

REDAKCJA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prawo

Prof. Margaret Brazier (GB), Dr n. prawn. Maria Boratyńska
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:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Pawińskiego 5a, 02-106 Warszawa
tel. 0-22 668-71-56
e-mail: sekretariat@ipoz.pl
www.ipoz.pl

Wydawca:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Pawińskiego 5a, 02-106 Warszawa
tel. 0-22 668-71-56
e-mail: sekretariat@ipoz.pl
www.ipoz.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
02-798 Warszawa, ul. Ekologiczna 8 lok. 103
tel./fax 22 836 96 69
e-mail: wydawnictwo@borgis.pl
www.borgis.pl

Od Wydawcy

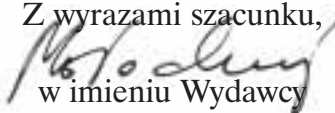
Szanowni Państwo!

Uprzejmie informuję, iż z dniem 8 lutego 2008 r. Wydawcą tytułu prasowego „Prawo i Medycyna” została spółka pod firmą Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o. jest działającą od 2005 r., prężnie rozwijającą się firmą, której profil działalności obejmuje m.in. zagadnienia związane z prawem medycznym, organizacją sektora opieki zdrowotnej, zarządzaniem zakładami opieki zdrowotnej oraz organizowaniem konferencji naukowo-szkoleniowych i warsztatów dla pracowników ochrony zdrowia i zakładów opieki zdrowotnej.

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o. jest również pomysłodawcą Ogólnopolskiego Portalu Prawa Medycznego, w ramach którego ukazuje się dwumiesięcznik internetowy „PrawoiMedycyna.pl” (www.prawoimedycyna.pl).

Mając na uwadze dotychczasowe osiągnięcia ukazującego się od 1999 roku kwartalnika „Prawo i Medycyna”, który jako pierwszy periodyk na rynku polskim poruszał problematykę szeroko rozumianego prawa medycznego, dołożymy wszelkich starań w celu zapewnienia dalszego rozwoju czasopisma.

Z wyrazami szacunku,

w imieniu Wydawcy
Teresa Małachwiej

Spis treści

Prof. dr hab. n. prawn. Andrzej Zoll

Uniwersytet Jagielloński

Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej a prawo lekarza do strajku 6

Dr n. prawn. Jan Kulesza

Uniwersytet Łódzki

**Źródła obowiązku gwaranta a odpowiedzialność karna lekarza
za zaniechanie pomocy 14**

Dr n. prawn. Beata Janiszewska

Uniwersytet Warszawski

**Ponadlimitowe świadczenia zdrowotne udzielane w schorzeniach
przewlekłych (uwagi na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego) 26**

Prof. dr hab. n. hum. Jacek Holówka

Uniwersytet Warszawski

Manipulacje na ludzkich zarodkach 41

Dr n. prawn. Joanna Haberko

Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

Mgr teologii Krzysztof Olszewski

Pontificia Universita Lateranese w Rzymie

**Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka
w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*) 65**

Dr n. prawn. Maria Boratyńska
Uniwersytet Warszawski

Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego 81

Prof. dr hab. n. med. Marek Sanecki
Dr n. med. Janusz Opolski,
Szkoła Zdrowia Publicznego CMKP

Reforma izraelskiego systemu ubezpieczeń i opieki zdrowotnej 97

Mgr prawa Dominika Złakowska-Cieślak
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

**Odpowiedzialność publicznego zakładu opieki zdrowotnej
w Hiszpanii za szkody wyrządzone przy leczeniu** 110

ORZECZNICTWO

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

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 września 2005 r.
(I ACa 236/05, LEX nr 175206)** 127

Mgr prawa Małgorzata Krywko
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

**Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2006 r.
(III CZP 8/06)** 139

Andrzej Zoll

Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej a prawo lekarza do strajku

Nikt nie może mieć wątpliwości, że także rok 2008 będzie obfitował w napięcia w służbie zdrowia, że lekarze odpowiedzialni za bezpieczeństwo życia i zdrowia pacjentów będą w obronie swoich praw pracowniczych protestować i że nie da się wykluczyć także najbardziej drastycznych form protestu ze strajkiem włącznie. Nadal więc aktualne będzie pytanie o odpowiedzialność strajkującego lekarza lub pielęgniarki¹ za nieudzielenie pomocy człowiekowi znajdującemu się w stanie bezpośredniego zagrożenia utraty życia lub powstania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Pytanie to dotyczy także sytuacji, gdy na skutek zaniechania świadczenia leczniczego dojdzie do powstania stanu bezpośrednio zagrażającego życiu lub zdrowiu pacjenta². Odpowiedź na to pytanie nie jest prosta, gdyż mamy w tym wypadku do czynienia z wzajemnym oddziaływaniem na siebie przynajmniej dwóch zespołów norm prawnych: regulujących obowiązki lekarza wobec uprawnionego do świadczeń medycznych pacjenta³ oraz prawo lekarza jako pracownika do protestu wobec pracodawcy, łącznie ze strajkiem⁴. W wypadku powstania sporu zbiorowego, o którym jest mowa w art. 1 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, zachodzi typowy przykład kolizji interesów prawnie chronionych. Poszukiwana odpowiedź musi zawierać klucz do rozwiązania tej kolizji. Sam problem kolizji nie byłby jeszcze specjalnie

¹ W dalszym ciągu będę pisał już wyłącznie o odpowiedzialności lekarza. Do odpowiedzialności pielęgniarki zasady te znajdować będą odpowiednie zastosowanie.

² Zob. wyrok SN z 5 listopada 2002 r., IV KKN 347/99, LEX nr 74394

³ Obowiązki te wynikają przede wszystkim z art. 68 Konstytucji RP a także z ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943).

⁴ To prawo wynika z art. 59 ust. 3 Konstytucji RP a także z ustawy z 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (Dz. U. Nr 55, poz. 236).

trudny, gdyż sam ustawodawca w ustawie o rozwiązywaniu sporów zbiorowych wskazuje na kierunek rozwiązania kolizji oraz który z kolidujących interesów musi ustąpić⁵. O tym będzie jeszcze szczegółowo mowa później. Zasadniczy problem wiąże się z nie do końca precyzyjnym określeniem podstaw odpowiedzialności lekarza w wypadku niewykonania obowiązku świadczenia pomocy medycznej w stosunku do pacjenta wymagającego natychmiastowej pomocy. Prawo karne ma bowiem istotne trudności ze sprecyzowaniem, w jakich wypadkach mamy do czynienia z prawnym szczególnym obowiązkiem niedopuszczenia do powstania skutku, którego naruszenie rodzi odpowiedzialność za ewentualne powstanie skutku, któremu wykonanie obowiązku miało zapobiec, a w jakich wypadkach nie występuje ten kwalifikowany obowiązek i jego niewykonanie pociąga za sobą odpowiedzialność tylko za sam brak wykonania obowiązku. Ta trudność występuje także w odniesieniu do obowiązków lekarza. W szczególności zachodzi wątpliwość, jak należy interpretować art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Przepis ten nakłada na każdego lekarza „obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”. Nie jest oczywiste, czy przepis ten statuuje „prawny szczególny obowiązek” w znaczeniu art. 2 k.k.,⁶ czy też jest to obowiązek natury ogólnej, którego niewykonanie pociągać może za sobą odpowiedzialność dyscyplinarną (zawodową) lub – przy zachodzeniu określonych warunków – odpowiedzialność karną za nieudzielenie pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 162 k.k.)⁷.

⁵ Art. 19 ust. 1 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych stanowi: „Niedopuszczalne jest zaprzestanie pracy w wyniku akcji strajkowych na stanowiskach pracy, urządzeniach i instalacjach, na których zaniechanie pracy zagraża życiu i zdrowiu ludzkiemu lub bezpieczeństwu państwa”.

⁶ Tak w szczególności L. Kubicki, *Zasady odpowiedzialności prawnej lekarza w świetle nowej ustawy o zawodzie lekarza*, Prawo i Medycyna 1999 z. 1, s. 23, tenże, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, Prawo i Medycyna 2003 z. 13, s. 4. Stanowisko to podziela P. Konieczniak, *Udział w proteście zbiorowym jako przewinienie zawodowe lekarza*, Prawo i Medycyna 1999 z. 2, s. 90.

⁷ Na takim stanowisku stanąłem w artykule *Prawo lekarza do odmowy świadczeń zdrowotnych i jego granice*, Prawo i Medycyna z. 13/2003 s. 18. Takie samo stanowisko zajęli J. Kulesza, *Lekarski obowiązek pomocy na tle obowiązku ogólnoludzkiego (art. 162 k.k.)*, Prawo i Medycyna, z. 1/2006, s. 104, a także E. Zatyka, *Lekarski obowiązek udzielenia pomocy a ryzyko związane z wykonywaniem zawodu (zarys problemu)*, (w) T. Dukiet-Nagórska (red.) *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*...s. 280

Za pierwszą interpretacją mogłoby przemawiać źródło tego obowiązku, którym jest niewątpliwie ustawa. Mamy więc do czynienia z obowiązkiem prawnym. Za przyjęciem szczególnego obowiązku miałyby przemawiać ograniczenie go do określonej grupy zawodowej⁸. Ten ostatni argument nie wydaje się przekonujący. Uznanie obowiązku, o którym jest mowa w art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, za obowiązek nie tylko prawny ale też szczególny, którego naruszenie, zgodnie z art. 2 k.k., rodzi odpowiedzialność za skutek, którego nastąpieniu wykonanie obowiązku miało zapobiec – prowadzi do rezultatów trudnych do zaakceptowania. Nie można uznać za trafny pogląd przyjmującego, że każdy lekarz, bez względu na okoliczności towarzyszące sytuacji wymagającej udzielenia pomocy, jest gwarantem bezpieczeństwa osoby potrzebującej takiej pomocy⁹. Artykuł 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry nakłada na lekarzy obowiązek ogólny, niezależny od relacji łączącej lekarza z osobą potrzebującą pomocy. Słusznie zwraca uwagę P. Konieczniak na niezbędną bliskość miejscową i czasową lekarza z osobą wymagającą pomocy. Lekarz musi mieć bowiem fizyczną możliwość udzielenia pomocy¹⁰. Norma wynikająca z tego przepisu (norma sankcjonowana) koresponduje z normą sankcjonowaną leżącą u podstaw normy sankcjonującej, wynikającej z art. 162 k.k.¹¹ Niewykonanie obowiązku wynikającego jedynie z art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry rodzi, przy spełnieniu warunków określonych w normie sankcjonującej, wynikającej z art. 162 k.k., odpowiedzialność karną z tego przepisu, niezależnie – na zasadach ogólnych – od odpowiedzialności zawodowej lub dyscyplinarnej. Jeżeli naruszenie obowiązku nie wiąże się z realizacją znamion typu czynu zabronionego z art. 162 k.k., to lekarz ponosi jedynie odpowiedzialność zawodową lub dyscyplinarną. Tak skonstruowana odpowiedzialność za zaniechanie obowiązku określonego w art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry jest niezależna od konsekwencji w zakresie życia lub zdrowia, którym wykonanie obowiązku miało zapobiec. Lekarz

⁸ Zob. L. Kubicki, *Obowiązek...*s. 4.

⁹ Trzeba przyznać, że L. Kubicki także uważa, że lekarz nie powinien być w każdym wypadku traktowany jako gwarant bezpieczeństwa osoby potrzebującej pomocy. Traktuje ten pogląd jednak jako postulat *de lege ferenda*. Zob. *Obowiązek*. s. 6 i n.

¹⁰ P. Konieczniak, *op. cit.*, s. 90.

¹¹ Zob. A. Zoll, *op. cit.* Słusznie zwraca jednak uwagę J. Kulesza na różnice zachodzące w obszarze normowania wynikającym z art. 162 k.k. i art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Zob. *op. cit.* s. 104).

będący na urlopie na plaży nie jest gwarantem bezpieczeństwa innych plażowiczów. Jeśli zatem nie ujawnił swojej profesji i nie przystąpił do akcji ratunkowej wobec innego plażowicza, który doznał np. zawału, to może, tak jak inni plażowicze, którzy biernie przyglądają się choremu, odpowiadać jedynie za nieudzielenie pomocy, a nie za skutek, któremu nie zapobiegł. Różnica oceny zachowania lekarza w stosunku do innych osób spoza tej profesji sprowadza się do wymagań odnośnie do sposobu udzielenia pomocy wymaganej przez przepis art. 162 k.k.¹². Lekarz jest zobowiązany pomoc tę udzielić zgodnie z zasadami sztuki¹³. Ewentualny błąd lekarza przy udzielaniu pomocy może rodzić odpowiedzialność za skutek tego błędu. Wchodzić w takim wypadku będą w grę ogólne zasady przypisania skutku w wypadku działania (udzielenia pomocy).

Prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi nie wynika, w stosunku do lekarza, z ustawy. Źródłem tego obowiązku jest oparta na konkretnej normie prawnej (umowie, mianowaniu) szczególna relacja pomiędzy lekarzem a osobą, której udzielana jest albo ma być udzielona pomoc.

Lekarz staje się gwarantem bezpieczeństwa pacjenta przede wszystkim wtedy, gdy wiąże go z pacjentem stosunek umowny lub stosunek służbowy¹⁴. Dotyczy to, szczególnie w interesującym w tym artykule kontekście, przede wszystkim stosunku pracy, w jakim pozostaje lekarz wobec zakładu opieki zdrowotnej. Zaniechanie udzielenia pomocy pacjentowi w takim wypadku stanowi przesłankę przypisania lekarzowi skutku, którego wystąpieniu udzielenie pomocy miałoby zapobiec. Z tak ukształtowaną podstawą odpowiedzialności karnej za powstanie skutku wiążą się jednak dalsze pytania. Jeżeli obowiązek gwaranta oparty jest na ustawie, to wtedy, przy spełnieniu warunków określonych w ustawie, adresat normy zobowiązującej jest gwarantem niezależnie od własnego zachowania. Rodzic jest gwarantem bezpieczeństwa dziecka z racji sprawowania władzy rodzicielskiej (art. 95 § 1 k.r.i o). Nie jest w takim wypadku wymagane podjęcie przez rodzica wykonywania obo-

¹² Pomijam w tym miejscu stopień naganności zachowania lekarza i zachowania osób nie będących lekarzami.

¹³ Zob. A. Zoll, op. cit.

¹⁴ M. Filar, Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy), Prawo i Medycyna 1999 z. 3, s. 33.

wiązków wynikających z władzy rodzicielskiej. Dla aktualizacji obowiązku gwaranta wystarczy jedynie wystąpienie przesłanek ustawowych, czyli czynnik jurydyczny. Dla podjętych w tym miejscu rozważań wydaje się istotne znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy obowiązek związany z funkcją gwaranta, a więc prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi, powstaje w chwili zawarcia umowy o pracę (czynnik jurydyczny), czy też w chwili przystąpienia do pracy (czynnik faktyczny)? Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie nie jest łatwa i chyba nie może być taka sama w stosunku do wszystkich wypadków, w których źródłem obowiązku jest stosunek pracy.

Wyobraźmy sobie stosunek pracy opiekunki w przedszkolu. Nie ma wątpliwości, że opiekunka taka jest gwarantem bezpieczeństwa dzieci powierzonych jej opiece. Staje się jednak gwarantem w tym momencie, w którym dziecko jest jej faktycznie oddane pod opiekę. Jeżeli przedszkolanka nie przyjdzie do pracy, to nie będzie pełniła funkcji gwaranta bezpieczeństwa dzieci. Przyczyna absencji dla aktualizacji obowiązków gwaranta nie ma żadnego znaczenia. Będzie ona odgrywała rolę jedynie na obszarze stosunku pracy i może stanowić podstawę do rozwiązania takiego stosunku.

Jeżeli lekarz nie przyjdzie do pracy, to kierownik zakładu opieki zdrowotnej jest zobowiązany zorganizować zastępczą opiekę nad pacjentami. Obowiązek gwaranta bezpieczeństwa pacjentów obciąża wtedy osobę sprawującą funkcję kierowniczą oraz osobę wyznaczoną przez kierownika placówki do zastępstwa nieobecnego lekarza. W takim wypadku jest także obojętne, czy nieobecność w pracy lekarza jest usprawiedliwiona, czy nie. Odpowiedź na pytanie dotyczące usprawiedliwienia ma znaczenie tylko w zakresie stosunku pracy, a nie relacji lekarza wobec pacjentów i ewentualnej odpowiedzialności za zaniechanie odpowiednich świadczeń leczniczych. Aktualizacja funkcji gwaranta przez kierownika placówki i wyznaczonego lekarza nie oznacza jednak jeszcze zwolnienia lekarza nieobecnego od odpowiedzialności za bezpieczeństwo pacjentów. Jeżeli lekarz nieobecny w pracy nie przekaze ważnych dla diagnozy lub dalszej terapii informacji zastępującym go osobom, to tego typu zaniechanie rodzić powinno odpowiedzialność za wynikłe z tego zaniechania następstwa. Również konieczność odłożenia, przez nieobecność w pracy specjalisty, którego nie można było na-

tychmiast zastąpić, określonych zabiegów, może obciążać lekarza, który zaniechał stawienia się do pracy. W wypadku ujemnych konsekwencji takiego przesunięcia w czasie zabiegu nie jest wykluczona odpowiedzialność nieobecnego w pracy lekarza. Lekarz niezgłaszający się, wbrew obowiązkowi wynikającemu z umowy, do pracy, jest zobowiązany do uprzedzenia kierownika zakładu opieki zdrowotnej i do przekazania wszystkich niezbędnych informacji służących bezpieczeństwu pozostających dotychczas pod jego opieką pacjentów. Niedopełnienie tego obowiązku stanowi podstawę odpowiedzialności lekarza, także odpowiedzialności karnej, za powstałe skutki w wyniku zaniechania spełnienia tego obowiązku. Trzeba jednak stwierdzić, że możliwość przypisania skutku w postaci np. śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pacjenta lekarzowi, który wbrew obowiązkowi świadczenia pracy nie stawiał się do niej, będzie czymś wyjątkowym. Z reguły bowiem należy przyjąć, że obowiązek gwaranta powstaje w chwili podjęcia obowiązków związanych z wykonywaną pracą, a nie z chwilą zawarcia umowy o pracę.

Należy obecnie przystąpić do podstawowego pytania dotyczącego odpowiedzialności lekarzy strajkujących za zaniechanie świadczeń w stosunku do pacjentów.

Prawo do strajku należy do praw obywatelskich konstytucyjnie chronionych. Konstytucja RP w art. 59 ust. 3 gwarantuje prawo do strajku stanowiąc: „Związkom zawodowym przysługuje prawo do organizowania strajków pracowniczych i innych form protestu w granicach określonych w ustawie. Ze względu na dobro publiczne ustawa może ograniczyć prowadzenie strajku lub zakazać go w odniesieniu do określonych kategorii pracowników lub w określonych dziedzinach”. Nie ma wątpliwości, że art. 19 ust. 1 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych¹⁵ stanowi wykonanie upoważnienia Konstytucji dla ustawodawcy w zakresie ograniczenia prawa do strajku. Norma ograniczająca prawo do strajku wynikająca z art. 19 ust. 1 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych odnosi się poza wszelkimi sporami do stosunków pracy w zakładach opieki zdrowotnej, jeżeli strajk prowadzi do zagrożenia życia i zdrowia ludzkiego. W warunkach szpitalnych nie ma co do tego żadnych wątpliwości, że takie zagrożenie, w wypadku tzw. „odejścia od

¹⁵ Patrz przypis 5.

łózek” występuje. **Strajk lekarzy, połączony z zaniechaniem świadczeń leczniczych, jest – w świetle art. 19 ust. 1 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych – zachowaniem bezprawnym.** Organizator strajku i osoba nim kierująca ponoszą odpowiedzialność karną w oparciu o art. 26 ust. 1 i 2 wskazanej ustawy. Uczestniczący w strajku lekarze ponosić będą odpowiedzialność w zakresie prawa pracy lub – w zależności od podstawy zatrudnienia – prawa cywilnego. Czy lekarz odstępujący, w związku ze strajkiem, od wykonywania swoich obowiązków w zakresie świadczeń leczniczych odpowiada jedynie zawodowo lub dyscyplinarne lub – przy spełnieniu warunków w przepisie tym opisanych – na podstawie art. 162 k.k. za nieudzielenie pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu bezpośrednio zagrażającym utratą życia lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu, czy – przy zastosowaniu art. 2 k.k. – na podstawie przepisu określającego typ przestępstwa materialnego charakteryzującego się nastąpieniem określonego w ustawie skutku?

Przede wszystkim trzeba stwierdzić, że tak, jak ma to miejsce w wypadku nieobecności lekarza w pracy, gwarantem bezpieczeństwa pacjenta jest kierownik zakładu opieki zdrowotnej i on ma obowiązek tak zorganizować pracę w kierowanej przez niego placówce, aby pacjenci, mimo strajku, nie zostali narażeni na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

Lekarz, niewykonujący obowiązku określonego w art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry z powołaniem się na strajk, jeżeli strajk ten w świetle art. 19 ust. 1 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych jest bezprawny, ponosi odpowiedzialność zawodową lub dyscyplinarną. W warunkach realizacji znamion czynu zabronionego z art. 162 k.k. także odpowiedzialność za popełnienie tego przestępstwa jest możliwa. Powstaje pytanie, czy strajkujący lekarz, który poinformował przełożonego o nieprzystąpieniu do wykonywania pracy, jest dalej gwarantem bezpieczeństwa osób, które przed strajkiem powierzone były jego opiece. Wydaje się, że tak, jak w wypadku nieobecności w pracy, strajkujący lekarz jest zobowiązany do przekazania przełożonemu koniecznych informacji o stanie pacjenta i to w takim czasie, który umożliwi przełożonemu zorganizowanie niezbędnej opieki zabezpieczającej przed nastąpieniem skutków w postaci utraty życia lub uszczerbku na zdrowiu. W sytuacji, w której nie ma możliwości zabezpieczenia pa-

pacjenta, lekarz, który zaniecha czynności leczniczych zmierzających do niedopuszczenia do powstania stanu bezpośredniego zagrożenia życia lub powstania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pacjenta pozostającego pod jego opieką, ponosi odpowiedzialność za powstały skutek, czyli z art. 160 § 2 k.k. albo w wypadku nastąpienia śmierci pacjenta z art. 155 k.k. lub jeżeli nastąpił ciężki uszczerbek na zdrowiu – z art. 156 § 2 k.k..

Strajk polegający na zaniechaniu świadczeń leczniczych zapobiegających powstaniu skutków istotnych z punktu widzenia prawa karnego będzie w świetle art. 19 ust. 1 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych zawsze bezprawny. Lekarz, który jest gwarantem bezpieczeństwa pacjenta, nie przestaje nim być w wypadku przystąpienia do strajku. Ze swoich obowiązków mógłby się jedynie zwolnić wtedy, gdyby kierownik zakładu opieki zdrowotnej miał realną możliwość zapewnienia bezpieczeństwa pacjentom. W sytuacji strajku spełnienie tego warunku będzie często wykluczone. Strajk powoduje aktualizację prawnych szczególnych obowiązków u kierownika zakładu opieki zdrowotnej. Aktualizacja ta nie dezaktualizuje jednak automatycznie obowiązków poszczególnych lekarzy.

Można więc stwierdzić, że jeśli w wypadku nieobecności lekarza w pracy tylko wyjątkowo może on być pociągnięty do odpowiedzialności za niewykonanie obowiązków gwaranta, tak w wypadku strajku będzie to regułą, a jedynie wyjątkowo lekarz od obowiązków gwaranta zostanie uwolniony.

Źródła obowiązku gwaranta a odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie pomocy

Rozważając odpowiedzialność karną lekarza za nieudzielenie pomocy pamiętać należy, że w przypadku, gdy nie jest on obciążony statusem gwaranta (w rozumieniu art. 2 k.k.) i umyślnie zaniecha pomocy, odpowie jedynie z art. 162 k.k.¹. Jeśli natomiast mamy do czynienia z lekarzem-gwarantem, który umyślnie nie udzieli pomocy, może on ponieść odpowiedzialność w zależności od zaistniałego skutku², nawet za umyślne zabójstwo (art. 148 § 1 k.k.)³, niezależnie od tego, że taki stan

¹ Wyrok SN z 29.04.1994 r., WR 70/94, OSNKW 1994, nr 11-12, poz. 70, s. 29; por. podobnie: T. Cyprian [w:] T. Cyprian, P. Aslanowicz: *Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*, Kraków 1949, s. 74; K. Buchała: *Przestępne zaniechanie udzielenia pomocy w niebezpieczeństwie grożącym życiu człowieka*, PiP 1960, nr 12, s. 996, 1003; tenże: *Niektóre prawno-karne problemy nieudzielenia pomocy przez lekarza w aspekcie postępu w medycynie*, Przegl. Lek. 1972, nr 3 (29), s. 381; W. Kulesza [w:] W. Wanatowska, W. Kulesza: *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Warszawa 1988, s. 12-14; S. Marzyński: *Niektóre problemy odpowiedzialności kamej lekarza za niepodjęcie leczenia w świetle art. 247 k.k.*, WPP 1964, nr 3, s. 313-314; E. Zielińska: *Przetaczanie krwi chorym – Świadkom Jehowy – w świetle prawa karnego*, Polski Przegląd Chirurgiczny 1992, nr 4, s. 296; G. Rejman: *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 163; A. Zoll [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.): *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, Tom IV, Część 1, Ossolineum 1985, s. 479; tenże: *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, PiM 2000, nr 5 (vol. 2), s. 31-32; tenże: *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, PiM 2003, nr 13 (vol. 5), s. 22-23; tenże: *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 66, 94, 98; A. Liszewska: *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Zakamycze 1998, s. 165, 170; tejsze: *Glosa do wyroku SN z 29.04.1994 r. (WR 70/94)*, Pal. 1995, nr 5-6, s. 237-239; M. Filar: *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, PiM 1999, nr 3 (vol. 1), s. 36, 38; tenże: *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze 2000, s. 47, 55; E. Zatyka: *Klauzula sumienia jako okoliczność modyfikująca zakres lekarskiego obowiązku udzielenia pomocy (uwagi na tle art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry)*, Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego im. profesora Stanisława Batawii, 2004, nr 13, s. 7; R. Kędziora: *Odpowiedzialność karna lekarza za przestępne nieudzielenie pomocy*, *Studia Iuridica Lublinensia* 2008, nr 8, s. 85 i n.

² Nie wiadomo zatem, dlaczego M. Filar pisze, iż w razie odmowy przyjęcia do szpitala lekarz świadomy stanu zagrożenia z art. 162 k.k. poniesie odpowiedzialność z tego właśnie przepisu (M. Filar [w:] M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski: *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2005, s. 120). Lekarz zatrudniony w szpitalu jest gwarantem życia i zdrowia pacjentów, zatem powinien ponieść odpowiedzialność za zaistniały skutek.

³ A. Liszewska: *Glosa...*, s. 239-240; tejsze: *Odpowiedzialność...*, s. 167-168; por. podobnie: J. Sawicki: *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 33; T. Dukiet-Nagórska: *Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej*, PiM 2000, nr 6-7 (vol. 2), s. 14; W. Witeczak: *Odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w stanach zagrożenia życia* [w:] A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.): *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 84.

faktyczny wydaje się mało prawdopodobny⁴. Z kolei błąd lekarza przypadkowo skonfrontowanego z niebezpieczeństwem opisanym w art. 162 k.k., odnoszący się do stanu zagrożenia, w istocie wyłączy jego odpowiedzialność karną (art. 28 § 1 k.k.), wobec braku wariantu nieumyślnego wspomnianego przestępstwa. Natomiast taki sam, co do przedmiotu, błąd lekarza-gwaranta, może pociągnąć za sobą jego odpowiedzialność za nieumyślne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu.

Wobec powyższego istotnego znaczenia nabiera właściwe określenie źródeł obowiązku gwaranta, czy raczej odniesienie normy wynikającej z art. 2 k.k. do osób wykonujących zawód lekarza. Chodzi zatem o wskazanie, kiedy na lekarzu ciąży prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia szkodliwemu skutkowi dla życia i zdrowia pacjenta, kiedy zaś jest on obciążony jedynie ogólnoludzkim obowiązkiem pomocy, takim jak każdy inny członek społeczeństwa. Abstrahując w tym miejscu od toczonych w nauce prawa karnego sporów o sam katalog źródeł obowiązku gwaranta, wynikający obecnie wprost z art. 2 k.k.⁵, należy zauważyć, że również konkretyzacja tego katalogu odnoście do lekarzy napotyka pewne trudności i wzbudza dyskusje w nauce.

Prawne źródła statusu lekarza-gwaranta – przegląd stanowisk doktryny

Nie ulega wątpliwości, że status gwaranta, powiązany z zawodem lekarza, wynikać może ze stosunku pracy, cywilnoprawnej umowy z

⁴ T. Cyprian [w:] T. Cyprian, P. Aślanowicz: *Karna...*, s. 74; por. podobnie: M. Filar: *Odpowiedzialność...*, s. 35; J. Potępa: *O odpowiedzialności karnej lekarza*, NP 1957, nr 1, s. 83.

⁵ Na ten temat por. w szczególności: R. Dębski: *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 263-270; A. Spotowski: *Kilka uwag o obowiązku gwaranta w prawie karnym*, PiP 1987, nr 11, s. 58-65; tenże: *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 204-217; A. Wąsek: *Zaniechanie i obrona konieczna w prawie karnym*, *Ann. UMCS, sectio G, vol. XIX*, 9, 1972, s. 215-221; tenże: *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Warszawa 1982, s. 138-140; tenże: *Kodeks karny. Komentarz*. Tom I, Gdańsk 1999, s. 47; M. Kliś: *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, CzPKiNP 1999, nr 2, s. 190-196; P. Konieczniak: *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Zakamycze 2002, s. 315 i n.; L. Kubicki: *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 178-185; Z. Sobolewski: *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, s. 33 i n.; K. Buchała: *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 260-261; K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 191-192; L. Gardocki: *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 68-70; K. Indeck, A. Liszewska: *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Dom Wydawniczy ABC 2002, s. 116-118; G. Rejman [w:] G. Rejman (red.): *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 171-172, 197-199.

pacjentem, umowy tzw. kontraktu (umowy o usługi zawieranej z zakładem opieki zdrowotnej, podobnej do umowy zlecenia (art. 750 k.c.), z ustawy (np. lekarze odbywający służbę wojskową, w stanie klęski żywiołowej lub epidemii), czy wreszcie aktu nominacji lub decyzji administracyjnej⁶.

Chodzi zatem o lekarza w szpitalu, ośrodku zdrowia, prywatnym gabinecie lekarskim, czy wreszcie lekarza domowego⁷.

Zdaniem T. Cypriana, jeśli do lekarza prowadzącego prywatną praktykę przywieziony zostanie chory, lekarz zostaje chwilowo obciążony obowiązkiem troszczenia się o niego, w rozumieniu art. 243 k.k. (z 1932 r.)⁸. Autor ten zastrzega co prawda, że lekarz jest jedynie zobowiązany do udzielenia natychmiastowej koniecznej pomocy i zadecydowania o dalszym postępowaniu względem chorego i nie musi go uważać za swojego stałego pacjenta, jednak odwołuje się przy tym wprost do art. 243 k.k. z 1932 r.⁹, zatem przypisuje takiemu lekarzowi status gwaranta¹⁰. Natomiast K. Buchała i A. Zoll piszą, iż obowiązek gwaranta ciąży „chyba także na lekarzu wezwanym do chorego”¹¹. Wyrażona przez tych autorów wątpliwość wydaje się uzasadniona. Biorąc pod uwagę wskazany przez T. Cypriana zakres pomocy, chodzić tu może o tzw. dobrowolne przyjęcie na siebie funkcji gwaranta, jako podstawę tego statusu. Tą samą podstawę ma chyba na myśli K. Buchała (obok umowy i zobowiązania ustawowego), wspominając o podjęciu się przez lekarza leczenia pacjenta¹².

⁶ A. Liszewska: *Glosa...*, s. 239; też: *Odpowiedzialność...*, s. 166; por. podobnie: M. Filar: *Odpowiedzialność...*, s. 36, 41-42; tenże: *Lekarskie...*, s. 69-70; tenże [w:] M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski: *Odpowiedzialność...*, s. 111, 122; E. Zielińska: *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 355; też: *Przetaczanie...*, s. 296; K. Buchała: *Niektóre...*, s. 381; E. Szvedek: *Pozostawienie w niebezpieczeństwie utraty życia (art. 163 k.k.)*, NP 1979, nr 9, s. 50; W. Kulesza [w:] W. Wanatowska, W. Kulesza: *Odpowiedzialność...*, s. 12; A. Zoll [w:] A. Zoll (red.): *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze 2004, s. 82; E. Zatyka: *Klauzula...*, s. 10; W. Witeczak: *Odpowiedzialność...*, s. 83; R. Kędziora: *Odpowiedzialność...*, s. 93.

⁷ K. Buchała, A. Zoll: *Polskie...*, s. 191.

⁸ T. Cyprian [w:] T. Cyprian, P. Aslanowicz: *Karna...*, s. 74. Przepis ten statuował typ rodzajowy przestępstwa porzucenia w bezpośrednim niebezpieczeństwie dla życia osoby, względem której sprawca miał obowiązek troszczenia się lub nadzoru. Jego odpowiednikiem w kodeksie karnym z 1969 r. był art. 163. W obowiązującym kodeksie zrezygnowano z odrębnej penalizacji takiego zachowania. Szerzej na ten temat por.: J. Kulesza: *O odpowiedzialności karnej gwaranta za nieudzielenie pomocy (art. 162 k.k.)*, PiP 2006, nr 9, s. 44 i n. oraz powołaną tam literaturę.

⁹ A nie do art. 247 k.k. z 1932 r., stanowiącego ówczesny odpowiednik art. 162 obowiązującego kodeksu karnego.

¹⁰ T. Cyprian [w:] T. Cyprian, P. Aslanowicz: *Karna...*, s. 75.

¹¹ K. Buchała, A. Zoll: *Polskie...*, s. 191.

¹² K. Buchała: *Przestępne...*, s. 996, 1003; por. podobnie: R. Kędziora: *Odpowiedzialność...*, s. 93.

Z kolei A. Zoll, mówiąc o „dobrowolnym przyjęciu zobowiązania do świadczenia usług medycznych”, zdaje się rozumieć przez to zawarcie umowy¹³. Taką samą podstawę obowiązku przyjmuje J. Ruff uznając, że już poprzez samo wezwanie lekarza do pacjenta następuje zawarcie umowy¹⁴. Natomiast w nauce niemieckiej przyjmuje się niekiedy, że obietnica odbycia wizyty domowej stanowi przyjęcie na siebie obowiązku gwaranta, nawet jeśli do wizyty tej faktycznie nie doszło¹⁵. Z kolei R.-D. Herzberg przypomina pewne poglądy nauki niemieckiej, zgodnie z którymi lekarz, który przyjmuje pod opiekę pacjenta i nawiązuje stosunek zaufania, nie musi koniecznie stawać się przez to gwarantem jego życia. Kształt obowiązku lekarza zależy bowiem od długości i zakresu umowy między nimi¹⁶.

Wątpliwe wydaje się jednak, by samo udzielenie pomocy stanowiło „czynności konkludentne” zawarcia umowy między pacjentem a lekarzem, o których wspomina M. Filar, która to umowa mogłaby być podstawą odpowiedzialności lekarza jako gwaranta¹⁷. Nie oznacza to oczywiście, by lekarz zwolniony był z obowiązku pomocy, jednak jego odpowiedzialność kształtować będzie się wyłącznie na gruncie art. 162 k.k.¹⁸. Nie można bowiem przyjąć, że lekarz przez samo podjęcie jakichkolwiek czynności w stosunku do potrzebującego pomocy zawiera z nim umowę, czyniącą go gwarantem nienastąpienia szkodliwego skutku, skoro na mocy art. 30 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty z 5.12.1996 r.¹⁹ (dalej – uozlild), nie może on odmówić udzielenia pomocy w opisanych w tym przepisie przypadkach. Taka wykładnia prowadziłaby do stanu faktycznego i prawnego, w którym spełnienie obowiązku niesienia pomocy pociągałoby za sobą automatycznie obciążenie lekarza szczególnym obowiązkiem zapobiegnięcia skutkowi. Lekarz nie mógłby uniknąć uzyskania statusu gwaranta, bowiem nie mógłby

¹³ A. Zoll: *Zaniechanie...*, s. 32, 34-35.

¹⁴ J. Ruff: *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1929, s. 25.

¹⁵ Wyrok Reichsgerichtu z 19.12.1940 r., 2 D 445/40, *Deutsches Recht* 1940, s. 926.

¹⁶ R.-D. Herzberg: *Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen*, *Juristenzeitung* 1988, s. 184.

¹⁷ M. Filar: *Odpowiedzialność...*, s. 42; tenże: *Lekarskie...*, s. 70.

¹⁸ Pomijając kwestię odpowiedzialności za błąd w sztuce.

¹⁹ Dz. U. z 2002 r., nr 21, poz. 204, z późn. zm.; art. 30 brzmi: „Lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”.

sprzeniewierzyć się obowiązkowi niesienia pomocy. Art. 30 uozlild stałaby się w pewnym sensie pośrednim źródłem obowiązku gwaranta (bezpośrednim byłaby umowa), obejmując przecież swoją dyspozycją wszystkich lekarzy. Dlatego należy wyraźnie podkreślić, że lekarz udzielający doraźnej pomocy w oparciu o art. 30 uozlild i niezwiązany z pacjentem w żaden inny sposób czyniący z niego gwaranta w stosunku do owego pacjenta, odpowiadać może jedynie z art. 162 k.k., chyba, że będziemy mieli do czynienia z przypadkiem błędu w sztuce i wadliwego działania, które to zagadnienie nie będzie jednak omawiane.

Jak trafnie podkreśla M. Filar, dla pociągnięcia do odpowiedzialności za skutek zaniechania pomocy konieczne jest stwierdzenie, że konkretny lekarz, w stosunku do konkretnego pacjenta, obciążony był szczególnym obowiązkiem zapobiegnięcia szkodliwym następstwom, co musi wynikać z podstawy obowiązku gwaranta²⁰. Należy zwrócić uwagę, że np. umowa o pracę określać musi nie tylko podmioty objęte opieką lekarza, ale też zakres obowiązku lekarza²¹. Na gruncie doktryny powstała natomiast wątpliwość, czy źródłem szczególnego, prawnego obowiązku może być sam art. 30 uozlild. Koncepcja ta zdaje się sięgać jeszcze art. 17 Rozporządzenia Prezydenta RP o wykonywaniu praktyki lekarskiej²², który stanowił poprzednik obecnego przepisu. Ówczesnie to B. Wertheim²³ wywodził, iż podstawą „obowiązku troszczenia”, zawartego we wspomnianym już art. 243 k.k. z 1932 r. może być właśnie art. 17 rozporządzenia. Idea ta znalazła następnie kontynuatorów również na gruncie kolejnej Ustawy o zawodzie lekarza (z 1950 r.)²⁴. Źródła obowiązku gwaranta w art. 12 owej ustawy upatrywali Z. Sobolewski²⁵ i A. Zębik²⁶, zaś taką ewentualność rozważał K. Buchała²⁷. Ten ostatni autor wyrażał jednak wątpliwość, czy jako źródło obowiązku gwaranta przepis ten dotyczyłby wszystkich lekarzy, czy tylko lekarzy

²⁰ M. Filar: *Odpowiedzialność...*, s. 36; tenże: *Lekarskie...*, s. 70.

²¹ M. Filar: *Odpowiedzialność...*, s. 41, tenże: *Lekarskie...*, s. 70.

²² Z 25.09.1932 r., Dz. U. z 1932 r., nr 81, poz. 712.

²³ B. Wertheim: *Kilka uwag z dziedziny odpowiedzialności prawnej lekarza*, Pal. 1939, nr 6, s. 757.

²⁴ Dz. U. z 1950 r., nr 50, poz. 458.

²⁵ Z. Sobolewski: *Obowiązek sprawcy przestępstwa udzielenia pomocy ofercie jego czynu*, *Annales UMCS, Sectio G*, 1967, vol. XIV (9), s. 254; tenże: *Samooskarżenie...*, s. 37.

²⁶ A. Zębik [w:] J. Waszczyński (red.): *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992, s. 133.

