęć: zasad współżycia społecznego, które mają wymiar etyczny, ze standardami wykonywania zawodu, wśród których większość stanowią reguły etycznie obojętne, to jeszcze wobec lekarza zostało postawione wymaganie, by zapanował nad czystym przypadkiem. Niemożliwe nie może być przedmiotem obowiązku, a ogólny sens tego wyroku jest wręcz odwrotny. Sąd nie zakwestionował wszak opinii biegłych, że szkoda nastąpiła przypadkiem i nie była rezultatem uchybienia. Gdyby pacjentka zręczniejszym sformułowała żądanie pozwu, otrzymałaby odszkodowanie za to, że zdarzył się nieszczęśliwy wypadek. Tego jeszcze nie było. A że od lekarza, wbrew brzmieniu art. 4 lekarskiej ustawy zawodowej, nagle wymaga się najwyższej staranności – zamiast staranności należytej – stanowi już w porównaniu z tamtym zupełną drobnostką.

Pierwsza teza wspomnianego orzeczenia stanowi natomiast wyważenie otwartych drzwi: „Ryzyko, jakie bierze na siebie pacjent, wyrażając zgodę na zabieg operacyjny, obejmuje tylko zwykłe powikłania pooperacyjne. Nie można uznać, że taka zgoda obejmuje również komplikacje powstałe wskutek pomyłki lekarza” (zakładając, że odma i ból u pacjentki byłyby rzeczywiście spowodowane pomyłką lekarza, co przecież nie miało miejsca).

¹¹ Zob. wyrok SN z 12.VI.2002, III CKN 694/00, [w] OSNC nr 9/2003 poz. 124.

¹² B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: op. cit. s. 124.

Świadoma zgoda obejmuje swym zakresem tylko te czynności lekarskie, o których pacjent wie. Co do ewentualnych powikłań, to można je podzielić na powikłania niewynikające z uchybień oraz na powikłania wynikłe z uchybień lekarza i reszty personelu. Z kolei wśród powikłań wynikłych z uchybień są powikłania z uchybień niezawinionych i powikłania z uchybień zawinionych. Zasadniczo tylko powikłania z uchybień zawinionych prowadzą do odpowiedzialności odszkodowawczej; zarysowała się jednak tendencja do przypisywania odpowiedzialności odszkodowawczej także w razie powikłań, o których ryzyku pacjenta nie poinformowano, przy czym nie chodzi tu o zadośćuczynienie za „krzywdę niedoinformowania”, lecz przede wszystkim o naprawienie szkód majątkowych (dlatego adekwatny związek przyczynowy jest sprawą problematyczną). Niemniej powikłanie może wystąpić lub nie, więc pacjent informowany jest tylko o jego ryzyku i dotyczy to tylko powikłań niewynikających z uchybień. Powikłania z uchybień nie są brane pod uwagę przy odbieraniu świadomej zgody z tej prostej przyczyny, że zabieg planuje się przy założeniu, że procedura medyczna będzie prowadzona prawidłowo (chyba, że z góry znane są niedostatki techniczne bądź niedobory środków – np.: „ale wie pan, my nie mamy środków znieczulających”). W każdym razie nie uwzględnia się braku odpowiednich umiejętności po stronie personelu medycznego i nie dlatego, że to by źle wyglądało, tylko przez przyjęcie założenia, że osoby wykonujące zabieg potrafią to zrobić, bo w przeciwnym razie nie zostałyby dopuszczone do pacjenta. Siłą rzeczy więc powikłania z uchybień nie są objęte świadomą zgodą. W jakimś ekstraordynaryjnym przypadku wyraźnego zapytania pacjenta, czy zgadza się, by np. operował go chirurg, któremu trzęsą się ręce – pacjent najpewniej by odmówił. **W sumie więc zagadnienie świadomej zgody odnosi się tylko do samego zabiegu, z uwzględnieniem ryzyka „normalnych powikłań” – czyli należących do natury danego schorzenia.** Nic więc dziwnego, że pacjent nie wyrażał zgody na powikłania innego rodzaju. Uprawniony wydaje się wniosek, że obowiązek informowania w ogóle ich nie obejmuje. Tak więc powikłania z uchybień nie mogą być przedmiotem świadomej zgody.

Gdyby natomiast przyjąć dosłownie cytowaną tezę Sądu Najwyższego, to jej konsekwencją byłoby uznanie, że powikłanie wynikłe z „pomyłki” jest co do zasady „nielegalne”. Sam zabieg był legalny, lecz okre-

ślone powikłanie – nie. Tylko po co? Powikłanie z uchybienia wystarczy potraktować jako zdarzenie odrębne. Nie może ono rzutować na legalność samego zabiegu – delegalizować go w całości, a ewentualna odpowiedzialność odszkodowawcza pomieści się w granicach adekwatnego związku przyczynowego między zawinionym uchybieniem (o ile było zawinione), a szkodą z niego wynikłą. Krzywda pacjenta polega też nie na poddaniu go zabiegowi, tylko cierpieniach wynikłych z (zawinionego) uchybienia. Rozważania na temat objęcia bądź nieobjęcia świadomą zgodą powikłań z uchybienia wydają się więc bezprzedmiotowe.

Drugie ze wspomnianych orzeczeń na temat zakresu świadomej zgody pacjenta dotyczy natomiast powikłań poważnych, ale niebędących wynikiem uchybienia, objętych normalnym ryzykiem skomplikowanego zabiegu. Problem polegał jednak na tym, że o ich ryzyku pacjent nie został w ogóle powiadomiony. Na podstawie uzasadnienia wyroku i opublikowanej glosy¹³ można dokonać uproszczonej rekonstrukcji stanu faktycznego. Młody mężczyzna miał być poddany operacji kręgosłupa. Po przebytej operacji, na którą pacjent wyraził zgodę ustnie, nastąpił niedowład kończyn i porażenie pęcherza moczowego. Pacjent wystąpił o odszkodowanie podnosząc, że wprawdzie wyraził zgodę na zabieg, jednak nie była to zgoda dostatecznie świadoma i „poinformowana”. Sąd zasądził odszkodowanie i rentę. Z punktu widzenia legalności zabiegu zgoda pacjenta została uznana za niewystarczającą; brak dostatecznej informacji uczynił ją, zdaniem Sądu Najwyższego, prawnie bezskuteczną, a więc równoznaczną z **brakiem zgody**. Powiązanie przyczynowe między szkodą a nieudzieleniem pacjentowi dostatecznej informacji miało polegać na pozbawieniu pacjenta możliwości rozważenia sytuacji i podjęcia świadomej decyzji. Można się z tym zgodzić, gdy chodzi o zadośćuczynienie za krzywdę, zwaną potocznie stratą moralną, jednak trudno byłoby dostrzec normalny związek przyczynowy między majątkowymi konsekwencjami normalnych niestety powikłań pooperacyjnych a „niedoinformowaną” zgodą na tę operację. W każdym jednak razie lekarzom słusznie dostało się za to, że nie pofatygowali się udzielić pacjentowi pełnej z jego punktu widzenia informacji na temat planowanego zabiegu. Słusznie dlatego, że ten właśnie aspekt świadomej zgody pacjenta jest przez środowisko lekarskie powszech-

¹³ Chodzi o wspomniany już w przypisie 9 wyrok SN z 17.XII.2004 i glosę M. Świdarskiej.

nie niedoceniany, by nie powiedzieć – lekceważony. W uzasadnieniach wyroków medycznych wciąż pojawia się cytowana argumentacja strony pozwanej, „że przecież pacjent wyraził zgodę na zabieg, to o co jeszcze chodzi?”. Mało kogo natomiast interesuje, czy zgoda została udzielona w warunkach należytego poinformowania o wszystkim tym, o czym poinformować lekarz ma przecież ustawowy obowiązek. Do znudzenia cytuje się w doktrynie art. 31 ust. 1 uzł. Przysłowiowy „groch o ścianę” i można się o tym przekonać na każdym kroku. Osobiście znam jednego, JEDNEGO lekarza, który jest pod tym względem bez zarzutu.

Powyższa konstatacja znajduje potwierdzenie w rozważaniach Alana Meisela i Loren H. Roth¹⁴. W oparciu o dostępną podówczas literaturę przedmiotu zauważyli oni, że na ogół nie określa się co tak naprawdę lekarze mówią swoim pacjentom. Nawet w opracowaniach na temat relacji między lekarzem a pacjentem zawarte są tylko ogólnikowe stwierdzenia, że uzyskano świadomą zgodę pacjenta. Na ogół wiadomo tylko, że pacjent podpisał oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się danemu zabiegowi z zaznaczeniem, że mógł zgody odmówić.

Tymczasem wymagania z art. 31 ust. 1 uzł, jakim powinna odpowiadać informacja udzielona pacjentowi, wskazują raczej jednoznacznie, że powinna to być zgoda nie tylko świadoma, ale też w pełni oparta na wiedzy, czyli ze świadomością tego, na co dokładnie pacjent się zgadza: informacja ma być nie tylko pełna, ale i przystępna.

II. Zagadnienia dowodowe

W sprawie o którą chodzi pacjent nie kwestionował faktu udzielenia zgody, podnosił tylko stanowczo, że nikt mu nie powiedział o ryzyku tak poważnych powikłań, które – jak należy przypuszczać – mogłyby skutecznie zniechęcić go do wyrażenia zgody na operację. Ponieważ zgoda została odeń odebrana jedynie w formie ustnej, powstał problem udowodnienia do jakiego stopnia była ona poinformowana. Można tylko na marginesie wspomnieć, iż kwestia byłaby równie istotna, gdyby

¹⁴ A. Meisel, L.H. Roth: *What We Do and Do Not Know About Informed Consent*, [w] *Journal of the American Medical Association*, 246, 21, 1981, s. 2473-2477, za: M. Nowacka: *Autonomia pacjenta jako problem moralny*, Białystok 2005, s. 155.

pacjent podpisał ogólnikowo sformułowany druczek, powszechnie stosowany w takich wypadkach, że wyraża zgodę, będąc powiadomiony o możliwych niekorzystnych następstwach itd. Wówczas i tak nie byłoby dokładnie wiadome, o czym z nim rozmawiano. Skoro jednak podpisał – działałoby domniemanie faktyczne, że jakiejś informacji mu udzielono. Pytanie tylko, czy wystarczającej. Lekarze przesłuchiwani w charakterze świadków (stroną pozwaną był szpital) nie podali co dokładnie zostało powiedziane pacjentowi przed operacją i czy poinformowano go z jakimi negatywnymi skutkami powinien się liczyć, w jakiej formie to nastąpiło i czy chory potwierdził, że rozumie ryzyko zabiegu. A zatem nikt ze świadków nawet nie próbował twierdzić, iż pacjent został poinformowany o ryzyku, a jednocześnie on sam i jego matka utrzymywali, że o niczym nie wiedzieli. W zeznaniach świadków nie było więc nawet sprzeczności. Nic dziwnego, że teza wyroku została sformułowana następująco:

„Ciężar dowodu wykonania ustawowego obowiązku udzielenia pacjentowi przystępnej informacji, poprzedzającej wyrażenie zgody na zabieg operacyjny (art. 31 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 2 ustawy (...) o zawodzie lekarza (...) spoczywa na lekarzu”.

Nie można zapominać, że jest to rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie i z tego względu nie można mu przypisywać waloru uniwersalnego, jednakże zostało w doktrynie powitane z zadowoleniem jako przełomowe dla procesów lekarskich¹⁵. Z punktu widzenia rozmieszczenia ciężaru dowodu jest zdecydowanie bardziej korzystne dla strony poszkodowanej i może być *prima facie* odczuwane jako częściowe przerzucenie ciężaru dowodu w procesie odszkodowawczym z pacjenta na lekarza. Tak jednak nie jest. Przede wszystkim punktem zwrotnym w orzecznictwie jest coś innego: uznanie, że niezależnie od charakteru prawnego oświadczenia o udzieleniu zgody na zabieg (a więc obojętne, czy byłoby to oświadczenie woli czy też komunikat do oświadczenia woli podobny), zgoda dotknięta wadą materialną w postaci uprzedniego niedostatecznego poinformowania pacjenta jest prawnie bezskuteczna. Sąd nie zgodził się z koncepcją forsowaną przez pozwaną szpital, jakoby zgoda stanowiła co najwyżej oświadczenie dotknięte błędem, stwarzające tylko możliwość

¹⁵ Zob. glosy M. Świdorskiej (opubl. razem z orzeczeniem) i M. Nesterowicza [w] „Przeгляд Sądowy” nr 6/2006.

uchylenia się od jego skutków. Wobec tego operację należy traktować jako wykonaną nielegalnie, skoro nie miała miejsca okoliczność wyłączająca bezprawność. Jak już było bowiem powiedziane na wstępie, nawet tak szacowna czynność jak zabieg leczniczy stanowi bezprawną ingerencję w dobra osobiste oraz prawa pacjenta.

Na tym tle powstał jednak istotny problem natury dowodowej: czy niedostatek w zakresie informacji powinien wykazać pacjent domagający się odszkodowania, więc wywodzący skutki prawne z uchybienia lekarza, czy też dowód dostatecznej informacji obarcza lekarza, który wykazuje w ten sposób, iż jego działanie nie miało znamion bezprawności. Z logicznego punktu widzenia niemożliwe jest dowiedzenie, że czegoś nie ma. Nieistnienie może być co najwyżej pośrednio wykazane poprzez istnienie okoliczności wykluczającej tę, której istnienia nie jesteśmy pewni: wierzyciel utrzymuje, że nie wiedział o niewypłacalności dłużnika i w tym celu powołuje okoliczności wskazujące na wypłacalność. Nie każdą procedurę dowodzenia daje się jednak w ten sposób odwrócić; tutaj pacjent twierdził, że nie został poinformowany. Mało tego: nikt nie twierdził, że było inaczej. Ale nawet gdyby któryś z lekarzy upierał się, że informacja została udzielona, a pacjent zaprzeczał – ten ostatni nie ma praktycznej możliwości udowodnienia, że racja jest po jego stronie. W tym przypadku dostarczenie dowodów na BRAK jest logicznie niemożliwe. Informowanie pacjenta nie jest poddane żadnym rygorom formalnym, przeważnie dokonuje się ustnie i w cztery oczy. Można by dyskutować, gdyby poszkodowany udzielił owej zgody na piśmie i z klauzulą typu „poinformowany o możliwych skutkach” lub podobną. Wówczas wolno byłoby sądzić, że wiedział, co podpisuje, więc i po co podpisywał.

Teza omawianego wyroku nie tyle zatem przełamuje dotychczasową linię orzekania co do rozkładu ciężaru dowodu, ile formułuje ocenę zebranego w konkretnej sprawie materiału dowodowego z czysto logicznego punktu widzenia. W tym kontekście słusznie przywołana została teza wyroku francuskiego Sądu Kasacyjnego jako ważki argument merytoryczny¹⁶: gdy istnieje ustawowy bądź umowny obowiązek udzielenia informacji, to wykonanie go powinno być udowodnione przez tego, na kim ów obowiązek spoczywa. Przy okazji warto też zauważyć, że

¹⁶ W glosie M. Świdorskiej, s. 595 i przyp. 7.

ogólna reguła rozmieszczenia ciężaru dowodu zawarta w art. 6 k.c. nie jest tak uniwersalna jak mogłoby się wydawać i w konkretnych sytuacjach prowadzi do sytuacji patowych, w których z pomocą może przyjść dopiero logika. Dlatego też w niektórych przepisach szczególnych ustawodawca wskazuje którą konkretnie stronę obarcza dowód. W naszym systemie prawnym lekarze jeszcze nie znaleźli się na cenzurowanym i w kwestii „dowodu informacji” nie wydaje się to konieczne, skoro w omawianym wyroku Sąd Najwyższy opowiedział się po stronie logiki i pragmatyzmu. Ustawowe przerzucanie ciężaru dowodu stosuje się w sytuacjach faktycznego zachwiania równowagi dowodowej między stronami i dla celów ochrony strony słabszej. Może ono służyć również wzmocnieniu sytuacji tej ze stron, której prawa są nagminnie łamane. Swego czasu postulowałam umieszczenie go w przepisie o lekarskiej klauzuli sumienia¹⁷. Prawdą jest, że lekarze niespecjalnie troszczą się o wyczerpujące uświadomienie pacjentów, więc *de lege ferenda* takie uzupełnienie art. 32 lub 31 uzl z pewnością ustawiałoby sprawę na właściwym miejscu.

Zakończenie

Przedstawione wyżej sposoby rozstrzygnięcia istotnych zagadnień prawa medycznego pozwalają na umiarkowany optymizm w sprawie respektowania autonomii pacjenta.

Można jednak pokusić się o prognozę, że najbardziej postępowe orzeczenie – to dotyczące wyrażonego na przyszłość sprzeciwu, będzie dyskutowane najszerzej i ściąganie na skład orzekający krytykę z pozycji fundamentalistycznej obrony życia. W stosunku do jednego z najwyższych dóbr osobistych – życia – dominuje podejście tabuistyczne. Z kolei w całościowym myśleniu o dobrach osobistych zauważa się zabobonną niechęć do ich hierarchizowania, w każdym razie do hierarchizowania pomiędzy dobrami uważanymi za naczelne: życiem, zdrowiem, wolnością. Jeżeli jednak rzeczywiście ma być szanowana autonomia jednost-

¹⁷ Chodziło mi o powszechnie lekceważony obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania gdzie indziej świadczenia, którego udzielenia odmawia lekarz jako sprzecznego z sumieniem – art. 39 uzl.

ki, to w szczególności pacjenta nie można zmuszać do tłumaczenia się dlaczego odmawia zgody na określoną terapię. Prawdą jest, że osoba taka wydaje się działać wbrew instynktowi samozachowawczemu, ale przecież jej sprzeciw jest rezultatem określonych przemyśleń, nie zaś niezrozumiałych impulsów, a nawet gdyby, to decyduje ona w sferze własnej prywatności. Ponadto, nie przesądzając w tym miejscu o hierarchii dóbr osobistych, można postawić tezę, że w sytuacji, gdy określone działanie prowadziłyby do ich kolizji w odniesieniu do tej samej autonomicznej prawnie osoby, nie dotykając jednocześnie dóbr osobistych innych osób, uprawniona do rozstrzygnięcia kolizji jest tylko ta osoba i nikt więcej. Każdemu powinno więc być wolno stworzyć hierarchię dóbr osobistych na swój wyłączny użytek i domagać się jej respektowania: przedkładać własną wolność nad własne życie, własne zdrowie, czy też ustawić priorytety jeszcze inaczej. Nie ukrywam, że powyższa konkluzja otwiera również drogę do pogłębionej dyskusji nad legalną eutanazją. Omawiane orzeczenie nie ma z tym jednak nic wspólnego. Wynika z niego tylko ogólnie, iż człowiekowi wolno z góry zdecydować, że nie chce żyć na określonych warunkach i nie można go do tego zmuszać.

W sprawie poszanowania autonomii pacjenta wyrażającego zgodę na interwencję medyczną zarysowała się tendencja do jakościowej oceny zgody. Okazuje się, że zgoda zgodzie nierówna, zgoda „niedoinformowana” została przez Sąd Najwyższy uznana za niebyłą. Jest to solidniejsza gwarancja dla autonomii pacjenta, bo ingerencja w jego organizm kwalifikuje się wówczas od początku jako bezprawna. W ten sposób zostały pozbawione znaczenia rozważania, czy miałibyśmy tutaj do czynienia z oświadczeniem dotkniętym błędem, czy może zachodziłby brak świadomości lub swobody w podjęciu decyzji. Są to wady oświadczenia woli, a Sąd Najwyższy nie przesądził czy zgoda na zabieg stanowi oświadczenie woli. W tym miejscu warto tylko zwrócić uwagę, że oświadczenie woli jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na czynność konwencjonalną, podczas gdy interwencja medyczna jest czynnością faktyczną: pacjent godzi się bezpośrednio nie na skutki prawne, tylko na fizyczne bądź psychiczne skutki wkroczenia w jego nietykalność. Udzielenie zgody wywołuje skutki prawne, ale nie zmierza do tego bezpośrednio. Można nawet powiedzieć, że skutki prawne stanowią bar-

dzo uboczny efekt udzielenia zgody. Problematiczna więc byłaby nawet najbardziej ostrożna analogia w stosowaniu do takiego komunikatu instytucji wad oświadczeń woli. Stoi temu na przeszkodzie sama natura czynności dokonywanej za zgodą. Dlatego rozwiązanie przyjmujące, że jakkolwiek istotny defekt zgody pociąga za sobą jej prawną bezskuteczność, wydaje się najwłaściwsze. Trzeba pamiętać, że skutki prawne na ogół dadzą się odwrócić, natomiast ingerencja w organizm jest raczej fizycznie nieodwracalna, dlatego i gwarancje dla pacjenta powinny być silniejsze. Jediną czynnością prawną podobną ze względu na swój nieodwracalny charakter mógłby być testament: tak jak nie da się już nic w nim zmienić po śmierci testatora, tak i pacjent nie może nic zrobić po zabiegu. Ale podobieństwo jest zbyt odległe, by można było przypisać mu skutki prawne.

Sąd Najwyższy nie popisał się natomiast co do dystynkcji powikłań okołozabiegowych. W sprawie o nieudane znieczulenie niepotrzebnie wyróżnił takie, które są wynikiem pomyłki lekarskiej i uznał je za nieobjęte zgodą na zabieg. Z tego wyróżnienia nic jednak nie wynika, bo o ile pomyłka nie jest zawiniona – i tak nie może pociągać za sobą odpowiedzialności. Można co najwyżej uznać, że pomyłka stanowi uchybienie z obiektywnego punktu widzenia i tym samym stanowi o cywilnej bezprawności czynu, to zaś z kolei pod rządem dawnych przepisów wystarczało dla przyjęcia odpowiedzialności Skarbu Państwa m.in. za szkody medyczne. Podkreślanie, iż powikłanie okołozabiegowe spowodowane pomyłką nie było objęte zgodą pacjenta, nie wprowadziło jednak w tej kwestii nic nowego, bo uchybienie pozostaje uchybieniem. W dodatku Sąd pozwolił sobie na uproszczenia w rozumowaniu: utożsamiał przypadek z pomyłką, a pomyłkę z bezprawnością. W konsekwencji może to doprowadzić do tego, że lekarze będą pociągani do odpowiedzialności cywilnej nawet wówczas, gdy nie dopuścili się żadnych uchybień, a nawet i do tego, iż przed sądem to oni będą musieli wykazywać, że do uchybienia nie doszło¹⁸. Konstruując w ten sposób miarę „najwyższej staranności profesjonalnej” Sąd z niewiadomych względów zupełnie zignorował regulację zawartą w lekarskiej ustawie zawodowej

¹⁸ Fragment uzasadnienia: „Pozwany w toku procesu nie wykazał, by takie przypadkowe nakłucie opłucnej spowodowane było nadzwyczajnymi okolicznościami, np. budową anatomiczną powódki, czy niemożliwą do wykrycia wadą sprzętu. W tej sytuacji brak było podstaw do wykluczenia przesłanki bezprawności działania lekarza” (s. 226).

(art. 4) – tak jakby przepis ten w ogóle nie istniał. Obowiązek tłumaczenia się pozwanego z niekontraktowych szkód powstałych przypadkiem wykracza nie tylko poza granice określone ustawowo, ale przeczy logice i rozsądkowi.

Mirosław Nesterowicz

Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za *wrongful conception, wrongful birth, wrongful life* w orzecznictwie europejskim (2000-2005)

Uwagi wstępne

Olbrzymi postęp wiedzy i technologii medycznej, aparatury, urządzeń i metod diagnostycznych (fetoscopia, echoscopia, echokardiografia, radiografia, ultrasonografia, amniocenteza) pozwalają poznać fizjopatologię płodu i ustalić w coraz wcześniejszym stadium ciąży czy rodzice mający nienormalny układ genetyczny będą mieli normalne dziecko bądź wykryć inne wady płodu. Mogą wtedy wybrać pomiędzy urodzeniem dziecka a przerwaniem ciąży zgodnie z obowiązującym prawem. Choć bowiem wszystkie ustawodawstwa europejskie wprowadzają ochronę dziecka poczętego, to jednak w szczególnych okolicznościach dają matce prawo do aborcji (zwłaszcza, gdy ciąża powstała w wyniku przestępstwa albo do jej przerwania istnieją wskazania medyczne, gdyż stanowi ona zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, albo też istnieje ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu lub nieuleczalna choroba zagrażająca jego życiu).

W związku z tym lekarzy obciąża obowiązek monitorowania ciąży i rozwoju płodu, precyzyjnych i dokładnych badań prenatalnych oraz powiadomienia pacjentki (rodziców) o diagnozie, zagrożeniach i nieprawidłowościach. Powinni dokładać należytej staranności, odpowiedniej do danego przypadku, aby diagnoza była prawidłowa i w odpowiednim czasie. Obowiązek staranności, informacji i konsultacji istnieje

je również wtedy, gdy kobieta nie chce z różnych względów zająć w ciążę i urodzić dziecko (np. wiąże się to z ryzykiem dla jej zdrowia albo jedno z rodziców dotknięte jest dziedziczną wadą genetyczną, np. genem recesywnym choroby Tay-Sachsa) i zapobiega temu poprzez antykoncepcję albo poddaje się sterylizacji (lub jej małżonek), albo też zaszła w ciążę wbrew jej woli (np. została zgwałcona) i ma prawo do aborcji, która okazała się nieskuteczna lub wbrew prawu jej odmówiono.

Na skutek naruszenia powyższych obowiązków przez lekarzy na wokandy sądowe wielu państw trafiają coraz częściej sprawy o odszkodowanie za szkody majątkowe (związane z ciążą i porodem, kosztami utrzymania i leczenia dziecka, utratą zarobków przez rodziców, uszczerbkiem na zdrowiu matki) i zadośćuczynienie pieniężne za doznana krzywdę (szkodę moralną), kierowane przez matkę lub rodziców dziecka albo też samo dziecko, które urodziło się upośledzone. Rozstrzygnięcia sądów zarówno co do podstaw i dopuszczalności roszczeń, jak i ich zakresu, są niejednolite. Na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat wykształciły się trzy skargi: *wrongful conception*, *wrongful birth* i *wrongful life*, początkowo w judykaturze USA, a następnie państw europejskich¹.

Skarga *wrongful conception* polega na urodzeniu „niechcianego” („niepożądanego”) zdrowego dziecka na skutek winy lekarza przed poczęciem dziecka (przeważnie w wyniku nieskutecznej sterylizacji lub antykoncepcji), czy winy aptekarza w wydaniu zamiast pigułek antykoncepcyjnych innego leku, jak również – moim zdaniem – w razie zmuszenia kobiety (przez bezprawną odmowę dokonania aborcji w dopuszczalnym przez prawo terminie) do urodzenia dziecka, gdy ciąża była wynikiem przestępstwa gwałtu lub podstępstwa. Czasami odróżnia się tu *wrongful pregnancy*, gdy na skutek błędnej diagnozy lekarza, który podczas badania nie ustalił, że kobieta jest w ciąży, nie mogła ona dokonać aborcji w ustawowym terminie i została zmuszona przez to do urodzenia dziecka.

Skarga *wrongful life* jest skargą dziecka o odszkodowanie za fakt urodzenia, którego by nie było, gdyby nie niedbalstwo pozwanego lekarza

¹ Zob. obszerną monografię T. Justyńskiego, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*. Kraków 2003; Z. Peplowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w prawie USA*, *Prawo i Medycyna* 1/2004, s. 109 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. VII, Toruń 2005, s. 201 i n.; G. Demme, R. Lorentz, *Responsabilité civile et naissance d'un enfant. Aperçu comparatif*, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1/2005, s. 103 i n.

(wadliwa diagnoza prenatalna, brak poinformowania rodziców dziecka o możliwości wad genetycznych czy innych poważnych schorzeń płodu). Skarga ta jest najczęściej wnoszona na korzyść dziecka urodzonego z fizycznymi lub psychicznymi wadami. Jest to – inaczej mówiąc – skarga na nieszczęśliwe istnienie.

Skarga *wrongful birth* jest wnoszona przez rodziców dziecka urodzonego w wyniku niedbalstwa pozwanego (wadliwej diagnozy lub braku informacji) i zmierza do odszkodowania za nieoczekiwane urodzenie dziecka z genetycznymi wadami lub innymi ciężkimi uszkodzeniami (ból, cierpienia, stresi emocjonalne, wydatki na leczenie, utrata zarobków, wzrastające koszty utrzymania takiego dziecka itp.).

W niniejszej pracy przedstawione zostanie orzecznictwo państw europejskich dotyczące tych skarg w latach 2000-2005.

I. *Wrongful conception*

1. Wielka Brytania

W Wielkiej Brytanii, począwszy od lat 80-tych, sądy na ogół uwzględniały roszczenia odszkodowawcze wynikające z *wrongful conception*, zarówno majątkowe (koszty utrzymania „niepożądanego” dziecka, utracone zarobki i inne wydatki matki w związku z ciążą i porodem), jak i niemajątkowe (zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę, jeśli dziecko urodziło się upośledzone; jeśli dziecko było zdrowe, to zdaniem sędziów, zadośćuczynienie było kompensowane przez radość posiadania dziecka). Sprawy sądowe dotyczyły przeważnie przypadków nieudanej lub niedbałej sterylizacji kobiety lub mężczyzny (wazektomii) albo braku poinformowania ich o ryzyku nieskuteczności zabiegu sterylizacji².

Począwszy od 2000 r. linia orzecznictwa uległa zmianie, gdy sprawy o odszkodowanie z tytułu *wrongful conception* zaczęły trafiać do Izby Lordów. Lordowie okazali się bardziej konserwatywni niż sędziowie niższych instancji. Precedensowa była sprawa *McFarlane v. Tayside Health Board* (2000, 2 Ac 59). Izba Lordów oddaliła powództwo o pokrycie kosztów

² Zob. T. Justyński, op.cit., s. 41 i n.; R. Nelson-Jones, F. Burton, *Medical Negligence Law*, London 1990, s. 83 i n.

utrzymania zdrowego dziecka, urodzonego przez matkę po nieudanej sterylizacji. Przyznała jednak matce odszkodowanie i zadośćuczynienie za skutki materialne i moralne niechcianej ciąży i porodu („*Compensation-pecuniary and non-pecuniary for the pregnancy and birth*”).

Kolejną była sprawa *Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust* (2001, Q B, 266)³. Po nieskutecznej sterylizacji, na skutek winy lekarza, będącego pracownikiem szpitala, powódka zaszła w ciążę i urodziła piąte dziecko. W czasie ciąży informowano ją, że dziecko może być upośledzone, co nie wiąże się z niedbalstwem lekarza, lecz ona nie zdecydowała się na aborcję. Następnie jednak pozwała szpital, żądając odszkodowania za urodzenie dziecka z poważnymi zniekształceniami fizycznymi. Sąd Apelacyjny powołał się na orzeczenie Izby Lordów w sprawie *McFarlane* i oddalił w tym zakresie powództwo. Uznał, że stosuje się ono również do przypadku urodzenia dziecka upośledzonego. Przyjął jedynie, że powódka może otrzymać odszkodowanie pokrywające szczególne, dodatkowe wydatki związane ze znacznym upośledzeniem dziecka.

Bardziej skomplikowana była sprawa *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2003, UKHL 52)⁴. Ponieważ powódka dotknięta była poważną i postępującą chorobą utraty wzroku, uważała, że czyni ją to niezdolną do sprawowania zwykłych obowiązków matki. Poddała się więc sterylizacji, dokonanej niedbale, bo następnie urodziła zdrowe dziecko. W procesie wobec szpitala dochodziła pokrywania kosztów utrzymania dziecka. Sąd I instancji, powołując się na precedens Izby Lordów w sprawie *McFarlane* oddalił powództwo. Jednakże Sąd Apelacyjny stwierdził, że stan faktyczny tej sprawy nieco się różni (z uwagi na chorobę oczu powódki, co było przyczyną sterylizacji) i orzekł, że powódka jest uprawniona do odszkodowania obejmującego dodatkowe koszty utrzymania dziecka, wynikające z jej upośledzenia. Pozwany szpital odwołał się do Izby Lordów, która podtrzymała swoje poprzednie stanowisko wyrażone w sprawie *McFarlane*. Uznała, że stworzenie wyjątku od tego precedensu może później powodować dalsze wyjątki. Ponadto trudno jest ustalić dodatkowe koszty utrzymania dziecka, związane z niepełnosprawnością matki. Jednakże, podobnie jak w wymie-

³ Zob. K. Oliphant (w:) *European Tort Law 2001*, Wiedeń 2002, s. 151 i n.

⁴ Zob. K. Oliphant (w:) *European Tort Law 2001*, Wiedeń 2002, s. 151 i n.

nionym precedensie, zasądziła na rzecz powódki zadośćuczynienie (w kwocie 15.000 funtów) za wyrządzoną jej krzywdę na skutek niechcianej ciąży i porodu.

2. Hiszpania

W Hiszpanii Sąd Najwyższy rozstrzygał dwie podobne sprawy dotyczące urodzenia dziecka na skutek nieudanej sterylizacji kobiet mających już kilkoro dzieci i chcących uniknąć kolejnych ciąży. W pierwszym wyroku Sądu z 27 kwietnia 2001 r. (RJA 6891)⁵ powództwo odszkodowawcze zostało uwzględnione z uwagi na nieudzielenie powódce przez szpital wystarczającej informacji, że zabieg sterylizacji może być nieskuteczny i może ona ponownie zająć w ciążę. SN podkreślił, że fakt, iż zabieg nie miał charakteru leczniczego nie wyłącza udzielenia wszystkich informacji, które mogą być pacjentce przydatne dla powzięcia decyzji co do zabiegu lub leczenia. Szpital naruszył przepisy o obowiązku informacji, zawarte w *Health General Act* oraz zasady Kodeksu Medycyny Praktycznej, według których informacja powinna być wyczerpująca i zrozumiała dla pacjenta. Ciężar dowodu udzielenia informacji spoczywa na lekarzu i szpitalu⁶. W tej sprawie szpital sam przyznał, że informacja nie była należyta.

W drugiej sprawie powódka poddała się sterylizacji, aby uniknąć ciąży po raz czwarty, ryzyka ponownego cesarskiego cięcia i zagrożenia dla jej zdrowia i życia. Sterylizacja się nie udała, powódka zaszła w ciążę, musiało nastąpić cesarskie cięcie i urodziła zdrowe bliźnięta. SN w wyroku z 29 maja 2003 r. (RJ 2003, 3916)⁷ uznał odpowiedzialność pozwanych dwóch ginekologów. Uzasadniając wyrok powiedział, że pozwani nie udowodnili, że powódka otrzymała wszystkie wymagane przez prawo informacje co do zabiegu podwiązania jajowodów (*tubal litigation*), zwłaszcza o tym, że sterylizacja może nie być skuteczna. Dopuścili się więc niedbalstwa i muszą naprawić wyrządzoną szkodę. Zasądzona kwota 60.000 euro obejmuje poniesione przez powódkę straty materialne i zadośćuczynienie za doznaną krzywdę. SN oddalił natomiast żądanie pokrycia kosztów utrzymania dzieci aż do pełnoletności.

⁵ Zob. M. Paz Garcia Rubio, J. Lete (w:) *European Tort Law 2001*, Wiedeń 2002, s. 433.

⁶ Jest to stanowisko ustalone – zob. orzecznictwo hiszpańskie cyt. przez M. Nesterowicza w głosie do orzeczn. SN z 17 XII 2004 r. (II CK 303/04), PS 6/2006.

⁷ Zob. J. Ribot, A. Ruda (w:) *European Tort Law 2003*, Wiedeń 2004, s. 397-398.

3. Polska

Problematyką *wrongful conception* zajmował się w Polsce w ostatnich latach Sąd Najwyższy dwukrotnie, choć w tej samej sprawie⁸. Na skutek błędnego ustalenia przez lekarza w szpitalu zaawansowania ciąży, będącej wynikiem przestępstwa (gwałtu dokonanego przez nieznanego sprawcę), jako 14-tygodniowej zamiast 11-tygodniowej, powódce odmówiono dokonania aborcji. Zmuszona więc została do urodzenia „niechcianego” dziecka. SN w wyroku z 21 listopada 2003 r. (V CK 16/03)⁹ uznał, że w świetle przepisów ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.) bezprawne uniemożliwienie przerwania ciąży i przez to zmuszenie kobiety do urodzenia dziecka pochodzącego z przestępstwa zgwałcenia stanowi naruszenie konstytucyjnie chronionego dobra osobistego, jakim jest szeroko rozumiana wolność, obejmująca możliwość decydowania o swoim życiu osobistym (prawa do planowania rodziny). Uzasadnia to roszczenie o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę (art. 448 k.c.) oraz naprawienie uszczerbku majątkowego (wydatki związane z ciążą i porodem oraz utrata lub zmniejszenie zarobków w następstwie tych zdarzeń – art. 361 § 2 k.c.).

W toku ponownego rozpoznania sprawy powódka rozszerzyła żądanie pozwu, domagając się od szpitala naprawienia szkody w postaci kosztów utrzymania dziecka za okres osiągnięcia przez nie zdolności do samodzielnego utrzymania się. Żądanie to uzasadniała tym, że dziecko wymaga stałej opieki ze względu na liczne schorzenia, powódka nie pracuje, ponosząc w pełnej wysokości koszty utrzymania dziecka, a ojciec – sprawca gwałtu – jest nieznaną osobą. Sąd Okręgowy oddalił powództwo, a Sąd Apelacyjny mając poważne wątpliwości co do podstaw dochodzonego roszczenia przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne. W odpowiedzi SN podjął w dniu 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06)¹⁰ uchwałę: „Podmiot odpowiedzialny

⁸ Co do poprzednich lat – zob. T. Justyński, *Wrongful conception w prawie polskim*, PS 1/2005, s. 35 i n.

⁹ Zob. OSP 10/2004, poz. 125 z glosą M. Nesterowicza; zob. też glosę T. Justyńskiego, PiP 9/2004 i S. Rudnickiego, *Monitor Prawniczy* 1/2007.

¹⁰ Zob. glosę M. Nesterowicza do tego orzeczenia, *Prawo i Medycyna* 1/2007 i T. Justyńskiego, OSP 2/2007, poz. 16.

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”.

Jednocześnie SN powiedział w uzasadnieniu, że ze względu na kontrowersyjność tego problemu w obecnym stanie prawnym „można wyrazić uzasadnione przekonanie, że pożądane 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”.

4. Szwajcaria

Sprawę nieplanowanego dziecka jako szkody rozpatrywał po raz pierwszy szwajcarski Sąd Federalny w wyroku z 20 grudnia 2005 r. (132/2005 III 359). Stan faktyczny był prosty: zamężna kobieta za zgodą swojego męża poprosiła w szpitalu chirurga, który miał odbierać jej poród poprzez cesarskie cięcie, aby dokonał sterylizacji, gdyż chciała uniknąć w przyszłości zajścia w ciążę. Przy okazji porodu chirurg zapomniał jednak podwiązać jej jajowodów. W konsekwencji kobieta ponownie zaszła w ciążę. Po urodzeniu zdrowego dziecka rodzice zażądali od szpitala odszkodowania w kwocie 53.900 euro tytułem pokrycia dodatkowych kosztów utrzymania dziecka.

Sąd Federalny uznał ich roszczenie za zasadne. Podkreślił, że rodzice mają prawny obowiązek zapewnienia dziecku utrzymania. Zmuszenie ich do urodzenia nieplanowanego dziecka musi być traktowane jako strata. Jeżeli rodzice, których prawo do planowania rodziny zostało naruszone, otrzymają rekompensatę na pokrycie kosztów utrzymania dziecka aż do pełnoletności, ani dziecka godność, ani jego samopoczucie na tym nie ucierpi. Fakt, że rodzice mogli uniknąć finansowych wydatków poprzez aborcję albo oddanie dziecka do adopcji nie ma dla Sądu znaczenia. Tego nie można od rodziców wymagać¹¹.

¹¹ Zob. P. Loser, *European Tort Law 2005*, Wiedeń 2006, s. 580.

II. *Wrongful birth*

1. RFN

Powództwa odszkodowawcze za *wrongful birth* pojawiły się w judykaturze niemieckiej w latach 80-tych i co pewien czas pojawiają się nowe¹². W sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego z 4 grudnia 2001 r. (VI ZR 213/00)¹³ rodzice jednojajowych bliźniąt, dziewczynek, z których jedna jest całkowicie zdrowa, a druga ciężko upośledzona (brak prawej nogi, druga noga poważnie zniekształcona, podobnie prawa ręka), dochodzili pokrycia kosztów utrzymania tego dziecka za pierwsze trzy lata oraz ustalenia obowiązku w przyszłości. Powódka była pacjentką pozwanym dwóch ginekologów, którzy przeprowadzili badania prenatalne, zarówno rutynowe, jak i bardziej wszechstronne, lecz nie wykryli poważnych zniekształceń płodu. Powodowie twierdzili, że matka dokonałaby terminacji ciąży, gdyby została o wadach płodu poinformowana. Zdaniem pozwanym było medycznie niemożliwe ustalenie wad upośledzonego dziecka wcześniej niż w 23 tygodniu ciąży, który jest terminem końcowym dla aborcji w tym przypadku. Niezależnie od tego, nawet gdyby aborcja była legalna, to wiązałaby się z wysokim niebezpieczeństwem dla zdrowego dziecka.

Sąd Apelacyjny nie rozważał zaniedbań lekarzy, lecz oddalił roszczenia przyjmując, że w danych okolicznościach aborcja była bezprawna. Ciąża nie wiązała się bowiem z wystarczającym ryzykiem dla matki, aby można było mówić o wskazaniach medycznych do jej przerwania, a selektywna aborcja stanowiłaby poważne niebezpieczeństwo dla drugiego, zdrowego dziecka. Natomiast prawnie możliwa aborcja obojga dzieci stwarzałaby poważne ryzyko dla zdrowia matki.

Sąd Najwyższy rozstrzygając kasację powodów powiedział, zgodnie z dotychczasową linią orzecznictwa, że rodzice mają kontraktowe roszczenie o pokrycie pełnych kosztów utrzymania upośledzonego dziecka urodzonego na skutek niedbalstwa lekarzy. Jednak skargę oddalił, ponieważ w danej sytuacji aborcja byłaby bezprawna. Psychiczny stres

¹² Zob. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 188 i n.

¹³ J. Fedtke (w:) *European Tort Law 2001*, Wiedeń 2002, s. 252 i n.

matki nie usprawiedliwiało przerwania ciąży ze wskazań medycznych, a poważne zniekształcenie jednego z bliźniąt nie wystarczy, aby dokonać aborcji obojga, co byłoby medycznie konieczne. Sąd Najwyższy wziął też pod uwagę fakt, że upośledzona fizycznie dziewczynka jest psychicznie zdrowa i z pomocą technicznych urządzeń będzie mogła uczestniczyć w życiu rodzinnym i społecznym. W kontraście do typowej sytuacji, która daje podstawy prawne do dokonania aborcji płodu dotkniętego wadami, trzeba było wyważyć niekorzyści po stronie matki z ochroną życia nie tylko upośledzonego dziecka, lecz i prawem do życia zdrowego dziecka. Interesy dzieci przeważały tu nad prawem matki do aborcji.

W kolejnej sprawie, w której zapadł wyrok Sądu Najwyższego z 18 czerwca 2002 r. (VI ZR 136/01)¹⁴ powodowie byli rodzicami ciężko upośledzonego fizycznie dziecka (pozbawionego obu ramion, jednego uda i obu podudzi). Chociaż powódka przechodziła regularną kontrolę lekarską podczas ciąży i pytała, czy dziecko rozwija się normalnie, pozwany lekarz nie informował o niczym powodów, gdy część danych w 20 tygodniu po poczęciu wskazywała na trudności. Bardziej doświadczeni specjaliści zniekształcenia te mogliby wykryć. Sąd I instancji i Sąd Apelacyjny przyznały powodom odszkodowanie za istniejące i przyszłe szkody materialne (w tym pełne koszty utrzymania dziecka) oraz kwotę 10.000 euro zadośćuczynienia za krzywdę na skutek braku informacji udzielonej rodzicom, co oceniono jako zawiniony błąd lekarski. Pozwany lekarz zaprzeczył, że dopuścił się zawinienia, a nadto podnosił, że w tak późnym stadium ciąży aborcja nie mogła być dokonana.

Sąd Najwyższy odrzucił zarzuty pozwanego. Powiedział, że ze względów medycznych (ciężki stan psychiczny matki) aborcja w terminie 22-24 tygodni ciąży byłaby dopuszczalna. Natomiast przyznanie rodzicom odszkodowania obejmującego pełne koszty utrzymania dziecka mieści się w sferze ochronnej umowy, która powinna przeciwdziałać powstaniu tych szkód.

Trzeba tu wskazać, że sądy, przyznając rodzicom pokrycie pełnych kosztów utrzymania upośledzonego dziecka, nie mogą dziecka traktować jako szkody, gdyż byłoby to sprzeczne ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, który w orzeczeniu z 28 maja 1993 r. powiedział, że:

¹⁴ Zob. J. Fedtke (w:) *European Tort Law 2002*, Wiedeń 2003, s. 212 i n.