²⁷ K. Buchała: *Prawo...*, s. 260.

społecznej służby zdrowia w trakcie wykonywania obowiązków²⁸. Trudno natomiast stwierdzić, jakie ostatecznie stanowisko zajmował J. Potępa, skoro raz odrzucał on art. 12 ustawy jako podstawę dla odpowiedzialności gwaranta²⁹, innym razem – jak się zdaje – taką podstawę dopuszczał³⁰. Na gruncie obowiązującego stanu prawnego koncepcję tą przyjmują L. Kubicki³¹, T. Dukiet-Nagórska³², M. Boratyńska i P. Konieczniak³³, M. Kliś³⁴ i – jak można przypuszczać – G. Rejman³⁵. Jak się zdaje, L. Kubicki prezentował wcześniej pogląd odmienny, podnosząc, iż art. 30 uozlild nie stanowi wystarczającej podstawy dla obciążenia lekarza ryzykiem, o którym mowa jest w art. 26 § 4 k.k.³⁶. Obecnie natomiast uznaje, że art. 30 uozlild spełnia wymogi stawiane przez art. 2 k.k. Statuuje bowiem szczególny obowiązek, skoro skierowany jest on jedynie do wyraźnie oznaczonej grupy osób o ustawowo określonym statusie prawnym. Poza tym określa sytuację, w jakiej wymagana jest pomoc, wskazując na grożące skutki i rodzaj oczekiwanego zachowania (bezwłoczne działania medyczne), zatem wiadomo, na czym ma polegać „zapobiegnięcie skutkowi”, o którym mowa jest w art. 2 k.k. i o jaki skutek chodzi. Spełnia też warunek obowiązku „prawnego”, skoro zawarty jest w ustawie³⁷. Jednocześnie – uzupełniając argumentację L. Kubickiego – M. Boratyńska i P. Konieczniak zastrzegają, że art. 30 uozlild nie stanowi w żadnym przypadku *lex imperfecta*, co uzasadniałoby odrzucenie go jako podstawy obowiązku gwaranta³⁸.

Wydaje się, że takie rozumienie obowiązku zawartego w art. 30 uozlild przez L. Kubickiego związane jest także ze sposobem pojmo-

²⁸ Tamże.

²⁹ J. Potępa: *O odpowiedzialności...*, s. 82.

³⁰ Tamże, s. 83.

³¹ L. Kubicki: *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, PiM 2003, nr 13 (vol. 5), s. 16; tenże: *HIV/AIDS – odmowa leczenia i nieudzielenie pomocy medycznej*, Poznań 2001, s. 52.

³² T. Dukiet-Nagórska: *Prawnokarne...*, s. 14.

³³ M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 461-462. Krytycznie do tej koncepcji odnosi się M. Filar w recenzji ich pracy (PiP 2001, nr 12, s. 108).

³⁴ M. Kliś: *Źródła...*, s. 185-186.

³⁵ G. Rejman [w:] G. Rejman: *Kodeks...*, s. 594.

³⁶ L. Kubicki: *Zasady odpowiedzialności prawnej lekarza w świetle nowej ustawy o zawodzie lekarza*, PiM 1999, nr 1 (vol. 1), s. 26. Szerzej na temat art. 26 § 4 k.k. por.: J. Kulesza: *Granice obowiązku gwaranta w świetle art. 162 k.k.*, Prok. i Pr. 2006, nr 7-8, s. 108 i n. oraz powołaną tam literaturę.

³⁷ L. Kubicki: *Obowiązek...*, s. 16; tenże: *HIV/AIDS...*, s. 84-85.

³⁸ M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa...*, s. 194-195.

wania przez tego autora pomocy medycznej jako takiej. Jego zdaniem w pojęciu zawodowej pomocy lekarskiej tkwi *implicite* nakaz podjęcia próby odwrócenia grożących skutków, co powoduje, że odmienne muszą być zasady odpowiedzialności karnej lekarza i laika za nieudzielenie pomocy³⁹. Nietrudno zauważyć, że taka definicja pomocy lekarskiej zbieżna jest w istocie z określeniem obowiązku gwaranta. Jak można przypuszczać, L. Kubicki upatruje podstawy dla obowiązku gwaranta w art. 30 uozlild także po to, by sankcji za zaniechanie pomocy opisanej w tym przepisie móc poszukiwać nie tylko na gruncie art. 162 k.k., ale wśród innych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, wchodzących w grę przy odpowiedzialności gwaranta⁴⁰. Cel ten nie zostaje jednak osiągnięty, skoro autor ten sam konstatuje, iż jeśli nie nastąpił żaden skutek, lekarz odpowie z art. 162 k.k.⁴¹, zatem w pozostałym, wykraczającym poza znamiona art. 162 k.k. zakresie, art. 30 uozlild sankcjonowany będzie jedynie odpowiedzialnością zawodową⁴².

E. Zielińska, podejmując próbę obrony stanowiska L. Kubickiego wskazuje, że o ile lekarz jest zobowiązany, jak każda inna osoba, jeśli chodzi o czynności inne niż lekarskie (np. wyciągnięcie z wody tonącego), o tyle art. 30 uozlild nakłada na niego szczególny obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej, gdy zagrożony znajduje się w niebezpieczeństwie z powodu swojego stanu zdrowia i jest to jednocześnie obowiązek dalej idący niż zawarty w art. 162 k.k. Poza tym, w porównaniu z art. 12 ustawy z 1950 r., obecnie obowiązek pomocy lekarskiej ukształtowany jest szerzej, w szczególności brak jest zwolnienia wynikającego z możliwości udzielenia pomocy przez powołane do tego służby⁴³. Wreszcie art. 44 uozlild przyznaje lekarzowi działającemu na podstawie art. 30 uozlild szczególną ochronę prawną, przysługującą funkcjonariuszowi publicznemu⁴⁴. Tym argumentom E. Zielińska przeciwstawia inne.

³⁹ L. Kubicki: *Obowiązek...*, s. 13; tenże: *HIV/AIDS...*, s. 79. Wyłącznie na tym argumentem oparł się L. Kubicki we wcześniejszej monografii (*Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 171-172).

⁴⁰ L. Kubicki: *Obowiązek...*, s. 14-15.

⁴¹ Tamże, s. 17.

⁴² Szerzej na temat lekarskiego obowiązku pomocy por.: J. Kulesza: *Lekarski obowiązek pomocy na tle obowiązku ogólnoludzkiego (art. 162 k.k.)*, PiM 2006, nr 1 (22, vol. 8), s. 104 i n. oraz powołaną tam literaturę.

⁴³ Szerzej na temat rozwoju lekarskiego obowiązku pomocy por.: J. Kulesza: *O ewolucji lekarskiego obowiązku pomocy na tle obowiązku ogólnoludzkiego*, PiM 2007, nr 2 (27, vol. 9), s. 101 i n. oraz powołaną tam literaturę.

⁴⁴ E. Zielińska: *Odpowiedzialność...*, s. 353-354.

Trafnie zauważa, że jeśli za podstawę obowiązku gwaranta uznamy dobrowolne przyjęcie na siebie tej funkcji, to trudno założyć, by lekarz, przez samo złożenie przyrzeczenia lekarskiego, czy nabycie uprawnień do wykonywania zawodu, przyjmował na siebie szczególny, prawny obowiązek z art. 2 k.k.⁴⁵. Poza tym nie można się zgodzić, że art. 30 uozlild spełnia warunek szczególności, co wynika zarówno z objęcia nim wszystkich lekarzy, jak i jego konstrukcji, obejmującej bardzo szeroki i bliżej nieokreślony zakres sytuacji wymagających pomocy.

Za podstawę obowiązku gwaranta uznaje art. 30 uozlild także M. Kliś⁴⁶. Nie wiadomo jednak, dlaczego autor ten prowadzi następnie rozważania nad tym, czy każdy lekarz jest stale związany tym obowiązkiem, czy jest on związany z osobą lekarza i czy ciąży na przedstawicielach tego zawodu w każdej sytuacji. Przecież skoro przyjmuje art. 30 uozlild za podstawę prawnego, szczególnego obowiązku w rozumieniu art. 2 k.k., oznacza to, że każdy, kogo dotyczy ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry, posiada status gwaranta, który staje się immanentnie związany z jego osobą, obciąża go zawsze i w każdej sytuacji. Wywody M. Klisia brzmią tak, jak gdyby odrzucał on art. 30 uozlild jako podstawę statusu gwaranta, choć przecież jest dokładnie odwrotnie. Z tego względu nie wiadomo też, po co autor ten poszukuje następnie źródeł obowiązku gwaranta na gruncie art. 68 Kodeksu Etyki Lekarskiej⁴⁷, skoro za taką podstawę przyjął już art. 30 uozlild.

Także G. Rejman zdaje się traktować każdego lekarza jak gwaranta, skoro twierdzi, iż żaden lekarz, tylko z racji wykonywanego zawodu, nie może powołać się na klauzule uchylające karalne nieudzielenie pomocy z art. 162 k.k. Trudno też dociec intencji autorki, która pisze, iż w przypadku podjęcia przez lekarzy szpitala strajku i odmowy interwencji nawet w przypadkach wymagających natychmiastowej pomocy, dopuszczają oni do śmierci człowieka przez nieudzielenie pomocy „do której byli zobowiązani z tytułu wykonywania zawodu lekarskiego (art. 162 k.k.)”⁴⁸. Przepis ten nie stanowi przecież podstawy lekarskiego obowiązku pomocy, zaś z drugiej strony powinni oni odpowiadać za prze-

⁴⁵ Tamże, s. 354-355.

⁴⁶ M. Kliś: *Źródła...*, s. 185-186.

⁴⁷ Przyjętego przez Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy 20.09.2003 r. (www.prawoizdrowie.pl/publikacja/xtras/alet/projekty_ustaw/2004/kodeks_1.htm).

⁴⁸ G. Rejman [w:] G. Rejman: *Kodeks...*, s. 594.

stępstwo skutkowe przeciwko życiu i zdrowiu, a nie tylko za przestępstwo nieudzielenia pomocy⁴⁹.

1. Art. 30 ustawy lekarskiej jako źródło ogólnego zobowiązania do niesienia pomocy

W świetle powyższych uwag – należy przyłączyć się do przeważającego poglądu doktryny, który w art. 30 uozlild upatruje jedynie ogólnego zobowiązania do niesienia pomocy⁵⁰, zwłaszcza, że obowiązek ten jest dużo szerszy od ogólnoludzkiego obowiązku, ujętego w ramy art. 162 k.k., co powoduje, że przez sam ten fakt lekarz jest i tak w większym stopniu zobowiązany do pomocy niż laik. Poza tym – jak słusznie wskazuje K. Buchała – zachodzi potrzeba zróżnicowania odpowiedzialności lekarza w zależności od tego, czy jego obowiązek pomocy w konkretnym stanie faktycznym wynikał tylko z art. 30 uozlild, czy oparty był na dodatkowej podstawie, nadającej mu status gwaranta⁵¹. W przeciwnym razie nie miałyby znaczenia, czy dany lekarz obciążony był szczególnym obowiązkiem na innej jeszcze podstawie niż art. 30 uozlild. Poza tym, na zasadzie analogii, można by twierdzić, że policjant niebędący na służbie jest i tak gwarantem bezpieczeństwa wszystkich obywateli, zaś nauczycielka jest gwarantem w stosunku do wszystkich dzieci znajdujących się w jej zasięgu⁵². Jak słusznie wskazuje E. Zatyka, obciążanie każdego lekarza statusem gwaranta stanowiłoby przejaw nieuprawnionych oczekiwań społecznych wobec tej grupy zawodowej. Nie moż-

⁴⁹ Wątpliwa wydaje się wreszcie wypowiedź P. Kozłowskiej-Kalisz, której zdaniem obowiązek gwaranta z jednej strony musi odnosić się do określonego kręgu podmiotów, np. lekarzy, z drugiej zaś nie może mieć charakteru jedynie społecznego, obyczajowego czy moralnego, zatem musi mieć umocowanie np. w ustawie. Wydaje się, że w takim ujęciu art. 30 uozlild stanowiłby źródło prawnego, szczególnego obowiązku w rozumieniu art. 2 k.k. (P. Kozłowska-Kalisz [w:] M. Mozgawa (red.): *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Zakamycze 2006, s. 21).

⁵⁰ M. Filar: *Odpowiedzialność...*, s. 36, 41; tenże: *Lekarskie...*, s. 46, 68; tenże [w:] M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski: *Odpowiedzialność...*, s. 121; A. Zoll: *Zaniechanie...*, s. 37; tenże [w:] A. Zoll (red.): *Kodeks...*, s. 82, 506; tenże [w:] A. Zoll (red.): *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Tom II, 395; A. Wąsek: *Prawnokarna...*, s. 136-137; A. Liszewska: *Odpowiedzialność...*, s. 167; E. Zatyka: *Klauzula...*, s. 10; W. Witczak: *Odpowiedzialność...*, s. 84; R. Kędziora: *Odpowiedzialność...*, s. 93.

⁵¹ K. Buchała: *Niektóre...*, s. 379; por. podobnie: E. Zielińska: *Odpowiedzialność...*, s. 355; A. Wąsek: *Prawnokarna...*, s. 137.

⁵² E. Zielińska: *Odpowiedzialność...*, s. 356.

na bowiem od niej wymagać pełnienia swoiście postrzeganej „misji społecznej”, a jedynie sumiennego wykonywania własnego zawodu, zgodnego z wyznaczonymi standardami⁵³.

Na zakończenie warto jeszcze wspomnieć, iż o ile przyjęcie art. 30 uozlild jako źródła szczególnego obowiązku w rozumieniu art. 2 k.k. czyniłoby każdego lekarza gwarantem życia i zdrowia, o tyle swego czasu J. Sawicki proponował, by w kodeksie karnym znalazł się osobny przepis odnoszący się tylko do zaniechania pomocy przez lekarza. Miał on przyjąć brzmienie, zgodnie z którym „Kto mając prawo wykonywania zawodu lekarskiego nie udziela pomocy lekarskiej człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować utratę życia lub kalectwo, podlega karze (...), jeżeli czyn nie stanowi innego przestępstwa z rozdziału przeciw życiu lub zdrowiu”. W § 2 przewidziano brak przestępności czynu, gdy praktycznie możliwe było niezwłoczne uzyskanie pomocy lekarskiej udzielonej przez instytucję przeznaczoną do udzielenia pomocy lekarskiej w przypadkach niecierpiących zwłoki⁵⁴. Przyjęcie takiego przepisu oznaczałoby, że lekarz nieobciążony obowiązkiem gwaranta ponosiłby odpowiedzialność z tego właśnie przepisu, a nie z odnoszącego się do ogółu art. 247 k.k. z 1932 r.⁵⁵. Zaznaczałoby też – pośrednio – iż na niektórych kategoriach lekarzy ciąży szczególnie obowiązek objęcia leczeniem, z czym związana jest surowsza odpowiedzialność i jednocześnie, że lekarze ci wyłączeni są spod działania projektowanego przepisu. Jak się wydaje, J. Sawicki proponował, by w razie, gdy nie nastąpił żaden skutek, lekarze ci ponosili jedynie odpowiedzialność zawodową⁵⁶. Warto jednak zauważyć, iż wykluczenie lekarzy-gwarantów spod działania projektowanego przepisu nie wynikało wprost z jego brzmienia. Trudno jednak podzielić pogląd L. Kubickiego, którego zdaniem idea J. Sawickiego została w pewnym

⁵³ E. Zatyka: *Klauzula...*, s. 10.

⁵⁴ J. Sawicki: *Odpowiedzialność karna lekarza*, PiŻ z 24.03.1957 r., s. 2; tenże: *Przymus...*, s. 54-55. O normie takiej wspominają także: L. Kubicki (*Przestępstwo...*, s. 171) i K. Buchała, który nie wypowiada się jednoznacznie za lub przeciw jej wprowadzeniu (*Niektóre...*, s. 379).

⁵⁵ J. Sawicki: *Odpowiedzialność...*, s. 2; tenże: *Przymus...*, s. 54-55.

⁵⁶ J. Sawicki: *Odpowiedzialność...*, s. 2; tenże: *Przymus...*, s. 54. Pozostawało to jednak w sprzeczności z brzmieniem przepisu, który przecież miał mieć zastosowanie, gdy dany czyn nie stanowił innego przestępstwa z tego samego rozdziału, co nie oznaczało, by nie miał mieć w ogóle zastosowania do lekarza-gwaranta.

stopniu zrealizowana w Projekcie kodeksu karnego z 1963 r.⁵⁷. W art. 211 § 2 tego projektu ustanowiono typ kwalifikowany powszechnego przestępstwa nieudzielenia pomocy (§ 1), wbrew szczególnemu obowiązkowi⁵⁸. Dotyczył on zatem także zaniechania pomocy przez lekarza posiadającego status gwaranta⁵⁹, natomiast wedle intencji J. Sawickiego, proponowane przez niego rozwiązanie miało właśnie nie dotyczyć lekarza-gwaranta. Nie wiadomo też na czym L. Kubicki opiera swoje przekonanie, iż podstawą owego szczególnego obowiązku „miałby zapewne być obowiązek określony dla lekarza w ustawie o zawodzie”⁶⁰. Jeżeli – jak przyjmuje L. Kubicki – art. 211 § 2 projektu stanowił urzeczywistnienie idei J. Sawickiego, to przecież ten ostatni autor dążył właśnie do rozróżnienia odpowiedzialności lekarza obciążonego obowiązkiem gwaranta i nieposiadającego tego statusu. Temu między innymi miał służyć proponowany przez niego nowy przepis kodeksu karnego. Natomiast gdyby podążać tokiem rozumowania L. Kubickiego, brak byłoby różnicy pomiędzy lekarzem-gwarantem i lekarzem nieposiadającym tego statusu, bowiem każdy lekarz obciążony byłby prawnym, szczególnym obowiązkiem zapobiegnięcia skutkowi, skoro jego źródło stanowiłby odnoszący się do wszystkich lekarzy odpowiedni przepis ustawy dotyczącej zasad wykonywania tego zawodu.

Rozwiązanie art. 211 § 2 spotkało się jednak z krytyką T. Hanauska, który wskazywał na liczne trudności w kwalifikacji prawnej zachowań wypełniających zarówno znamiona wspomnianego przepisu, jak i innych przepisów tego samego rozdziału kodeksu. Przede wszystkim jednak pozostawienie w projekcie odpowiednika art. 243 k.k. z 1932 r. (art. 210 projektu), powodowało, że art. 211 § 2 w istocie go dublował⁶¹. W ostatecznie przyjętej wersji kodeksu karnego z 1969 r. zrezygnowano z odrębnego przepisu penalizującego zaniechanie pomocy przez osobę wykonującą zawód lekarza, nie ma go też w obowiązują-

⁵⁷ L. Kubicki: *HIV/AIDS...*, s. 76.

⁵⁸ *Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1963, s. 42. Art. 211 § 1 stanowił co do zasady odpowiednik art. 247 k.k. z 1932 r., zaś tylko § 2.

⁵⁹ W. Winawer: *Przestępstwa przeciwko Państwu Ludowemu oraz życiu i zdrowiu w projekcie kodeksu karnego z 1962 r.*, PiP 1963, nr 2, s. 251; por. podobnie: L. Kubicki: *Obowiązek...*, s. 11-12.

⁶⁰ L. Kubicki: *HIV/AIDS...*, s. 76.

⁶¹ T. Hanausek: *Uwagi o naturze niebezpieczeństwa jako zjawiska obiektywnego i dynamicznego* [w:] *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci profesora Władysława Woltera*, Warszawa 1959, s. 350 i n.

cym kodeksie. Niekiedy pojawiają się jednak głosy postulujące zmianę zmierzającą w kierunku wskazanym niegdyś przez J. Sawickiego. Zdaniem W. Witeczaka należałoby znowelizować odpowiednie przepisy w celu wyraźnego stwierdzenia i wskazania zakresu odpowiedzialności karnej lekarza i innych pracowników służby zdrowia, na których spoczywa obowiązek ratowania zdrowia i życia pacjentów⁶². Jak się zdaje, postuluje on wprowadzenie odrębnego przepisu odnoszącego się do zaniechania przez te właśnie podmioty udzielenia pomocy w stanie zagrożenia życia lub zdrowia⁶³. Zmiany proponowane w tzw. obywatelskim projekcie kodeksu karnego⁶⁴ zmierzają jednak w kierunku przywrócenia stanu prawnego z okresu obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. Przepis dotyczący ogólnoludzkiego obowiązku pomocy (art. 161 § 1) ma bowiem zostać uzupełniony o § 2, statuujący typ kwalifikowany ze względu na podmiot przestępstwa, którym jest osoba mająca „obowiązek troszczenia się o osobę znajdującą się w położeniu określonym w § 1”. Paragraf 4 ma zaś zawierać wariant nieumyślny tego typu kwalifikowanego. Stanowi to w istocie połączenie w jeden przepis art. 163 i 164 k.k. z 1969 r. Rozwiązanie to nie wydaje się najszcześniejsze⁶⁵.

⁶² W. Witeczak: *Odpowiedzialność...*, s. 85.

⁶³ Tamże.

⁶⁴ Druk nr 430, wpłynął 22.03.2006 r.

⁶⁵ Szerzej na temat wzajemnego stosunku art. 163 i 164 k.k. z 1969 r., ich funkcjonowania w praktyce oraz luki powstałej po zrezygnowaniu z art. 163 k.k. z 1969 r. w obowiązującym kodeksie karnym por.: J. Kulesza: *O odpowiedzialności...*, s. 44 i n. oraz powołaną tam literaturę.

Beata Janiszewska

Ponadlimitowe świadczenia zdrowotne udzielane w schorzeniach przewlekłych (uwagi na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego)

1. Wprowadzenie

Problematyka tzw. świadczeń ponadlimitowych jest obecnie jednym z istotnych zagadnień funkcjonowania służby zdrowia. Wobec niewystarczających środków finansowania usług medycznych i związanego z tym kontraktowania świadczeń niejednokrotnie w liczbie niezapewniającej swobodnego dostępu do opieki medycznej, ocena prawna tzw. nadwykonań stała się ważnym elementem w kształtowaniu zasad udzielania pomocy lekarskiej mimo wyczerpania limitu ustalonego w umowie z Narodowym Funduszem Zdrowia (powoływanym dalej jako NFZ). Czynnikiem stabilizującym w tej materii praktykę zakładów opieki zdrowotnej (dalej jako zoz) jest utrwalone w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowisko, stosownie do którego „w razie wyczerpania środków uzyskanych przez zakład opieki zdrowotnej w ramach umowy o świadczenia zdrowotne, kasa chorych (Narodowy Fundusz Zdrowia) ma obowiązek finansowania świadczeń udzielonych w warunkach określonych w art. 7 ustawy¹ o

¹ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 14, poz. 89), powoływana dalej jako u.z.o.z. Przepis ten stanowi, że „Zakład opieki zdrowotnej nie może odmówić udzielenia świadczenia zdrowotnego osobie, która potrzebuje natychmiastowego udzielenia takiego świadczenia ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia”.

zakładach opieki zdrowotnej i art. 30 ustawy² o zawodach lekarza i lekarza dentystry”³.

Ugruntowanie się tego zapatrywania spowodowało, że w sprawach sądowych podstawowe znaczenie przypisywane jest zbadaniu, czy żądanie zapłaty dotyczy świadczeń udzielanych w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta albo w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Strona dochodząca zapłaty obarczona jest zaś ciężarem dowodu nie tylko faktu wykonania świadczeń zdrowotnych, lecz także szczególnie, przymusowego charakteru udzielenia pomocy medycznej.

W związku z tym pojawiło się w praktyce orzeczniczej i znalazło odzwierciedlenie w wypowiedziach Sądu Najwyższego ciekawe i ważne zagadnienie możliwości skutecznego żądania zapłaty za wykonanie zabiegów koniecznych dla ratowania życia osób przewlekle chorych. Wprawdzie podejmujące tę kwestię orzeczenia Sądu⁴ zapadły w związku z udzielaniem jednego typu świadczenia – hemodializy, lecz argumentacja i podsumowujące ją wnioski mogą być pomocne także w ocenie innych przypadków świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentowi w razie przewlekłej niewydolności organu.

² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 2005 r., Nr 226, poz. 1943 ze zm.), powoływana dalej jako u.z.l.l.d. Przepis ten stanowi, że „Lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”.

³ Tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 stycznia 2006 roku, V CSK 60/05 (niepubl.). Oprócz orzeczeń przytoczonych przeze mnie w artykule „Świadczenia ponadlimitowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego” (Prawo i Medycyna 2006, nr 1) stanowisko takie zostało przez Sąd Najwyższy zajęte w wyrokach z dnia 15 grudnia 2005 roku, II CSK 21/05 (OSNIC 2006, nr 9, poz. 157), z dnia 14 listopada 2006 roku, II CSK 190/06 (niepubl.), z dnia 12 grudnia 2006 roku, II CSK 264/06 (niepubl.), z dnia 12 grudnia 2006 roku, II CSK 287/06 (niepubl.) i z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.), z dnia 30 maja 2007 r., IV CSK 60/07 (niepubl.) i w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 sierpnia 2007 r., I CSK 125/07 (niepubl.). Warto zauważyć, że gwarancja zapłaty za te świadczenia ponadlimitowe pośrednio powinna także wpływać na bezpieczeństwo sytuacji pacjentów dzięki zwiększeniu się gotowości niesienia im pomocy medycznej – bez ryzyka nieuzyskania wynagrodzenia za wykonane czynności medyczne.

⁴ Wyroki SN z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.) i z dnia 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.), w których nastąpiło oddalenie skarg kasacyjnych strony powodowej (świadczeniodawcy) oraz wyrok z dnia 12 grudnia 2006 r., II CSK 287/06 (niepubl.), w którym nastąpiło uchylenie wyroku Sądu II instancji i przekazanie sprawy temu Sądowi wskutek uwzględnienia skargi kasacyjnej pozwanego Narodowego Funduszu Zdrowia. Z uwagi na to, że w uzasadnieniu ostatniego z powołanych orzeczeń przedstawione zostały dość krótkie rozważania dotyczące świadczeń ponadlimitowych w przypadku schorzeń przewlekłych, sprowadzające się do wskazania, że strona powodowa nie udowodniła naglej, natychmiastowej potrzeby wykonania dializ, w dalszej analizie omawiane będą dwa pierwsze z powołanych orzeczeń. Zapłata za wykonane ponadlimitowo zabiegi hemodializy nastąpiła natomiast w sprawie II CSK 264/06 (niepubl.) zakończonej wyrokiem z dnia 12 grudnia 2006 roku. Z uzasadnienia wyroku wynika jednak, że SN nie badał, czy wspomniane świadczenia zostały wykonane w sytuacji naglej konieczności udzielenia pomocy, ponieważ kwestia ta nie była przedmiotem zarzutów, zgłoszonych w ramach podniesionej przez stronę zobowiązaną podstawy naruszenia prawa materialnego, podczas gdy jednocześnie zarzut naruszenia przepisów postępowania nie podlegał uwzględnieniu.

2. Stanowisko Sądu Najwyższego

Okoliczności rozpoznawanych przez Sąd Najwyższy spraw⁵ były podobne: niepubliczny zakład opieki zdrowotnej, prowadzony w formie spółki prawa handlowego (spółki z o.o.), zawarł z NFZ umowę o wykonanie w określonym czasie ustalonej liczby dializ dla osób dotkniętych przewlekłą niewydolnością nerek. W okresie objętym umową spółka oprócz zakontraktowanych świadczeń wykonała także liczne świadczenia ponadlimitowe. Wobec braku zapłaty za dializy nieobjęte umową, świadczeniodawca wystąpił przeciwko NFZ z pozwem o zapłatę, powołując się na to, że wykonane dializy stanowiły czynności medyczne niezbędne do ratowania życia pacjentów, powinny być zatem sfinansowane bez względu na wyczerpanie limitu świadczeń, ustalonego w umowie.

Sądy obu instancji (okręgowy i apelacyjny) nie podzieliły stanowiska strony powodowej uznając, że nie spełnia przesłanek stosowania art. 7 u.z.o.z. lub art. 30 u.z.l.l.d. udzielanie świadczeń, których wykonanie jest wprawdzie konieczne, lecz z uwagi na przewlekły charakter schorzenia jest przewidywalne i zostało z góry zaplanowane. Podstaw do podważenia tej oceny prawnej nie znalazł Sąd Najwyższy, oddalając wniesione od orzeczeń sądów II instancji skargi kasacyjne strony powodowej (świadczeniodawcy). W sprawie V CSK 396/06, zakończonej wyrokiem z dnia 4 stycznia 2007 roku (niepubl.), Sąd ten stwierdził, że „Świadczeniami zdrowotnymi, o których mowa w art. 7 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (...) oraz art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (...) objęte zostały w zasadzie stany nagłe i niespodziewane, których nie można przewidzieć (np. pacjenci z udarem mózgu, zawałem serca, poszkodowani w wypadkach drogowych). Nie są nimi zabiegi, które wprawdzie ratują życie, jednak stosowane są u chorych leczonych przewlekle, wymagających regularnego poddawania się zabiegom medycznym”. Natomiast w tezie wyroku zapadłego w dniu 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.), Sąd wyraził zapatrywanie, że „Świadczenia zdrowotne służące pacjentowi do zastąpienia funkcji przewlekle niewydolnego

⁵ Jak wskazano w poprzednim przypisie, bliżej omówiona zostanie argumentacja przedstawiona w wyrokach SN z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.) i z dnia 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.).

organu, udzielone w terminach z góry zaplanowanych, nie są świadczeniami, o których mowa w art. 7 ustawy (...) o zakładach opieki zdrowotnej (...) i art. 30 ustawy (...) o zawodach lekarza i lekarza dentysty (...)."

Warto przytoczyć argumentację Sądu Najwyższego, prowadzącą do przytoczonych tu konkluzji, ponieważ zawiera ona cenne uwagi o zakresie stosowania art. 7 u.z.o.z. lub art. 30 u.z.l.l.d. w kontekście zapłaty za tzw. nadwykonania.

W obu badanych przypadkach nie budziło wątpliwości Sądu, że zabiegi hemodializy, stanowiące „formę oczyszczenia pozaustrojowego z substancji toksycznych”⁶ są świadczeniami medycznymi ratującymi życie. W ocenie Sądu, „nie sposób zaprzeczyć, że zabiegi hemodializy wykonywane są w stanie bezpośredniego zagrożenia zdrowia i życia pacjentów nie tylko w przypadku tzw. ostrej niewydolności nerek, ale także w razie niewydolności przewlekłej”⁷. Taki charakter świadczeń nie oznaczał jednak wyczerpania przesłanek skutecznego powołania art. 7 u.z.o.z. lub art. 30 u.z.l.l.d. jako podstawy roszczenia o zapłatę za świadczenia ponadlimitowe. Drugim niezbędnym elementem zastosowania tych unormowań było, zdaniem Sądu, ustalenie, że pacjent „potrzebuje natychmiastowego udzielenia takiego świadczenia”, bądź jest to „przypadek niecierpiący zwłoki”⁸.

Analiza licznych unormowań z zakresu tzw. prawa medycznego (art. 7 ustawy o zoz, art. 19 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁹, art. 5 i art. 3 pkt 8 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym¹⁰, definiującego pojęcie stanu nagłego zagrożenia zdrowotnego), skłoniła Sąd do wniosku, że podstawowe znaczenie w określeniu, kiedy spełniona jest również ta przesłanka ma stwierdzenie, iż świadczenie zdrowotne zostało udzielone w sytuacji nagłej. W ocenie Sądu, „Mimo różnic językowych, jakimi charakteryzują się powyższe przepisy i niezależnie od tego, że część z nich dotyczy wyspecjalizowanych jednostek ratownictwa medycznego, nie sposób nie dostrzec, że wszystkie te przepisy mają na względzie sytu-

⁶ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.).

⁷ Wyrok SN z dnia 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.). Podkreślenia wymaga, że ta okoliczność nie została uznana np. za notorium, lecz została ustalona po przeprowadzeniu postępowania dowodowego.

⁸ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.).

⁹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r., Dz. U. z dnia 27 września 2004 r., Nr 210, poz. 2135 ze zm..

¹⁰ Ustawa z dnia 8 września 2006 r., Dz. U. z dnia 20 października 2006 r., Nr 191, poz. 1410.

ację wyjątkową oraz że kryterium przesądzającym o wyjątkowości jest konieczność natychmiastowego udzielenia świadczenia medycznego ze względu na bezpośrednie zagrożenie zdrowia lub życia pacjenta”.

Wprawdzie więc, jak zauważył Sąd, przepisy art. 7 u.z.o.z. i art. 30 u.z.l.l.d. nie zawierają wyrazu „nagły”, jednak znaczenie słowa „natychmiast” oraz „reguły logicznego myślenia nie pozostawiają wątpliwości, że wymienione przepisy dotyczą sytuacji, w której pacjent zgłasza się do zakładu opieki zdrowotnej nagle, tj. niespodziewanie (...). Tylko takie nieoczekiwane zgłoszenie się pacjenta, u którego występuje stan bezpośredniego zagrożenia zdrowia lub życia lub prawdopodobieństwo zaistnienia takiego stanu w krótkim czasie, usprawiedliwia ocenę, że podjęte wobec niego czynności medyczne mają charakter natychmiastowy w rozumieniu art. 7 u.z.o.z. i 30 u.z.l.l.d.”¹¹. Takie zarysowanie granic obu regulacji wyłączyło z zakresu ich stosowania przypadki, w których „pacjent zgłasza się do zakładu opieki zdrowotnej w terminie wcześniej wyznaczonym i umówionym”, kiedy to „nie można mówić o zgłoszeniu się nagłym, ani o udzieleniu świadczenia natychmiast; zarówno zgłoszenie, jak i wykonanie zabiegu w takim przypadku ma charakter terminowy i zgodny z planem”¹².

Co ważne, z wywodów Sądu wynika, że nie wykluczył on możliwości skutecznego żądania zapłaty za dializy ponadlimitowe w razie udzielenia tych świadczeń „w stanach zagrożenia wywołanych tzw. ostrą niewydolnością nerek lub inną nagłą przyczyną, względnie uprzednią, usprawiedliwioną odmową udzielenia świadczenia przez inny zakład opieki zdrowotnej”¹³. Zaistnienie takich okoliczności nie zostało jednak udowodnione przez stronę powodową, wobec czego nie mogły być one brane pod uwagę w ocenie stanu faktycznego omawianych spraw. W związku z tym wątkiem argumentacji Sądu Najwyższego warto podkreślić dwie szczegółowe kwestie.

Po pierwsze, w sprawie V CSK 60/05, rozważając niezbędność udzielenia świadczeń przez powodową Spółkę, Sąd uznał, że dla oceny ana-

¹¹ Tak: uzasadnienie wyroku SN z dnia 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.). Wyrażając ten pogląd Sąd odwołał się do swych stanowisk, wyrażonych w uzasadnieniach wyroków z dnia 10 maja 2006 r., III CSK 53/05 (niepubl.), z dnia 25 maja 2006 r., II CSK 93/05 (niepubl.) i z dnia 12 grudnia 2006 r., II CSK 287/06 (niepubl.).

¹² Wyrok SN z dnia 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.).

¹³ Wyrok SN z dnia 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.).

lizowanego przypadku ma znaczenie fakt, iż w obszarze działania pozwanego Oddziału NFZ w badanym okresie czasu spośród ponad dwudziestu świadczeniodawców prawie połowa nie wykonała zakontraktowanych świadczeń hemodializy, „pacjenci mieli zatem możliwość poddawania się zabiegom hemodializy w innych placówkach, zaś strona powodowa nie miała obowiązku przyjmowania nowych pacjentów”¹⁴. Uwzględniając okoliczność, że związanie powódki umową z NFZ było efektem „przejęcia części kontraktu”, łączącego pozwaną NFZ ze szpitalem, „na bazie” którego zorganizowano działalność powodowej spółki, Sąd stwierdził, że „powód będąc profesjonalistą, działającym jako spółka prawa handlowego, chcąc wejść w system ubezpieczeń zdrowotnych z rozmysłem przyjął warunki strony pozwanej”¹⁵, wiedząc, że umowa „zawarta została w granicach określonych limitem świadczeń przejętych od (szpitala – dop. B.J.)”, wobec czego nie mogła „zawierać innych uzgodnień, skoro zawarta została z pominięciem konkursu ofert”¹⁶. Ocena okoliczności zawarcia umowy przywiodła Sąd do wniosku, że nie doznał naruszenia art. 3531 w zw. z art. 58 § 1 i 3 k.c., gdyż „na etapie zawierania umowy strony dysponowały swobodą w podejmowaniu decyzji i wyrażeniu woli”, zaś „strona pozwana nie nadużyła pozycji monopolisty na rynku świadczeń zdrowotnych dla narzucenia w umowie korzystnych dla siebie rozwiązań. W istocie wyraziła jedynie zgodę na ofertę strony powodowej, która czyniła usilne zabiegi w celu przejęcia wcześniej zawartego kontraktu, umożliwiającego powodowej Spółce działanie na rynku usług medycznych”¹⁷.

Po drugie, w sprawie II CSK 43/07, oceniając wpływ wyczerpania limitów u innych świadczeniodawców na sytuację prawną powodowej Spółki, Sąd stwierdził, że „powódka nie wykazała, w którym momencie doszło u niej do wyczerpania limitu wartości kosztów oraz że w tym momencie u innych świadczeniodawców, dostępnych dla zgłaszających się do powódki pacjentów, również występował już stan wyczerpania środków finansowych limitowanych, względnie odmowa wykonania zabiegu z innych przyczyn”. Zdaniem Sądu, okoliczność, że „inne pla-

¹⁴ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.).

¹⁵ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.).

¹⁶ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.).

¹⁷ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 396/06 (niepubl.).

cówki ostatecznie w skali roku (...) także przekroczyły limity, nie przesądzała o tym, że w ciągu roku, gdy zaistniała potrzeba dializowania kolejnych chorych, limity nie były wyczerpane”¹⁸. To stanowisko silnie akcentuje, że skoro zapłata następuje za konkretne świadczenia ponadlimitowe, to w odniesieniu do tych konkretnych świadczeń niezbędne jest udowodnienie wykonania ich w sytuacji tzw. przymusu ustawowego. Natomiast nie jest wystarczające ogólne powołanie się na fakt, że w skali roku inni świadczeniodawcy również wyczerpali limity, określone w umowach z NFZ.

3. Uwagi o świadczeniach ponadlimitowych w leczeniu schorzeń przewlekłych

1. Przedstawione stanowiska Sądu Najwyższego skłaniają do wyrażenia kilku uwag dotyczących udzielania osobom przewlekle chorym pomocy medycznej, w sytuacji uprzedniego wykonania świadczeń w liczbie ustalonej w kontrakcie z Narodowym Funduszem Zdrowia. Podzielim zapatrywanie Sądu wyrażone w obu wyrokach; moim zdaniem w okolicznościach badanych spraw w przepisach art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d. nie można było skutecznie upatrywać podstawy do żądania zapłaty za tzw. nadwykonania.

Trafnie Sąd Najwyższy zauważył, że podstawy takiej nie stwarza jeszcze konstatacja o koniecznym charakterze świadczenia zdrowotnego. Przydanie znaczenia tylko temu elementowi oznaczałoby, że w omawianej kategorii czynności medycznych treść umowy przestawałaby odgrywać rolę zasadniczego środka kształtowania systemu udzielania świadczeń medycznych. Bez względu na to, czy konkretna interwencja mieściłaby się w zakontraktowanym limicie, świadczeniodawca powołując się na jej niezbędność mógłby bowiem żądać zapłaty za wykonane świadczenie. Taki stan był widoczny w okolicznościach obu spraw: dializy przeprowadzone przez powódkę w ramach realizacji umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia oraz w warunkach tzw. ponadlimitów

¹⁸ Wyrok SN z dnia 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.).

niczym się nie różniły¹⁹; wszystkie one były świadczeniami ratującymi życie oraz wszystkie zostały wykonane w zaplanowanych wcześniej terminach²⁰. Wobec tego przyjęcie, że wynagrodzenie należy się także za „nadwykonania” stawiałoby pod znakiem zapytania celowość zawierania umów limitujących spełnianie przez zakłady opieki zdrowotnej tego typu świadczeń medycznych. Tymczasem w ocenie prawnej działającego w Polsce modelu, opartego na systemie kontraktowania świadczeń zdrowotnych, nie powinien być pomijany także drugi istotny skutek zawierania umów w postaci kształtowania tą drogą właściwej z punktu widzenia potrzeb społecznych organizacji opieki zdrowotnej. Wpływ NFZ na tę sferę funkcjonowania służb medycznych byłby zaś ograniczony, gdyby udzielanie świadczeń odbywało się bez względu na treść umów, a z jednoczesnym powstaniem po stronie Funduszu obowiązku zapłaty za tzw. nadwykonania.

Warto zauważyć, że przypadek rozważany przez Sąd Najwyższy w sprawie V CSK 396/06 dobitnie ukazuje także drugie oblicze działania na polu usług medycznych, w postaci podejmowania starań o pozyskanie pacjentów, nawet drogą ryzykownego wykraczania poza ramy uprawnień i obowiązków określonych w umowie z Narodowym Funduszem Zdrowia. Z przykładów praktyki można wnosić, że w niektórych sytuacjach udzielanie świadczeń ponadlimitowych stanowi sposób na przygotowanie sobie dogodnej pozycji w negocjacjach dotyczących limitów świadczeń w kolejnym kontrakcie. Trudno nie dostrzec tu także rywalizacji z innymi zakładami opieki zdrowotnej, które – wobec korzystania przez pacjentów z usług konkurencyjnych placówek – mogą nie wykonać świadczeń w liczbie ustalonej w umowie, niejednokrotnie tracąc

¹⁹ Jak zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 maja 2007 roku, II CSK 43/07 (niepubl.), „W konsekwencji, niezależnie od tego, czy świadczenia udzielone przez powódkę należałoby zakwalifikować jako nie poddające się kwalifikacji z art. 7 zoz i art. 30 uzł, czy też jako świadczenia, o których mowa w wymienionych przepisach, za przesądającą można by uznać już samą tę okoliczność, że strony zawarły umowę i określiły limit kosztów pokrywanych przez NFZ”.

²⁰ Na marginesie warto jednak podkreślić, że dializa, która generalnie ma charakter zabiegu koniecznego, może nie być uznana za niezbędną do wykonania dokładnie w tym terminie, który, będąc świadczeniem pozalimitowym, został wskazany choremu przez świadczeniodawcę. Oprócz przypadków bardzo późnego zgłoszenia się na wykonanie zabiegu, zwykle możliwe jest bowiem udanie się pacjenta do innego zoz, dysponującego niewyczerpanym jeszcze limitem świadczeń i uzyskanie świadczenia bez uszczerbku dla życia i zdrowia pacjenta. Z tego punktu widzenia zabiegi udzielane przez powodową Spółkę, oceniane nie generalnie, lecz z uwzględnieniem sytuacji i czasu, w których były wykonywane, mogłyby być uznane za nienależące do grupy świadczeń, o których mowa w art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d. i już z tego powodu nie stwarzające podstaw do zapłaty po wyczerpaniu limitu określonego w umowie z NFZ.

szansę na zawarcie w następnym roku korzystnych umów gwarantujących normalną pracę zakładu opieki zdrowotnej²¹.

Drugim elementem, który zdaniem Sądu ma znaczenie dla oceny tzw. nadwykonań, jest zbadanie, czy do udzielenia pomocy medycznej doszło w sytuacji nagłej, w przypadku natychmiastowej potrzeby interwencji lekarskiej. Wydaje się, że te fragmenty wypowiedzi Sądu Najwyższego są nowymi wątkami w rozważaniach dotyczących świadczeń ponadlimitowych. Dotychczas argumentacja Sądu koncentrowała się na kwestii niezbędności zabiegów medycznych, ponieważ zwykle oczywiste było, że potrzeba ich wykonania pojawiała się nagle i stawiała zakład opieki zdrowotnej przed koniecznością udzielenia pomocy mimo uprzedniego wyczerpania ustalonego limitu świadczeń. Na tle wcześniej ocenianych stanów faktycznych obecnie rozważane przypadki wyróżniają się tym, że z uwagi na charakter schorzenia potrzeba przeprowadzenia zabiegów była pewna, a ich wykonanie zostało zaplanowane. Trafnie więc Sąd Najwyższy uznał, że zasadniczo wyklucza to przyjęcie, iż świadczeniodawca działał w sytuacji niezbędności udzielenia pomocy pacjentowi, narażonemu na zagrożenie życia lub zdrowia w razie odmowy wykonania hemodializy.

2. W związku z tym nurtem wywodów Sądu warto jednak zwrócić uwagę na dwa zagadnienia, dotyczące wyeksponowanego w uzasadnieniach wyroków elementu „nagłości”, „natychmiastowej potrzeby” wykonania świadczeń medycznych. Po pierwsze, między trafną argumentacją zawartą w motywach orzeczeń, a tezą drugiego z wyroków zachodzi, jak się wydaje, pewna nieścisłość, która może wpływać na mylne odczytanie zapatrywania Sądu. Zbyt generalna wydaje się teza, że „Świadczenia zdrowotne służące pacjentowi do zastąpienia funkcji przewlekle niewydolnego organu, udzielone w terminach z góry zaplanowanych, nie są świadczeniami, o których mowa w art. 7 ustawy (...) o zakładach opieki zdrowotnej (...) i art. 30 ustawy (...) o zawodach lekarza i lekarza dentystry (...)”. Niejednokrotnie zdarzyć się może, iż mimo zaplanowania terminu świadczenia udzielanego w związku z przewlekłą niewydolnością organu, będzie to świadczenie pozostające w sferze tzw.

²¹ W pierwszej z omawianych spraw została ustalona okoliczność niewykonania przez innych świadczeniodawców, działających w tym samym mieście, zabiegów hemodializy w liczbie ustalonej w umowach (tzn. sytuacja niewyczerpania limitów), a jej zaistnienie potwierdzało, że powodowa spółka wykonując zabiegi poza limitem nie działała w warunkach tzw. przymusu ustawowego.

przymusu ustawowego (np. gdy pacjent w związku z innym schorzeniem przebywa w szpitalu bez możliwości przewiezienia go do ośrodka, który nie wyczerpał jeszcze limitu zakontraktowanych świadczeń). Z tego punktu widzenia trafniejsza, bo bardziej elastyczna, wydaje się teza pierwszego z powołanych orzeczeń, w której stwierdzono, że omawianymi świadczeniami zdrowotnymi „objęte zostały w zasadzie stany nagłe i niespodziewane, których nie można przewidzieć (...)”.

Po drugie, z wywodów Sądu można wnioskować, że działanie art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d. wiązało on zasadniczo z przypadkami natychmiastowej potrzeby udzielenia pomocy lekarskiej. Wydaje się jednak, że przepisy te wyrażają szerszą myśl – o istnieniu obowiązku udzielenia świadczenia medycznego nie „tylko” w sytuacji nagłej, a grożącej zdrowiu lub życiu, lecz „nawet” także w razie braku innego źródła obowiązku, np. w postaci umowy, bez względu na korzystanie z ubezpieczenia zdrowotnego itd. Wprawdzie z punktu widzenia świadczeń ponadlimitowych najbardziej istotna jest ta sfera działania powołanych unormowań, w której zoz (lekarz) działa mimo wyczerpania limitu zabiegów określonego w umowie, jednak nie powinna być ona utożsamiana z całą paletą skutków, wynikających z art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d.

3. Ostatnie zdanie skłania do przedstawienia kilku ogólnych refleksji dotyczących znaczenia ww. przepisów dla koncepcji finansowania świadczeń ponadlimitowych. Wraz z ugruntowaniem się w orzecznictwie Sądu Najwyższego tego nurtu oceny prawnej „nadwykonań”, który obecnie dominuje w praktyce Sądów, oczywista stała się potrzeba podjęcia szerszej analizy przepisów art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d.. Skoro z ich działaniem wiązano tak istotne skutki dla stron umowy o wykonanie świadczeń zdrowotnych – a pośrednio, uwzględniając powszechność tych umów, dla całego systemu opieki medycznej – niezbędne było sprecyzowanie zakresu stosowania obu tych regulacji. Dotychczas w ich wykładni akcentowano przede wszystkim powstanie po stronie zakładów opieki zdrowotnej i lekarzy (w bliżej opisanych sytuacjach) ustawowego obowiązku niesienia pomocy medycznej²².

²² W wyroku z dnia 30 maja 2007 r., IV CSK 60/07 (niepubl.) Sąd Najwyższy stwierdził, że „Z art. 7 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz art. 30 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty wynika obowiązek udzielenia przez zakład opieki zdrowotnej, w szczególnych zdefiniowanych w tych przepisach okolicznościach, świadczeń zdrowotnych ubezpieczonym w NFZ”.

Obrazowo można powiedzieć, że w działaniu powołanych unormowań na pierwszym planie rysowała się relacja zakładu opieki zdrowotnej lub lekarza i pacjenta, znajdującego się w stanie zagrożenia życia lub zdrowia albo potrzebującego pomocy w innych przypadkach niecierpiących zwłoki (z uwzględnieniem różnic między przesłankami stosowania obu tych regulacji).

Natomiast obecnie przepisy art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d. zaczęły występować niejako w nowej roli. Ich powiązanie z systemem wykonywania i finansowania świadczeń ponadlimitowych spowodowało, że dostrzegane i podkreślane jest wywoływanie przez te regulacje skutków w innej niż dotychczas perspektywie – w stosunkach między zakładem opieki zdrowotnej jako świadczeniodawcą oraz Narodowym Funduszem Zdrowia jako zobowiązanym do zapłaty za tzw. nadwykonania. Powstaje jednak pytanie, czy dokonywanie interpretacji niejako „ukierunkowanej” na rozstrzygnięcie kwestii świadczeń ponadlimitowych nie pozostaje bez wpływu na odczytanie myśli ustawodawcy, ujętej w przepisach art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d.

Przypomnę, że przyjęte w orzecznictwie stanowisko wskazuje na wywoływanie przez umowę o wykonanie świadczeń zdrowotnych nie tylko skutków wprost określonych w treści kontraktu, lecz także – stosownie do brzmienia art. 56 k.c. – skutku objęcia umową świadczeń udzielonych w sytuacji tzw. przymusu ustawowego. Oba powołane wcześniej przepisy mają więc niejako „pośrednie”, „pomocnicze” znaczenie dla określenia, które ze świadczeń ponadlimitowych rodzą po stronie NFZ obowiązek zapłaty. Rozstrzygnięcie, że czynność medyczna została przez lekarza lub zoz podjęta w okolicznościach unormowanych w art. 7 ustawy o z.o.z. lub art. 30 ustawy o z.l.l.d., stwarza bowiem podstawy do przyjęcia, że mimo wykonania świadczenia poza limitem wprost ustalonym w umowie, powstał obowiązek zapłaty za udzieloną pomoc medyczną. W modelowym ujęciu należałoby więc w pierwszym rzędzie zbadać, kiedy zoz (lekarz) obowiązany jest podjąć interwencję w sytuacji tzw. przymusu ustawowego, a następnie na tej podstawie określić, że w tym zakresie zachodzi wzbogacenie skutków prawnych umowy o obowiązek zapłaty przez NFZ za świadczenia ponadlimitowe.

W analizie prawnej „nadwykonań” nie można jednak pominąć ścierania się dwu istotnie rozbieżnych tendencji interpretacyjnych, oddzia-

łujących na ten modelowy obraz stosowania art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d.. Z jednej strony wyrażona w tych przepisach idea obowiązku niesienia pomocy osobie potrzebującej skłania do przyjęcia wykładni rozszerzającej (a co najmniej nie zwężającej), zapewniającej podjęcie interwencji medycznej także w przypadkach, w których zachodzą pewne wątpliwości co do podstaw działania art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d.. Z drugiej strony – za wąską interpretacją tych przepisów mogłoby przemawiać uwzględnienie znaczenia umowy jako podstawowego instrumentu kształtowania systemu udzielania świadczeń zdrowotnych. Z tego punktu widzenia powinno się unikać nadmiernego rozszerzania gamy wywoływanych przez umowę skutków prawnych, prowadzącego do istotnej rozbieżności między treścią uzgodnionych przez strony postanowień i ostateczną paletą konsekwencji wywodzonych z kontraktu zgodnie z art. 56 k.c.

Wydaje się, że w rozstrzygnięciu trudności wynikających z tak odmiennych założeń wykładni pomocne jest odwołanie się do charakteru prawnego art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d. oraz do założeń stosowania tych przepisów. Jak myślę, ograniczenia związane z koncepcją finansowania świadczeń zdrowotnych (zasadniczo na podstawie umowy) oraz z wyjątkowością zapłaty za tzw. nadwykonania, nie powinny wtórnie oddziaływać na sposób rozumienia art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d.. Zakres obciążającego lekarza (zoz) obowiązku udzielenia pomocy pacjentowi nie może być dookreślany dodatkowym kryterium: możliwości zaliczenia świadczenia medycznego do grupy świadczeń, za których wykonanie NFZ obowiązany będzie zapłacić. Takie spojrzenie na zależność między działaniem w warunkach tzw. przymusu ustawowego oraz powstaniem obowiązku sfinansowania świadczeń ponadlimitowych mogłoby bowiem zniekształcająco wpływać na interpretację art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d.²³. Przepisy te nie były konstruowane z myślą o rozstrzyganiu skomplikowanego zagadnienia finansowania tzw. nadwykonań, lecz z założeniem umożliwienia pacjentom potrzebującym pomocy medycznej uzyskania świadczeń zdrowotnych niezbędnych dla ratowania życia lub zdrowia

²³ Skoro Fundusz powinien świadczyć wynagrodzenie za udzielone w warunkach tzw. nadwykonań usługi medyczne objęte art. 7 ust. o z.o.z. i art. 30 ust. o z.l.l.d., z uzasadnionej odmowy zapłaty, potwierdzonej wyrokiem Sądu, można wywodzić, że konkretne świadczenie nie pozostawało w sferze obowiązku lekarza (zoz).

albo potrzebnych w innych sytuacjach niecierpiących zwłoki. Jeśli więc mają być one wykorzystywane także w ocenie prawnej świadczeń ponadlimitowych, to – jak się wydaje – tylko w taki „sekwencyjny” sposób, że najpierw zostanie zbadany zakres działania art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d., a następnie wyniki dokonanej wykładni będą odniesione do przypadku świadczeń ponadlimitowych. Natomiast nie powinno mieć miejsca wnioskowanie niejako „odwrotne”, w którym świadomość, że pomoc medyczna udzielana jest po wyczerpaniu limitu określonego w umowie wpływałaby na wąskie określenie zakresu czynności objętych stosowaniem art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d. Dla zoz (lekarza) podstawowe znaczenie ma przecież zakres obowiązków wynikających w konkretnym stanie faktycznym z działania powołanych wyżej przepisów, bez względu na to, czy obowiązek zapłaty za udzielone świadczenia mieści się w kontrakcie, a nawet – czy będzie on obciążał NFZ, czy też nie²⁴. Ustawowy obowiązek niesienia pomocy powstaje bowiem po stronie zoz (lekarza) niezależnie od tego, czy między działaniem art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d. oraz finansowaniem świadczeń przez NFZ doszukamy się niepełnej, czy też pełnej korelacji (tzn. przyjmiemy, że w każdym przypadku działania w sytuacji przymusu ustawowego Fundusz jest obowiązany zapłacić za udzielone świadczenia zdrowotne, bez względu na istnienie i treść umowy z NFZ).

4. Zaprezentowane stanowisko powoduje określone konsekwencje dla udzielania i finansowania tzw. nadwykonań. Stosownie do idei działania powołanych unormowań należy, jak myślę, przyjąć, że w przypadkach „wątpliwych” zoz (lekarz) powinien podjąć działania zmierzające do udzielenia pomocy, nawet gdyby później okazało się, że mimo sygnalizowanych przez pacjenta objawów (np. bólu w okolicy klatki piersiowej) nie zachodzi stan zagrożenia życia lub zdrowia. W konsekwencji, moim zdaniem, również za takie działania medyczne należna jest zapłata, mimo przekroczenia limitu świadczeń ustalonego w umowie z NFZ. Podstawowe znaczenie ma bowiem okoliczność, że wykładnia art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d., także dokonywana z uwzględ-

²⁴ Warto zauważyć, że w wyroku z dnia 8 sierpnia 2007 r., I CSK 125/07 (niepubl.) Sąd Najwyższy przyjął, iż „Kasa chorych (NFZ) obowiązana była pokryć koszty świadczeń zdrowotnych udzielonych w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia osobom nieposiadającym uprawnień z tytułu ubezpieczenia zdrowotnego”.

nieniem kwestii świadczeń ponadlimitowych, nie powinna doprowadzać do zwiększenia ryzyka pacjenta, związanego z tym, że nie uzyska on pomocy z powodu wątpliwości świadczeniodawcy, czy „przymusowość” interwencji medycznej będzie uzasadniała zapłatę za udzielone świadczenie zdrowotne. W granicach stosowania obu powołanych regulacji trzeba raczej przyjąć, że skoro ostatecznie ze środków NFZ wynagradzana jest każda pomoc medyczna, podjęta w sytuacji tzw. przymusu ustawowego (w ramach zakontraktowanego limitu lub ponadlimitowo), to niedogodności związane z koniecznością innego niż przewidziane w umowach rozlokowania środków finansowania świadczeń nie powinny dominować nad korzyściami wynikającymi z funkcjonowania sprawnego systemu pomocy medycznej w sytuacjach nagłej potrzeby udzielenia takiej pomocy²⁵.

Wracając do oceny prawnej przypadków badanych przez Sąd Najwyższy trzeba podkreślić, że stany faktyczne obu tych spraw przemawiają za stwierdzeniem, iż świadczeniodawca nie udowodnił, żeby zachodziła konieczność wykonania dializ bez względu na wyczerpanie limitu świadczeń określonego w umowie z NFZ. W ustalonym stanie faktycznym, wskazującym m.in. na zaplanowanie wykonania dializ, nie było także podstaw do przyjęcia, że powodowa Spółka działała w usprawiedliwionym okolicznościami przekonaniu o potrzebie natychmiastowego udzielenia pomocy, o której mowa w art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30 ustawy o z.l.l.d..

4. Uwagi końcowe

W przypadku udzielania osobom chorym przewlekle świadczeń zastępujących pracę niewydolnego organu, obowiązek zapłaty za interwencję medyczną podjętą poza limitem zakontraktowanych zabiegów powstaje w razie spełnienia przesłanek stosowania art. 7 u.z.o.z. i art. 30 u.z.l.l.d. Interpretacja tych przepisów skłania do wniosku, że znajdują one zastosowanie w sytuacji natychmiastowej potrzeby udzielenia

²⁵ Moim zdaniem – nawet kosztem zwiększenia „globalnej” liczby udzielonych świadczeń, do którego może dojść w związku z tym, że inne zoz, które nie musiały udzielić pomocy w sytuacji „przymusu ustawowego”, wykorzystają pozostałą im, „wolną” pulę niewyczerpanego limitu świadczeń.

pomocy medycznej, w razie zagrożenia życia lub zdrowia człowieka lub w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Wymagań tych zasadniczo nie spełnia wykonanie zabiegów wprawdzie niezbędnych, ale podjętych w zaplanowanych wcześniej, uzgodnionych z pacjentem terminach, gdy ponadto z innych przyczyn nie zachodzi konieczność udzielenia świadczenia przez ten konkretnie zoz (lekarza), który wyczerpał już limit zabiegów określony w umowie o wykonanie świadczeń zdrowotnych, zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia.

Manipulacje na ludzkich zarodkach

Manipulowanie na ludzkich zarodkach przybiera dwie formy: fizyczną i pojęciową. Fizyczne manipulowanie to zabiegi powodujące, że ludzki zarodek podlega zmianom niespotykanym w naturze, np. zostaje zamrożony nie tracąc zdolności do dalszego rozwoju lub jest przekształcony w linię komórek macierzystych. Manipulowanie pojęciowe polega na opisywaniu zarodka jako człowieka z pełnymi prawami ludzkimi lub jako daru Boga. Specjaliści od zapłodnienia *in vitro* i badań genetycznych na zarodkach praktykują manipulację fizyczną. Wyznawcy katolickiej etyki i fundamentaliści protestanczy praktykują manipulację pojęciową. Między tymi stanowiskami dochodzi do ostrych starć polemicznych. Obrońcy eksperymentów genetycznych nazywani są mordercami, zwolennikami przyrodniczych wynaturzeń, cynicznymi hedonistami i skrytymi propagatorami perfidnej aborcji. Zwolennicy modyfikacji pojęciowych określani są jako fanatycy, obrońcy średnio-wiecznej dominacji Kościoła, przeciwnicy nauki i zabobonni mitomani. Istotnego konfliktu między tymi dwoma stanowiskami uniknąć się nie da. Uniknąć można tylko epitetów.

Spór o granice dopuszczalnych manipulacji na zarodkach powstał w latach osiemdziesiątych, gdy metoda zapłodnienia *in vitro* coraz skuteczniej rozwiązywała problem niepłodności, a także zaczęła służyć jako metoda diagnostyczna pozwalająca uniknąć przenoszenia na dzieci poważnych wad genetycznych rodziców. Jako metoda terapeutyczna procedura *in vitro* pozwalała kontrolować selekcję gamet i ich zdolność do stworzenia zdrowej zygoty. Można też było doprowadzić do połączenia plemnika z jajeczkiem, gdy kobieta nie miała drożnych jajowodów. Jako metoda diagnostyczna pozwalała sprawdzić po wytworzeniu kilku protozarodków, które z nich są nośnikami chorób genetycznych i

tych zarodków można było nie przeznaczać do implantacji. Dziś metody te są znacznie udoskonalone i skuteczność ich wzrosła – wedle różnych szacunków – do 60% lub nawet 80%. (por. Singer&Dawson: 89)

Emocjonalne protesty

Stosowanie metody *in vitro* budzi zastrzeżenia Kościoła rzymsko-katolickiego, który zwraca uwagę, że metoda *in vitro* wymaga wytworzenia nadliczbowych proto-zarodków, które nie będą implantowane, czyli takich, które są skazane na śmierć. Ponadto Kościół traktuje użycie technik ułatwiających prokreację za ingerencję w prerogatywy Boga lub za oddzielenie „aktu miłości” od „aktu rozrodu”.

Najwięcej zastrzeżeń ze strony autorów katolickich wywołuje sztuczne zapłodnienie *in vitro* (FIVET = *fecondation in vitro et transfert d'embrion*), zarówno o charakterze homo-, jak i heterologicznym. O ile heterologiczny [w sensie: pozamałżeński-JH] charakter tej metody, jak też każdej innej tego rodzaju, nie pozostawia wątpliwości, że jest ona niegodziwa, co zostało ukazane wcześniej, to mogą się rodzić pytania w odniesieniu do zapłodnienia homologicznego *in vitro*. Pytania takie autorów katolickich są uzasadnione w świetle znanych wypowiedzi dokumentu o nazwie *Donum vitae*, wedle którego „zapłodnienie jest godziwie chciane, jeśli małżonkowie podjęli w sposób ludzki akt małżeński przez się zdolny do zrodzenia potomstwa”. Jak zatem odnieść się do szczerych pragnień małżonków bezpłodnych, dla których metoda FIVET jawi się jako jedyny środek do posiadania upragnionego dziecka? Otóż zdaniem etyków i teologów katolickich w Polsce, z pewnością nie można ignorować takich słuszych pragnień. Jednak metoda ta nie może uzupełniać braku stosunków małżeńskich (w przypadku impotencji), a zważywszy na niebezpieczeństwa natury medycznej grożące płodowi oraz na niedogodności praktyczne towarzyszące temu sposobowi zapłodnienia, nie można go przedkładać nad prokreatywną specyfikę małżeńskiego aktu płciowego. Ponadto zapłodnienie „w probówce”, jak sama nazwa wskazuje, dokonuje się poza ustrojem kobiety za pomocą działania osób trzecich. Życie więc embrionów zostaje powierzone maszynom i lekarzom, których kompetencja decyduje o powodzeniu zabiegu. Pozwala się w ten sposób, aby technika panowała nad pochodzeniem osoby ludzkiej. Tego rodzaju działanie sprzeciwia się, zdaniem [wskazanych] autorów [zachowaniu] godności i równości, które powinny być wspólne rodzicom i dzieciom. Argumentują oni

ponadto, że zapłodnienie „w probówce” nie daje w praktyce pewności, iż powołane do życia na tej drodze dziecko jest faktycznie własnym potomkiem przynajmniej jednego z rodziców. Dokonujący tego zabiegu lekarze mogą, a niekiedy, w ich mniemaniu, muszą zamienić męskie nasienie lub nawet kobiecą komórkę rozrodczą. Skutki takiego działania dla dalszego życia rodzinnego mogą być tragiczne, ponieważ zakwestionowanie ojcostwa lub macierzyństwa dziecka pociąga za sobą ogromne konsekwencje. (Wesołowski)

Emocjonalny i potępiający charakter tych zastrzeżeń musi budzić zdumienie i wątpliwości co do prawdziwych motywów rzeczników etyki katolickiej. Przede wszystkim pragnienie posiadania dziecka pozamałżeńskiego określane jest jako „niegodziwie chciane”, choćby jego rodzice starali się być dobrymi opiekunami i świetnie umieli zatroszczyć się o swe dzieci. To jawny i anachroniczny przypadek dyskryminacji. Nawet jednak w przypadku pary bezpłodnej, która jest małżeństwem, i której „pragnień z pewnością nie wolno ignorować”, stosowanie techniki *in vitro* jest niedopuszczalne, ponieważ stanowiłoby kompensację „braku stosunków małżeńskich” powodowanego np. impotencją. Mówiąc jaśniej, impotent nie ma prawa mieć dzieci, bo – jak należy domniemywać z braku jakiegokolwiek innego uzasadnienia – impotencja nie jest usterką biologiczną tylko jakimś nadprzyrodzonym napiętnowaniem, którego skutków nie wolno usuwać ani kompensować wbrew woli Stwórcy. Nie wolno też stosować metody *in vitro* w przypadku niechęci do stosunków seksualnych – choćby ta postawa była np. następstwem gwałtu przeżytego niegdyś przez kobietę – rzekomo z powodu „niebezpieczeństw natury medycznej grożących płodowi”. To zastrzeżenie jest kuriozalne, ponieważ razi swą bezpodstawnością w tym kontekście. Zadaniem etyki katolickiej nie jest ocena skuteczności zabiegów medycznych, tylko wyrażenie jakiejś troski o dobro cierpiących jednostek. Nadto twierdzenie, że zapłodnienie pozaustrojowe powoduje „niebezpieczeństwa grożące płodowi”, a rozwój ciąży wewnątrzustrojowej jest rzekomo bezpieczny, nie ma żadnego oparcia w faktach. Jest odwrotnie. Ciąża wewnątrzustrojowa może być badana tylko w bardzo niedoskonały sposób, przez zastosowanie ultradźwięków lub prześwietleń, natomiast przebieg zapłodnienia w szalce laboratoryjnej daje się dokładnie monitorować. Kolejny argument głosi, że etyka katolicka zabrania rzekomo „powierzania życia płodów maszynom i lekarzom”. Gdyby to była prawda, czymś niedopusz-

czalnym byłoby używanie samolotów i leczenie w szpitalu. Tam też życie płodów i dorosłych powierzane jest „maszynom i lekarzom”. Wreszcie twierdzenie, że w laboratoriach technicy mogą zamienić plemniki lub jajeczka różnych dawców także nie wytrzymuje krytyki. Daje się równie dobrze odnieść do oddziałów położniczych, gdzie w przybliżeniu raz na milion przypadków zdarza się, że położne pomylą dwa noworodki, choć z tego powodu etyka katolicka nigdy nie domagała się zamykania izb porodowych. Przypuszczenie, że jajeczka są częściej mylone, świadomie lub złośliwie, wymagałoby dowodu, którego nie ma. Wszystkie te zastrzeżenia wydają się więc albo nieszczerze i niepoważne, albo błahe i łatwe do usunięcia.

Bezradność argumentacyjna stanowiska katolickiego ujawniła się z całą jaskrawością podczas kazań wygłaszanych przez biskupów w okresie Świąt Bożego Narodzenia w 2007 roku. Słabość użytych wówczas argumentów została wytknięta przez poważnych świeckich bioetyków (por. np. Szawarski).

Abp Józef Życiński mówił podczas mszy w Boże Narodzenie w Lublinie: – „Do sprawy *in vitro* nie można podchodzić w ten sposób, jakby w grę wchodziły tylko marzenia o dziecku albo refundacja z Narodowego Funduszu Zdrowia. Tu chodzi o kulturę życia, której uczył Jan Paweł II. Błędne jest myślenie, że tu nie ma żadnego problemu, tylko konserwatywny Kościół chce utrudniać życie człowiekowi”. Metropolita lubelski tłumaczył: – „To nie jest tylko kwestia tęsknoty za tym, żeby to nie było przypadkowe adoptowane dziecko, żeby miało te same rysy twarzy jak tatuś. To kwestia także kilku zarodków, które przy podporządkowaniu podobnych procedur zasadom komercji tworzone są prawie w każdej klinice, gdzie przeprowadza się podobne zapłodnienie i później pozostają zamrożone w ciekłym azocie. My też byliśmy zarodkami. Nas też można było zamrozić”. Abp Życiński przypomniał angielskie protesty sprzed kilku lat przeciw niszczeniu zamrożonych embrionów: – „Znalazły się pary małżeńskie, które zgodziły się przyjąć zamrożone embriony, umożliwić im normalny cykl rozwojowy w łonie matki. Przyszło z tego na świat ponad tysiąc dzieci” – podkreślił z aprobatą arcybiskup. I mówił do wiernych: – „Tu właśnie jesteśmy potrzebni Chrystusowi, aby dziś nie wydawano na niego wyroku śmierci jak kiedyś w Betlejem. A żeby te zarodki ludzkie, które są nośnikami życia, mogły się rozwinąć, czując solidarną więź z rodziną ludzką”. Na pasterce w katedrze w Radomiu bp Edward Materski wzywał, by „przewyciężyć mroki przeróżnych programów, które chcą wprowadzić prawa uderzające w prawo do życia od poczęcia aż do naturalnej śmierci, w prawo każdego dziecka, by wiedziało, że jest owocem miłości ojca i matki”. Bp Wiktor Skworec nazwał *in vitro* „produkcją życia kosztem innego

życia”. W katedrze tarnowskiej zachęcał małżeństwa do adopcji i ubolewał, że o niej się nie mówi, bo zaszkodziłoby to „medycznemu lobby propagującemu omnipotencję medycyny i życie z probówki”. Jeszcze ostrzej mówił na pastercie biskup płocki Piotr Libera: – „Nad Betlejem nieustannie unosi się cień Heroda. Czy nie jest to szatańska zagrywka? Dać początek jednej istocie ludzkiej i równocześnie zniszczyć kilka lub kilkanaście innych żywych ludzkich zarodków! Oto dlaczego Kościół mówi zdecydowanie „nie” metodzie poczynania ludzkiego życia w laboratorium”. (Wiśniewska)

Te wypowiedzi nie zawierają żadnego rzeczowego argumentu przeciw zapłodnieniu *in vitro*. W niepohamowany sposób szkalują zwolenników tej techniki porównując ich do Heroda. Obśmiewają rodziców, którzy chcieliby, żeby ich dzieci były do nich podobne. Porównują zamrożenie zarodka, który ten stan doskonale przeżywa, do zamrożenia człowieka, który – gdyby go zanurzyć w płynnym azocie, czego nigdy lekarze wspomagający reprodukcję nie robią – musiałby niechybnie zginąć. Leczenie niepłodności nazwane jest „szatańska zagrywka”, a lekarzom przypisana jest wiara w „omnipotencję”, jakby ten termin i upodobanie do jego nadużywania pochodziły z medycyny, a nie z teologii. Siła tego protestu i wyrażany w nim gniew są całkowicie nieproporcjonalne do użytych argumentów i nie do pojęcia u osób, które rzekomo kierują się miłością bliźniego.

Poważne ustalenia

Dyskusja nad dopuszczalnością zapłodnienia *in vitro* może być przeprowadzona w sposób poważny i rzeczowy, ale tylko pod warunkiem, że zostanie uwolniona od nacisków religijnych i politycznych. Taką dyskusję przeprowadzono w Wielkiej Brytanii na początku lat osiemdziesiątych, po powołaniu przez rząd niezależnej Komisji (Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology) pod kierownictwem Dame Mary Warnock, profesora filozofii z Oksfordu i Cambridge. Komisja składała się z 16 członków, którymi byli teolodzy, filozofowie, filantropiści, naukowcy, prawnicy, pracownicy socjalni i lekarze. Wykorzystano ustną lub pisemną ekspertyzę 250 specjalistów. Raport Komisji nie pretendował do nieomyślności, a nawet na wstępie stwierdzał, że Komisja wyrzeka się

próby „dyktowania szerokiej publiczności rozwiązań moralnych” i zamiast tego wybiera prezentację „stabilnego i ogólnego punktu widzenia, [...] by odkryć na czym polega dobro społeczne pojęte najszerzej i sformułować zalecenia w świetle tych ustaleń” (Law: 140) Raport Komisji Warnock (1984) nie zamierzał zamknąć omawianych kwestii w ostatecznej formule prawnej, ale postulował powołanie do istnienia Voluntary Licensing Authority, która stale nadzorowałaby sposób prowadzenia badań nad ludzkimi zarodkami. Instytucja taka została stworzona, a następnie przekształcona w Human Fertilization and Embriology Authority. Prace Komisji Warnock były szeroko omawiane w prasie i przyczyniły się do znacznej zmiany postaw w Wielkiej Brytanii. Gdy na początku dyskusji większość obywateli i członków parlamentu wyrażała daleko idące obawy w odniesieniu do zapłodnienia *in vitro* i do eksperymentów na ludzkich zarodkach, pod koniec dyskusji przyjęto postawę w dużej mierze zbieżną z postulatami przedstawicieli nauki. Podobna zmiana poglądów nastąpiła też w obrębie Brytyjskiego Towarzystwa Medycznego, które najpierw uznało wszelkie badania na zarodkach za niedopuszczalne, i niemal natychmiast wycofało swój zakaz, powołując jedynie podkomitet do zbadania problemów moralnych występujących podczas takich badań. (Harris: 217)

Komisja Warnock przyczyniła się do zmiany powszechnej opinii w trzech punktach. Po pierwsze, pod jej wpływem uznano za dopuszczalne prowadzenie badań w licencjonowanych instytucjach badawczych do 14 dnia życia protozarodka. Po drugie, wyrażono aprobatę dla badań zmierzających do pohamowania chorób przekazywanych genetycznie. Po trzecie, retorykę strachu w publicznej debacie zamieniono na retorykę nadziei. (Habgood: 538) Wnioski Komisji Warnock nie zostały przyjęte bez zastrzeżeń. Uznano, że stanowią one jednak pożyteczny kompromis, w sytuacji niedających się usunąć kontrowersji etycznych. Najwyraźniej zgłoszone zastrzeżenia dotyczyły następujących kwestii. Komisja stała na stanowisku, że dopuszczalne jest zapłodnienie *in vitro* nasieniem nieznanego dawcy, by umożliwić zajście w ciążę kobietom, które nie zamierzają wychowywać dziecka z mężem lub w przypadku, gdy mąż nie może być dawcą nasienia. Jednocześnie jednak przyjęto, że w wieku 18 lat dziecko ma prawo poznać tożsamość swych rodziców. (Law: 140) Ta decyzja podważa treść umowy z dawcą nasienia, jeśli oczekuje on zachowania anoni-

mowości. Komisja wymagała, by zapłodnienie *in vitro* i umieszczenie zarodka w macicy bezpłodnej kobiety dokonane zostało w ciągu 14 dni. Zalecała jednak, by uznać za nielegalne przenoszenie jajeczek zapłodnionych w organizmie jednej kobiety do organizmu innej kobiety (przenoszenie wczesnej ciąży). (Law: 140) Trudno znaleźć jasne uzasadnienie dla tego wymagania. Uznano, że wdowa nie ma prawa użyć zamrożonego nasienia swego byłego męża, w szczególności, gdy taka implantacja mogłaby mieć wpływ na podział spadku po mężu. (Law: 140) To wymaganie jest całkowicie słuszne, gdy w grę wchodzi instrumentalne manipulacje spadkowe. Jednak pełny zakaz korzystania z komórek osób zmarłych pozostaje w sprzeczności z brakiem takiego zakazu, gdy w grę wchodzi transplantacje organów. Silnie potępiono ciążę zastępczą za pieniądze. (Law: 140) Krytycy tego postanowienia słusznie jednak pytali: „Dlaczego wynajęcie macicy jest z konieczności bardziej narażone na eksploatację kobiety niż szorowanie podłóg lub produkcja toksycznych środków chemicznych?”, i nie znaleźli w raporcie Komisji odpowiedzi na to pytanie. (Law: 141) W sumie, za najpoważniejszą słabość raportu uznano brak wystarczającego uzasadnienia dla podanych rozwiązań. „Niestety, to opracowanie nie zdołało osiągnąć ambitnego celu, jaki przed sobą stawiało, zaproponowania spójnej wizji natury rodziny i roli społeczeństwa.” (Law: 141)

Krytyczne oceny, nawet jeśli słuszne, nie mogą pomniejszyć wielkich zasług Komisji, której udało się ustalić zakres spraw kontrowersyjnych, zaproponować dla nich możliwie najbardziej bezstronne rozwiązanie i, co najważniejsze, dopomóc społeczeństwu w zrozumieniu, pod jakim względem powszechnie podzielane przekonania oparte są na błędnych założeniach. Wiązały się one z nieznaną trzema faktami, które wcześniej nie trafiały do świadomości publicznej.

Po pierwsze, plemniki i jajeczka nie pełnią równie ważnej roli w reprodukcji. Plemniki są w zasadzie tylko nośnikiem materiału genetycznego i można je zastąpić przy wykorzystaniu istniejących dziś środków technicznych przez dowolną inną komórkę ciała, zawierającą taki sam materiał. Gdyby nagle zabrakło plemników na świecie, reprodukcja ludzkiego gatunku mogłaby być kontynuowana przy stosunkowo niewielkich interwencjach technicznych na początku ciąży. Natomiast jajeczko ludzkie jest czymś niezastępowalnym. Bez oocytów

reprodukcja ludzkości jest niemożliwa. (Zatem w jakimś zakresie oskarżenia autorów feministycznych o niedocenianie roli kobiet są słuszne).

Po drugie, tradycyjny schemat wyróżniający w ontogenezie zygotę, blastulę, zarodek i płód jest oparty na mało istotnych cechach morfologicznych i funkcjonalnych. Dużo bardziej istotne jest wyróżnienie fazy określanej jako protozarodek (*pre-embryo*). Zygota jest zbiorem komórek totipotencjalnych (czyli zdolnych do wytworzenia osobnego pełnego organizmu), które w pewnym momencie przekształcają się w komórki polipotencjalne (zdolne do wytworzenia różnych organów, lecz nie pełnego organizmu). W tym stanie protozarodek nadaje się do implantacji. Gdy natomiast rozwinie się w grupę komórek tworzących blastulę, czyli protoorganizm w kształcie kuli pustej w środku, jego zagnieżdżenie w macicy jest niemożliwe lub przynajmniej na razie technicznie niewykonalne. (Singer&Dawson: 92) W późniejszej fazie zarodkowej nie powstają niemal żadne nowe możliwości manipulacji, które prowadziłyby do poprawy kondycji fizycznej zarodka lub dających szansę zmodyfikowania jego cech na bardziej pożądane. Wyróżnianie tej fazy jest więc z punktu widzenia prawa i moralności mało istotne. Dopiero we wczesnej fazie płodowej pojawiają się nowe cechy rozwojowe, które w zasadniczy sposób zmieniają status płodu. Gdy około 18-tego tygodnia wykształca się układ nerwowy reagujący centralnie na zmiany zachodzące w różnych organach płodu, ewentualna interwencja musi brać pod uwagę fakt, że płód może już odczuwać ból. Wszelkie inwazyjne zabiegi stają się wtedy niedopuszczalne bez spełnienia dodatkowych warunków. Wyjątek można, na przykład, robić dla procedur leczniczych, gdyby ich stosowanie w tym właśnie okresie, a nie wcześniej lub po urodzeniu, było specjalnie zalecane z jakichś względów medycznych.

Po trzecie, przy wyróżnieniu fazy protozarodka jako szczególnie istotnej przy określaniu dopuszczalnych manipulacji badawczych i modyfikacyjnych, wyraźnie można wydzielić cztery stanowiska określające zakres dopuszczalnych manipulacji z punktu widzenia moralności. Te cztery stanowiska to ultra-konserwatyzm, konserwatyzm umiarkowany, liberalizm umiarkowany i ultra-liberalizm. Każde z tych stanowisk ma wyraźną spójność teoretyczną wynikającą z przyjęcia dających się wyraźnie zdefiniować naczelných zasad.