„prawna kwalifikacja bytu dziecka jako źródła szkody jest ze względów konstytucyjnych (art. 1 ust. 1 konstytucji niemieckiej) nie do przyjęcia. Obowiązek wszystkich organów władzy państwowej poszanowania istnienia każdego człowieka zakazuje traktowania kosztów utrzymania dziecka jako szkody”. Dlatego sądy starają się odróżnić osobę dziecka od kosztów jego utrzymania wywołanych „niepożądanym” urodzeniem¹⁵. Zdaniem komentatora powyższe orzeczenie SN – kładąc nacisk na cel ochronny umowy przed urodzeniem upośledzonego dziecka – traktuje w zasadzie dziecko jako szkodę (Kind als Schaden), przez co narusza konstytucyjne standardy. Dalszy konflikt w tej kwestii wydaje się nieunikniony¹⁶.

2. Włochy

We Włoszech Sąd Najwyższy rozstrzygnął dwie podobne sprawy. W pierwszej (wyrok SN z 10 maja 2002 r., nr 6735)¹⁷ powodowie żądali od ginekologa naprawienia szkód związanych z urodzeniem ich upośledzonego dziecka na skutek nierozpoznania wad płodu podczas regularnych badań prenatalnych powódki. Zarzucali mu, że gdyby zostali poinformowani o wadach, matka zakończyłaby ciążę przez aborcję przed wpływem prawnie dopuszczalnego terminu.

Sąd Najwyższy orzekł, że naruszenie przez lekarza obowiązku informacji może być klasyfikowane jako niedbalstwo. Ponieważ roszczenia powodów mają charakter kontraktowy (art. 1218 k.c.), są oni uprawnieni do otrzymania tylko takiego odszkodowania, które wynika bezpośrednio z działania wyrządzającego szkodę. Sąd uznał także, że zachodzi związek przyczynowy pomiędzy winą lekarza a szkodą doznaną przez powodów. Uchybienie obowiązkowi informacji o wadach płodu pozbawiło powódkę prawa decyzji dokonania aborcji lub urodzenia dziecka. W takiej sytuacji kobieta zwykle wybiera aborcję. Pozwany chcąc się zwolnić z odpowiedzialności powinien więc udowodnić, że powódka nie dokonałaby przerwania ciąży. Twierdzenie, że aborcja to tylko jedna z możliwości i nie jest pewne, czy powódka by jej dokonała,

¹⁵ Por. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 33-34.

¹⁶ J. Fedtke, jw., s. 213-214.

¹⁷ Zob. E. Navaretta, E. Bargelli (w:) *European Tort Law 2002*, Wiedeń 2003, s. 300 i n.

nie wystarczy. SN przyznał powodom odszkodowanie za szkody majątkowe (wydatki „medyczne” i koszty utrzymania dziecka) oraz zadośćuczynienie pieniężne za utratę radości życia i szok psychiczny, wynikające z urodzenia upośledzonego dziecka.

W drugiej sprawie (wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2004 r., nr 11488)¹⁸ powódka przechodziła w 1991 r. regularne badania prenatalne w szpitalu w Mediolanie, lecz lekarz nie rozpoznał zniekształceń płodu, przez co nie mogła przerwać ciąży. Sąd I instancji i Sąd Apelacyjny oddaliły powództwo odszkodowawcze rodziców uznając, że nie udowodnili oni winy lekarza, a rozpoznanie zniekształceń płodu w tamtych latach było trudne. Ich kasację uwzględnił Sąd Najwyższy, uchylając sprawę do ponownego rozpoznania. Orzekł, że odpowiedzialność lekarza jest kontraktowa. Nawet jeśli jest pracownikiem szpitala i nie zawiera umowy z pacjentem, łączy go jednak „*social contact*”. W związku z tym powód musi dowieść jedynie niewykonania zobowiązania przez lekarza (dłużnika), a lekarz (pозwany) powinien udowodnić, że dołożył należytej staranności. Dowód niewykonania zobowiązania stwarza domniemanie winy pozwanego, które ten, chcąc się zwolnić od odpowiedzialności, powinien obalić.

3. Hiszpania

Sprawę roszczeń z tytułu *wrongful birth* rozstrzygnął Sąd Najwyższy w wyroku z 7 czerwca 2002 r. (RJA, 5216)¹⁹. Rodzice dziecka urodzonego z syndromem Downa dochodzili odszkodowania od lekarza i szpitala. Pomimo obaw matki, czy nie urodzi upośledzonego dziecka, lekarz mówił, że ciąża jest zupełnie normalna, nie przeprowadził badań prenatalnych ani nie poinformował pacjentki, że istnieje test wykrywający nieprawidłowości płodu. Pozbawił ją w ten sposób prawa decyzji o przerwaniu ciąży.

Sąd Najwyższy, jakkolwiek uznał, że lekarz nie dopełnił obowiązku informacji, to jednak oddalił powództwo uzasadniając, że powódka nie udowodniła, że przerwałaby ciążę, gdyby wiedziała o wadzie płodu. Powiedział także, że brak jest związku przyczynowego pomiędzy postę-

¹⁸ Zob. Autorki – jw. (w:) *European Tort Law 2004*, Wiedeń 2005, s. 390 i n.

¹⁹ Zob. M. Paz Garcia Rubio, J. Lete (w:) *European Tort Law 2002*, Wiedeń 2003, s. 380 i n.

powaniem lekarza a szkodą. Tym samym odszedł od linii dotychczasowych swoich orzeczeń z 6 czerwca 1997 r. i z 4 lutego 1998 r., gdzie przyjmował odpowiedzialność lekarza za niespełnienie prawnego obowiązku informacji o ryzyku istniejącym dla zdrowia dziecka. To nowe orzeczenie spotkało się z krytyką w doktrynie hiszpańskiej²⁰.

4. Węgry

Pierwszą sprawę o zadośćuczynienie pieniężne z tytułu *wrongful birth* rozpatrywał Sąd Najwyższy w 2004 r. (BH nr 1430)²¹. Powódka z powodu młodego wieku i złych warunków materialno-społecznych otrzymała zgodę na przerwanie ciąży. Lekarz przeprowadził aborcję, lecz po zabiegu zaniedbał dokonania specjalnej i rutynowej kontroli. Dwanaście tygodni później podczas badania ginekologicznego odkryto, że powódka jest nadal w ciąży. Lekarz zaproponował wówczas ponowną aborcję, lecz powódka odmówiła obawiając się ryzyka zabiegu w tym stadium. Następnie urodziła zdrowe dziecko i pozwała zakład opieki zdrowotnej, gdzie lekarz był zatrudniony, o zadośćuczynienie za krzywdę z powodu wadliwej aborcji.

Na Węgrzech roszczenie o zadośćuczynienie pieniężne jest dopuszczalne w razie naruszenia praw osobistych („*personality rights*”). SN stanął na stanowisku, że prawa te nie zostały naruszone na skutek urodzenia dziecka, nawet wbrew woli powódki. Jakkolwiek spowodowało to znaczne zmiany w jej życiu, to nie mogą być one uważane jako pogorszenie jakości życia, co jest przesłanką zadośćuczynienia. Jej prawo do samookreślenia również nie zostało naruszone, ponieważ miała możliwość poddania się ponownej aborcji w 12 tygodniu, nawet z nieco wyższym stopniem ryzyka. Zdaniem Komentatorki SN – koncentrując się na dopuszczalności zadośćuczynienia – uniknął orzekania co do ustalenia szkody i moralnej wartości życia i śmierci²².

W kolejnej sprawie z 2005 r. (BH nr 18) Sąd Najwyższy ustalił odpowiedzialność szpitala za winę lekarza wobec matki upośledzonego fizycznie i psychicznie dziecka na skutek wady genetycznej. Lekarz, mimo

²⁰ Ibidem, s. 381.

²¹ Zob. Attila Menyhárd (w:) *European Tort Law 2004*, Wiedeń 2005, s. 349-350.

²² Ibidem, s. 350.

prośby powódki obawiającej się, że dziecko może urodzić się z wadami genetycznymi (jako że dwóch członków jej rodziny cierpiało na tę chorobę), odmówił skierowania jej na badania genetyczne i przeprowadzenia amniocentezy. Przeprowadził jedynie testy USG, które niczego nie wykazały, lecz zdaniem sądu nie były wystarczające²³.

5. Polska

Przedmiotem *wrongful birth* była w Polsce tzw. sprawa łomżyńska. Na skutek zawinionego działania lekarzy poradni szpitalnej, którzy odmówili skierowania powódki na badania prenatalne, nie mogła ona skorzystać z przyznanego przez ustawę z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.) prawa do przerwania ciąży w razie ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu, i urodziła dziecko z poważną i nieuleczalną wadą genetyczną. Lekarze wiedzieli, że powódka jest w ciąży wysokiego ryzyka (ryzyko wystąpienia choroby genetycznej wynosiło 25-50%), gdyż poinformowała ich, że ma już jedno dziecko dotknięte wadą genetyczną (hypochondroplazją) i przedstawiła dokumentację medyczną świadczącą o dystrofii tego dziecka.

Po urodzeniu dziecka w październiku 1999 r. (córki Moniki), rodzice znajdujący się w trudnej sytuacji życiowej i zdrowotnej, wystąpili przeciwko lekarzom i szpitalowi o zadośćuczynienie za krzywdę im wyrządzoną i odszkodowanie obejmujące koszty utrzymania i wychowania upośledzonego dziecka oraz utracone zarobki i koszty leczenia powódki.

Sąd Okręgowy w Łomży, a następnie Sąd Apelacyjny w Białymstoku (w wyroku z 5 listopada 2004 r.) uznali, że osobą poszkodowaną w rozumieniu art. 444 k.c. jest upośledzone dziecko, a nie rodzice, nawet jeśli ponoszą zwiększone koszty jego utrzymania i leczenia. Nie są zatem legitymowani czynnie do dochodzenia odszkodowania związanego z ponoszeniem tych kosztów. Tym samym oba sądy opowiedziały się za skargą „*wrongful life*”. Głównymi zarzutami wobec tej skargi, podnoszonymi w obcym orzecznictwie i doktrynie, a więc, że nie ma związku przyczynowego pomiędzy upośledzeniem dziecka a zawinionym postępowaniem lekarzy w stosunku do matki oraz że nie można żądać

²³ Zob. Attica Menyhárd (w:) *European Tort Law 2005*, Wiedeń 2006, s. 338-339.

odszkodowania z samego faktu urodzenia z upośledzeniem, sądy w ogóle się nie zajęły²⁴. Sąd Apelacyjny przyjął nadto, że odpowiedzialność pozwanej szpitala (lecz nie lekarzy, którzy jako pracownicy nie ponoszą odpowiedzialności cywilnej) jest ograniczona jedynie do zasądzonego przez Sąd Okręgowy na rzecz powódki zadośćuczynienia w kwocie 60.000 zł za krzywdę spowodowaną naruszeniem jej dóbr osobistych w postaci praw pacjentki do rzetelnej informacji o stanie zdrowia i skierowania do poradni genetycznej.

Rozstrzygając kasację powodów Sąd Najwyższy w wyroku z 13 października 2005 r. (IV CK 161/05)²⁵ ocenił stanowisko obu sądów za błędne i uchylił sprawę do ponownego rozpoznania. Orzekł, że to „rodzice dziecka są legitymowani do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych za szkodę majątkową obejmującą zwiększenie kosztów utrzymania upośledzonego dziecka, ponoszone przez nich w wyniku zawinionego naruszenia przez lekarzy prawa rodziców do planowania rodziny i przerywania ciąży na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z 7 I 1993 r. ...”. Sprawa nie jest więc zakończona.

Wskazać też należy na sprawę Alicji Tysiąc przeciwko Polsce, rozstrzygniętą przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu z 20 marca 2007 r. (nr 5410/03), w której skarżąca twierdziła, że lekarze odmówili jej prawa do aborcji w sytuacji, gdy urodzenie dziecka poprzez cesarskie cięcie (co byłoby konieczne) stanowiło dla niej z powodu myopii (znaczej krótkowzroczności) poważne zagrożenie zdrowia (prawie całkowitą utratę wzroku). Trybunał uznał, że Polska naruszyła art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (o ochronie prawa do prywatnego życia), gdyż nie stworzyła efektywnych procedur odwoławczych od negatywnej decyzji lekarzy dla ustalenia, czy warunki dla legalnej według prawa polskiego aborcji w celach terapeutycznych zostały spełnione, i zasądził na rzecz skarżącej kwotę 25.000 euro tytułem zadośćuczynienia za doznaną przez nią krzywdę (skarżąca przedstawiła dowody, że po urodzeniu dziecka jej wzrok uległ poważnemu pogorszeniu i jest prawie niewidoma).

²⁴ Por. M. Bilecka, Proces o złe urodzenie (uwagi do wyroków Sądu Okręgowego w Łomży oraz Sądu Apelacyjnego w Białymstoku), *Prawo i Medycyna* 3/2005, s. 42 i n.

²⁵ Zob. OSP 6/2006, poz. 71 z glosą M. Nesterowicza, oraz glosy T. Justyńskiego i W. Borysiaka, PiP 7/2006.

III. *Wrongful life*

1. Francja

Odpowiedzialność za „nieszczęśliwe istnienie” (*wrongful life*) wywołała we Francji olbrzymie kontrowersje prawne, społeczne, etyczne i polityczne. Linię orzecznictwa ustalił w licznych wyrokach Sąd Kasacyjny zwłaszcza w słynnej sprawie *Perruche*²⁶. W pełnym składzie Zgromadzenia Ogólnego, co ma miejsce niezwykle rzadko, w wyroku z 17 listopada 2000 r. (D. 2000. J.42) sąd orzekł, że jeżeli wina lekarza i laboratorium w wykonaniu umowy zawartej z kobietą ciężarną przeszkodziła jej w dokonaniu wyboru przerwania ciąży celem uniknięcia urodzenia upośledzonego dziecka, może ono żądać naprawienia szkody wynikłej z tego upośledzenia i spowodowanej na skutek tej winy.

Orzeczenie to stało się najślawniejsze na przestrzeni prawie 200 lat obowiązywania kodeksu cywilnego. Dotąd żadne nie wywołało tylu komentarzy, wypowiedzi, polemik, w większości krytycznych.

Przede wszystkim orzeczenie Zgromadzenia Ogólnego spotkało się z wielką krytyką i poważnym sprzeciwem ze strony dwudziestu kilku profesorów prawa, ogłoszoną już w tydzień po jego wydaniu na łamach dziennika „Le Monde”. Stawiali oni pytanie, czy życie ludzkie może być szkodą? Przyznali, że z pewnością urodzenie dziecka upośledzonego jest wielkim nieszczęściem dla rodziców i samego dziecka; należy więc przyznać im środki na utrzymanie dziecka podczas całego jego życia, a nie decydować, że naprawienie szkody jest należne dziecku z powodu upośledzenia wynikającego przecież z natury, a nie z winy lekarza. Sprawiedliwość nie jest współczuciem, a droga odpowiedzialności cywilnej nie jest drogą pomocy społecznej. Orzeczenie oznacza, że człowiek upośledzony nie powinien być się urodzić. To pociąga za sobą znaczną degradację obrazu osoby ludzkiej, której godność suponuje, że nie można wprowadzać rozróżnienia pomiędzy osobami, które zasługują na to, aby żyć, a tymi, które powinny być eliminowane. Ani prawo cywilne, ani fundamentalne prawa konstytucyjne do tego nie upoważniają.

²⁶ Zob. bliżej M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza wobec narodzonego dziecka z tytułu wrongful life w prawie francuskim (w:) Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 289 i n

Mimo licznych ataków z wielu stron, Sąd Kasacyjny pozostał nieugięty. W kolejnych trzech wyrokach z 13 lipca 2001 r. (D. 2001, J.Comm.2325) Zgromadzenie Ogólne Sądu Kasacyjnego podtrzymało dotychczasowe stanowisko, powtarzając wydaną tezę. W każdej z tych spraw wina lekarzy w dokonaniu i interpretacji echografii płodu uniemożliwiła matce dziecka urodzonego z poważnymi wadami przerwanie ciąży. Sąd uznał, jak poprzednio, że takie dziecko może żądać odszkodowania za szkodę wynikającą z upośledzenia, skoro wina lekarza przeszkodziła matce w dokonaniu aborcji.

Drogą wytyczoną przez Sąd Kasacyjny poszedł Sąd Apelacyjny w Bordeaux w wyroku z 19 września 2001 r. (D. 2001, Jurisprudence, I.R.2805). Orzekł, że klinika jest zobowiązana do naprawienia szkody wyrządzonej zarówno rodzicom, jak i upośledzonemu dziecku na skutek nieudzielenia matce pełnej informacji o ryzyku wad rozwojowych płodu, gdy jest to ewentualność częsta w sytuacji małowodzia (małej ilości wód płodowych). Niedopełnienie przez lekarza obowiązku informacji stanowi winę w wykonaniu umowy zawartej pomiędzy kliniką a matką dziecka. Wtedy gdy ta wina przeszkodziła rodzicom w dokonaniu wyboru przerwania ciąży, w celu uniknięcia urodzenia upośledzonego dziecka, mogą oni żądać odszkodowania. Dziecko, urodzone upośledzone, może również żądać naprawienia szkody wynikającej z upośledzenia, jeżeli to upośledzenie pozostaje w bezpośrednim związku przyczynowym z winą lekarza, która przeszkodziła w dokonaniu aborcji, i jeżeli – jak w danym przypadku – warunki medyczne przerwania ciąży ze względów terapeutycznych były spełnione.

Konsekwentne i coraz bardziej ugruntowane stanowisko orzecznictwa wywołało burzliwą krytykę i protesty różnych grup społecznych, które zarzuciły Sądowi Kasacyjnemu, że wynagradza fakt urodzenia i uświęca prawo do nieurodzenia.

Dnia 4 marca 2002 r. została uchwalona ustawa o prawach pacjentów i jakości systemu zdrowia. Ustawa przewiduje, że nikt nie może dochodzić odszkodowania z samego faktu urodzenia, a więc odrzuca skargę *wrongful life*. Dopuszcza jednak roszczenie osoby urodzonej z upośledzeniem powstałym z winy lekarzy. Osoba ta może otrzymać wynagrodzenie szkody, gdy czyn zawiniony bezpośrednio spowodował

upośledzenie albo je powiększył, albo też nie pozwolił na podjęcie działań zmierzających do jego zmniejszenia.

Można z tego wnosić, że musi zachodzić związek przyczynowy pomiędzy zawinionym postępowaniem lekarza (np. wadliwe odebranie porodu, nieskuteczna i wyrządzająca szkodę dziecku poczętemu aborcja, szkodliwe interwencje podczas ciąży) a upośledzeniem dziecka. Z pewnością jednak na tle tej ustawy dziecko nie będzie mogło dochodzić odszkodowania za „nieszczęśliwe istnienie”, dowodząc, że matka z powodu zawinonego przez lekarza nieprzeprowadzenia badań prenatalnych lub niepoinformowania jej o wadach genetycznych płodu została pozbawiona prawa do dokonania aborcji.

Ustawa przyznaje natomiast rodzicom prawo do dochodzenia roszczeń z tytułu urodzenia upośledzonego dziecka, lecz w ograniczonym zakresie. Jeżeli zachodzi odpowiedzialność lekarza (lub zakładu leczniczego) wobec rodziców dziecka urodzonego z upośledzeniem nie wykrytym podczas ciąży z powodu „winy charakterystycznej, znamiennej” (*d’une faute caractérisée*), rodzice mogą żądać odszkodowania z tytułu poniesionej przez nich szkody. Wyłączone są z niej szczególnie koszty i wydatki związane z upośledzeniem takiego dziecka, gdyż ich pokrycie ma należeć do państwa (co wynika z *solidarité nationale*). Własna szkoda rodziców będzie miała tylko charakter moralny (cierpienia psychiczne, stresy, napięcia emocjonalne), chyba że sądy uznają, że obejmuje ona np. utratę zarobków matki z powodu konieczności osobistej opieki nad upośledzonym dzieckiem.

W pierwszym orzeczeniu wydanym już pod rządami ustawy Cour administrative d’appel de Paris w wyroku z 13 czerwca 2002 r. (D. 2002, J.Comm. 2156) powiedział, że zanik mięśni kręgosłupa urodzonego dziecka nie jest bezpośrednim skutkiem winy szpitala publicznego. Ponieważ lekarz na skutek pomyłkowej zamiany wyników analizy laboratoryjnej błędnie poinformował rodziców, że dziecko urodzi się zdrowe, czym pozbawił matkę dziecka możliwości powzięcia decyzji o przerwaniu ciąży ze względów terapeutycznych, sąd zasądził jedynie na rzecz rodziców odszkodowanie za szkody moralne. Oddalił natomiast roszczenie o pokrycie kosztów i wydatków związanych z upośledzeniem dziecka. To należy – zgodnie z ustawą – do państwa (*solidarité nationale*).

2. Holandia

Kwestią *wrongful life* zajmowały się w Holandii sądy w sprawie „*baby-Kelly*”. Małoletnia powódka urodziła się upośledzona na skutek wad genetycznych. W pozwie wobec lekarza ginekologa dochodziła zadośćuczynienia pieniężnego. Twierdziła, że gdyby lekarz odniósł się adekwatnie do wskazań dotyczących jej genetycznych anomalii i w odpowiednim czasie wadę wykrył, matka przerwałaby ciążę. Sąd cywilny w Hadze w wyroku z 2 lutego 2000 r. oddalił powództwo uzasadniając, że upośledzenie nie zostało spowodowane przez pozwanego lekarza, lecz jest wynikiem nieprawidłowości chromosomów powódki. Jednak sąd nie do końca był konsekwentny, bo uwzględnił roszczenia rodziców Kelly z tytułu *wrongful birth*, obejmujące koszty utrzymania i wychowania córki²⁷. Wyrok ten w części oddalającej powództwo zmienił Sąd Apelacyjny w Hadze w orzeczeniu z 26 marca 2003 r., akceptując po raz pierwszy w Holandii skargę *wrongful life*²⁸.

Orzeczenie to wywołało burzliwą dyskusję zarówno wśród prawników, jak i polityków. Poglądy prawników są podzielone, a argumenty zwolenników i przeciwników rozstrzygnięcia są takie, jak dawniej podnoszono we Francji, a więc zwłaszcza, że nie istnieje prawo nie być urodzonym i życie ludzkie nie może być szkodą, a z drugiej strony, że to nie życie jest szkodą, lecz życie z upośledzeniem. Niektórzy parlamentarzyści twierdzili, że skarga „*wrongful life*” nie powinna być dozwolona i pytali Ministra Sprawiedliwości, jakie podjął w tym kierunku działania. Minister odpowiedział, że nie jest przygotowany do przedsięwzięcia żadnych legislacyjnych akcji, uniemożliwiających tego rodzaju skargi, oczekuje, jak się sądzi, na stanowisko doktryny²⁹.

Sprawę ostatecznie zakończył Sąd Najwyższy w wyroku z 18 marca 2005 r. potwierdzając wyrok SA. Uznał, że Kelly ma prawo do wynagrodzenia za pełną szkodę; że wydatki rodziców na jej wychowanie i utrzymanie nie mogą być ograniczone tylko do szkody spowodowanej upośledzeniem. Odrzucił argument, że rodzice ponieśliby również koszty, gdyby dziecko było zdrowe. Ponadto stwierdził, że zarówno Kelly, jak i jej rodzicom przysługuje prawo do zadośćuczynienia za ból i cier-

²⁷ Zob. M. Faure, T. Hartlief (w:) *European Tort Law 2001*, Wiedeń 2002, s. 363.

²⁸ Autorzy jw. (w:) *European Tort Law 2003*, Wiedeń 2004, s. 284 i n.

²⁹ M. Faure, T. Hartlief, jw., przyp. 18, s. 285.

pienia psychiczne, mimo że rodzice nie ponieśli żadnej szkody cielesnej. Po tym orzeczeniu rząd Holandii nie rozważa wprowadzenia w drodze legislacyjnej zakazu skargi *wrongful life*, jak to miało miejsce we Francji³⁰.

3. Portugalia

Powództwo z tytułu *wrongful life* rozstrzygnął w Portugalii Sąd Najwyższy w wyroku z 20 czerwca 2001 r.³¹. Stan faktyczny tej sprawy był prosty. Lekarz badający ciężarną kobietę niedbale przeanalizował wyniki badań. Gdyby wiedziała ona, że płód jest dotknięty wadami, dokonałaby terminacji ciąży. Tymczasem dziecko urodziło się poważnie upośledzone. Rodzice w imieniu powoda skarżyli lekarza o odszkodowanie i zadośćuczynienie twierdząc, że na skutek jego niedbałych badań i błędnej informacji dziecko przyszło na świat.

Sąd Najwyższy oddalił powództwo, przyjmując restryktywne stanowisko. Jednakże wyraził pogląd niespotykany dotąd w orzecznictwie innych państw, że kiedy dziecko dojdzie do pełnoletności, może wówczas ewentualnie rozważyć, czy powinno lub nie powinno istnieć i wtedy sąd mógłby podjąć decyzję, innymi słowy – w prawach rodziców do dziecka nie mieści się prawo do decydowania o korzyściach albo wartości istnienia dziecka.

Zdaniem komentatorów jest bardziej prawdopodobne, że sąd przyznałby odszkodowanie matce lub rodzicom, jeśli wystąpiliby z powództwem wobec lekarza (a więc z tytułu *wrongful birth*). Jeśli natomiast nikt (ani dziecko, ani rodzice) nie miałoby prawa do odszkodowania za szkodę majątkową (*pecuniary damages*), powstałaby grupa obywateli, którzy nie są odpowiedzialni za swoje bezprawne czyny (lekarze specjalizujący się w medycynie prenatalnej). To mogłoby naruszyć zasadę równości wobec prawa i nie spełniać represyjnej i kompensacyjnej funkcji prawa czynów niedozwolonych³².

³⁰ Zob. M. Faure, T. Hartlief (w:) *European Tort Law 2005*, Wiedeń 2006, s. 421-422.

³¹ Zob. André G. Dias Pereira (w:) *European Tort Law 2002*, Wiedeń 2003, s. 350.

³² *Ibidem*, s. 351.

4. Węgry

Sąd Najwyższy Węgier (w wyroku BH 2005, nr 394) orzekł, że dziecko urodzone z upośledzeniem, ponieważ lekarz uchybił zdiagnozować syndrom Downa i poinformować o tym matkę w odpowiednim czasie, aby miała możliwość podjęcia decyzji o aborcji, ma własne prawo do odszkodowania za urodzenie.

Małoletni powód domagał się od pozwanego szpitala, w którym zatrudniony był lekarz, zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Sąd odrzucił zarzut pozwanego, że urodzenie dziecka nigdy nie może być traktowane jako szkoda i nie można kompensować samego faktu urodzenia zamiast nieurodzenia³³.

³³ Zob. A. Menyhárd (w:) *European Tort Law 2005*, Wiedeń 2006, s. 335.

Romuald Dębski

Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty

Żadna chyba dziedzina medycyny nie jest tak uwikłana w zależności polityczne, jak położnictwo i ginekologia. Ciągłe przepychanki dookoła ustawy antyaborcyjnej, dyskusje pomiędzy organizacjami prokobiecymi i proplodowymi, sięgają w Polsce granic absurdu. Dzielą koalicję rządową, naukowców, lekarzy i społeczeństwo. Istnieje kilka newralgicznych punktów, różniących te dwie subpopulacje społeczne. Pierwszy, to dyskusja o tym, od kiedy rozpoczyna się życie i w jaki sposób powinno to zostać zapisane w polskim prawie. W moim głębokim przekonaniu, nowe życie rozpoczyna się w chwili wytworzenia nowego materiału genetycznego, czyli w momencie wnikięcia plemnika do komórki jajowej, bezpośrednio po zapłodnieniu, ale nie można zapomnieć, że życie to przez kilka następnych miesięcy jest zależne od innego życia i do pewnego etapu jest od niego uzależnione w sposób absolutny. Zarodek 8, 12, czy 22-tygodniowy będąc nowym człowiekiem nie może żyć samodzielnie, będąc nierozzerwalnym fragmentem organizmu jego matki. Więc jest to niewątpliwie nowe życie, ale życie niesamodzielne, zależne, przynajmniej do momentu osiągnięcia teoretycznej zdolności do samodzielnej egzystencji, od organizmu matki. W prawodawstwie polskim w zgodzie z wyrokiem Sądu Najwyższego granicą tą są skończone 24 tygodnie ciąży. Granica ta, przynajmniej na obecnym etapie rozwoju neonatologii, jest chyba rzeczywistą granicą samodzielnego życia dziecka. Oczywiście, „obrońcy życia” mogą przedstawiać kazuistyczne przypadki przeżycia płodów w 20-22 tygodniu ciąży, ale jestem przekonany, że dotyczyło to w znacznej mierze starszych dzieci, z zaawansowaną hipotrofią, rodzących się z masą poniżej 500 g. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniami stawiającymi znak bezwzględnej równo-

ści między życiem matki i jej rozwijającego się płodu. W momencie śmierci matki ginie również jej dziecko. Śmierć zarodka na szczęście prawie nigdy nie jest przyczyną śmierci ciężarnej.

Kolejną „kością niezgody” dzielącą polskie społeczeństwo jest dostępność przerwania ciąży, wykonywanego na życzenie ciężarnej bez wskazań, czyli z tak zwanych „wskazań społecznych”. Zdaniem ruchów feministycznych dostępność takich zabiegów to ogromny sukces, jest on udokumentowaniem pozycji kobiety, wyznacznikiem jej równouprawnienia, wolności. Zdaniem „obrońców życia” – jest to morderstwo, nie znajdujące żadnego usprawiedliwienia. Wydaje mi się, że prawda, jak zwykle leży pośrodku. Pamiętam i takie kobiety, które bez większego zażenowania przekazywały informacje o przebytych kilku czy kilkunastu zabiegach aborcji, ale dla ogromnej większości kobiet, których w naszym kraju było niezwykle dużo, w znacznej większości praktykujących katoliczek, były to decyzje dramatyczne, mające ogromnie negatywny wpływ na ich psyche. Jestem przekonany, że prawie wszystkie z nich zachodziły w niepożądaną, a następnie usuwaną ciążę nie w konsekwencji podejmowania świadomego ryzyka, zabawy w „seksualną ruletkę”; ciążę te były konsekwencją stosowania nieefektywnych metod regulacji płodności, fatalnej edukacji seksualnej, niskiej dostępności środków antykoncepcyjnych, stosowania metod nieodpowiednich dla partnerów. Oczywiście, nawet najlepiej ustawiona antykoncepcja nie zlikwiduje w 100% problemu niepożądanych ciąż, ale właśnie te metody, które umożliwiają, a nie ograniczają współżycie, dając jednocześnie skuteczne zabezpieczenie przed niepożądaną ciążą, stanowią najlepszą metodę zmniejszającą częstość wykonywania aborcji. Polska jest jednym z dwóch krajów europejskich, w których niedozwolone jest wykonywanie przerwania ciąży ze wskazań społecznych. Jestem przekonany, że tak nie powinno być, że kobieta powinna mieć możliwość decydowania o swoim organizmie na każdym etapie swojego życia. Ale jestem również przekonany, że nie powinno odbywać się to tak, jak w tych latach, w których rozpoczynałem swoją karierę zawodową, gdzie liczba interupcji wykonywanych w szpitalach była większa od liczby wykonywanych zabiegów diagnostycznych. Natomiast nie jestem w stanie podać zdrowej recepty, która odpowiedziałaby na pytanie, jak umożliwić polskim kobietom dopuszczalność przerwania ciąży, przy jedno-

czesnym powstrzymaniu się od bezmyślnego, pochopnego, spontanicznego podejmowania, często potem żałowanych, ale już nieodwracalnych decyzji.

Kolejnym dylematem jest dostępność antykoncepcji, która – chyba tylko w naszym kraju – zawędrowała aż na trybuny sejmowe.

Po raz kolejny do mediów trafiają coraz bardziej agresywne informacje na temat diagnostyki prenatalnej. Konsekwencją rozpoznania ciężkich, nieuleczalnych chorób płodu może być, zgodnie z obowiązującą ustawą, prośba ciężarnej lub partnerów o przedwczesne ukończenie ciąży. Informacje medialne są coraz bardziej agresywne, i to z dwóch stron. Coraz powszechniej i bardziej agresywnie głoszony jest pogląd, że kobieta ma obowiązek pokochać, zaakceptować i urodzić w terminie porodu swoje ciężko uszkodzone dziecko. Niezależnie od tego, czy będzie potem żyło godzinę, czy dwa dni, czy będzie miało głowę, nerki czy serce, czy zginie w trakcie akcji reanimacyjnej. Z drugiej strony, niezwykle medialne są ataki, piętnujące lekarzy, którzy odmawiają kobietom prawa do diagnostyki prenatalnej, czy przerwania ciąży ze wskazań medycznych. Ogromna złożoność problemu, balansowanie pomiędzy emocjami a medycyną, niezgodności opinii lekarskich, czynią każdy z zaistniałych w ostatnich latach problemów niezwykle złożonym i trudnym. Po kilku latach powstrzymywania się od zabierania głosu w tej sprawie postanowiłem podzielić się z Państwem swoimi spostrzeżeniami dotyczącymi słynnej już „sprawy łomżyńskiej”, toczącej się do dnia dzisiejszego, obecnie w Sądzie Rejonowym w Białymstoku oraz sprawy pani Alicji T., czyli odmowy przerwania ciąży ze względu na pseudo-wskazania medyczne, która to sprawa dotyczy mojej osoby.

„Sprawa łomżyńska”

Jednym z najbardziej medialnych problemów diagnostyki prenatalnej, sytuacją, w której wyrok wydały gazety, telewizja i organizacje feministyczne, jest tak zwana „sprawa łomżyńska”, dotycząca rzekomej odmowy diagnostyki prenatalnej w sytuacji zaistnienia społecznych wskazań do przerwania ciąży. Problem pani Barbary W. rozpoczął się

tak naprawdę w 1997 roku, kiedy w Bydgoszczy urodziła dziecko, u którego stwierdzono dysproporcję długości kończyn; zaistniało wtedy podejrzenie achondroplazji lub hipochondroplazji, podjęto działania diagnostyczne i próby postępowania terapeutycznego. Ogromna część diagnostyki oraz schemat postępowania terapeutycznego został wypracowany w Centrum Zdrowia Dziecka w Warszawie, natomiast materiał na badanie genetyczne został skierowany do Zakładu Genetyki Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, gdzie podjęto próby określenia, czy mógłby być to defekt dziedziczony genetycznie i ewentualnie, jaki byłby charakter dziedziczenia. W materiale dostarczonym do Krakowa nie udało się wykazać obecności najczęstszych mutacji odpowiedzialnych za występowanie achondroplazji i hipochondroplazji. Skądinąd wyniki tych badań ostatecznie uzyskane zostały dopiero pod koniec 1999 roku.

Co najmniej dziwne jest, że w kilku opiniach genetyków oraz w opinii lekarza z Białegostoku prawdopodobieństwo powtórzenia się wady w przypadku jej dziedziczenia genetycznego określono na częstość od 25 do 50%. Jest to o tyle niezrozumiałe, że dysplazje kostne nie są dziedziczone z płcią, ryzyko wady recesywnej wynosi dokładnie 25%, ryzyko powtórzenia się wady wynikającej z losowej mutacji jest ryzykiem populacyjnym i wynosi 1 na kilkanaście tysięcy. Zupełnie niezasadne jest mówienie o prawdopodobieństwie 50%, które jest typowe dla dziedziczenia cech dominujących – żaden z lekarzy oraz kilku ekspertów nie zauważył tego, że wada ta nie może być dziedziczona w sposób dominujący, ponieważ żadne z rodziców nie posiadało cech fenotypowych tej nieprawidłowości.

Jakoś tak się dziwnie zdarzyło, ale pani Barbara W. nie odebrała żadnego wyniku badania z Krakowa i w związku z tym nie miała żadnej wiedzy na temat ewentualnego ryzyka ponownego wystąpienia tego schorzenia. W efekcie konsultacji dokonanej w Centrum Zdrowia Dziecka stwierdzono, że pierwsze dziecko państwa W. cierpi na nieopisaną do tej pory postać dysplazji kręgosłupowo-przynasadowej, posiadającą elementy dwóch różnych dysplazji – dysplazji Kozłowskiego, ale w większym stopniu przypominającą chondrodysplazję przynasadową typu Jansena. Mechanizm dziedziczenia się tej choroby z oczywistych względów, ponieważ jest to opisany pierwszy tego typu przypadek na świecie – jest nieznan.

Jak wynika z relacji małżonków, świadomi ryzyka starali się uniknąć kolejnej ciąży, ale na początku 1999 roku, tuż po przeprowadzeniu się do Łomży okazało się, że pani Barbara spodziewa się kolejnego dziecka. Trafiła do ginekologa pierwszego kontaktu, podjęła z nim rozmowę na temat możliwości przerwania ciąży ze wskazań społecznych, później medycznych – wymieniała po kolei wszystkie, jak się jej wydawało, uzasadnienia lekarskie do przerwania ciąży – przebyta cukrzyca ciążowa, otyłość, stan po cięciu cesarskim, stan po przebytych przed laty operacjach ortopedycznych oraz urodzeniu dziecka z wadami genetycznymi. W pierwszym odruchu pani doktor z poradni ginekologicznej na świszku papieru wystawiła skierowanie na konsultację do ordynatora oddziału w szpitalu wojewódzkim. Pan doktor Leszek P., zaczepiony na korytarzu pomiędzy kolejnymi operacjami, po wysłuchaniu pacjentki polecił jej zgłosić się z prawidłowo wystawionym skierowaniem do poradni konsultacyjnej. Po czterech dniach, 8 marca 1999 roku, pani Barbara W. zgłosiła się w poradni, w której ponownie rozpoczęła pertraktację o uzyskanie akceptacji na przerwanie ciąży ze wskazań społecznych, a po przedstawieniu informacji, że takich zabiegów zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem się nie wykonuje, zaczęła przedstawiać kolejne argumenty medyczne, stanowiące w jej przekonaniu argumenty uzasadniające przerwanie ciąży. Doktor P. pacjentkę zbadał, wykonał jej badanie ultrasonograficzne stwierdzając obecność pęcherzyka ciążowego w macicy (7. tydzień ciąży) i stwierdził, że żadne z wymienionych przez pacjentkę wskazań nie stanowi uzasadnienia do przerwania ciąży. zaproponował jej opiekę nad ciążą, będącą niewątpliwie ciążą wysokiego ryzyka, i dalsze prowadzenie w poradni konsultacyjnej Szpitala Wojewódzkiego. Usłyszał w odpowiedzi szereg epitetów, wyzwisk oraz dowiedział się, że będzie utrzymywał ją i jej dzieci do końca życia. Nieusatysfakcjonowana wizytą u doktora P. pani Barbara W. udała się do zastępcy dyrektora przychodni prosząc o interwencję i wyrażenie zgody na przerwanie ciąży ze wskazań społecznych. W odpowiedzi wydano jej kserokopię ustawy o dopuszczalności przerwania ciąży.

Pani Barbara W. zadzwoniła w kwietniu 1999 roku do Instytutu Pediatrii Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, domagając się przesłania jej opinii genetycznej z oznaczeniem ryzyka

ponownego wystąpienia wady rozwojowej. W konsekwencji tej, podobno dość agresywnej rozmowy, poczyniona została notatka, w której znajduje się powtarzane zalecenie, aby Pani Barbara W. przyjechała z dzieckiem do Krakowa. Poinformowano ją również, że może zgłosić się do poradni genetycznej w rejonie, do której można będzie przesłać wyniki dotychczas wykonanych badań. Chwilę później zadzwoniła osoba podająca się za lekarza z Białegostoku, dopytująca się o wyniki. Udzielono mu informacji, „jednak ze względu na nieprawidłową interpretację przez telefon”, zwrócono się z prośbą o przesłanie pisma z poradni, z wnioskiem o odpis wyników badań genetycznych. Więcej kontaktów z Zakładem Genetyki w Krakowie Pani Barbara W. już nie miała.

Dalszy przebieg ciąży kontrolowany był w poradni dla kobiet. Pod koniec sierpnia (31,4 tydzień ciąży) Pani Barbara W. otrzymała skierowanie do szpitala. Zgłosiła się do niego 6 września 1999 r. (33 tydzień ciąży). W trakcie tej hospitalizacji w badaniu ultrasonograficznym zauważono dysproporcję w długości kości udowej i wymiaru dwuciemiennowego. 7 września 1999 r. wydano pacjentce skierowanie do poradni konsultacyjnej Akademii Medycznej w Białymstoku, gdzie pacjentka zjawiła się po 10 dniach. Po miesiącu została hospitalizowana w oddziale patologii ciąży w Białymstoku (39,1 tydzień ciąży), a 27 października drogą cięcia cesarskiego (40,2 tydzień ciąży) urodziła córkę w stanie ogólnym dobrym z zaznaczoną niewielką dysproporcją obwodów głowy i klatki piersiowej. Na podstawie przeprowadzonych badań stwierdzono, że u córki występuje taka sama postać dysplazji kręgosłupowo-przynasadowej, jak u dwa lata starszego syna. Uruchomione zostały mechanizmy prawne, Komitet Helsiński, organizacje feministyczne, a przede wszystkim media, które jeszcze przed wydaniem jakiegokolwiek opinii merytorycznej już wydały wyrok – lekarze ze względów ideologicznych odmówili diagnostyki prenatalnej.

Sprawa łomżyńska ma ogromnie dużo wątków:

Czy lekarz ma prawo wystawić skierowanie do poradni genetycznej wtedy, kiedy jego przychodnia nie ma podpisanej z nią umowy? Czy dyrektor szpitala może obiecać pacjentce, że nie będzie badana przez ordynatora oddziału? Czy pacjent powinien być prowadzony w oddziale, w którym ordynuje lekarz nieakceptowany przez pacjenta? Czy osoba będąca pod opieką poradni genetycznej musi uzyskiwać kolejne skier-

rowanie do tej poradni? Czy można ubiegać się o refundację eksperymentalnego, ale najprawdopodobniej nieskutecznego leczenia hormonem wzrostu?

Prawnicy jednej i drugiej strony mogą jeszcze ładnych kilka lat konkurować na argumenty. Mnie interesuje wyłącznie strona merytoryczna. **Czy rzeczywiście został popełniony błąd merytoryczny?** Czy doktor P. zbagatelizował problem pacjentki? Nawet gdybyśmy założyli, że podstawowym celem jej wizyty nie było przerwanie ciąży, tylko prawidłowo przeprowadzona diagnostyka prenatalna, to doktor P. nie popełnił żadnego błędu. Profesor Czernicki, Naczelny Rzecznik Odpowiedzialności zawodowej poprzedniej kadencji, osoba niezwykle sumienna i niekiedy mocno rygorystyczna w stosunku do członków naszej korporacji, nie miał żadnych wątpliwości. Pomimo perturbacji z okręgowym i naczelnym sądem lekarskim całe dochodzenie ostatecznie umorzył, nie widząc błędu w postępowaniu lekarskim. Sąd cywilny okazał się nie być tak odważny, uległ naciskom mediów i w różnych wersjach kolejnych orzeczeń dopatrywał się uchybień w postępowaniu lekarzy z Łomży. Niestety, ale wnioski swoje oparł na nie zawsze przemyślanych opiniach ekspertów, wyjmując z nich niekiedy pojedyncze zdania. Opinie kilku autorytetów genetycznych naszego kraju, choć jednoznacznie wskazują na niemożność genetycznego/molekularnego postawienia rozpoznania prenatalnego, są nie do końca jednoznaczne. Jeden z nich, bardzo blisko ze mną współpracujący profesor, w moim przekonaniu absolutny autorytet w zakresie diagnostyki genetycznej w naszym kraju pisze, że wada była nierozpoznawalna, ale kilka linijek dalej, pisząc o prawach rodziców, zaznacza, że „przy tak poważnej wadzie rozwojowej płodu, decyzja powinna należeć do nich (....) Uważam również, że lekarz w Łomży nie wykazał dostatecznej rozwagi, ponieważ można było wystawić skierowanie do Poradni Genetycznej Instytutu Pediatrii w Krakowie”. Pisze tak, nie zauważając tego, że tak naprawdę ani to skierowanie ani ta wizyta, nie wniosłyby nic do tej sprawy. Co więcej, jak można sugerować skierowanie na badania do ośrodka, w którym nie przeprowadzono planowanych badań przez ponad rok. (Na marginesie; może trzeba by się przyjrzeć celowości działania takiego ośrodka, w którym tak długo wykonuje się badania molekularne, że kobieta wystrzegająca się ciąży zachodzi w kolejną ciążę, rodzi drugie dziecko i już wtedy może

się dowiedzieć, że nie udało się wykryć mutacji u pierwszego z chorych dzieci). Nie znając sposobu dziedziczenia wad o charakterze dysplazji kostnych, diagnostykę prenatalną można oprzeć wyłącznie na badaniu ultrasonograficznym. Niestety, jak wynika z wielu opracowań, jak i również własnych moich obserwacji, dysplazje kostne ujawniają się często dopiero w drugiej połowie ciąży. „W achondroplazji skrócenie kości może nie ujawniać się aż do około 24. tygodnia ciąży” („Choroby płodu – diagnostyka i postępowanie”, B.M. Petrikowsky, tłum. Pod red. G.H. Bręborowicza). Niestety, ale pomimo tego, że tak naprawdę w 30. tygodniu ciąży u Pani Barbary W. stwierdzono skrócenie kości długich o 2 tygodnie w stosunku do wymiaru dwuciemiennego, pozwala to jedynie podejrzewać, a nie daje podstaw do rozpoznania dysplazji kostnej, ponieważ w okresie tym rozrzut normy dla długości kości długich płodu wynosi mniej więcej 3-4 tygodnie. W związku z tym nie mogę zgodzić się ze stwierdzeniami zawartymi w opinii zarówno pana profesora Z. jak i pani profesor R., że „dobry specjalista dysponujący wysokiej klasy sprzętem USG mógłby udokumentować nieprawidłowy rozwój kości płodu w 20-24. tygodniu ciąży, co można byłoby uznać za równoznaczne z występowaniem choroby identycznej jak u starszego dziecka. Nie wiem jak w Łodzi, gdzie nie usunięto ze wskazań medycznych chyba ani jednej ciąży, ale w Warszawie, gdzie wykonane zostało większość przerwania ciąży ze wskazań medycznych z terenu prawie całego kraju, nikt nie podjąłby decyzji o terminacji ciąży ze względu na to, że płód ma o 2 tygodnie krótszą kość udową.