Tabela. Zasadnicze stanowiska moralne określające zakres dopuszczalnych czynności w zakresie badań embriologicznych i sztucznego zapłodnienia.

	A. Dawca i Biorca gamet	B. Gamety oraz Zygoty (liczące 2-8 komórek)	C. Proto-Zarodek (PZ) (do 14 dni od gamety)	D. Zarodek (do 8 tygodnia) lub Płód (od 9 tygodnia)	E. Noworodek
1. Ultra konserwatyzm	*Nie wolno produkować gamet bez intencji rozrodu	*Zygota jest ludzką osobą *Nie wolno leczyć niepłodności *Nie wolno wywoływać hiperowulacji *Nie wolno zakładać banków jajeczek ani spermy * Nie wolno stosować <i>in vitro</i>	*Nie wolno PZ-ami manipulować w żaden sposób (wykluczone zamrażanie i eksperymenty)	*Przerywanie ciąży wykluczone	*N ma pełne prawo do życia, w tym do życia wyłącznie wegetatywnego
2. Konserwatyzm umiarkowany	* Kobieta nie może być narażona na problemy zdrowotne związane z hiperowulacją *Dawca powinien oprzeć swe decyzje na autorytecie	*Wolno leczyć bezpłodność, ale bez manipulacji genetycznych. *Wolno stosować <i>in vitro</i> bez nadliczbowych zarodków *Nie wolno tworzyć komórek macierzystych	*Wszystkie PZ-ki mają być implantowane	*Przerywanie ciąży wykluczone	*N ma prawo do życia, ale nie do heroicznych zabiegów ratunkowych

Podstawą dla sformułowania tych czterech stanowisk jest przede wszystkim wprowadzone przez Michaela Mulkeya odróżnienie między „retoryką strachu” i „retoryką nadziei”.

Konserwatyści są z reguły przeciwni jakimkolwiek eksperymentom i nowym technikom medycznym po części w obawie przed zmianami, których nie wszystkie konsekwencje dadzą się z góry przewidzieć. Często podawany przez nich argument brzmi: „Nawet jeśli istnieje małe ryzyko popełnienia wielkiego błędu, to nie należy odpowiednich działań podejmować”. To przekonująca zasada, ale tylko pod warunkiem,

Tabela. c.d.

3. Liberalizm umiarkowany	<ul style="list-style-type: none"> * Kobieta decyduje z lekarzem o wywołaniu hiperowulacji * Dawca ma prawo kierować się sumieniem * Wolno tworzyć celowo gamety do wykorzystania jako komórki macierzyste * Wolno stosować ciążę zastępczą 	<ul style="list-style-type: none"> * Wolno prznosić gamety do innych gatunków (np. dojrzewanie plemników w gonadach szczura) * Wolno tworzyć organy międzygatunkowe, ale nie osobniki * Banki spermy * Wolno stosować <i>in vitro</i> z nadliczbowymi zarodkami * Wolno zamrażać i opóźnić rozwój zygoty 	<ul style="list-style-type: none"> * PZ-ki uszkodzone i nadliczbowe mogą być eliminowane * PZ ma specjalny status - nie ma praw człowieka, ale nie jest też przedmiotem ani towarem. * Dopuszczalne licencjonowane eksperymenty na komórkach macierzystych i PZ-ach * Klonowanie organizmu tylko w wyjątkowych okolicznościach 	<ul style="list-style-type: none"> * Przerwanie ciąży wykluczone po 18 tygodniu (system nerwowy); w pierwszych trzech miesiącach dopuszczalne 	<ul style="list-style-type: none"> * N ma prawo do życia tylko jeśli jest zdolny rozwijać się jak przeciętny człowiek; w przeciwnym razie decyduje opiekun
4. Ultraliberalizm	<ul style="list-style-type: none"> * Wolno eksperymentować z ciążą u mężczyzn * Wolno prznosić ludzką ciążę do zwierząt 	<ul style="list-style-type: none"> * G i Z w wolnej sprzedaży * Banki spermy i jajeczek * Wolno wywoływać dzieworództwo * Wolno korzystać z komórek zmarłego * Wolno klonować pełny organizm ludzki * Dozwolona wieloraka replikacja i hybrydy 	<ul style="list-style-type: none"> * PZ-ki ze spodziewaną skazą estetyczną mogą być eliminowane * Selekcja płci dozwolona * PZ nie zasługuje na osobną opiekę prawną * PZ podlega prawu własności 	<ul style="list-style-type: none"> * Przerwanie ciąży jest zawsze dozwolone * Możliwe jest wykorzystanie zarodka do uzupełnienia i lub wymiany patologicznych tkanek u dorosłych 	<ul style="list-style-type: none"> * N nie ma własnego prawa do życia, jest własnością rodziców lub instytucji

ze się ją traktuje dosłownie. Jeśli można oszacować wielkość szkody i prawdopodobieństwo jej zajścia, to istotnie, należy unikać szkód nie tylko wielkich i prawdopodobnych – co robi każdy w miarę racjonalny człowiek – ale także szkód wielkich, choć mało prawdopodobnych. Tak sformułowana zasada ma wyraźną treść empiryczną i jej trafność

można ustalać szczęśliwymi lub nieszczęśliwymi przypadkami jej zastosowania. Ściśle rozumiana zasada ostrożności nie ma jednak zastosowania w przypadku zapłodnienia *in vitro*. Gdy przeciwnik tej techniki mówi: „Nie wolno tworzyć nadliczbowych zarodków, jeśli istnieje choć najmniejsza szansa, że zarodek jest człowiekiem”, to jego twierdzenie nie ma najmniejszego empirycznego sensu. Bowiem to, czy zarodek jest człowiekiem, nie może „się okazać”. Nie istnieją żadne przyszłe, ani ukryte fakty, których poznanie mogłoby tę kwestię rozstrzygnąć. O zarodkach wiemy wszystko, co trzeba, by móc zdecydować, czy są ludźmi. Mają własne DNA, są przedłużeniem życia ich dawców, stanowią osobny protoorganizm, mają wiele różnych potencjalności, jedną z nich jest możliwość rozwinięcia się w ludzką osobę, wiele innych potencjalności wiedzie do innych przyszłych stanów zarodka. Dla konserwatystów tak opisany protoorganizm jest już człowiekiem tylko dlatego, że konserwatyści tak czują. Dla liberałów tak opisany protoorganizm nie jest jeszcze człowiekiem, po części dlatego, że tak właśnie czują, a po części z innych powodów. W każdym razie nie można liczyć na to, że ujawnione zostaną jakieś nowe fakty, które bezspornie stwierdzą, czy zarodek jest człowiekiem, czy nie. W filozofii przypadki sytuacji nierozstrzygalnych przez fakty są dobrze znane. Przykładem może być twierdzenie W.W.O. Quine’a o nieistnieniu radykalnego tłumaczenia. W istocie rozumować należy w odwrotnym kierunku. Najpierw należy zdecydować, jakie obowiązki mamy w stosunku do zarodków i powstających z nich późniejszych faz rozwojowych organizmu, a później można decydować, od kiedy i w jakim zakresie należy otoczyć zarodki i płody ochroną. Dopiero na koniec można poważnie decydować, od jakiego momentu można używać terminu „człowiek” w sposób pozwalający uniknąć niepotrzebnych i pustych sporów terminologicznych.

Liberałowie opierają swe stanowisko na „retoryce nadziei” i są zdania, że nasze obiegowe intuicje w odniesieniu do badań na zarodkach i do zapłodnienia *in vitro* nie zasługują na zaufanie, bo są najczęściej wyrazem ignorancji, przywiązania do archaicznych tabu i efektem wybujałej wyobraźni. Genetycy dokonujący eksperymentów na zarodkach są w potocznej mentalności kojarzeni z dr Frankensteinem i z postaciami z *science fiction*. Podejrzewa się ich o to, że zechcą wypro-

dukować chmurę ludzkich klonów pozbawionych sumienia i woli, służących jako materiał biologiczny do produkcji ludzkich tkanek lub wykonujących ślepo rozkazy jakiegoś szalonego despoty. Taka perspektywa jest istotnie przerażająca, ale nic nie świadczy o tym – a odwrotnie wszystko świadczy przeciwko temu przekonaniu – by despotci szczególnie liczyli na postępy genetyki inżynierskiej. Swoich zbiorów potrafią znaleźć wśród już istniejącej ludności. Natomiast prowadzone badania genetyczne mogą pozwolić – zdaniem liberałów – na lepsze zrozumienie procesu reprodukcji, mogą usunąć przynajmniej niektóre choroby dziedziczne, stworzą nowy dział medycyny zajmujący się regeneracją tkanek i ułatwią bezpłodnym parom posiadanie dzieci, które będą nosiły ich cechy genetyczne. Taka jest mniej więcej treść „retoryki nadziei”.

Problemy do rozwiązania

Rozpatrzmy teraz bardziej szczegółowo cztery wymienione stanowiska.

Radykalni konserwatyści są z reguły motywowani względami religijnymi. Np. Kościół rzymsko-katolicki uważa, że nie wolno produkować zygot bez intencji rozrodu (A1). To stanowisko zostało zarysowane w encyklice *Humanae vitae*. W maju 1964 papież Paweł VI powołał grupę doradcą składającą się z 13 mężczyzn, która miała wypowiedzieć się w sprawie moralności stosowania doustnych środków antykoncepcyjnych, ponieważ zamierzał przedstawić wyraźne stanowisko w sprawie kontroli urodzin podczas konsystorza kardynałów, planowanego na czerwiec owego roku. Grupa nie była w stanie sformułować jednolitego stanowiska. (Keely: 221) Paweł VI postanowił jednak dać wyraźną interpretację małżeństwa. Wybrał wersję skrajnie anty-hedonistyczną i ograniczającą prawo małżonków do autonomicznego określenia charakteru ich związku.

Małżeństwo bowiem nie jest wynikiem jakiegoś przypadku lub owocem ewolucji ślepych sił przyrody: Bóg-Stwórca ustanowił je mądrze i opatrnościowo w tym celu, aby urzeczywistnić w ludziach swój plan miłości. (*Humanae vitae*, par. 8)

Papież stwierdził, że małżeństwo jest zawiązywane nie tylko dla szczęścia małżonków i nie tylko oni mogą określać swe wzajemne obowiązki i prawa. Celem małżeństwa jest nieograniczona prokreacja realizowana przez kontakty seksualne bez użycia środków antykoncepcyjnych i bez stosowania technik wspomagających zajście w ciążę. Jest więc zrozumiałe, że wszystkie manipulacje na gametach, zygotach i protozardkach są z góry wykluczone (Tabela 1B, 1C).

Podobnie – jak to już Nauczycielski Urząd Kościoła wielokrotnie oświadczył – odrzucić należy bezpośrednie ubezpłodnienie czy to stałe, czy czasowe, zarówno mężczyzny, jak i kobiety. Odrzucić również należy wszelkie działanie, które – bądź to w przewidywaniu zbliżenia małżeńskiego, bądź podczas jego spełniania, czy w rozwoju jego naturalnych skutków – miałyby za cel uniemożliwienie poczęcia lub prowadziłyby do tego. (*Humanae vitae*, par. 14, por. Keely: 222)

Rozstrzygnięcia zawarte w encyklice ze swej natury miały być nieomyślne, ale dodatkowo Paweł VI wyjaśniał, że są one konsekwencją prawa boskiego i prawa naturalnego. Możliwość powoływania się w tym kontekście na prawo naturalne budzi wątpliwości niezależnych komentatorów, między innymi dlatego, że prawo naturalne jest częścią religijnej koncepcji świata, a nie naukowej koncepcji świata. Rozbudowaną koncepcję tego prawa znajdujemy w pismach św. Tomasza z Akwinu, który przez prawo naturalne rozumiał między innymi staranie o poznanie Boga. Encyklika *Humanae vitae* była adresowana nie tylko do małżonków, ale także do rządzących i napominała ich, by nie sprzyjali żadnym koncepcjom planowania rodziny. (*Humanae vitae*, par 23; por. Keely: 222) Dopuszczany był tzw. „kalendarzyk małżeński”, czyli zawodna metoda unikania stosunków seksualnych w dniach płodnych, ale ten wyjątek nie był niczym uzasadniony. Autonomia pary małżeńskiej została w ten sposób znacznie ograniczona. Planowanie rodziny sprowadziło się do wyboru między dwiema możliwościami – albo małżonkowie pozwalają sobie na kontakty seksualne i muszą zaakceptować kolejne dziecko bez względu na wcześniej posiadaną ich liczbę, albo muszą się jednomyślnie zdecydować na abstynencję seksualną. Jednostronna abstynencja seksualna była niedopuszczalna jako niezgodna z naturalnymi celami małżeństwa. W praktyce – jak wielokrotnie zwracano uwagę – o liczebności potomstwa decydował ojciec, a nie matka, choć główne koszty małżeństwa – ciąża, karmienie piersią i wychowanie – ponosiła ona, a nie on.

Encyklika *Humanae vitae* wywołała protesty i niemilknące do dziś dyskusje. Jej zalecenia kwestionuje także wielu katolików. Jednak, jak się wydaje, Kościół rzymsko-katolicki nie może zrezygnować z dalszego głoszenia zawartych w niej nakazów. Stanowisko papieża jest nieomyślne, nawet jeśli dwadzieścia lat później nauka pozwala widzieć problemy planowania rodziny w zupełnie nowym świetle w związku z wynalezieniem nowych rodzajów środków antykoncepcyjnych i nowych form kontrolowania płodności. Kościół znalazł się w sytuacji dla siebie samego kłopotliwej. Musi bronić własnej wersji etyki seksualnej jako dogmatu wiary bez względu na koszty moralne przyjętego stanowiska, niezależnie od jego akceptacji przez wiernych i jego wątpliwą zgodność z innymi prawdami wiary, takimi jak np. obowiązek podporządkowania się wymaganiom własnego sumienia.

Podczas tych 40 lat, w ciągu których postęp nauki zupełnie zmienił pojmowanie wielu pojęć z dziedziny płciowości i kontroli urodzeń (szczególnie ważne było wypracowanie technik zapłodnienia *in vitro*, a z drugiej strony – pojawienia się epidemii AIDS), kościelne nakazy etyczne nie zmieniły się nawet na jotę. Jak bowiem zmienić lub co gorsza odwołać postanowienia kogoś uznanego przez Kościół za najwyższy autorytet? Postanowienia Pawła VI sprzed 40 lat pozostają nietknięte właśnie dzięki pośmiertnej władzy jego autorytetu papieskiego powodując, że i tak z natury powolne kościelne młyny miały dogmaty etyczne szczególnie wolno. Mechanizmy pułapki autorytetu utrwalone są szczególnie mocno w Polsce. Wiadomo, że jakakolwiek krytyka czy poddanie dyskusji tez Jana Pawła II jest uznawane za herezję lub obelgę. A przecież świat się zmienia i nasza wiedza o nim również. Dlatego rewizja dawnych poglądów jest po prostu konieczna niezależnie od tego, kto był ich autorem. (Kubiak)

Co najważniejsze, stanowisko ultrakonserwatywne przyjmuje tezę o stałej obecności cudu. Zapłodnienie jest nie tylko zjawiskiem biologicznym, ale metafizycznym zajściem, którego atrybuty pozostają nieobserwowalne. Z dwóch komórek powstaje nagle człowiek pozbawiony na razie jakichkolwiek atrybutów człowieczeństwa, ale mający już swą własną tożsamość metafizyczną. Pogląd ten przypomina w swej zasadniczej konstrukcji dogmat o przemianie substancji przy zachowaniu atrybutów stosowany przy interpretacji mistycznego przeistoczenia podczas mszy świętej. Nie może być przekonujący dla nikogo, kto nie przyjmuje dogmatyki kościelnej.

Tradycyjne i naturalistyczne przekonania wyraża konserwatyzm umiarkowany. Jest to stanowisko, które nie przyjmuje do wiadomości nowych możliwości technicznych pozwalających kierować przebiegiem zapłodnienia i rozwojem ciąży. Zwolennicy tego stanowiska nie wyrażają zgody na hiperowulację u kobiet, uznając leczenie hormonalne za niebezpieczne i szkodliwe dla kobiety (Tabela 2A); nie akceptują wytwarzania nadliczbowych zarodków (Tabela 2C) zwracając uwagę na sztuczny charakter tej procedury (jej niewystępowanie w przyrodzie). Stanowisko konserwatywne nie jest jednak stanowiskiem dogmatycznym. Jego zastrzeżenia mają charakter warunkowy i wyrażają brak zaufania do medycyny jako nauki sprawnej technicznie. Te zastrzeżenia są oparte na przesłankach empirycznych, w zasadzie można je więc usunąć, wskazując na stały postęp w medycynie i jej zdolność do naprawiania powodowanych przez nią szkód. Jeśli hiperowulacja musi się wiązać z zaburzeniem gospodarki hormonalnej charakterystycznej dla danej kobiety, to po zakończeniu procedury nadprodukcji jajeczek możliwe jest zastosowanie terapii hormonalnej przywracającej zwykłą gospodarkę hormonami. W każdym razie konserwatysta umiarkowany musi uznać prawo nauki do prowadzenia dalszych badań prowadzonych w tym właśnie celu, by poprawić skuteczność interwencji i nie narażać ani dawców gamet ani protoorganizmów na zbyt znaczne szkody. Jeśli konserwatysta nie godzi się na zaakceptowanie tego argumentu, to jego stanowisko nie jest już motywowane zwykłą ostrożnością, ale nabiera charakteru dogmatycznego i staje się nieodróżnialne od ultra-konserwatyizmu, nawet jeśli brak mu religijnego uzasadnienia.

Ta konsekwencja staje się jeszcze bardziej wyraźna, gdy konserwatysta umiarkowany ma określić swoje stanowisko wobec aborcji. (Tabela 2D) Dr R.G Edwards, jeden z pionierów zapłodnienia *in vitro* przedstawił następujący argument:

Rozpoznanie genetycznych nieprawidłowości w zarodku stwarza alternatywną metodę diagnostyczną wobec punkcji owodni stosowanej dopiero w drugim trymestrze ciąży. „Aborcja *in vitro*” jest nieskończenie lepszym rozwiązaniem, gdy zarodek jest jeszcze poza organizmem matki, mikroskopijny i niezróżnicowany, niż aborcja *in vivo* podjęta w dwudziestym tygodniu ciąży lub jego okolicach, gdy dostępne są wyniki punkcji owodni. (Harris: 220-221).

W sprawie aborcji konserwatysta umiarkowany musi uznać, tak jak każdy, że albo nawet najbardziej zdeformowany płód ma prawo do życia, albo musi wyrazić zgodę na aborcję w przypadku głęboko uszkodzonego płodu. Jeśli odrzuca aborcję, to kładzie na ramiona osób mających w perspektywie urodzenie głęboko uszkodzonego dziecka niewyobrażalny ciężar. Wtedy jego wybór z uwagi na swój radykalizm i restrykcyjność spycha konserwatystę z pozycji umiarkowanej na radykalną. Druga możliwość, to wyrażenie zgody na aborcję „w szczególnych okolicznościach”. I tu zastosowanie ma argument Edwardsa. Lepiej wyeliminować uszkodzony zarodek *in vitro*, niż inicjować ciążę, a następnie ją przerywać z powodu głębokiej wady wrodzonej płodu. Zatem umiarkowany konserwatysta powinien *prima facie* zaakceptować zapłodnienie *in vitro*.

Różnice sięgają jednak dalej. Konserwatyści umiarkowani, inaczej niż ultrakonserwatyści, mają tendencję do posługiwania się trzema odrębnymi argumentami: swoistym, niekoniecznie religijnym, argumentem ze świętości życia, argumentem z potencjalności i argumentem równi pochyłej.

Argument ze świętości życia głosi w wersji określanej niekiedy jako „biolatrya”, że wszyscy ludzie stanowią nieprzerwany ciąg życia, którego nie wolno rozrywać. Nie ma wyraźnej granicy między życiem rodziców, a życiem ich potomstwa. W tym sensie jest to argument odwrotny do argumentu ultrakonserwatystów o cudownym powstaniu nowego człowieka po połączeniu się dwóch gonad.

Oczywiście jajeczko jest żywe zanim zostanie zapłodnione. Plemniki też są żywe i żwawe. Życie jest ciągłym procesem bez żadnej przerwy między jednym pokoleniem a drugim, i toczy się bez przerwy, dopuszczając co najwyżej sporadyczne przerwy. (Harris: 222)

Od strony biologicznej pogląd scharakteryzowany przez Johna Harris z Uniwersytetu w Manchesterze nie budzi zastrzeżeń. To prawda, że życie jest zjawiskiem ciągłym. Niezrozumiałe jest dopiero kult nieprzerwanego życia, który opiera się na tej tezie, i którego Harris bynajmniej nie podtrzymuje. Choć w następstwie pokoleń nie ma przerwy, to jednak każda jednostka jest śmiertelna, a zatem twierdzenie, że życie w każdej formie zasługuje na pełną ochronę, ponieważ jest czymś ciągłym, to *non sequitur*.

Argument z potencjalności mówi, że życie każdego ludzkiego zarodka jest nienaruszalne, ponieważ może z niego powstać człowiek, a życie każdego człowieka jest nienaruszalne. Tu popełnia się błąd *ignoratio elenchi*.

Argument z potencjalności napotyka na dwie przeszkody, które łącznie i z osobna wystarczają, by go obalić. Po pierwsze z tego, że coś może stać się x-em (nawet gdyby to było nieuniknione, choć tak nie jest w przypadku zarodka) nie jest dobrym powodem, by je traktować teraz tak, jakby już było x-em. [...] Po drugie, nie tylko zarodek jest potencjalnie nową istotą ludzką. Niezapłodnione jajeczko i plemnik są również potencjalnie nową istotą ludzką. (Harris: 223)

Zwolennik tego argumentu może go jednak na próbę bronić stosując zabieg „gniazdowania”, czyli samoodniesienia. Może odróżniać potencjalność i potencjalną potencjalność, by twierdzić, że zarodek jest potencjalnym człowiekiem, a plemnik tylko potencjalnym zarodkiem, czyli co najwyżej potencjalnie potencjalnym człowiekiem. To odróżnienie ma jednak charakter czysto językowy, a nie biologiczny. W biologicznym ciągu rozwojowym nie ma pojęcia potencjalności prostej i potencjalności wielostopniowej. Z jajeczka powstaje zarodek i inaczej powstać nie może, z zarodka powstaje płód i inaczej powstać nie może. Trudno w oparciu o te fakty twierdzić, że jedna z tych przemian jest bardziej zasadnicza niż druga. Trudno też uznać, że gameta ma koniecznie mniejsze szanse przekształcenia się w człowieka niż zygota, choć właśnie na takim argumentie opiera się wątpliwy wywód obrońców nienaruszalności zygot, którzy nie chcą korzystać z dogmatycznej tezy, że zygota jest człowiekiem. Na przykład katolicki filozof prawa z Notre Dame i Berkeley, John T. Noonan Jr., jest zdania:

Jeśli zniszczony jest plemnik, przerwane zostało istnienie istoty, która miała szansę mniejszą niż jedna na 200 milionów rozwinięcia się w myślące stworzenie z kodem genetycznym, sercem i innymi organami, z wrażliwością na ból. Jeśli zniszczony jest zarodek, przerwane zostaje życie stworzenia, które już ma kod genetyczny, organy i wrażliwość na ból, i które ma 80% szans rozwinięcia się w dziecko poza macicą i które z czasem będzie myśleć. (Singer&Dawson: 97)

Singer&Dawson przyznają, że szanse rozwoju plemnika są istotnie niewielkie. Jednak przeciw tezie Noonana wskazują, że szanse rozwoju jajeczka są wprawdzie mniejsze ale porównywalne z szansami rozwoju

zygoty. Gdyby więc prawdopodobieństwo przekształcenia się w płód miało być wyznacznikiem człowieczeństwa, to status jajeczka niewiele by się różnił od statusu proto-zarodka. Stąd, o ile status człowieka jest przypisywany zarodkowi, to trzeba by go też przypisać jajeczkom. Tymczasem Mary Warnock słusznie przypomina:

By posłużyć się krańcowym przykładem, nikt nie spodziewa się, że na specjalne traktowanie zasługują spontanicznie usunięte zarodki. (Warnock: 241)

Argument równi pochyłej mówi, że jeśli się jednej parze pozwoli na wspomaganą reprodukcję to inna para zażąda klonowania dzieci tuzinami. Na ten zarzut należy odpowiedzieć, że pierwsze jest dozwolone, ponieważ szanuje indywidualność człowieka, a drugie jest niedozwolone, ponieważ jej nie szanuje. Wolności w zakresie dopuszczalnego działania nie należy ograniczać tylko dlatego, że należy ją ograniczać w zakresie niedozwolonego działania. Nie wydaje się zatem, by użycie trzech specyficznych dla umiarkowanego konserwatyizmu argumentów istotnie wzmacniało słuszność tego stanowiska.

Kwestia szacunku dla indywidualności i ludzkiej autonomii leży u podstaw liberalizmu umiarkowanego. To stanowisko zabiega o wysoką eugeniczną wartość ludzkiego życia szanując jednocześnie autonomię jednostki. Pozwala w związku z tym na rozmaite manipulacje, np. na rozłączenie w czasie zapłodnienia i zagnieżdżenia zarodka. (Tabela 3B)

Ponieważ zapadalność na chorobę Downa znacznie wzrasta w ostatniej dekadzie płodności kobiety (między 35 a 45 rokiem życia), matka, która chce urodzić dziecko w tym wieku, może zająć w ciążę znacznie wcześniej, gdy szansa powstania dziecka z chorobą Downa jest znacznie mniejsza. (Harris: 220)

Liberalizm umiarkowany charakteryzuje się szeroko zakreśloną zgodą na prowadzenie eksperymentów naukowych w celu opracowania nowych terapii dla dobra przyszłych pacjentów i dla spełnienia minimalnych wymagań eugenicznych rodziców. Zdaniem jego zwolenników wolno na pewien czas przenosić gamety lub zygoty do innych gatunków, wolno tworzyć organy międzygatunkowe (np. hybrydowe serce z tkanek zawierających materiał ludzki i zwierzęcy), wolno zakładać banki spermy i stosować zapłodnienie *in vitro* wymagające wytworzenia nadliczbowych zarodków, które nie będą implantowane. (Tabela 3B) Dla zwolenników tego stanowiska

jest istotne, że w żadnym z tych zabiegów przedmiot manipulacji nie odczuwa bólu. Konserwatywni przeciwnicy tych procedur argumentują, że nawet jeśli zarodki nie odczuwają bólu, to użycie ich jako materiału biologicznego jest nie do pogodzenia z godnością człowieka.

W dosłownym sformułowaniu ten argument jest dla umiarkowanego liberała nieprzekonujący. Trzeba jednak przyznać, że jajeczko i zarodek mają wyjątkową potencjalność. Nie jest to potencjalność jednoznacznie wskazująca na konieczność przekształcenia się w człowieka – co było już omówione wyżej – jednak jest to potencjalność, jakiej nie mają żadne inne przedmioty na świecie. Tylko z jajeczek i zarodków mogą się rozwinąć ludzie. Z tego względu cenimy je i chcemy otoczyć specjalną ochroną. Z tego wynika, że powinniśmy przyznać jajeczkom i zarodkom specjalny status. Podobnie jak organy używane do transplantacji, nie są to przedmioty, których wartość może określić rynek. Nie są to towary ani przedmioty, z którymi każdy może robić, co mu się podoba. Na przykład kradzież zarodka nie jest wprawdzie kidnapingiem w momencie jej dokonania, ale może być uznana za kidnaping, jeśli ukradzony zarodek zostanie wyhodowany na dziecko. (Tabela 3C)

Specjalny status pozwoli odróżniać zarodki od osobników będących już ludźmi z jednej strony, i od przedmiotów stanowiących czyjąś własność z drugiej strony. Ponieważ zarodek nie może być przedmiotem handlu i nie jest towarem, należy prawdopodobnie uznać, że nie może mieć właściciela i co najwyżej pozostaje pod opieką kuratorską tych, którzy mają prawo nim dysponować. Tę opiekę w normalnych warunkach sprawuje kobieta i sposób sprawowania tej opieki jest wyłącznie jej sprawą, dopóki kobieta nie postanowi wyhodować zarodka na dziecko. Wtedy jego dodatkowym opiekunem, z równym prawem decydowania o dalszym losie, staje się dawca plemnika. Tu powstają liczne szczegółowe kwestie prawne słabo tylko powiązane z filozofią moralną. Na przykład, rozsądne jest zapewne uznać pewien brak symetrii między płciami: mężczyzna posiada swoje plemniki, ale nie posiada zarodka. Kobieta nie posiada ani jajeczka, ani zarodka. (por. Warnock: 246) Choć taka sugestia jest mało intuicyjna i mało egalitarna, pozwala konsekwentnie utrzymać status specjalny zarodków, a to wydaje się ważniejsze niż dość akademicka kwestia równości gamet podnoszona niekiedy przez feministów.

Na uwagę zasługuje jeden problem, który ma większe znaczenie filozoficzne niż prawne. Zdarza się niekiedy, że w jakiejś rodzinie z małymi dziećmi ginie w wypadku samochodowym ojciec i syn. Przy życiu pozostaje matka i córka. Kobieta z góry wie, że nie chce drugi raz wyjść za męża. Córka jest załamana utratą ojca i brata. Czy w tej sytuacji kobieta ma prawo wykorzystać zamrożone nasienie męża, by zająć w ciążę i czy ma prawo zastosować technikę *in vitro*, by wybrać męski zarodek? (Tabela 3C) Umiarkowany liberał uzna, że wolno jej tak postąpić. (Joerden: 25 i nast.) Jej decyzja rozwiąże istotny problem emocjonalny jej własny i jej córki. Rodzina w swej pierwotnej formie zostanie do jakiegoś stopnia uratowana. Jej wybór nie będzie miał wpływu na rozkład płci w populacji i nie jest motywowany chęcią użycia dziecka do realizacji własnych planów ideologicznych lub ambicjonalnych. Powołując do istnienia nowego syna nie będzie poświęcała jednego dziecka dla drugiego, bo pierwszy syn już nie żyje. Ma szczerą pragnienie otoczyć drugiego syna pełną miłością i to ze względu na niego samego, nawet jeśli ten syn wypełni lukę po zmarłym bracie. Pozytywna odpowiedź w tej sprawie rzuca światło na przypadki nieco trudniejsze. Czy w innych okolicznościach wolno powołać do życia nowe dziecko, by stało się ewentualnie dawcą nerki dla już żyjącego brata z głęboką niewydolnością nerek? Z pewnością nie wolno powołać do życia nowego dziecka tylko z tego powodu. Ale wolno powołać do życia nowe dziecko mając na uwadze, że w przyszłości do takiej transplantacji może dojść. Wolno też – powie umiarkowany liberał – dokonać takiej selekcji *in vitro*, która w przyszłości ową transplantację ułatwi. Choć nie wolno jej na nowym dziecku wymuszać.

Liberalizm radykalny jest szczególną wersją utylitaryzmu; wersją, która rezygnuje z praw jednostki. Nie stara się maksymalizować szczęścia wszystkich jednostek, aktualnych i przyszłych, ale poświęca szczęście jednostek zależnych i bezbronnych dla szczęścia silnych i mających władzę. Instrumentalnie traktuje zarodki, płody i pewnych ludzi. Zezwala na eliminowanie zarodków z przyszłą spodziewaną skazą estetyczną. Pozwala na zaburzenie rozkładu płci w populacji, by spełnić kulturowe upodobanie do posiadania dużej liczby chłopców. Nie zezwala na objęcie zarodków opieką prawną, a więc z góry wyklucza ich status specjalny. Uznaje, że gamety, zygoty i zarodki podlegają prawu

własności, a więc mogą być sprzedawane i kupowane, dopóki nie są jawnie ludźmi i dopóki nie można wobec nich stosować prawa wykluczającego handel niewolnikami. (Tabela 4C) To stanowisko budzi ostre i uzasadnione potępienie moralne, które świetnie wyraził Stuart Hampshire:

Argumentując przeciw utylitarystom muszę użyć epitetów zwykle odnoszonych do moralnie wykluczonych postępowań, muszę się odwołać do poczucia hańby, oburzenia, skandalu, nikczemności i zdziczenia, a co najważniejsze, do poczucia, że bariera, która wydawała nam się silna i bodaj niewzruszona, została obalona. Stąd rodzi się przekonanie, że wszystko jest możliwe i nic nie jest zabronione, a w konsekwencji, że wszystkie ograniczenia można podważyć”. (w: Warnock: 248)

Argument wydaje się trafnie wycelowany w ultraliberała. Pojawia się jednak pytanie, dlaczego nie wycelować go także w zwolenników innych stanowisk. Przecież każde stanowisko, które budzi nasz protest moralny, można określić jako obrażające nasze „poczucie hańby, oburzenia, skandalu, nikczemności i zdziczenia”. Na szczęście, zwolennikom stanowisk umiarkowanych nie przychodzi do głowy tak mówić, bo rozumieją, że podobna napaść byłaby jawnie niesprawiedliwa, że inne stanowiska nie lekceważą moralności, tylko inaczej ją pojmują. Dlatego, by pozostać przy rzeczowym stylu argumentacji, również w odniesieniu do ultraliberała, warto użyć określeń bardziej opisowych. Jego stanowisko jest błędne, ponieważ lekceważy wrażliwość moralną wielu osób, i to nie tylko takich, które mają ograniczony i sztywny zbiór słabo uzasadnionych poglądów moralnych, ale rozsądnych ludzi. Ultraliberał maksymalizuje tylko jedną wartość – indywidualną swobodę działania. Dla ludzi z przemyślanym systemem ocen jest to propozycja zdecydowanie zbyt prymitywna.

Perspektywy legislacji

Kraje, które nie mają dotąd prawa dotyczącego zapłodnienia *in vitro* i eksperymentów na zarodkach, łatwo ulegają pokusie stworzenia nowych przepisów. Nie dostrzegają błogosławieństwa, jakim są obdarzo-

ne. Wierzą w zasadę: „Im więcej mamy prawa, tym lepiej nam się żyje”. To błędna zasada i nawet prawnicy nie głoszą jej otwarcie. Zatem lepiej nie kryminalizować tych zachowań, które rażą tylko część społeczeństwa i to część słabiej zorientowaną w sprawie. Naukowcy zajmujący się genetyką, lekarze wykonujący zabiegi *in vitro* i ich klientki to uczciwi ludzie. Ograniczanie ich wolności jest despotyzmem ideologicznym. Podejmowanie prób legislacji w środowisku słabo przygotowanym do debaty racjonalnej – jakim jest każdy parlament – może się łatwo zakończyć takim ograniczeniem wolności. Dlatego nie wolno podejmować prób konstruowania nowego prawa przed stworzeniem sytuacji, w której decydujący zdają sobie sprawę z tego, w jakiej sprawie decydują i dlaczego.

Sytuację sprzyjającą racjonalnemu rozstrzygnięciu dylematów związanych z genetyką stworzono w Wielkiej Brytanii, która pod kierownictwem Mary Warnock miała czas na rozważenie wszystkich istotnych racji. Nie szukała kompromisu, tylko dobrze uzasadnionego stanowiska. Stroniła od rozwiązań krańcowych i nie działała pod presją żadnej opcji religijnej.

Zupełnie inaczej przebiegała debata nad stworzeniem analogicznego prawa w Holandii. W swym pierwszym raporcie z 1985 holenderska Komisja Zdrowia ogłosiła decyzję, że wszelkie klonowanie, tworzenie ludzkich chimer, przekraczanie bariery między zwierzętami i ludźmi oraz hodowanie ludzkich zarodków w macicach zwierzęcych, to moralnie niedopuszczalne procedury. (Kirejczyk: 895) Komisja nie zgodziła się też na tworzenie zarodków dla celów eksperymentalnych. Drugi raport na temat technik reprodukcyjnych ogłoszony przez Komisję w 1986 roku nie zawierał żadnych jasnych wskazówek na temat badań nad zarodkami. (Kirejczyk: 896) Przypomniano jedynie, że na rządzie spoczywa obowiązek chronienia słabych i niezdolnych do obrony, i że rozciąga się on na nienarodzone życie. (Kirejczyk: 897) Nie podano uzasadnienia, dlaczego zarodki mają być traktowane jak „ludzie niezdolni do obrony”. To stanowisko uległo liberalizacji w 1988 roku, gdy rząd wydał dokument stwierdzający, że „Badanie na zarodkach jest dopuszczalne, jeśli jest prowadzone w „fundamentalnym interesie zdrowia publicznego”. Jednak sens tego zwrotu nie został wyjaśniony. (Kirejczyk: 899) Kolejna zmiana nastąpiła w 1994 roku, gdy Chrześcijań-

scy Demokracji stracili władzę i Minister Zdrowia przesłał notę do parlamentu, w której zapowiedział wprowadzenie pod obrady ustawy zezwalającej na badania nad nadliczbowymi zarodkami w celu lepszego poznania leczenia niepłodności, technik reprodukcyjnych, dziedzicznych i genetycznych schorzeń. Większość parlamentarna poparła zaproponowaną liberalizację. (Kirejczyk: 910)

Marta Kirejczyk, profesor Wydziału Filozofii i Nauk Społecznych Uniwersytetu w Twente w Holandii podkreśla zasadniczą różnicę między sposobem przygotowania ustaw w Wielkiej Brytanii i w Holandii:

Holenderska debata nad badaniami z użyciem zarodków nie była zagadnieniem dyskutowanym swobodnie podczas plenarnej sesji w oparciu o indywidualne sumienie posłów. Jedną z cech holenderskiej kultury parlamentarnej jest to, że swobodne debaty rzadko mają tam miejsce.” (Kirejczyk: 901)

Gdy brytyjscy parlamentarzyści mówili w swym własnym imieniu, holenderscy posłowie wypowiadali się jako rzecznicy swoich partii. (Kirejczyk: 907)

Przebieg debaty ponadto pokazuje, że Brytyjczycy poważnie przygotowywali się do dyskusji w parlamencie i starali się uzyskać przed jej podjęciem wiele poważnych ekspertyz od osób biorących pod uwagę rozmaite aspekty proponowanego prawa. Sformułowane w Wielkiej Brytanii prawo nie jest korygowane nowymi przepisami. Tymczasem Holendrzy najpierw tworzyli prawo, a później modyfikowali je odpowiednio do zmieniającej się koniunktury politycznej. To nie wydaje się właściwe. Fundamentalne problemy dotyczące ludzkiego życia, jego granic i wartości, nie mogą być rozstrzygane przez zmienne grono posłów reprezentujących zmienną partyjną politykę. Prawne i pojęciowe manipulacje na zarodkach są niekiedy gorsze od fizycznych.

Literatura

1. Birecka, Magdalena: „In vitro to rodzaj niegodziwej aborcji”. *PAP*, wtorek 18 grudnia 2007, 12:19, opublikowane następnego dnia np. w *Dzienniku*.
2. Habgood, John: “The Embryo Research Debate: Science and the Politics of Reproduction by Michael Mulkay”. *Social Studies of Science*, tom 27, nr 3 (czerwiec 1997).

3. Harris, John: "In Vitro Fertilization: The Ethical Issues (I)". *The Philosophical Quarterly*, tom 33, nr 132 (lipiec 1983).
4. Hołówka Jacek: "Nikt nie może wiedzieć, kiedy zaczyna się człowiek" *Dziennik*, 27 grudnia 2007.
5. Joerden, Jan C.: *Menschenleben: Ethische Grund- und Grenzenfragen des Medizinrechts*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag (2003).
6. Keely, Charles B.: "Limits to Papal Power: Vatican Inaction After Humanae Vitae". *Population and Development Review*, tom 20 Supplement (1994).
7. Kirejczyk, Marta: "Parliamentary Cultures and Human Embryos: The Dutch and British Debates Compared". *Social Studies of Science*, tom 29, nr 6 (grudzień 1999).
8. Kubiak Jacek: „Spór na opak”. *Polityka* (17 stycznia 2008).
9. Mulkay, Michael: "Galileo and the Embryos: Religion and Science in Parliamentary Debate over Research on Human Embryos". *Social Studies of Science*, tom 25, nr 3 (sierpień 1995).
10. Law, Sylvia A.: "Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology". *Family Planning Perspectives*, tom 17, nr 3 (maj-czerwiec 1985).
11. van der Ploeg, Irma: "Hermaphrodite Patients: In Vitro Fertilization and the Transformation of Male Infertility". *Science, Technology, & Human Values*, tom 20 (jesień, 1995).
12. Singer, Peter, Karen Dawson: "IVF Technology and the Argument from Potential". *Philosophy and Public Affairs*, tom 17, nr 2 (wiosna 1988).
13. Solter, Davor *et al*: *Embryo Research in Pluralistic Europe*. Berlin: Springer (2003).
14. Szawarski, Zbigniew: „In vitro: Złe argumenty Kościoła”. *Gazeta Wyborcza*, 8 stycznia 2008.
15. Szymański, Konrad: „Zapobiec pokusom eugenicznym”. *Rzeczpospolita*, 8 stycznia 2008.
16. Warnock, Mary: "In Vitro Fertilization: The Ethical Issues (II)". *The Philosophical Quarterly*, tom 33, nr 132 (lipiec 1983).
17. Wesołowski, Bartłomiej: *Główne problemy bioetyczne dyskutowane w Polsce*. Centrum Ekologii Człowieka i Bioetyki, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego.
18. Wiśniewska Katarzyna: „Biskupi w kazaniach na Boże Narodzenie: in vitro to cień Heroda”. *Gazeta Wyborcza* (26 grudnia 2007).

Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*)

Artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, które stawia się zarówno w środowisku medycznym, prawniczym, jak i wśród etyków, a odnoszące się do uprawnienia do leczenia niepłodności i do domagania się zastosowania tego leczenia przez niepłodne pary¹. Zagadnienie to było także przedmiotem orzecznictwa sądowego². Nie ulega wątpliwości, że niezamierzona niepłodność jest w ostatnim czasie problemem społecznym, o czym świadczy fakt, że coraz więcej małżeństw chcących uzyskać potomstwo ma problemy z rozrodem³. Trudności z uzyskaniem potomstwa objawiają się bądź zupełną niemożnością zajścia w ciążę, bądź niemożnością donoszenia ciąży, czy wreszcie obniżoną zdolnością do zapłodnienia. Według Światowej Organizacji Zdrowia (WHO), która uznała niepłodność za chorobę społeczną, niepłodna para ma prawo do leczenia wszystkimi dostępnymi metodami na danym etapie rozwoju medycyny⁴. W prezentowanym artykule przedstawiona zostanie analiza uprawnienia do leczenia techniką zapłodnienia pozaustrojowego i transferu zarodka⁵.

¹ C. Valentini, *La fecondazione proibita*, Milano 2004, s. 41; *La procreazione medicalmente assistita*, red. Celotto e Zanon, Milano 2004, s. 11; E. Silvestrini, *Dieci domande sulla legge 40/2004 intorno alla „procreazione medicalmente assistita”*, Roma 2005, s. 13; C. Casini, *La legge sulla fecondazione artificiale*, Siena 2004, s. 25; M. Rhonheimer, *Etica della procreazione*, Roma 2000, s. 127.

² Wyrok WSA w Warszawie z 30 sierpnia 2006 (Sygn. Akt VII S.A./Wa 997/06), omówiony przez D. Tykwińską-Rutkowską w: *Zapłodnienie in vitro – problematyka administracyjnoprawna (na kanwie orzeczenia WSA z dnia 2006-08-30)*, Prawo i Medycyna 2007, nr 28, s. 80 i n.

³ Autorzy dostrzegają problem niepłodnych par niepozostających w związku małżeńskim, niemniej jednak skłonni są zaakceptować wyłącznie sytuację leczenia niektórych postaci niepłodności wyłącznie w małżeństwie.

⁴ Por. pojęcie prawa do ochrony zdrowia reprodukcyjnego prezentowane przez D. Tykwińską-Rutkowską, w: *Zapłodnienie in vitro...*, *op.cit.*, s. 87 i literatura tam powołana.

⁵ Por. definicja niepłodności podana w poprzednich pracach współautorki.

1. Podstawy braku moralnego usprawiedliwienia dążenia do uzyskania potomstwa przy zastosowaniu techniki *in vitro*

W kulturze zachodniej zauważa się dwa fenomeny, które wydają się być ze sobą sprzeczne. Z jednej strony pojawia się odrzucenie, a przynajmniej trudność pogodzenia z rzeczywistością prokreacji i możliwym jej skutkiem, czyli narodzinami dziecka. Z drugiej zaś strony notuje się zjawisko wręcz odwrotne, kiedy pragnienie dziecka zderza się z problemem niepłodności. W tym ostatnim przypadku pragnienie przekłada się na poszukiwanie narodzin dziecka wszelkim kosztem i wszelkimi możliwymi medycznie metodami⁶.

Mamy zatem do czynienia z dwoma zjawiskami sprzecznymi ze sobą, bo oto pojawia się z jednej strony zamknięcie na nowe życie, z drugiej zaś pragnienie nowego życia i przezwyciężenia każdej bariery. Rodzi się jednak pytanie: czy na pewno mamy tu do czynienia z prawdziwą sprzecznością, czy może z dwoma aspektami tego samego zjawiska? Jest bowiem coś, co łączy te sytuacje. W obu przypadkach wyłania się założenie przysługiwania pewnych praw; absolutyzowanych i powiązanych z pragnieniem dorosłych.

W przypadku technik sztucznej prokreacji polegających na zapłodnieniu *in vitro* pragnienie posiadania dziecka staje przed – lub wręcz w sprzeczności – z prawem dziecka do narodzin z rodziców biologicznych, którzy będą jednocześnie rodzicami prawnymi, oraz z prawem, by mieć jednego ojca i jedną matkę lub by nie mieć matki w zbyt podeszłym wieku⁷.

Choć nie sposób negować trudu dwojga ludzi, żyjących w trwałym związku, którzy zderzają się z problemem niepłodności, ani też nie doceniać godności i piękna prokreacji oraz faktu bycia rodzicami, to jednak nie można nie postawić pytania dotyczącego istnienia pewnych granic, odnoszących się do przyznanych praw oraz pragnień dorosłych. Wydaje się, że takowe granice istnieją oraz że istnieją prawa dziecka na równi ważne z prawami dorosłych. Dziecko jest rzeczywistością szcze-

⁶ D. Giampaolo, *Matrimonio, sessualità, fecondità. Corso di morale familiare*, Padova 2006, s. 422-424.

⁷ Możliwe jest stosowanie technik wspomaganą medycznie prokreacji, jeżeli rzeczywiście wspomogają prokreację małżonków (leczenie farmakologiczne, chirurgiczne, niektóre techniki inseminacji, GIFT). Techniki *in vitro* uznaje się zaś za sztuczne.

gólną, oryginalną i „inną” w stosunku do swoich rodziców. Każde dziecko nosi w sobie „znanie” swoich rodziców, jest podobne do nich, przez pewien czas też zależne od nich; od momentu pojawienia się dziecko pragnie też od matki i ojca, by roztoczyli nad nim opiekę, a z czasem, by być traktowanym jako podmiot autonomiczny. Nawet kiedy dwoje ludzi pragnie i myśli o dziecku, odpowiedzialność, która się z tym wiąże wymaga, by dobrze rozważyli nie tylko pragnienia i możliwości własne jako ewentualnych rodziców, ale również i przede wszystkim dobro dziecka oraz to wszystko, co je czeka, kiedy już się pojawi. Z etycznego punktu widzenia bardziej niż o prawie do posiadania dziecka, powinniśmy mówić o prawie dziecka do posiadania normalnej rodziny⁸. Jest bowiem tak, że to nie para otrzymuje dziecko, nawet po zastosowaniu technik wspomaganą prokreacji, ale dziecko pojawia się w rodzinie. To dziecko jest bezbronne, znajduje się w potrzebie i dlatego zasługuje na większą ochronę i uwagę. I to powinno stać się decydującym czynnikiem regulacji prawnych dotyczących wspomaganą prokreacji i kształtowania świadomości związanej z wyborami dorosłych. Pragnienie posiadania dziecka i trudności, by urodzić dziecko, są niewątpliwie ważne i nie powinny być bagatelizowane, ale wymagają wysiłku, by kierować się bardziej dobrem dziecka niż tylko pragnieniami i oczekiwaniami dorosłych. Dziecko zawsze było i jest pewnym dobrem, a nie przedmiotem absolutnego prawa dorosłych⁹.

Każde pragnienie zakłada serię pewnych procesów, częściowo nieświadomych, a czasem irracjonalnych. Zaangażowanie w te procesy nauki i technologii medycznej jest z jednej strony szlachetne i godne pochwały, z drugiej zaś niebezpieczne. Aspiracja do bycia matką i ojcem staje się wyrazem pewnego dramatu i szczerych poszukiwań, ale czasem również powodem uporczywej i zawziętej walki, szczególnie kiedy dostarcza się dla badań „drogocennych produktów”, czyli gamet. Powinniśmy zauważyć także, że technologia sama podsyca pragnienia niepłodnych par wizją pięknego, zdrowego dziecka, o wybranym przez rodziców kolorze oczu¹⁰. Odpowiedzią dla pary nie może być obietnica

⁸ Wypada zauważyć na marginesie rozważań, że kiedy rozważa się możliwość adopcji, prawo na pierwszym miejscu stawia dobro dziecka.

⁹ D. Giampaolo, *Matrimonio...*, *op.cit.*, s. 422-424.

¹⁰ Ponieważ interwencja reprodukcyjna jest nieproporcjonalna do otrzymanych rezultatów i uciążliwa dla kobiety i dziecka, mówi się o uporczywej reprodukcji. V. Mele, *Percorsi femminili sull'accanimento riproduttivo*, *Medicina e Morale*, 2004, nr 1, s. 91-108.

dania dziecka, jakby to dziecko miało być terapią. **Dzieci nie są i nie mogą być terapią na problemy zdrowotne dorosłych.** Dorośli najpierw powinni uznać i pogodzić się ze swoimi ograniczeniami. Powinni uznać swoją niemoc oraz ograniczenia ludzkich możliwości i władzy. Jeśli tego nie uczynią, techniki sztucznej prokreacji stają się tylko złudnym wyjściem z bolesnej sytuacji. Zdarzyć się bowiem może i tak, że technologia będzie jedynie umacniać mit progresywności, który miałby rozwiązać problem cierpienia. Technologia zapewni złudną możliwość zarządzania życiem, które kierować się będzie racjonalnością gwarantowaną przez naukę, wciąż bardziej odpowiadającą naszym potrzebom. Życie codzienne demaskuje ten mit. Na co dzień mamy do czynienia z cierpieniem i bólem¹¹. Są one nieodłącznym towarzyszem ludzkości i nikt nigdy tego nie zmienił, ani nikt nie jest w stanie zmienić.

Podnosi się w literaturze, że ewentualna możliwość narodzin dziecka jest rozwiązaniem problemu pary niepełodnej, jakby to był jedyny cel relacji pomiędzy mężem i żoną. Ten sposób myślenia jest błędny i stawia człowieka w pozycji niewolnika technologii, która bardziej kieruje się względami ekonomii oraz produkcji niż prawdziwym dobrem ludzi dotkniętych problemem niepłodności¹².

Pragnienie mężczyzny i kobiety, by mieć potomstwo, jest zrozumiałe i godne pochwały, ale nie może być podstawą i aksjologicznym uzasadnieniem dla stworzenia prawa do posiadania dziecka, ponieważ **nie istnieje prawo do posiadania drugiego człowieka.** Małżonkowie mają tak prawo, jak i obowiązek, do stosunków małżeńskich, które są wyrazem ich wzajemnej miłości i oddania, w wyniku których mają możliwość oczekiwania potomstwa. Jednakże nie mają absolutnego prawa do dziecka. Gdy chodzi o indywiduum jakim jest człowiek, możemy jedynie mówić o prawie do tego, by drugi człowiek wypełnił swoje obowiązki dokonując pewnych czynów na naszą korzyść albo dla naszego dobra. W tym przypadku prawo, którym się cieszę, czy z którego korzystam, ma jako przedmiot nie drugiego człowieka, ale jakiś przejaw jego aktywności.

Fakt, że niepłodność została wprowadzona na listę chorób sprawił, że tak jak w przypadku innych patologii, nauka szuka jej uleczenia. Tyle

¹¹ A. Pessina, *La generazione extracorporea: implicazioni etiche e antropologiche*, w: *Fecondazione extracorporea*, red. G. Garrone, Torino 2001, s. 20-21.

¹² G.M. Carbone, *La fecondazione extracorporea*. Bologna 2005, s. 54-56.

tylko, że w przypadku niepłodności leczenie farmakologiczne bądź chirurgiczne, które doskonale sprawdza się w przypadku innych przypadłości, nie zawsze przynosi pozytywne efekty, a skoro tak – to próbuje się uprawomocnić dostęp do technik sztucznej prokreacji. Niepłodna para poddaje się ogromnym wyrzeczeniom, by mieć dziecko. Nauki medyczne, jak nigdy wcześniej, dają taką nadzieję. Nawet jeśli polskie ustawodawstwo nie wyróżnia prawa do dziecka, to jednak w obecnym kształcie nie staje na przeszkodzie, aby usatysfakcjonować niepłodną parę, która właśnie uznaje takie „prawo”. W ten sposób prawo otwiera drzwi dla technik wspomaganej prokreacji w szerokim spektrum przypadków i przy wykorzystaniu wszelkich dostępnych metod, co więcej – bez kontroli. Dziecko staje się przedmiotem uprawnienia, które przypisują sobie rodzice, ponadto może stać się przyczyną zagubienia własnej tożsamości, zatracenia poczucia własnej autonomii, a wreszcie poczucia, że istnieje nie ze względu na samego siebie, ale ze względu na konieczność realizacji pragnień rodziców. **Dziecka nie można zredukować do przedmiotu pragnień rodziców.** Jako istota ludzka ma własną godność i niepodważalne prawa. Etycy są zgodni, że prawa człowieka zawsze powinny być ustalane dla jego dobra¹³. Z etycznego punktu widzenia nie można szukać usprawiedliwień dla pary, która twierdzi, że pragnie dziecka nie dla niego samego, ale dla siebie, bo uczciwość wymagałaby, ażeby jego egzystencja, jego życie, nie zostały sprowadzone do bycia narzędziem technologii, do poczęcia się w laboratorium, w probówce. **Jeśli naprawdę pragnie się dziecka dla niego samego, należy respektować prawo naturalne,** drogę narodzin, która może zapewnić dziecku poszanowanie jego godności, a zarazem zapewnia godność małżonkom¹⁴.

Etyka mierzy się także z problemem poczęcia w probówce, gdzie embrion ludzki jest poddawany selekcji i czeka na możliwość transplantacji do macicy. Część embrionów ponadliczbowych jest zamrażana, a czasem niszczona po kilku latach krikonserwacji lub wykorzystywana do doświadczeń „dla dobra nauki”¹⁵. N.S.Greek w czasopiśmie

¹³ M. Warnock, *Fare bambini, Esiste un diritto ad avere figli?*, Torino, 2004, s. 15.

¹⁴ G. Concetti, *La fecondazione medicalmente assistita*, Roma 1999, s. 28-29.

¹⁵ Podaje się, że aż 50% embrionów poddanych rozmrożeniu po krikonserwacji ginie. T. El-Toukhy, *Effect of blastomere loos on the outcome of frozen embryo replacement cycles*, *Fertil. Steril.*, 2003, 79/5, s. 1106-1111.

naukowym „Pediatrics” przedstawił raport na temat ryzyka wad wrodzonych oraz innych niekorzystnych skutków powstałych na skutek stosowania technik sztucznej prokreacji¹⁶. Rewizja otrzymanych wyników potwierdziła, że dzieci urodzone po zastosowaniu omawianych technik przedstawiają wyższy niż w prokreacji naturalnej procent wcześniaków z niedowagą¹⁷ i chorobami genetycznymi; odnotowano również dwukrotnie wyższą śmiertelność u noworodków i konieczność dłuższego czasu hospitalizacji po narodzinach¹⁸.

Etycy dostrzegają problemy oraz zagrożenia dotyczące zarówno kobiety, jak i dziecka, a wiążące się z technikami wspomaganą prokreacji. Dużą grupę komplikacji stanowi stosowanie środków farmakologicznych stymulujących jajczkowanie, co z kolei powoduje: syndrom hiperowulacji¹⁹, aborcje spontaniczne²⁰, aborcje redukujące ilość embrionów²¹ ze względu na ryzyko powikłań wynikających z ciąży bliźniaczej lub trojaczej, zwiększone zagrożenie wystąpienia ciąży pozamacicznej, podwyższone ryzyko zachorowania na raka macicy lub jajników, podwyższone ryzyko deformacji płodu, anomalie chromosomalne i uszkodzenia genetyczne embrionu²².

W ostatnich latach obawy etyków i moralistów budzą badania wykonywane w procesie stosowania techniki zapłodnienia pozaustrojowe-

¹⁶ N.S. Greek, *Risks of birth defects and other adverse outcomes associated with assisted reproductive technology*, Pediatrics 2004, nr 114, s. 156-259.

¹⁷ *Stadium zagrożeń embrionu i płodu otrzymanych w wyniku zastosowania sztucznej prokreacji*, British Medical Journal, 23.01.2004. Zob. także L.A. Schieve, S.A. Rasmussen, G.M. Buck, *Are children born after assisted reproductive technology at increased risk for adverse health outcomes?*, Obstet Gynecol. 2004, nr 103/II 54/II63; D.L. Healy, K. Saunders, *Follow-up of children born after in-vitro fertilization*, Lancet 2002, nr 359, s. 459 i n.

¹⁸ L. Schieve, S. Meikle, C. Ferre, *Low and very low birth weight in infants conceived with use of ART*, N. Engl. J. Med., 2002, nr 346/10, s. 731-737; P. Devroy, A. Van Steirteghem, *A review of the years experience of ICSI*, Human Reproduction Update, 2004, nr 10/1, 19-28; S. Buitendijk, *Children after in vitro fertilization*, Int. J. Technol. Assess. Health Care 1999, nr 15, s. 52-65; S. Koinurova, A.L. Hartikainen, M. Gissiler, *Neonatal outcome and congenital malformation in children born after in vitro fertilization*, Human Reproduction 2002, nr 17/5, s. 1391-1398.

¹⁹ *Società Italiana per lo Studio della Fertilità e Sterilità, Libro bianco sulla riproduzione assistita*, SIFES, Palermo 1991, s. 80-85.

²⁰ Niektórzy autorzy dostrzegli ścisły związek (dialog) embrionu i matki, który to przygotowuje macicę na przyjęcie i zagnieżdżenie się embrionu, co ma dalej niemały związek z dalszym etapem ciąży. Brak tego dialogu w procesie *in vitro*, jest przyczyną znacznie większej liczby poronień. A. Herrier, *Embryo-maternal signalling: how the embryo starts talking to its mother to accomplish implantation*, Reprod. Biomed. On Line, 2002, nr 6/2, s. 244-256; N. Reine-Fenning, *Endometrial and sub-endometrial perfusion are impaired in women with unexplained sub-fertility*, Human Reproduction, 2004, s. 2605-2614.

²¹ A. Biompiani, L. Guariglia, P. Rosati, *La cosiddetta riduzione embrionale sotto il profilo assistenziale ed etico*, Medicina e Morale 1995, nr 2 s. 223-258.

²² P. Lancaster, *Congenital malformation after in vitro fertilisation*, Lancet 1987/II, s. 1392-1393.

go, a polegające na przedimplantacyjnym badaniu embrionów, jako że badania te służyć mogą selekcji embrionów. Rodzi to poważne zagrożenia. Pojawia się bowiem realna pokusa selekcji embrionów, a to – jeśli przyjąć brak ograniczeń możliwości, które daje technika – może w przyszłości skutkować tym, że przyszli rodzice będą chcieli wybrać embrion jak najbardziej odpowiadający ich pierwotnym wyobrażeniom o dziecku albo zniszczyć już istniejący płód, który tych oczekiwań, z bardziej lub mniej sprecyzowanych powodów, nie spełnia²³. Zastosowanie niektórych technik wspomaganiej medycznie prokreacji, w szczególności tych heterologicznych, jest wreszcie ogromnym zagrożeniem dla małżeństwa oraz stałości związku przyszłych rodziców. Osłabia więź między rodzicami a dzieckiem. Może być powodem zachwiania tożsamości dziecka wówczas, gdy dowie się ono, iż w sensie genetycznym i prawnym ma więcej niż jedną matkę czy ojca.

Konkludując wypada stwierdzić, iż nie odpowiada godności osoby ludzkiej produkowanie embrionów w laboratoriach, ich selekcja i zamrażanie, a godności małżonków ich bierny udział w procesie prokreacji (z natury swej intymnym i jednoczącym). W technice *in vitro* udział przyszłych rodziców, przed pozyskaniem ciąży przez kobietę, sprowadza się właśnie tylko i wyłącznie do przekazania gamet lekarzom, a następnie oczekiwania²⁴.

Fakt, iż nie istnieje etyczne uzasadnienie dla przyjęcia prawa do posiadania dziecka oraz liczne zagrożenia wiążące się z procedurą stosowania techniki sztucznej prokreacji, skłaniają do wyrażenia konkluzji, że nie wszystko, co z technicznego punktu widzenia w procesie wspomaganego ludzkiego rozrodu jest osiągalne, staje automatycznie w służbie człowiekowi i gwarantuje jego dobro²⁵.

²³ Na marginesie czynionych tu rozważań należy odnotować, iż przeprowadzenie badań prenatalnych może w niektórych sytuacjach doprowadzić rodziców do decyzji o przerwaniu ciąży z tzw. powodów eugenicznych. J.R. Botkin, *Fetal privacy and confidentiality*, Hastings Center Reproduction, 1995 Sept-Oct., s. 32-39.

²⁴ Nie bez znaczenia dla oceny moralnej jest pozyskanie gamet od mężczyzny w procedurze *in vitro*.

²⁵ V. Mele, *Percorsi femminili...*, *op.cit.*, s. 91-108.

2. Prawna dopuszczalność realizacji uprawnienia do posiadania dziecka

Fakt, iż WHO uznała niepłodność za chorobę, może prowadzić do wniosku, że choroba ta będzie rodzić w każdym przypadku ten skutek, że podmioty niemogące uzyskać potomstwa domagać się będą leczenia w każdej sytuacji i niezależnie od rodzaju niepłodności²⁶. Pojawia się jednak w tym miejscu pierwsza wątpliwość natury prawnej. Należy zadać pytanie: czy na gruncie obowiązującego prawa można sformułować jakieś generalne i abstrakcyjne uprawnienie do leczenia niepłodności, i – w konsekwencji – czy o istnieniu prawa do leczenia niepłodności można mówić w każdej jej postaci w ramach pary potencjalnie płodnej?²⁷

Współautorka przyjęła wstępną tezę polegającą w istocie na uznaniu niepłodności za chorobę. Takie założenie wstępne pozwala – co do zasady – zastosować konstrukcję uprawnienia do leczenia na podstawie art. 68 Konstytucji RP²⁸. W świetle tego przepisu każdy ma prawo do ochrony zdrowia, obywatelom zaś niezależnie od ich sytuacji materialnej państwo zapewnia równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze źródeł publicznych. Konstrukcja generalnego i abstrakcyjnego uprawnienia do ochrony zdrowia i mieszczącego się w nim leczenia nie może jednak zostać przyjęta bez dokonania rozgraniczenia rodzajów niepłodności. Inaczej bowiem traktować należy sytuację niemożności zajścia w ciążę w ogóle, a inaczej sytuację, gdy kobieta z różnych powodów ciąży nie może donosić bądź w sposób niewspomagany medycznie w nią zająć. W tym kontekście inaczej przedstawia się *de lege lata* sprawa uprawnienia do leczenia i domagania się zadośćuczynienia tak sformułowanemu żądaniu. W przypadku, gdy ciąża uzyskana naturalnie nie może zostać przez kobietę donoszona i dochodzi w jej trakcie do poronienia, przyznać należy uprawnienie do otrzymania świadczeń służących do ratowania zdrowia tak kobiety, jak i jej nienarodzonego dziecka. Podobna sytuacja ma miejsce wówczas, gdy ciąża jest efektem zastosowanego leczenia niepłodności, np. poprzez przyjmowanie leków, tak przez kobie-

²⁶ Z tym wiąże się roszczenie finansowania leczenia ze środków publicznych.

²⁷ R. Villani, *La procreazione assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Torino 2004, str. 73.

²⁸ Konstytucja RP – Ustawa z dn. 2.04.1997 r. (Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483).

tę, jak i mężczyznę, po zastosowaniu których dochodzi do zapłodnienia w organizmie kobiety²⁹. Uznać należy, iż wskazane uprawnienie do uzyskania świadczeń zdrowotnych w przypadku ratowania zdrowia kobiety i płodu znajduje prawne podstawy. Uprawnienie to wywieść bowiem można z art. 18 Konstytucji, który stanowi, iż macierzyństwo i ojcostwo stanowią przedmiot ochrony prawnej i pomocy ze strony państwa. Wydaje się, iż zarówno ochronę, jak i pomoc traktować należy szeroko, także poprzez przyznanie środków służących do ratowania zdrowia.

Inaczej jednak przedstawia się sytuacja bezwzględnej niemożności zajścia w ciążę. Rodzą się bowiem wątpliwości natury zasadniczej. Po pierwsze, należy odpowiedzieć na pytanie, czy Konstytucja RP, gwarantując każdemu uprawnienie do ochrony zdrowia, w istocie gwarantuje możliwość domagania się „leczenia” także w przypadku, gdy to polega na pozyskaniu potomstwa wbrew możliwościom i predyspozycjom natury biologicznej. Po drugie, czy gwarantowania w cytowanym art. 18 Konstytucji RP ochrona prawna macierzyństwa i ojcostwa obejmuje wyłącznie rodzicielstwo już istniejące (oczywiście także w fazie prenatalnej rozwoju dziecka), czy także rodzicielstwo potencjalne. I co za tym idzie, czy można domagać się ochrony rodzicielstwa powołując się na przepisy Konstytucji w sytuacji, gdy do pozyskania owego stanu musiałoby dojść na skutek realizacji uprawnienia do leczenia i wykorzystania możliwości medycyny wtedy, gdy natura takich możliwości nie daje. Innymi słowy; czy można mówić o przysługującym każdemu człowiekowi (chodzi oczywiście o małżonków) prawie do płodzenia, urodzenia dziecka i posiadania potomstwa? Idąc dalej tym tropem rozważań pojawia się wątpliwość, czy owa ochrona obejmuje wyłącznie rodzicielstwo już istniejące, czy także przypadek bezwzględnej niemożności uzyskania ciąży bez zastosowania wysokospecjalistycznych procedur polegających na zapłodnieniu pozaustrojowym i transferze zarodka. Skoro sytuacja taka ma miejsce po uprzednim leczeniu niepłodności innymi metodami, a jednak ciąży nie można inaczej uzyskać i po jej zakończeniu następuje stan objawiający

²⁹ Sytuację tę pojmuję się szeroko i przyjmując, że z takim przypadkiem mamy do czynienia zarówno w sytuacji hormonalnego przygotowania partnerów do zapłodnienia, które następuje w wyniku fizycznego współżycia kobiety i mężczyzny, jak również w sytuacji inseminacji kobiety nasieniem męża, która poprzedzona jest lekami stymulującymi jajczkowanie. L. Pawelczyk, M. Serdyńska, *Medyczne aspekty wspomaganego rozrodu*, w: *w: Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganego leczenia niepłodności*, red. J. Haberko i M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 20; M. Działyńska, *Postępowanie lekarza przy dokonywaniu wspomaganego prokreacji*, w: *Wspomagana prokreacja ludzka*, red. T. Smyczyński, Poznań 1996, s. 131.

się na powrót niemożnością uzyskania ciąży bez zastosowania tych procedur, to należałoby przyjąć konsekwentnie, że pierwszy etap leczenia, tzn. próba pozyskania potomstwa po zapłodnieniu w wyniku fizycznego obcowania kobiety i mężczyzny – nawet jeśli wspomagana medycznie – realizuje uprawnienie do leczenia, natomiast dalszemu etapowi tego procesu należałoby tego leczniczego charakteru odmówić³⁰. Konsekwentnie – w sytuacji ciąży pozyskanej po stosowaniu technik wspomagających proces rozmnażania w ten sposób, że do zapłodnienia dochodzi w organizmie kobiety, a następnie konieczne jest leczenie polegające na utrzymaniu ciąży – uprawnienie do leczenia traktować należy jako sposób ochrony macierzyństwa i ojcostwa poprzez dążenie do utrzymania ciąży i doprowadzenie do urodzenia zdrowego potomstwa. Chodzi w tej sytuacji o podejmowanie wszelkich możliwych środków, które służą narodzeniu już powstałego w sposób naturalny potomstwa lub powstałego w sposób minimalnie wspomagany.

Kluczowe jest zatem w tym miejscu udzielenie odpowiedzi na pytanie pojawiające się w doktrynie, czy posiadanie potomstwa jest pewną możliwością, pewnym stanem potencjalnie możliwym, czy też jest uprawnieniem, którego realizacji można domagać się mimo braku przesłanek natury fizycznej³¹. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia wówczas, gdy po przeprowadzeniu badań – także w ramach wcześniejszego leczenia niepłodności – lekarz dojdzie do przekonania, że w przypadku konkretnej pary ludzkiej niemożliwym będzie pozyskanie ciąży bez zastosowania technik wspomaganą medycznie prokreacji, polegających na zapłodnieniu pozaustrojowym. Współczesna medycyna rozrodu daje szansę na urodzenie dziecka w ramach takiej niepłodnej pary po zastosowaniu odpowiedniego leczenia, a następnie po przeprowadzeniu procedury zapłodnienia pozaustrojowego. Pytanie, które się pojawia, brzmi następująco: czy to, co jest w sensie technicznym możliwe, jest także godne aprobaty z punktu widzenia prawa i moralności?³² Zatrzy-

³⁰ Współautorka ma świadomość konieczności częściowej modyfikacji i doprecyzowania własnego poglądu wyrażonego w: *Charakter prawny obowiązków lekarza stosującego metody wspomaganą medycznie prokreacji. Postulaty de lege ferenda*, w: *Prawne, medyczne...*, *op.cit.*, s. 47, w świetle którego techniki wspomaganą medycznie prokreacji uznane zostały jako leczenie niezależnie od rodzaju niepłodności.

³¹ Tak. M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka?*, w: *Prawne, medyczne...*, *op.cit.*, s. 70.

³² C.M. Mazzoni w: *Ethics And Law In Biological Research* red. C.M. Mazzoni, Kluwer 2002, s. 7; D. Neri, *La bioetica in laboratorio*, Roma – Bari 2001, s. 166; M. L. Di Pietro, E. Sgreccia, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia 1999, s. 136.

majmy się wstępnie przy sytuacji pary, u której zdiagnozowano niepłodność objawiającą się niemożnością zajścia w ciążę przez kobietę w wyniku fizycznego współżycia bądź też inseminacji. Medycyna daje możliwości tego rodzaju, że wobec braku przesłanki natury fizycznej u jednego bądź obojga partnerów³³, kobieta, po zastosowaniu techniki zapłodnienia pozaustrojowego i transferu zarodka (IVF-ET, *in vitro fertilization embryo transfer*), może być w ciąży i urodzić dziecko³⁴. Ta wstępnie zakreślona sytuacja może jednak podlegać dalszym modyfikacjom ze względu na występującą postać niepłodności. Może się bowiem zdarzyć tak, że niemożność uzyskania potomstwa leży po stronie kobiety (np. niedrożność dróg rodnych, co uniemożliwia zapłodnienie), bądź po stronie mężczyzny (np. słaba jakość nasienia skutkująca niemożnością zapłodnienia), bądź zarówno po stronie kobiety, jak i mężczyzny. Medycyna zna sposoby ominięcia wskazanych przeszkód³⁵ i daje szereg możliwości w tym zakresie, ale nie udziela odpowiedzi na pytanie, czy w istocie wszystko to, co jest możliwe z medycznego punktu widzenia, znajduje uzasadnienie aksjologiczne, moralne i prawne³⁶. Gdyby bowiem udzielić odpowiedzi twierdzącej na te pytania, znaleźlibyśmy uzasadnienie dla wszelkich możliwych kombinacji, zarówno w zakresie pochodzenia dziecka, jak i miejsca rozwoju zarodka poza organizmem matki. Czy jednak można mówić o uzasadnionym – w oparciu o obowiązujące przepisy – doprowadzaniu do powstania potomstwa w obrębie dorosłej pary ludzkiej wszystkimi możliwymi metodami i przy użyciu komórek, które niekoniecznie pochodzą od rodziców starających się o potomstwo?³⁷ Ilustrację powyższych rozważań może stanowić odniesienie do przytoczonego wcześniej przykładu pary bezwzględnie niepłodnej. Otóż w sytuacji chęci przezwyciężenia problemów leżących po stronie kobiety, np. w sytuacji niedrożności dróg rodnych, oraz po stronie mężczyzny, np. w sytuacji niewystarczającej zdolności plemników

³³ Por. specjalistyczna literatura medyczna, gdzie przesłanki do zastosowania metody zapłodnienia pozaustrojowego zostały szczegółowo omówione.

³⁴ C. Casini, *La legge...*, *op.cit.*, s. 15.

³⁵ Nie wdając się w szczegóły natury medycznej, należy wskazać poza możliwością zastosowania innych metod także możliwe modyfikacje zarówno w zakresie pochodzenia komórek, jak i miejsca rozwoju zarodka.

³⁶ A.S. Jaeger, *Family...*, *op.cit.*, s. 115; E. Scabini, G. Rossi, *Famiglia 'Generativa'...*, *op.cit.*, s. 61.

³⁷ E. Scabini, G. Rossi, *Famiglia 'Generativa'...*, *op.cit.*, s. 136, 139-140, gdzie fenomen ten został określony jako sytuacja "dalla terapia al figlio terapeutico" czyli od terapii do dziecka będącego terapią.

do przemieszczania się w drogach rodnych kobiety, uzyskanie ciąży może być możliwe w wyniku pobrania od kobiety i od męża komórek rozrodczych, następnie doprowadzenia do zapłodnienia pozaustrojowego i transferu zarodka. W tym przypadku zachodzą oczywiście wątpliwości natury moralnej, niemniej jednak, przynajmniej z punktu widzenia prawa, gdy chodzi o pochodzenie dziecka sytuacja jest przejrzysta. Starający się o dziecko małżonkowie są, czy precyzyjniej – będą (w sytuacji ciąży zwieńczonej rozwiązaniem) jego biologicznymi, genetycznymi rodzicami. W przypadku zaś, gdy wystąpiłaby potrzeba ominięcia przeszkody w uzyskaniu potomstwa, polegająca na tym, że komórki jednego z małżonków w ogóle nie byłyby zdolne do zapłodnienia, ani w sposób naturalny, ani wspomagany, zastosowanie mogłaby znaleźć technika polegająca na zastąpieniu owych „wadliwych” komórek komórkami rozrodczymi pochodzącymi od osób trzecich³⁸. Bardzo zbliżona sytuacja, dokonując oceny prawnej, miałaby miejsce wówczas, gdyby ciało kobiety nie było zdolne do donoszenia ciąży i zastosowano by tzw. „macierzyństwo zastępcze”. Z prawnego punktu widzenia dziecko urodzone w pierwszym z wymienionych przypadków korzystałoby z domniemania pochodzenia od małżonków tylko wówczas, gdyby przyszło na świat w małżeństwie. Niemniej jednak należy zauważyć, iż w tej sytuacji rodzice będący nimi w sensie prawnym nie byłiby nimi w pełnym sensie biologicznym i genetycznym. Jeszcze bardziej skomplikowana wydaje się sytuacja dziecka rodzącego się po zastosowaniu tzw. macierzyństwa zastępczego. W obecnym stanie prawnym za matkę dziecka uznaje się kobietę, która dziecko urodziła. Oznacza to, że nawet dziecko pochodzące genetycznie od osób pozostających w związku małżeńskim nie korzystałoby z tego domniemania i w sytuacji, gdyby kobieta rodząca nie była mężatką, traktowane musiałyby być jako dziecko pozamałżeńskie, a i w sytuacji małżeństwa surrogatki korzystałoby ono z pochodzenia od innych małżonków niż genetyczni rodzice.

Wszystkie przedstawione wyżej możliwości i kombinacje, tak w zakresie pochodzenia dziecka od różnych podmiotów, jak i sposobu donoszenia ciąży, uzupełnione muszą być jeszcze o sytuację, kiedy technikom wspomaganego rozrodu poddaje się bądź sama kobieta pozosta-

³⁸ C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino 2004, s. 97 i n

jąca w związku małżeńskim, ale nieuzyskawszy zgody męża, bądź kobieta niepozostająca w związku małżeńskim³⁹. O ile w pierwszej sytuacji narusza się zasady współżycia społecznego i obowiązek lojalności, będący jednym z obowiązków nałożonych na małżonków przez k.r.o, o tyle w drugim przypadku pozbawia się dodatkowo dziecko możliwości „posiadania” obojga rodziców⁴⁰.

Przy tak przykładowo wskazanych stanach faktycznych pojawia się pytanie, czy owo dążenie małżonków do posiadania dziecka znajduje prawne uzasadnienie i czy mogą się oni domagać posiadania dziecka „za wszelką cenę”. Rozważania ograniczone zostają do sytuacji małżonków, jako że autorzy wychodzą z założenia, kierowanego dobrem dziecka, że poczęcie i urodzenie dziecka w małżeństwie daje mu najlepsze gwarancje prawne poprzez – niejako automatyczne – uruchomienie pewnych instrumentów prawnych⁴¹.

Nie ulega wątpliwości współautorki i podziela ona pogląd wyrażony przez M. Łączkowską, że prawo do założenia rodziny powinno być zaliczone do grupy praw absolutnych⁴². Każdy ma możliwość założenia rodziny i korzystania z uprawnień, jakie ustawa wiąże z faktem pozostawania w związku małżeńskim bądź z faktem bycia członkiem rodziny. Analizę uprawnień przyznanych przez polskie prawo w omawianym zakresie rozpocząć wypada jednak od przypomnienia cytowanych przepisów Konstytucji RP. Ta w art. 18 zapewnia ochronę małżeństwa, rodziny oraz rodzicielstwa; dalej uznaje także w art. 47 prawo każdego człowieka do ochrony życia prywatnego i rodzinnego oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym. **Konstytucja stoi na straży macierzyństwa i ojcostwa, jednak już pozyskanego, istniejącego w momencie, w którym aktualizuje się konieczność zastosowania owej ochrony. Przepis ten w żadnej mierze nie daje jednak uprawnienia do domaga-**

³⁹ Współautorka pomija w tym miejscu dopuszczalność tego rodzaju praktyk i ich sprzeczność z zasadami wykonywania zawodu lekarza stosującego techniki wspomaganą medycznie prokreacji. Zagadnienie to było bowiem przedmiotem wcześniejszych wypowiedzi.

⁴⁰ Oczywiście można powiedzieć, że z sytuacją kobiety nie pozostającej w związku małżeńskim i godzącej się na urodzenie dziecka mamy do czynienia również poza *in vitro*. Jednak wówczas zarówno kobieta, jak i dziecko mogą dochodzić ustalenia ojcostwa. Dziecko znajduje się wówczas w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do sytuacji, gdyby przyszło na świat po zastosowaniu wspomaganą medycznie prokreacji polegającej na użyciu do zapłodnienia nasienia dawcy, pochodzącego z banku nasienia przy jednoczesnym obowiązku zachowania anonimowości dawcy.

⁴¹ Mowa tu o pochodzeniu dziecka od małżonków, władzy rodzicielskiej, obowiązku alimentacyjnym czy uprawnieniu do dziedziczenia.

⁴² M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo...*, *op. cit.*, s. 72.

nia się powstania macierzyństwa i ojcostwa, czy założenia bądź powiększenia rodziny.