Czytając jedyną opinię pediatryczno-ultrasonograficzną odniosłem wrażenie, że w Polsce jest chyba tylko jedna osoba, która zna się na dysplazjach kostnych i że na temat ich rozpoznawania nie powinien się wypowiadać żaden genetyk, czy lekarz innej specjalności. Z zawartych w tej opinii sformułowań wynika, że gdyby pacjentka trafiła do ośrodka referencyjnego, to na pewno miałaby przedstawioną możliwość przerwania ciąży. Prowadzę ośrodek referencyjny, z niemniejszym chyba doświadczeniem i niestety, jestem prawie pewien, że nie byłbym w stanie postawić jednoznacznego rozpoznania w okresie dopuszczalności prawnej zabiegu przerwania ciąży. Z drugiej strony, absurdalne jest założenie sądu i biegłych, że pacjentce odmówiono prawidłowego postępowania w czasie ciąży. W 7. tygodniu ciąży, podczas pierwszej wizyty,

zaproponowano jej dalszą opiekę w poradni konsultacyjnej, z której mogłaby pewnie uzyskać skierowanie do referencyjnej pracowni ultrasonograficznej. Jestem przekonany, że w 7. tygodniu w żadnym ośrodku, nawet najlepszym, nawet w centralnej Polsce, nikt w badaniu ultrasonograficznym nie jest w stanie stwierdzić niedorozwoju kości udowej. Propozycja dalszej opieki w poradni została zamieszczona w dokumentacji lekarskiej. Z propozycji tej nie skorzystała Pani Barbara W., ponieważ celem jej nie była diagnostyka, ale przerwanie ciąży ze wskazań społecznych, które nota bene mogłaby uzyskać w każdym trochę bardziej cywilizowanym kraju.

Od wielu lat pacjentki z Łomży z podejrzeniem wad rozwojowych kierowane były do naszego ośrodka. Pod większością tych skierowań podpisany był doktor P. Niejedna z tych pacjentek miała w naszej pracowni weryfikowane badania ultrasonograficzne, pobierany materiał do badań genetycznych (najczęściej chromosomalnych), potwierdzone rozpoznanie. Miały możliwość podjęcia decyzji o dyskontynuacji ciąży. Ale przecież nie kieruje się na ocenę kośćca w 7. tygodniu ciąży na etapie pęcherzyka ciążowego. Mało prawdopodobne jest, że wykonując badanie w 20-22. tygodniu ciąży można byłoby postawić rozpoznanie tak pewne, że stanowiłoby uzasadnienie do przerwania ciąży, ale z możliwości tej zrezygnowała sama pani Barbara W. To Ona zrezygnowała z opieki poradni w Szpitalu Wojewódzkim. Oczywiście jest, że widok dziecka z niedorozwojem kończyn budzi ludzkie emocje, wszyscy buntujemy się na niesprawiedliwość tego świata, że dziecko jest chore i że choroba ta widoczna jest, niestety, na pierwszy rzut oka. Ale nie jest to winą doktora P.; jemu nie dano żadnej szansy na rozpoznanie i skazano go za to, że postępował zgodnie z niezbyt rozsądnym, ale obowiązującym polskim prawem. *Dura lex, sed lex.*

Druga sprawa, to ogromnie ostatnio nagłościony problem odmowy wykonania zabiegu przerwania ciąży przy występowaniu wskazań medycznych. Wskazań lub raczej pseudowskazań, ale po kolei... Wszystko to zaczęło się kilka lat temu. Zadzwoniła do mnie, do sekretariatu kliniki, pani Wanda N., jedna z czołowych reprezentantek ruchów feministycznych w tym kraju. Grzecznie zapytała, czy mogę przyjąć pacjentkę, która ma medyczne wskazania do przerwania ciąży i której odmówiono wykonania zabiegu w in-

nych szpitalach. Wyraziłem zgodę na spotkanie z pacjentką następnego dnia. Rankiem kolejnego dnia pod moim gabinetem zauważyłem panią w rzeczywiście bardzo potężnych okularach, wymachując kartką: „to gdzie jest ten Dębski, bo ja tu jestem na przerwanie ciąży!”. Zaprosiłem panią Alicję do gabinetu, po wymianie dwóch zdań doszedłem do wniosku, że rozsądnie będzie, jak będę miał świadka tej rozmowy. Poprosiłem więc do gabinetu panią dr B. Rozpoczęła się rozmowa. „Bo ja mam skierowanie na przerwanie ciąży”. Na skierowaniu, oczywiście nieokreślającym docelowego oddziału imię, nazwisko, *miopia alta*, stan po dwóch cięciach cesarskich – do przerwania ciąży. Pieczętka, lekarz rodzinny. Zbieram wywiad: Która to Pani ciąża? – Trzecia. Jakiego stopnia ma pani wadę wzroku? – Minus dwadzieścia. Jaką wadę miała pani przed pierwszą ciążą? – Taką samą. Czy w konsekwencji poprzednich ciąż, porodów, coś się zmieniło z pani wzrokiem? – Odpowiedź negatywna. Po uzyskaniu tych informacji uznałem, że w moim przekonaniu ani wada wzroku, ani stan po cięciach cesarskich nie stanowią medycznego uzasadnienia do terminacji ciąży. Na odwrocie skierowania wpisałem swoją opinię, proponując pacjentce opiekę nad ciążą w poradni przyklinicznej. Wpisałem datę i godzinę proponowanej wizyty w poradni przyklinicznej. Mówiąc o konieczności rozwiązania trzeciej ciąży cięciem cesarskim wspomniałem o wysokim prawdopodobieństwie zaistnienia wskazań medycznych do ubezpłodnienia w trakcie operacji. Usłyszałem kilka inwektyw, co jednak nie zmieniło zupełnie mojego poglądu na meritum sprawy. Jeszcze tego samego dnia, po kilku godzinach odbyłem chyba godzinną rozmowę z panią Wandą N. i przekazałem wszystkie moje argumenty o niezasadności wystawionego skierowania. Pani Alicja nie zjawiała się już więcej, podobno moja pieczętka z odmową wykonania zabiegu zupełnie odebrała możliwości, aby był on wykonany w jakimkolwiek szpitalu. Domyślam się, że utrudniła pewnie również wypisanie duplikatu skierowania. Pomimo tego, że jak mi się wydaje, robiłem dość dużo dla praw reprodukcyjnych kobiet w tym kraju, stałem się dla niektórych pań wrogiem numer jeden. Pani Alicja donosiła ciążę i została w jednym z warszawskich szpitali rozwiązana cięciem cesarskim. Wydaje mi się, że przy cięciu tym nie znaleziono wskazań do podwiązania jajowodów. Jak wynika z późniejszych pism procesowych, kilkanaście miesięcy po porodzie podobno doszło do pogor-

szenia wzroku u pani Alicji, które później próbowano wiązać z przebytą ciążą i porodem, a w mediach przedstawiano jednoznacznie jako konsekwencję donoszenia trzeciej ciąży.

Jak można się domyślić, w tej sprawie złożone zostało doniesienie do prokuratury, oczywiście również i do Izb Lekarskich. Argumentem było to, że po pierwsze, skoro lekarz wystawił skierowanie, to miałem obowiązek wykonać zabieg; po drugie, że wystawiłem swoją opinię bez osobistego zbadania pacjentki (małe mam doświadczenie w ocenie dna oka – nigdy tego nie robiłem); i wreszcie po trzecie, że wpisałem swoją opinię na skierowaniu, co uniemożliwiło wykonanie zabiegu, podcinając skrzydła innym warszawskim ginekologom. Rozmowy, zarówno u rzecznika odpowiedzialności zawodowej, okręgowego, później naczelnego, jak i w prokuraturze, były krótkie i proste. Fakt, że stan po dwóch cięciach cesarskich nie jest wskazaniem do przerwania ciąży, nie budził żadnych wątpliwości; drugą, oftalmologiczną stronę obrony opierałem na opinii, wydanej przez krajowego specjalistę w zakresie okulistyki, pana profesora Szaflika. W opinii tej, uwzględniającej możliwość zaistnienia okulistycznych wskazań do wyłączenia parcia, zawarte jest jednoznaczne stanowisko o braku wskazań okulistycznych do wykonywania cięcia cesarskiego. Temat ewentualnego okulistycznego wskazania do przerwania ciąży w tym piśmie nie był nawet rozpatrywany. Nota bene, nie jest to reguła do końca respektowana, spotkałem się ze skierowaniem pana profesora i jego asystentów do cięcia cesarskiego, ale trzeba przyznać, że dotyczyło to rzeczywiście wybranych sytuacji – pacjentek po operacjach okulistycznych, przebytej laseroterapii siatkówki... Sprawa nie została w ogóle podjęta ani przez izby lekarskie, ani przez polskie sądy, co spowodowało wniesienie oskarżenia na polski rząd do trybunału w Strasburgu. Sprawa toczyła się tam przez ładnych kilkanaście miesięcy. Stała się sprawą ideologiczną.

Już w dniu poprzedzającym ogłoszenie wyroku¹ rozgorzała kolejna dysputa medialna. Mało kto pamiętał już o co chodzi, jaka jest skarga i czego ma dotyczyć wyrok. Przyznam się szczerze, że ja sam miałem dość mieszane uczucia. Z jednej strony miałem świadomość, że wyrok ten może mieć pewne znaczenie w chwili toczącej się dyskusji o kon-

¹ Sentencję wyroku wraz z analizą można znaleźć w nowym portalu : *www. Prawoimedycyna. pl*. Rząd polski wniósł odwołanie od wyroku (przyp. red.)

stytucyjnym zapisie ochrony o życiu poczętym, czego oczywistą konsekwencją byłoby uniemożliwienie przerywania ciąży ze wskazań medycznych i prokuratorskich. Z drugiej strony, jest to jednak w oczach niektórych mój sukces – uratowałem życie córki pani Alicji, w oczach innych – porażka – odmówiłem przerywania ciąży ze wskazań medycznych, za co Polska zastała ukarana koniecznością wypłaty odszkodowania. W wielu gazetach przeczytałem o ograniczeniu prawa polskich kobiet do przerywania ciąży i o złym doktorze, który tego prawa kobiecie odmówił. W telewizji i w gazetach przekazywano informacje o pogorszeniu wzroku, pokazywano okulary, grube, ale podobnie grube jak przed pierwszą, drugą i trzecią ciążą. Nikt nie chciał słuchać wypowiedzi polskich okulistów, z których żaden nie wiązał przebytej ciąży w domniemanym pogorszeniu wzroku. Interpretacja była jedna – wszyscy okuliści się boją i żaden nie chce powiedzieć prawdy, czyli przyznać racji Alicji T. Medialna relacja była dość jednostronna, co najsmutniejsze chyba, nikt z dziennikarzy komentujących wyrok tak naprawdę się z nim nie zapoznał, wszyscy znali go wyłącznie z relacji Alicji T. i Federacji na Rzecz Kobiet. Proces w Strasburgu bowiem w ogóle nie dotyczył zaistnienia wskazań do przerywania ciąży i faktu odmowy tego zabiegu. Nigdzie w wyroku nie jest napisane, że pani Alicja T. miała wskazania do przerywania ciąży i powinna je mieć wykonane. **Wyrok dotyczy faktu, że nigdzie w Polsce nie można było odwołać się od decyzji lekarza i organizacja opieki medycznej w naszym kraju nie daje takiej ustawowej możliwości.** Wydaje mi się, że wyrok ten był konsekwencją błędnego założenia, że ja jestem specjalistą krajowym w zakresie położnictwa i ginekologii (usłyszałem to w którymś z wywiadów i wynikać tak może z uzasadnienia wyroku, że od mojej decyzji pacjentka nie miała się już gdzie odwołać). Nigdy nie pełniłem tej funkcji i oczywiście istniała możliwość odwołania się od mojej decyzji do specjalisty wojewódzkiego i krajowego, ale chyba w konsekwencji niewiedzy droga ta nie została wykorzystana.

Cała ta sprawa, poza dość jednoznaczną sytuacją merytoryczną, wywołała u mnie cały szereg refleksji. Pierwsza, nie wolno odmawiać posłom lub innym osobom, którym wydaje się, że są bardzo, bardzo ważne. Nie dość, że stanowią mogą prawo moralne, ale również uzurpują sobie prawo do stawiania decyzji medycznych. Po drugie, zajądłość tych

osób prowadzi w gruncie rzeczy tylko na manowce. Gdyby do Trybunału Europejskiego podać jeden z bardzo wielu przykładów odmowy wykonania zabiegu z rzeczywistych wskazań medycznych – wędrowek pacjentek z Krakowa, Poznania, Lublina, przedstawić wpis, w którym konsultant wojewódzki każe pacjentce donosić ciążę akranialną, „bo dziecko się będzie nadawać na przeszczepy”, to wyrok byłby w tej sprawie gwarantowany. Jeżeli natomiast myli się wskazania społeczne ze wskazaniami medycznymi, to podważa się na forum międzynarodowym wiarygodność organizacji promujących szeroko rozumianą dostępność metod regulacji płodności w tym kraju, takich jak Towarzystwo Rozwoju Rodziny, Federacja na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny.

Najważniejszym jednak w moim przekonaniu problemem jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, kto jest uprawniony do stwierdzenia występowania medycznych wskazań do wykonania jakiegokolwiek procedury medycznej, w tym również terminacji ciąży. Temat jest niezwykle potężny i dotyczy w gruncie rzeczy tak zwanych pozapołożniowych wskazań do wykonania cięcia cesarskiego. Problem wskazań do terminacji ciąży ma znacznie mniejszy zasięg, ale za to posiada znacznie większy ciężar gatunkowy. Jestem przekonany, że wskazania do przeszczepu serca nie stawia wcale minister sprawiedliwości, tylko transplantolog – kardiochirurg (choć w naszym kraju w ostatnim czasie to minister sprawiedliwości postawił generalne przeciwwskazanie do wykonywania przeszczepów). Wskazania do cholecystektomii może postawić internista, lekarz medycyny rodzinnej, ale i tak muszą one być zaakceptowane przez chirurga, który będzie wykonywał tę operację. Co więcej, jeżeli jeden chirurg uważa, że istnieją wskazania do leczenia operacyjnego pęcherzyka żółciowego, to nie znaczy, że każdy inny będzie zgadzał się z tą opinią, i natychmiast musi rwać się z nożem dlatego, że jeden specjalista podjął taką, a nie inną decyzję. Chirurdzy jakoś nie mają tych problemów. I tylko nasza specjalność jest taka, że wszyscy, którzy o cięciu cesarskim wiedzą tyle, że nazywa się ono cięciem cesarskim, a o przerwaniu ciąży jeszcze mniej, uzurpują sobie prawa do stawiania za nas wskazań do przeprowadzania tych zabiegów. Wskazania do każdego działania muszą zostać zaakceptowane przez osobę, która będzie to działanie wykonywać. O wcześniejsze ukończenie ciąży

wnioskuje matka (rodzice), żaden z nas nie ma prawa namawiać pacjentki do przerwania ciąży, ale też nie powinniśmy odmawiać jej ustawowo należnych praw ze względu na swój światopogląd.

Zgodnie z Kodeksem Etyki Lekarskiej lekarz, nie czując się w pełni kompetentny, ma prawo wystąpić z prośbą o konsultację. Lekarz, nieproszony o taką konsultację, nie ma prawa wydawać poleceń innym lekarzom. Nieraz w swoim życiu miałem wątpliwości i kierowałem pacjentki zgłaszające się do mnie na konsultację genetyczną, do chirurgów dziecięcych, dysmorfologów. Ale zdarzało mi się również, że odmawiałem przerwania ciąży, pomimo skierowania stawianego przez specjalistę (skądinąd zupełnie przez mnie niepytanego o zdanie). Kilka razy w życiu trafiły do mnie pacjentki ze skierowaniami podpisanymi przez chirurga naczyniowego, dla którego stan po przebytej żyłnej chorobie zakrzepowo-zatorowej był wskazaniem do przerwania ciąży. Dla mnie jest wskazaniem do prawidłowego jej prowadzenia. Dyskusje z ciężarnymi, u których rozpoznano nieprawidłowości rozwojowe bywają dramatycznie trudne. Nie zapomnę rozmowy z 17-letnią ciężarną, której odmówiłem przerwania ciąży ze względu na stopy końsko-szpontowe u płodu. Ale jeżeli ja mam wykonać jakąś procedurę i biorę na siebie odpowiedzialność za jej przeprowadzenie oraz również za ewentualne powikłania, to właśnie ja muszę być przekonany co do celowości wykonania ewentualnego zabiegu; czy to terminacji ciąży czy to cięcia cesarskiego. Beztroska twórczość niektórych kolegów innych specjalności, niemających zielonego pojęcia na temat położnictwa i ginekologii, niemających świadomości konsekwencji wystawianych przez siebie skierowań – nasuwa mi porównanie tak absurdałne, że aż atrakcyjne. Biorąc pod uwagę fakt, że czynnikiem ryzyka choroby żyłnej zakrzepowo-zatorowej jest fakt posiadania układu żył głębokich kończyn dolnych, mam ochotę zaproponować chirurgowi naczyniowemu, żeby w celu zmniejszenia ryzyka powikłań uciął pacjentce nogi.

Lech K. Paprzycki

Granice prawnokarnej ochrony życia i zdrowia człowieka na tle uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r. (I KZP 18/06)

„Przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodu), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu” (I KZP 18/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Kar-na i Wojskowa 2006, z. 11, poz. 97).

1. Wprowadzenie

W powyższej uchwale nic nie wydaje się budzić wątpliwości. Ale tylko z pozoru. W szczególności, gdy nawet najmniej doświadczony dorosły człowiek zapozna się z treścią art. 148 § 1 k.k., który istnieje w systemie polskiego prawa karnego od blisko 100 lat, a w świadomości ludzkiej od zawsze. Z brzmienia tego przepisu wynika w istocie, że nikt nie może pozbawić życia człowieka. To prawda i oczywistość, chociażby w świetle Konstytucji, zwłaszcza jej artykułów 30 i 38, Konwencji Europejskiej z 1950 r. – jej art. 2 oraz protokołów 6 i 13 do tej Konwencji, a przede wszystkim wobec powszechnie akceptowanych standardów w kręgu naszej kultury. Ale to jednocześnie nieprawda, chociażby wobec niekaralności nieudolnego samobójstwa, prawa do obrony koniecznej, czy działania w stanie wyższej konieczności; do niedawna także wobec możliwości wykonywania kary śmierci. Nie sposób jednak nie zauważyć, także na tle tego przepisu, że to, co wydaje się na pierwszy rzut oka

jasne, a mianowicie odpowiedź na pytanie: „co to jest człowiek? kiedy zaczyna się jego życie? kiedy się ono kończy? co znaczy pozbawić człowieka życia?” – budzi jednak rychło zasadnicze wątpliwości.

Co oczywiście, nie zamierzam podejmować nawet próby odpowiedzi na te pytania, tym bardziej, że jest ona udzielana w literaturze medycznej i prawniczej od dziesiątków lat, a ostatecznej odpowiedzi, w każdym razie na niektóre z nich, może nigdy nie będzie.

Przywołany przepis art. 38 Konstytucji stwierdza: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Zakres tej ochrony określają ustawy, co także wynika z art. 2 Konwencji Europejskiej z 1950 r., a wśród unormowań o największym znaczeniu dla ochrony tego konstytucyjnego prawa są przepisy kodeksu karnego.

Jest oczywiście dla każdego, nawet mającego tylko podstawową wiedzę z zakresu biologii i minimalne doświadczenie w tym zakresie, że życie człowieka trwa od jego poczęcia (w sposób naturalny albo sztuczny), aż do ustania wszystkich czynności organizmu ludzkiego. Jest to po prostu logiczne. Nakazywałoby też bezwzględnie chronić w tych granicach życie człowieka. Tymczasem w zasadzie nikt nie ma wątpliwości co do dopuszczalności pobierania tkanek i narządów umierającego człowieka; może w mniejszym zakresie akceptowane jest zapłodnienie *in vitro*. A dzieje się to w sytuacji, gdy te organy i tkanki są „żywe”, a wobec aktualnie stosowanej metody zapłodnienia *in vitro* część zarodków ludzkich musi zostać zniszczona. Nie ma przy tym wątpliwości, że wszystko to nie narusza obowiązującego w Polsce prawa.

Jednakże nie o chodzi o rozważania na temat tych „sprzeczności”, ale o wykładnię art. 160 k.k., który stanowi, że popełnia przestępstwo, kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Wątpliwości orzekającego sądu odwoławczego dotyczyły w istocie tego, od którego momentu w okresie porodu mamy do czynienia z „człowiekiem”, a przedstawione Sądowi Najwyższemu w trybie określonym w art. 441 § 1 K.p.k. zagadnienie prawne przybrało postać pytania: „Czy ochronie prawnokarnej w art. 160 k.k. podlega zdrowie i życie dziecka już od momentu rozpoczęcia jego porodu, czy też dopiero od momentu oddzielenia dziecka od ciała kobiety lub rozpoczęcia oddychania za pomocą własnych płuc?”. Można by powiedzieć, że na to pytanie wielokrotnie udzielano odpowiedzi w piśmiennictwie prawniczym, odwo-

łującym się do literatury medycznej. Tyle tylko, że te odpowiedzi były bardzo różne, a ponadto nie mogły zostać uznane za wystarczające z punktu widzenia unormowań takich jak w art. 160 k.k. W tej sprawie, rozpatrywanej przez jeden z sądów okręgowych, przedmiotem zarzutu były czynności dwóch pielęgniarek w czasie porodu, które to czynności miały przyczynić się „do uniemożliwienia wykrycia zagrożenia niedotlenieniem i podjęcia interwencji położniczej”. Nie chodzi przy tym o ocenę poprawności czynności pielęgniarek, lecz o to, czy mieliśmy w tym wypadku do czynienia z „człowiekiem” w rozumieniu przepisu art. 160 k.k.

Odpowiedź Sądu Najwyższego była jednoznaczna, prawniczo – w każdym razie moim zdaniem – nienaganna, ale chyba także poprawna z punktu widzenia medycyny, choć nie powtarzała definicji uzyskanej w toku pozaprocesowej konsultacji specjalisty – położnika najwyższej klasy. Oto ona: „Przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodu), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu”. Wynik wspomnianej konsultacji dawał sformułowanie prawie identyczne, choć może „za bardzo medyczne”. Brzmiało ono: „Przedmiotem ochrony w art. 160 k.k. jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (odejścia płynu owodniowego lub wystąpienia skurczów macicy, którym towarzyszy postęp porodu), a w wypadku zabiegu operacyjnego cięcia cesarskiego kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu”. Chyba nie może budzić wątpliwości, że treść obu „odpowiedzi” zarówno z prawnego, jak i medycznego punktu widzenia jest taka sama.

Warto zatem prześledzić wywody Sądu Najwyższego, aby przekonać się, czy zaprezentowane w uchwale tego Sądu stanowisko jest nie tylko trafne, ale i wystarczająco uargumentowane.

2. Karnoprawne pojęcia „istoty ludzkiej” jako ofiary przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu

Nawet tylko pobieżny przegląd przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego, zatytułowanego „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”,

proceeds to the application, that he uses various definitions, of which all concern „human entity”, although the final definition the code does not use. Subsequent provisions of this chapter use the following formulations: „human” (art. 148, 150, 151, 155, 158, 159, 160), „child in the period of birth” (art. 149), „child born” (art. 152-154, 157a), „person” (art. 161, 162). It can be said, therefore, that precisely human, also called a person, child in the period of birth and child born, being human entities, are the subjects, of whose life and health the subject of protection of the provisions of the Criminal Code is.

Such a survey of threats with the penalty of deprivation of liberty in individual cases of offenses leads also to the application, that the intensity of protection of life and health of human entity depends on whether it is only 1) a child born, 2) a child born, which has reached the ability to independent life outside the organism of the pregnant woman, 3) a child already born, in a natural or as a result of a surgical cesarean section, or 4) a human entity from birth until death. In the first period after birth there is the least protection, in the later period of pregnancy increasing, to become full protection from the beginning of birth of the child until death.

Considering the problem presented by the Appellate Court, the Appellate Court noticed the obvious fact, that the Criminal Code does not contain the definition of „human”, which is clearly intended, as if it were unnecessary, ignoring the fact, that the formulation of such a definition, if it were not possible on the ground of the Criminal Code, would be very difficult. It is clear that before all things the domain of philosophy and, in the end, of medicine. There too of this kind of definitions must be created and in fact are formulated. In the Criminal Code it is sufficient to determine the subject, whose good – life and health – is the subject of protection and the period of that protection. From the biological point of view it is undeniable, that the life of a human entity includes the period from birth until the cessation of all life activities of the human organism, so it is reasonable to expect, that the legislator, starting from the Constitution, will determine the period of life of a human entity – human entity – protected and in what scope. It is precisely what the Polish legislator did in the provisions of the Criminal Code, determining

jąc istotę ludzką jako: człowieka, osobę, dziecko poczęte i dziecko w okresie porodu, przewidując różny zakres odpowiedzialności karnej w razie zamachu na ich życie lub zdrowie.

To przenosi dyskusję na zupełnie inny poziom – ustalenia, w świetle unormowań kodeksu karnego, ale z uwzględnieniem wskazań medycyny, od którego momentu od poczęcia istoty ludzkiej mamy do czynienia z „człowiekiem”, którego życie i zdrowie w systemie polskiego prawa karnego doznaje najszerzej ochrony, także w art. 160 k.k. Z punktu widzenia problematyki rozważanej w tej sprawie przez Sąd Najwyższy chodzi o ustalenie, czy w okresie porodu mamy do czynienia jeszcze tylko z „dzieckiem poczętym”, czy też już z „człowiekiem”, gdy ustalenie istoty „porodu” musi dosłownie zostać wzięte z medycyny.

Sąd Najwyższy, co zresztą również oczywiste, nie znalazł uzasadnienia dla rozważań dotyczących trafności unormowań rozdziału XIX Kodeksu karnego i przyjętego tam zakresu ochrony życia i zdrowia istoty ludzkiej w różnych okresach jej rozwoju. To należy do ustawodawcy, który czyni to w zgodzie z obowiązującymi go standardami konstytucyjnymi i międzynarodowymi (wynikającymi także z Konwencji Europejskiej z 1950 r. i prawa unijnego).

W związku z tym Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały ograniczył się do analizy przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego, poszukując granicy czasowej rozwoju istoty ludzkiej od której mamy już do czynienia z „człowiekiem” w rozumieniu ustawy karnej.

Przepis art. 38 Konstytucji RP nakazuje chronić życie człowieka w całym jego okresie, nie przesądzając jednocześnie zakresu tej ochrony, także w prawie karnym. Ochrona życia „dziecka poczętego”, określona jest w przepisach art. 152, 153 i 157a k.k., które stanowią w istocie konsekwencję obowiązującego w Polsce, poza wyjątkami określonymi w ustawie z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach ciąży (Dz.U. Nr 139, poz. 646), zakazu przerywania ciąży. Zatem, co do zasady, w okresie ciąży istota ludzka nie jest jeszcze „człowiekiem”, a więc nie korzysta z pełnej ochrony prawnokarnej. Gdyby nie tego rodzaju unormowania, to istota ludzka musiałaby być chroniona w takim samym zakresie od poczęcia aż do śmierci i wówczas rozważany tu problem w ogóle nie mógłby powstać, gdyż, o czym jeszcze będzie mowa, „dziecko w okresie porodu”, poszkodowa-

ne czynem określonym w art. 149 k.k., byłoby niewątpliwie „człowiekiem”, któremu przysługuje pełna ochrona prawno-karna, a jedynie rodząca kobieta może ponieść łagodniejszą odpowiedzialność karną.

Pozostajemy więc w sytuacji, gdy przepisy karne dotyczące ochrony życia i zdrowia istoty ludzkiej posługują się trzema zasadniczymi określeniami: 1) „człowiek”, które nigdzie, także w prawie karnym, nie jest zdefiniowane, 2) „dziecko poczęte” i 3) „dziecko w okresie porodu”.

Wykładnia gramatyczna (językowa) wszystkich tych określeń nie może dać zadowalającego rezultatu, dlatego też należało odwołać się do wykładni systemowej i funkcjonalnej, z uwzględnieniem tego co wynika z medycyny.

Jednakże nawet ograniczając się do wykładni językowej, można dojść do zupełnie pewnego wniosku, że pełna „człowiecza” ochrona prawno-karna przysługuje urodzonej istocie ludzkiej, a więc życiu urodzonemu. Wniosek taki wynika ze stwierdzenia, że mniejszą ochronę ma życie poczęte przed okresem porodu. Ochrona w tym ostatnim okresie uregulowana jest w sposób szczególny, a gdy ustawodawca mówi o pełnej ochronie, posługuje się tylko określeniem „człowiek” albo „osoba”, co niewątpliwie ma takie samo znaczenie.

2.1. „Dziecko w okresie porodu” jako „człowiek” w rozumieniu art. 149 i 148 k.k.

Szczególną uwagę należy zwrócić na przepis art. 149 k.k., gdyż właśnie to unormowanie zdaje się wyznaczać granicę pomiędzy życiem poczętym, a życiem urodzonym, a więc granicę pomiędzy „dzieckiem poczętym”, a „człowiekiem”, oczywiście w rozumieniu przepisów ustawy karnej. Także w tym przypadku mamy do czynienia z istotą ludzką, która przecież nieprzypadkowo nazwana jest nie „dzieckiem poczętym”, ale także nie „człowiekiem”. Można wywodzić, że to tylko kwestia tradycji językowej ujęcia tego typu przestępstwa, względów językowych, a także tego, że w okresie powstawania pierwowzoru tego unormowania pojęcie „dziecko poczęte” jeszcze nie istniało. Jednakże dla ustalenia treści pojęcia „dziecko w okresie porodu” wystarczy inny zabieg interpretacyjny. Trzeba tylko zwrócić uwagę na treść art. 149 k.k. w kontekście chociażby art. 148 k.k. i podstaw odpowiedzialności karnej w nich

zawartych. Wówczas okaże się, że chociaż ten pierwszy przepis posługuje się określeniem „dziecko”, a nie, jak art. 148 k.k., określeniem „człowiek”, to jednak obydwa te określenia mają ten sam zakres znaczeniowy. Jeżeli bowiem w okresie porodu czynu takiego dopuści się inna osoba niż „matka” rodzącego się dziecka, to poniesie odpowiedzialność karną za zabicie człowieka (art. 148 k.k.), a nie za czyn na szkodę dziecka poczętego. Jeżeli tak właśnie jest, co wydaje się nie tylko niewątpliwe, ale także bezsporne, to problem podniesiony przez Sąd Okręgowy zostaje definitywnie rozwiązany wobec oczywistego ustalenia i stwierdzenia, że w całym okresie porodu rodzącemu się życiu (dziecku – człowiekowi) przysługuje pełna „człowiecza” ochrona, gdyż dziecko w okresie porodu jest już, w rozumieniu prawa karnego, w pełni człowiekiem.

Jednakże okazuje się to niewystarczające. Tak jak określenie „okres porodu”, którym posługuje się przepis art. 149 k.k., stanowiąc o łagodniejszej odpowiedzialności karnej rodzącej matki, jest swoistym pojęciem prawnym nieprzystającym w pełni do tego, co stanowi medycyna (bo znacząco szerszym), tak z drugiej strony, nawet jeżeli nie wśród medyków – położników, to na pewno wśród prawników (?!), dostrzec można różnorodność poglądów co do tego, kiedy rozpoczyna się poród. A przecież to stanowi granicę odpowiedzialności za czyn popełniony na szkodę „dziecka poczętego” albo na szkodę „dziecka w okresie porodu”, które korzysta z ochrony prawnokarnej przysługującej „człowiekowi”.

3. Medyczne kryteria graniczne życia poczętego i narodzonego

Z pominięciem argumentacji, wskazać można co najmniej na cztery różne kryteria oddzielenia życia poczętego i narodzonego, określające moment od którego mamy już do czynienia z „człowiekiem” w rozumieniu prawa karnego. Pierwsze to kryterium rozwojowe – dziecko poczęte staje się człowiekiem w chwili osiągnięcia zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki. Wobec obowiązujących obecnie przepisów art. 152 § 3 i art. 153 § 2 k.k. kryterium to trzeba odrzu-

cić. Chyba że traktować je jako wniosek *de lege ferenda*, co jednak wymagałoby znacznej nowelizacji wielu przepisów Kodeksu karnego. Zresztą należałoby się najpierw zastanowić, czy karalność tego rodzaju czynów w nowym stanie prawnym mogłaby, a zwłaszcza czy powinna, zostać zmieniona – zaostrzona. Wydaje się, że nie.

Pozostałe trzy kryteria mieszczą się w ramach istniejących unormowań Kodeksu karnego, lokując moment uzyskania statusu człowieka coraz dalej od osiągnięcia zdolności samodzielnego życia. Pierwsze z nich to kryterium położnicze – moment rozpoczęcia porodu. Drugie – podjęcie samodzielnego oddychania własnymi płucami (kryterium fizjologiczne), oraz kryterium trzecie – jak poprzednio – samodzielne oddychanie, ale połączone z pełnym albo nawet tylko częściowym odłączeniem od ciała matki (kryterium przestrzenne).

Oczywiście kryteria fizjologiczne i przestrzenne dają pewność ustalenia, ale chyba tylko końca porodu albo może tylko jego najważniejszego momentu (w każdym razie z punktu widzenia medycznego). Takie kryteria mają także i ten walor, że odpowiadają potocznemu rozumieniu urodzenia się człowieka. To jednak nie wystarcza dla ich przyjęcia. Treść art. 149 k.k. świadczy bowiem jednoznacznie, że ustawodawca daje pełną „człowieczą” ochronę dziecku „w okresie porodu”, a więc w całym tym okresie, a nie tylko w jego końcowej fazie. Jeżeli w całym okresie, to w takim razie od jego początku – od rozpoczęcia się porodu. Słusznie zatem wywodzi się, że jeżeli poród rozpoczął się, to nie jest możliwe pociągnięcie sprawcy czynu za przestępstwo skierowane przeciwko dziecku poczętemu. Wtedy bowiem nie tylko sprawca takiego czynu poniósłby niezasadnie bez porównania łagodniejszą odpowiedzialność karną, powstrzymując narodziny. Wykluczyłby on jednocześnie np. odpowiedzialność karną współdziałającej z nim matki rodzącego się dziecka za przestępstwo kwalifikowane z art. 149 k.k., a innej osoby za zabójstwo określone w art. 148 k.k. W końcu trzeba zauważyć, że kryteria fizjologiczne i przestrzenne dzielą okres porodu na dwie fazy, czego nie czyni przepis art. 149 k.k., co dla dokonania poprawnej wykładni jest decydujące.

Kryterium położnicze – rozpoczęcia porodu, ma wśród prawników zdecydowaną liczbę zwolenników. To stanowisko tym bardziej okaże się przekonujące, jeżeli oprócz treści art. 149 k.k., w kontekście pozo-

stałych przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego, a w szczególności art. 148, 152, 153 i 157a k.k., skorzystamy z wykładni funkcjonalnej. Wydaje się bowiem oczywiste, że z chwilą rozpoczęcia porodu mamy do czynienia z sytuacją jakościowo odmienną niż przed jego rozpoczęciem. To nie tylko dziecko poczęte zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki, ale także, zazwyczaj, zdolne do życia bez jakiegokolwiek medycznego wspomaganie, gdy wystarczająca jest zwykła opieka rodzicielska. Jest to rodzenie się w pełni ukształtowanego człowieka, który, zgodnie z wyraźnie wyrażoną wolą ustawodawcy w art. 149 k.k., ma korzystać z pełnej „człowieczej” ochrony. Jeżeli tak, to także inne czyny niż te określone w art. 148 i 149 k.k., popełnione na szkodę rodzącego się dziecka – człowieka, w całym okresie porodu od jego rozpoczęcia, są czynami skierowanymi nie przeciw „dziecku poczętemu”, lecz przeciwko „człowiekowi”. W tym okresie, bardzo trudnym z medycznego punktu widzenia, dziecko jest szczególnie narażone, a jego dobra najwyższe – życie i zdrowie – szczególnie zagrożone, również wobec podejmowanych, niejednokrotnie z natury rzeczy ryzykownych, zabiegów i postępowania medycznych. Będą to czynności lekarza, położnej, pielęgniarki, a także czynności pracowników pomocniczych, technicznych i pracowników obsługi.

Przyjęcie kryterium położniczego nie prowadzi do wykładni rozszerzającej, w prawie karnym niedopuszczalnej, lecz jest to wynik wnikliwej analizy przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego – w szczególności przepisu art. 149 k.k. w kontekście przepisów art. 148, 152, 153 i 157a k.k. Nie było przy tym konieczne sięganie po dyrektywę wykładni *in dubio pro vitae*, a wystarczyła ścisła wykładnia art. 149 k.k., z posłużeniem się zasadami wykładni systemowej i funkcjonalnej, by dojść do wniosku, że życie dziecka – człowieka w całym okresie porodu podlega pełnej ochronie z związku z tym, że jest to życie i zdrowie „człowieka”, a nie dziecka poczętego.

W tezę uchwały, a więc w odpowiedź na zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy (art. 441 § 1 K.p.k.), włączona została medyczna definicja porodu, choć może w nie do końca doskonałej formie, ale, mam nadzieję, z zachowaniem jej istotnych elementów. Było to konieczne, gdyż byłoby niedorzecznością podejmowanie próby sformułowania w tym zakresie własnej specyficznej definicji na użytek

prawa karnego. Takiej potrzeby nie było, gdyż „poród” w tym wypadku należy rozumieć tak jak to określa medycyna.

Czy stąd można wyprowadzić wniosek, że Sąd Najwyższy stał się zakładnikiem medyków – położników? Oczywiście że nie – tak jak nie jest zakładnikiem ustawodawca, z pełnym rozeznaniem podejmujący decyzje o stanowieniu prawa. Ten ostatni nie może jednak zapominać, w razie próby nowelizacji przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego, choć wydaje się, że nie ma potrzeby dokonywania jakichkolwiek zmian, że posługiwanie się terminologią wziętą z innej dziedziny wiedzy po prostu zobowiązuje, gdyż zapożyczone określenia będą miały takie znaczenie, jakie im nadano np. w naukach medycznych, o ile ustawodawca nie zdefiniuje ich odmiennie. Trzeba też dążyć do tego, by tych ostatnich sytuacji unikać, a jeżeli potrzeba taka jest rzeczywista, to przyjmować nowe określenia.

Czy coś istotnego wynika z tego orzeczenia przede wszystkim dla lekarzy, położnych i pielęgniarek? I tak, i nie. Tak, gdyż uświadamia grożącą odpowiedzialność karną, która może wiązać się z niewystarczająco starannie wykonywanymi czynnościami medycznymi w okresie porodu. Nie, bo na pewno jest tak, a my wszyscy niebędący medykami głęboko w to wierzymy, że nie zagrożenie odpowiedzialnością karną, a poczucie odpowiedzialności, jest podstawą najwyższej staranności wszystkich pracowników służby zdrowia.

Podstawowa literatura przedmiotu z lat 2000-2007

- 1) Bojarski M. (red.) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Warszawa 2004, s. 412-421.
- 2) Bojarski M. (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 253-290.
- 3) Daszkiewicz K. *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 11-397.
- 4) Gardocki L. *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 222-233.
- 5) Góral R. *Kodeks karny*, Warszawa 2007, s. 266-288.
- 6) Górniok O. (w) Górniok i inni, *Kodeks karny. Komentarz, Tom II Art. 117-363*, Gdańsk 2005, s. 109-135.
- 7) Górniok O. (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 491-513.

- 8) Kokot R. *Dzieciobójstwo czy zabójstwo dziecka, czyli o racjonalizację znamion art. 149 kk* (w) L. Bogunia (red.) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, Tom XX, Wrocław 2006, s. 12-42.
- 9) Marek A. *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 300-328.
- 10) Marek A. *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 422-452.
- 11) Mozgawa M. (red.) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz* Kraków 2006, s. 290-314,
- 12) Wąsek A. (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117-221*, Warszawa 2006, s. 128-416.
- 13) Zoll A. (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz Tom II Komentarz do art. 117-277*, s. 227-388, oraz powołane tam wcześniejsze piśmiennictwo, a także orzecznictwo, w szczególności Sądu Najwyższego.

Konsekwencje prawne żywego i martwego urodzenia

1. Uwagi wstępne

Urodzenie człowieka to zdarzenie skutkujące konsekwencjami w sferze prawa cywilnego. Zdarzenie prawne stanowi źródło i przyczynę powstania stosunku prawnego. Do zdarzeń cywilnoprawnych zalicza się fakty, które z mocy właściwych przepisów mają doniosłość i wywołują znaczenie w sferze stosunków cywilnoprawnych poprzez ich powstanie, zmianę bądź ustanie¹. W przypadku urodzenia, pojmowanego właśnie jako postać omawianego zdarzenia prawnego, rozpatrujemy sam fakt i to on – niezależnie od przyczyny – rodzi konsekwencje prawne. W interesującym nas przypadku urodzenia człowieka z faktem tym ustawa łączy ten skutek, że każdy człowiek od chwili urodzenia ma zdolność prawną. Pod pojęciem zdolności prawnej należy rozumieć możliwość bycia podmiotem praw i obowiązków, choć nie oznacza to jednak, że każdy od momentu urodzenia może nabywać prawa i obowiązki przez własne działania, czyli czynności prawne. Osobą fizyczną, czyli człowiekiem, jest każda istota ludzka, której rodzicami są ludzie – kobieta i mężczyzna, a ona sama posiada swoisty charakterystyczny ludzki genotyp². Art. 8 k.c., regulujący zagadnienie początku podmiotowości prawnej, przyznaje osobie fizycznej zdolność prawną właśnie od chwili urodzenia. Oznacza to, że w sferze prawa cywilnego dla ustalenia początku zdolności prawnej istotny jest moment oddzielenia płodu od orga-

¹ A. Doliwa, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck Warszawa 2004, s. 201.

² Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck Warszawa 1997, s. 148.

nizmu matki. Przyjmuje się, że wówczas następuje urodzenie. Dla nabycia zdolności prawnej istotne jest to czy urodzenie jest tzw. urodzeniem żywym, czy też dochodzi do urodzenia martwego. Z chwilą żywego urodzenia płód uzyskuje definitywnie status prawny człowieka, nie ma przy tym znaczenia w jaki sposób doszło do poczęcia, w szczególności czy miało miejsce fizyczne obcowanie kobiety i mężczyzny, czy też zastosowano techniki wspomaganego rozrodu, a do połączenia komórek doszło np. poza organizmem matki przy zastosowaniu technik *in vitro*³. Konsekwentnie w moich wypowiedziach podzielałam pogląd reprezentowany w doktrynie, w świetle którego między *nasciturusem* a dzieckiem poczętym w wyniku zastosowania technik wspomaganiej medycznie prokreacji, w szczególności technik *in vitro*, brak jest różnic, co umożliwia przyjęcie *de lege lata* jako trafnej tezy, iż w drodze wykładni do dziecka poczętego w inny sposób niż w wyniku fizycznego obcowania kobiety i mężczyzny znajdują zastosowanie przepisy dotyczące *nasciturusa*⁴. Przyjmuję konsekwentnie, że konstrukcją tą można objąć także nabycie zdolności prawnej przez dziecko poczęte w wyniku zastosowania technik wspomaganiej medycznie prokreacji⁵.

W związku z istotnymi skutkami jakie ustawa wiąże z urodzeniem, celowe wydaje się precyzyjne zdefiniowanie tego momentu. Jest to tym ważniejsze, że skutek w postaci nabycia podmiotowości prawnej wiąże się wyłącznie z żywym urodzeniem.

2. Prawne definicje oraz skutki żywego i martwego urodzenia

Definicję żywego i martwego urodzenia zawierają różne akty prawne. Rodzi to wątpliwości interpretacyjne, zwłaszcza że definicje pochodzące z tych aktów nie są jednolite, a w pewnych sytuacjach nawet sam ustawodawca, posługując się omawianymi określeniami, nie definiuje

³ K. Piasecki, Komentarz do art. 8 kodeksu cywilnego w: K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze 2003, wersja elektroniczna, LEX/OMEGA 08/2007 – data wizyty: 1.03.2007.

⁴ Zob. J. Haberko, *Legal aspects of pregnant's consent for medical treatment*, Archives of Perinatal Medicine, OWN Poznań 2006, s. 45.