Na gruncie polskiego prawa rodzinnego zagadnienie zdefiniowania „założenia rodziny” i co za tym idzie jej powiększenia, jak również zdefiniowanie samej rodziny, jawi się jako szczególnie trudne, dlatego że prawo rodzinne nie podaje legalnej definicji rodziny. Przyjmuje się na podstawie wykładni art. 23 k.r.o., że rodzina (w tzw. „wąskim znaczeniu”) powstaje na podstawie oświadczeń złożonych przy zawarciu małżeństwa przez małżonków, czyli w wyniku zawarcia małżeństwa przez kobietę i mężczyznę. Uzupełnieniem dla tego stanowiska jest także treść art. 27 k.r.o, w świetle którego małżonkowie mają obowiązek przyczyniać się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli. Owo przyczynianie się do zaspokajania potrzeb rodziny może wedle ustawodawcy być realizowane przez osobiste starania o wychowanie dzieci. Omawiane zagadnienie rozpatrywać należy także w kontekście wpływających z ustawy praw i obowiązków małżonków. Niemniej jednak nawet jeśli z przepisów art. 23 i art. 27 k.r.o. można wyinterpretować uprawnienie małżonków do współdecydowania w sprawach związanych z poczęciem wspólnego dziecka oraz prawa i obowiązki rodziców związane z urodzeniem i wychowaniem dziecka, to jednak podjęcie i kontynuowanie funkcji rodzicielskiej przez małżonków traktowane musi być jako pewna potencjalność i jako takie – co podkreślano w orzecznictwie – nie jest równoznaczne z realną możliwością płodzenia potomstwa przez cały czas trwania małżeństwa⁴³. Można więc zaryzykować tezę, iż przyznane małżonkom uprawnienia rodzicielskie mają charakter aktualizujących się w sytuacji zdarzenia, jakim będzie poczęcie, a następnie urodzenie dziecka. Możliwość ta, co do zasady związana z naturą każdego człowieka, w pewnych sytuacjach zależnie (w innych zaś niezależnie) od woli podlegać będzie naturalnemu ograniczeniu, którego konsekwencją będzie to, że małżonkowie funkcji rodzicielskiej nie będą realizować w ogóle bądź nie będzie się ona objawiać funkcją prokreacyjną, a jedynie wychowawczą (adopcja). Nie oznacza to oczywiście, że odmówi się takiej rodzinie składającej się z dwóch osób (czyli małżonków) miana rodziny. Sfera płodności każdego człowieka, a więc i małżonków, korzysta ze szczególnej ochrony prawnej na podstawie art. 23 i 24 k.c., będąc wartością chro-

⁴³ T. Sokołowski, *Prawo rodzinne – zarys wykładu*, Ars boni et aequi, Poznań 2006, s. 55.

nioną za pomocą konstrukcji dóbr osobistych. Naruszenie dobra osobistego bez zgody uprawnionego skutkuje zastosowaniem środków ochrony przewidzianej prawem⁴⁴. Zastosowanie tej konstrukcji pozwala objąć ochroną każdą sytuację naruszenia prawa podmiotowego. Podkreślić należy jednak, iż nie daje uprawnień do skutecznego domagania się osiągnięcia tego stanu przez osobę, która nie ma fizycznych predyspozycji do bycia płodną. W sytuacji niepłodności prawo nie będzie po prostu realizowane. **Żaden przepis nie daje de lege lata uprawnień do uzyskania czy też „posiadania” dziecka.** Samo zaś dążenie rodziców do uzyskania potomstwa powinno przede wszystkim uwzględniać dobro dziecka, którego pojawienie się w rodzinie zmienia wzajemne relacje jej członków (aktualizuje się uprawnienie wynikające z władzy rodzicielskiej czy obowiązku alimentacyjny). W przypadku dążenia do uzyskania potomstwa przy zastosowaniu technik, bez których spłodzenie i urodzenie potomstwa w przypadku konkretnej pary ludzkiej nie byłoby w ogóle możliwe, dziecko traktowane jest jako przedmiot świadczenia, realizacji którego domagać by się mogli małżonkowie (niezależnie od zastosowanych metod i form prawnych).

Konkludując, należy wyrazić stanowisko zbieżne z reprezentowanym w doktrynie, iż **choć płodność ludzka jest dobrem osobistym człowieka, nie można jej utożsamiać z pojawieniem się potomstwa i czynić z dziecka przedmiotu uprawnienia realizowanego za pomocą dostępnych technicznie metod**⁴⁵.

Wnioski końcowe

Stosowanie technik wspomaganą medycznie prokreacji budzi kontrowersje. Rodzą się one wobec problemu uprawnienia, realizacji i zasadności żądań małżonków, a także wobec kwestii finansowania przez państwo zapłodnienia pozaustrojowego⁴⁶. Nawet jeśli przyjmuje się, że

⁴⁴ Zob. M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo...*, *op. cit.*, s. 72 oraz powołane przez Autorkę orzeczenia sądowe.

⁴⁵ M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo...*, *op. cit.*, s. 79; M. L. Di Pietro, E. Sgreccia, *Procreazione...*, *op. cit.*, s. 137; M. Rhonheimer, *Etica...*, *op. cit.*, s. 132.

⁴⁶ Por. J. Haberko, *Prawo do leczenia niepłodności a finansowanie świadczeń zdrowotnych ze źródeł publicznych*, *Ginekologia Praktyczna* 2007, nr 2.

in vitro nie leczy niepłodności, a tylko pozwala w sposób sztuczny uzyskać ciążę, po zakończeniu której powstaje taki sam stan, to odmowy stosowania tej techniki (oraz odmowy jej finansowania) upatrywać należy w braku podstaw do traktowania dziecka jako przedmiotu świadczenia⁴⁷. **Uprawnienia do posiadania potomstwa nie można konstruować wyłącznie na podstawie uznania przez WHO niepłodności jako choroby.** Nie jest to wyłączna podstawa uprawnienia do leczenia niepłodności. Nie podzielamy stanowiska, w świetle którego uzyskanie potomstwa przez zastosowanie *in vitro* powoduje tzw. „dobrostan psychiczny” u rodziców, co pozwala zgodnie z definicją zdrowia wg WHO uznać tę metodę za leczniczą, gdyż nie o taki stan zdrowia chodzi w przypadku leczenia niepłodności⁴⁸. Nie jest uprawnionym porównywanie metody *in vitro* do transplantacji czy protezy, które również „nie leczą”, a jedynie pozwalają ominąć przyczynę choroby, niemniej jednak nie używają jako instrumentu uprawniającego do uzyskania świadczenia innego podmiotu (dziecka), który w przypadku technik *in vitro* jawi się jako – powtórzmy – przedmiot świadczenia.

⁴⁷ Por. Projekt rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie standardów postępowania i procedur medycznych dotyczących leczenia niepłodności metodami zapłodnienia pozaustrojowego. Projekt oraz opis konsultacji społecznych dostępne na stronie internetowej <http://bip.mz.gov.pl/slajd>.

⁴⁸ Tak K. Ożegowski, *Opinie*, Biuletyn WIL, październik 2006 r.

Maria Boratyńska

Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego¹

1. Uwagi wstępne

Medycznie wspomagana prokreacja jest, wobec nieistnienia jakiegokolwiek regulacji ustawowej, ograniczona wyłącznie do sfery umownej. Po jednej ze stron występuje zazwyczaj para starająca się o dziecko². Drugą stroną zawieranej umowy jest placówka medyczna, działająca na zasadzie organizacyjnej szpitala lub przychodni.

Istnieje kilka sposobów medycznego wspomagania zapłodnienia, wśród których najbardziej skomplikowane technicznie i najbardziej kosztowne jest zapłodnienie pozaustrojowe, szerzej znane jako zapłodnienie *in vitro* (przyjął się angielski skrót IVF). Mimo, iż jest to metoda znana od dość dawna, wypróbowana (choć o ograniczonej skuteczności), i z tego względu zrutynizowana, wokół tego sposobu walki z niepłodnością narosło zbyt wiele nieporozumień oraz zwykłych zabobonów, powtarzanych i powielanych przez osoby o nader nikłym zasobie wiedzy w sprawie. Celem niniejszego artykułu jest przede wszystkim edukacja: wytłumaczenie krok po kroku jak wygląda procedura i jak poszczególne jej etapy wywierają skutki w sferze praw jednostki. Ponieważ jednak co jakiś czas odzywają mity i dochodzi do głosu ideologia, co w konsekwencji prowadzi do kwestionowania samej legalności przeprowadzanych zabiegów, trzeba na początek wyjaśnić kwestie natury zasadniczej. Ostatnio dyskusja nad zapłodnieniem pozaustrojowym odrodziła się pod wpływem nieśmiałych

¹ Uwagi na tle artykułu „Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*)” autorstwa J. Haberko i K. Olszewskiego

² Niektóre kliniki deklarują pomoc tylko parom małżeńskim. Niewykluczone, że w pewnych placówkach świadczy się również IVF samotnym kobietom, ale głośno nikt o tym nie mówi, więc należy uznać, że to ostatnie należy do szarej strefy. Przeciwnie stroną umowy jest para złożona z kobiety i mężczyzny.

zamiarów finansowania tego zabiegu z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Przy tej okazji próbuje się podważać leczniczy charakter interwencji oraz uznanie niepłodności za chorobę.

Co do refundacji zabiegu przez system ubezpieczeń społecznych, to jest rzeczą wiadomą, że nie musi on i przecież nawet w aktualnym kształcie nie podoła finansowaniu wszystkich świadczeń zdrowotnych o celu leczniczym, natomiast na pewno nie będzie finansować świadczeń pozabawionych celu leczniczego. Zatem kwalifikacja IVF jako zabiegu nieleczniczego pociągnęłaby za sobą nieodwracalne wyeliminowanie go ze sfery potencjalnie refundowanych środkami publicznymi. Jeszcze lepiej, gdyby niepłodności w ogóle nie uznać za chorobę. Zakwalifikowanie określonego stanu organizmu jako chorobowy jest z jednej strony pochodną aktualnego stanu wiedzy medycznej, jednak z drugiej – bywa uwarunkowane również psychologicznie czy filozoficznie (jak klasyfikacja transseksualizmu). Jeszcze do niedawna na liście chorób znajdował się homoseksualizm, a transseksualistów traktowano jako zbrojczeńców. Światowa Organizacja Zdrowia uznaje niepłodność za chorobę społeczną – co jest już chyba faktem powszechnie znanym³. W każdym razie, jeżeliby przyjąć, że niepłodność nie jest chorobą, to i jej zwalczanie nie byłoby leczeniem. A jeśli chorobą jest, to słyszy się głosy, że IVF nie leczy, bo nie czyni organizmu zdolnym do niewspomagane go rozmnażania. Z kolei zabieg o celu nieleczniczym nie może być refundowany ze środków publicznych, a nieliczni twierdzą nawet, iż powinien być uznany za zakazany, o ile ustawa wyraźnie nań nie zezwala⁴. Argument o nieleczniczym charakterze IVF opiera się na (niewykluczone, że zamierzonej) manipulacji pojęciami, tzn. na utożsamianiu leczenia w ogóle z leczeniem przyczynowym. Taka „tatyka erytyczna” narusza podstawowe zasady uczciwego dyskursu. Gdyby przyjąć tę linię rozumowania, to oprócz zapłodnienia pozaustrojowego należałoby przykładowo uznać za nielecznicze takie czynności jak: uśmierzanie bólu, farmakologiczne obniżanie podwyższonej temperatury⁵,

³ W Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób ICD-10 niepłodność jest umieszczona w grupie N (choroby układu moczowo-płciowego) pod N46 (męska) i N97 (kobieca).

⁴ Zainteresowanych szczegółami takiej argumentacji odsyłam do opracowania „Prawa pacjenta” (autorstwa mojego i P. Konieczniaka), Warszawa 2001, s. 72-88.

⁵ Które nie jest ani trochę przyczynowe, a w pewnych przypadkach nawet „antyprzyczynowe” – gdy to gorączka zabija czynnik zakaźny, choć przecież z wysoką gorączką trudno funkcjonować.

stosowanie protez, dializowanie przy przewlekłej niewydolności nerek (np. w oczekiwaniu na przeszczep), czy operacje tzw. paliatywne. Skoro jednak uważa się, że tego rodzaju czynności mają charakter leczniczy, to i nie ma przeszkód, by uznać za taki również zabieg IVF. **Leczenie niepłodności jest po prostu leczeniem objawowym!** Wprawdzie znowu wypłynął na powierzchnię argument, że skoro IVF nie jest prawnie uregulowane, to tym samym jest zabronione⁶, jednak jest to pogląd żałośnie pozbawiony uzasadnienia. Prawdą jest, że ustawa zwana transplantacyjną *expressis verbis* wyłącza z zakresu swej regulacji pobieranie komórek rozrodczych, ale znaczy to tylko tyle, że nie jest ono unormowane w tej ustawie.

2. Prawny charakter umowy o zapłodnienie *in vitro*

Umowa, o której będzie mowa, jest umową o wykonanie zabiegu IVF i jako taka stanowi rodzaj cywilnoprawnej umowy o leczenie, do której stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu (art. 750 kodeksu cywilnego). Umowa zlecenia oraz jej mutacje mają za przedmiot staranne działanie zleceniobiorcy w celu załatwienia dla zleceniodawcy określonej sprawy lub wyświadczenia na jego rzecz pewnej usługi. Rezultat owej usługi nie stanowi przedmiotu zobowiązania, w szczególności zleceniobiorcy nie może zostać postawiony zarzut, że efekt nie nastąpił, o ile tylko zleceniobiorca postarał się w tym kierunku należycie. Do dochowania należytej staranności zobowiązuje lekarza, niezależnie od źródła obowiązku, lekarska ustawa zawodowa w art. 4. W dziedzinie medycyny gwarantowanie konkretnych efektów leczenia jest w przytłaczającej większości faktycznie niemożliwe. Można postawić tezę, że w naturze (właściwości) umowy o leczenie leży niemożność zagwarantowania rezultatu nawet przy dołożeniu najwyższej staranności, a lekarz czyniący takie gwarancje, poza wskazanymi wyjątkami, byłby szarlatanem. Tak więc umowa o wykonanie zabiegu IVF jest umową starannego działania, wobec czego przedmiotem świadczenia nie jest ja-

⁶ K. Wiśniewska w artykule „*W sali Episkopatu o in vitro*”, „Gazeta Wyborcza” z 7.01.2008 r., s. 4 cytując taką właśnie wypowiedź L. Boska.

kokolwiek „produkt”; w szczególności nie jest przedmiotem umowy człowiek (dziecko), jak mylnie twierdzą J. Haberko i K. Olszewski⁷. Jeżeli by zresztą w rezultacie udanego zabiegu IVF para miała, jak to określają autorzy „posiadać człowieka”, to na tej samej zasadzie „posiadaliby człowieka” wszyscy inni rodzice biologiczni, a nawet adopcyjni. Tyle, że nikt poważny nie traktuje dochowania się potomstwa w kategoriach posiadania istoty ludzkiej. Autorzy najwyraźniej nigdy nie mieli do czynienia z umową w sprawie IVF; ich rozważania są czysto teoretyczne i dlatego pewnie dochodzą oni do wniosków chybionych.

Umowa o zabieg IVF została ukształtowana przez praktykę i raczej nie funkcjonuje w formie pisemnej. Poszczególne jej postanowienia da się odtworzyć dzięki dokumentom zawierającym pisemną zgodę pacjentów na określone świadczenia medyczne oraz dzięki pokwitowaniom zapłaty (tzn. za co konkretnie było płacone). Renomowana warszawska klinika posługuje się w kontaktach z pacjentami zakwalifikowanymi do zabiegu specjalnie w tym celu zredagowaną broszurą informacyjną, zawierającą szczegółowy opis stosowanych procedur, podawanych leków, wymaganych badań, możliwych powikłań, jak również statystycznej efektywności metody IVF. Procedura realizująca umowę o zabieg IVF zostanie omówiona na tym właśnie przykładzie⁸.

Oprócz przepisów kodeksu cywilnego o zleceniu, do umowy o zabieg IVF znajdują zastosowanie przepisy „profesjonalne” lekarskiej ustawy zawodowej oraz te o ochronie dóbr osobistych i praw pacjenta – wywiedzione z kodeksu cywilnego, z lekarskiej ustawy zawodowej oraz z ustawy o zakładach opieki zdrowotnej⁹.

Analiza interesów stron pozwala przyjąć, że w przypadku dbającej o reputację placówki medycznej strony umowy działają we wspólnym celu, jakim jest zajście pacjentki w ciążę, aczkolwiek, jak już zostało powiedziane, przedmiotem zobowiązania strony medycznej nie jest osiągnięcie owego celu, lecz staranne działanie, czyli przeprowadzenie zabiegu

⁷ Gdyby wziąć ten wywód na serio, należałoby też uznać za „uprzedmiotowienie dziecka” zawarcie umowy o przyjęcie porodu.

⁸ Jakkolwiek w moim posiadaniu znajdują się wszystkie niezbędne materiały na piśmie, to zgoda na ich wykorzystanie została udzielona przez pacjentów, a nie przez placówkę, dlatego na wszelki wypadek i by nikogo nie urazić, nie ujawniam nazwy placówki. Broszura informacyjna pochodzi z 1999 r.

⁹ Z tym, że nie wszystkie placówki zajmujące się zwalczaniem niepłodności mają status prawny publicznych zoz-ów. W tej sprawie nie dysponuję danymi, można jednak wyrazić przypuszczenie, że przeważają placówki niepubliczne.

według stosowanych przez siebie standardowych procedur uważanych w danej placówce za optymalne. Po stronie medycznej statystyczna efektywność tego rodzaju zabiegów zaświadcza o przydatności placówki i o wysokiej jakości świadczeń.

O tym, iż jest to umowa starannego działania, świadczy pośrednio fakt, iż odpłatnością objęty jest sam zabieg i zmierzająca do niego procedura. Dodatkowa opłata, wynosząca ok. 10% opłaty głównej, pobierana jest tylko wówczas, gdy pacjentka rzeczywiście zajdzie w ciążę. Nie jest natomiast pobierana żadna dodatkowa opłata z okazji urodzenia dziecka. Placówka z góry zastrzega, że nie może podjąć się opieki nad pacjentkami przez cały okres ciąży. Zakresem świadczeń objęte jest tylko prowadzenie ciąży mniej więcej do końca pierwszego trymestru – albowiem w placówce panuje bardzo duży ruch.

Stroną umowy jako zleceniodawca jest heteroseksualna para pacjentów. Pisemna zgoda na wszczęcie procedury odbierana jest od nich obojga, a jako pacjenci kliniki figurują w dokumentacji i kobieta, i mężczyzna. Umowa ma charakter odpłatny, a ostateczna wysokość wynagrodzenia zależy od rodzaju oraz ilości wykonanych zabiegów. Zakwalifikowanie do procedury IVF następuje na ogół nie od razu: najpierw pacjentom proponuje się sztuczną inseminację z niewielką stymulacją hormonalną. Dopiero niepowodzenie tej metody (po kilku podaniach) pociąga za sobą propozycję IVF. Wówczas pacjenci otrzymują broszurę informacyjną, o której była mowa wcześniej. Po zapoznaniu się z nią mają możliwość zadawania pytań podczas konsultacji poprzedzającej rozpoczęcie procedury. Na etapie uzyskiwania świadomej zgody na zabieg IVF prawo pacjentów do informacji realizowane jest bez zarzutu, sporo do życzenia może pozostawiać etap wcześniejszy. Po trosze wynika to z faktu, że leczenie niepłodności odbywa się drogą eliminacji przyczyn i do pewnego stopnia „po omacku”, ponieważ etiologia niepłodności u części par pozostaje i tak niewyjaśniona. Pacjenci zgłaszający się do placówek leczenia niepłodności często mają za sobą wizyty u innych ginekologów, różne nieskuteczne zabiegi, jak np. samą tylko stymulację hormonalną czy po amatorsku wykonywaną inseminację (bez preparatyki nasienia, tzn. bez dodawania do nasienia specyfików poprawiających ruchliwość plemników). Jedni mają wykonane badania eliminujące nie-

które przyczyny niepłodności, inni nie¹⁰. W każdym razie leczenie niepłodności na tym etapie bywa nieco chaotyczne, a pacjenci niedokładnie poinformowani, co będzie robione, dlaczego i jakie są prognozy, np. nie każda para otrzymuje informację, że efektywność metody sztucznej inseminacji wynosi zaledwie 10%, podczas gdy IVF – 30, a w lepszych placówkach nawet 40%. W rezultacie mogą uznać *ex post*, że niepotrzebnie wydawali po kilkaset złotych na każdą sztuczną inseminację. Takie niedoinformowanie pacjentów może być też wywołane obawą, czy lekarz nie zostanie posądzony o zbyt natrętne nakłanianie do IVF. Pacjentom pozostawia się swobodną decyzję co do zaprzestania inseminacji na rzecz IVF, jednak bywa, że następuje to przy uchybieniu obowiązkowi wyczerpującego informowania.

Do zabiegu IVF kwalifikuje się najczęściej pary niepłodne z powodu niedrożności lub zbyt ograniczonej drożności jajowodów u kobiety, słabej jakości nasienia bądź obecności plemników tylko w najądrzu u mężczyzny, jak również pary płodne, ale będące nosicielami chorób dziedzicznych. Zapłodnienie pozaustrojowe traktowane jest jako zabieg o podwyższonym ryzyku w rozumieniu lekarskiej ustawy zawodowej, zwłaszcza że niektóre czynności przygotowujące są wykonywane techniką operacyjną; dlatego zgoda na zabieg powinna być udzielona w formie pisemnej¹¹ przez każde z pacjentów. Zgoda ze strony obojga stanowi warunek legalności rozpoczęcia całej procedury, natomiast cofnięcie jej powinno pociągać za sobą przerwanie działań. Uzyskanie zgody na udział w zabiegach nie przesądza jednak jeszcze, moim zdaniem, o legalności poszczególnych etapów. Jakkolwiek sprawa jako całość dotyczy obojga pacjentów, to przecież interwencje w organizm każdej z osób są różne i o różnym stopniu nasilenia. Poszanowanie autonomii pacjenta jako jednostki wymaga odbierania odeń indywidualnej zgody na te zabiegi, które odnoszą się tylko i wyłącznie do jego osoby.

¹⁰ Chodzi o takie badania jak – u kobiety: poziom hormonów we krwi w różnych fazach cyklu menstruacyjnego, USG, czyli prześwietlenie rentgenowskie jajowodów z użyciem kontrastu w celu ustalenia, czy są one drożne (wstrzyknięcie kontrastu jest bolesne i na życzenie pacjentki badanie może być wykonane w znieczuleniu ogólnym); natomiast u mężczyzny – przede wszystkim badanie jakości nasienia, tj. ustalenie, czy liczba żywych plemników mieści się w normie.

¹¹ Jest to jeden z obowiązków profesjonalnych lekarza. Uchybienie mu pociąga za sobą odpowiedzialność zawodową, natomiast z punktu widzenia dowodowego raczej trudno sobie wyobrazić, by w postępowaniu sądowym uwierzono pacjentom, iż takiej zgody nie udzielili w ogóle: procedura IVF jest na tyle specjalistyczna i skomplikowana, że samo wzięcie w niej udziału faktycznie wyklucza nieudzielenie zgody. Natomiast przy braku zgody na piśmie może powstać problem, czy aby na pewno była to zgoda udzielona w warunkach dostatecznego poinformowania.

Na krótko przed rozpoczęciem terapii pacjenci obowiązani są wykonać szereg badań¹². Rzecz jasna chodzi o wyeliminowanie przeciwwskazań do zabiegu oraz o ustalenie ryzyka chorób genetycznych u potencjalnych dzieci. Terapia zaczyna się przygotowaniem hormonalnym pacjentki, które ma na celu pobudzenie jajników do zwiększonego wytworzenia komórek jajowych w danym cyklu. Jest to wstęp do prawie wszystkich technik wspomaganego rozrodu. Przeciętnie powstaje wówczas od kilku do kilkunastu tzw. pęcherzyków Graffa. Stymulacja hormonalna w procedurze zwanej na użytek Kliniki „krótkim protokołem” trwa ok. 12 dni¹³. Działanie leków kontroluje się kilkakrotnie za pomocą USG i badań hormonalnych. Gdy pęcherzyki osiągną odpowiedni stan dojrzałości, pacjentka otrzymuje zastrzyk wyzwalający owulację. Po ok. 36 godzinach ma miejsce zabieg nakłucia pęcherzyków i pobrania komórek jajowych. Polega to na nakłuciu jajników przez sklepienie pochwy (pod kontrolą USG) i pobraniu płynu pęcherzykowego z komórkami jajowymi. Punkcja odbywa się w krótkim znieczuleniu ogólnym (10-20 min.). Zabieg dotyczy tylko kobiety, więc powinno się odebrać od niej zgodę osobno na zabieg i na znieczulenie. Znalezione w pęcherzykach dojrzałe komórki jajowe przenoszone są do odżywczego płynu, do którego po kilku godzinach dodawane są odpowiednio przygotowane plemniki¹⁴. Plemniki dostarcza partner, który w tym celu masturbuje się w specjalnie przeznaczonym pokoiku. Wszystkie czynności wymagają ścisłej synchronizacji. Jeśli w ejakulacie nie stwierdzono wcześniej obecności plemników, wskazuje to na patologię jąder lub dróg wyprowadzających nasienie. Wówczas możliwe jest (w zależności od wyników innych badań) wykonanie punkcji najądrza lub jądra w znieczuleniu ogólnym. Ten zabieg dotyczy tylko samego mężczyzny, więc powinna być uzyskana osobna zgoda i na zabieg, i na znieczulenie. Pacjenci do znieczulenia ogólnego muszą być na czczo, o czym upewnia się jeszcze dodatkowo anestezjolog w rozmowie konsultacyjnej przed zabiegiem. Anestezjolog sprawuje też opiekę nad pacjentami w czasie

¹² Badania krwi (grupa, morfologia, czas krwawienia i czas krzepnięcia, poziom białka w surowicy), moczu (badanie ogólne), EKG, konsultację internisty ze zgodą na IVF, bakteriologię dróg rodnych i cytologię – tylko kobieta; posiew i ewentualnie badanie ogólne nasienia – tylko mężczyzna (oczywiście); badania cytogenetyczne, Hbs, HIV, HCV i WR – oboje partnerzy.

¹³ Na temat „długiego protokołu” w broszurze informacyjnej nie ma dokładnych danych, można tylko obliczyć, że jest to okres dłuższy o co najmniej tydzień („od 21 dnia cyklu do odwołania”).

¹⁴ Niedawno stało się możliwe pozaustrojowe sztuczne dojrzewanie gamet jeszcze niedojrzałych.

zabiegów. Później poddane im osoby spędzają jeszcze 2-3 godziny na terenie kliniki, przy czym pierwszą godzinę na specjalnej sali pod obserwacją: narkoza jest krótka, ale przez pewien czas utrzymuje się zamroczenie. Po godzinie pacjenci mogą już przejść do poczekalni i tam dostają śniadanie.

Po ok. 18 godzinach od dodania plemników obserwuje się pod mikroskopem czy doszło do zapłodnienia. W przypadkach znacznie ograniczonej liczby lub małej ruchliwości plemników stosuje się wstrzyknięcie pojedynczego plemnika do wnętrza komórki jajowej za pomocą mikromanipulatora i mikropipetek pod kontrolą mikroskopu (mikromanipulacja – ICSI – *intracytoplasmic sperm injection*). O potrzebie ICSI informuje się pacjentów zawczasu: podwyższa to koszt zabiegu i powinno być objęte wstępną zgodą na całą procedurę; osobna zgoda pacjentów na piśmie nie wydaje się potrzebna. Aby dodatkowo zwiększyć szanse na zapłodnienie spośród wielu (bądź niewielu) plemników wybiera się te na oko najlepiej rokujące (odmiana mikromanipulacji zw. IMSI – *intracytoplasmic morphologically selected sperm injection*). Doświadczony specjalista potrafi je odróżnić.

Zapłodnieniu ulega zazwyczaj ok. 60-80% komórek; skoro dzięki stymulacji hormonalnej można uzyskać kilkanaście oocytów, to zapłodnić udaje się około dziesięciu. Pacjenci są informowani na bieżąco o liczbach. Po punkcji oczekuje się od nich, by znajdowali się w tej samej miejscowości co klinika, gotowi przyjechać na główny zabieg po telefonicznym zawiadomieniu, czyli w jakieś dwa dni po punkcji. Wówczas rozwijające się zarodki składają się z 2-8 komórek. W tym stadium zarodki wprowadza się do jamy macicy za pomocą specjalnego cewnika. Jest to bezbolesne i nie wymaga znieczulenia. Liczba podawanych zarodków wynosi od 1 do 3 – im więcej tym większa szansa na ciążę, jednak pacjentka powinna wyrazić osobną, uświadomioną w pełni zgodę na liczbę zarodków, w grę wchodzi bowiem ciąża mnoga, a ta stanowi zwiększone obciążenie dla organizmu kobiety i zwiększone ryzyko dla rozwijających się płodów. To właśnie najpóźniej przed transferem zarodków, z pacjentką – w obecności partnera – powinna zostać przeprowadzona bardzo szczegółowa rozmowa uświadamiająca konsekwencje ewentualnej ciąży mnogiej. Leczący się z niepłodności pacjenci są zazwyczaj w stresie i w desperacji; gotowi w ciemno zgodzić się na każdą liczbę zarodków, byleby do-

chować się dziecka. Tymczasem rzadko która ciąża mnoga bywa donoszona, wyczerpuje organizm kobiety, częściej niż pojedyncza wymaga rozwiązania przez cesarskie cięcie, nie mówiąc już o, by tak rzec, organizacyjnych i ekonomicznych konsekwencjach urodzenia większej liczby dzieci. Dlatego też o liczbie podawanych zarodków partnerzy powinni zdecydować wspólnie: zgoda kobiety powinna być przesłanką konieczną, zaś zgoda mężczyzny – przesłanką dostateczną. Przy tej okazji warto zauważyć, że z punktu widzenia liczby ewentualnych dzieci i zwiększonego obciążenia dla organizmu kobiety zapłodnienie pozaustrojowe jest bezpieczniejsze od zwykłej stymulacji hormonalnej, ponieważ w macicy umieszcza się tylko parę zarodków, a pozostałe zostawia się na później. Wprawdzie stymulowane jajniki wytwarzają czasem i dwadzieścia oocytów, ale wszystkie one są następnie pobierane, pacjentce nie grozi więc ciąża pięcio- czy siedmioracza. Czworaczki odnotowuje się jako przypadki jednorazowe.

Zagnieżdżenie zarodka (zarodków) w macicy wspomagane jest podawaniem leków hormonalnych. Pacjentce zaleca się oszczędzający tryb życia. Jeżeli wszystko przebiega prawidłowo, to najpóźniej po 14-17 dniach test ciążowy daje wynik pozytywny. W ciągu pierwszego trymestru ciąży pacjentka wielokrotnie zgłasza się na konsultacje; prowadzony jest systematyczny pomiar poziomu hormonów we krwi i – w zależności od wyniku – stopniowo zmniejsza się dawki przyjmowanych leków.

Porozumienia umownego wymaga także postanowienie w sprawie pozostałych zarodków. Trudno sobie wyobrazić, by którakolwiek para z nich zrezygnowała, byłoby to bowiem z praktycznego punktu widzenia zwykle marnotrawstwo: wcale nie jest powiedziane, że ciąża zawiąże się od razu w wyniku pierwszego podania, a nawet jeżeli, to para być może zechce w przyszłości postarać się o więcej dzieci. Podanie rozmrożonych zarodków nie tylko wypada taniej (ok. 25% stawki za zabieg z punkcją), ale i większa szansa na ciążę, ponieważ uważa się, że łatwiej zagnieżdża się zarodek złożony z większej liczby komórek¹⁵. Poza tym, im starsza kobieta, tym większe prawdopodobieństwo niektórych aberracji chromosomowych w komórce jajowej. Wobec tego rutynowym postanowieniem w sprawie dodatkowych zarodków jest decyzja o

¹⁵ Jeżeli np. przy pierwszym podaniu zarodki składały się z 3-4 komórek i pozostałe zamrożono, to po rozmrożeniu i upewnieniu, że przeżyły (podziały komórkowe następują dalej), zarodki mają już po 7-8 komórek.

ich zamrożeniu w ciekłym azocie. Wbrew temu, co próbuje się wma-
wiać niezorientowanym, hibernacja nie prowadzi do śmierci. Nie ma
również dowodów na to, że przechowywanie w tym stanie przez czas
dłuższy doprowadza do ich stopniowego obumarcia¹⁶.

Porozumienie w sprawie zamrożenia i przechowywania zarodków
należy potraktować jako osobną umowę odpłatną. Wysokość opłaty za-
leży od czasu przechowywania. Umowa wymaga konsensu placówki me-
dycznej z obojgiem pacjentów: każdy zarodek pochodzi w równym stop-
niu od kobiety, co od mężczyzny¹⁷. Również wspólnie powinni partnerzy
decydować o przedłużeniu przechowywania zarodków lub zaniechaniu
przedłużenia. Są to jednak uwagi na marginesie, ponieważ depozyt za-
rodków nie stanowi koniecznego składnika umowy o zabieg IVF.

3. Ryzyko powikłań okołozabiegowych przy zapłodnieniu *in vitro* – polemika

Wracając do samej procedury IVF, to broszura informacyjna, na którą
powołałam się na wstępie, nie ukrywa przed pacjentkami możliwych
powikłań okołozabiegowych. Nie ma jednak, jak się okazuje, powodów
do paniki. Nie jest to bynajmniej „duża grupa”, jak twierdzą J. Haber-
ko i K. Olszewski. Jeden z powoływanych przez nich artykułów w za-
chodnim periodyku traktuje o technikach sztucznej prokreacji bez wy-
szczególnienia¹⁸, natomiast inny, na podstawie którego autorzy artyku-
łu wymieniają jednym tchem m.in. podwyższone ryzyko zachorowania
na raka macicy lub jajników, deformacji płodu, anomalie chromoso-
malne i uszkodzenia genetyczne embrionu¹⁹, pochodzi sprzed dwudzie-

¹⁶ Wypowiedział się w tej sprawie doświadczony specjalista w dziedzinie wspomaganej prokreacji, dr
Piotr Lewandowski, zob. K. Wiśniewska w artykule „*W sali Episkopatu o in vitro*”, „Gazeta Wyborcza” z
7.01.2008 r., s. 4 – jego klinika działa od maja 1994 r. i jest w stałym kontakcie merytorycznym z Instytutem
Płodności w Essen.

¹⁷ Chyba że trzeba było posłużyć się komórką rozrodczą pobraną od osoby trzeciej, wówczas jednak
świadoma zgoda partnera niebędącego dawcą powinna mieć skutki nie tylko ojcostwa (macierzyństwa)
wobec urodzonego dziecka (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 27.10.1983 r., III CZP 35/83, OSNCP nr 6/
-1984, poz. 86), ale i uprawniać do współdecydowania o losie pozostałych zarodków.

¹⁸ N.S. Greek, *Risks of birth defects and other advise outcomes associated with assisted reproductive
technology*, Pediatrics nr 114/2004, s. 156-259.

¹⁹ P. Lancaster, *Congenital malformation after in vitro fertilisation*, Lancet 1987/II, s. 1392-1393 .

stu lat²⁰! Na podstawie kolejnych cytowanych opracowań wymieniają jeszcze wyższy niż w prokreacji „naturalnej” procent wcześniaków z niedowagą, większą śmiertelność noworodków i konieczność dłuższej hospitalizacji po narodzinach. Biorąc pod uwagę fakt, że przy IVF ryzyko ciąży mnogiej wynosi 20% – nietrudno to wyjaśnić: waga urodzeniowa dzieci z ciąż mnogich jest statystycznie niższa niż z ciąż pojedynczych; ciążę mnogie częściej są też rozwiązywane przedwcześnie, a słożone w macicy maluchy są bardziej narażone na urazy.

Zespół hiperstymulacji jajników ma rzeczywiście przebieg dość dramatyczny i dramatyczne możliwe następstwa, jednak w porządnym klinice, gdy dawkowanie hormonów jest kontrolowane bardzo dokładnie i na bieżąco, powikłanie to występuje raczej rzadko (na świecie u 1-2% pacjentek). Klinika, w której zredagowano broszurę, przyznawała się w 2000 r. do 7 przypadków na ponad 1500 pacjentek, w tym do 2 przypadków ciężkich. Na drugim miejscu wymienione zostało powikłanie w postaci uszkodzenia jelit lub naczyń krwionośnych po przezpochwowej punkcji jajników (1 przypadek), dalej – powikłania zapalne w wyniku obecności bakterii (naturalna flora bakteryjna jest w pochwie zawsze, więc każdy zabieg w tym miejscu obarczony jest takim ryzykiem i ryzyka nie da się uniknąć, albowiem wyjałowienie obszaru zabiegowego jest praktycznie niewykonalne), a także ciąża nieprawidłowo umiejscowiona (1 przypadek – w szyjce macicy)²¹. Tutaj warto jednak zaznaczyć, że większe ryzyko ciąży pozamacicznej niesie ze sobą, jak twierdzą specjaliści²², zabieg udroźnienia jajowodów celem usunięcia mechanicznej przyczyny niepłodności. Jako większe niż w ogólnej populacji podaje się ryzyko poronień po IVF. Trzeba jednak pamiętać, że pacjentki poddające się zabiegowi są niepłodne z najróżniejszych, czasem niewyjaśnionych przyczyn, zatem tworzą grupę podwyższonego ryzyka. To samo odnosi się do statystycznie częstszych urodzeń dzieci z wadami genetycznymi: kobiety kwalifikowane do zabiegu IVF zazwyczaj mają już dobrze po trzydziestce, co zwiększa ryzyko wystąpienia u płodu zespołu Downa. Poza tym w grupie pacjentów niepłodnych

²⁰ Chodzi więc o artykuł opublikowany zaledwie 9 lat po urodzeniu się Louise Joy Brown, kiedy - w porównaniu z dniem dzisiejszym – technika IVF była w powijakach.

²¹ Ryzyko ciąży pozamacicznej lub nieprawidłowo umiejscowionej w macicy jest przy IVF nie do uniknięcia i pacjentki są o tym informowane z góry; nie ma sposobu, by zarodki „zakotwiczyć” w ścianie macicy.

²² M.in. dr Ewa Taszycka z kliniki „Novum” w Warszawie.

jedną z przyczyn niepłodności może być obciążenie chorobą genetyczną, a płody z wadami genetycznymi ulegają często samoistnemu poronieniu. Tymczasem pacjentkę w ciąży po IVF prowadzi się tak, by ryzyko poronienia ograniczyć do minimum. W rezultacie mogą przychodzić na świat dzieci, które w normalnym toku zdarzeń skończyłyby jako poronione płody²³. Sposobem przeciwdziałania temu są przedzabiegowe badania cytogenetyczne pacjentów oraz przedimplantacyjne badania genetyczne zarodków.

Reasumując: z przytoczonych przez siebie danych autorzy wyciągają wnioski o „niekorzystnych skutkach powstałych na skutek [tak w oryginalnie – M.B.] stosowania technik sztucznej prokreacji” i „zagrożeniach dotyczących zarówno kobiety, jak i dziecka”, które jakoby z owych technik wynikają. Nie znam się specjalnie na metodologii nauk przyrodniczych, ani na analizie danych statystycznych, dostrzegam jednak, że autorzy popełniają w tym zakresie grube błędy. Odwołują się milcząco do naiwnego rozumowania *post hoc ergo propter hoc* i wnioskuje, że korelacja statystyczna między stosowaniem medycznie wspomaganą prokreacją, a stwierdzonymi następnie u matek lub dzieci patologiami, przesądza o istnieniu związku przyczynowego. Argumentacja ta miałaby może jakiś sens, gdyby jedyną zmienną w badanych sytuacjach stanowiłaby procedura IVF, a więc gdyby między rodzicami, którzy poddają się IVF, a innymi rodzicami, nie zachodziła żadna biologiczna różnica (zostałby użyty indukcyjny „kanon jedynej różnicy”). Jest jednak oczywiste, że grupa pacjentów poddających się takim procedurom nie jest reprezentatywna dla całości populacji, gdyż z natury rzeczy chodzi o osoby, które wcześniej pomimo prób nie zdołały (i to przez dłuższy czas) uzyskać potomstwa metodami „tradycyjnymi”. Wobec tego „dzieci z probówki” mają przeciętnie znacznie starszych rodziców niż „dzieci w ogóle”, a co jeszcze ważniejsze, rodzice owi są bardziej obciążeni zdrowotnie. W tych warunkach wnioski, że IVF wywołuje wszystkie

²³ Znana mi jest historia pewnej pacjentki, która po wielu bezskutecznych próbach zajścia w ciążę wreszcie osiągnęła sukces: ciążę bliźniaczą po IVF. Od tamtej chwili prawie tyle samo czasu spędzała w domu, co w szpitalu na podtrzymaniu ciąży. Przytomny ginekolog zalecił badanie genetyczne, które wykazało brak wad u płodu płci męskiej i zespół Turnera u płodu płci żeńskiej. W którymś momencie u pacjentki nastąpiło poronienie, którego tym razem nie zdołano powstrzymać, jednak poroniony został tylko płód żeński. Płód męski ocalał i chłopiec przyszedł na świat jako wcześniak, ale zdrowy. Wiadomo, że płody dotknięte zespołem Turnera w ogromnej większości ulegają samoistnemu poronieniu. Zatem obciążenie wadą genetyczną mogło stanowić u tej kobiety przyczynę niepłodności. Nie wiem, czy wcześniej poddawała się badaniu cytogenetycznemu.

powoływane przez J. Haberko i K. Olszewskiego następstwa, nie ma racjonalnych podstaw²⁴.