⁵ Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, NP 1990, nr 10-12, s. 104.

ich na potrzeby danego aktu prawnego⁶. Omawiając definicje żywego i martwego urodzenia, wskazać należy następujące rozporządzenia Ministra Zdrowia:

1) rozporządzenie w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania, zawierające kryteria oceny stosowane przy dokonywaniu wpisów w dokumentacji dotyczących czasu trwania ciąży, poronień, urodzeń żywych i zgonów płodów⁷, jak również

2) rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka⁸.

Żywym urodzeniem jest w świetle rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie dokumentacji medycznej całkowite wydalenie lub wydobycie z ustroju matki noworodka, niezależnie od czasu trwania ciąży, który to noworodek po takim wydaleniu lub wydobyciu oddycha bądź wykazuje jakiegokolwiek inne oznaki życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli, bez względu na to czy sznur pępowinowy został przecięty lub łożysko zostało oddzielone. Pod pojęciem zgonu płodu Minister Zdrowia rozumie martwe urodzenie. Jest to z kolei zgon następujący przed całkowitym wydaleniem lub wydobyciem płodu z ustroju matki – o ile nastąpił po upływie 22 tygodnia ciąży. O zgonie świadczy to, że po takim wydaleniu lub wydobyciu płód nie oddycha, ani nie wydaje żadnego innego znaku życia.

Minister Zdrowia określa także pojęcie poronienia. W świetle Załącznika do omawianego rozporządzenia poronieniem jest wydalenie lub wydobycie z ustroju matki płodu, który nie oddycha, ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli, o ile nastąpiło to przed upływem 22 tygodnia ciąży (21 tygodni i 6 dni).

Inną definicję martwego urodzenia zamieszcza Minister Zdrowia w rozporządzeniu w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka. W

⁶ Zob. dla przykładu określenie „dziecko urodziło się nieżywe” z kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (art. 141 § 1 k.r.o.). Zagadnienie będzie przedmiotem rozważań w dalszej części artykułu.

⁷ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 21.12.2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. 2006, nr 247, poz. 1819) – dalej jako rozporządzenie w sprawie dokumentacji.

⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dn. 2.12. 2006 r. w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka (Dz. U. 2006, nr 27, poz. 232) – dalej powoływane jako rozporządzenie w sprawie zgłoszenia urodzenia.

cytowanym rozporządzeniu nie wprowadza dodatkowej klauzuli czasu trwania ciąży do minimum 22 tygodni, po których nastąpić miałyby martwe urodzenie. Do zagadnienia przyjdzie powrócić w toku dalszych rozważań.

Konsekwencją takiego stanowiska i przyjęcia wyraźnego rozróżnienia żywego i martwego urodzenia jest dalej to, że jeżeli dziecko przychodzi na świat martwe nie nabywa żadnych praw. Prawo cywilne nie przywiązuje wagi do wyposażenia narodzonego noworodka w organy niezbędne do życia, ani nie wymaga ich kompletności⁹. Dla uzyskania przez dziecko zdolności prawnej nie jest konieczna fizjologiczna zdolność do dalszego życia, ani przeżycie przez niego po urodzeniu określonych jednostek czasu; ważne jest natomiast żywe urodzenie¹⁰. Ustalenie czy człowiek rodzi się żywy i następnie umiera, choćby przeżył bardzo krótki okres, czy mamy do czynienia z martwym urodzeniem, następuje w oparciu o wiedzę medyczną i doświadczenie życiowe, a pozostawione jest uznaniu lekarza (w pewnych sytuacjach lekarza przeprowadzającego sekcję zwłok noworodka). Jednak pomimo tego czasem i tak żywe urodzenie pozostaje trudne do stwierdzenia, a fakt przyjścia na świat dziecka żywego czy martwego nie zawsze jest niewątpliwy. Ustawodawca wprowadza w związku z tym domniemanie żywego urodzenia. Art. 9 k.c. stanowi: „W razie urodzenia się dziecka domniemywa się, że przyszło ono na świat żywe”. Przyjęte domniemanie jest tzw. domniemaniem prawnym zwykłym i może zostać obalone w wyniku przeprowadzenia przeciwdowodu. Obalenie domniemania z art. 9 k.c. nastąpi np. przez ustalenie na podstawie przeprowadzonej sekcji zwłok noworodka, że ten nigdy nie oddychał, a zatem nie urodził się żywy. Ciężar dowodu, że dziecko urodziło się martwe spoczywa na tym, kto się na ten fakt powołuje. Niekiedy urodzenie żywe lub martwe wpływać będzie na krąg osób powołanych do dziedziczenia z ustawy¹¹.

⁹ M. Pazdan w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck Warszawa 2004, s. 63.

¹⁰ K. Piasecki, *Komentarz...*, *op.cit.*

¹¹ W: *Ciąża wysokiego ryzyka* red. G.H. Bręborowicz w rozdziale mojego autorstwa: *Wybrane aspekty prawne perinatologii i ginekologii*, Poznań 2006, s. 1080; podaję następujący przykład konsekwencji prawnych żywego i martwego urodzenia w zakresie prawa spadkowego, gdy chodzi o dojście do dziedziczenia z ustawy. „W wypadku samochodowym uczestniczą mąż i żona będąca w chwili wypadku w 6 miesiącu ciąży. Na miejscu wypadku ginie, nie zostawiwszy testamentu, mąż. Po mężu dziedziczy z ustawy jego żona oraz mające się urodzić dziecko – każde po połowie spadku. Dziecko nabędzie jednak spadek tylko wtedy, jeżeli urodzi się żywe. Jeżeli nie urodzi się wcale albo dojdzie do martwego urodzenia jedynym spadkobiercą będzie żona (matka dziecka) – odziedziczy ona po mężu całość spadku. W sytuacji, gdy dziecko urodzi się żywe (odziedziczy ono po ojcu połowę spadku, matka dziedziczy drugą połowę) jeżeli jednak dziecko następnie umrze (np. po 2 godzinach życia), wówczas po dziecku dziedziczy z ustawy wobec braku innych spadkobierców jego matka (art. 931-933 k.c.).”

2.1. Skutki prawne żywego urodzenia

Z faktem żywego urodzenia wiąże się dla nowonarodzonego człowieka ten skutek, że on sam nabywa zdolność prawną. Z chwilą urodzenia zaś, niezależnie od tego czy mamy do czynienia z urodzeniem żywym czy martwym, po stronie określonych osób powstają pewne prawa i obowiązki. Obowiązkom tym w pierwszej mierze nadać należy charakter formalno-porządkowy, a czynności stanowiące przedmiot owych obowiązków sprowadzić do obowiązku zgłoszenia urodzenia dziecka. Zasady pisemnego zgłoszenia dziecka reguluje rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie zgłoszenia urodzenia oraz ustawa na podstawie której rozporządzenie to zostało wydane, czyli Prawo o aktach stanu cywilnego¹². W świetle omawianych aktów prawnych urodzenie dziecka należy zgłosić w ciągu 14 dni od dnia urodzenia, a w przypadku urodzenia martwego w ciągu trzech dni. W drugiej z prezentowanych sytuacji – w świetle art. 38 zd. 2 ustawy Prawo o aktach stanu – akt urodzenia opatruje się adnotacją, że dziecko urodziło się martwe i nie sporządza się aktu zgonu. Obowiązek zgłoszenia dziecka ciąży na osobach, które wymienia w kolejności art. 39. Są to: ojciec dziecka albo matka, jeżeli jej stan zdrowia na to pozwala, albo inna osoba obecna przy porodzie, lekarz albo położna. Jeżeli urodzenie dziecka nastąpiło w zakładzie opieki zdrowotnej, do zgłoszenia urodzenia jest obowiązany zakład opieki zdrowotnej. Zgłoszenie urodzenia dziecka następuje na podstawie odpowiedniego zaświadczenia i skutkuje sporządzeniem aktu urodzenia przez urząd stanu cywilnego. Do aktu urodzenia wpisuje się:

- nazwisko, imię bądź imiona dziecka oraz jego płeć,
- miejsce i datę urodzenia dziecka,
- nazwisko, nazwiska rodowe rodziców, imię (imiona), miejsce i datę urodzenia, miejsce zamieszkania każdego z rodziców w chwili urodzenia się dziecka,
- nazwisko, imię i miejsce zamieszkania zgłaszającego,
- dane dotyczące szpitala lub innego zakładu, w którym nastąpił poród.

Akt urodzenia służy indywidualizacji osoby oraz ujawnieniu praw stanu. W nauce jest wprawdzie sporną kwestią, czy pojęciem stanu cywilnego obejmować należy wyłącznie stan rodzinny (czyli w interesującej nas sytu-

¹² Ustawa z dn. 29.09.1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Tekst jednolity: Dz. U. 2004, nr 161, poz. 1688 ze zmianami) – dalej jako prawo o aktach stanu.

acji pochodzenie od określonych rodziców), czy także stan osobisty człowieka, obejmujący takie jego cechy jak: płeć, wiek i inne podlegające rejestracji w księgach stanu cywilnego. M. Pazdan proponuje także uwzględnienie trzeciego stanowiska, by pojęciem stanu cywilnego obejmować wszystkie podstawowe cechy osobiste człowieka, podlegające reżimowi prawa o aktach stanu cywilnego¹³. Niektóre cechy składające się na stan cywilny służą także indywidualizacji człowieka i sprawiają, że przez nie w sferze stosunków prawnych odróżnia się człowieka od innych ludzi¹⁴.

Skutkami prawnymi urodzenia, oprócz nabycia – i to nabycia definitywnego – zdolności prawnej, są: powstanie obowiązku alimentacyjnego po stronie zobowiązanych (w pierwszej kolejności zobowiązanymi są rodzice) względem dziecka i po stronie uprawnionego (dziecka), możliwość dziedziczenia, zarówno ustawowa, jak i testamentowa oraz możliwość bycia spadkodawcą z ustawy od momentu urodzenia, jak również powstanie władzy rodzicielskiej. Z chwilą urodzenia w świetle przepisu art. 446¹ k.c. dziecko może dochodzić naprawienia szkód doznanych jeszcze przed swoim urodzeniem¹⁵.

Obecnie system prawny nie wprowadza rozróżnienia, gdy chodzi o prawną sytuację dzieci urodzonych w małżeństwie i poza nim. Niemniej jednak fakt żywego urodzenia dziecka w małżeństwie rodzi określone konsekwencje prawne w zakresie sytuacji prawnej nowonarodzonego dziecka i jego rodziców. Do najważniejszych skutków urodzenia dziecka w małżeństwie zaliczyć należy przede wszystkim domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki, wynikające z art. 62 k.r.o.¹⁶. Urodzenie w

¹³ M. Pazdan w: *Kodeks...*, s. 63.

¹⁴ Do cech indywidualizujących człowieka powszechnie zalicza się w doktrynie nazwisko, imię (imiona), pseudonim, płeć, stan cywilny, miejsce zamieszkania, obywatelstwo, dowód osobisty a także tytuł naukowy czy zawodowy. Tak: K. Piasecki, *Komentarz...*, *op.cit.*

¹⁵ A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, RPEiS 1994, nr 3 str. 49. Obecnie, po zmianie treści przepisu art. 446¹ k.c. polegającej na utracie mocy zdania: „Dziecko nie może dochodzić tych roszczeń przeciwko matce” w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1996 r. roszczenia dziecka z tytułu doznanych szkód prenatalnych mogą być kierowane także przeciwko matce. Trafnie podnosi się w literaturze, że w takiej sytuacji dochodzenie roszczeń przez dziecko przeciwko matce może zostać *in casu* uznane za sprzeczne z przyjętymi normami moralnymi. Zob. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1996 r., syg. K. 26/96, OTK ZU 1997, nr 2 poz. 19 oraz M. Safjan w: *Kodeks cywilny Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. I, C.H. Beck Warszawa 2004, str. 1139; E. Łętowska, *Przyczynienie się małoletniego do wyrządzonej szkody*, NP 1965, nr 2; E. Wojtaszek, *Odpowiedzialność cywilna z tytułu szkód wyrządzonych dziecku przed jego poczęciem*, NP 1990, nr 10-12, s. 91.

¹⁶ W świetle cytowanego przepisu jeżeli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia, domniemywa się, że pochodzi ono od męża matki. Domniemanie tego nie stosuje się, jeżeli dziecko urodziło się po upływie trzystu dni od orzeczenia separacji. Domniemanie to może być obalone tylko na skutek powództwa o zaprzeczenie ojcostwa. (art. 62 § 1 oraz § 3 k.r.o.).

małżeństwie rodzi dalej tę konsekwencję, że dziecko, co do którego istnieje domniemanie, że pochodzi ono od męża matki, nosi jego nazwisko, chyba że małżonkowie oświadczyli, że dziecko będzie nosić nazwisko matki¹⁷. Dziecko od momentu urodzenia pozostaje także, w świetle art. 92 k.r.o., pod władzą rodzicielską, a rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka aż do momentu, kiedy może ono samodzielnie podejmować decyzje odnoszące się do jego sytuacji prawnej¹⁸.

Nabycie przez człowieka zdolności prawnej pozostaje w ścisłym związku ze zdolnością sądową. W świetle art. 64 k.p.c. każda osoba fizyczna ma zdolność występowania w procesie jako strona (zdolność sądowa), natomiast ograniczenia zdolności prawnej nie mają wpływu na zdolność sądową¹⁹.

2.2. Rozbieżne definicje martwego urodzenia

Przystępując do omówienia konsekwencji prawnych martwego urodzenia należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na pewne problemy związane z terminologią zastosowaną przez Ministra Zdrowia w rozporządzeniach wydanych przez niego w ostatnim okresie. Zagadnienie to jest tym ważniejsze, że minister zdaje się w jednym z rozporządzeń wyraźnie odróżniać martwe urodzenie, czyli zgon płodu, od poronienia, w innych zaś rozporządzeniach pod pojęciem martwego urodzenia rozumie także poronienie. W konsekwencji w istniejącej sytuacji to samo zdarzenie może być traktowane jako urodzenie martwe, w świetle przepisów rozporządzenia o pisemnym zgłoszeniu urodzenia oraz jako poronienie, w świetle przepisów rozporządzenia o dokumentacji medycznej. Należy w tym miejscu odpowiedzieć na ważne – jak się wydaje – pytanie, a mianowicie, czy niespójność przepisów może powodować w praktyce wątpliwości interpretacyjne, a zarazem skutkować niejednolitym postępowaniem szpitali²⁰. Zadanie to jawi się jako

¹⁷ W świetle art. 88 zd. 2 k.r.o. oświadczenie, o którym mowa składa się jednocześnie ze złożeniem oświadczeń w sprawie nazwisk przyszłych małżonków.

¹⁸ W zależności od rodzaju decyzji i charakteru spraw mowa tu o uzyskaniu ograniczonej bądź pełnej zdolności do czynności prawnych a niekiedy osiągnięciu 16 roku życia, np. dla wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu medycznego w świetle ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty z 5.12.1996 r. (Tekst jednolity: Dz. U. 2005, nr 226, poz. 1943 ze zmianami).

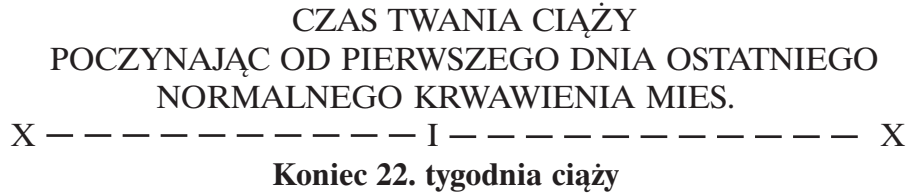
¹⁹ Tak K. Piasecki, *Komentarz...*, *op.cit.*

²⁰ Ma to znaczenie zwłaszcza, gdy chodzi o możliwość dokonania pochówku dzieci zmarłych we wczesnym okresie ciąży.

szczególnie doniosłe w sytuacji podjęcia przez Ministerstwo Zdrowia prób usunięcia tych wątpliwości przez zmianę przepisów. Proponowane zmiany miały wedle uzasadnienia Ministerstwa Zdrowia zapobiegać różnym praktykom stosowanym przez szpitale, jako że niektóre z nich, powołując się na przepisy rozporządzenia o dokumentacji medycznej, odmawiały zgłoszenia – jako martwego – urodzenia w sytuacji wydalenia lub wydobycia płodu przed 22 tygodniem ciąży, kwalifikując takie zdarzenie jako poronienie, inne zaś zgłaszały takie przypadki, powołując się na rozporządzenie w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia, jako martwe urodzenie.

Przyjrzyjmy się bliżej omawianym przepisom, próbując udzielić odpowiedzi na powyższe pytania, w szczególności gdy chodzi o trafność proponowanych przez Ministerstwo Zdrowia zmian. Wydane w grudniu 2006 roku cytowane rozporządzenie w sprawie dokumentacji medycznej zawiera definicje poronienia i martwego urodzenia (zgonu płodu), przy czym różnica między poronieniem a martwym urodzeniem polega na przyjęciu, że w przypadku poronienia mamy do czynienia z wydaleniem lub wydobyciem z ustroju matki płodu, który nie oddycha, ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia (jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli), **o ile nastąpiło to przed upływem 22 tygodnia ciąży** (czyli najpóźniej [przyp. J.H.] w **21 tygodniu i 6 dniu**). Natomiast w przypadku martwego urodzenia mamy do czynienia ze zgonem następującym przed wydaleniem lub wydobyciem z ustroju matki, **o ile nastąpił po upływie 22 tygodnia ciąży lub później**²¹. O zgonie świadczy to, że po takim wydaleniu lub wydobyciu płód nie oddycha, ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli.

²¹ Wydaje się, że nie jest konieczne użycie określenia „i później.” Skoro pewien fakt następuje po jakimś terminie oczywistym jest, że następuje później.



Poronienie	Martwe urodzenie (zgon płodu)
wydalenie lub wydobycie	zgon i następnie wydalenie lub wydobycie

Jak wynika z załączonego schematu – w rozporządzeniu w sprawie dokumentacji medycznej Minister Zdrowia przyjmuje założenie, w świetle którego zgon może nastąpić dopiero po uzyskaniu przez rozwijający się w organizmie matki płód pewnego wieku. Przyjmuje jednocześnie, iż wiek ten płód osiąga wraz z zakończeniem terminu 22. tygodnia ciąży, a ten oblicza się w tygodniach, poczynając od pierwszego dnia ostatniego normalnego krwawienia. Przyjęta w rozporządzeniu definicja wskazuje, iż pomimo takich samych oznak poronienia i martwego urodzenia, z tym drugim mamy do czynienia dopiero po 22. tygodniu ciąży. Poza dyskusją prawnika pozostaje kwestia czy należy przyjąć cenzurę 22. czy może 21. (a może jeszcze wcześniejszą) czy też np. 23. tygodnia ciąży dla rozróżnienia omawianych sytuacji. Przyjąć należy dalej, jak się wydaje, iż w świetle doświadczenia życiowego i wiedzy medycznej, którymi kierował się Minister Zdrowia, właśnie osiągnięcie przez płód pewnego etapu rozwoju w organizmie matki daje mu szansę na przeżycie poza tym organizmem, a więc stwarza możliwość urodzenia i przeżycia noworodka. Należy mieć na uwadze, że środowisko medyczne zgłasza jednak zastrzeżenia do przyjętej cezury 22. tygodnia ciąży, uznając ją bardziej jako tradycyjną niż podyktowaną wiedzą medyczną²².

W świetle tych uwag i wyraźnego rozgraniczenia poronienia i martwego urodzenia, na pozór wątpliwe wydawać by się mogło przyjęcie w innych rozporządzeniach, wydanych niemalże w tym samym czasie, że możliwość dokonania pochówku i wystawienia kart zgonu dotyczy także dzieci mar-

²² Konsultacje społeczne, List Prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej K. Radziwiłła z 24.10.2006 r. do Sekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia Bolesława Piechy – dostępny na stronie internetowej: http://www.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/2563_8.pdf – data wizyty 12.03.2007 r.

two urodzonych przed upływem 22 tygodnia ciąży. Tymczasem w świetle znowelizowanego w grudniu 2006 roku rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wzoru karty zgonu i sposobu jej wypełniania, kartę zgonu wypełnia się dla osób zmarłych oraz **dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży**, na wniosek osób uprawnionych do pochowania, o których mowa w art. 10 ust. 1 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych²³. Natomiast w świetle § 2 znowelizowanego w tym samym czasie rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi **za zwłoki** uważa się ciała osób zmarłych i **dzieci martwo urodzonych bez względu na czas trwania ciąży**²⁴. Oznacza to, że w sprawie wypełniania karty zgonu oraz postępowania ze zwłokami nie znajduje zastosowania definicja martwego urodzenia z rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej. Podkreślenia wymaga fakt, że karta zgonu nie stanowi dokumentacji medycznej, zatem do jej wypełnienia nie stosuje się przepisów o wypełnianiu dokumentacji medycznej. W świetle zamieszczonej w rozporządzeniu w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia definicji – martwym urodzeniem jest zgon płodu następujący przed całkowitym jego wydalaniem lub wydobyciem z organizmu matki. Jak wzmiankowano wyżej – nie wprowadza się tu cezury wieku płodu. Wykładnia literalna skłania zatem do przyjęcia, że pojęciem martwego urodzenia objąć należy w świetle tej definicji także przypadki bardzo wczesnej ciąży, które w świetle definicji z rozporządzenia o dokumentacji medycznej nie byłyby traktowane jako zgon (ze względu na nieosiągnięcie wieku 22. tygodni), a jedynie jako poronienie.

CZAS TRWANIA CIĄŻY
POCZYNAJĄC OD PIERWSZEGO DNIA OSTATNIEGO
NORMALNEGO KRWAWIENIA MIES.

X — — — — — X

Martwe urodzenie = Zgon płodu
wydalenie lub wydobycie, a płód po nim nie oddycha,
ani nie wykazuje innych oznak życia
niezależnie od czasu trwania ciąży

²³ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dn. 7.12. 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania (Dz. U. 2001 nr 153, poz. 1782 ze zmianami), Ustawa z dn. 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Tekst jednolity Dz. U. 2000, nr 23, poz. 295, ze zmianami).

²⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dn. 7.12.2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz. U. 2001, nr 153, poz. 1783 ze zmianami).

Przyjęcie rozwiązania prezentowanego na powyższym schemacie na gruncie praw stanu rodzi określone konsekwencje zarówno prawne, jak i finansowe. Poza zakresem rozważań cywilisty pozostaje wprowadzenie kwestia uprawnień do urlopu macierzyńskiego oraz zasiłku, niemniej jednak należy wzmiankować w tym miejscu, że uprawnienia te wiążą się i przysługują jedynie w sytuacji martwego urodzenia. Nie ma w świetle uwag prezentowanych wyżej także sprzeczności związanej z możliwością dokonania pochówku w sytuacji zgonu płodu we wczesnym okresie ciąży. Zasadnym wydaje się także brak akceptacji społecznej dla proponowanych przez Ministra Zdrowia zmian zakładających, wedle uzasadnienia, ujednoczenie definicji martwego urodzenia znajdujących się w różnych aktach prawnych. Propozycja zmiany definicji z rozporządzenia w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia wykraczała poza zakres upoważnienia, a ponadto modyfikowała przepisy ustawowe, które nie uzależniają obowiązku zgłoszenia urodzenia dziecka martwego od czasu trwania ciąży (art. 38 ust. 2 ustawy Prawo o aktach stanu). Przedmiotowe rozporządzenie stanowi akt wykonawczy do ustawy Prawo o aktach stanu i reguluje wzór pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka i sposób jego wypełnienia. Nie jest zatem celowe, jak wskazywano w uzasadnieniu, ujednoczenie pojmowania martwego urodzenia, znajdującego zastosowanie także na gruncie innych aktów prawnych. Takie stanowisko, jak podniesiono w trakcie konsultacji społecznych, nie jest godne aprobaty dlatego, że zawarta w projekcie definicja martwego urodzenia po 22. tygodniu ciąży nie mogłaby być używana na gruncie innych aktów, a przepis art. 38 ust. 2 ustawy Prawo o aktach stanu nie uzależnia zgłoszenia martwego urodzenia od czasu trwania ciąży²⁵.

W konsekwencji przyjąć należy, że w istocie *de lege lata* mamy do czynienia z dwiema definicjami martwego urodzenia: inną definicją posługiwać należy się w zakresie spraw obejmujących dokumentację medyczną, a inną definicją posługiwać należy się w przypadku aktu stanu cywilnego. Na podstawie ustawy Prawo o aktach stanu oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia powstaje obowiązek zgłoszenia każdego martwego urodzenia, bez

²⁵ List Rządowego Centrum Legislacji z 17.11.2006 r. w sprawie projektowanych zmian rozporządzenia w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka przesłany po konsultacjach społecznych do Ministerstwa Zdrowia – dostępny na stronie internetowej: http://www.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/2703_1.pdf – data wizyty 14.03.2007 r.

względu na czas trwania ciąży. Dlatego nieuzasadnione jest powoływanie się przez szpital na niemożność zgłoszenia martwego urodzenia w sytuacji nieosiągnięcia przez płód 22. tygodnia ciąży, jako że obowiązek zgłoszenia wynika nie z konieczności wpisu w dokumentacji medycznej, ale z obowiązku mającego swe źródło w Prawie o aktach stanu. Przyjąć należy dalej, że skoro pisemne zgłoszenie urodzenia dziecka nie stanowi dokumentacji medycznej, nie mają do niego zastosowania definicje zawarte w rozporządzeniu w sprawie dokumentacji medycznej i wprowadzające rozróżnienie na martwe urodzenie i poronienie.

Wydaje się jednak, iż w związku z możliwością dokonania pochówku w sytuacji zgonu płodu w bardzo wczesnym okresie ciąży, podjąć należy stosowne kroki celem ustalenia, czy bez modyfikacji stosować należy przepisy ustawy o cmentarzach oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi w zakresie przechowywania zwłok oraz sposobu wydawania dzieci martwo urodzonych z pierwszych tygodni ciąży. W opinii wypowiadających się lekarzy i kierowników zakładów opieki zdrowotnej stosowne byłoby wydanie przepisów obejmujących jednolite zasady postępowania w szpitalach ze zwłokami dzieci martwo urodzonych oraz jednolite zasady wydawania zwłok i szczątków w takich sytuacjach. W trakcie dyskusji przedstawiciele środowisk medycznych zgłaszano pytania dotyczące obowiązku przechowania zwłok dzieci martwo urodzonych we wczesnych okresach ciąży oraz pytania jak długo szpital ma obowiązek oczekiwać na decyzję rodziców²⁶. Istotne jest także udzielenie odpowiedzi na pytanie o sposób wydania zwłok dzieci martwo urodzonych we wczesnych okresach ciąży, kiedy niepotrzebne ze względu na rozmiary wydaje się wydawanie szczątków w trumnie. Udzielając odpowiedzi na tak postawione pytania należy stwierdzić, iż *de lege lata* przepisy ustawy o cmentarzach oraz rozporządzenia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi znajdują zastosowanie w takim zakresie, w jakim przepisy te nie zostały wyłączone ze względu na szczególny charakter zwłok dzieci martwo urodzonych we wczesnym okresie ciąży. Przyjąć należy dalej, iż w chwili obecnej szpital powinien wypracować procedurę wydawania zwłok dzieci martwo urodzonych w sytuacji wnio-

²⁶ Konferencja naukowo-szkoleniowa: Zgon – problematyka prawna i etyczna, Warszawa 29/30.03.2007 r.

sku osób uprawnionych do dokonania pochówku. Taki stan obejmujący daleko posuniętą uznaniowość postępowania ze strony szpitala nie wydaje się jednak pożądany i w związku z tym postulować należy, by *de lege ferenda* zagadnienie to doczekało się kompleksowego ujęcia w ramach stosownego rozporządzenia²⁷.

3. Podmiotowość prawna *nasciturusa* na gruncie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Tytułem uzupełnienia powyższych wywodów należy zauważyć, że ustawodawca w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (np. w art. 141 § 1 oraz art. 143 *in fine* k.r.o.) posługuje się jeszcze innym określeniem, tzn. że „dziecko urodziło się nieżywe”, przewidując roszczenia matki kierowane przeciwko mężczyźnie niebędącemu jej mężem (art. 141 § 1 k.r.o.), bądź wyłączając możliwość dochodzenia roszczeń związanych z ojcostwem (art. 143 *in fine* k.r.o.).

W tej sytuacji należy zastanowić się czy pojęciem „nieżywego urodzenia” objąć należy także przypadki zakończenia bardzo wczesnej ciąży. Stanowisko ustawodawcy – w obliczu przeprowadzenia wykładni językowej – nie jest do końca jasne. Główny nacisk kładzie on na możliwość dochodzenia wydatków poniesionych w związku z porodem oraz kosztów poniesionych w okresie okołoporodowym, co sugerowałoby uznanie, iż płód nie musiał osiągnąć wieku niezbędnego do przeżycia, a przesłanką tych roszczeń miałyby być wydatki poniesione przez matkę w związku z porodem, niezależnie od tego w którym tygodniu ciąży on nastąpił. Jednocześnie ustawodawca przyznaje niejako posiłkowo możliwość dochodzenia roszczeń odpowiadających okolicznościom związanym z ciążą. Nie odpowiada jednak na pytanie: czy chodzi o cały okres ciąży, czy może jedynie jej pewien czas. Takie stanowisko rów-

²⁷ W związku z omawianą problematyką pojawiają się także pytania zgłaszane przez środowiska medyczne dotyczące trudności w zakresie ustalenia płci dziecka martwo urodzonego we wczesnym okresie ciąży, poronienia poza szpitalem i wydobycia w szpitalu jedynie fragmentów łożyska, a także ustalenia zasad postępowania w razie poronienia z ciąży pozamacicznej oraz sytuacji potwierdzonej (np. wcześniejszymi badaniami) ciąży, gdy jajo pozbawione jest płodu bądź sytuacji, gdy szpital ma do czynienia z pozostałościami po poronieniu we wczesnym okresie ciąży, a te nie pozwalają po przeprowadzeniu badania histopatologicznego stwierdzić resztek płodu. Zagadnienia te były przedmiotem dyskusji w trakcie konferencji: *Zgon – problematyka prawna i etyczna*, Warszawa 29/30.03.2007 r. – wypowiedzi niepublikowane.

niez mogłoby przemawiać za przyjęciem, że roszczeń dochodzić można niezależnie od czasu trwania ciąży i tego czy w jej trakcie płód przed urodzeniem osiągnął określony wiek. Jednocześnie w art. 143 k.r.o. możliwość dochodzenia roszczeń ograniczona została do roszczeń związanych z ojcstwem, co mogłoby wyłączać dochodzenie poniesionych wydatków w związku z bardzo wczesną ciążą. Niemniej jednak uważam, że skoro ustawodawca przyznaje możliwość uznania dziecka poczętego przez mężczyznę niebędącego mężem matki, przez co daje możliwość stworzenia stosunku prawnego ojcostwa jeszcze przed urodzeniem się dziecka, to i roszczenia związane z ojcstwem powinny obejmować także sytuację urodzenia dziecka w każdym okresie ciąży.

Wskazano na wstępie, że człowiek nabywa podmiotowość prawną w chwili urodzenia. Moment ten jest poprzedzony jednak okresem życia prenatalnego. Okres ten nie pozostaje bez znaczenia dla dalszego życia i statusu prawnego osoby fizycznej. Ustawodawca przyjmuje bowiem za trafne dowiedzione naukowo twierdzenie, że życie ludzkie stanowi od momentu poczęcia pewną ciągłość. Przyjmuje dalej, że życie nie zaczyna się w chwili urodzenia, ale z momentem poczęcia i trwa do śmierci; pewne fakty zaś mające miejsce w okresie życia prenatalnego nie pozostają bez znaczenia dla statusu prawnego człowieka po jego urodzeniu. W nauce przedmiotu panuje zgodność, że stan zakładający szczególną postać podmiotowości i zdolności prawnej dziecka poczętego nie stanowi wyjątku od statusu osoby fizycznej już urodzonej (art. 8 k.c.), ale że jest tylko inną postacią tej zdolności prawnej²⁸.

W cywilistyce dziecko poczęte a nienarodzone określa się mianem *nasciturusa*, czyli mającego się narodzić. Status prawny *nasciturusa* nie jest jednak w obecnym stanie prawnym wyraźnie określony. Nie ma w polskim kodeksie cywilnym, ani kodeksie rodzinnym i opiekuńczym przepisu, któryby *expressis verbis* przyznawał podmiotowość prawną dziecku nienarodzonemu. Nie oznacza to jednak, że ustawodawca nie poświęca uwagi człowiekowi w okresie jego życia prenatalnego. Pomimo braku kompleksowego ujęcia kwestii podmiotowości prawnej *nasciturusa*, status ten można wywieść z szeregu szczegółowych przepisów odnoszących się do sytuacji prawnej człowieka w okresie jego życia prenatalnego²⁹. Dziecko poczęte może być zarówno spadkobiercą usta-

²⁸ Z. Radwański, *Prawo...*, s. 148.

²⁹ J. Haberko, w: *Ciąża...*, s. 1080.

wowym, jak i testamentowym. W świetle art. 927 § 2 k.c. dziecko już poczęte w chwili otwarcia spadku, a chwilą otwarcia spadku jest w świetle art. 924 k.c. moment śmierci spadkodawcy, może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe. Przed urodzeniem dziecko poczęte odpowiada jednak za długi spadkowe. Jest to oczywiście odpowiedzialność ze spadku, jako że przed urodzeniem dziecka nie może dojść do przyjęcia spadku³⁰. Art. 446¹ k.c. stanowi z kolei, że dziecko z chwilę urodzenia może żądać naprawienia tzw. szkód prenatalnych, czyli doznanych przed urodzeniem. W literaturze przedstawiono pogląd, który należy w mojej opinii podzielić, że dziecko po urodzeniu może dochodzić zarówno naprawienia szkód doznanych w okresie prenatalnym, jak i tych, które pozostają w związku przyczynowym ze szkodliwym działaniem mającym miejsce jeszcze przed poczęciem³¹. Uznaje się w literaturze, że dziecko poczęte ma prawo do zachowania zdolności fizycznej i psychicznej, i z tego względu przysługuje mu ochrona z zakresu dóbr osobistych z art. 23 i 24 k.c.³².

Wreszcie na gruncie prawa rodzinnego wskazać należy przepisy odnoszące się do unormowania sytuacji *nasciturusa*. Po pierwsze w świetle art. 75 k.r.o. można uznać dziecko nawet nie narodzone, jeżeli zostało już poczęte. Uznanie jest instytucją prawa rodzinnego, przez którą mężczyzna będący biologicznym ojcem mającego się narodzić dziecka potwierdza w sferze prawa stosunek ojcostwa. Mężczyzna dokonujący czynności prawnej uznania dziecka nie pozostaje z matką dziecka w związku małżeńskim. W świetle art. 142 k.r.o. matka dziecka może w sytuacji uwiarygodnionego ojcostwa mężczyzny niebędącego jej mężem żądać, ażeby mężczyzna jeszcze przed urodzeniem przez nią dziecka przyczynił się do kosztów utrzymania matki przez trzy miesiące w okresie porodu oraz do kosztów utrzymania dziecka przez pierwsze trzy miesiące po urodzeniu. Dalej, art. 182 k.r.o. stwarza możliwość ustanowienia dla dziecka poczętego *curatora ventris*.

Na gruncie polskiego prawa można uznać za aktualną łacińską paremię, w myśl której *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, co znaczy, że ten, kto ma się narodzić jest uważany za

³⁰ A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, RPEiS 1994, nr 3, s. 49.

³¹ Tak A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa...*, *op.cit.*

³² Tak, aczkolwiek bez uzasadnienia, K. Piasecki, *Komentarz...*, *op.cit.*

już narodzonego, ilekroć chodzi o jego korzyść. W nauce przyjmuje się, że status prawny *nasciturusa* najlepiej oddaje konstrukcja warunkowej zdolności prawnej, a sama podmiotowość prawna *nasciturusa* ma charakter warunkowy³³. Przyznaje się nienarodzonemu zdolność prawną, jednak nie ma ona charakteru definitywnego, a istnieje jedynie pod warunkiem zawieszającym. W świetle tej koncepcji dziecko nienarodzone nabywa prawa pod warunkiem, że urodzi się żywe. Oznacza to, że prawa do chwili urodzenia dziecka nie mogą być wykonywane, a jedynie zostają zabezpieczone. W następstwie żywego urodzenia prawa nabyte warunkowo w czasie życia prenatalnego człowieka zostają nabyte definitywnie i bezwarunkowo. Mamy tu do czynienia z tzw. *conditio iuris*, czyli z okolicznością przyszłą i niepewną, jaką jest urodzenie żywego dziecka (niepewność polega w omawianej sytuacji na tym, że aż do momentu urodzenia nie ma pewności czy dziecko faktycznie się urodzi i – co więcej – czy urodzi się żywe). Od zaistnienia i spełnienia wskazanej przesłanki zależy definitywny skutek w postaci nabycia zdolności prawnej.

³³ Tak Z. Radwański, *Prawo...*, *op.cit.*, s. ; A. Doliwa, *Prawo...*, *op.cit.*, M. Pazdan w: *Kodeks...*, *op.cit.*, s. 78; K. Piasecki, *Komentarz...*, *op.cit.*, J. Haberko w: *Ciąża...*, *op.cit.* s. 1080.

Dominika Tykwińska-Rutkowska

Zapłodnienie *in vitro* – problematyka administracyjnoprawna (na kanwie orzeczenia WSA z dnia 2006-08-30)

W ostatnich latach sądy polskie coraz częściej rozstrzygają problemy prawne, na które udzielenie odpowiedzi nie jest możliwe bez uprzedniego rozważenia problemów moralnych pojawiających się w praktyce nauk medycznych. Jako przykład można podać powództwa z tytułu poczęcia i urodzenia się dziecka wywołującego szkodę¹, określane angielskimi terminami „*wrongful birth action*” (roszczenie z tytułu złego urodzenia lub urodzenia w warunkach pokrzywdzenia), „*wrongful conception action*” (inaczej *wrongful pregnancy action*, czyli roszczenie z tytułu niechcianego poczęcia). Precedensowe orzeczenie z powództwa *wrongful conception* zapadło w Sądzie Najwyższym dnia 21.11.2003 r.². Z kolei pierwsze orzeczenie z powództwa *wrongful birth* zapadło w Sądzie Okręgowym dnia 16.04.2004 r. (tzw. przypadek łomżyński)³.

Sądy polskie stanęły także przed dylematami rozstrzygnięcia w sprawach tzw. wspomaganey prokreacji, do której zaliczamy⁴ obok sztucz-

¹ Zob. T. Justyński, Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej, Kraków 2003 r.

² Wyrok SN z dnia 21.11.2003 r., V CK 167/03, M. Prawn. 2004/10/468.

³ Wyrok SO z dnia 06.05.2004 r. IC 84/02, udostępniony na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112., poz. 1198., z późniejszymi zmianami).

Przedmiotem rozstrzygnięcia sądów polskich nie było jednak roszczenie z tytułu złego życia lub życia w warunkach pokrzywdzenia – „*wrongful life action*”. Jednakże w związku z przypadkiem łomżyńskim skład orzekający dopuścił w obowiązującym porządku prawnym powództwo *wrongful life*. Jako podstawę prawną wskazano art. 77. Konstytucji oraz art. 444. Kodeksu Cywilnego dokonując jego rozszerzającej wykładni.

⁴ Z medycznego punktu widzenia M. Safjan proponuje do metod tzw. sztucznej prokreacji zaliczyć: sztuczną inseminację, zapłodnienie pozaustrojowe, transfer embrionalny *in vivo* (lavage, flushing) „gift” – forma pośrednia między sztuczną inseminacją a *in vitro*, w tym przypadku pobiera się od kobiety komórki jajowe i po wymieszaniu z nasieniem implantuje do jajowodów, do zapłodnienia dochodzi więc nie w probówce a w organizmie kobiety. (cd. na stronie 81)

nej inseminacji (sztuczne zapłodnienie wewnątrzustrojowe), zapłodnienie *in vitro* (sztuczne zapłodnienie pozaustrojowe) oraz zastępcze macierzyństwo.

Zapłodnienie *in vitro*⁵ jest zabiegiem polegającym na zapłodnieniu komórki jajowej poza organizmem kobiety z wykorzystaniem komórek rozrodczych pochodzących od małżonków lub osób żyjących w innym trwałym związku (tzw. sztuczne zapłodnienie homologiczne), z wykorzystaniem męskich albo żeńskich komórek rozrodczych pochodzących od innego dawcy niż małżonkowie czy konkubenci (tzw. heterologiczne), korzystając z pomocy innej kobiety, która: „(...) zachodzi w ciążę dla (...) <<zamawiających dziecko>> małżonków i zobowiązuje się przekazać im dziecko po porodzie. Mogą tu mieć miejsce różne techniki medyczne, zarówno sztuczne zapłodnienie <<zastępczej matki>> *in vivo* lub *in vitro* (...).”⁶, czy też dokonując zapłodnienia po śmierci dawcy komórek rozrodczych (tzw. sztuczne zapłodnienie postmortalne)⁷.

⁴ (dokończenie ze str. 80) Do tego katalogu należy dodać jeszcze jedną metodę *in vitro* zwaną mikro-manipulacją (w skrócie ICSI), polegającą na wstrzyknięciu jednego plemnika do wnętrza komórki jajowej pod kontrolą mikroskopu. Z kolei z teoretycznego punktu widzenia można również wśród metod sztucznej prokreacji wymienić ectogenezę (ciążę pozaustrojową), cloning i nuklearną transplantację. Z kolei uwzględniając pochodzenie materiału genetycznego od matki, ojca, osoby trzeciej, można wyróżnić kilkanaście sposobów sztucznego poczęcia dziecka. Patrz: M. Safjan, Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji, Warszawa 1990, s. 6-8.

⁵ Po raz pierwszy zapłodnienia komórki jajowej plemnikiem poza organizmem kobiety dokonał dr John Rock z Uniwersytetu Harvard w 1944 r. Dalsze próby podejmowane przez Amerykanów nad zapłodnieniem *in vitro* dra Pierre Soupart biologa na Vanderbilt University w Nashville oraz dr Landrum Shetties z kliniki Uniwersytetu Columbia (NY) doprowadziły odpowiednio w 1972 r. i w 1973 r. do połączenia żeńskich i męskich komórek rozrodczych w probówce. Jednakże jakiegokolwiek badania nad sztucznym zapłodnieniem, finansowane ze środków publicznych, zostały wstrzymane do czasu rozstrzygnięcia wyłaniających się problemów etycznych przez powołaną w tym celu komisję etyczną przy National Institutes of Health. Dopiero 25 lipca 1978 r. w Wielkiej Brytanii, dzięki wysiłkom dr. Roberta Edwardsa z Uniwersytetu Cambridge i dr. Patricka Steptoe z General Hospital w Oldham, na świat przyszło pierwsze „dziecko z probówki”, Luise Brown. Od tego czasu na całym świecie urodziło się dziesiątki tysięcy dzieci. S. Thatcher, A. DeCherney, *Pregnancy – Inducting Technologies: Biological and Medical Implication* [w:] *Women and new reproductive technologies: medical, psychological, legal and ethical dilemmas*, J. Rodin, A. Collins (red.), Hillsdale NJ 1991 r., s. 32., B. Eck Menning, *Historical Perspective of the Infertile Experience* [w:] *Technology and Infertility: clinical, psychosocial, legal, and ethical aspects*, red. M. Seibel, New York 1993 r., s. 274., M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, op. cit., s. 224., M. Nesterowicz, *Problemy prawne nowych technik poczęcia dziecka*, PiP 1985 r. nr 1., s. 49., W. Lang, *Prawne problemy...*, op. cit., s. 272., *Historia in vitro*. Kalendarium 1949-2001, dostępne dnia 2006-12-17 na stronie <http://serwisy.gazeta.pl/nauka/1,46780,1592363.html>

⁶ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 218, 225.

⁷ W. Lang, *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000 r., s. 272, M. Nesterowicz, *Prawne problemy inseminacji post mortem*, PIM 2002/11., (vol. 4.), s. 30-34.

O zapłodnieniu pozaustrojowym można także powiedzieć, iż jest przyjętym w świecie sposobem leczenia niepłodności⁸ uznanej przez WHO za chorobę społeczną⁹ i zapobiegania przenoszeniu chorób genetycznych w drodze prokreacji¹⁰. Przy czym, jak wskazują J. Haberko i R. Kocyłowski, niepłodność należy rozumieć zgodnie z definicją WHO jako: „(...) niemożność uzyskania ciąży w obrębie heteroseksualnej dojrzałej pary ludzkiej: kobiety i mężczyzny (przy czym parę tę stanowią małżonkowie ewentualnie partnerzy pozostający w innym niż małżeństwo związku o trwałym charakterze) po przynajmniej roku regularnego współżycia (2-3 razy w tygodniu) bez stosowania żadnych środków antykoncepcyjnych. Niepłodność to zarówno niemożność uzyskania ciąży na skutek tego, że nie dochodzi w ogóle do zapłodnienia (sterilitas), jak również niemożność donoszenia ciąży i urodzenia żywego dziecka spowodowana różnymi czynnikami (infertilitas). Zarówno jedna jak i druga niepłodność uzupełniona musi zostać o tzw. niepłodność idiopatyczną, tzn. sytuację, gdy do zapłodnienia nie dochodzi z niewiadomych przyczyn na danym etapie rozwoju medycyny”¹¹.