Można też odrzucić śmiałą tezę autorów, iż zastosowanie technik medycznie wspomaganey prokreacji wywołuje „anomalie chromosomalne i uszkodzenia genetyczne”. Nawet „inwazyjna” dla komórek rozrodczych procedura, jaką jest mikromanipulacja ICSI lub IMSI, nie wiąże się z manipulowaniem genami, chromosomami, czy w ogóle zawartością jądra komórkowego. Nie istnieje więc mechanizm, który mógłby prowadzić do uszkodzeń tego rodzaju.

Niektóre inne z wymienionych przypadków stanowią zapewne powikłanie IVF²⁵. Kiedy jednak pewna procedura medyczna jest użyteczna, lecz obciążona powikłaniami, nie stanowi to powodu do jej potępienia i odrzucenia. Jest to wyłącznie motyw, by procedurę doskonalić. Zresztą przyjęcie, że w medycynie akceptuje się tylko metody postępowania niepołączone z możliwością powikłań, oznaczałoby likwidację medycyny w ogóle.

Tak więc cytowana przez J. Haberko i K. Olszewskiego statystyka nie stanowi argumentu na rzecz „thrillera medycznego”, którego scenariusz próbują oni napisać. Trzeba tylko wziąć poprawkę na naszą kartoflaną rzeczywistość, w której długotrwałe udawanie, iż problem zapłodnienia *in vitro* nie istnieje, doprowadziło do sytuacji, że wg Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego w kraju funkcjonuje ok. 40 ośrodków stosujących technikę IVF, ale tylko 18 z nich oficjalnie informuje o liczbie i skuteczności wykonanych zabiegów. Albowiem placówki tego rodzaju działają bez żadnej specjalnej kontroli merytorycznej²⁶. Nie trzeba tłumaczyć, jakie to ze sobą niesie ryzyko dla pacjentów. Potem prasa opisuje horror pięcioraczków urodzonych po terapii hormonalnej²⁷.

²⁴ Sprowadzając rzecz do absurdu: w grupie pacjentów onkologicznych nowotwory występują częściej, niż w całości populacji, ale korelacja ta nie powinna raczej prowadzić do wniosku: „leczenie onkologiczne wywołuje raka”.

²⁵ Wiarygodna jest np. zależność między stymulacją hormonalną a nowotworami; każde podawanie hormonów w większych dawkach (nie tylko w ramach IVF) może mieć działanie onkogenne.

²⁶ Podaję za: A. Pezda, *In vitro w szufladzie*, „Gazeta Wyborcza” z 7.01.2008 r., s. 1.

²⁷ Horror polegał nie na tym, że dzieci przyszło na świat pięcioro, lecz na tym, w jakim były stanie: troje urodziło się z wadami. Już ciąża bliźniacza niesie ze sobą ryzyko powikłań na skutek, by tak rzec, zatłoczenia macicy, więc można sobie wyobrazić, co grozi pięcioraczkom. W dobrej klinice transferuje się maksimum trzy zarodki, i to tylko wtedy, gdy ich stan rokuję niewielkie szanse na ciążę. W ramach procedury IVF pacjentka jest pod stałą kontrolą i nie dopuszcza się pozostania w macicy nadmiernej ilości oocytów. To nieodpowiedzialnie prowadzone terapie hormonalne prowadzą do ciąż pięcioraczych. Znam też ze słyszenia przypadek, o którym plotkowali między sobą ginekolodzy: pewna pacjentka świadomie, celowo i wbrew wyraźnemu zaleceniu lekarza przyjęła podwójną dawkę hormonu w zastrzyku, czym spowodowała u siebie pęknięcie wszystkich czterech pęcherzyków. Małżonkowie udali się do sypialni i teraz mają czworaczki.

Jak w każdej innej dziedzinie medycyny powinny być opracowane standardy i egzekwowane ich przestrzeganie.

Przy okazji rozważań nad umową o zabieg IVF warto zastanowić się nad kwestią uboczną wobec tej techniki, a mianowicie przedimplantacyjną selekcją zarodków: czy takie postanowienia umowne należy uznać za zgodne z porządkiem prawnym. W braku jakichkolwiek unormowań szczegółowych nie ma wyjścia innego, jak zastosować ostrożną analogię. Zabieg IVF ma na celu zastąpienie niemożliwego w konkretnym przypadku zapłodnienia wewnątrzustrojowego, czyli w sposób koitalny. Powstaje pytanie, czy wobec tego wolno zastosować go wobec pary płodnej dotkniętej nosicielstwem chorób genetycznych, ażeby dokonać selekcji zarodków i implantować tylko te zdrowe. Art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny (...) pozwala na przerwanie ciąży z przyczyn natury eugenicznej. Skoro wolno taką ciążę przerwać, to tym bardziej (*argumentum a maiori ad minus*) wolno nie dopuścić do jej powstania. Selekcja zarodków jest zatem dopuszczalna. Natomiast selekcja z jakichkolwiek innych przyczyn powinna zostać uznana za niedopuszczalną; w razie wątpliwości wzorcem kontroli powinno być zapłodnienie koitalne: co do zasady zabieg IVF może funkcjonować w tym samym obszarze możliwości, a rozszerzenie owych możliwości wymaga szczególnego unormowania.

Inną kwestią do rozstrzygnięcia, silnie powiązaną z zabiegiem IVF, jest dawstwo gamet. Nie podlega ono żadnemu reżimowi prawnemu, jednak ustawa transplantacyjna ustanowiła godny aprobaty wzorzec aksjologiczny – przede wszystkim zasadę niekomercjalizacji. Idea wydaje się słuszna i ewentualna regulacja dawstwa komórek rozrodczych powinna iść moim zdaniem w tym właśnie kierunku. Dawstwo nie powinno być jednak w każdym przypadku ograniczone do kręgu osób bliskich, sytuuje się ono bowiem na styku transplantacji i adopcji, zwłaszcza gdy chodzi o bezinteresowne oddanie całych zarodków. Niemniej genialnym w swej prostocie wydaje się rozwiązanie zaproponowane przez L. Kubickiego²⁸, aby zapłodnienie pozaustrojowe uregulować nowelą do ustawy transplantacyjnej, zaś zagadnienia filiacji – w prawie rodzinnym.

²⁸ E. Siedlecka, *Sprawę in vitro łatwo uregulować - rozmowa z prof. Leszkiem Kubickim*, „Gazeta Wyborcza” z 9.1.2008 r., s. 9.

Umowę w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego należy uznać za zgodną z porządkiem prawnym i z zasadami współżycia społecznego. Porządek prawny został już omówiony, natomiast z punktu widzenia moralności nie dostrzegam takich pryncypiów w relacjach międzyludzkich, które mogłyby stanąć na przeszkodzie medycznemu wspomaganiu rozrodu określonymi metodami. W szczególności nie ma powodów by uważać, że jednostka ponosi jakąkolwiek krzywdę z tego tylko powodu, że została urodzona w wyniku wcześniejszego zapłodnienia pozaustrojowego. Argumenty przeciwne (w tym użyte w artykule J. Habberko i K. Olszewskiego), podważające dopuszczalność prokreacji medycznie wspomaganą, są pozornie liczne, ale w istocie nie zasługują na miano argumentów, gdyż tak je skonstruowano, że wykluczają możliwość racjonalnego dyskursu. W przytłaczającej większości są to tezy oparte wyłącznie na konstrukcji logicznej: „a bo tak!”²⁹. W pozostałej części argumenty te są pozbawione podstaw faktycznych³⁰, oparte na logicznych błędach³¹ lub na aksjomatach konfesyjnych, z którymi polemika z natury nie jest możliwa³².

Jednakże zupełny brak regulacji w sprawie IVF nakazuje szczególną uwagę w konstruowaniu postanowień umownych, tak by szanowane i przestrzegane były prawa obojga pacjentów. Specjalny nacisk powinien być położony na obowiązek informowania oraz na skrupulatne dokumentowanie zgody na poszczególne czynności medyczne. Brak zatwierdzonych standardów daje szerokie pole do „prokreacyjnego chałupnic-

²⁹ Dziecko [w danym momencie jeszcze w ogóle nieistniejące!] ma „prawo do narodzin z rodziców biologicznych”. Z jakiego tytułu ma takie prawo? Bo tak. Dziecko owo ma też „prawo, by nie mieć matki w zbyt podeszłym wieku”. Bo tak. Ludzie bezpłodni są zobowiązani „uznać i pogodzić się ze swoimi ograniczeniami”. Skąd ta powinność? Bo tak. Stosowanie technik sztucznej prokreacji jest „redukowaniem dziecka do przedmiotu pragnień rodziców”, „sprowadzeniem go do bycia narzędziem”. Dlaczego? Bo tak. Stosowanie ich szarga także godność ludzką pary, uczestniczącej w IVF. Jak i dlaczego właściwie szarga? Bo tak.

³⁰ Zdaniem autorów zastosowanie technik medycznie wspomaganą prokreacji, a „w szczególności tych heterologicznych”, jest „ogromnym zagrożeniem dla małżeństwa oraz stałości związku przyszłych rodziców”. Fakty nie potwierdzają jednak masowego rozpadu małżeństw po tym, jak żona poddała się jakiejś formie prokreacji medycznie wspomaganą przy użyciu „obcej” spermy.

³¹ Pomijając z braku miejsca szczegóły, chodzi m.in. o ekwiwokację (nikt nie ma prawa do posiadania dziecka, ponieważ nie istnieje prawo do posiadania drugiego człowieka) oraz wyciąganie wniosków niewynikających z przesłanek (narodziny dziecka nie rozwiązują problemu pary bezpłodnej, ponieważ narodzony dziecko nie stanowi jedyne celu relacji między mężem a żoną).

³² Przypis 25: „nie bez znaczenia dla oceny moralnej jest pozyskanie gamet od mężczyzny w procedurze *in vitro*”. Autorzy (choć w zawołowany sposób) przedstawiają tu tradycyjny pogląd kościoła rzymsko-katolickiego, według którego masturbacja jest procedurą grzeszną i porządek prawny nie może jej akceptować. Zob. np. Glanville Williams, *Świętość życia a prawo karne*, Warszawa 1960, s. 124-137. Kuriozalny ten pogląd jest aktualny (Papieska Rada ds. Rodziny, *Ludzka płciowość: prawda i znaczenie. Wskazania dla wychowania w rodzinie*, 08.12.1995 r., ust. 103; podobnie: *Deklaracja Kongregacji Nauki Wiary o niektórych zagadnieniach etyki seksualnej »Persona humana«*, ust. 9).

twą”, którego skala nie jest nawet znana. Dlatego tymczasowym – mam nadzieję – zadaniem gremiów stanowiących autorytet w sprawach wspomaganego rozrodu jest gromadzenie i upowszechnianie informacji o tych placówkach, które świadczą pomoc nieplodnym parom w sposób rzetelny.

Marek Sanecki, Janusz Opolski

Reforma izraelskiego systemu ubezpieczeń i opieki zdrowotnej

Wprowadzenie

W 1988 r. powołano w Izraelu Państwową Komisję Badającą Funkcjonowanie Systemu Opieki Zdrowotnej, co było początkiem intensywnych działań mających za cel zreformowanie systemu opieki zdrowotnej. Komisja opublikowała wyniki swoich ustaleń po dwóch latach prac, proponując alternatywne podejścia do rozwiązania nabrzmiałych problemów i zakresu reformy opieki zdrowotnej. Były one wynikiem koncepcji dwóch frakcji reprezentujących większość oraz mniejszość składu Komisji. Prace Komisji były podstawą uchwalonego w roku 1994 Prawa o Narodowym Ubezpieczeniu Zdrowotnym (w tekście NHIL) oraz rozporządzeń wykonawczych /the „Hesderim Laws”/ regulujących szczegóły organizacyjne wprowadzonej reformy. Przebieg oraz końcowe wyniki reformy mogą być interesujące, nie tylko jako inspiracja do ewentualnych przyszłych rozwiązań systemowych w naszym kraju (propozycja podzielenia NFZ na kilka makroregionalnych ubezpieczalni konkurujących ze sobą, dyskusja nad ich rolą: płatników, operatorów, właścicieli placówek opieki zdrowotnej), lecz przede wszystkim jako przybliżenie doświadczeń przydatnych ewentualnie dla potencjalnych reformatorów.

Kompleksową reformę systemu opieki zdrowotnej przeprowadzono w Izraelu w połowie lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku.

Była ona wynikiem kryzysu funkcjonowania systemu obserwowanego w latach osiemdziesiątych. Odczuwana frustracja zarówno wśród pracowników medycznych jak i pacjentów spowodowała falę strajków, które zmusiły rząd do rozpoczęcia prac zmierzających do reformy systemu.

Warto przypomnieć, że pracownicy medyczni skarżyli się na niskie płace, narastające zadłużenie placówek, poszukiwanie oszczędności kosztem jakości oferowanych usług. Z kolei pacjenci protestowali w związku z wydłużającymi się kolejkami; koniecznością dodatkowego opłacania świadczeń zdrowotnych, dynamicznym rozwojem szarej strefy¹.

W roku 1988 rząd powołał Państwową Komisję Badającą Funkcjonowanie Systemu Opieki Zdrowotnej /nazywaną od nazwiska przewodniczącego – Komisją Netenyahu/, której raporty opublikowane w roku 1990, stanowiły podstawę do zmian wprowadzonych w życie 1 stycznia 1995. Komisja jako całość nie osiągnęła jednakże konsensu i proponowane rozwiązania odzwierciedlały stanowiska dwóch frakcji: większościowej i mniejszościowej. Frakcja większościowa postulowała całościową transformację systemu opieki zdrowotnej w Izraelu, wobec nagromadzonej od lat patologii i niedfunkcjonalności systemu. Frakcja mniejszościowa postulowała podejście ewolucyjne i skoncentrowanie działań naprawczych tylko na obszarach największych mankamentów istniejącego systemu i ich źródłach².

Aby ocenić przedstawiane opinie i rozwiązania, należy przyjrzeć się organizacji opieki zdrowotnej w Izraelu przed reformą z roku 1995. System izraelski opierał się już wówczas na „sterowanej/kierowanej konkurencji” /managed/regulated competition/, której idealny model teoretyczny nakreślił Enthoven w roku 1993³.

W modelu tym:

- płatnicy/rząd, organizacje pracodawców, organizacje pracowników, którzy reprezentują duże grupy świadczeniobiorców /konsumentów, klientów – aktualnych i potencjalnych/, zawierają kontrakty z ubezpieczycielami zdrowotnymi/świadczeniodawcami;
- płatnicy zapewniają nieskrępowany dostęp do szeregu ubezpieczycieli zdrowotnych; swobodę wyboru jednego z nich oraz swobodę zmiany ubezpieczyciela zdrowotnego;
- ubezpieczyciele zdrowotni zobowiązują się zaakceptować wszystkich przystępujących do ubezpieczenia zdrowotnego /bez żadnych

¹ Leowski J. Polityka zdrowotna a zdrowie publiczne. Ochrona zdrowia w gospodarce rynkowej, Warszawa, CeDeWu; 2004, str. 141.

² Shirom A. The Israeli Health Reform: A Study of an Evolutionary Major Change. Intern. J. of Health Planning. 1995. 10, 5-22.

³ Enthoven A. The History and Principles of Managed Competition. Health Affairs, 1993, 12: 24-48.

wykluczeń lub ograniczeń wynikających z ewentualnych interesów ubezpieczyciela/;

- płatności dla ubezpieczyciela za każdego ubezpieczonego oblicza się kapitulacyjnie uwzględniając ciążące na tych osobach ryzyka /np. z tytułu wieku/. Ma to zapobiec eliminacji przez ubezpieczyciela zdrowotnego osób pochodzących z grup zwiększonego ryzyka;
- ubezpieczyciele zdrowotni konkurują między sobą wyłącznie o wysokość dodatkowych profitów uzyskiwanych od klienteli, za usługi nieobjęte opłatami kapitulacyjnymi za ubezpieczonych;
- płatnicy negocjują z ubezpieczycielami zdrowotnymi standardowe pakiety świadczeń zdrowotnych, tak aby świadczeniobiorcy byli zorientowani co do jakości i cen usług znajdujących się w ofercie ubezpieczycieli;
- płatnicy tworzą i rozpowszechniają informacje o jakości usług u poszczególnych ubezpieczycieli zdrowotnych, aby klienci mogli dokonać świadomego wyboru korzystnego dla siebie planu ubezpieczenia;

Model Enthovena stał się mimowolnie standardem porównawczym, do którego odnoszono poszczególne elementy i fazy reformy.

W systemie izraelskim od dawna istniała jedność organizacyjna pomiędzy ubezpieczycielami i świadczeniodawcami /można to skwitować sformułowaniem „dwa w jednym”/ w postaci konglomeratów ubezpieczeniowo-leczniczych; funduszy chorobowych nienastawionych na zysk /not-for-profit sick funds/. Podstawowa i specjalistyczna opieka zdrowotna dla 96% ludności Izraela znajdowała się w gestii czterech funduszy chorobowych, przypominających w pewnym sensie amerykańskie konglomeraty ubezpieczeniowo-lecznicze HMO /Health Maintenance Organization/. Izraelskie fundusze chorobowe konkurując między sobą były całkowicie autonomiczne i poza kontrolą rządu. Same pobierały składki członkowskie w trybie przedpłatowym i decydowały o składzie koszyka oferowanych przez siebie usług zdrowotnych. Charakterystyczne było także bezpośrednie lub pośrednie afiliowanie przy partiach politycznych lub organizacjach związkowych. Przykładem opisany poniżej największy fundusz chorobowy KHC – *Kupat Holim Clalit*, /obecna nazwa *Clalit Health Services* – CHS/. KHC wyróżniał się dominującą pozycją z pośród czterech izraelskich funduszy chorobowych. Sku-

piął 65% osób ubezpieczonych i był afiliowany przy centrali związków zawodowych *Histadrut*, potężnej wielofunkcyjnej organizacji społecznej skupiającej pracowników najemnych i ściśle związanej z izraelską Partią Pracy. Dysponował siecią przychodni podstawowej i specjalistycznej opieki zdrowotnej wraz z laboratoriami i aptekami, a także był właścicielem i operatorem 17% szpitali w Izraelu. W swoim działaniu realizował hasło ideologii socjalistycznej: „zapewniać opiekę zdrowotną wg potrzeb zdrowotnych ubezpieczonych, za składkę członkowską wnoszoną wg ich możliwości finansowych”.

Trzy pozostałe fundusze chorobowe (*Maccabi Health Services*, *Meuhedet Health Services*, *Leumit Health Services*) konkurujące z KHC skupiały po 10-15% populacji ubezpieczonych. Sposób ich działania był podobny do KHC, z tym wyjątkiem, że – nie posiadając własnych placówek medycznych – opierały podstawową i specjalistyczną opiekę zdrowotną na kontraktach z prywatnymi lekarzami oraz szpitalami. Najczęściej korzystano z sieci szpitali należących do różnych organizacji *non-profit* np. *Hadassa* oraz szpitali kongregacji religijnych różnych wyznań. Pobór składek członkowskich w trybie przedpłatowym oraz koszyk oferowanych usług był podobny do KHC. Koszyk nie obejmował długoterminowej opieki zdrowotnej, która zawsze leżała w gestii państwa oraz usług dentystrycznych, których koszt ponosił sam pacjent.

Ministerstwo Zdrowia było odpowiedzialne za organizację długoterminowych pobytów szpitalnych /szpitale psychiatryczne, dla przewlekle chorych, geriatryczne, rehabilitacyjne itp./ oraz cały obszar medycyny zapobiegawczej i służb zdrowia publicznego. Sektor prywatny to głównie prywatni lekarze dentyści. Na usługi lekarzy prywatnie praktykujących przeznaczano tylko 6% wydatków na świadczenia zdrowotne, co świadczy o tym, że sektor prywatny nie odgrywał większej roli.

Zasilanie finansowe wszystkich czterech funduszy pochodziło z różnych źródeł: składek wnoszonych przez pracodawców; opłat pacjentów; subsydiów rządowych; składek wnoszonych przez pracowników. Na przykład w roku 1992: 30% wpływów stanowiły składki pracodawców; 28% – opłaty pacjentów (współpłatność); 20% subsydia rządowe; 18% – składki pracowników; 4% – inne.

Data przełomową dla reformy systemu było uchwalenie w roku 1994 Prawa o Narodowym Ubezpieczeniu Zdrowotnym /dalej w tekście

NHIL = *National Health Insurance Law*/ zapewniającego powszechny dostęp do ubezpieczeń zdrowotnych dla rezydentów państwa Izrael. Rezydentami – poza obywatelami państwa Izrael – były osoby uczące się lub pracujące i mieszkające w Izraelu ponad 5 lat i nie posiadające innego obywatelstwa. Natomiast turyści, cudzoziemscy robotnicy oraz ludność arabska zamieszkała na zachodnim brzegu rzeki Jordan i w strefie Gazy nie byli uznawani za rezydentów.

Jak zaznaczono na wstępie, wprowadzone zmiany poprzedziło opublikowanie w roku 1990 dwóch niezależnych raportów sporządzonych przez frakcje większościową i mniejszościową składu Komisji. Zawierały one diagnozę sytuacji opieki zdrowotnej jak i rekomendacje co do zakresu przyszłej reformy^{4, 5}.

W ocenie frakcji większościowej składu Komisji wszystkie główne problemy opieki zdrowotnej ujawniły się po serii strajków zorganizowanych przez związki zawodowe w latach 80. zeszłego stulecia, a które były efektem niezadowolenia pracowników służby zdrowia z płac i warunków pracy.

Następstwem strajków były długie kolejki do placówek medycznych i zwiększający się czas oczekiwania na świadczenia medyczne. Klientela zaczęła opuszczać największy fundusz /KHC/, przenosząc się – w poszukiwaniu lepszej opieki – do innych funduszy, a osoby zamożniejsze szukały pomocy w sektorze prywatnym.

Kłopoty finansowe funduszy wynikały także z procedur zasilania finansowego KHC polegających na uzupełnianiu deficytu po zakończeniu roku budżetowego poprzez różnego rodzaju subwencje i dotacje. Nie uwzględniały one wzrostu liczby podopiecznych w minionym okresie będąc ponadto często przedmiotem przetargów politycznych.

Na sytuację finansową funduszu wpływały także: regresywny system obliczania składek na ubezpieczenie zdrowotne /faworyzujący słabo zarabiających/; refundacja szpitalom kosztów wg osobo-dni, powielanie liczby placówek o podobnym profilu obsługujących poszczególne fundusze chorobowe, bezterminowe kontrakty ordynatorów i brak profesjonalnej kadry zarządczej.

⁴ SCI. State Commission of Inquiry into Functioning and Effectiveness of the Israeli Health Care System. Final Report: Vol. 1 The Majority's Opinion. 1990 a. Gov. Printing Office, Jerusalem, Israel.

⁵ SCI State Commission of Inquiry into Functioning and Effectiveness of the Israeli Health Care System. Final Report: Vol.2. The Minority's Opinion. 1990b. Gov. Printing Office, Jerusalem, Israel.

W ocenie frakcji mniejszościowej składu Komisji przyczyny niskiej efektywności systemu opieki zdrowotnej upatrywano w uwarunkowaniach o charakterze systemowym, a mianowicie: niewłaściwej polityki zdrowotnej Ministerstwa Zdrowia; drastycznego ograniczania wsparcia finansowego opieki zdrowotnej z budżetu państwa; niewłaściwego rozwiązywania sporów społecznych, co było przyczyną strajków pracowników. Uwagi co do pracy Ministerstwa Zdrowia odnosiły się m.in. do niewłaściwego oceniania potrzeb zdrowotnych; braku planowania i zarządzania kadrami, wreszcie niedostatecznego wspierania działań profilaktycznych i promocji zdrowia.

W drugiej części obu raportów Komisji zawarto propozycje rozwiązań. Frakcja większościowa proponowała radykalną transformację istniejącego systemu przez szybkie wprowadzenie zasadniczych zmian, takich jak:

- reorganizacja centralnego szczebla zarządzania przez utworzenie Narodowej Administracji Zdrowia wraz z siecią biur regionalnych, odpowiedzialnych za nadzór nad funduszami chorobowymi, alokację środków z budżetu oraz za nadzór nad realizacją usług zdrowotnych. Negatywna opinia w tej kwestii frakcji mniejszościowej wynikała z obawy nadmiernego rozbudowania biurokracji;
- regionalizacja funduszy chorobowych przez utworzenie pięciu autonomicznych regionalnych funduszy chorobowych. Opinia frakcji mniejszościowej była odmienna. Uważano, że cztery fundusze, konkurujące ze sobą w skali ogólnokrajowej, są wystarczające, a regionalizacja funduszy chorobowych groziłaby dalszą fragmentacją systemu, zbyt dużym powielaniem placówek, sprzętu, kadry itp.;
- zezwolenie wszystkim szpitalom *not-for-profit*, łącznie z państwowymi, na utworzenie sektorów prywatnej opieki zdrowotnej. Wykonywano by w nich zabiegi za pełną odpłatnością, celem uzyskania dodatkowych środków dla placówek i dodatkowych zarobków dla lekarzy. Uważano to za narzędzie zwalczania szarej strefy. Frakcja mniejszościowa poparła pomysł ale w odniesieniu tylko do opieki ambulatoryjnej;
- centralizacja finansów opieki zdrowotnej w Narodowym Instytucie Ubezpieczeń, z jednoczesnym odebraniem funduszom choro-

bowym prawa poboru składek na podstawowe ubezpieczenie zdrowotne oraz pozostawienie funduszom chorobowym prawa poboru składek na dodatkowe ubezpieczenia za usługi niemieszczące się w koszyku usług podstawowych. Propozycja ta doczekała się wprowadzenia w życie.

Fracja mniejszościowa składu Komisji proponowała aby w sposób ewolucyjny usprawnić system opieki zdrowotnej, poprzez zwiększenie dotacji finansowych dla funduszy ze strony rządu. Stałe zmniejszanie udziału rządu uznano za główną przyczynę kłopotów wszystkich funduszy, które są wysoce efektywnym społecznym i ekonomicznym narzędziem zapewnienia świadczeń zdrowotnych. Należy wprowadzić obowiązek członkostwa w funduszach chorobowych oraz nadal zezwalać funduszom na pobór składek.

Obie frakcje były zgodne co do konieczności zmiany roli Ministerstwa Zdrowia. Ministerstwo winno przekazać funduszom sektory usług zapobiegawczych oraz opieki długoterminowej. Natomiast, poza uprawianiem polityki zdrowotnej i rolą głównego regulatora systemu, powinno dokonywać oceny jakości świadczeń zdrowotnych, oceny technologii medycznych oraz wydawać licencje na wprowadzanie i rozpowszechnianie nowych technologii medycznych.

Opublikowanie raportów Komisji było początkiem reformy systemu opieki zdrowotnej w Izraelu. Poza postulatem scentralizowania źródeł zasilania finansowego funduszy chorobowych i pozbawieniem funduszy prawa pobierania składek, wszystkie radykalne postulaty frakcji większościowej Komisji zostały odrzucone w procesie legislacyjnym. Przeważało podejście ewolucyjne do reformy i unikanie gwałtownych zmian systemu. Najważniejszymi punktami tej reformy było^{6, 7, 8, 9}:

1. rozpoczęcie reorganizacji Ministerstwa Zdrowia, celem stopniowego przekazywania funduszom chorobowym sektora działań profilaktycznych oraz długoterminowej opieki szpitalnej;

⁶ Gross R.A Consumer – Based Tool for Evaluating the Quality of Health Services in the Israeli Health Care System Following Reform. *Health Policy*. 2004. 68; 143-158.

⁷ Gross R. & Harrison R. Implementing Manager Competition in Israel. *Social Science & Medicine*. 2001. 52. 1219-1231.

⁸ Gross R.; Rosen B.; Chintz D. Evaluating the Israeli Health Care Reform: Strategy, *Health Policy*. 1998. 45 /2/, 99-117.

⁹ Shirom A. The Israeli Health Reform: A Study of an Evolutionary Major Change. *Intern. J. of Health Planning*. 1995. 10, 5-22.

2. nadanie statusu autonomicznych jednostek budżetowych szpitalom państwowym, aby potem przekształcić je w publiczne korporacje;

3. uchwalenie przez parlament /*Kneset*/ Prawa o Narodowym Ubezpieczeniu Zdrowotnym /NHIL/, co służyło stabilizacji finansowej systemu i uregulowaniu zasad konkurencji między czterema funduszami.

Główne treści NHIL były następujące:

- dostosowanie systemu do idealnego modelu „sterowanej konkurencji” /wg Enthovena/, ograniczając konkurencję między funduszami chorobowymi do działań marketingowych, sprawności organizacyjnej i ofert dodatkowych ubezpieczeń zdrowotnych;
- wprowadzenie przymusowego uczestnictwa rezydentów Izraela w dowolnie wybranym funduszu i obowiązek funduszu przyjmowania wszystkich rejestrujących się rezydentów. Celem tego było stworzenie warunków do konkurencji i zapobieganie praktykom eliminowania osób z grup ryzyka dla funduszy;
- wprowadzenie standardowych pakietów podstawowych usług zdrowotnych dla wszystkich funduszy, z jednoczesnym zakazem konkurencji funduszy w zakresie pakietów standardowych;
- wprowadzenie zasady corocznej rewizji cen pakietów podstawowych usług zdrowotnych;
- zezwolenie funduszom na ograniczoną konkurencję cenową w zakresie dodatkowych ubezpieczeń. Modyfikacja NHIL z roku 1998 zezwoliła na ograniczoną konkurencję w zakresie dopłat do pakietów standardowych oraz dodatkowych świadczeń, pokrywanych z dobrowolnych ubezpieczeń dodatkowych;
- ograniczenie swobody przenoszenia się ubezpieczonych między funduszami, co miało sprzyjać stabilizacji systemu;
- wprowadzenie progresywnego obliczania stawek podatku na ubezpieczenie zdrowotne wg dochodów brutto obywateli;
- zlikwidowanie systemu poboru składek tylko od osoby ubezpieczonej /np. głowy rodziny/, co dawało uprawnienia do korzystania z systemu ubezpieczenia całej rodzinie będącej na utrzymaniu ubezpieczonego. Uznano to za niesprawiedliwe, gdyż fundusze preferowały przyjmowanie dobrze zarabiających ubezpieczonych, mających na utrzymaniu małą liczbę członków rodziny, a eliminowały wielodzietne rodziny słabe ekonomicznie;

- powołanie Narodowego Instytutu Ubezpieczeń, jedynie uprawnionego do gromadzenia środków finansowych ze wszystkich źródeł zasilania czterech funduszy. Instytut następnie przydzielał środki finansowe poszczególnym funduszom kapitałowo, z uwzględnieniem wieku ubezpieczonych, jako najlepiej odzwierciedlającego ich potrzeby zdrowotne.

Interesująca była reakcja ze strony funduszy po uchwaleniu NHIL i wprowadzeniu kapitałowego naliczania środków finansowych.

Fundusze rozpoczęły agresywną, czasami nieetyczną, akcję pozyskiwania uczestników funduszy /rozdawanie prezentów, uzyskiwanie zgody podstępem, wykorzystywanie trudności językowych imigrantów z Rosji itp/.

Tworzono sieci placówek na terenach zamieszkałych przez wielodzietne rodziny /społeczność arabska i żydowskich ultra-ortodoksów/, prowadząc intensywną działalność marketingową. Spowodowało to w roku 1997 nowelę NHIL zakazującą reklamowania funduszy i wprowadzającą rejestrację do funduszy tylko poprzez urzędy pocztowe.

Fundusze rozszerzały ofertę lekową w pakietach oraz dodawały szeregi procedur do pakietów podstawowych aby pobierać za nie dodatkowe opłaty. Konkurując ze sobą jednocześnie łączyły siły negocjując ze szpitalami, producentami leków itp.; wykorzystywały animozje pomiędzy Ministerstwami Zdrowia i Finansów; wspólnie przeciwdziałały przekazywaniu funduszom dodatkowych obowiązków przez Ministerstwo Zdrowia; szczególnie zaciekle walczyły z silnym nadzorem finansowym ze strony Ministerstwa Finansów.

Podjęto wspólną akcję zamykania placówek w piątki /pierwszy wolny dzień week-endu w Izraelu/, tak jak w szabasowe soboty oraz ograniczania nocnych dyżurów, w myśl zasady „*generowania maksimum zysku za minimum usług*”.

Po pewnym czasie okazało się, że model sterowanej konkurencji budowany wg zasad Enthovena był trudny a nawet niemożliwy do wprowadzenia. Nie uwzględniał gry sił politycznych i stosowanych sztuczek menedżerskich, wykraczających poza normalne zasady wolnej konkurencji. Czynniki rządowe starały się objąć fundusze coraz ściślejszą kontrolą, ograniczać konkurencję, ciąć koszty i przerzucać wydatki na zdrowie na barki swoich obywateli. Produktem ubocznym reformy była dez-

integracja potężnej koalicji: funduszu KHC, centrali związków zawodowych *Histadrut* oraz izraelskiej Partii Pracy. Stworzyło to swojego rodzaju próżnię, którą wypełniło Ministerstwo Finansów, wzmagając nadzór nad postępowaniem funduszy.

Istnieje zgodność, że wszystkie reformy opieki zdrowotnej powinny uwzględniać procesy zachodzące pomiędzy sektorem usług publicznych i prywatnych, pomiędzy menedżerami i politykami, pomiędzy świadczeniodawcami i konsumentami usług itd. Dlatego istotną sprawą jest przyjrzenie się roli głównych graczy /interesariuszy/, uczestniczących w procesie reformy /rozumianych jako osoby lub grupy osób mających zasadniczy wpływ na przebieg procesu reformy/. Za takie uważa się świadczeniobiorców głównych /fundusze chorobowe/ i innych świadczeniodawców, rząd i jego agendy, różne biznesowe grupy interesów i w końcu *last but not least* elity; polityczne, akademickie i inne^{10, 11}.

Uważa się, że społeczeństwo izraelskie było słabo poinformowane o istocie zmian systemowych w opiece zdrowotnej. Badanie opinii publicznej wykonane przed i po reformie wykazało wysoki poziom akceptacji ze strony społeczeństwa. Wzrost współpłatności przyjęto bez oporu; zaakceptowano prawo do zmiany funduszu tylko raz w roku /zmian dokonywało mniej niż 1% osób/, nie było zastrzeżeń co do zawartości pakietów usług podstawowych. Społeczeństwo przekonane o wysokim poziomie usług i nowoczesnej technologii medycznej uważało jednak podejmowane przez rząd cięcia kosztów za poważne zagrożenie dla opieki zdrowotnej.

Reforma najbardziej „dotknęła” fundusze, ponieważ ograniczono ich autonomię przy wyborze klienteli oraz ustanowiono rządową kontrolę nad zasilaniem finansowym, budżetami i zawartością pakietów świadczeń zdrowotnych. Fundusze uznały to za „semi-nacjonalizację”. Różniując wg wieku wpłaty kapitałowe za ubezpieczonych i zezwalając na pobieranie opłat tylko w ramach dodatkowych ubezpieczeń, zapewniło funduszom większe wpływy. Dominujący CHS /*Clalit Health Services*, b. KHC/ stracił dominującą pozycję /w latach 50. fundusz ten gromadził 80% ubezpieczonych, w roku 1995 – 62%, a w roku 2005 tylko 57%/.

¹⁰ Horev T. & Baba Y. Healthcare Reform Implementation: Stakeholders and their Roles – the Israeli Experience. *Health Policy*. 2005. 7, 1, 1-21.

¹¹ Shmueli A. Israelis Evaluate their Health Care System before and after the Introduction of the NHIL. *Health Policy*. 2003, 279-287.

CHS był przeciwny koncepcji prywatyzacji szpitali państwowych, gdyż posiada obecnie prawie 40% łóżek szpitalnych w Izraelu.

Resztę świadczeniodawców stanowiły szpitale, lekarze skupieni w IMA – *Izraelskim Stowarzyszeniu Lekarzy* oraz inni pracownicy opieki zdrowotnej, zorganizowani w różnych stowarzyszeniach i związkach zawodowych. Izrael posiada najwięcej na świecie lekarzy (w wieku poniżej 65 lat) w przeliczeniu na liczbę mieszkańców, zbliżając się do poziomu 4 lekarzy na 1000 mieszkańców. Olbrzymia większość lekarzy jest zatrudniona przez fundusze, dlatego ich zrzeszenie IMA jest przeciwne wszelkiemu ograniczaniu świadczeń przez Ministerstwo Finansów, a także zwiększaniu współpłaty ze strony pacjentów. IMA popiera projekty płatnych usług dla pacjentów w publicznych *non-for-profit* szpitalach uważając, że może to radykalnie skrócić kolejki.

Szpitale publiczne stanowiące 47% wszystkich szpitali mają silną pozycję. Istnieją pułapy cen za procedury w szpitalach publicznych obowiązujące wszystkie fundusze; za procedury pozalimitowe szpitale otrzymują tylko 50% ustalonych za nie środków. Zmiana prawa dokonana w roku 2000 pozwoliła funduszom samodzielnie negocjować ze szpitalami ceny, aby w ten sposób zmusić szpitale do konkurencji na polu cen i jakości usług.

Rola Ministerstwa Zdrowia po reformie została ograniczona jedynie do nadzoru nad gospodarką finansową funduszy. Ministerstwo Zdrowia nie podjęło żadnych działań w kierunku równouprawnienia pacjentów, wobec tworzenia sektorów prywatnych w publicznych szpitalach dla pacjentów wnoszących dodatkowe opłaty. Głównym regulatorem staje się Ministerstwo Finansów wywierając coraz większy wpływ na fundusze, często używając narzędzi sprzecznych z podejściem rynkowym. Dążąc do redukcji kosztów Ministerstwo Finansów starało się zwiększać obciążenia podatkowe pracodawców oraz poziom współpłaty ubezpieczonych.

Różne biznesowe grupy interesów, firmy farmaceutyczne i przemysłu medycznego, komercyjna opieka zdrowotna oraz firmy ubezpieczeniowe, nie odgrywały większej roli. Także tylko około 20% populacji posiadało polisy dodatkowych ubezpieczeń zdrowotnych wykupionych w funduszach chorobowych lub firmach komercyjnych.

W okresie przed i po wprowadzeniu reformy temat zmian w opiece zdrowotnej stał się politycznie gorący. Rozgorzała debata, która doty-

czyła problemów społecznych i wartości moralnych, swobody wyboru, równouprawnienia, prywatyzacji i praw pacjentów.

Dyskusja wokół NHIL, utrwalającego system sterowanej konkurencji w obszarze ubezpieczeń i usług zdrowotnych, stała się napędem dla wielu analiz politycznych, ekonomicznych i *volens-nolens* ideologicznych. W Izraelu istnieje system państwa opiekuńczego, powszechnie docenianego i akceptowanego. System kierowanej opieki zdrowotnej i obowiązujące zasady współpłatności uznano za pożyteczne narzędzie ograniczające nadmierne i zbędne wydatki, a uchwalenie NHIL uznano za ważne wydarzenie z punktu widzenia społecznego. Niestety, niektóre rozporządzenia wykonawcze i praktyka zarządcza rozminęły się z oczekiwaniami społeczeństwa. Krytyczny stosunek do zmian wzrastał u respondentów, zarówno młodych jak i starych, wraz z poziomem wykształcenia. Nadal brak w Izraelu niezależnej reprezentacji świadczeniobiorców, która mogłaby artykułować potrzeby i opinie z tego punktu widzenia.