⁸ Zdaniem W. Langa medycznie wspomagana prokreacja nie jest metodą leczenia niepłodności w ścisłym tego słowa znaczeniu, a jedynie usuwaniem jej skutków przejawiających się w niemożności poczęcia i urodzenia przez kobietę czy zapłodnienia przez mężczyznę. W odczuciu powołanego autora jest terapią paliatywną, podobną do protetyki medycznej. Zaś M. Safjan twierdzi, iż w przypadku sztucznej inseminacji i zapłodnienia *in vitro*, mamy do czynienia z terapią sensu largo. Racje terapeutyczne rozumiane są różnie, w przypadku bezpłodności wąsko jako: „(...) stosowanie swego rodzaju paliatywu terapii bezpłodności <bo przecież nie jest to leczenie jej przyczyny>, w szerszym rozumieniu wchodzi tu też w grę motyw eugeniczny (...) czyli istnieje ryzyko urodzenia dziecka z wrodzonymi wadami genetycznymi. Przy czym ocena *in vitro* jako zabiegu terapeutycznego jest: „(...) jakby dwuwymiarowa (...)”. Na początku lat 90-tych zapłodnienie *in vitro* w Polsce było zabiegiem o charakterze eksperymentalnym, dlatego też M. Safjan z punktu widzenia rodziców uznał *in vitro* za eksperyment terapeutyczny, natomiast dokonując oceny z punktu widzenia dziecka, przypisał *in vitro* charakter eksperymentu o charakterze eksploratywnym. W. Lang, Prawne problemy..., op. cit., s. 271-272., M. Safjan, Prawo wobec ingerencji..., op. cit., s. 25., 28., 314.

⁹ M. Nesterowicz, Prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna – konieczność regulacji prawnych, PiM 2/2006 (23., vol. 8.), s. 6., J. Haberko, R. Kocyłowski, Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu, PIM 2/2006 (23., vol. 8.), s. 20. i n.

¹⁰ W. Lang, Prawne problemy..., op. cit., s. 271.

¹¹ Również należy wspomnieć o tzw. wtórnej niepłodności czy niepłodności psychologicznej. W klasycznym ujęciu wtórna niepłodność definiowana jest jako niezdolność poczęcia albo niemożność donoszenia ciąży po roku regularnego współżycia pary, która posiada już potomstwo. Wtórna bezpłodność dotyczyć może zarówno par, które cierpiały na pierwotną bezpłodność jak i par które bez problemu poczęły. Jeśli zaś chodzi o psychologiczną niepłodność, czyli niezdolność poczęcia albo niemożność donoszenia ciąży, to u jej podłoża leżą przyczyny psychologiczne jak: lęk i niechęć związane z ciążą, porodem, posiadaniem dziecka (w ogóle lub z aktualnym partnerem), także poczucie winy związane z aborcją lub samoistnym poronieniem i inne. J. Haberko, R. Kocyłowski, Szczególna postać tajemnicy..., op. cit., s. 20. i n., D. Clapp, Secondary Infertility [w:] Technology and Infertility: clinical, psychosocial, legal, and etical aspects, red. M. Seibel, New York 1993 r., s. 315., J. Bernstein, Psychological Issues in Infertility: An Historical Overview [w:] Technology and Infertility: clinical, psychosocial, legal, and etical aspects, red. M. Seibel, New York 1993 r., s. 279-285.

Jako metoda medycznie wspomaganego rozrodu zapłodnienie *in vitro* wzbudza liczne moralne kontrowersje¹². Niezależnie od nich, została zaakceptowana przez środowisko medyczne. W związku zaś z coraz bardziej komplikującą się sytuacją na skutek postępu technicznego w medycynie poddana została regulacji prawnej w większości państw.

Postulat uregulowania kwestii dotyczących szeroko pojętego sztucznego zapłodnienia, czyli wewnątrz – i zewnątrzustrojowego, w polskim piśmiennictwie pojawia się od lat 80-tych¹³. Polska jest jednym z nielicznych krajów pozbawionym ustawodawstwa medycznego w przedmiocie zapłodnienia *in vivo*, *in vitro*, sztucznego macierzyństwa, zapłodnienia post mortem oraz inżynierii genetycznej. Brak powyższej regulacji prawnej nie oznacza jednak, iż lekarze nie niosą pomocy starającym się o potomstwo pacjentom. Jednakże konsekwencją są znaczne ograniczenia środowiska medycznego w jego możliwościach z jednej strony, z drugiej pozostawienie uznaniu lekarza uruchomienia stosownych procedur medycznych¹⁴.

Podstawy prawnej powyższych praktyk medycznych stanowić nie może Kodeks Etyki Lekarskiej uchwalony 14. grudnia 1991 r. na II Krajowym Zjeździe Lekarzy. Zgodnie z art. 38. Kodeksu Etyki Lekarskiej: „1. Lekarz powinien z poczuciem szczególnej odpowiedzialności odnosić się do procesu przekazywania życia ludzkiego. 2. Lekarz powinien udzielać zgodnych z wiedzą medyczną informacji dotyczących procesu zapłodnienia oraz metod regulacji poczęć, uwzględniając ich skuteczność, mechanizm działania i ryzyko. 3. Lekarz ma obowiązek zapoznać pacjentów z możliwościami współczesnej genetyki lekarskiej, a

¹² Liczne problemy moralne powstają w związku z techniczną możliwością dokonywania zapładniania poza ustrojem ludzkim jak: rozdzielenie rodzicielstwa społecznego i prawnego od biologicznego, status moralny embrionu *in vitro*, granice eksperymentów medycznych na embrionach *in vitro*, granice dopuszczalnej dyspozycji embrionem *in vitro*, prawo dysponowania embrionami. Patrz: M. Safjan, Prawo wobec ingerencji..., op. cit., s. 13-134, 348-366, 390-411, 415-428, M. Piechowiak, Moralne aspekty medycznego wspomaganego prokreacji – uwagi dla ustawodawcy [w:] T. Smyczyński (red.), Wspomagana prokreacja ludzka – zagadnienia legislacyjne, Poznań 1996 r., T. Smyczyński, Aksjologiczne podstawy dopuszczalności wspomaganego prokreacji ludzkiej [w:] T. Smyczyński (red.), Wspomagana prokreacja ludzka – zagadnienia legislacyjne, Poznań 1996 r.

¹³ Zobacz: J.S. Piątowski, Głosa do uchwały SN z 27.X.1983 r. III CZP 31/80, OSPiKA 1985 poz. 1 c., s. 5., a także za J.S. Piątowskim przypis nr 28. str. 5.: K. Krzekotowska, Sytuacja prawna dziecka urodzonego wskutek sztucznego zapłodnienia, NP 1982, nr 5-6., S. Piechocki, Aspekty prawne sztucznego zapłodnienia i implantacji embrionu, NP 1983, nr 6., Z. Radwański, Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasienienia matki, Studia Iuridica Silesiana 1979. t. 5., M. Nesterowicz, Prokreacja medycznie wspomaganą i inżynieria genetyczna..., op. cit., s. 6-7. i 17.

¹⁴ J. Haberko, R. Kocyłowski, Szczególna postać tajemnicy..., op. cit., s. 18. i n., M. Nesterowicz, Prawo medyczne, Toruń 2005 r., s. 229.

także diagnostyki i terapii przedurodzeniowej. Przekazując powyższe informacje lekarz ma obowiązek poinformować o ryzyku związanym z przeprowadzeniem badań przedurodzeniowych¹⁵.

W związku z powyższym przepisem kodeksu należy rozważyć dwie kwestie – ogólny charakter tezy, na co zwraca uwagę M. Nowacka¹⁶, oraz wątpliwość co do normatywnego charakteru samego Kodeksu Etyki Lekarskiej.

J. Wyrembak wskazuje, iż: „Charakter i formalnoprawny status regulacji wynikających z kodeksu określano na podstawie trzech podstawowych koncepcji. Pierwsza reprezentowana była przez Trybunał Konstytucyjny (...) drugą (...) określiły zapatrywania Prokuratora Generalnego (...) na koncepcję trzecią składały się poglądy wielu autorów (...) tę wspierało stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich (...)”¹⁷.

Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 7 października 1992 r. (U 1/92), wskazał na odrębność norm etycznych oraz prawnych oraz podkreślił możliwość dookreślenia normy prawnej normą etyczną, stwierdzając iż poprzez akt prawa może dokonać się inkorporacja normy etycznej do systemu prawa¹⁸. Z kolei Prokurator Generalny zajął stanowisko, zgodnie z którym akty etyczno-deontologiczne nie są aktami normatywnymi. Natomiast w świetle trzeciej koncepcji, reprezentowanej przez 4 sędziów Trybunału Konstytucyjnego: Cz. Bakalarskiego, K. Działochę, H. Groszyka oraz R. Orzechowskiego, a także Rzecznika Praw Obywatelskich, kodeks etyki lekarskiej jest aktem normatywnym z zakresu administracji państwowej¹⁹.

Normatywności kodeksu etyki lekarskiej nie podważa także M. Nowacka, jednakże ze względu na ogólność tezy kodeksu wskazuje na jego ograniczoną normatywność²⁰. Za normatywnością kodeksu opowiada się także T.L. Chruściel, przy czym dokonuje rozróżnienia norm kodeksu na normy etyczne, deontologiczne oraz normy należące do za-

¹⁵ Tekst jednolity Kodeksu Etyki Lekarskiej po zmianach uchwalonych dnia 20. września 2003 r. przez Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy dostępny dnia 2006-11-26 na stronie http://www.nil.org.pl/xml/nil/wladze/str_zl/zjazd7/kel

¹⁶ M. Nowacka, *Etyczno – prawne kwestie otwarte w polskim kodeksie etyki lekarskim*, Idea – Studia nad strukturą i rozwojem pojęć filozoficznych, Białystok 1998 r., nr 10., s. 147.

¹⁷ J. Wyrembak, *Kodeks etyki lekarskiej a system prawa*, PiP 2003 r., nr 10, s. 31.

¹⁸ Idem, s. 31.

¹⁹ J. Wyrembak, *Kodeks etyki...*, op. cit., s. 31.

²⁰ M. Nowacka, *Etyczno – prawne kwestie otwarte...*, op. cit., s. 147.

kresu administracji państwowej²¹. Chruściel podkreśla również niezależność zbiorów norm prawnych oraz etyczno-deontologicznych od siebie, wskazując po pierwsze na możliwość niezgodności normy etycznej z prawną, po drugie, na możliwość inkorporacji normy etycznej do obowiązującego systemu prawa²². Z kolei A. Sikora stwierdza, iż: „(...) normatywny charakter etyki zawodowej jest oczywisty (...) właśnie etyka zawodowa jest tą gałęzią szczegółowej etyki normatywnej, która najbardziej poddaje się kodyfikacji”²³. Natomiast gdy chodzi o kodeks etyki lekarskiej, to A. Sikora podkreśla: „Kodeks – ze swej natury – ma przede wszystkim charakter deontologiczny”²⁴. I J. Wyrembak natomiast zwraca uwagę, iż normatywność kodeksu etyki lekarskiej należy rozważyć w dwóch porządkach prawnych – pierwszym, obowiązującym w chwili uchwalenia kodeksu (1991 r.), drugim, obowiązującym od chwili wejścia w życie ustawy z dnia 2. kwietnia 1997 r. Konstytucja RP²⁵. W pierwszym przypadku trafna będzie koncepcja, w świetle której kodeks etyki lekarskiej jest źródłem prawa, regulacje w nim zawarte są normami prawnymi²⁶. W drugim przypadku od chwili wejścia w życie Konstytucji normom Kodeksu Etyki Lekarskiej nie można przypisać charakteru norm prawa ze względu na zamknięty katalog źródeł prawa²⁷. Warto przytoczyć jeszcze stanowisko L. Kubickiego, zgodnie z którym Kodeks Etyki Lekarskiej w świetle obowiązującego prawa: „(...) jest aktem oficjalnym organu publicznoprawnego (...) bo lekarski samorząd zawodowy jest podmiotem publicznoprawnym. Idea samorządu zawodowego (...), polega na decentralizacji władzy państwowej”²⁸. Wspomniany autor wskazuje, iż przepisy KEL są przepisami powszechnie obowiązującymi

²¹ T.L. Chruściel, Kodeks etyki lekarskiej, Nauka 1994 r., nr 4. s. 99-100.

²² Idem, s. 100.

²³ A. Sikora, Pojęcie, rozwój, struktura polskich kodeksów etyki lekarskiej na tle etyki zawodowej, *Poznańskie Studia Teologiczne*, 2002 r., t. 13., s. 96., 100.

²⁴ A. Sikora, Antropologiczno-aksjologiczne podstawy etyki medycznej, *Poznańskie Studia Teologiczne*, 2000 r., t. 9., s. 197.

²⁵ Dz. U., Nr 78., poz. 483., z późniejszymi zmianami.

²⁶ J. Wyrembak, Kodeks etyki..., op. cit., s. 32.

²⁷ J. Wyrembak, Kodeks etyki..., op. cit., s. 32-33.

²⁸ L. Kubicki, Wystąpienie w trakcie Ogólnopolskiej Konferencji „Medycyna – Etyka – Ekonomia”, zorganizowanej przez Okręgową Izbę Lekarską im. Prof. Jana Nielubowicza w Warszawie 16. czerwca 2003 r., *Miesięcznik Okręgowej Izby Lekarskiej w Warszawie „Puls”* 2003 r., nr 9, wersja elektroniczna dostępna dnia 2007-02-04 na stronie <http://www.oil.org.pl/xml/oil68/gazeta/numery/n2003/n200309/n20030909>.

cymi lekarzy a ich przestrzeganie jest obowiązkiem prawnym sankcjonowanym nie tylko etycznie ale także prawnie²⁹. Jednakże ze względu na zmiany, które zaszły w obowiązującym porządku prawnym od chwili uchwalenia KEL, L. Kubicki postuluje przywrócenie normom Kodeksu charakteru zbioru zasad etycznozawodowych *sensu stricto*³⁰.

Nawet jeśli spór o normatywność Kodeksu Etyki lekarskiej uznać za nierozstrzygnięty, to zdaniem M. Nesterowicza jego postanowienia można stosować jako podstawę oceny działań podejmowanych przez lekarzy w sferze prokreacji wspomagananej³¹.

Problematyka szeroko pojętego sztucznego zapłodnienia, czyli zapłodnienia wewnątrzustrojowego³² oraz zapłodnienia zewnątrzustrojowego *in vitro*/ poruszona została w Polsce w nielicznych wyrokach³³. W pierwszym przypadku – unasienienia – autorowi znane są dwa wyroki pochodzące z lat 60-tych i 80-tych XX wieku i dotyczą skutków prokreacji medycznie wspomagananej w sferze stanu cywilnego³⁴. Gdy zaś chodzi o zapłodnienie *in vitro*, nieprawomocny wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie wydany w sprawie małżeństwa F. dnia 30. sierpnia

²⁹ Idem

³⁰ Idem

³¹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005 r., s. 229-230.

³² Pod pojęciem sztucznego unasienienia (*inseminatio artificialis*) należy rozumieć wprowadzenie, w sposób sztuczny, do dróg rodnych kobiety nasienia męczyzny będącego mężem/partnerem kobiety (tzw. sztuczne zapłodnienie wewnątrzustrojowe homologiczne) albo nasienia innego dawcy niż mąż/partner matki (tzw. zapłodnienie wewnątrzustrojowe heterologiczne), co budzi więcej wątpliwości moralnych.. Jest to metoda mniej inwazyjna niż sztuczne zapłodnienie pozaustrojowe. Pierwsze wzmianki na temat sztucznego unasienienia można odszukać w kronikach sądowych, chociażby w wyroku trybunału z Bordeaux z 1880 r., inne źródło podaje rok 1883, w sprawie Lejâtre o honorarium lekarza za dokonaną z niepowodzeniem sztuczną inseminację. Jak podaje M. Nesterowicz, sztuczne unasienienie po raz pierwszy skutecznie zostało dokonane przez Johna Huntera w Anglii w 1790 r., a w USA przez J. Meriona Simsa w 1866 r. Wpływ na etyczne uwarunkowania regulacji prawnej i kształt samej regulacji wywarło negatywne stanowisko Kościoła Katolickiego zajęte już w 1897 r.

M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, op. cit., s. 211, M. Nesterowicz, *Problemy prawne nowych technik...*, op. cit., s. 40, 46, M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., s. 13 i 14.

³³ S. Thatcher, A. DeCherney, *Pregnancy – Inducting Technologies: Biological and Medical Implication*, op. cit., s. 32.

³⁴ Z powództwa męża matki o zaprzeczenie ojcostwa dziecka zrodzonego na skutek zapłodnienia nasieniem dawcy innego niż mąż matki zostało uruchomione postępowanie przed Sądem Wojewódzki w Łodzi, zakończone wyrokiem dnia 02. sierpnia 1967 r., sygnatura C 66/42 (niepublikowane). Z kolei Sąd Najwyższy udzielił dnia 27. października, w uchwale 7 sędziów SN (sygnatura III CZP 35/83), odpowiedzi na pytanie Prokuratora Generalnego PRL z dnia 16.06.1983 r.: „Czy zgoda męża matki dziecka na jej sztuczne zapłodnienie wyłącza możliwość obalenia domniemania jego ojcostwa z art. 62. § 1. k.r.o.?” Mimo iż zagadnienia powyższe nie pozostają w bezpośrednim związku z przedmiotem opracowania, warto wspomnieć o konsekwencjach w szczególności uchwały SN. Sąd ten postanowił wpisać do księgi zasad zasadę prawną: „Żądanie męża matki zaprzeczenia ojcostwa co do dziecka, poczętego w wyniku dokonanego za zgodą tego męża sztucznego zapłodnienia nasieniem innego męczyzny, może być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.” M. Nesterowicz, *Głosa do uchwały 7 sędziów z dnia 27 października 1983 r. III CZP 35/83*, NP. 1985 nr 2., s. 113-116, J. S. Piątoski, *Głosa do uchwały ...*, op. cit., s. 1-2.

2006 r.³⁵, jest jedynym poruszającym problemy administracyjnoprawne sztucznego zapłodnienia.

Wspomniany wyrok Sądu Administracyjnego w kontekście prokreacji medycznie wspomaganey dotyczy zagadnienia prawa do ochrony zdrowia³⁶, a konkretnie prawa do świadczenia zdrowotnego i pokrycia kosztów tego świadczenia ze środków Narodowego Funduszu Zdrowia (dalej NFZ).

Małżeństwo F. poddało się procedurze zapłodnienia *in vitro*, a następnie zażądało refundacji kosztów od Oddziału Wojewódzkiego Na-

³⁵ Sygn. Akt VII S.A./Wa 997/06, udostępniony na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112., poz. 1198., z późniejszymi zmianami).

³⁶ W tym konkretnym przypadku należy zastanowić się nad prawem do ochrony **zdrowia reprodukcyjnego**, rozumianego jako: stan dobrego samopoczucia w aspekcie fizycznym, psychicznym i społecznym, a nie wyłącznie brak choroby lub niedomagań, we wszystkich sprawach związanych z układem rozrodczym oraz jego funkcjami i procesami. Zdrowie reprodukcyjne oznacza zatem, że ludzie mają możliwość prowadzenia satysfakcjonującego i bezpiecznego życia seksualnego oraz zdolność do reprodukcji, jak również swobodę decydowania w jej przedmiocie. Z ostatniego warunku wynika prawo mężczyzn i kobiet do: 1. odpowiedniej informacji oraz możliwości korzystania z bezpiecznych, skutecznych, przystępnych finansowo oraz akceptowanych metod planowania rodziny, 2. dokonywania wyboru spośród tych metod, jak również spośród innych nie kolidujących z prawem metod regulacji płodności, 3. odpowiednich usług służby zdrowia, zapewniających kobietom bezpieczną ciążę i poród, a parom – najlepszą szansę posiadania zdrowego potomstwa. Na zdrowie reprodukcyjne wpływ ma wiele czynników jak poziom wiedzy czy chociażby jakość usług medycznych świadczonych w tej dziedzinie, dlatego też **opieka nad zdrowiem reprodukcyjnym powinna obejmować**: 1. usługi planowania rodziny w tym: poradnictwo, edukację, dostęp do informacji, 2. **zapobieganie i leczenie niepłodności**, 3. leczenie infekcji narządów dróg rodnych, chorób przenoszonych drogą płciową, innych dolegliwości układu rozrodczego, 4. informacje i poradnictwo dotyczące seksualności i odpowiedzialnego rodzicielstwa, 5. zapobieganie niepożądaney ciąży, 6. możliwość bezpiecznego przerwania ciąży, zapobieganie skutkom aborcji, 7. opiekę zdrowotną nad kobietą w ciąży, bezpieczny poród, opiekę po porodzie, 7. opiekę: prenatalną, nad niemowlęciem, 8. profilaktykę i leczenie nowotworów narządów płciowych i raka piersi. Program Kairski i Platforma Pekńska wprowadzają także w swojej treści oprócz pojęć zdrowie reprodukcyjne, opieka nad zdrowiem reprodukcyjnym, pojęcie **prawa do zdrowia reprodukcyjnego** jako części praw człowieka uznanych w ustawodawstwie krajowym i międzynarodowych dokumentach praw człowieka. Prawo do zdrowia reprodukcyjnego, jak proponują Blank i Merrick, można rozumieć w wielu aspektach. Po pierwsze prawa do nie posiadania dzieci realizowanego poprzez dostęp do aborcji, sterylizacji i antykoncepcji. Po drugie prawa do posiadania dzieci urodzonych naturalnie, dzięki zastosowaniu nowych technologii – medycznie wspomaganey prokreacji (*in vitro*, macierzyństwo zastępcze), adoptowanych. Po trzecie prawa do decydowania o ilości i statusie zdrowia dzieci realizowane poprzez poradnictwo genetyczne, diagnostykę prenatalną, badania DNA, wybór płci dziecka, dostęp do bezpiecznego miejsca pracy, opiekę nad kobietą ciężarną, urlop macierzyński. Program Działania sformułowany na zakończenie Międzynarodowej Konferencji na rzecz Ludności i Rozwoju obradującej w dniach 05-13.09.1994 r. w Kairze tzw. Program Kairski, Platforma Pekńska przyjęta na IV Światowej Konferencji w sprawach Kobiet odbywającej się w dniach 04-15. 09.1995 r. w Pekinie., United Nations Information Centre, Streszczenie dla Prasy, Raport UFNPA: „Sytuacja Ludności Świata 2004. Konsensu Kairski – ocena działań po dziesięciu latach: ludność, zdrowie reprodukcyjne, globalne działania na rzecz zwalczania ubóstwa.” – dostępne dnia 2006-12-04 na stronie http://www.unic.un.org.pl/swp/2004/streszczenie_raportu.php, Poradnik: „Ochrona zdrowia reprodukcyjnego. Świadczenia zdrowotne”, stan prawny na dzień 30 września 2006 r., Wydrukowany dzięki środkom Ministerstwa Polityki Społecznej w ramach Rządowego Programu Funduszu Inicjatyw Obywatelskich dostępne dnia 2006-12-04 na stronie <http://www.federa.org.pl/publikacje/dostepdoopieki.pdf>, R. H. Blank, J. C. Merrick, Reproductive Rights: Ethical and Policy Context [w:] Human Reproduction, Emerging Technologies and Conflicting Rights, red. R. H. Blank, J. C. Merrick, Washington DC 1995 r., s. 4-5., R. H. Blank, J. C. Merrick, Changing Reproductive Rights [w:] Human Reproduction, Emerging Technologies and Conflicting Rights, red. R. H. Blank, J. C. Merrick, Washington DC 1995 r., s. 216-217.

rodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w G. Dyrektor Oddziału na podstawie art. 109. ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (dalej ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej)³⁷ odmówił refundacji, wskazując iż zapłodnienie *in vitro* nie spełnia kryteriów uznania za świadczenie zdrowotne, skoro zaś nie jest świadczeniem zdrowotnym nie podlegało zakontraktowaniu stosownie do treści art. 132.ust. 1. ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Od decyzji odmownej Dyrektora Oddziału małżeństwo F. wniosło odwołanie do Prezesa NFZ zgodnie z art. 109. ust. 5. ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Na podstawie art. 102. ust. 5. pkt. 24. w zw. z art. 110. ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej Prezes utrzymał w mocy decyzję Dyrektora Oddziału w G. W uzasadnieniu odwołał się do stanowiska Departamentu Prawnego Ministerstwa Zdrowia w świetle którego: „(...) *in vitro* jest metodą wspomagającą prokreację, która nie leczy niepłodności ale doraźnie omijając zaburzone naturalne mechanizmy doprowadza do urodzenia dziecka. Jednocześnie zgodnie z definicją świadczenia zdrowotnego zamieszczoną w art. 5. pkt 40. powołanej wyżej ustawy (...) procedura zapłodnienia pozaustrojowego „*in vitro*” nie mieści się w tej definicji. Oznacza to, że brak jest podstaw do sfinansowania przedmiotowej procedury w ramach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych”³⁸.

Małżeństwo F. na odmowną decyzję Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wniosło skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skarżący domagali się uchylenia zaskarżonej decyzji, a Prezes NFZ wnosił o oddalenie skargi.

Sąd Wojewódzki uznał zasadność skargi. Wskazał, iż decyzja w sprawie refundacji kosztów jako jedna z decyzji dotyczących ustalenia prawa do świadczenia ma charakter decyzji administracyjnej i rozstrzyga indywidualną sprawę, dotyczy więc uprawnień konkretnego podmiotu. Rozstrzygnięcie w sprawie ustalenia prawa do świadczenia zapada w postępowaniu wszczynanym na wniosek uprawnionego, do którego stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Jednakże

³⁷ Dz. U., Nr 210., poz. 2135., z późniejszymi zmianami.

³⁸ Uzasadnienie do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2006 r., syg. Akt VII S.A./Wa 997/06, s. 2.

zgodnie z ustawą z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych³⁹ rola tychże sądów sprowadza się do kontroli działalności administracji pod względem zgodności wydanych decyzji z prawem, zarówno materialnym jak i przepisami postępowania administracyjnego, nie zaś do orzekania co do istoty sprawy. Ponadto sąd administracyjny rozstrzyga w granicach danej sprawy nie będąc związany zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną podstawą prawną (art. 134. § 1. ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴⁰).

Rozpatrując skargę małżeństwa F. skład orzekający WSA w Warszawie stwierdził naruszenie przez organ I instancji i wyższego stopnia przepisów postępowania administracyjnego. Naruszone zostały: art. 7., 77. oraz 107. Kodeksu postępowania administracyjnego. Art. 7. dotyczący podejmowania przez organ kroków mających na celu dokładne wyjaśnienie stanu faktycznego oraz załatwienie sprawy z uwzględnieniem interesu społecznego oraz słusznego interesu obywateli, art. 77. stosownie do treści którego organ obowiązany jest w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy (tzw. zasada prawdy obiektywnej) oraz art. 107. zgodnie z którym uzasadnienie decyzji administracyjnej powinno zawierać wskazania faktów które organ uznał za udowodnione, dowodów na których organ się oparł oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, zaś uzasadnienie prawne – wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa. Ze względu na powyższe naruszenia sąd uchylił zaskarżoną decyzję oraz decyzję organu pierwszej instancji. W uzasadnieniu do wyroku zwrócił jednak uwagę na liczne powstające problemy jak chociażby: brak objaśnienia w ustawie określenia „objęcie ubezpieczeniem zdrowotnym i ustalenie prawa do świadczenia” i granic możliwości rozstrzygnięcia Dyrektora Oddziału NFZ, rozumienia objaśnionych w ustawie określeń świadczenie zdrowotne refundowane, nierefundowane. Wątpliwości budzić może również charakter prawny stanowiska Departamentu Prawnego Ministerstwa Zdrowia i jego znaczenie.

Rozwiązania powyższych problemów należy poszukiwać począwszy od analizy Konstytucji i ustawodawstwa zwykłego.

³⁹ Dz. U., Nr 153., poz. 1269.

⁴⁰ Dz. U., Nr 153., poz. 1270., z późniejszymi zmianami.

Zgodnie z art. 68. Konstytucji RP z dnia 02.04.1997 r.:

1. Każdy ma prawo do ochrony zdrowia.
2. Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa.
3. Władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku.
4. Władze publiczne są obowiązane do zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska.
5. Władze publiczne popierają rozwój kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży.”

Z przytoczonego artykułu wnioskować można, iż ustawodawca przyjął szerokie rozumienie terminu „zdrowie”, zgodnie z propozycją WHO, jako stan zupełnej pomyślności (well – being) fizycznej, umysłowej i społecznej a nie jedynie brak choroby, zaś korzystanie z najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia jest jedynym z podstawowych praw każdej istoty ludzkiej⁴¹. Ustawodawca proklamował więc w art. 68. Konstytucji RP obywatelskie prawo do ochrony zdrowia (nie uprawnienie ubezpieczonych)⁴², pojmowane także

⁴¹ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) z dnia 22. lipca 1946 roku. M. Dercz, H. Izdebski, Organizacja ochrony zdrowia w Rzeczypospolitej w świetle obowiązującego ustawodawstwa, Warszawa 2001, s. 11-12. Podobnie w art. 12. Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ONZ z 19. grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38., poz. 169.) jest mowa o prawie każdego do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego. Z kolei w Europejskiej Karcie Społecznej z 18. października 1961 roku (Dz. U. z 1999 r., Nr 8., poz. 67.) przewidziano prawo każdego do korzystania z wszelkich środków umożliwiających mu osiągnięcie najlepszego stanu zdrowia, nawet osób nie mających wystarczających zasobów finansowych.

⁴² J. Jończyk, Głosa do wyroku SN z dnia 12 lutego 2004 r., II UK 243/03, OSP 2004/10/130t. 1., <http://lexint.univ.gda.pl/cgi-bin/genhtml?id=457068323092&com=ocZPKA&akt=nr16798613&czes=a68u2&pka=TW>, J. Trzeciński i A. Ostrzyżek opowiadają się za podmiotowym prawem do ochrony zdrowia, czyli konkretnym uprawnieniem przysługującym jednostce, gdy norma: „wskazuje ściśle określonego adresata normy, stwarza adresatowi możliwość wyboru zachowania się (spełnienia lub niespełnienia tej normy), kształtuje sytuację prawną adresata normy”. Jest to jedno z możliwych rozumień normy o prawach jednostki w świetle tezy dwuwarstwowego ich pojmowania. Drugie sprowadza się do wytycznych kierowanych do całego systemu władz publicznych. J. Trzeciński, Konstytucyjne prawo do zdrowia na tle art. 35. Karty podstawowych praw Unii Europejskiej [w:] Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej. Doświadczenia i inspiracje, Warszawa 2003, s. 302-303., A. Ostrzyżek, Prawo do ochrony zdrowia w świetle art. 68. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, PiM 2005/4 (21. vol. 7.), s. 71, 72, L. Garlicki, Polskie prawo konstytucyjne, Warszawa 2001, s. 107., za A. Ostrzyżek, Prawo do ochrony zdrowia..., op. cit., s. 72.

szeroko jako ważny składnik praw socjalnych, w szerszym kontekście praw człowieka, na które składa się zapewnienie opieki zdrowotnej – dostęp do świadczeń zdrowotnych, promocja zdrowego trybu życia i eliminacja zagrożeń dla zdrowia⁴³. Zasady realizacji wspomnianego prawa, zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r. (sygnatura K14/03) w sprawie konstytucyjności ustawy z dnia 23 stycznia 2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (Dz. U., Nr 5., poz. 37.), powinny zostać dookreślone przez władzę publiczną a w szczególności ustawodawcę zwykłego, którego to zadaniem jest: (...) stworzenie normatywnego układu odniesienia (systemu prawnego), który pozwoli dookreślić treść prawa do ochrony zdrowia, co łączy się z koniecznością określenia warunków i zakresu udzielania świadczeń zdrowotnych⁴⁴. Jedną z konsekwencji wskazanych przez TK we wspomnianym wyroku jest rzeczywista a nie formalna, deklarowana przepisami prawa dostępność świadczeń finansowanych ze środków publicznych, jak i równy dla wszystkich obywateli (zgodnie z zasadą równości wyrażoną w art. 32. Konstytucji RP), niezależnie od sytuacji majątkowej, dostęp do świadczeń, które zawsze podlegają limitom określonym ustawami szczególnymi⁴⁵, drugą zaś będzie odpowiedzialność państwa w zakresie świadczeń finansowanych ze środków publicznych zgodnie z ustawodawstwem zwykłym⁴⁶. Realizacja prawa do ochrony zdrowia przenosi się więc na grunt ustawodawstwa zwykłego – ustawy z dnia 27. sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Pod pojęciem świadczenia opieki zdrowotnej zgodnie z art. 5. pkt 34. wspomnianej ustawy rozumieć należy świadczenie zdrowotne, świadczenie zdrowotne rzeczowe i świadczenie towarzyszące. Świadczeniem zdrowotnym jest działanie służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących

⁴³ M. Dercz, H. Izdebski, Organizacja ochrony zdrowia..., op. cit., s. 10-11.

⁴⁴ J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, Komentarz Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, Warszawa 2006 r. s. 45-47.

⁴⁵ Ibidem, G. Iwanowicz-Palus, Prawa pacjenta w Polsce, PiM 2000/8., s. 80-81.

⁴⁶ A. Ostrzyżek, Prawo ochrony zdrowia..., op. cit., s. 71-73.

zasady ich udzielania (art. 5. pkt 40.)⁴⁷. Natomiast świadczenie zdrowotne rzeczowe stanowią związane z procesem leczenia leki, wyroby medyczne, w tym wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środki pomocnicze (art. 5. pkt 37.), a świadczenie towarzyszące sprowadza się do zakwaterowania i wyżywienia w zakładzie opieki zdrowotnej całodobowej lub całodziennej oraz usług transportu sanitarnego (art. 5. pkt 38.).

Wśród świadczeń opieki zdrowotnej można wyróżnić stosownie do treści art. 5. pkt 34. w zw. z pkt 27, 35, 36, 39, i w zw. z art. 16, 17 i 132. ust. 1. ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej:

1. świadczenia podstawowej opieki zdrowotnej profilaktyczne, diagnostyczne, lecznicze, rehabilitacyjne oraz pielęgnacyjne z zakresu medycyny ogólnej, rodzinnej, pediatrii udzielane w ramach opieki ambulatoryjnej przez lekarza pierwszego kontaktu pielęgniarki i położne,

2. świadczenia specjalistyczne, czyli świadczenia we wszystkich dziedzinach medycyny z wyłączeniem tych pierwszych,

3. świadczenia wysokospecjalistyczne czyli takie świadczenia opieki zdrowotnej które spełniają łącznie następujące kryteria: udzielenie

⁴⁷ Mimo, iż definicje te wprowadzone zostały na potrzeby ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, zasadnym należy uznać za J. Nowak-Kubiak i B. Łukasik, postulat zastosowania definicji jednolitych i precyzyjnych na gruncie prawa zdrowotnego obowiązującego w Polsce. Postulat ten nie zostaje jednak w pełni zrealizowany, ze względu na brak tożsamości definicji świadczenia zdrowotnego w ustawie o świadczeniach zdrowotnych i ustawie z dnia 30 sierpnia 1990 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U., Nr 91., poz. 408., dalej ustawa o zoz). Art. 3. ustawy o zoz pomija w definicji świadczenia zdrowotnego element profilaktyki, wprowadza natomiast przykładowy katalog tychże świadczeń: badanie, porada lekarska, leczenie, badanie i terapia psychologiczna, rehabilitacja lecznicza, opieka nad kobietą ciężarną i jej płodem, porodem, położeniem oraz nad noworodkiem, opieka nad zdrowym dzieckiem, badanie diagnostyczne, w tym z analityką medyczną, pielęgnacją chorych, pielęgnacją niepełnosprawnych i opieką nad nimi, opieką paliatywno-hospicyjną, orzekanie i opiniowanie o stanie zdrowia, zapobieganie powstawaniu urazów i chorób poprzez działania profilaktyczne oraz szczepienia ochronne, czynności techniczne z zakresu protetyki i ortodoncji, czynności z zakresu zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze. Świadczeniem zdrowotnym jest więc, w myśl ustawy o zoz, co podkreślił SN w uchwale z dnia 22.09.1995 r. sygnatura III CZP 115/95, każde wykonywane zawodowo postępowanie, którego celem jest zachowanie, ratowanie, przywracanie, poprawa zdrowia i inne działanie. Podobnie sytuacja przedstawia się w ustawie z dnia 5. grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz. U. z 2005 r., Nr 226., poz. 1943., z późniejszymi zmianami), gdzie mowa jest, iż wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich (art. 2. ust. 1). Z kolei w ustawie z dnia 5. lipca 1996 r. o zawodzie pielęgniarki i położnej (t.j., Dz. U. z 2001 r., Nr 57., poz. 602., z późniejszymi zmianami) w art. 4. ust. 1. w zw. z ust. 2. pkt 1-6. wykonywanie zawodu pielęgniarki i położnej polegać ma na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, a w szczególności świadczeń pielęgnacyjnych, zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych oraz z zakresu promocji zdrowia, które polegają na: rozpoznawaniu warunków i potrzeb zdrowotnych, rozpoznawaniu problemów pielęgnacyjnych, sprawowaniu opieki pielęgnacyjnej, realizacji zleceń lekarskich w procesie diagnostyki, leczenia i rehabilitacji, samodzielnym udzielaniu w określonym zakresie świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych, edukacji zdrowotnej. J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, Komentarz Ustawa o świadczeniach opieki..., op. cit., s. 25-26., Uchwała Sądu Najwyższego, sygnatura III CZP 115/95, OSNC 1996/1/6.

świadczenia wymaga wysokiego poziomu zaawansowania technicznego świadczeniodawcy i zaawansowanych umiejętności osób udzielających świadczenia i koszt jednostkowy świadczenia jest wysoki,

4. świadczenia refundowane – te ze świadczeń opieki zdrowotnej, które finansowane są w całości ze środków publicznych, na zasadach i w trybie określonych w ustawie o świadczeniach finansowanych ze środków publicznych,

5. świadczenia ponadstandardowe, inaczej tzw. koszyk negatywny, czyli te ze świadczeń opieki zdrowotnej, które opłacane są przez samego zainteresowanego, bez względu na zakres ich zastosowania jak i w poszczególnych zakresach⁴⁸,

6. świadczenia kontraktowane – czyli te spośród świadczeń finansowanych ze środków publicznych, które udzielane są na podstawie umowy zawartej między świadczeniodawcą a Funduszem;

Jak podkreślają J. Nowak-Kubiak oraz B. Łukasik zapłodnienie zewnątrzustrojowe nie zostało wyłączone z katalogu świadczeń finansowanych ze środków publicznych ani artykułem 16. ani 17. czy załącznikiem do ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej – Wykaz świadczeń niefinansowanych ze środków publicznych. Konsekwencją konstrukcji przyjętej w art. 17. ustawy jest, iż wszelkie świadczenia niewymienione w ustawie oraz załączniku do ustawy powinny być finansowane ze środków publicznych⁴⁹. Pomocne, zdaniem wyżej wymienionych, w osiągnięciu tego celu mają być: konstrukcja umów ze świadczeniodawcami na podstawie której zakłady opieki zdrowotnej rozliczałyby się z NFZ oraz konstrukcja tzw. zgody indywidualnej dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu (organu I instancji) i Prezesa Funduszu (jako organu wyższego stopnia) w sprawach objęcia ubezpieczeniem i ustalenia prawa do świadczenia, przewidziana art. 109. ustawy⁵⁰. Jednakże jak trafnie zauważają wspomniane autorki: „(...) decyzja o ustaleniu prawa do świadczeń nie skutkuje równocześnie zobowiązaniem do ich sfinansowania”⁵¹. Sfinansowanie świadczenia ze środków publicznych po usta-

⁴⁸ Załącznik do ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych – Wykaz świadczeń niefinansowanych ze środków publicznych.

⁴⁹ J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, Komentarz ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej..., op. cit., s. 43-44.

⁵⁰ J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, Komentarz ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej..., op. cit., s. 43. i n.

⁵¹ Ibidem, s. 223.

leniu prawa do tegoż świadczenia w drodze decyzji administracyjnej stanie się możliwe dopiero z chwilą zakontraktowania danego świadczenia⁵².

W praktyce finansowanie leczenia bezpłodności uzależnione jest od rodzaju świadczenia⁵³. Część świadczeń w zakresie leczenia niepłodności udzielana jest w ramach kontraktów zawieranych przez NFZ z poradniami ginekologiczno-położniczymi (dotyczy to tylko przypadków mniej skomplikowanych) i poradniami leczenia niepłodności (z reguły przy szpitalach klinicznych, gdzie leczą bardziej złożone przypadki niepłodności, wymagające specjalistycznych badań)⁵⁴. Jeśli chodzi o sztuczną inseminację nasieniem męża matki lub dawcy, to jest wymieniana w katalogu świadczeń szpitalnych jako procedura nr 5.06.00.0000715. i jest świadczeniem kontraktowanym przez NFZ, wykonywanym skierowanej pacjentce w zakładach opieki zdrowotnej, które podpisały stosowną umowę⁵⁵. Sztuczne zapłodnienie pozaustrojowe ani nie znalazło się w grupie świadczeń z tzw. koszyka negatywnego ani w katalogu świadczeń szpitalnych, czyli kontraktowanych. Skoro nie znalazło się w koszyku negatywnym, powinno być finansowane ze środków publicznych.

Ze względu na skomplikowanie świadczenia i wysokie koszty leczenia niepłodności metodą *in vitro* można uznać zdaniem M. Nesterowicza za: „(...) działalność (...) „wysoce specjalistyczn(a)ą (...)”⁵⁶. Świadczenie to nie zostało jednak wymienione w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 13. grudnia 2004 r. w sprawie świadczeń wysokospecjalistycznych finansowanych z budżetu państwa, z części pozostającej w dyspozycji ministra właściwego do spraw zdrowia⁵⁷.

⁵² J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, Komentarz ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej..., op. cit., s. 223.

⁵³ Patrz Poradnik Ochrona zdrowia reprodukcyjnego..., op. cit., s. 23. i 24.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ M. Nesterowicz, Prawo medyczne, op. cit., s. 230.

⁵⁷ Dz. U., Nr 267., poz. 2661. W załączniku nr 1. – Wykaz świadczeń wysokospecjalistycznych, które są finansowane z budżetu państwa, z części pozostające w dyspozycji ministra właściwego do spraw zdrowia wymieniono 17. świadczeń: przeszczepienia autogeniczne i allogeniczne szpiku, przeszczepienia: wątroby, nerki i trzustki, nerki, serca, płuca, serca i płuca, rogówki, radioterapię przy zastosowaniu określonych technik (stereotaktyczną, konformalną, niekoplanarną), operacje wad serca wrodzonych u niemowląt, wad serca i aorty piersiowej w krążeniu pozaustrojowym, diagnostyczne cewnikowanie serca, biopsję mięśnia sercowego u dzieci do lat 18, kardiologiczne zabiegi interwencyjne u dzieci do lat 18, w tym przeszskórne zamykanie przecieków z użyciem zestawów zamykających.

Zdaniem autora z przepisów obecnie obowiązujących nie wynika jednoznacznie, iż zapłodnienie *in vitro* nie jest świadczeniem zdrowotnym i nie podlega finansowaniu ze środków publicznych. Zgodnie z przyjętymi rozwiązaniami na gruncie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, skoro zapłodnienie *in vitro* nie zostało wymienione w katalogu zamkniętym świadczeń wyłączonych, koszty tej procedury powinny być pokryte, jeśli nie w całości to chociaż w części.

Innym rozwiązaniem jest uregulowanie problematyki sztucznej prokreacji wyraźnie, bez odwołania się do ogólnych zasad związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Określenie medycznych przesłanek dopuszczalności sztucznego zapłodnienia, z czym najprawdopodobniej związane zostaną inne wymagania np.: wiek kobiety, nie będzie jednakże zadaniem łatwym. Ustawodawca musi pamiętać o granicach ingerencji prawa w tak drażliwą sferę ludzkiego życia jaką jest prokreacja. Z jednej strony nadmierna kontrola państwa może zdaniem M. Safjana doprowadzić do „etatyizacji sztucznej prokreacji”, natomiast wyeliminowanie kontroli grozi komercjalizacją praktyk sztucznej prokreacji⁵⁸. Przewidywania M. Safjana w tej drugiej kwestii spełniły się stosunkowo szybko. Rozwój praktyk medycznie wspomaganą prokreacji nie byłby możliwy, gdyby nie dopływ funduszy prywatnych, które zastąpiły środki publiczne, z reguły blokowane ze względów etycznych, w konsekwencji usługi z zakresu wspomaganego rozrodu podporządkowane zostały prawom rynku – popytu i podaży⁵⁹. Przy określaniu kształtu regulacji prawnej pomocą służyć mogą akty prawne obowiązujące w innych państwach europejskich, M. Nesterowicz proponuje oprzeć się na standardach europejskich, np.: zgodnie z ustawą francuską⁶⁰. Jednocześnie wspomniany autor podkreśla, iż nie można zapomnieć o ciężących zobowiązaniach międzynarodowych wynikających np.: z Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny czy rekomendacji Rady Europy⁶¹.

⁵⁸ M. Safjan, Prawo wobec ingerencji..., op. cit., s. 28-30.

⁵⁹ Dlaczego mimo sprzeciwów zapłodnienie *in vitro* tak się spopularyzowało? Dostępne dnia 2006-12-17 na stronie <http://serwis.gazeta.pl/nauka/1,46780,1592347.html>, B. Eck Menning, Historical Perspective of the Infertile Experience, op. cit, s. 274.

⁶⁰ M. Nesterowicz, Prawo medyczne, op. cit., s. 231.

⁶¹ Idem, s. 229.

W poszukiwaniu odpowiedzi na temat kształtu regulacji prawnej problematyki zapłodnienia *in vitro* pomocne może być także rozwijające się sądownictwo w sprawach bioetycznych. Rozwój ten jest konsekwencją nie tylko postępującej jurydyzacji życia ale także trudności jakie sprawia pogodzenie norm prawnych z oczekiwaniami wobec nie-nadążającego za postępem technicznym prawa⁶². Proces początkowo obserwowany w systemach *common law*, z czasem także zauważony w orzecznictwie europejskim – francuskim, włoskim, niemieckim czy holenderskim, jak pisze M. Safjan, zapoczątkowany: „(...) w związku z koniecznością zajęcia stanowiska w kwestiach medycznie wspomagannej prokreacji, które natrafiły na zasadnicze luki w prawie pozytywnym i wymagały twórczego i niestandardowego podejścia do interpretacji zastanych, tradycyjnych i wysoce nieadekwatnych reguł.” Rozstrzygnięcia te często kontrowersyjne, z reguły nadawały toczącym się debatom publicznym właściwy kierunek i stawały się podwalinami nowych regulacji prawnych, czasem także negatywnych, czyli hamujących rozwój dominującej/przyjętej linii orzeczniczej⁶³.

⁶² M. Safjan, Prawo wobec ingerencji..., op. cit., s. 2.

⁶³ M. Safjan, Sędzia i bioetyka, s. 5.

Hanna Kwiatkowska

Odpowiedzialność cywilna lekarza za szkody wyrządzone przez leki w prawie USA

1. Ogólne zasady odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez leki w USA

Zgodnie z utrwaloną linią amerykańskiego orzecznictwa za szkody wyrządzone przez leki na skutek wad produkcyjnych (np. zanieczyszczenie leku w trakcie wytwarzania przez szkodliwe substancje, bakterie, wirusy), konstrukcyjnych (zły dobór składników czy kompozycji), czy instrukcyjnych (brak odpowiednich ostrzeżeń o skutkach stosowania leku), odpowiada najczęściej producent (zakład farmaceutyczny) na różnych podstawach prawnych: winy (*negligence*) lub ryzyka (*strict liability*)¹. Ostatnio toczą się liczne procesy przeciwko producentowi – firmie Merck – w związku ze szkodami, które spowodował lek przeciwbólowy Vioxx, stosowany często przy zapaleniu stawów, ale jednocześnie zwiększający ryzyko zawału serca i udaru mózgu (w 2004 r. agencja rządowa FDA – *Federal Drug Administration* – wydała nakaz wycofania tego leku z rynku).

Nie należą jednakże do rzadkości sprawy, w których przyjęto odpowiedzialność lekarza. Niezależnie od okoliczności w jakich powstaje odpowiedzialność lekarza, tradycyjnie opierana była ona na teorii błędu w sztuce lekarskiej (*medical malpractice*). Pociągnięcie lekarza do odpowiedzialności jest możliwe dopiero wówczas, gdy naruszy on obo-

¹ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 14 i n., 52 i n., 75 i n.

wiążące go standardy staranności. Prawidłowa ocena tych standardów jest zatem podstawowym elementem rozważań sądu w sprawach toczących się przeciwko lekarzom. Pomimo że odpowiedzialność lekarzy była rozważana także w kontekście teorii *strict liability* (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka), według dominującej linii orzecznictwa zarówno lekarze, jak i szpitale, wyłączeni są spod jej reżimu. Główną podstawą odpowiedzialności lekarza w prawie amerykańskim jest natomiast wina (*negligence* – niedbalstwo), czasami *intentional fault* – wina umyślna, z reguły przez zaniechanie, ze świadomością ujemnych skutków dla pacjenta². Szczególne zasady dotyczą odpowiedzialności za szkody doznane na skutek szczepień dziecięcych. Ustawa z 1986 r. wprowadziła odrębny system kompensacji szkody na zasadzie ryzyka. Odpowiedzialność za szkody ponosi Państwo, a rząd federalny ma roszczenie regresowe wobec lekarza, jeśli można mu przypisać winę w podaniu szczepionki, np. w zbyt dużej dawce³.

2. Lekarski obowiązek informowania o skutkach ubocznych działania leku

Szczególny charakter leków powoduje, że ich przyjmowanie pociąga za sobą nierozłącznie ryzyko wystąpienia skutków ubocznych i działań niepożądanych⁴. Według powszechnego przekonania ogromne korzyści wynikające z terapii prowadzonych przy użyciu leków zazwyczaj przewyższają to ryzyko⁵. Niemożność całkowitego jego wyeliminowania powoduje, że przeciwko lekarzom są często kierowane roszczenia za wystąpienie poważnych skutków ubocznych i działań niepożądanych leku.

² W. Wadlington, J.R. Waltz, R.B. Dworkin, *Law and Medicine*, New York 1979, s. 352 i n., S.E. Peggalis, H.F. Waschsman, *Amsterdam Law of Medical Malpractice*, t.1. Rochester, New York 1980, s. 39 i n.

³ Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność państwa za szkody medyczne w prawie amerykańskim (w: Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006, s. 414 i n.

⁴ F.C. Woodside, op.cit., s.11.45- 11.55.

⁵ Jeśli natomiast ryzyko stosowania danego leku daleko przewyższa korzyści, to sądy przyjmują odpowiedzialność producenta, jak w sprawie *Tobin przeciwko Astra Pharmaceutical Products, Inc.* (6th Cir. 1993). Rozsądny producent nie powinien bowiem takiego leku wprowadzać na rynek. Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza, szpitala, apteki, producenta i państwa za szkody wyrządzone przez leki*, Prawo i medycyna, 1/2004, s. 26.

Odpowiedzialność lekarza z tego tytułu uzależniona będzie w dużej mierze od indywidualnych okoliczności sprawy. Samo wystąpienie działań niepożądanych nie może stanowić podstawy przyjęcia błędu w sztuce lekarskiej. Rozważając kwestię odpowiedzialności lekarza z tytułu wystąpienia działań niepożądanych leku, sądy biorą pod uwagę szereg okoliczności. Badają, czy lekarz miał możliwość wykrycia nadwrażliwości pacjenta na lek, czy nie zignorował przekazanych mu przez pacjenta informacji, z których wynikało, że nadwrażliwość ta może wystąpić. Dążą do ustalenia, czy lekarz poinformował pacjenta o skutkach ubocznych i działaniach niepożądanych leku, czy po ich wystąpieniu nakazał odstawienie leku oraz czy postępował zgodnie ze wskazaniem producenta.

W odniesieniu do leków, z którymi wiąże się duże prawdopodobieństwo wystąpienia działań niepożądanych, tworzone są specjalne procedury, mające na celu wykrycie nadwrażliwości u pacjentów. Duże znaczenie dla wykrycia możliwej reakcji organizmu na lek mają badania ogólne stanu zdrowia pacjenta. W niektórych przypadkach nieprzeprowadzenie takich badań czy testów uznawane było przez sądy za prowadzące do odpowiedzialności za niedbalstwo. W sprawie *Mulder przeciwko Parke-Davis*⁶ sąd uznał, że pozwany lekarz dopuścił się winy poprzez zaniechanie przeprowadzenia badania krwi lub innego testu dla wykrycia nadwrażliwości pacjenta na przepisany przez niego Chloromycetin. Jeżeli natomiast przeprowadzanie określonego rodzaju badań nie jest powszechnie stosowaną praktyką oraz w wypadkach nagłych, lekarz nie będzie odpowiadał za działania niepożądane leku.

Obowiązek poinformowania pacjenta o skutkach ubocznych i działaniach niepożądanych leku pojawia się w różnych okolicznościach⁷. Prawna skuteczność świadomej zgody pacjenta na leczenie (*informed consent*) zależy między innymi od tego, czy lekarz przekazał mu informacje na temat ryzyka wiążącego się z terapią. Na lekarzu ciąży powinność pouczenia pacjenta o objawach świadczących o wystąpieniu skutków ubocznych i działań niepożądanych. W sprawie *Crisostomo przeciwko Stanley*⁸ lekarz został uznany za winnego niedbalstwa z tytułu niepoinformowania pacjenta o konieczności odstawienia leku w razie

⁶ 278 Minn. 332, 181 N.W.2d 882 (1970).

⁷ F.C. Woodside, op.cit. s.11.50-11.53.

⁸ 857 F.2d 1146 (7th Cir. 1988).

pojawienia się wysypki. Sądy wielokrotnie orzekały, że lekarz ma obowiązek podjęcia środków niezbędnych dla ochrony pacjenta przed niekorzystnymi skutkami terapii. Lekarz zajmujący się hospitalizowanym pacjentem, który otrzymuje środki uspakajające, leki przeciwbólowe czy kilka różnych środków naraz, ma obowiązek poinformowania personelu medycznego o ewentualnych komplikacjach. W sprawie *Campbell przeciwko Preston*⁹ pozwany lekarz zlecił podanie pacjentowi środka usypiającego i nie ostrzegł zajmujących się nim pielęgniarzy o możliwości wystąpienia zaburzeń oddechu. Informacje o leku pochodzące od producenta wyraźnie wskazywały, że ze względu na duże ryzyko lek powinien być podawany przez specjalistę anestezjologa. Nieprzekazanie ostrzeżenia członkom personelu medycznego stało się podstawą przypisania lekarzowi niedbalstwa.

W niektórych przypadkach szkoda nie wynika bezpośrednio z ubocznych skutków działania leku, a jest ich dalszą konsekwencją¹⁰. W sprawie *Kaiser przeciwko Suburban Transportation Systems*¹¹ Sąd Najwyższy stanu Washington orzekł, że ciążący na lekarzu obowiązek ostrzeżenia o efektach ubocznych działania leku wywiera skutki także wobec osób trzecich, które w wyniku jego niedbalstwa doznają szkody. Sprawa dotyczyła kierowcy autobusu, który przyjmował powodujący senność lek antyhistaminowy. Nie będąc świadomym ubocznych skutków działania leku, kierowca zażył jeszcze lek na przeziębienie i zasnął za kierownicą, powodując wypadek. Możliwość uzyskania przez poszkodowanych pasażerów odszkodowania z tytułu niedbalstwa lekarza stała się jednym z kluczowych zagadnień w sprawie.

W sprawie *Robinson przeciwko Health Midwest Development Group*¹² powódka, która po zażyciu środka uspakajającego spowodowała wypadek samochodowy, żądała naprawienia wynikłej stąd szkody. Lekarz, który zaaplikował jej lek, nie poinformował jej, że środek negatywnie wpływa na zdolność kierowania pojazdami mechanicznymi. Sąd orzekł, że lekarz naruszył obowiązujące go standardy staranności i uznał roszczenie powódki.

⁹ 379 S.W.2d 557 (mo. 1964).

¹⁰ F.C. Wooside, op. cit., s. 11.51- 11.52.

¹¹ 398 P. 2d 14 (Wash. 1964).

¹² WD 58290, 2001 Mo. App. LEXIS 353, at *27-*28 (March 6, 2001).

3. Skutki prawne braku powiadomienia o zaleceniach producenta leku

Decydujące znaczenie dla określenia zakresu odpowiedzialności lekarza w odniesieniu do leków dostępnych tylko na receptę ma rola, jaką pełni on w stosunkach pomiędzy producentem a pacjentem¹³. Zgodnie z teorią poinformowanego pośrednika (*learned intermediary doctrine*), lekarz zobowiązany jest do przekazania pacjentowi informacji o leku, jakie otrzymał od producenta. W sytuacji, gdy udzielone mu ostrzeżenia spełniały wymogi stawiane im przez prawo, lekarz poniesie pełną odpowiedzialność z tytułu nieprzekazania ich pacjentowi. W literaturze wskazuje się, że teoria ta została stworzona ze względu na specyficzny charakter leków jako produktów (więcej o tej teorii – z pracy magisterskiej H. Kwiatkowska, *Odpowiedzialność za leki w prawie USA*, napisana w katedrze Prawa Cywilnego i Międzynarodowego Obrotu Gospodarczego pod kierunkiem Prof. dr hab. Mirosława Nesterowicza). Początki teorii poinformowanego pośrednika wiążą się z wydanym w 1948 roku orzeczeniem w sprawie *Marcus przeciwko Specific Pharmaceuticals*¹⁴. Powód, którego dziecko zmarło na skutek zaaplikowania zbyt dużej dawki leku w czopku, zarzucał firmie farmaceutycznej, że nie wypełniła ciążącego na niej obowiązku poinformowania o dopuszczalnych dawkach preparatu. Sąd oddalił roszczenie powoda. Orzekł, że pozwany nie czynił żadnych zapewnień co do sposobu działania leku wobec powoda. Informacje o leku wraz z niezbędnymi ostrzeżeniami zostały przekazane lekarzom. W związku z tym, że lek pozwanego był lekiem dostępnym na receptę sąd uznał, że nie ponosi on odpowiedzialności za nieudzielenie dostatecznych informacji.

Sformułowania teorii dokonał jednak po raz pierwszy sąd federalny Ósmego Okręgu w sprawie *Sterling Drug Inc. przeciwko Cornish* w 1966 roku¹⁵. Powódka, która na skutek zażywania leku Aralen straciła wzrok, zarzucała pozwanej firmie farmaceutycznej, że nie poinformowała le-

¹³ F.C. Woodside, *Drug Product Liability*, Matthew Bender (wyd. ciągłe) 2004, Tom I, s. 11.7 – 11.8.

¹⁴ 77 N.Y.S.2d 508 (N.Y. Sup. Ct. 1948). O. A. Bordes, *The Learned Intermediary Doctrine and Direct-to-Consumer Advertising: Should the Pharmaceutical Manufacturer Be Shielded From Liability?* 81 U. Det. Mercy L. Rev. 267, Spring 2004.

¹⁵ 370 F.2d 82 (8th Cir. 1966).

karza o efektach ubocznych działania leku. Rozważając sprawę sąd potwierdził, że producent zobligowany był udzielić niezbędnych informacji i ostrzeżeń lekarzowi. Uznał, że uaktualnienie literatury dotyczącej leku i umieszczenie ostrzeżeń na ulotkach stanowi dopełnienie ciężącego na producencie obowiązku. Wskazał, że leki stanowią specyficzną kategorię produktów, w odniesieniu do których lekarze pełnią rolę „poinformowanego pośrednika” pomiędzy producentem a konsumentem. Zauważył, że w sytuacji, w której lekarz został należycie poinstruowany co do możliwości wystąpienia efektów ubocznych, ryzyko narażenia zdrowia pacjenta na uszczerbek jest znikome. Orzekł, że udzielenie niezbędnych informacji i ostrzeżeń lekarzowi uchyla odpowiedzialność producenta. Teoria poinformowanego pośrednika obowiązuje we wszystkich jurysdykcjach amerykańskich, natomiast niekiedy bywa krytykowana¹⁶.

Odpowiedzialność z tytułu niezastosowania się do wskazówek producenta wynika z domniemania, że producent posiada wiedzę eksperta na temat wytwarzanego przez siebie leku¹⁷. Lekarz, w celu dokonania prawidłowej oceny przydatności leku dla danego pacjenta, musi zapoznać się ze wskazówkami producenta. Jeżeli niezastosowanie się do zaleceń producenta stanie się przyczyną szkody pacjenta, lekarz poniesie z tego tytułu odpowiedzialność. Lekarz zobowiązany jest rozważyć zarówno właściwości leku, jak i stan zdrowia pacjenta, zanim podejmie decyzję w przedmiocie odpowiedniej jego dawki¹⁸. Musi w tym celu zapoznać się ze wskazówkami producenta lub informacjami zamieszczonymi w źródłach medycznych takich jak PDR. Kwestia prawidłowości przepisanej przez lekarza dawki leku w sytuacji, gdy była ona większą od zalecanej przez producenta, pozostawiona jest ocenie ławy przysięgłych. W sprawie *Woznak przeciwko Lipoff*¹⁹ sąd orzekł o odpowiedzialności internisty, który przepisał pacjentowi lek psychotropowy w zbyt dużych dawkach, pomimo ostrzeżeń producenta.

¹⁶ Zob. P.R. Ferguson, *Liability for Pharmaceutical Products: A Critique of the Learned Intermediary Rule*, Oxford Journal of Legal Studies, 12/1992, s. 74 i n.

¹⁷ F.C. Woodside, op.cit., s. 11.9-11.10.

¹⁸ F.C. Woodside, op.cit., s. 11.40-11.43.

¹⁹ 242 Kan. 583, 750 P 2d 971 (1988).

4. Niewłaściwy wybór leku jako przesłanka odpowiedzialności lekarza

Panuje powszechne przekonanie, że wiedza i doświadczenie lekarza pozwalają mu, tak jak żadnemu innemu podmiotowi, dokonać prawidłowej oceny ryzyka i korzyści wiążących się z przyjmowaniem leków. Wyjątkowy charakter relacji pomiędzy lekarzem i pacjentem powoduje, że lekarz może w najbardziej skuteczny sposób przekazać pacjentowi informacje o leku, niezbędne dla prawidłowego przebiegu terapii. Odpowiedzialność lekarza powstanie, gdy będąc świadomym ryzyka wiążącego się z przyjmowaniem leku, nie poinformuje o nim pacjenta. Zwolnienie się od odpowiedzialności jest możliwe jedynie wówczas, gdy lekarz wykaże, że producent nie udzielił mu odpowiednich ostrzeżeń co do ryzyka wiążącego się z przyjmowaniem leku. Niedopełnienie przez producenta tego obowiązku stanie się wówczas w świetle prawa przyczyną szkody pacjenta.

W praktyce często zdarza się, że wśród przedstawicieli środowiska medycznego istnieją różne poglądy co do tego, jaka metoda leczenia jest najskuteczniejsza. Dokonanie wyboru pomiędzy kilkoma stosowanymi sposobami leczenia nie stanowi podstawy przypisania lekarzowi odpowiedzialności. W sprawie *Haase przeciwko Garfinkel*²⁰ sąd uznał, że lekarz nie był winny nieprzepisania pacjentowi po zawale antykoagulanta. Wśród specjalistów brak było bowiem zgody co do tego, czy lek powinien być stosowany przy tego typu schorzeniach.

Klasycznym przykładem przypisania lekarzowi odpowiedzialności z tytułu nienależytego wyboru leku jest orzeczenie w sprawie *Rotan przeciwko Greenbaum*²¹. Cierpiącemu na świnkę – chorobę wirusową – pacjentowi, lekarz przepisał penicylinę, antybiotyk zalecany przy leczeniu schorzeń bakteryjnych. Sąd orzekł, że tego typu błąd stanowi ewidentny dowód nie zachowania należytej staranności i uznał lekarza za winnego.

Podobnego niedbalstwa dopuścił się pozwany lekarz w sprawie *Strokes przeciwko Leung*²². Pacjent cierpiący na schizofrenię po zażyciu przepisanego mu przez lekarza leku wyskoczył przez okno. W toku sprawy

²⁰ 418 S.W. 2d 108 (Mo. 1967).

²¹ 273 F. 2d 830 (D.C. Cir. 1959).

²² 651 S.W. 2d 704 (Tenn. Ct. App. 1982).

biegły lekarz zeznał, że lek miał działanie pobudzające i że pozwany powinien był przepisać zamiast niego środek uspakajający.

W sprawie *Haught przeciwko Maceluch*²³ powodowie, których dziecko w okresie płodowym na skutek niedotlenienia doznało uszkodzenia mózgu, żądali naprawienia wynikłej stąd szkody. W toku sprawy ustalono, że lekarz, pomimo zmniejszenia się ruchów płodu, nakazał podanie pacjentce leku o nazwie Pitocin dla wywołania porodu. Naruszenie standardów staranności zostało lekarzowi przypisane w związku z tym, że zarówno obowiązujące w szpitalu procedury, jak i PDR, wyraźnie zakazywały stosowania leku w przypadku zmniejszenia aktywności płodu.

5. Znaczenie przesłanki należytej staranności w zakresie odpowiedzialności lekarza

Kwestia staranności do jakiej zobowiązani są lekarze przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie dawki leku była przedmiotem rozważań sądu w sprawie *Da Roca przeciwko St. Bernard Hospital*²⁴. Sąd orzekł, że w przypadku niebezpiecznych leków lekarz ma obowiązek nie przepisywania pacjentowi dawki większej od niezbędnej dla ustabilizowania stanu zdrowia pacjenta. Pozwany w sprawie lekarz, aby zapobiec zapaleniu otrzewnej zastosował płukanie jamy otrzewnowej neomycyną, na skutek czego powód stracił słuch. Powód nie zdołał przedstawić dowodów świadczących o tym, że lekarz mógł wybrać inny, bezpieczniejszy, a tak samo skuteczny lek. Wykazał jedynie, że użyta przez lekarza dawka neomycyny była większa od zalecanej. Sąd orzekł, że zarówno wybór leku, jak i jego dawki, są przedmiotem oceny chirurga, który w danych okolicznościach zmuszony jest wyważyć ryzyko działania i niebezpieczeństwo wynikające z niepodjęcia żadnych czynności. Uznał, że w świetle prawa brak jest związku przyczynowego pomiędzy utratą przez powoda słuchu a niezachowaniem należytej staranności przez pozwanego i odmówił przypisania mu odpowiedzialności.

²³ 681 F.2d 291 (5th Cir. 1982) reh'g. denied, 685 F.2d 1385 (5th Cir. 1982).

²⁴ 347 So. 2d 933 (La. Ct. App. 1977).

Jednym z podstawowych obowiązków lekarza w zakresie wykazania należytej staranności jest dokładna analiza historii choroby pacjenta²⁵. Ma ona na celu przeciwdziałanie wystąpieniu reakcji alergicznych na lek. W orzecznictwie istnieje wiele przykładów przypisania lekarzowi odpowiedzialności z tytułu niewypełnienia tego obowiązku. W sprawie *Walstad przeciwko University of Minnesota Hospitals*²⁶ Sąd Apelacyjny Ósmego Okręgu orzekł, że zatrudnieni przez pozwany szpital lekarze dopuścili się niedbalstwa, przepisując pacjentowi penicylinę. Historia choroby pacjenta zawierała bowiem informację o jego nadwrażliwości na lek. Sąd stwierdził, że lekarze wiedzieli lub powinni byli wiedzieć o nadwrażliwości powoda na lek. W związku z tym uznał roszczenie powoda i przypisał odpowiedzialność szpitalowi. Lekarz zobowiązany jest zapoznać się z historią choroby pacjenta w celu uzyskania informacji na temat alergii lub innych występujących w przeszłości reakcji na lek. Cięży na nim także powinność rozważenia informacji przekazanych mu przez pacjenta. W sprawie *Hirschberg przeciwko State*²⁷ pacjent poinformował swojego psychiatrę o zamiarach samobójczych i o tym, że zażył sto tabletek aspiryny. Psychiatra ocenił twierdzenia pacjenta jako niewiarygodne, nie przeanalizował jego historii choroby i nie przeprowadził żadnych badań. Jeszcze tego samego dnia pacjent zmarł. Sąd orzekł, że lekarz dopuścił się niedbalstwa, nie podejmując żadnych działań i uznał go winnym śmierci pacjenta.

Z drugiej strony – sądy rzadko przypisują niedbalstwo lekarzowi w sytuacji, gdy pacjent, który wiedział o swojej nadwrażliwości na lek, nie poinformował o niej lekarza. Jeżeli niewyjawienie tych informacji zostanie uznane za przyczynę szkody, odpowiedzialność lekarza będzie uchylona. W sprawie *Slack przeciwko Fleet*²⁸ biegły wyjaśnił, że w kwestii ewentualnych alergii na lek lekarze polegają głównie na informacjach przekazanych im przez pacjentów. Wskazał, że niemożliwe jest badanie każdego pacjenta w celu wykrycia ewentualnych reakcji na lek. Lekarze musieliby bowiem być zawsze przygotowani do przeprowadzenia wszelkich możliwych testów lub odsyłać pacjentów do laboratoriów, co wiązałoby się dla nich z ogromnymi kosztami. W sprawie *Tangora przeciwko Matanky*²⁹ sąd oddalił powództwo

²⁵ F.C. Woodside, op. cit., 11.47-11.50.

²⁶ 442 F. 2d 634 (8th Cir. 1971).

²⁷ 91 Misc. 2d 590, 398 N.Y.S.2d 470 (1977).

²⁸ 242 So. 2d 650 (La. Ct. App. 1970).

²⁹ 231 Cal. App. 2d 468, 42 Cal. Rpt. 348 (1964).

przeciwko lekarzowi, którego pacjentka zmarła po podaniu jej penicyliny. W toku sprawy ustalono, że przed wypisaniem leku pacjentka poinformowała lekarza, że wielokrotnie przyjmowała lek bez jakichkolwiek powikłań.

Odpowiedzialność lekarza będzie uchylona w sytuacji, gdy pacjent nie poinformował go o zabiegach, jakim poddawany był w przeszłości, czy też o tym, że przed rozpoczęciem terapii przyjmował inny lek. W sprawie *Oelsner przeciwko State*³⁰ sąd orzekł, że lekarz nie ponosi odpowiedzialności za niewykrycie zatrucia pochodnymi kwasu salicylowego. Pacjent nie poinformował go bowiem o tym, że zażył aspirynę i brak było typowych symptomów zatrucia. Według dominującej linii orzecznictwa – niewyjawienie lekarzowi nadwrażliwości na lek nie stanowi podstawy do przyjęcia przyczynienia się poszkodowanego do szkody. Pozwany lekarz może jednak dla wykazania zasadności podjętych przez siebie czynności podnieść zarzut, że działał w zaufaniu do informacji przekazanych mu przez pacjenta.

Wnioski końcowe

Odpowiedzialność lekarza w odniesieniu do leków najczęściej pojawia się w związku z zarzutami niezastosowania się do wskazówek producenta, nieuzyskania świadomej zgody czy z wystąpienia działań niepożądanych leku (*adverse drug reactions*). Roszczenia z tytułu niezachowania należytej staranności wnoszone są także, gdy powód kwestionuje dokonany przez lekarza wybór leku lub jego zalecenia w przedmiocie dawkowania leku³¹. Dokonując wyboru leku i jego dawki lekarz zobowiązany jest postępować zgodnie z wymogami wiedzy i staranności profesjonalisty³². Cięży na nim obowiązek rozważenia ryzyka i korzyści wiążących się z przyjmowaniem danego leku, w porównaniu z dostępnymi alternatywnymi środkami leczniczymi. Podejmując decyzję lekarz może zweryfikować swoją wiedzę na temat leku w oparciu o treść ulotek informacyjnych, czy też źródeł takich jak *Physician's Desk*

³⁰ 495 N.Y.S. 2d 359, 485 N.E.2d 1024.

³¹ F.C. Woodside, op.cit., s. 11.37-11.40.

³² F.C. Woodside, op.cit., s. 11.37-11.40.

Reference (PDR), który każdy lekarz otrzymuje na koszt producenta i gdzie zawarte są szczegółowe informacje o lekach. W razie zaistnienia takiej potrzeby powinien skonsultować się z innymi lekarzami lub sięgnąć do podręczników medycznych. Udowodnienie naruszenia obowiązujących lekarza standardów staranności wymaga wykazania, że nie podjął on żadnej z tych czynności. Sądy wielokrotnie orzekały, że lekarz, który ma możliwość dokonania wyboru leku, w przypadku niegroźnych infekcji powinien przepisać taki, który wywołuje łagodniejsze skutki uboczne³³.

W literaturze wskazuje się, że ciężący na lekarzu obowiązek przekazania pacjentowi informacji o leku w praktyce rodzi wiele problemów interpretacyjnych³⁴. Lekarz bardzo często staje przed dylematem, jakie ostrzeżenia powinien przekazać pacjentowi. Leki wywołują niekiedy liczne skutki uboczne. W zależności od rodzaju leku, określonego skutku ubocznego i stanu pacjenta, prawdopodobieństwo wystąpienia niepożądanego reakcji na lek zmienia się. Dokonując wyboru leku lekarz musi rozważyć zarówno niezwykle rzadkie, śmiertelne w skutkach reakcje, jak i te mniej groźne. Musi być świadomy tego, że zarówno charakter, jak i intensywność reakcji na lek, może ulec zmianie pod wpływem działania innych przyjmowanych leków. Dopiero po dokładnym rozważeniu wszystkich tych okoliczności lekarz może podjąć właściwą decyzję co do treści ostrzeżenia skierowanego do pacjenta³⁵.

Niekorzystne reakcje na lek mogą pojawić się na każdym etapie jego przyjmowania³⁶. Lekarze zazwyczaj znają typowe skutki uboczne i niepożądane działania leku. Posiadanie takiej wiedzy nie zwalnia ich jednak z obowiązku zapoznania się z informacjami pochodzącymi od producenta. Dotyczy to w szczególności leków, które są im mniej znane. Wielu producentów zaleca przeprowadzanie określonych testów, mających na celu wykrycie nadwrażliwości pacjenta na lek. Sądy niekiedy przyjmują, że tego typu sugestie producenta modyfikują standard staranności lekarzy. Niezastosowanie się do ostrzeżeń producenta, we-

³³ *Mulder przeciwko Parke-Davis & Co.*, 288 Minn. 332, 181 N.W. 2d 882 (1970).

³⁴ F.C. Woodside, op.cit., s.11.52.

³⁵ Zwłaszcza, że przy lekach zapisywanych tylko na receptę producent leku kieruje swoje informacje nie do pacjenta, lecz do lekarza (przeważnie w formie PDR). Natomiast na leku musi być wyraźne oznaczenie: „*Caution: Federal law prohibits dispensing without prescription*”.

³⁶ F.C. Woodside, op.cit., s. 11.53-11.55.

dług głównej linii orzecznictwa, stanowi domniemanie niedbalstwa lekarza.

Lekarz ma także obowiązek czuwać nad tym, aby hospitalizowany pacjent otrzymał zlecony przez niego lek. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy zauważy, że stan pacjenta nie ulega poprawie. W sprawie *Kallenberg przeciwko Beth Israel Hospital*³⁷ pozwany lekarz zalecił podanie pacjentowi leku na obniżenie ciśnienia krwi. Pacjent nigdy nie otrzymał leku, wskutek czego zmarł na krwotok śródmózgowy. Sąd uznał lekarza za winnego niedbalstwa z tytułu nieupewnienia się, że pacjentowi podano lek.

Wiele ubocznych reakcji na lek pojawia się po upływie dłuższego czasu. Możliwość ich uniknięcia zależy od dokładności przeprowadzanych okresowo badań i testów laboratoryjnych. Często zdarza się, że reakcja wynika nie z błędnego wyboru leku, ale z faktu stosowania go przez dłuższy czas. Według dominującego w judykaturze stanowiska lekarz ma obowiązek nadzorowania stanu zdrowia pacjenta w okresie terapii prowadzonej w oparciu o przepisany przez niego lek. W sprawie *Mitchell przeciwko Parker*³⁸ powód doznał uszkodzenia nerek na skutek zbyt długiego przyjmowania leku. W toku sprawy ustalono, że pomimo zaprzestania monitorowania stanu zdrowia pacjenta, lekarz nie nakazał mu odstawienia leku. Biegły zeznał, że stan zdrowia pacjenta wskazywał na konieczność przerwania kuracji lekiem. Stwierdził też, że gdyby pacjent znajdował się pod stałym nadzorem, szkoda nie wystąpiłaby. Sąd orzekł, że lekarz nie zachował należytej staranności i uznał roszczenie powoda.

Niedopełnienie obowiązku monitorowania stanu zdrowia pacjenta lub nieprzerwanie terapii może stać się podstawą przypisania lekarzowi odpowiedzialności jedynie wówczas, gdy jego postępowanie zostanie uznane za niezgodne ze standardem staranności profesjonalisty. Obowiązek ten ciąży na lekarzu tak długo, jak pacjent znajduje się pod jego opieką, uczestniczy w zaleconej mu terapii, czy przyjmuje przepisany lek. Odpowiedzialność lekarza zostanie uchylona, jeżeli pacjent, nie będąc już pod opieką lekarza i bez jego zalecenia, nadal zażywa lek.

³⁷ 357 N.Y.S.2d 508 (1974), aff'd, 37 N.Y.2d 719, 374 N.Y.S.2d 615, 337 N.E.2d 128 (1975).

³⁸ 315 S.E.2d 76 (N. C. Ct. App. 1984).

Małgorzata Paszkowska

Prawo pacjenta do planowanego leczenia w innym państwie Unii Europejskiej¹

1. Uwagi wstępne

Prawa pacjenta stanowią integralną część praw człowieka, mając za źródło jego godność. W prawie polskim nie ma definicji praw pacjenta. Należy przyjąć, iż prawa pacjenta to zespół uprawnień przysługujących osobie w związku z korzystaniem ze świadczeń zdrowotnych. Zgodnie z ustawą o zakładach opieki zdrowotnej świadczenie zdrowotne to działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu, a także poprawie zdrowia i inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub z przepisów odrębnych, regulujących zasady ich wykonywania². Prawa pacjenta to prawa podmiotowe, które przysługują w swoistej sytuacji życiowej.

Członkostwo Polski w Unii Europejskiej (UE) skutkuje uzyskaniem przez polskiego pacjenta nowego uprawnienia – prawa do świadczeń zdrowotnych na terenie państw UE. W ramach powyższego uprawnienia należy wyróżnić szczegółowe prawo pacjenta do planowanego leczenia w innym państwie Unii Europejskiej.

¹ Artykuł przedstawia podstawowe zagadnienia związane z możliwością poddania się przez pacjenta unijnego leczeniu w innym państwie UE na koszt własnego kraju. Analizowane uprawnienie jest częścią szerszego prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych w Unii Europejskiej i związane jest z koordynacją zabezpieczenia społecznego. W artykule opisano m.in. przesłanki realizacji i zasady rozliczania kosztów przedmiotowego prawa pacjenta w aspekcie polskiego systemu ochrony zdrowia.

² Por. art. 2 ustawy z 30 sierpnia 1991 o zakładach opieki zdrowotnej.

Prawo unijnego pacjenta do świadczeń zdrowotnych należy wyprowadzić z zasady swobody przepływu osób³. Podstawowe uregulowania prawne dotyczące tej swobody zapisane są w Traktacie Rzymskim o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej (TWE). Zgodnie z jego postanowieniami swoboda przepływu osób obejmuje zagwarantowanie praw do podejmowania pracy na terenie całego rynku wewnętrznego oraz do swobodnego osiedlania się. Każdy obywatel Unii ma prawo do swobodnego podróżowania, podejmowania pracy, studiowania i zamieszkania w wybranym przez siebie kraju Wspólnoty. W razie zmiany miejsca zamieszkania lub podróży obywatela ubezpieczonego w jednym z państw UE, prawo do świadczeń zdrowotnych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego przemieszcza się razem z nim („podróżuje”)⁴.

2. Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego państw członkowskich w UE

Zasady udzielania świadczeń zdrowotnych i ich zakres określają przepisy o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Koordynacja polega na wprowadzaniu i stosowaniu wspólnych dla wszystkich państw członkowskich zasad, które określają warunki otrzymania pomocy medycznej przez pacjenta (będącego ubezpieczonym). Koordynacja ma na celu usprawnienie realizacji swobodnego przepływu pracowników. Dzięki koordynacji każde z państw członkowskich UE zachowuje własny, dotychczas obowiązujący system zabezpieczenia społecznego, w tym zdrowotnego⁵. Organizacja służby zdrowia i systemu ubezpieczeń zdrowotnych należy bowiem do wyłącznej kompetencji krajów członkowskich⁶. Finansowanie i zapewnienie opieki zdrowot-

³ Szerzej wpływ swobody przepływu osób na ochronę zdrowia M. Paszkowska, *Jednolity rynek europejski w ochronie zdrowia*, Zeszyty Naukowe Ochrony Zdrowia. Zdrowie Publiczne i Zarządzanie nr 2/2006 s. 39-41.

⁴ M. Paszkowska, *Ochrona zdrowia w UE*, Prawo i Medycyna Nr 3/2004, s. 113.

⁵ Por. T. Bińczycka-Majewska, *Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego w Unii Europejskiej*, Zakamycze 1999, s. 113.

⁶ Szerzej o polityce zdrowotnej UE P. Belcher, *Rola Unii Europejskiej w opiece zdrowotnej*, Ingis, Warszawa 2001.

nej (świadczeń zdrowotnych) stanowi wyłączny obowiązek krajów członkowskich, a nie Unii Europejskiej. Nie istnieją bowiem normy unijne nakładające na UE taki obowiązek. Systemy ochrony zdrowia poszczególnych krajów UE różnią się między sobą. Różnica ta dotyczy przede wszystkim sposobu finansowania ochrony zdrowia w danym kraju⁷.

Unijną koordynacją systemów zabezpieczenia społecznego objęte są:

1. państwa członkowskie UE,
2. państwa członkowskie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (Islandia, Lichtenstein, Norwegia),
3. Szwajcaria.

Zasady koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz szczegółowe warunki ich stosowania określają:

1. Rozporządzenie Rady EWG 1408/71 z 14 czerwca 1971 roku w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób pracujących na własny rachunek oraz do członków ich rodzin przemieszczających się w granicach Wspólnoty,

2. Rozporządzenie Rady EWG 574/72 z 21 marca 1972 roku w sprawie wykonywania Rozporządzenia (EWG) numer 1408/71⁸.

Rozporządzenie 1408/71 określa reguły mające na celu koordynację krajowych systemów zabezpieczenia społecznego państw członkowskich. Jego przepisy stanowią zbiór norm, który ma służyć rozstrzygnięciu kolizji prawa wewnętrznego państw członkowskich w zakresie zabezpieczenia społecznego, aby zagwarantować prawo do świadczeń podczas przemieszczania się osób uprawnionych po terytorium UE. Uprawnionymi do świadczeń zdrowotnych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego na terenie Unii Europejskiej, zgodnie z Rozporządzeniem EWG nr 1408/71, są:

1. pracownicy najemni i osoby pracujące na własny rachunek oraz członkowie ich rodzin,
2. emeryci i renciści oraz członkowie ich rodzin,
3. studenci i członkowie ich rodzin,
4. turyści,
5. osoby bezrobotne i członkowie ich rodzin.

⁷ Por. M. Paszkowska, *Finansowanie systemu opieki zdrowotnej w wybranych państwach UE*, e-Finanse 1/2006.

⁸ Szerzej zasady koordynacji zabezpieczenia społecznego opisuje T. Bińczycka-Majewska, *Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego w Unii Europejskiej*, Zakamycze 1999.

Szczególne uprawnienia do świadczeń medycznych na terenie Wspólnoty mają:

1. pracownicy wysłani do pracy w innym kraju Unii i członkowie ich rodzin,
2. pracownicy przygraniczni i członkowie ich rodzin,
3. pracownicy sezonowi i członkowie ich rodzin,
4. bezpaństwowcy, uchodźcy zamieszkali na terenie państwa członkowskiego UE oraz członkowie ich rodzin.

Osoby wyżej wymienione muszą spełniać dwa warunki jednocześnie, tzn. posiadać ubezpieczenie zdrowotne w powszechnym systemie ubezpieczeniowym któregośkolwiek z państw członkowskich oraz korzystać z prawa swobodnego przemieszczania się po terytorium tych państw. Na mocy przepisów wspólnotowych prawo do opieki zdrowotnej dla osób objętych koordynacją systemów zabezpieczenia społecznego realizowane jest poprzez możliwość korzystania:

- a) ze świadczeń udzielanych w razie choroby i macierzyństwa,
- b) ze świadczeń udzielanych z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych⁹.

Świadczenia w razie choroby i macierzyństwa obejmują zarówno świadczenia pieniężne, jak też świadczenia w naturze. Pod pojęciem świadczeń w naturze prawo wspólnotowe określa świadczenia lecznicze, pomoc dentystyczną, opiekę medyczną i zaopatrzenie w leki.

Opieka medyczna w poszczególnych państwach UE udzielana jest zgodnie z zasadami prawa obowiązującego w tym kraju. Każde państwo członkowskie na podstawie własnego ustawodawstwa określa katalog świadczeń zdrowotnych. Pojęcie świadczeń zdrowotnych nie zostało zdefiniowane w przepisach UE. Oznacza to, że świadczeniami zdrowotnymi będą świadczenia uznane przez poszczególne państwa członkowskie. Ponadto Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 30 czerwca 1966 roku w sprawie *Vaassen-Gobbels* stwierdził, iż pojęcie „świadczenia w naturze” odnosi się do: świadczeń leczniczych, pomocy dentystycznej, opieki medycznej oraz zaopatrzenia w leki. W zależności od uprawnień wynikających z przepisów wspólnotowych uprawnionemu w innym państwie członkowskim UE przysługuje następujący zakres świadczeń zdrowotnych:

⁹ A. Krowicka, *Opieka zdrowotna po wejściu Polski do Unii Europejskiej*, CeDeWu Warszawa 2004, s. 80.

1. świadczenia zdrowotne w pełnym zakresie (prawo do wszelkich świadczeń leczniczych przysługujących pacjentowi w procesie jego leczenia i powrotu do zdrowia, przewidzianych przez ustawodawstwo państwa członkowskiego, w którym pacjent jest tą opieką objęty),

2. świadczenia zdrowotne natychmiast konieczne – to świadczenia lecznicze niezbędne dla ratowania zdrowia i życia. Rodzaj i zakres tych świadczeń określa indywidualnie lekarz,

3. świadczenia zdrowotne w większym zakresie niż świadczenia natychmiast konieczne,

4. świadczenia udzielane w ramach planowanego leczenia w innym państwie członkowskim,

5. świadczenia zdrowotne o znacznym wymiarze finansowym¹⁰.

Przepisy wspólnotowe podobnie jak w przypadku pojęcia: „świadczeń zdrowotnych w pełnym zakresie” czy też: „świadczeń zdrowotnych natychmiast koniecznych” nie definiują pojęcia: „świadczeń zdrowotnych w szerszym zakresie niż świadczenia natychmiast konieczne”.

3. Zakres podmiotowy prawa do świadczeń

Zgodnie z treścią art. 22 rozporządzenia EWG 1408/71 pracownik najemny lub osoba pracująca na własny rachunek, którzy spełniają warunki wymagane przez przepisy prawa państwa właściwego dla uzyskania świadczeń, a którym instytucja właściwa udzieliła zgody na udanie się na terytorium innego państwa członkowskiego w celu uzyskania tam opieki medycznej właściwej w ich stanie zdrowia, mają prawo do świadczeń rzeczowych udzielanych na rachunek instytucji właściwej przez instytucję miejsca pobytu lub zamieszkania. Zakres podmiotowy prawa do leczenia obejmuje poza pracownikami najemnymi i osobami pracującymi na własny rachunek też członków ich rodzin. Jeśli chodzi o członków rodziny pracownika najemnego i osoby pracującej na własny rachunek, którzy mieszkają na terytorium innego państwa członkowskiego niż to, gdzie mieszka pracownik, to zgoda na leczenie wydawana jest przez instytucję państwa członkowskiego na terytorium którego mieszkają członkowie rodziny. Do kate-

¹⁰ Por. M. Paszkowska, *Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych w UE*, TZN nr 1-2/2006, s. 90-93.

gorii osób uprawnionych należą na mocy orzeczenia ETS także emeryci. Za pracownika i osobę pracującą na własny rachunek przepisy rozporządzenia – zgodnie z art. 1 – uznają zasadniczo każdą osobę, która jest ubezpieczona obowiązkowo lub dobrowolnie na wypadek jednego lub kilku zdarzeń odpowiadających gałęziom zabezpieczenia społecznego, stosowanych do pracowników i osób samodzielnie pracujących. Określenie „członek rodziny” oznacza zasadniczo każdą osobę określoną lub uznaną za członka rodziny, lub określoną jako członek gospodarstwa domowego przez ustawodawstwo, z tytułu którego udzielane są świadczenia. Za instytucję właściwą uważa się: 1) instytucję, której zainteresowany podlega w chwili składania wniosku o przyznanie świadczenia lub 2) instytucję, od której zainteresowany ma prawo uzyskać świadczenie, gdyby on sam, bądź członkowie jego rodziny, mieszkali na terytorium państwa członkowskiego, gdzie znajduje się ta instytucja albo 3) instytucję określoną przez właściwe władze państwa członkowskiego.

Świadczenia zdrowotne są udzielane na podstawie stosownego zaświadczenia, które potwierdza prawo do świadczeń w razie choroby i macierzyństwa. Zaświadczenie powinno być wydane na wniosek zainteresowanego przed wyjazdem z kraju, przez instytucję właściwą państwa, w którym ubezpieczona jest dana osoba. W uzasadnionych przypadkach planowanego wyjazdu na leczenie do innego państwa członkowskiego również sam beneficjent może się zwrócić o wydanie zaświadczenia już po wyjeździe z państwa właściwego¹¹. Należy podkreślić, że okres udzielania świadczeń jest definiowany przez ustawodawstwo państwa właściwego; także koszty świadczeń rzeczowych pokrywane są przez instytucję właściwą osoby korzystającej z planowanego leczenia¹².

4. Przesłanki i tryb realizacji uprawnienia do leczenia w innym państwie UE

Prawo unijnego pacjenta do planowanego leczenia w innym państwie UE jest oparte na następujących przesłankach:

¹¹ A. Giżejowska, A. Świątkowski, *Zabezpieczenie społeczne-komentarz*, Universitas Kraków 2004, s.72.

¹² Por. art. 22 ust. 1 pkt c, rozp. 1408/71 dotyczącego stosowania systemów zabezpieczenia społecznego wobec pracowników, osób pracujących na własny rachunek oraz członków ich rodzin przemieszczających się w granicach Wspólnoty z dnia 14VI1971.

1. posiadanie obywatelstwa jednego z państw członkowskich,
2. posiadanie obowiązkowego lub dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego, w ramach którego przysługują świadczenia chorobowe w naturze,
3. zgoda instytucji właściwej.

Pierwszym warunkiem realizacji przedstawionego prawa jest posiadanie obywatelstwa państwa członkowskiego UE. W Polsce kwestię obywatelstwa reguluje ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim¹³. Każda osoba posiadając obywatelstwo jednego z państw członkowskich staje się automatycznie i jednocześnie obywatelem Unii¹⁴.

Drugim warunkiem realizacji przedmiotowego uprawnienia pacjenta jest posiadanie przez niego statusu ubezpieczonego. W Polsce ubezpieczenie zdrowotne aktualnie reguluje ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹⁵. Zgodnie z powyższą ustawą realizatorem powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego jest Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ). Ubezpieczonymi na podstawie przepisów powołanej ustawy są osoby posiadające obywatelstwo polskie i zamieszkujące na terytorium Rzeczypospolitej, jeżeli:

1. podlegają obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego (np. pracownicy)¹⁶,
2. ubezpieczają się dobrowolnie.

Obowiązek ubezpieczenia zdrowotnego uważa się za spełniony po zgłoszeniu osoby podlegającej temu obowiązkowi do Funduszu oraz opłaceniu składki w terminie i na zasadach określonych w ustawie. Narodowy Fundusz Zdrowia finansuje świadczenia zdrowotne oraz zapewnia refundację leków w ramach posiadanych środków finansowych. Reasumując, osoba spełniająca warunki określone w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych ma status ubezpieczonego.

Ostatnim niezbędnym warunkiem realizacji analizowanego prawa jest uzyskanie przez pacjenta zgody na wyjazd na leczenie do innego pań-

¹³ t. j. Dz. U. z 2000 r. Nr 28 poz. 353.

¹⁴ Postanowienia Traktatu z Maastricht wprowadziły pojęcie unijnego obywatelstwa (art. 17 TWE).

¹⁵ Dz. U. Nr 210, poz. 2135.

¹⁶ Por. art. 66 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

stwa UE lub EOG. Zgoda instytucji właściwej jest równoznaczna z przyjęciem przez nią zobowiązania w zakresie pokrycia kosztów leczenia. W Polsce zasady wydawania zgody pacjentowi będącemu ubezpieczonym w Narodowym Funduszu Zdrowia określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2004 r. w sprawie wniosku do Prezesa NFZ o przeprowadzenie leczenia lub badań diagnostycznych poza granicami kraju¹⁷. Powyższe rozporządzenie określa tryb składania i rozpatrywania wniosku o wyrażenie zgody ubezpieczonemu na leczenie w innym państwie UE lub EOG. Zgody na leczenie udziela Prezes NFZ. W celu uzyskania zgody na leczenie lub badania diagnostyczne poza granicami kraju ubezpieczony, jego przedstawiciel ustawowy lub małżonek składa wniosek do Prezesa Funduszu, za pośrednictwem właściwego ze względu na miejsce zamieszkania ubezpieczonego na terytorium RP oddziału wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia¹⁸ (wzór wniosku zawiera załącznik do rozporządzenia). Ubezpieczony, jego przedstawiciel ustawowy lub małżonek wypełnia część I powyższego wniosku i przekazuje ją lekarzowi ubezpieczenia zdrowotnego – specjalście właściwej dziedziny medycyny, posiadającemu tytuł naukowy profesora lub stopień naukowy doktora habilitowanego. Lekarz wypełnia część II i III wniosku oraz potwierdza konieczność niezwłocznego przeprowadzenia leczenia lub badań diagnostycznych wskazanych we wniosku, biorąc pod uwagę dotychczasowy przebieg choroby i zastosowane leczenie, aktualny stan zdrowia ubezpieczonego, prawdopodobny dalszy przebieg choroby oraz czas oczekiwania ubezpieczonego na uzyskanie leczenia lub badań diagnostycznych w kraju, przewidziany zgodnie z listą oczekujących. Lekarz wskazuje we wniosku placówkę opieki medycznej znajdującą się na terytorium jednego z państw członkowskich UE lub EOG, do której proponuje skierować ubezpieczonego na leczenie lub badania diagnostyczne i uzasadnia jej wybór¹⁹. Ubezpieczony (ewentualnie jego przedstawiciel ustawowy lub małżonek) ma obowiązek dostarczenia lekarzowi przetłumaczonej na język angielski przez tłumacza przysięgłego części III wniosku. Lekarz, w terminie nie dłuższym niż 2 dni robo-

¹⁷ Dz. U. Nr 279, poz. 2769.

¹⁸ § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2004 w sprawie wniosku do Prezesa NFZ o przeprowadzenie leczenia lub badań diagnostycznych poza granicami kraju.

¹⁹ Por. § 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2004 w sprawie wniosku do Prezesa NFZ o przeprowadzenie leczenia lub badań diagnostycznych poza granicami kraju.

cze od dnia otrzymania tłumaczenia części III wniosku, przekazuje do oddziału Funduszu wniosek z wypełnioną częścią I, II i III wraz z tłumaczeniem części III wniosku oraz kopię dokumentacji medycznej w zakresie objętym wnioskiem. Oddział Funduszu niezwłocznie dokonuje weryfikacji wniosku. Następnie oddział Funduszu, po zasięgnięciu opinii konsultanta krajowego w dziedzinie medycyny właściwej dla wnioskowanego leczenia, może wybrać inną niż wskazana we wniosku zagraniczną placówkę opieki medycznej, jeżeli stwierdzi, że placówka ta, według dostępnej wiedzy, właściwie przeprowadzi leczenie lub badania diagnostyczne. Opinię konsultant krajowy przekazuje w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia otrzymania wystąpienia oddziału Funduszu o przedstawienie opinii. Oddział Funduszu przesyła niezwłocznie wybranej zagranicznej placówce opieki medycznej tłumaczenie części III wniosku i uzgadnia z tą placówką koszt leczenia lub badań diagnostycznych. Po uzgodnieniu kosztów leczenia lub badań diagnostycznych oddział Funduszu przekazuje niezwłocznie Prezesowi Funduszu wypełnioną część I, II i III wniosku wraz z tłumaczeniem części III wniosku i kopią dokumentacji medycznej w zakresie objętym wnioskiem²⁰. Prezes NFZ ma 7 dni od otrzymania wniosku wraz z dokumentacją na wydanie zgody ubezpieczonemu na przeprowadzenie leczenia w innym państwie członkowskim UE lub EOG albo na odmowę jej wydania. Prezes Funduszu, po wydaniu zgody lub po odmowie jej wydania, przesyła niezwłocznie do oddziału Funduszu dokumenty. Oddział Funduszu w przypadku wydania przez Prezesa Funduszu zgody na leczenie w innym państwie członkowskim UE lub EOG albo jej odmowy, niezwłocznie informuje osobę, która złożyła wniosek i lekarza.

Udzielenia zgody nie można odmówić, jeżeli wprawdzie zabiegi znajdują się wśród świadczeń przewidzianych przez przepisy prawne państwa członkowskiego na terytorium którego mieszka zainteresowany, ale zabiegi te, uwzględniając jego obecny stan zdrowia oraz prawdopodobny rozwój choroby, nie mogą być udzielone w terminie zwykle koniecznym w procesie leczenia w państwie członkowskim, w którym mieszka zainteresowany²¹.

²⁰ Por. §5 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2004 w sprawie wniosku do Prezesa NFZ o przeprowadzenie leczenia lub badań diagnostycznych poza granicami kraju.

²¹ Por. art. 22 ust. 2 rozporządzenia EWG nr 1408/71.

Kraje członkowskie w swoim prawie wewnętrznym starają się wprowadzić regulacje stanowiące podstawę do uzasadnienia odmowy wydania zgody na planowane leczenie. Bariery prawne związane są przede wszystkim z wprowadzeniem minimalnych okresów oczekiwania na określone świadczenie zdrowotne w swoim kraju. W Polsce kwestię powyższą częściowo reguluje rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 października 2005 roku w sprawie sposobu i kryteriów ustalania dopuszczalnego czasu oczekiwania na wybrane świadczenia opieki zdrowotnej²². Rozporządzenie powyższe określa sposób i kryteria ustalania dopuszczalnego czasu oczekiwania na leczenie szpitalne i świadczenia wysokospecjalistyczne. Dopuszczalny czas oczekiwania na udzielenie powyższych świadczeń w odniesieniu do ubezpieczonego ustalany jest indywidualnie przez lekarza, na podstawie następujących kryteriów:

1. stanu zdrowia,
2. dotychczasowego przebiegu choroby,
3. rokowania co do dalszego przebiegu choroby²³.

Lekarz, ustalając dopuszczalny czas oczekiwania na świadczenia opieki zdrowotnej, powinien w szczególności brać pod uwagę czy w wyniku nieudzielenia świadczenia w określonym czasie istnieje zagrożenie życia pacjenta lub utraty przez niego zdolności do samodzielnej egzystencji (w rozumieniu ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych). Polskie regulacje, w odróżnieniu np. od holenderskich, gdzie podane są konkretne terminy oczekiwania, mają charakter bardziej ogólny i ocenny. To na lekarzu spoczywa ciężar określenia w indywidualnym przypadku konkretnego terminu dopuszczalnego oczekiwania na leczenie szpitalne lub świadczenie wysokospecjalistyczne. Lekarzem dokonującym oceny jest lekarz ubezpieczenia zdrowotnego – specjalista właściwej dziedziny medycyny, posiadający tytuł profesora lub stopień naukowy doktora habilitowanego. Polskie prawo nie reguluje dopuszczalnego czasu oczekiwania na specjalistyczną poradę ambulatoryjną. Przepisy krajowe nie mogą pozostawać jednak w sprzeczności z regulacjami unijnymi. Rozporządzenie nr 1408/71 określa, że instytucja właściwa nie może odmó-

²² Dz. U. Nr 206, poz. 1724.

²³ Por. §2-3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 5 października 2005 roku w sprawie sposobu i kryteriów ustalania dopuszczalnego czasu oczekiwania na wybrane świadczenia opieki zdrowotnej.

wić wydania wymaganej zgody nie tylko w przypadku, gdy zainteresowany nie może na terytorium państwa właściwego uzyskać leczenia odpowiedniego do jego stanu zdrowia, tzn. gdy potrzebnego leczenia nie wykonuje się w tym kraju. Zgody nie można odmówić również wtedy, gdy zabiegi, o które w danym przypadku chodzi, znajdują się w katalogu świadczeń należnych na mocy ustawodawstwa państwa zamieszkania zainteresowanego, ale biorąc pod uwagę aktualny stan zdrowia zainteresowanego oraz prawdopodobny rozwój choroby zabiegi te nie mogą być udzielone w państwie zamieszkania w terminie zwykle koniecznym w procesie leczenia danego schorzenia²⁴.

Bardzo interesująco z punktu widzenia jurystycznego przedstawia się **kwestia procedury odwoławczej od odmowy wydania zgody** przez prezesa NFZ. Rozporządzenie bowiem nie przewiduje możliwości odwołania, w związku z czym można postawić tezę, iż ta luka powoduje niezgodność z Konstytucją (w szczególności z art. 78) analizowanych przepisów. Z uwagi na bardzo małą skalę realizowania opisywanego prawa pacjenta (kilkanaście wniosków rocznie), problem ten nie został upubliczniony i rozwiązany. Możliwe jest kilka rozwiązań:

- przyjęcie, że stanowisko prezesa NFZ jest decyzją administracyjną (w rozumieniu art. 104 k.p.a.) i stosowanie procedury odwoławczej od niej, lub

- uzupełnienie rozporządzenia na drodze legislacyjnej przez ustawodawcę poprzez uregulowanie trybu odwoławczego.

Rozporządzenie z 22 grudnia 2004 r. nie zawiera w swej treści określenia „decyzja” czy też „postanowienie” Prezesa NFZ, a jedynie pojęcie „wydania lub odmowy zgody”. W załączniku nr 1 do powyższego rozporządzenia, zawierającym wzór wniosku o przeprowadzenie leczenia poza granicami kraju, w części IV znajduje się rubryka mająca zawierać „stanowisko” Prezesa NFZ. Wymaganymi przez ustawodawcę elementami formalnymi „stanowiska” są: data, miejscowość, podpis i pieczęć Prezesa NFZ oraz uzasadnienie zgody lub jej odmowy. Czy „stanowisko” powyższe można uznać za decyzję administracyjną? Kwestia ta wymaga szczegółowej analizy z zakresu prawa administracyjnego i wykracza poza zakres niniejszego artykułu.

²⁴ Por. art. 22 ust. 2, rozp. 1408/71 dotyczące stosowania systemów zabezpieczenia społecznego wobec pracowników, osób pracujących na własny rachunek oraz członków ich rodzin przemieszczających się w granicach Wspólnoty z dnia 14VI 1971.

Za słuszne należałoby jednakże przyjąć, iż odwołania powinny być kierowane do Ministra Zdrowia lub ponownie do Prezesa NFZ, a następnie do sądu administracyjnego. Należy pamiętać, że NFZ jest – zgodnie z ustawą – państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, a Prezes jest jego organem²⁵. Prezesa Funduszu powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw zdrowia, po zasięgnięciu opinii Rady Funduszu. Minister Zdrowia sprawuje również nadzór nad działalnością NFZ i dlatego też wydaje się być odpowiednim organem odwoławczym. Brak regulacji w powyższym zakresie niewątpliwie narusza podstawowe interesy pacjentów.

5. Finansowanie planowanego leczenia w UE

Zasady rozliczania kosztów świadczeń zdrowotnych udzielonych uprawnionym pacjentom z państw Unii na jej terytorium określone są w artykułach 36 i 63 rozporządzenia nr 1408/71 oraz 93-96 rozporządzenia wykonawczego nr 574/72²⁶. Rozliczenia prowadzone są według kosztów rzeczywistych lub stawek zryczałtowanych. Narodowy Fundusz Zdrowia pełni w Polsce funkcję tzw. instytucji łącznikowej w systemie koordynacji zabezpieczenia społecznego w zakresie świadczeń zdrowotnych. Do obowiązków instytucji łącznikowej należy m.in. rozliczanie kosztów świadczeń zdrowotnych udzielanych osobom ubezpieczonym w Polsce na terytorium pozostałych państw członkowskich Wspólnoty²⁷. Każde państwo Wspólnoty ma własne zasady finansowania świadczeń zdrowotnych. W niektórych krajach większość świadczeń przysługuje pacjentowi bezpłatnie, w innych zaś te same świadczenia są częściowo lub całkowicie odpłatne²⁸.

²⁵ Por. art. 96, 98, 102 ustawy z 27 sierpnia 2004 o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

²⁶ Szerzej rozliczanie kosztów prawa pacjenta do leczenia w UE M. Paszkowska, *Finansowanie prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych w państwach UE*, e-Finanse 2/2006.

²⁷ www.nfz.gov.pl/ue.

²⁸ Szerzej zasady finansowania świadczeń zdrowotnych w poszczególnych państwach UE M. Paszkowska, *Finansowanie systemu opieki zdrowotnej w wybranych państwach UE*, e-Finanse 1/2006 s. 1-15, C. Włodarczyk, S. Poździejch, *Systemy zdrowotne, zarys problematyki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2001.

Najdotkliwszym w skutkach dla finansów publicznych w Polsce jest ten aspekt prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych w UE, który jest związany z możliwością wyjazdu do innego kraju Wspólnoty na tzw. planowane leczenie. Wydanie zgody przez instytucję właściwą wiąże się bezpośrednio z ponoszeniem przez nią kosztów leczenia. Instytucja właściwa pokrywa bowiem koszty udzielonych świadczeń według stawek obowiązujących w państwie, w którym są one udzielane. Niestety koszty opieki medycznej w innych krajach UE (szczególnie tzw. starej) są znacznie wyższe niż w Polsce. Ponieważ leczenie planowe dotyczy najczęściej bardzo kosztownych procedur medycznych, powoduje znaczne obciążenie finansowe dla budżetu NFZ, który ma w swojej dyspozycji środki pieniężne na ten cel.

Koszty świadczeń zdrowotnych, wynikające ze świadczeń udzielonych uprawnionemu pacjentowi na podstawie planowanego leczenia w innym państwie UE, pokrywane są przez instytucję właściwą, czyli tą, gdzie pacjent jest ubezpieczony. Instytucja właściwa zwraca instytucji miejsca udzielenia świadczenia (np. operacji) kwotę, która odpowiada rzeczywistym kosztom poniesionym przez instytucję miejsca pobytu. Zwrot pieniędzy odbywa się na podstawie przedstawionej dokumentacji księgowej (faktycznie poniesione wydatki zwraca się). Należy dodać, że dwa lub kilka państw UE lub właściwe władze tych państw mogą przewidzieć inne niż określone w rozporządzeniu sposoby dokonywania wszelkich zwrotów lub zaniechać dokonywania wszelkich zwrotów między instytucjami podlegającymi ich kompetencji.

Ponieważ leczenie planowane dotyczy najczęściej bardzo kosztownych procedur medycznych, państwa członkowskie starają się tworzyć takie regulacje wewnętrzne, które powodują maksymalne ograniczenie ilości wydawanych zezwoleń²⁹. Odmowy wydawania zezwoleń na planowane leczenie stały się przyczyną licznych wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie. Należy stwierdzić, iż orzecznictwo ETS w Luksemburgu zmierza wyraźnie w stronę ochrony pacjenta³⁰. Niestety z uwagi na ograniczenia w objętości artykułu po-

²⁹ Przykładowo w Holandii opracowano standardy dot. możliwej do zaakceptowania długości oczekiwania na leczenie (dla opieki szpitalnej norma wynosi 8 tygodni a dla specjalistycznej ambulatoryjnej 5 tygodni).

³⁰ Por. przykładowo następujące orzeczenia: wyrok ETS z 28 kwietnia 1998 C-158/96 w sprawie R. Kohll, wyrok ETS z 12 lipca 2001 C-157/99 w sprawie B.S.M. Smits i H.T.M. Peerbooms.

zwołę sobie na przytoczenie tylko jednego, ale za to bardzo interesującego orzeczenia w sprawie pana Peerbooms. Pan Peerbooms był ubezpieczony w Holandii i zapadł w śpiączkę w następstwie wypadku komunikacyjnego. Po leczeniu w Holandii został przewieziony do kliniki w Austrii, gdzie dzięki zastosowaniu intensywnej i nowoczesnej terapii wybudził się ze śpiączki. Takie leczenie w Holandii nie było dostępne dla pacjenta (z uwagi na wiek), ale instytucja holenderska odmówiła mu pokrycia kosztów leczenia w Austrii. W rezultacie ETS w swoim orzeczeniu stwierdził, że instytucja właściwa nie może odmówić wydania zgody na leczenie swojego ubezpieczonego w innym państwie członkowskim, motywując swój sprzeciw tym, że nie uznaje ona leczenia, o które wnosi zainteresowany za efektywne lub twierdzi, że jest ono niedostatecznie sprawdzone. Wystarczy bowiem, że jego efektywność uznaje międzynarodowe środowisko medyczne.

6. Podsumowanie

Koordinacja zasad nabywania uprawnień, ustalania wymiaru świadczeń oraz ich udzielania w czasie pobytu w innym państwie członkowskim, jest ważnym wyzwaniem dla polityki UE. Jest ona istotnym elementem integracji europejskiej w zakresie swobody przepływu osób. Z zasady swobody przepływu osób należy wyprowadzać prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych w UE, w ramach którego mieści się prawo do planowanego leczenia w innym państwie członkowskim. Jednym z najbardziej interesujących, a zarazem kontrowersyjnych uprawnień unijnego pacjenta, jest prawo do planowanego leczenia w innym państwie członkowskim. Z jednej strony uprawnienie to umożliwia pacjentowi przede wszystkim „szybsze” skorzystanie ze świadczenia zdrowotnego (z uwagi na ograniczoną przez czas oczekiwania w kraju dostępność świadczenia) lub w ogóle czyni je możliwym (z uwagi na jego rodzaj, np. operacja nie jest wykonywana w danym kraju), z drugiej jednak powoduje istotne problemy prawne i skutki finansowe we własnym kraju.

Przepisy wspólnotowe z zakresu koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego przewidują możliwość wyjazdu osoby objętej ubezpie-

zeniem zdrowotnym/chorobowym w jednym państwie członkowskim do innego państwa członkowskiego w celu podjęcia tam wcześniej zaplanowanego leczenia. Zasady korzystania z planowanego leczenia w innym państwie członkowskim niż państwo właściwe regulują: rozporządzenie nr 1408/71 i przepisy rozporządzenia wykonawczego nr 574/72.

Pacjent, chcąc zrealizować omawiane uprawnienie, musi mieć status ubezpieczonego w swoim kraju i uzyskać zgodę na wyjazd od instytucji właściwej. Niestety praktyka pokazuje, iż z jednej strony mało polskich pacjentów występowało o taką zgodę, z drugiej zaś otrzymują ją tylko nieliczni³¹. Bardzo niska jest świadomość prawna polskich pacjentów w zakresie opisywanego uprawnienia, dlatego też wymaga ono upowszechnienia. Należy pamiętać, że zgodnie z orzecznictwem ETS, w sytuacji, w której pacjent jest zmuszony oczekiwać zbyt długo na zabieg czy też udzielenie innego świadczenia zdrowotnego, ma on prawo żądać wydania mu zgody na wyjazd do takiego państwa członkowskiego UE, w którym uzyska on potrzebne dla jego zdrowia świadczenie w odpowiednim do jego stanu czasie. Opisywane w artykule prawo to dobrodziejstwo dla pacjentów i jednocześnie poważny problem dla finansów państwa polskiego.

³¹ Przykładowo z informacji uzyskanych w Podkarpackim Oddziale NFZ w maju 2006 wynika, iż złożono w nim tylko 2 wnioski od dnia integracji i obydwą zostały rozpatrzone odmownie.

Marek Sanecki, Janusz Opolski

Dualny system opieki zdrowotnej w Chile

1. Wprowadzenie

W przekonaniu znawców przedmiotu kraje Ameryki Łacińskiej posiadały od zarania niewydolną opiekę zdrowotną, lecz dopiero kryzys ekonomiczny lat 80-ych ubiegłego stulecia unaoczniał tę sytuację i przekonał decydentów politycznych, wspartych opiniami ekspertów, o konieczności dokonania reform. Międzynarodowy Fundusz Monetarny (MFM) i Bank Światowy (BŚ) oferowały pożyczki pod warunkiem dokonania przez kraje Ameryki Łacińskiej daleko idących reform w obszarze zdrowia. Głównymi założeniami reform było przekonanie, że sektor prywatny jest bardziej efektywny niż publiczny, a rola rządów zostanie sprowadzona wyłącznie do roli regulatora systemu. Świadczenie usług zdrowotnych miał przejąć sektor prywatny; jako przyszły wzorzec postulowano amerykański model konsorcjum ubezpieczeniowo-leczniczego /HMO/.

Bliższe przyjrzenie się **dualnemu modelowi chilijskiemu** i wyciągnięcie wniosków z jego funkcjonowania wydaje się celowe w dobie dyskusji nad przyszłym modelem ubezpieczeń i opieki zdrowotnej w naszym kraju.

2. Ogólna charakterystyka opieki zdrowotnej w Ameryce Łacińskiej

Większość krajów Ameryki Łacińskiej została dotknięta pod koniec lat 80-ych ubiegłego stulecia kryzysem ekonomicznym. Charakteryzo-

wał się on trzema cechami: znaczącym spadkiem realnych dochodów ludności, brakiem pracy dla rzeszy pracowników wykwalifikowanych i niewykorzystaniem posiadanej siły roboczej. W konsekwencji doprowadziło to do powstania tzw. „nowej biedoty” z zubożałej klasy średniej zamieszkującej miasta.

W lata 90. Ameryka Łacińska weszła z największą na świecie stopą inflacji, z największym zadłużeniem i najbardziej nierównomiernymi dochodami ludności (od skrajnego bogactwa do skrajnej nędzy). Te okoliczności sprawiły, że kraje Ameryki Łacińskiej zdobyły złą sławę krajów „braku troski o obywateli” (*ill-fare states* jako przeciwieństwo *well-fare states*). Dotyczyło to szczególnie niedostatecznego zaangażowania państw w problemy polityki społecznej, edukacji i zdrowia³.

Instytucje międzynarodowe takie jak: Międzynarodowy Fundusz Monetarny (MFM) oraz Bank Światowy (BS) uzależniły udzielenie pomocy finansowej od zmniejszenia wydatków publicznych. Wpłynęło to negatywnie na system zdrowotny, szczególnie na możliwości utrzymania infrastruktury służby zdrowia, zapewnienie sprzętu i wyposażenia, a w końcu także na wysokość płac personelu.

Kolejne pożyczki Banku kierowane do sektora zdrowia związane były z reformami systemów ochrony zdrowia, opartymi o teorie ekonomiczne propagowane przez tę instytucję. Zakładano, że sektor prywatny jest bardziej efektywny niż publiczny, a decentralizacja zarządzania przyczynia się do bardziej właściwego reagowania na potrzeby społeczeństw niż systemy scentralizowane. Proponowano także ograniczenie finansowania ze środków publicznych do podstawowego zakresu świadczeń zdrowotnych, określonego w poszczególnych krajach w zależności od wyników badań kosztów efektywności i zdolności finansowania. Rola państwa miała zostać ograniczona do regulowania rynku świadczeń zdrowotnych⁴.

Reformę systemów zdrowia przeprowadzono w większości krajów Ameryki Łacińskiej już w latach 80. (w Brazylii, Meksyku i Chile), bądź w 90. (na początku dekady np. w Argentynie, Kolumbii lub pod koniec dekady, np. w Salwadorze).

³ E.S. Bustelo /1992/: *The rise of the ill-fare state; adjustment of social policy in Latin America*, Human Resources Development Series No. 95, PAHO Intern.Health: A North- South Debate, Washington, 7-27.

⁴ N. Homedes, A.Ugalde /2005/: *Why neoliberal health reforms have failed in Latin America*, Health Policy, 71,83-96.

Polityka zdrowotna krajów Ameryki Łacińskiej staje nadal w obliczu wyzwań, zarówno nowych, jak i tkwiących korzeniami w przeszłości. Typowe dla krajów rozwijających się zmiany w zapotrzebowaniu na świadczenia zdrowotne, spowodowane zjawiskami demograficznymi, epidemiologicznymi i technologicznymi, stwarzają konieczność wprowadzenia nowych form opieki zdrowotnej, skutkujących wzrostem kosztów działań na rzecz zdrowia. Na to nakładają się stare problemy, wynikające z wieloletnich braków równego i sprawiedliwego dostępu do opieki zdrowotnej, jakości świadczeń zdrowotnych, wystarczających zasobów finansowych i ludzkich.

Ponieważ dostęp do opieki zdrowotnej uważa się za kluczowy element praw społecznych i ekonomicznych, imperatywem w działaniach jest powszechność zapewnienia świadczeń zdrowotnych. Ma to oczywiście wpływ na zapotrzebowanie na opiekę i wydatki sektora zdrowia.

Reformy w regionie muszą dążyć do osiągnięcia dwóch celów. Po pierwsze – uruchomić mechanizm solidaryzmu, które zapewnia równy, sprawiedliwy i powszechny dostęp do służby zdrowia, niezależnie od osobniczych ryzyk, a także dochodu. Po drugie – hamować koszty oraz alokować ograniczone środki bardziej efektywnie, aby zoptymalizować działania na rzecz zdrowia, związane ze zmianami technologicznymi, demograficznymi i epidemiologicznymi widocznymi w regionie⁵.

Sektor zdrowia w Ameryce Łacińskiej charakteryzuje się wielką różnorodnością rozwiązań organizacyjnych, sposobów finansowania, ubezpieczeń, zasad udzielania świadczeń. Funkcje tego sektora są realizowane przez trzy systemy: publiczny system zdrowotny, system zabezpieczenia społecznego oraz system prywatny. Ich współdziałanie, zarówno co do zakresu, jak i sposobu, jest różne w różnych krajach. Ogólnie rzecz biorąc sektor publiczny jest jedynym źródłem ubezpieczenia dla ludzi ubogich bądź niechętnych do ponoszenia jakichkolwiek opłat, w tym także ubezpieczeniowych. System zabezpieczenia społecznego (ubezpieczeniowy) dotyczy osób zatrudnionych i ich rodzin, i z zasady posiada własne placówki opieki zdrowotnej. Z sektora prywatnego korzystają ludzie o najwyższych dochodach osobistych. Uzupełnieniem są różne instytucje i organizacje charytatywne, szczególnie w krajach najbiedniejszych⁶.

⁵ UN Economic Commission for Latin America and Caribbean /UN-ECLAC March 2006/: *Shaping the future of Social Protection: access, financing and solidarity*.

⁶ O. Centrangolo, G. Cruces, D. Titelman /2006/: *Social protection and health systems in Latin America and the Caribbean. Conference paper. UNU-WIDER Conference: Advancing health equity*, Helsinki, 29-30 Sept. 2006

Według opracowania autorów z Komisji Ekonomicznej ONZ dla Ameryki Łacińskiej i Karaibów (ECLAC)⁷ rozróżnia się trzy typy systemów na obszarze Ameryki Łacińskiej i Karaibów:

– System zintegrowany, w którym publiczni i prywatni świadczeniodawcy (np. Brazylia, Wenezuela) lub tylko publiczni (np. Kuba), finansowani są wyłącznie z podatków ogólnych;

– System częściowo zintegrowany, w którym publiczni i prywatni świadczeniodawcy finansowani są ze zintegrowanych środków pochodzących zarówno z podatków ogólnych, jak i składek ubezpieczeniowych (np. Kolumbia, oraz interesujący nas **system dualny w Chile**, którego historia i szczegóły podane zostaną poniżej);

– System zdezintegrowany, w którym istnieje mozaika powiązań między sektorem publicznym i prywatnym świadczeniodawców, a także nie istnieje integracja środków pochodzących z podatków i ze składek ubezpieczeniowych (np. Argentyna, Meksyk).

Wybrano celem przykładu Chile, w którym najwcześniej przystąpiono do reformowania systemu zdrowia, mimo burzliwych wydarzeń politycznych, które miały miejsce w latach 70. i 80. ubiegłego stulecia. System chilijski wszedł do historii systemów pod nazwą modelu dualnego⁸.

3. Przebieg reform systemu zdrowia w Chile

Analizując literaturę dotyczącą funkcjonowania systemu zdrowotnego w Chile⁹ i jego zmian, z historycznego punktu widzenia można wyodrębnić cztery okresy:

1) wzmocnienia i utrwalania odpowiedzialności państwa za obszar zdrowia publicznego /w latach 1918-1938/,

2) przygotowań do powołania Narodowej Służby Zdrowia /Servicio Nacional de Salud-SNS – od roku 1944/,

⁷ UN Economic Commission ... *op.cit.*

⁸ A. Sobczak /red./ /2004/. *Prywatne ubezpieczenia zdrowotne w Polsce i na świecie*. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; UN Economic Commission *op.cit.*

⁹ C. Montoya-Aquilar, L. Marchant-Cavieres /1994/. *The effect of economic changes on health care and health in Chile*. *int. J. Health Planning & Management*, 9, 279-294; Jimenez de la Jara, T. Bossert: /1995/: *Chile's health sector reform: lessons from four reform periods*. *Health Policy*, 32, 155-156; E. Bertranov /1999/: *Are market-oriented health insurance reforms possible in Latin America. The case of Argentina, Chile and Colombia*. *Health Policy*, 47,19-36; A. Barrientos, P.Lloyd-Sherlock /2000/: *Reforming health insurance in Argentina and Chile*. *Health Policy and Planning*, 15 /4/, 417-423; A.C. De Azavado, F. Mardones-Restat /2006/: *The essentials health reform in Chile: a reflection on the 1952 process*. *Salud Publica Mex.* 48, 504-511.

3) zmian w organizacji systemu zdrowotnego w latach rządów junty wojskowej,

4) reform po przywróceniu rządów demokratycznych.

W literaturze przedmiotu spotyka się także podział powyższych okresów na różne, kilkuletnie podokresy, co zostało w tym artykule pominięte, ponieważ nie ma to większego znaczenia dla przedstawienia systemu zdrowotnego w Chile.

Od roku 1805, jeszcze w okresie kolonialnych rządów hiszpańskich, istniał Zarząd ds. Zdrowia, a w 1887 powołano Główne Biuro Sanitarne. Niepodległa republika w pierwszym roku niepodległości – 1918 – uchwaliła Pierwsze Prawo Sanitarne. Rozgorzała wówczas debata parlamentarna pomiędzy liberałami i „interwencjonistami” co do zakresu ingerencji państwa w zdrowie obywateli. Rezultatem zwycięstwa „interwencjonistów” było wprowadzenie w roku 1924 Prawa Obowiązkowych Ubezpieczeń Społecznych (*Seguro Obrero Obligatorio*), zapewniającego robotnikom i ich rodzinom ubezpieczenia zdrowotne w postaci kasy chorych (*Caja de Seguro Obrero Obligatorio*). W tymże roku utworzono Ministerstwo Higieny, Ubezpieczeń i Pomocy Społecznej, a w roku 1932 powołano agencję pod nazwą Zarządu Szpitali i Przytułków, która zintegrowała zarządczo szpitale należące do prywatnych organizacji charytatywnych subsydiowanych przez państwo, szpitale publicznej ubezpieczalni społecznej, oraz szpitale należące do instytucji państwowych. W 1938 uchwalono Prawo Medycyny Zapobiegawczej, którego następstwem było wdrożenie badań przesiewowych w kierunku kiły, gruźlicy, nowotworów, a później chorób serca i naczyń. Utworzenie w roku 1944 Narodowego Biura Ochrony Dzieci i Młodzieży (*Dirección de Protección de la Infancia y Adolescencia* PROTINFA) pozwoliło na skonsolidowanie działań takich jak: szczepienia, dożywianie, opieka nad dziećmi porzuconymi, itp.

W połowie lat 40., pod rządami Frontu Ludowego, czyli koalicji lewicowej złożonej z Partii Radykalnej (socjaldemokratów), Partii Socjalistycznej, Partii Komunistycznej i innych pomniejszych grup, rozpoczęły się prace nad utworzeniem Narodowej Służby Zdrowia, modelu podobnego pod niektórymi względami do brytyjskiej Narodowej Służby Zdrowia (NHS). Zabiegi ustawodawcze rozpoczęli już w roku 1941 postępowi prawnicy skupieni we Froncie Ludowym, po katastrofalnym

trzęsieniu ziemi w roku 1939. Dalsze prace przyhamowała wojna; mimo to w roku 1942 klasa urzędnicza powołała do życia Narodową Służbę Zdrowia dla Pracowników (*Servicio Medico Nacional de Empleados SERMENA*). Początkowo SERMENA miała charakter profilaktyczny w oparciu o Prawo Medycyny Zapobiegawczej z 1938 roku, a dopiero w latach 60. przekształciła się w organizację sieciową, na wzór amerykańskiej PPO (*Preferred Provider Organization*), korzystającą z usług lekarzy prywatnych.

Prawo o Narodowej Służbie Zdrowia (*Servicio Nacional de Salud SNS*) uchwalono w roku 1952 i przez następne 40 lat SNS stała się głównym świadczeniodawcą zdrowotnym, głównie dla robotników. W ten sposób powstał dwusektorowy (dualny) system opieki zdrowotnej: oddzielny dla pracowników umysłowych i dla pracowników fizycznych. Składki na ubezpieczenie zdrowotne oraz środki z podatków ogólnych służyły finansowaniu ogólnonarodowej i zcentralizowanej służby zdrowia: szpitalnictwa, podstawowej opieki zdrowotnej i służby sanitarnej. Powołano nowoczesną Szkoła Zdrowia Publicznego, której wykładowcy i wychowankowie stanowili elitę liderów reform opieki zdrowotnej w całej Ameryce Łacińskiej. Jeden z nich (dr Abraham Horwitz) został wkrótce dyrektorem PAHO (*Pan American Health Organization*), pełniąc rolę struktury regionalnej WHO dla obu Ameryk.

Po dojściu do władzy koalicji socjalistów i komunistów pod kierunkiem prezydenta dr Salvadora Allende (lekarza i polityka, b. wieloletniego Ministra Zdrowia), początkowo nie ingerowano w istniejący system. S. Allende przedstawił jednak w końcu propozycję utworzenia „Zunifikowanej Służby Zdrowia”, z jednoczesnym zakazem prowadzenia prywatnych praktyk lekarskich. Aczkolwiek propozycja ta nie została wprowadzona w życie (krótkotrwałe rządy tej opcji politycznej), to jednakże spowodowała gremialne przyłączenie się lekarzy do opozycji w stosunku do rządu.

Do 1973 roku SNS była finansowana z centralnego budżetu w 65% i w 20% ze składek powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Uznawana była za jeden z najlepiej rozwiniętych publicznych systemów opieki zdrowotnej w Ameryce Łacińskiej. Chile stało się też pierwszym krajem Ameryki Łacińskiej, który wprowadził neoliberalne reformy ekonomiczne.

W latach 1975-1976 Chile dotknął poważny kryzys ekonomiczny. Był to efekt światowych perturbacji paliwowych oraz lokalnych wydarzeń politycznych (tragiczna śmierć prezydenta Allende i zamach stanu gen. Pinocheta). SNS odczuła to w postaci masowych zwolnień personelu. Dopiero około roku 1979 (po 7. latach od zamachu stanu) zaczęła się zmiana systemu opieki zdrowotnej w kierunku neoliberalnym. Pierwszym krokiem była likwidacja SNS w roku 1980.

Lata 1980-1989 upłynęły pod znakiem rozwoju mieszanego rynku publiczno-prywatnych usług podstawowej opieki zdrowotnej (*for profit*) i dobrowolnych ubezpieczeń zdrowotnych dla osób lepiej zarabiających. W ramach procesu decentralizacji utworzono w roku 1981 Narodowy Fundusz Zdrowia (*Fondo Nacional de Salud-FONASA*), który gromadził środki pochodzące z obowiązkowych 7% składek ubezpieczenia zdrowotnego oraz z budżetu centralnego. FONASA rozprowadzał środki do 27 regionalnych administracji opieki zdrowotnej (*Areas de Salud*), które rozpoczęły przekształcanie podległych im szpitali i przychodni w samodzielne zakłady opieki zdrowotnej. Placówki podstawowej opieki zdrowotnej przekazano w całości samorządom terytorialnym.

Należy podkreślić, że Narodowy Fundusz Zdrowia przekazywał środki finansowe na zasadzie centralnie opracowanego systemu opłat za świadczenia (*fee-for-service*). Doprowadziło to do lawinowego wzrostu wydatków, niemożliwych do pokrycia i z czasem system ten został zastąpiony negocjacjami pomiędzy Funduszem a władzami lokalnymi, prowadzonymi w oparciu o historyczny budżet danych placówek¹⁰.

Możliwość funkcjonowania prywatnych ubezpieczeń zdrowotnych stworzyła podwaliny pod prywatny rynek ubezpieczeń zdrowotnych konkurujący z FONASA. Odtąd składka ubezpieczenia zdrowotnego mogła być przekazywana do FONASA (liczącego 62% ubezpieczonych) lub do jednej z systemu prywatnych firm ubezpieczeniowych (*Instituciones de Salud Provisional ISAPRE*), skupiającego 23% ubezpieczonych. Dwutorowy (dualny) system ubezpieczeń zdrowotnych był odejściem od tradycyjnych instytucji ubezpieczeń, od lat funkcjonujących w Chile. Trzeci, najmniejszy gracz, lecz o dużym ciężarze gatunkowym, pojawił się przejściowo na rynku w postaci funduszu ubezpieczeń

¹⁰ T.J. Bossert /2000/, *Decentralization of health systems in Latin America: A comparative study of Chile, Columbia and Bolivia*. Data for Decision Project at Harvard School of Public Health, Boston, Mass.

zdrowotnych członków sił zbrojnych i policji reżymu gen. Pinocheta (po latach wchłonięty przez FONASA). Reformę wprowadzono szybko, bez dyskusji publicznej i prób uzyskania konsensu społeczeństwa, także ignorując opinię lekarzy i działaczy zdrowia publicznego.

Na późniejszych losach reformy zaciążył drugi z kolei kryzys ekonomiczny w Chile, spowodowany serią bankructw prywatnych banków w latach 1982-1983, który spowolnił wprowadzenie reformy neoliberalnej aż do 1986-1988 roku, tj. do momentu wzrostu ekonomicznego, zwanego „Cudem chilijskim” (lata 1987-1989). Rząd gen. Pinocheta pozyskał wówczas do współpracy technokratów – monetarystów, skupionych wokół Uniwersytetu w Chicago (tzw. „Chicago Boys”), którzy promując gospodarkę rynkową przyczynili się do prywatyzacji ubezpieczeń zdrowotnych.

Przykłady ISAPRE, powiązanych z ponadnarodowymi ubezpieczeniowymi koncernami północnoamerykańskimi i europejskimi, to: 1) CIGNA ISAPRE (od 1991 roku) – skupiała około 100 000 ubezpieczonych; 2) Aetna ISAPRE S.A. (od 1993 roku) z 60 000 ubezpieczonych. Koncern *Aetna* stał się także posiadaczem 100% akcji innej firmy: 3) Cruz Blanca ISAPRE S.A. Dawało to koncernowi *Aetna* łącznie drugą pozycję w szeregu ISAPRE w Chile¹¹. ISAPRE oferowały polisy ubezpieczeniowe, zależne od wielkości rodziny, od wielkości składki i o określonym poziomie obowiązkowej współpłaty.

Wnoszenie dodatkowych opłat stało się jednakże znacznym problemem w realizacji planów ISAPRE. Około 24% ubezpieczonych w ISAPRE otrzymywało pomoc medyczną w publicznych szpitalach i przychodniach, bo nie stać ich było na dodatkowe opłaty. Do roku 1995 ISAPRE ograniczały przyjęcia przewlekłe chorych z poważnymi problemami zdrowotnymi. Po przekroczeniu 65. roku życia ubezpieczeni byli przekazywani do systemu ubezpieczeń publicznych. W roku 1998 w szpitalach publicznych ubezpieczeni w ISAPRE stanowili: 11% przypadków chirurgicznych i 9% porodów.

ISAPRE zabiegały o młodych ubezpieczonych, nieobciążonych chorobami przewlekłymi. Tylko 3,2% ubezpieczonych w ISAPRE liczyło ponad 60 lat, wobec średniej w populacji generalnej 8,9%, a leczonych w szpitalach i przychodniach publicznych 12,0%. Istniała powszechna

¹¹ C. Iviart, E.E. Merthy, H. Waitzkin /2001/: *Managed care in Latin America: the new common sense in health policy reform*. Social Science & Medicine, 52, 1243-1253.

opinia, że neoliberalna reforma nie zlikwidowała braku równego dostępu do opieki zdrowotnej ani niewydolności systemu¹². Należy podkreślić, że ekspansji firm ubezpieczeniowych na rynku usług medycznych sprzeciwiało się stowarzyszenie lekarzy (*Colegio Medico*), wspierając działania FONASA¹³.

Spadek po rządach junty to niedofinansowany sektor zdrowotny, w szczególności szpitalnictwo oraz kłopoty w podstawowej opiece zdrowotnej związane ze sposobem finansowania, o czym wspomniano uprzednio.

Pierwsze rządy demokratyczne (prezydentury A.P. Aylwina w latach 1989-1993, a następnie E. Freya 1993-2000) nie dokonały zasadniczych zmian w funkcjonującym systemie zdrowotnym.

W latach 90. dokonało się dalsze umocnienie mieszanego rynku publiczno-prywatnego usług zdrowotnych (obsługiwał ok. 25% populacji), do którego przechodziła coraz większa liczba lekarzy i pielęgniarek. Znajdujący się w dobrej sytuacji finansowej system ISAPRE obsługiwał głównie silną ekonomicznie ludność w średnim wieku. Uzależniał zakres usług od typu umowy ubezpieczeniowej i od wielkości współpłaty za poszczególne świadczenia medyczne (która wynosiła średnio 26,7% w 1994 roku).

Ubezpieczeni w FONASA średnio zarabiający pracownicy w skrajnych grupach wiekowych (młodzież i starcy) zostali zakwalifikowani do czterech kategorii: kategoria A) bezrobotni i nieczynni zawodowo (w roku 1990 stanowili 38,8%); kategoria B) słabo zarabiający (30,6%); obie kategorie miały prawo korzystania tylko z usług publicznych szpitali i przychodni. Kategorie C) i D) to grupy lepiej zarabiających (w roku 1990 odpowiednio 9,2% i 9,0%), których obowiązywała współpłata w wysokości 10-15%. Kategorie te posiadały także prawo korzystania z usług prywatnych świadczeniodawców, lecz tylko w 50% refundowanych przez FONASA.

Prezydent A.P. Aylwin utrzymał system ukształtowany w czasie rządów junty z nieznacznymi modyfikacjami, takimi jak zwiększenie roli POZ i zwiększenie jego zasilania z budżetu państwa. Szpitale odczytały to jako rażącą niesprawiedliwość i zareagowały strajkami. Jest rzeczą

¹² N. Homedes, A. Ugalde /2005/: *Human resources ...*, *op. cit*

¹³ C. Iviart, E.E. Merhy, H. Waitzkin /2001/: *Manager care...*, *op. cit*

wartą podkreślenia, że jeden z ważnych obszarów działania opieki zdrowotnej w Chile – program dostarczania żywności (mleka) kobietom w ciąży i dzieciom do lat 6 oraz dzieciom w wieku szkolnym (gdy istniała taka potrzeba), pozostał nienaruszony od momentu jego powstania w późnych latach trzydziestych ubiegłego wieku. Umieralność niemowląt w ciągu niecałych 20 lat spadła z poziomu 65/1000 w roku 1974, do poziomu 15/1000 w roku 1992.

Rządy centrolewicy E. Freya nie przyniosły zasadniczych zmian systemowych, skoncentrowano się głównie na równym dostępie do usług medycznych. Starano się uzyskać konsens ze strony grup interesu w opiece zdrowotnej. Wytworzyła się bowiem sytuacja, że o zmianach (np. alokacji środków, opłatach *per capita* w POZ, wprowadzeniu do szpitali systemu DRG) decydowały zarówno procedury legislacyjne, jak i strajki personelu. Spowodowało to ponowną zmianę priorytetów, tym razem z POZ na opiekę szpitalną. Wydatki na zdrowie w sektorze prywatnym ISAPRE wykazały dynamiczny wzrost z poziomu 0,38% PKB w roku 1985, do 1,77% PKB w roku 1996. Natomiast w sektorze publicznym FONASA zapanowała stagnacja.

Kolejne rządy demokratyczne rozpoczęły prace zmierzające do zapewnienia równości dostępu do świadczeń zdrowotnych i poczucia bezpieczeństwa zdrowotnego. Dotyczyło to prezydentury Ricardo Lagos Escobara (lata 2000-2006) oraz wybranej w styczniu 2006 Michelle Bachelet.

Uznając system ISAPRE za odpowiedzialny za brak równego dostępu do opieki zdrowotnej, w roku 2002 rozpoczęto prace legislacyjne nad projektem gwarantowanych świadczeń zdrowotnych pod nazwą planu AUGE. Centralną osią tego projektu było: zapewnienie dostępu do placówek opieki zdrowotnej i leczenie 56 jednostek chorobowych uznanych za priorytetowe ze względu na częstość występowania oraz koszty leczenia i następstwa zdrowotne (wysoka śmiertelność, inwalidztwo). Plan AUGE był obowiązujący jednakowo dla wszystkich ubezpieczonych bez względu na wiek, płeć, zamożność i przynależność do systemu ubezpieczeniowego, zarówno FONASA, jak i ISAPRE. Po wielu miesiącach debat nad planem AUGE, w roku 2004 uchwalono znacznie ograniczony pakiet gwarancji zdrowotnych (*Garantias explicitas en salud, GES*), dotyczący tylko 25 stanów chorobowych. GES weszły w życie 1 lipca 2005

roku. Mimo znacznego ograniczenia pierwotnej listy GES stanowiły znaczący krok do przodu na drodze do przełamania dualnego charakteru systemu chilijskiego, gdyż zapewniały obowiązkowy i jednakowy dostęp do opieki zdrowotnej będącej w gestii zarówno publicznego, jak i prywatnego systemu ubezpieczeniowego. Pakiet gwarancji dotyczył procedur diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych oraz dodatkowych, specyficznych dla danej jednostki chorobowej¹⁴.

Równocześnie parlament chilijski uchwalił pakiet ustaw o znaczeniu fundamentalnym dla dalszego rozwoju opieki zdrowotnej: prawo o zasadach finansowania, prawo o prywatnych ubezpieczeniach zdrowotnych, prawo o wypłacalności prywatnych ubezpieczycieli zdrowotnych, prawo o władzach służby zdrowia¹⁵. Sprawy te będą przedmiotem osobnego doniesienia.

4. Uwagi końcowe (próba podsumowania)

Reformowanie systemów zdrowia jest procesem nigdy niekończącym się, wymagającym uwzględnienia różnych czynników, w tym także historii i kultury danego kraju, a nie głównie opinii zewnętrznych ekspertów. Ważną rzeczą w powodzeniu reform jest branie pod uwagę opinii głównych interesariuszy w kontekście włączania w proces zmian.

Neoliberalny model zmian systemu zdrowotnego w Ameryce Łacińskiej, proponowany przez międzynarodowe instytucje finansowe, zakładał, że sektor opieki zdrowotnej osiągnie maksimum efektywności, gdy zostanie sprywatyzowany, a funkcją rządów będzie tylko ogólny nadzór. Gdy wprowadzono reformy rządy nie posiadały jednakże instytucji mogących regulować działalność prywatnych firm ubezpieczeniowych, organizacji o charakterze HMO czy firm farmaceutycznych, tak aby z jednej strony zapewnić odpowiedni poziom usług, a z drugiej – ochronę konsumentów.

Wielu obserwatorów uważa, że reformy nie tylko nie osiągnęły zakładanych celów, ale zmniejszyły efektywność, zwiększając nierówność

¹⁴ A. Sojo /2006/ *Health benefits quarantees in Latin America: equity and quasi-market restructuring at the beginning of the Millenium*, UN-CEPAL Social Development Unit, Serie estudios y perspectives, nr 51, Mexico, D.F. May 2006

¹⁵ L.M. Letelier, P. Bedregal /2006/: *Health reform in Chile*, Lancet, 368 /9554/: 2197-8

oraz niezadowolenie konsumentów. Jakość usług nie polepszyła się, a głównymi beneficjentami stały się korporacje ponadnarodowe, pracownicy i eksperci międzynarodowych instytucji finansowych, konsultanci oraz banki i agencje obejmujące kontrakty pomocy technicznej. Co więcej – dzięki polityce pożyczkowej Bank Światowy stał się największym międzynarodowym graczem w sferze polityki zdrowotnej w krajach Ameryki Łacińskiej, co miało także wpływ na osłabienie własnych polityk poszczególnych krajów.

W Chile ocena dokonywanych w latach ubiegłych reform opieki zdrowotnej i systemu ubezpieczeń zdrowotnych nie skłania do optymizmu.

Kolejne reformy w chilijskim modelu dualnym nie tylko nie wpłynęły na wyrównanie dostępu do opieki zdrowotnej, ale zwiększyły tę nierówność. Dokonał się podział ludności na klasy społeczne według wielkości zasobów i – co za tym idzie – dostępu do opieki zdrowotnej.

Nie spełniło się założenie, że samo istnienie konkurencji między równoległymi sektorami (publicznym i prywatnym) spowoduje redukcję kosztów opieki zdrowotnej. Wzmocnił się sektor prywatnych ubezpieczeń zdrowotnych, który pozyskał najlepiej zarabiającą klientelę i zarazem reprezentującą najniższe dla ubezpieczyciela ryzyko. Sektor ubezpieczeń społecznych i publiczna opieka zdrowotna (stanowiący 70% rynku ubezpieczeń) skupił kręgi osób słabo zarabiających i reprezentujących wysokie ryzyko; nadreprezentacja osób wysokiego ryzyka generowała coraz wyższe koszty w tym sektorze. Konieczność dopłat (współpłatność maksymalna 20%) stanowiła barierę w dostępie do opieki zdrowotnej ludności słabiej zarabiającej, co paradoksalnie przyczyniło się do zahamowania dalszej ekspansji sektora prywatnego ponad 30% udział w rynku. Oba sektory ubezpieczeń zdrowotnych, publiczny i prywatny, pokrywały w sumie dwie trzecie ludności; jedna trzecia ludności pozostała nadal poza systemami ubezpieczeń, co przypisuje się brakowi odpowiedniej polityki zdrowotnej, brakowi infrastruktury, a także dysfunkcjonalności systemu.

W ocenie niektórych autorów poziom objęcia ludności, równość w dostępie do opieki zdrowotnej i skuteczność działań wzrosną dopiero wtedy, gdy dualny system ulegnie integracji w tym sensie, że oba istniejące obecnie systemy staną się komplementarne. Krokiem w dobrym kierunku jest wprowadzenie projektu gwarantowanych świadczeń zdrowotnych /AUGE/.

R E C E N Z J A

Stanisław Przyjemski

Juliusz Duda: Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2006 r., s.s. 232.

Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. nr 111, poz. 535 z późn. zm.; ostatnia nowelizacja w 2005 r. – Dz.U. nr 175, poz. 1462) funkcjonuje w Polsce już 12 lat. Weszła bowiem w życie 21 stycznia 1995 r. Była ona od wielu lat oczekiwana. Obecnie stanowi pierwszy w naszym państwie akt prawny o randze ustawowej dotyczący tak bardzo delikatnej, a zarazem kontrowersyjnej problematyki.

Staraniem znanej i prestiżowej oficyny wydawniczej, na kanwie tego aktu prawnego, ukazała się przedstawiona w tytule publikacja. Jej Autor jest adwokatem, członkiem Towarzystwa Naukowego Prawa Karnego w Warszawie oraz Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego im. prof. Stanisława Batawii w Warszawie.

Publikacja jest klasycznym komentarzem prawniczym. Będąca jego podstawą ustawa reguluje m.in. prawa pacjentów szpitala psychiatrycznego i domów pomocy społecznej, postępowanie lecznicze w stosunku do osoby leczonej za jej zgodą albo bez jej zgody, instytucję przymusu bezpośredniego, a także postępowanie przed sądem opiekuńczym w sprawach w tym akcie określonych oraz ochronę tajemnicy dotyczącej w szczególności procesu leczenia.

W tzw. „skrzydełku” pochodzącym od Wydawcy podkreśla się, że pozycja ta zawiera odniesienia do Europejskiej Konwencji Praw Człó-

wieka i uwzględnia także aktualne orzecznictwo oraz większość istotnych publikacji prawno-lekarskich, które dotycząc omawianej problematyki, ukazały się w ciągu ostatnich 40 lat.

Pierwszy komentarz odnoszący się do wskazanej problematyki, a będący również autorstwa J. Dudy, ukazał się w systemie informacji prawnej *Lex Polonica Maxima* w grudniu 2002 r., w programie komputerowym też wydawanym przez oficynę LexisNexis.

Przygotowując prezentowany komentarz Autor miał na uwadze szeroki krąg jego odbiorców. We wstępie do tego dzieła wskazuje, że kieruje go przede wszystkim do praktyków wymiaru sprawiedliwości, lekarzy ale i pacjentów.

Sama komentowana ustawa jest, porównując jej zawartość z innymi aktami rangi ustawowej, niech mi wolno będzie użyć takiego określenia – średnio obszerna. Zawiera bowiem poza preambułą jeszcze 56 artykułów. Zostały one rozmieszczone w siedmiu rozdziałach zatytułowanych: 1. *Przepisy ogólne*; 2. *Badania, leczenie, rehabilitacja oraz opieka i pomoc*; 3. *Postępowanie lecznicze*; 4. *Przyjęcie do domu pomocy społecznej*; 5. *Postępowanie przed sądem opiekuńczym*; 6. *Ochrona tajemnicy*; 7. *Przepisy karne, zmiany w przepisach obowiązujących oraz przepisy przejściowe i końcowe*.

Sumiennosc z jaką Autor zgłębił zakres merytoryczny komentowanej ustawy jest już widoczna z pierwszych stron tej lektury. Wystarczy choćby zwrócić uwagę na to, że z jednozdaniowej preambuły do ustawy (*Uznając, że zdrowie psychiczne jest fundamentalnym dobrem osobistym człowieka, a ochrona praw osób z zaburzeniami psychicznymi należy do obowiązków państwa, stanowi się co następuje*) wywiódł aż 17 tez, z których żadnej nie można by uznać za zbędną. Ma bowiem ten wstęp szczególne znaczenie przy wykładni przepisów komentowanego aktu. Przykładowo wskazując to w tezie „4” Autor podnosi, że ustawodawca odwołał się wprawdzie do jednego dobra osobistego, jakim jest właśnie zdrowie psychiczne, to jednak nie wynika z tego, jakoby ustawa nie miała na celu nawet pośrednio ochrony innych dóbr, np. wolności, sfery życia prywatnego, nietykalności cielesnej lub czci. Zakresy poszczególnych dóbr osobistych nie są wszak ściśle rozgraniczone. Pacjent odbywający terapię w szpitalu psychiatrycznym pozostaje bowiem w przemijającym stosunku zależności od lekarzy, pomocniczego personelu medycznego

itp. W razie znęcania się fizycznego (np. naruszania nietykalności cielesnej) lub psychicznego (np. poniżania, udręczania, dokuczania, grożenia, znieważania) nad nim wymienione podmioty muszą liczyć się z odpowiedzialnością karną z art. 207 § 1 lub § 2 k.k., a gdy następstwem ich znęcania jest targnięcie się pacjenta na własne życie – z odpowiedzialnością karną przewidzianą w art. 207 § 3 k.k.

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego zawiera szeroki krąg przepisów o charakterze administracyjno-porządkowym w sferze postępowania z osobami wymagającymi hospitalizowania psychiatrycznego lub umieszczenia pacjentów w domu pomocy społecznej. Treść komentarza prowadzi jego użytkownika jak gdyby za rękę w kwestii wskazywania stosownych rozwiązań podustawowych, które muszą być uwzględniane przy realizowaniu umieszczenia pacjenta w odpowiedniej do jego stanu placówce. Również i w tym zakresie komentarz spełnia funkcję swoistego *vademecum*. Warto tu jednak za Autorem zwrócić uwagę na to, że ustawa o ochronie zdrowia psychicznego całkowicie pomija niestety problem rozbieżności między lekarzami psychiatrami, względnie między lekarzem psychiatrą a psychologiem, powstającej na tle przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego. Zasięgana opinia nie ma jednak charakteru wiążącego dla lekarza zwracającego się o nią, ma ona jedynie upewnić go co do słuszności postawionej diagnozy i podjętej decyzji (tak w tezie 13 do art. 23 ustawy).

Wobec wielości i kompletności tez sformułowanych przez J. Dudę do każdego z przepisów ustawy trudno byłoby wskazać te najistotniejsze. Na podstawie prawa recenzenta do subiektywnego wyboru zwracam jednak uwagę na tę część merytorycznego zakresu komentowanej ustawy obejmującą postępowanie lecznicze wobec osoby, co do której zabiegi podejmowane są za jej zgodą albo względem osoby leczonej bez jej zgody. Autor komentarza wskazuje, że czynności lecznicze mogą być podjęte przy pełnej akceptacji pacjenta, względnie przy użyciu wobec niego przymusu bezpośredniego. Zanim jednak lekarz przystąpi do wskazanych interwencji medycznych, musi zapoznać osobę przyjętą do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody z planowanym w stosunku do niej postępowaniem leczniczym, tzn. powinien przedstawić jej sposób postępowania i powody jego zastosowania. Chyba że jest to niewykonalne ze względu na stan pacjenta. W dalszej kolejności powinien

starać się uzyskać zgodę pacjenta na to leczenie. Brak zgody powinien skutkować wdrożeniem przymusu bezpośredniego. Lekarz stosujący uzasadniony przymus bezpośredni zwolniony jest z odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 192 § 1 k.k. (teza 2 do art. 33 ustawy). Trzeba tu mieć na uwadze, że leczenie bez zgody pacjenta stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego, a zwłaszcza, jak wynika z treści art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – do jego integralności fizycznej.

W rozdziale 5 ustawy uregulowana jest kwestia niezbędności postępowania przed sądem opiekuńczym. Jest nim zgodnie z art. 568 § 1 k.p.c. sąd rejonowy przy uwzględnieniu jego właściwości miejscowej, do której odsyłają szczegółowe przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, a to według: miejsca zamieszkania osoby, której postępowanie dotyczy – tj. art. 22 ust. 2, ust. 4 i ust. 5; art. 29 ust. 2; art. 39 ust. 1; 2) miejsca siedziby szpitala psychiatrycznego – tj. art. 22 ust. 2b; art. 22 ust. 6; art. 25 ust. 1; art. 27; art. 28; art. 35 ust. 3; art. 44 ust. 1; 3) miejsca siedziby domu pomocy społecznej – tj. art. 44 ust. 3 w zw. z art. 44 ust. 1 i 2. Każda z tych sytuacji podlega obszernemu wyjaśnieniu przez Komentatora wskazującego, że w przypadku braku zdolności do świadomego wyrażania zgody i braku przedstawiciela ustawowego (skoro choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy, nie są wystarczającymi przesłankami do ubezwłasnowolnienia) dokonanie interwencji medycznej, niewiążącej się z podwyższonym ryzykiem, jest możliwe po wyrażeniu zgody właśnie przez sąd opiekuńczy. Prawna bowiem możliwość indywidualnego wpływania na postępowanie lekarza wobec pacjenta, który może nie mieć zdolności decydowania o sobie, czyni zadanie szeroko pojmowanej i konstytucyjnie gwarantowanej wolności człowieka (art. 41 ust. 1 Konstytucji RP).

Autor komentarza poświęca wiele uwagi nałożonemu przez ustawę, na osoby wykonujące czynności z niej wynikające, obowiązkowi zachowania ich w tajemnicy. Wprawdzie zawarty w rozdziale 6 (Ochrona tajemnicy) art. 50 nie zawiera definicji tego nakazu, ale określa jego zakres do wszelkich informacji uzyskanych przez personel w trakcie realizacji czynności przez ten akt prawny określonych. A krąg osób zobowiązanych do dochowania tajemnicy zawodowej ujęty został w sposób bardzo szeroki. Obejmuje on m.in. personel medyczny, kadre admini-

stracyjną, prokuratora, Policję, psychologa, sędziego wizytującego, sędziego opiekuńczego, strażnika.

Ochrona karnoprawna sprowadzona jest w ustawie do treści art. 53 – *Kto podaje lekarzowi lub organowi właściwemu do wykonywania niniejszej ustawy informacje o występujących u innej osoby objawach zaburzeń psychicznych, wiedząc, że te informacje są nieprawdziwe, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku*. Przywołując także poglądy M. Bojarskiego i W. Radeckiego, Autor wskazuje, że do pociągnięcia do odpowiedzialności z art. 53 ustawy nie jest konieczne wykazanie, że sprawca działał w celu umieszczenia osoby w szpitalu psychiatrycznym, czy w domu pomocy społecznej, a jedynie to, że sprawca wiedział o tym, że podawane przez niego informacje o zaburzeniach psychicznych u innej osoby są nieprawdziwe. Jeżeli natomiast sprawca działał w celu umieszczenia osoby w zamkniętym zakładzie, to nie jest wykluczona jego odpowiedzialność za usiłowanie pozbawienia wolności z art. 189 § 2 k.k., w zbiegu kumulatywnym z art. 53 k.k.

Przedstawiony komentarz ma charakter interdyscyplinarny. Znajdują się w nim rozważania dotyczące wielu zagadnień mających swe źródło w różnych dziedzinach prawa, a także w medycynie, etyce i deontologii lekarskiej.

Autor będący prawnikiem zajmującym się stykiem problemów tej właśnie gałęzi działalności społecznej z medycyną jest znany przede wszystkim w obydwu tych środowiskach zawodowych. Spod Jego pióra wyszły bowiem dwie znaczące monografie, a to: *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty cywilnoprawne; Zakamycze 1998* oraz *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty karnoprawne. Zakamycze 2004*. Tak więc i te dzieła dotykały szeroko zagadnień etycznych, deontologii lekarskiej, a także pewnych problemów z zakresu filozofii. Jak widać warsztat twórczy Autora obejmuje wiele zagadnień, a bibliografia do recenzowanego komentarza, na którą składa się 360 pozycji, wskazująca na głębię poszukiwań, wzbudza należyty szacunek.

Przedstawioną tu książkę można traktować jako niezwykle przydatne *vademecum* dla bardzo szerokiego grona praktyków ale można też wyrazić przekonanie, że zostanie ona zauważona również w kręgach naukowych związanych z dziedziną, jaką jej treść obejmuje.

Jej przydatność można by ująć w lapidarnej treści ulubionej paremii wielkiego psychiatry – prof. Tadeusza Dreszera, a powtarzanej przez tego uczonego z pewnym przymrużeniem oka, że przecież *non est magnum ingenium sine mixtura dementiae*.

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

Mirosław Nesterowicz

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2006 r.
(I CSK 191/05)**

Niezachowanie pisemnej formy oświadczenia pacjenta wyrażającego zgodę na zabieg operacyjny (art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, jedn. tekst Dz. U. 2005, Nr 226, poz. 1943) nie pociąga za sobą nieważności samej zgody. Skutki niezachowania wymaganej formy określa art. 74 k.c.

U z a s a d n i e n i e

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny w Rzeszowie dokonał zmiany orzeczenia Sądu Okręgowego w Rzeszowie w ten sposób, że zasądził *in solidum* od pozwanych TUiR „Warta” S.A. Oddział w Rzeszowie, Niepublicznego ZOZ „A.” Spółki z o.o. w Rz. i K.P. na rzecz powódki T.M. kwotę 3.000 zł, oddalając powództwo w pozostałym zakresie, oddalając apelację powódki oraz częściowo apelacje pozwanych.

Powódka domagała się zasądzenia na jej rzecz kwoty 150.000 zł tytułem odszkodowania oraz 250.000 zł tytułem zadośćuczynienia i renty w wysokości 800 zł miesięcznie za szkodę jaką poniosła na skutek rozszerzenia zakresu operacji, której była poddana przez pozwanego chirurga K.P. w Spółce „A”.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 18 maja 2000 r. u powódki został wykryty mięśniak macicy i lekarz wykonujący badanie zalecił jak najszybsze przeprowadzenie zabiegu. Zięc powódki będący lekarzem wy-

stawił skierowanie do pozwanego Niepublicznego ZOZ po uzyskaniu informacji, że w miesiącu czerwcu u powódki wystąpiło obfite krwawienie. 27 czerwca 2000 r. powódka zgłosiła się do pozwanego K.P., który po przeprowadzeniu badania i przeanalizowaniu wyników badań USG potwierdził występowanie mięśniaka i poinformował powódkę o konieczności pilnego przeprowadzenia zabiegu. Powódka następnego dnia zgłosiła się do pozwanego Zakładu. Udzielane jej informacje, zarówno w czasie wizyty u pozwanego K.P., jak i w szpitalu, były nieprecyzyjne. W szczególności powódka nie była w stanie wyrobić sobie zdania co do sposobu przeprowadzenia operacji (metoda laparoskopowa lub tradycyjna), a także co do zakresu operacji (usunięcie macicy czy także jajników). W podpisanych przez powódkę dokumentach (ankieta anestezyjologiczna, zgoda na przyjęcie do szpitala, zgoda na zabieg oraz na przetoczenie krwi), zakres operacji został określony jako „usunięcie macicy”.

W toku operacji powódce usunięto zarówno macicę, jak i przydatki. Po zabiegu przebywała dwie doby w szpitalu, a następnie wypisano ją do domu z zaleceniem, aby w razie złego samopoczucia zgłosić się do szpitala albo dzwonić na podany jej przez pozwanego numer jego telefonu komórkowego. Powódka mimo złego samopoczucia i wysokiej gorączki nie skorzystała z tych zaleceń, lecz po kilku dniach leżenia w domu zgłosiła się do Szpitala nr 2 w Rzeszowie, gdzie była leczona.

W tak ustalonym stanie sprawy Sąd Okręgowy uznał za zasadne twierdzenie powódki, że bez jej zgody zostały usunięte przydatki i że nie została ona należycie poinformowana o zabiegu i jego skutkach. Natomiast wyraziła ona zgodę na usunięcie macicy. Co do przekonania powódki, że zabieg miał zostać wykonany metodą laparoskopową, to – zdaniem Sądu – brak było podstaw do powzięcia takiego przekonania. Powódce wobec pozwanej Spółki przysługuje roszczenie oparte na art. 19 a ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej w związku z art. 448 k.c., zaś wobec pozwanego lekarza na podstawie art. 445 § 1 k.c. Odpowiedzialność pozwanego Zakładu Ubezpieczeń znajduje podstawę prawną w art. 805 i następnych k.c. Sąd Okręgowy nie uznał natomiast za zasadne roszczenia o rentę. Stwierdził, że usunięcie przydatków nie wpłynęło negatywnie na aktywność zawodową powódki, a jej stan nie może zostać zakwalifikowany jako wymagający ponoszenia wydatków w rozumieniu szkody majątkowej.

W wyniku apelacji wszystkich stron Sąd Apelacyjny dokonał zmiany zaskarżonego orzeczenia. Stwierdził, że zebrane w sprawie dowody pozwalają na ustalenie, że powódka dwukrotnie była badana przez K.P. Podczas drugiej wizyty w dniu 28 czerwca 2000 r. została ona poinformowana, że niezbędne jest usunięcie macicy wraz z przydatkami, a po operacji niezbędne będzie stosowanie hormonalnej terapii zastępczej. Podobnej treści informacje zostały jej przekazane w sali przedoperacyjnej, przy czym powódka sprawiała wrażenie, że informacje te zrozumiała i wyraziła zgodę na tak określony zakres zabiegu. Oznacza to, że powódka uzyskała odpowiednią informację i wyraziła zgodę na usunięcie macicy wraz z przydatkami. Odmienna treść pisma zawierającego zgodę powódki na operację nie pociąga za sobą powstania odpowiedzialności pozwanych, gdyż zgoda pacjenta nie zawsze musi być wyrażona na piśmie; wystarczy, gdy jego wola zostanie przejawiona w sposób dostateczny. Sąd Apelacyjny podzielił wyrażony w literaturze pogląd, że art. 34 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza zawiera uregulowanie formy pisemnej *ad probationem* (dla celów dowodowych). Istnienie zgody można dowodzić zatem wszelkimi środkami dowodowymi, a niezachowanie formy pisemnej nie oznacza braku zgody.

Sąd drugiej instancji uznał natomiast, że powódka poniosła szkodę na skutek nienależytej opieki po dokonanej operacji. Została zbyt wcześnie wypisana ze szpitala – w jej stanie zdrowia powinna być hospitalizowana co najmniej przez cztery doby. Powódka przyczyniła się jednak do powstania szkody w 50%. Pozostałe dolegliwości, w tym dolegliwości w sferze psychicznej, pozostają poza granicami normalnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a wykonanym zabiegiem.

Skarga kasacyjna powódki oparta została na podstawie naruszenia prawa materialnego i zawiera zarzut naruszenia art. 34 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 i 7 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry. Zdaniem skarżącej naruszenie wskazanych przepisów nastąpiło przez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że pisemna zgoda pacjenta na zabieg operacyjny jest zastrzeżona jedynie dla celów dowodowych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz.U. 2005, Nr 226, poz. 1943) stanowi w art. 32 ust.1,

że lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić świadczeń zdrowotnych, co do zasady, po wyrażeniu zgody przez pacjenta. Zgodnie z ust. 7 tego artykułu zgoda może być wyrażona ustnie albo nawet poprzez takie zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym. Ustawa w sposób odrębny reguluje kwestię zgody na zabieg operacyjny albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta. Zgodnie z art. 34 ust. 1 dokończyć zabiegu operacyjnego albo zastosować wspomnianą metodę diagnostyki lub leczenia można po uzyskaniu pisemnej zgody pacjenta. W ustawie nie sprecyzowano jakie skutki pociąga za sobą niezachowanie wymaganej formy wyrażenia zgody przez pacjenta.

Zgoda pacjenta, jak się powszechnie wskazuje, stanowi okoliczność wyłączającą bezprawność naruszenia dobra osobistego. Sporny jest natomiast jej charakter prawny. Nie odnosząc się do prezentowanych w doktrynie poglądów, Sąd Najwyższy przyjmuje, że jest to przejaw woli podobny do oświadczenia woli. Na taki charakter zgody wskazują uregulowania zawarte w ustawie o zawodzie lekarza: art. 32 ust. 4 – stanowiący, że w przypadku osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej zgodę wyraża przedstawiciel ustawowy tej osoby, jednak gdy osoba taka jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie badania, konieczne jest uzyskanie jej zgody; art. 32 ust. 5 – wprowadzający wymagania uzyskania zgody osoby, która ukończyła lat 16; art. 34 ust. 4 – także wprowadzający wymagania uzyskania zgody na zabieg operacyjny osoby, która ukończyła 16 lat.

Przyjęcie, że zgoda pacjenta na zabieg operacyjny jest przejawem woli podobnym do oświadczenia woli oznacza, iż do tego przejawu woli znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące oświadczeń woli oraz czynności prawnych. W szczególności w grę wchodzić będą przepisy regulujące skutki złożenia wadliwego oświadczenia woli (art. 82 i następane k.c.) oraz przepisy regulujące formę czynności prawnych (art. 73 i następane k.c.). Wobec nieuregulowania w ustawie o zawodzie lekarza i lekarza dentystry skutków prawnych niezachowania pisemnej formy zgody pacjenta na zabieg operacyjny oraz na zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej zwiększone ryzyko dla pacjenta, należy sięgnąć do art. 74 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem zastrzeżenie

formy pisemnej bez rygoru nieważności ma tylko ten skutek, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy nie jest w sporze dopuszczalny dowód ze świadków ani dowód z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności, przy czym reguła powyższa nie znajduje zastosowania, gdy zachowanie formy pisemnej jest zastrzeżone jedynie dla wywołania określonych skutków prawnych. Wyjątki od powyższej reguły przewidziane zostały w art. 74 § 2 k.c.

Jak już wskazywano, ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentysty nie określa sankcji niezachowania pisemnej formy wyrażenia przez pacjenta (lub inne osoby upoważnione do wyrażenia takiej zgody – por. art. 32 ust. 2-4 oraz ust. 6 oraz art. 34 ust. 5). Sięgnięcie zaś do przepisów kodeksu cywilnego prowadzi do wniosku, że niezachowanie formy pisemnej pociąga za sobą jedynie ograniczenia dowodowe w toczącym się procesie, nie eliminując skutków prawnych samej zgody. Jako trafne należy zatem ocenić stanowisko Sądu drugiej instancji, a zarzut naruszenia art. 34 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 i 7 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty za pozbawiony podstaw. Odwołanie się przez skarżącą do wypowiedzianego w doktrynie poglądu odmiennego, przyjmującego nieważność zgody wyrażonej w innej formie niż pisemna, jest niewystarczające. Warto przy tym zauważyć, że pogląd tej treści został sformułowany w doktrynie prawa karnego, a nie prawa cywilnego, a stosunki cywilnoprawne oraz karnoprawne znacznie się różnią.

Wobec tego, że w skardze kasacyjnej nie zostały wskazane jako naruszone inne przepisy, Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną kierując się treścią art. 398¹⁴ k.p.c.

G l o s a

1. Wyrok Sądu Najwyższego dotyczy ważnej kwestii w postępowaniu leczniczym, tj. formy zgody pacjenta. Trzeba przypomnieć, że aby zgoda pacjenta (lub jego przedstawiciela ustawowego w sytuacjach przewidzianych przez ustawę o zawodzie lekarza) była ważna i wywierała skutki prawne, dając lekarzowi podstawy do działania, powinna być także „uświadomiona” (*informed consent*) i udowodniona.

Lekarz musi uzyskać zgodę pacjenta na wszelkie zabiegi medyczne, nie tylko terapeutyczne, lecz także na inne, mające charakter diagnostyczny. Zabiegi te, częstokroć pozbawione bezpośredniego celu leczniczego, łączą się nierzadko z ryzykiem dla zdrowia pacjenta, który powinien o ich przedmiocie wiedzieć. Dla przykładu – SN w wyroku z 25 marca 1981 r. (II CR 74/81) orzekł, że badania naczyniowe stanowią fazę wstępną do podjęcia zabiegu operacyjnego i wymagają także zgody pacjenta. Zgoda pacjenta powinna być wyraźna, a gdy chodzi o zabiegi przedstawiające wyższe ryzyko od przeciętnego (np. zabiegi chirurgiczne, cystoskopia, odma czaszkowa, arteriografia, koronarografia, biopsja nerek, wątroby, nakłucia szpiku kostnego, elektrowstrząsy itp.) – pisemna. W tych przypadkach brak sprzeciwu pacjenta na dokonanie zabiegu nie może być uważany za wyraz jego zgody, gdyż nie ujawnia jego woli w sposób dostateczny.

Szczególne spory i wątpliwości budzi w ostatnich latach kwestia zgody pacjenta na wykonanie badania krwi wykrywającego zakażenie HIV. W USA i w krajach zachodnich na ogół nie wolno, poza szczególnymi przypadkami, dokonywać bez zgody pacjenta takiego testu. Uważa się, że autonomia pacjenta i jego zgoda mają fundamentalne znaczenie we wzajemnych stosunkach pacjent – lekarz i oparte są na konstytucyjnych prawach do prywatności, nienaruszalności cielesnej i wolności jednostki. Pacjent ma prawo do kontroli wszelkich działań medycznych dotyczących jego osoby. Wiele stanów USA kwestię tę unormowało w drodze ustawowej. I tak np. *AIDS Confidentiality Act* stanu Illinois (1991) wymaga „objaśnionej” zgody (*informed consent*) pacjenta na piśmie, poza wymienionymi w ustawie wyjątkami. Postępowanie lekarzy naruszające ustawę powoduje procesy sądowe, w których powodowie domagają się odszkodowania za rozstrój zdrowia (emocjonalne stresy, niepokój, upokorzenie) oraz zapłaty tzw. „karnego odszkodowania” (*punitive damage*) za umyślne działanie bez zgody pacjenta (jak np. w sprawie *Doe v. Nold*, Illinois 1992), zwłaszcza gdy konieczność testu nie wynikała z żadnych okoliczności, a wynik testu był negatywny¹.

We Francji przykładem może być orzeczenie Cour de Paris z 20 lutego 1992 r. (D.1993. Somm.30), w którym sąd zasądził odszkodowanie

¹ Por. M. Nesterowicz, *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 211-212.

za szkodę moralną na rzecz pacjenta, bez którego wiedzy i zgody dokonano badania krwi na obecność przeciwciał HIV.

W Polsce Zespół ds. AIDS Naczelnej Rady Lekarskiej przyjął w 1992 r. następujące stanowisko: 1. Lekarz przeprowadzający czynności diagnostyczne służące rozpoznaniu choroby nie ma obowiązku uzyskiwania zgody pacjenta co do zakresu wykonywanych badań (w tym badań w kierunku zakażenia HIV). Lekarz ma obowiązek poinformowania pacjenta na jego wyraźne żądanie o celu wykonywania badań diagnostycznych (w tym w kierunku rozpoznania zakażenia HIV); 2. W każdym innym przypadku na wykonywanie testów wykrywających zakażenie HIV należy uzyskać zgodę pacjenta; 3. Nie wolno uzależniać jakichkolwiek badań i zabiegów lekarskich od uprzedniego wykonania i wyniku tych testów. Nie dotyczy to sytuacji opisanej w pkt 1.

Jeśli pacjent przybywa do szpitala, to po krótkim badaniu wstępnym w izbie przyjęć składa swój podpis w historii choroby w rubryce zakończonej stwierdzeniem: „Zgadzam się na proponowane leczenie i zabieg operacyjny”. To jest oświadczenie woli nie odpowiadające często jego rzeczywistej woli, zwłaszcza dlatego, że niejednokrotnie w chwili, gdy je składa, ustalenie rodzaju leczenia nie jest w pełni możliwe. Rzadko się bowiem zdarza, że pacjent z izby przyjęć „idzie” wprost na stół operacyjny, np. gdy przychodzi do szpitala po wcześniejszych badaniach wstępnych (np. dokonanych we współpracującej ze szpitalem klinice). Francuski Tribunal Civile de la Seine w orzeczeniu z 2 marca 1937 r. zinterpretował jako zgodę domniemaną na operację wejście chorego do szpitala (po uprzednim badaniu wstępnym) z notatką: sala operacyjna, piątek, 21 X, godz. 8:30². Zwykle jednak przeprowadza się przedtem różne badania wstępne, pozwalające na ostateczne postawienie diagnozy i określenie sposobu leczenia. Dlatego zgoda pacjenta na przyjście do szpitala nie jest zgodą na zabieg operacyjny, czy nawet na stosowanie badań o ryzyku ponadprzeciętnym, chyba że jasno i wyraźnie tak ustalono. Przeważnie jednak po przeprowadzeniu badań wstępnych należy pacjenta ponownie spytać o to, czy wyraża zgodę, przedstawiając mu przedmiot, ryzyko i skutki zabiegu, a zwłaszcza zabiegu operacyjnego. Trzeba więc pamiętać, że formalna zgoda pacjenta, udzielona w chwili przyścia do szpitala, nie obejmuje z zasady późniejszych, poważnych zabiegów, wskutek czego lekarz działa poza jej zakre-

² Zob. M.J. Lacas, *Les obligations du médecin*, Paryż 1938, s. 118.

sem, czyli **działa bez zgody**. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 14 listopada 1972 r. (I CR 463/72) zajął stanowisko, że brak sprzeciwu pacjenta lub też złożony przez niego automatycznie podpis na dokumencie stwierdzającym historię choroby, nie może być potraktowany jako zgoda na zabieg³.

Nie zawsze zgoda pacjenta musi być udzielona w formie pisemnej, powinna ona jednak być ujawniona w sposób dostateczny.

Art. 34 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza stanowi, że lekarz może wykonać zabieg operacyjny albo zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta po uzyskaniu jego pisemnej zgody. Jest to wymóg formy dla celów dowodowych. Dlatego za trafny należy uznać wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27 lutego 1991 r. (I AC 16/91, OSA 2/1991, poz. 5), który głosi, że: „Fakt braku dokumentu obejmującego zgodę pacjenta na dokonanie operacji jest nieistotny dla odpowiedzialności lekarzy, skoro zgoda niewątpliwie była. Zgoda jest bowiem aktem świadomości chorego, który może znaleźć na piśmie jedynie swe potwierdzenie. Brak takiego potwierdzenia w sprawie, nawet jeśli jest uchybieniem przepisom o charakterze porządkowym i zawodowym, nie pozostaje w żadnym związku przyczynowym ze zgonem pacjenta” (zgon nastąpił na skutek powikłań po operacji wady serca, mieszczących się w ramach ryzyka operacyjnego).

W piśmiennictwie prawniczym zwraca się uwagę, że czasami ze względu na stan psychiczny chorego należy ograniczyć się do zgody udzielonej ustnie w obecności świadka z personelu lekarskiego lub medycznego, a następnie dokonać odpowiedniego, możliwie dokładnego wpisu w historii choroby, co ma istotne znaczenie dla celów dowodowych. W innych przypadkach, aniżeli wymienionych w art. 34 ust. 1 ustawy, zgoda może być ustna. Czasami samo przyjście do lekarza lub zgłoszenie się na określone badania w przychodni lekarskiej stanowi zgodę dorozumianą. Musi być ona jednak wystarczająco wyraźna (art. 32 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza). Jednakże, jak orzekł Sąd w Lyonie w wyroku z 6 stycznia 1937 r.: „Zwykłe milczenie chorego nie może być traktowane jako wystarczające ujawnienie jego woli”⁴. Podobnie uważa się w doktrynie⁵.

³ Z glosą M. Nesterowicza, *Nowe Prawo* 4/1975, s. 587.

⁴ Cyt. za E. Arrighi de Casanova, *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile*, Paryż 1946, s. 144.

⁵ Zob. T. Vansweevelt, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruksela 1996, s. 154; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. II, Warszawa 1977, s. 65.

2. W glosowanej sprawie powódka twierdziła, że wyraziła jedynie zgodę na usunięcie macicy, tymczasem bez jej zgody rozszerzono zakres operacji i usunięto także przydatki. Oceny sądów były rozbieżne. Nie zachodził tu stan, gdy diagnozę lekarz mógł postawić dopiero w trakcie operacji⁶. W procesie konieczny był więc dowód, że powódka została poinformowana o konieczności usunięcia przydatków i wyraziła na to zgodę. Trafnie Sąd Najwyższy przyjął, że oświadczenie pacjenta dotyczące zabiegu operacyjnego powinno być wyrażone na piśmie, lecz forma pisemna jest tu wymagana dla celów dowodowych (*ad probationem*), dopuszczalne są więc wszelkie dowody. Brak formy pisemnej nie powoduje zatem nieważności zgody i bezprawności działania lekarza. Jednakże z uzasadnienia wyroku nie wynika, jakie dowody ze strony pozwanych zostały przedstawione: przesłuchanie stron, zeznania świadków, wpisy w dokumentacji medycznej. Mimo dopuszczalności wszelkich dowodów trzeba zauważyć, że nie zachodził tu stan nagły, powódka była badana podczas dwóch wizyt lekarskich, podobno informowana także o zakresie przewidywanego zabiegu w sali przedoperacyjnej. Dlaczego więc nie uzyskano od niej „poinformowanej” zgody na piśmie? Usunęłyby to wszelkie późniejsze wątpliwości i nie doszłoby na tym tle do procesu sądowego. Sąd Najwyższy w wyroku z 17 grudnia 2004 r. (II CK 303/04) orzekł, że: „Ciężar dowodu wykonania ustawowego obowiązku udzielenia pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji poprzedzającej wyrażenie zgody na zabieg operacyjny (art. 31 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza) spoczywa na lekarzu”⁷. Tym bardziej więc spoczywa na lekarzu ciężar dowodu, że pacjent wyraził zgodę na zabieg medyczny.

Pozwani „wygrali” więc proces, wątplię natomiast, aby udało się to lekarzom w takiej sytuacji przed sądem amerykańskim. W praktyce amerykańskiej oraz w niektórych innych krajach (Anglii, Niemczech, Kanadzie) stosuje się standardowe formularze zgody (*„permission sheet”*), z wyszczególnieniem różnych badań diagnostycznych i zabiegów

⁶ Tęgo dotyczyło orzeczenie SN z 29 XII 1969 r. (II CR 551/69, OSPiKA 1971, poz. 118 z glosą M. Nesterowicza), gdzie uznano odpowiedzialność lekarza (szpitala), który otrzymał zgodę pacjentki na operację guza na lewych przydatkach, usunął zaś prawe przydatki i macicę. Sąd Najwyższy orzekł: „Jeżeli lekarz operujący stwierdzi po otwarciu jamy brzusznej inny stan rzeczy, niż wynikał z badań klinicznych, może on w pewnych wypadkach przekroczyć zakres zgody na zabieg udzielony przez pacjenta. Może to jednak nastąpić tylko w wypadkach szczególnych, gdy nieprzeprowadzenie koniecznego zabiegu groziłoby życiu pacjenta, albo gdy chodzi o nieznaczną, a niezbędną korekturę projektowanego zabiegu”.

⁷ OSP 11/2005, poz. 131, z glosą M. Świdorskiej oraz glosą M. Nesterowicza, PS 6/2006.

operacyjnych. Na ogół nie wystarcza, że pacjent przy przyjęciu do szpitala podpisuje ogólny, standardowy formularz zgody na leczenie i zabiegi operacyjne⁸. Musi być wyraźnie określony zabieg i jego zakres⁹. W przeciwnym razie pacjent może lekarzowi postawić zarzut braku zgody lub „poinformowanej zgody”¹⁰. Ponadto wymaga się bardzo dokładnego prowadzenia dokumentacji medycznej pacjenta (historii choroby) i tam muszą być wszelkie dane dotyczące określonych wcześniej zabiegów, bądź takich, które okazały się konieczne w trakcie interwencji medycznej ze względu na zagrożenie życia pacjenta¹¹.

Podobnie powinno być w Polsce, lecz praktyka daleko odbiega od założeń teoretycznych i przepisów prawnych. Wadliwie i nieprawidłowo prowadzona dokumentacja medyczna pacjenta (naruszająca wymogi formalne, pełna luk, zawierająca zapisy lakoniczne i niepełne lub dokonane *ex post* po dłuższym czasie, niezgodna z dokumentacją zbiorczą itp.) utrudnia i przedłuża postępowanie dowodowe i pogarsza sytuację prawną lekarza w procesach sądowych¹².

⁸ Zob. P.J. Callahan, *The Law of Medicine*, N.Y. 1950, s. 55 i n.

⁹ Oczywiście nie można wszystkiego „zbiurokratyzować”. Formularze nie zwalniają lekarza od rozmowy z pacjentem, udzielenia mu informacji o ryzyku zabiegu, alternatywnych sposobach leczenia, prognozie itp., mają natomiast istotne znaczenie dowodowe – por. T. Vansweevelt, *op.cit.*, s. 156 i n.; M. Sośniak, *op.cit.*, s. 84.

¹⁰ Jak w sprawie *Auler v. Van Natta* (1977), gdzie Sąd Apelacyjny Indiany uznał odpowiedzialność lekarza za to, że w trakcie mastektomii wszczepiono pacjentce implant piersi, na co nie było dowodu jej zgody.

¹¹ S.E. Pegalis, H.F. Wachsman, *American Law of Medical Malpractice*, Rochester, N.Y., 1980, s. 73 i nast.

¹² Zob. bliżej na ten temat – K. Kordel, *Prowadzenie dokumentacji medycznej – implikacje dowodowe*, PiM 3/2006, s. 100 i nast.

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 wyłączone 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.