Nadal toczą się dyskusje na temat różnych rozwiązań, w tym także przyczyn powodzenia i niepowodzenia określonych przedsięwzięć. Dostrzega się kilka ważnych spraw, z których część jest podobna do spotykanych w innych krajach, część zaś ma charakter specyficzny dla państwa Izrael¹².

Pierwsze z nich to między innymi:

- utrzymanie właściwego poziomu świadczeń w sytuacji zmniejszonych nakładów budżetowych;
- ograniczenie roli rządu w zarządzaniu placówkami opieki zdrowotnej, a szczególnie szpitalami;
- opracowanie systemu oceny jakości opieki zdrowotnej oraz nagradzania za jakość;
- znalezienie właściwych proporcji pomiędzy opieką instytucjonalną /w placówkach leczniczych/ a opartą o opiekę środowiskową;
- właściwe zarządzanie procesami wprowadzania nowoczesnych a bardzo drogich technologii medycznych;

Do specyficznych problemów, które w zasadzie wynikają z określonej sytuacji społeczno-politycznej państwa Izrael, można zaliczyć m.in.:

¹² Rosen B. Health care systems in transition: Israel. Red. Thomson S., Mossialos E., European Observatory on Health Care Systems, 5 /1/, Copenhagen 2003, str. 145-149.

konieczność zagwarantowania świadczeń zdrowotnych w sytuacjach kryzysowych związanych z terroryzmem i konfliktami zbrojnymi; dostosowanie sposobu udzielania świadczeń do potrzeb zdrowotnych, społecznych i kulturowych dużej liczby imigrantów; a także skuteczne wykorzystanie potencjału dużej liczby lekarzy, wynikającej z prowadzonej polityki imigracyjnej.

Odpowiedzialność publicznego zakładu opieki zdrowotnej w Hiszpanii za szkody wyrządzone przy leczeniu¹

1. Zasady odpowiedzialności hiszpańskiej administracji publicznej

Przedstawienie zasad odpowiedzialności publicznych zakładów opieki zdrowotnej w Hiszpanii należy rozpocząć od krótkiej charakterystyki tamtejszych zasad odpowiedzialności administracji publicznej za czyn niedozwolony. To właśnie przepisy regulujące odpowiedzialność administracji publicznej stosuje się przy orzekaniu o odpowiedzialności publicznych zakładów opieki zdrowotnej.

Inaczej niż w prawie polskim – w prawie hiszpańskim odpowiedzialność administracji publicznej wyłączona została spod ogólnych zasad odpowiedzialności za czyny niedozwolone, ustanowionych przez hiszpański *Código Civil*² i uregulowana jest w Ustawie 30/1992 o ustroju prawnym administracji publicznej i postępowaniu administracyjnym z dnia 26 listopada 1992 roku (dalej: LRJ-PAC – *Ley de Regimen Juridico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*)³. Odpowiedzialność tą regulują artykuły 139-145 ustawy.

Podstawowym kryterium, według którego dane działanie poddane będzie w Hiszpanii specjalnemu reżimowi przewidzianemu w ustawie LRJ-PAC, jest realizacja zadań publicznych. Sformułowanie to jest dużo szersze niż znane z polskiego kodeksu cywilnego pojęcie „wykonywa-

¹ W Hiszpanii dominuje publiczna służba zdrowia, dlatego w większości „procesów lekarskich” pozwanymi są publiczne szpitale i inne zakłady opieki zdrowotnej.

² *Código Civil* (BOE n. 206 de 25/7/1889).

³ *Ley 30/1992 de 29 de noviembre, de Regimen Juridico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*, (BOE n. 285 de 27/11/1992).

nia władzy publicznej”. W pojęciu „realizacja zadań publicznych” mieszczą się bowiem nie tylko czynności o charakterze publicznoprawnym (w związku z władczym działaniem w imieniu państwa), ale także czynności o charakterze niewładczym, wykonywane w ramach realizacji funkcji świadczącej administracji, w związku ze świadczeniem różnego rodzaju usług, np. z zakresu służby zdrowia (znowelizowany art. 144 i 142.6 LRJ-PAC).

Zakres podmiotowy ustawy uregulowany jest w art. 2. Obejmuje ona nie tylko podmioty administracji państwowej, administracji poszczególnych autonomii, czy administracji lokalnej, ale również związane z nimi lub od nich zależne podmioty prawa publicznego posiadające własną osobowość prawną, jeżeli wykonują zadania z zakresu administracji publicznej. Zakres przedmiotowy wyznacza art. 139 LRJ-PAC, który stanowi, iż „każdy ma prawo dochodzić naprawienia szkody od właściwych podmiotów administracji publicznej za naruszenie jakiegokolwiek ze swych dóbr lub praw, z wyjątkiem przypadków działania siły wyższej, zawsze, gdy szkoda jest wynikiem prawidłowej lub nieprawidłowej realizacji zadań publicznych”.

Ustawa LRJ-PAC stanowi *lex specialis* w stosunku do *Código Civil*. Mimo że ustawodawca wyłączył odpowiedzialność podmiotów administracji publicznej z regulacji kodeksowej i uregulował ją w akcie o charakterze publicznoprawnym, niewątpliwie wywodzi się ona z instytucji odpowiedzialności za czyny niedozwolone (*responsabilidad extracontractual*) i to właśnie do uregulowań dotyczących tej instytucji, zawartych w kodeksie cywilnym, odnosić się należy w zakresie wykładni systemowej przepisów omawianej ustawy⁴.

Odpowiedzialność podmiotów administracji publicznej ma charakter bezpośredni (art. 142 LRJ-PAC), co oznacza, że nie jest konieczne pozwanie, a nawet wskazanie konkretnego sprawcy danego czynu. Wystarczy udowodnić, że szkoda powstała w związku z funkcjonowaniem administracji publicznej. Odpowiedzialność ponosi administracja publiczna, a po wynagrodzeniu szkody przysługuje jej roszczenie regresowe wobec konkretnego sprawcy czynu. Przesłankami jego odpowiedzialności są: wina umyślna (hiszp. *dolo*) lub poważne niedbalstwo (*culpa lata*) – art. 145.2 LRJ-PAC.

⁴ Por. uchwała 19/1998 *Consejo Consultivo de la Rioja* z dnia 29 września 1998 r.

Najistotniejszym elementem reżimu odpowiedzialności podmiotów administracji publicznej jest oparcie jej na zasadzie ryzyka, znanej hiszpańskiej doktrynie jako tzw. odpowiedzialność obiektywna (*responsabilidad objetiva*). Roszczenie odszkodowawcze przysługuje tu poszkodowanemu, niezależnie od istnienia po stronie sprawcy winy, za każdą szkodę będącą konsekwencją prawidłowej bądź nieprawidłowej realizacji zadań publicznych (art. 139.1LRJ-PAC)⁵. Zgodnie z art. 141.1 LRJ-PAC odszkodowaniu podlegają tylko szkody powstałe w wyniku takich działań administracji publicznej, których poszkodowany nie miał prawnego obowiązku znieść (szkoda musi być wynikiem działania nie mającego podstaw w normach prawa publicznego).

2. Odpowiedzialność publicznego zakładu opieki zdrowotnej w świetle Ustawy o ustroju prawnym administracji publicznej i postępowaniu administracyjnym

Wyłączenie odpowiedzialności publicznych zakładów opieki zdrowotnej z ogólnych zasad odpowiedzialności za szkodę, przewidzianych w hiszpańskim kodeksie cywilnym i podporządkowanie ich regulacjom zawartym w Ustawie o ustroju administracji publicznej i postępowaniu administracyjnym (LRJ-PAC), wyraźnie komplikuje sytuację w sektorze usług medycznych. Ponieważ relacja pacjent – lekarz ze swej natury nie jest równa, prawo powinno zapewnić mechanizmy umożliwiające pacjentowi skuteczne dochodzenie jego praw. Jednak specyfika świadczeń medycznych sprawia, że często, mimo zachowania przez lekarza wszelkich reguł należytej staranności, nie jest możliwe spełnienie oczekiwań pacjenta.

Oparcie odpowiedzialności majątkowej na zasadzie ryzyka stwarza niebezpieczeństwo świadczenia usług medycznych w sposób bardziej defensywny. Rodzi też obawę, że pacjentowi, w zależności od tego czy korzysta z usług publicznej, czy prywatnej służby zdrowia, przysługiwała będzie inna ochrona jego praw.

⁵ Odpowiedzialność podmiotów administracji publicznej jest więc ujęta szerzej niż w prawie polskim, gdzie poszkodowany może żądać naprawienia szkody związanej ze zgodnym z prawem wykonywaniem władzy publicznej, gdy wymagają tego względy słuszności i to tylko w wypadku szkody na osobie (art. 417² k.c.).

2.1. Prawidłowa i nieprawidłowa realizacja zadań publicznych

Dla odpowiedzialności publicznych zakładów opieki zdrowotnej (podobnie jak dla odpowiedzialności wszystkich podmiotów administracji publicznej), musi istnieć szkoda będąca wynikiem zdarzenia, które można przypisać prawidłowej lub nieprawidłowej realizacji zadań publicznych oraz związek przyczynowy pomiędzy danym zdarzeniem a powstałą szkodą. Szkoda ta musi być rzeczywista (*efectivo*)⁶, możliwa do oszacowania, zindywidualizowana i bezprawna. Nie może być też wynikiem działania siły wyższej, ani tzw. ryzyka rozwoju.

Zdefiniowanie pojęć „prawidłowa” i „nieprawidłowa” realizacja zadań przez publiczny zakład opieki zdrowotnej jest kwestią podstawową przy wyznaczeniu zakresu odpowiedzialności tych podmiotów. Niewątpliwie łatwiej jest odpowiedzieć na pytanie: jakie działania zaliczymy do zakresu realizacji nieprawidłowej. Mamy z nim do czynienia zawsze, ilekroć szkoda jest wynikiem postępowania niezgodnego z prawem lub poniżej wymaganych standardów⁷. Należy tu zaliczyć wszelkie przypadki błędu w sztuce lekarskiej, zwłokę lub zaniechanie podjęcia działań niezbędnych do postawienia właściwej diagnozy, czy dokonania zabiegu, zaniechanie należytych reguł bezpieczeństwa przy transfuzji krwi, naruszenie obowiązku zachowania zasad aseptyki przy operacjach chirurgicznych⁸. Klasycznym przykładem anormalnego funkcjonowania administracji publicznej jest sprawa rozpatrywana przez hiszpański Sąd Najwyższy dnia 9 marca 1998 roku (Núm. Rec. 6115/1993). Lekarz okulista ze szpitala publicznego poprzez zaniechanie wykonania badania radiografem nie wykrył tkwiącego w oku pacjenta odłamka metalu, w wyniku czego pacjent utracił wzrok.

⁶ Aby można było ubiegać się o odszkodowanie, szkoda musi mieć charakter rzeczywisty. Jednak nie chodzi tu o znaczenie, jakie słowu „rzeczywisty” przypisuje polska doktryna prawa cywilnego, gdzie rozumie się przez to tylko *damnum emergens* (poniesione straty). „Rzeczywista” – *efectivo* oznacza w tym wypadku szkodę pełną (*damnum emergens i lucrum cessans*), ale pewną, a nie tylko możliwą, prawdopodobną, przyszłą. (*el daño cierto ya producido, no simplemente posible, contingente o futuro*) – STSS z 2 marca 1994 r. (RJ 1994, 1722), z 18 lutego 1998 r. (RJ 1998, 1679) czy 25 października 1999 r. (RJ 2000, 862). Obejmuje ona także utracone korzyści. W definicji tej nie mieści się natomiast odszkodowanie za to, co w polskiej doktrynie prawa cywilnego nazywa się szkodą ewentualną, rozumiana jako utrata pewnej szansy uzyskania określonej korzyści majątkowej – zob. W. Czachórski (red.), A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 103.

⁷ L. Fernandez Reglero Campos (coordinador), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Pamplona 2006, s. 1748.

⁸ P. Rangel Arias, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, <http://noticias.juridicas.com/articulos/25-Derecho%20Sanitario/200512-22588301010533330.html> (Dostęp: 27.07.2007 r.).

Nieprawidłowa realizacja zadań przez publiczny zakład opieki zdrowotnej nie musi koniecznie być związana ze świadczeniem pomocy medycznej *sensu stricto*. Szkoda może być również wynikiem zaniedbań organizacyjnych. Za nieprawidłową realizację zadań uznał Sąd Najwyższy zachowanie administracji szpitala w swoim wyroku z dnia 21 marca 2007 roku (Núm. Rec. 276/2003). W sprawie tej chory na schizofrenię paranoidalną pacjent szpitala psychiatrycznego podczas spaceru szpitalnym korytarzem rzucił się w stronę zamkniętego okna, wypadając wraz z szybą z wysokości siedmiu metrów na ziemię i doznając bardzo poważnych obrażeń. Sąd orzekł, iż szpital nie wykorzystał wszystkich możliwych środków, aby właściwie zabezpieczyć okna oraz że nie spełniono innych warunków bezpieczeństwa i nadzoru niezbędných, by uniemożliwić próbę samobójczą pacjenta.

Innymi przykładami tzw. winy organizacyjnej mogą być: szkody wynikłe z posługiwania się wadliwym sprzętem medycznym, zła identyfikacja pacjenta, nieutrzymanie pomieszczeń czy urządzeń szpitalnych w należytym stanie, ograniczenie lekarzy w wyborze środków lekarskich lub technicznych (np. brak odpowiedniego sprzętu, brak leków).

Przesłanką odpowiedzialności publicznego zakładu opieki zdrowotnej, która stwarza najwięcej kontrowersji, jest powstanie szkody w związku z prawidłową realizacją zadań publicznych. Zgodnie bowiem z regulacją zawartą w LRJ-PAC, administracja odpowiada nie tylko w wypadku zachowań niezgodnych z prawem, ale zawsze ilekroć w związku z jej funkcjonowaniem powstaje szkoda, której poszkodowany nie ma prawnego obowiązku znosić. Chodzi tu o szkody, które są wynikiem działalności z zachowaniem należytej staranności, odpowiednich standardów funkcjonowania czy reguł technicznych⁹. W konsekwencji, zgodnie z wykładnią literalną art. 139 LRJ-PAC, poszkodowany może się domagać odszkodowania za każdą szkodę, jeżeli tylko była ona następstwem świadczenia usług przez administrację publiczną.

Aby uchylić się od tej niezwykle surowej odpowiedzialności, odpowiednie podmioty administracji publicznej powinny wykazać, że szkoda powstała w wyniku zdarzenia pozostającego poza obszarem należącym do kompetencji danego organu, bądź udowodnić brak związku przyczynowego pomiędzy konkretnym działaniem czy zaniechaniem organów a powstałą szkodą¹⁰. W tej ostatniej przesłance mieszczą się

⁹ F. Reglero Campos ...,op.cit., 2006, s. 1748.

¹⁰ Ibidem, s. 1766-67.

przypadki wyłącznej winy poszkodowanego lub osoby trzeciej. Przyczyną wyłączającą odpowiedzialność podmiotów administracji publicznej jest też okoliczność siły wyższej (art. 139.1 LRJ-PAC), a także wprowadzone nowelizacją z dnia 13 stycznia 1999 roku¹¹ tzw. ryzyko rozwoju. Wraz z nowelizacją w art. 141.1 ustawy pojawiło się nowe zdanie, które stwierdza, iż „nie podlegają odszkodowaniu szkody będące następstwem zdarzeń lub okoliczności, których nie można było przewidzieć lub uniknąć zgodnie ze stanem nauki i techniki panującym w chwili ich powstania¹²”.

Wykładnię literalną i wynikającą z niej rygorystyczną zasadę odpowiedzialności publicznego zakładu opieki zdrowotnej za szkodę związaną ze świadczeniem usług medycznych stosował hiszpański Sąd Najwyższy jeszcze przed wejściem w życie ustawy LRJ-PAC, opierając swe orzeczenia na przewidującej odpowiedzialność na zasadzie ryzyka regulacji zawartej w art. 106.2 hiszpańskiej Konstytucji (dalej: CE – *Constitución Española*)¹³, art. 121 Ustawy o przymusowym wywłaszczeniu (dalej: LEF – *Ley sobre expropiación forzosa*)¹⁴ i art. 40 Ustawy o ustroju prawnym administracji państwowej (dalej: LRJAE – *Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública*)¹⁵. Przykładem może być głośny wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 1991 roku (Núm. Rec. 1820/1991). Sprawa dotyczyła pacjentki, której lekarz miał operacyjnie usunąć dwa tętniaki znajdujące się jeden w prawej, drugi w lewej tętnicy szyjnej. Lekarz zdecydował się rozpocząć zabieg od wycięcia tętniaka z prawej tętnicy (z punktu widzenia zasad sztuki lekarskiej było całkowicie obojętne, który tętniak będzie usunięty jako pierwszy). Pacjentka w wyniku powikłań, jakie nastąpiły w czasie operacji, doznała licznych szkód. Biegli wykazali, że powikłań można było uniknąć, jeśli lekarz rozpocząłby operację od wycięcia tętniaka z lewej tętnicy. Faktu tego

¹¹ *Ley 1/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.* (BOE n. 12 de 14/1/1999).

¹² W praktyce jest to wyłączenie odpowiedzialności producentów leków (a czasami szpitala) za „ryzyko rozwoju” – szkody wyrządzone przez leki, których ujemnych skutków nie można było przewidzieć w chwili wprowadzania ich do obrotu (zgodnie z Dyrektywą EWG nr 314/85 z 1985 r. o odpowiedzialności za wadliwe produkty) – zob. M. Jagielska, „Ryzyko rozwoju” jako przesłanka zwalniająca od odpowiedzialności za produkt wadliwy, PiP 3/1998; W grę mogą wejść także nowe, nieznanne choroby, których przy uwzględnieniu najwyższego poziomu nauki i techniki nie można zdiagnozować albo leczyć, nowe techniki diagnostyczne lub sposoby leczenia o nieprzewidywalnych skutkach.

¹³ *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978,* (BOE n. 311 de 29/12/1978).

¹⁴ *Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa,* (BOE n. 351 de 17/12/1954).

¹⁵ *Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública -decreto de 26 de julio de 1957,* (BOE n. 31 27/07/1957).

nie można było jednak przewidzieć przed operacją. Sąd Najwyższy stwierdził, iż przy orzekaniu o odpowiedzialności podmiotów administracji publicznej, z racji obowiązującej je odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, niecelowe jest powoływanie się na brak winy, niedbałości czy brak doświadczenia. Odpowiedzialność może być stwierdzona bez istnienia tych przesłanek. Podobną wykładnię sąd zastosował już wcześniej w wyroku z dnia 28 maja 1991 r.

Stosowanie tak rygorystycznej odpowiedzialności w przypadku świadczenia usług zdrowotnych budziło kontrowersje w doktrynie¹⁶. Ustawa LRJ-PAC z roku 1992 nie rozwiązała tych wątpliwości, utrzymując zasadę odpowiedzialności podmiotów administracji publicznej na zasadzie ryzyka, rozszerzając jej zakres i podkreślając wyłączność ustawy, jako podstawy dochodzenia ich odpowiedzialności. Żadnej kategorii działań administracji nie wyłączono spod tego surowego reżimu.

Chociaż przesłanki, jakie przyświecały prawodawcy przy obejmowaniu klientów administracji publicznej tak daleko idącą ochroną można uznać za uzasadnione, to zakres funkcjonowania administracji publicznej ujęty jest tak szeroko i tak wiele jego sfer stwarza powszechne ryzyko, iż gdyby interpretować przepisy ustawy w sposób ściśle literalny, suma należnych do wypłaty odszkodowań pochłonęłaby większość budżetu administracji publicznej, uniemożliwiając jej normalne funkcjonowanie¹⁷. Takie niebezpieczeństwo jest szczególnie wyraźne właśnie w kontekście działalności publicznych zakładów opieki zdrowotnej, gdzie w istotę funkcjonowania wpisane są szkody majątkowe i niemajątkowe, doświadczane przez pacjentów i ich najbliższych w związku z chorobą lub śmiercią.

Powyższe argumenty przyczyniły się do ewolucji orzecznictwa Sądu Najwyższego, który zaczął w odmienny sposób interpretować przesłankę odpowiedzialności za normalne funkcjonowanie podmiotów administracji publicznej.

¹⁶ P. Rangel Arias...*op.cit.*, <http://noticias.juridicas.com/articulos/25-Derecho%20Sanitario/200512-22588301010533330.html>.

¹⁷ *Doctrina acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, s. 6. http://www.ccex.es/Documentos/Doctrinal/Doct_Resp_Patrim_Admon_Sanitaria.pdf (Dostęp: 03.08.2007).

2.2 Działanie *lege artis* jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności zoz-u

Podstawowym kryterium stosowanym przez sądy administracyjne w rozstrzyganiu o istnieniu odpowiedzialności publicznych zakładów opieki zdrowotnej jest obecnie dotrzymanie przez personel zakładowy zasad związanych z *lex artis* (działanie *lege artis*). Wynika to z podkreślanej w doktrynie fundamentalnej zasady, że obowiązkiem nie tylko lekarzy, ale wszystkich osób wykonujących zawody medyczne, jest świadczenie niezbędnej pomocy medycznej, a nie zagwarantowanie w każdym przypadku wyleczenia chorego¹⁸. Kryterium to pozwala ograniczyć przypadki odpowiedzialności administracji publicznej do sytuacji, gdzie oprócz zaistnienia szkody, nie dochowano wymagań zgodnych z *lex artis*. Taką interpretację odpowiedzialności obiektywnej potwierdziła również Rada Państwa (*Consejo del Estado*), która w swej uchwale 989/1999 z dnia 3 czerwca 1999 r. stanowi, że „w wypadku, gdy wymogi *lex artis* zostaną spełnione należy wnioskować, że szkód nie można przypisać administracji (której podlega służba zdrowia – przyp. aut.) i poszkodowany musi je znieść, bez uzyskania prawa do odszkodowania”. Dopiero po ustaleniu, iż pracownicy publicznego zakładu opieki zdrowotnej nie działali *lege artis*, sąd stwierdza, czy spełnione zostały przesłanki niezbędne do zaistnienia odpowiedzialności obiektywnej danego podmiotu (bezprawność szkody, istnienie związku przyczynowego pomiędzy działaniami administracji a powstałą szkodą, brak przyczyn egzoneracyjnych w postaci siły wyższej lub tzw. ryzyka rozwoju).

Zgodnie z art. 141 ustawy LRJ-PAC, znowelizowanej przez ustawę 4/1999 z dnia 13 stycznia 1999 roku, odszkodowaniu podlegają tylko te szkody, których poszkodowany nie miał prawnego obowiązku znieść. Według doktryny i orzecznictwa trudno jest uznać za bezprawną szkodę, będącą wyłącznie wynikiem naturalnego rozwoju choroby. W sentencji orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2007 roku (Núm. Rec. 8389/2002) opisany jest następujący stan faktyczny: małą dziewczynkę, za zgodą rodziców, operowano z powodu nieprawidłowości w budowie dwóch pierwszych kręgów szyjnych. Materiałem kosztym z grzebienia biodrowego pacjentki usztywniono staw między wspomnia-

¹⁸ Ibidem, s. 2.

nymi dwoma pierwszymi kręgami. W wyniku operacji u dziewczynki rozwinął się niedowład czterokończynowy. Przyczyną był zawał rdzenia kręgowego na poziomie dwóch pierwszych kręgów szyjnych. Pacjentkę reoperowano w trybie pilnym, jednak operacja nie przyniosła oczekiwanego rezultatu. Sądy oddaliły powództwo poszkodowanej, a Sąd Najwyższy – kasację. Powołując się na całą linię orzecniczą Sąd Najwyższy stwierdził, iż w wypadku świadczeń zdrowotnych, jeśli interwencja była przeprowadzona poprawnie i zgodnie z wymogami sztuki lekarskiej, to powstałej szkody nie można uznać za bezprawną (taką, której poszkodowany nie ma obowiązku znosić), w rozumieniu nadanym jej przez wspomniany wyżej artykuł 139.3 LRJ-PAC.

Zachowanie przy świadczeniu usług medycznych wymogów *lex artis* ma również znaczenie przy ustalaniu związku przyczynowego pomiędzy realizacją zadań publicznych w ramach świadczenia opieki zdrowotnej a powstałą szkodą. Jeżeli bowiem postępowanie było zgodne z *lex artis*, trudno ustalić, że powstała szkoda jest wynikiem tego postępowania, a nie rozwoju samej choroby lub innych dolegliwości pacjenta (STS z 22 grudnia 2001 r., RJ 2002, 1817). Nie jest to jednoznaczne ze stwierdzeniem, że bezbłędne przeprowadzenie konkretnego postępowania medycznego w sposób definitywny zrywa związek przyczynowy między działaniem podmiotu służby zdrowia a powstałą szkodą. W sprawie rozpatrywanej przez Sąd Najwyższy dnia 30 października 1999 roku (Núm. Rec. 5696/1995), powódka żądała odszkodowania za szkody, jakich doświadczyła jej córeczka podczas porodu. Dziewczynka urodziła się z całkowitym paraliżem prawego ramienia. Badania przeprowadzone przez biegłych nie wykazały, iż opieka medyczna, jaką w czasie porodu, a także później, otoczono matkę i córkę, była niewłaściwa. Biegli stwierdzili jednak, że nie jest wykluczone, iż gdyby lekarz prowadzący poród zdecydował się na cesarskie cięcie, szkoda by nie powstała. Sąd Najwyższy rozpatrując tę sprawę zwrócił uwagę na fakt, iż to, że nie nastąpiło żadne zaniedbanie ze strony lekarza nie oznacza, że działał on poprawnie, gdyż nie zdecydował się na zastosowanie bezpieczniejszej – w przypadku takiego przebiegu porodu – techniki cesarskiego cięcia. Ponieważ dziewczynka cierpiała na paraliż od pierwszych minut po porodzie, należy wnioskować, że istniał związek przyczynowy między niewłaściwą asystą przy porodzie a powstałą szkodą.

Bardzo ważna dla orzecznictwa Sądu Najwyższego była wspomniana wcześniej nowelizacja 4/1999, wprowadzająca w art. 141.1 przesłankę wyłączającą odpowiedzialność podmiotów administracji publicznej w postaci ryzyka rozwoju. Od tego momentu Sąd Najwyższy bardzo często utożsamia pojęcie *lex artis* z istniejącym stanem wiedzy, uznając za bezprawną taką szkodę, której można było zgodnie z istniejącym stanem nauki i techniki zapobiec. Ponieważ już wcześniej dokonywano często takiej wykładni, dlatego uznano, iż celem ustawodawcy wprowadzającego nowelizację art. 141.1 LRJ-PAC było legalne potwierdzenie tradycyjnej linii orzeczniczej¹⁹.

Przykładem tej linii orzeczniczej jest sprawa rozpatrywana przez Sąd Najwyższy dnia 14 października 2002 r. (Núm. Rec. 5294/1998). Powodami byli rodzice chłopca cierpiącego na poważną wadę serca. Aby umożliwić mu normalny rozwój, konieczna była kilkakrotna interwencja chirurga. Trzecia operacja, przeprowadzona na otwartym sercu, wymagała zastosowania metody hipotermii i wprowadzenia krążenia pozaustrojowego. Techniki te, ze względu na zagrożenie niedotlenieniem mózgu, mogą być stosowane nie dłużej niż od 30 do 45 minut. Ponieważ przeprowadzenie operacji, ze względu na istniejące po wcześniejszych operacjach blizny, a także bardzo poważny stan pacjenta, było niezwykle skomplikowane – utrzymano pozaustrojowy obieg krwi przez 50 minut. W wyniku operacji pacjent zaczął cierpieć na poważne dolegliwości neurologiczne. Sąd Najwyższy uchylił wyrok zasądający na rzecz chłopca i jego rodziców odszkodowanie. W uzasadnieniu czytamy, iż „już wcześniej (przed nowelizacją z roku 1999 – przyp. aut.) używano w orzecznictwie tej konstrukcji (tj. ryzyka rozwoju – przyp. aut.), nie uznając szkody za bezprawną, jeśli prawidłowo zastosowano się do wymogów *lex artis*, rozumianych jako stan wiedzy i nauki zgodny z najnowszymi, najbardziej zaawansowanymi wynikami badań, powszechnie dostępnymi wśród społeczności naukowców i specjalistów, biorąc poprawkę na możliwości dostępu do takich informacji w konkretnym przypadku”.

Przedstawiona linia orzecznicza zakłada odpowiedzialność publicznych zakładów opieki zdrowotnej tylko w wypadku ich funkcjonowania anormalnego, gdy w grę wchodzi niezachowanie należytej staranności

¹⁹ Ibidem, s. 3.

lub wina umyślna. Akceptowana powszechnie wykładnia zawężająca zakres odpowiedzialności zakładu opieki zdrowotnej jest o tyle interesująca, iż przeczy ustanowionej przez ustawę LRJ-PAC zasadzie odpowiedzialności podmiotów administracji publicznej na zasadzie ryzyka. Jako uzasadnienie zastosowania tego rodzaju wykładni, którą można chyba nazwać wykładnią *contra legem*, hiszpańska doktryna podkreśla fakt, iż w przypadku aktywności podejmowanej w ramach działalności służby zdrowia fundamentalną zasadą jest zagwarantowanie wszystkich niezbędnych środków, a nie osiągnięcie określonego rezultatu. Jedy- nym wyjątkiem będą, zgodnie z taką interpretacją, sytuacje, w których lekarz zobowiązał się wobec pacjenta do osiągnięcia określonego re- zultatu. W praktyce są to przede wszystkim przypadki zabiegów z dzie- dziny chirurgii plastycznej²⁰. Dla budżetu państwa byłoby w praktyce niemożliwe pozwolenie na pokrycie wszystkich szkód, które mogą po- wstać w związku ze świadczeniami usług medycznych, niezależnie od istnienia winy świadczeniodawcy. Tak rygorystyczna interpretacja pro- wadziłaby do przekształcenia instytucji odpowiedzialności administra- cji publicznej w powszechny zakład ubezpieczeń²¹.

3. Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników

Aby w pełni nakreślić podstawy odpowiedzialności publicznych za- kładów opieki zdrowotnej, trzeba wspomnieć o Ustawie o ochronie konsumentów i użytkowników z dnia 19 lipca 1984 roku (dalej: LGD- CU – *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Concu- midores y Usarios*)²². Rozdział VIII tego aktu, zatytułowany „Gwarancje i odpowiedzialność”, obejmujący artykuły od 25 do 31, w sposób bezpośredni odnosi się do problematyki świadczeń medycznych. Arty- kuł 28 przewiduje odpowiedzialność producenta, importera, sprzedawcy i dostawcy za szkody jakich doznał konsument lub użytkownik mimo poprawnego użycia i konsumowania świadczonych przez te podmioty

²⁰ Ibidem, s. 5.

²¹ Ibidem, s. 6.

²² *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usarios, (B.O.E 176 de 24 de julio de 1984).*

dóbr i usług, jeżeli ze swej natury lub zgodnie z istniejącą regulacją wymagają one zapewnienia odpowiedniego, określonego w sposób obiektywny, poziomu czystości, sprawności lub bezpieczeństwa i aby mogły dotrzeć do konsumenta lub użytkownika w wymaganym stanie, zakładają techniczne, profesjonalne lub systematyczne kontrole jakości. Paragraf drugi wskazuje w sposób przykładowy listę takich produktów i usług, wymieniając wśród nich świadczenia zdrowotne.

Tradycyjnie przyjmuje się, iż art. 28 LGDCU ustanawia odpowiedzialność na zasadzie ryzyka²³. Zgodnie z taką interpretacją, podmioty wymienione w art. 28.1 będą odpowiadać za szkodę, jeśli nie zapewniły określonego obiektywnie poziomu czystości, sprawności lub bezpieczeństwa. Poziom ten zapewniony jest zaś wtedy, kiedy w związku z danym świadczeniem żadna szkoda nie powstaje. Przepis art. 32.1 LGDCU przewiduje, iż wszelkie naruszenia praw konsumentów i użytkowników podlegać będą sankcjom administracyjnym, które nie wyłączą jednak odpowiedzialności cywilnej, karnej lub każdej innej, która mogłaby konkurować z odpowiedzialnością administracyjną.

3.1 Stosunek ustawy LGDCU do przepisów hiszpańskiego kodeksu cywilnego

Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników nie wyłącza obowiązywania norm prawa cywilnego, handlowego, procedur normalizacji produktów i świadczeń oraz innych rozwiązań prawnych stosowanych w obszarach, które są jej kompetencyjnie bliskie (art. 7 LGDCU). W hiszpańskim ustawodawstwie można więc wskazać przynajmniej trzy podstawy prawne odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w związku ze świadczeniem usług medycznych. Podstawowa regulacja znajduje się w art. 1902 i art. 1903 *Código Civil* i zakłada odpowiedzialność na zasadzie winy. Artykuł 1902 CC stanowi, iż ten kto z winy lub niedbalstwa przez swe działanie lub zaniechanie wyrządza drugiemu szkodę, zobowiązany jest do jej naprawienia. Z kolei art. 1903 CC przewiduje odpowiedzialność właścicieli i dyrektorów instytucji oraz firm za szkody wyrządzone przez osoby podlegające ich kierownictwu przy wykonywaniu

²³ M. Yzquierdo Tolsada, M. Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad civil medico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia*, s. 10, <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2009/Vol0901-5.pdf> (Dostęp: 20.08.2007).

powierzonych im czynności. Ustawa o ustroju prawnym administracji (LRJ-PAC), a także Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników (LGDCU) wprowadzają do regulacji dotyczących odpowiedzialności za szkody powstałe przy leczeniu zaostrzony reżim odpowiedzialności – odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Ustawa LRJ-PAC odnosi się tylko do publicznych zakładów opieki zdrowotnej i ma charakter *lex specialis* w stosunku do regulacji kodeksowej. Charakter ustawy LGD-CU jest dużo bardziej skomplikowany. Nie wyłącza ona obowiązywania innych przepisów prawa regulujących podobną materię, tym samym nie można jej uznać za akt prawny o charakterze *lex specialis* w stosunku do *Codigo Civil*. Jej zakres podmiotowy jest niezwykle szeroki.

Ze względu na niejasny wzajemny stosunek przepisów ustawy LGD-CU z regulacjami zawartymi w kodeksie cywilnym, Hiszpanie stosunkowo rzadko opierają swe roszczenia odszkodowawcze na omawianym artykule 28.2, podobnie jak stosunkowo rzadko powołują się nań orzekające sądy²⁴. Jest on problematyczny przede wszystkim dlatego, że przepisy kodeksu cywilnego i Ustawy o ochronie konsumentów i użytkowników opierają się na odmiennych zasadach odpowiedzialności. Uważa się również, iż rozdział VIII ustawy LGDCU skonstruowano pod kątem odpowiedzialności za produkt, natomiast jego redakcja jest całkowicie nieprzystosowana do odpowiedzialności za szkody powstałe w wyniku realizacji różnego rodzaju świadczeń czy też usług. W szczególności odnosi się to do świadczeń medycznych²⁵. Znamienne jest, że pierwsze orzeczenie Sądu Najwyższego, w którym wypowiedzi się on na temat zastosowania art. 28.2 LGDCU w kontekście świadczeń zdrowotnych, wydane zostało dopiero dziesięć lat po wejściu w życie ustawy (wyrok z dnia 22 lipca 1994 roku – RJ 1994, 6581). Orzeczenie uznane

²⁴ C. Díaz-Regañón García-Alcalá, *Servicios sanitarios y art. 28LCU: Responsabilidad objetiva o por culpa?*, s. 6, <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2006/4.pdf> (Dostęp: 17.08.2007).

²⁵ Gdy rozważamy redakcję art. 28 LGDCU pod kątem świadczeń medycznych, zasadniczą wątpliwość rodzi się w związku z uzależnieniem odpowiedzialności wymienionych tam podmiotów od dochowania przez nie obiektywnie ustalonych poziomów czystości, sprawności i bezpieczeństwa. Wydaje się bowiem, że niemożliwe jest ustalenie takich obiektywnych (stałych) kryteriów w przypadku interwencji medycznej. Reguły *lex artis* świadczenia usług medycznych polegają na elastycznym dostosowaniu się świadczącego usługę do konkretnego przypadku. Lekarz określa szczegółową procedurę i zakres działań indywidualnie dla każdego pacjenta. Odmiennie sytuacja wygląda w przypadku produktu, gdzie można określić uniwersalne i zestandaryzowane procedury produkcji oraz wymogi bezpieczeństwa. Działania lekarza można ocenić dopiero *post factum*, uwzględniając nie tylko konkretny przypadek pacjenta, ale także warunki, w jakich świadczył swą usługę, sprzęt jakim dysponował, czy poziom jego wykształcenia – zob. C. Díaz-Regañón García-Alcalá, *El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica: Hechos y Derecho*, Pamplona 1996, s. 375.

zostało za niezwykle kontrowersyjne. Sąd stwierdził w nim między innymi nadrzędny charakter regulacji kodeksowej, a konkretnie art. 1101 i art. 1902 CC i uzależnił zastosowanie ustawy LGDCU od spełnienia przesłanek przewidzianych przez te przepisy²⁶.

Uzależnienie możliwości powołania się na przepisy ustawy LGDCU od spełnienia przesłanek przewidzianych w art. 1101 i art. 1902 kodeksu cywilnego zostało powszechnie skrytykowane. Doprowadza ono bowiem do odgrywania przez ustawę LGDCU roli czysto wirtualnej²⁷. Większość przedstawicieli doktryny uznało art. 28.2 za samodzielną podstawę roszczeń odszkodowawczych. Rola przepisów kodeksu cywilnego i innych wymienionych w art. 7 LGDCU powinna mieć, zgodnie z taką interpretacją, jedynie charakter uzupełniający. Wątpliwość pozostała jednak co do interpretacji samego artykułu.

3.2 Charakter odpowiedzialności odszkodowawczej

W orzeczeniu z dnia 1 lipca 1997 roku (RJ 1997, 5471) Sąd Najwyższy uznał, iż art. 28.2 przewiduje w przypadku zakładów opieki zdrowotnej odpowiedzialność odszkodowawczą opartą na zasadzie ryzyka. Dla orzeczenia o odpowiedzialności wystarczające jest więc stwierdzenie istnienia związku przyczynowego. W kolejnych orzeczeniach Sąd podkreślał już, iż odpowiedzialność ta nie ma charakteru ściśle obiektywnego. Lekarz będzie odpowiadał jednak na zasadzie ryzyka zawsze, gdy mamy do czynienia z tzw. nieproporcjonalnym rezultatem (*resultado desproporcionado*). Przykładem może być sprawa z dnia 21 lipca 1997 roku (RJ 1997, 5523). Pacjentka zgłosiła się do szpitala ze zwichniętą kostką. Lekarz zdecydował się unieruchomić nogę zakładając gips. Po krótkim czasie w nogę pacjentki wdała się gangrena, w konsekwencji czego niezbędna była amputacja prawej nogi od kolana w dół²⁸.

²⁶ Ibidem, s. 386.

²⁷ Ibidem., s. 391.

²⁸ Odpowiedzialność za nieproporcjonalny rezultat jest przez sądy orzekana w oparciu o założenie *res ipsa loquitur* (rzecz mówi sama za siebie), zgodnie z którym powstanie szkody, która w normalnych okolicznościach nie powstaje (np. konieczność amputacji nogi jako konsekwencja zwichnięcia kostki), tworzy domniemanie faktyczne, iż w danym przypadku nie dochowano zasad należytej staranności. Jest to tzw. dowód *prima facie*, znany również w systemach anglosaskim, niemieckim i francuskim – zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 56.

W orzecznictwie hiszpańskim coraz częściej zwraca się uwagę na fakt, iż w wypadku odpowiedzialności za świadczenia medyczne norma zawarta w art. 28.2 nie ma charakteru ściśle obiektywnego, gdyż aby w ogóle mogła być zastosowana, niezbędne jest niezapewnienie przez świadczącego odpowiedniego poziomu czystości, sprawności lub bezpieczeństwa, czyli zaistnienia tzw. defektu przy wykonywaniu określonego świadczenia²⁹. Jest to pojęcie równoznaczne z realizacją świadczenia niezgodnie z *lex artis*. W rezultacie pacjent może więc domagać się tylko, aby leczenie, któremu zostaje poddany, doprowadziło do rezultatów uznanych za „normalne” z punktu widzenia współczesnej nauki i techniki. Tylko rezultat „anormalny” może być podstawą roszczenia odszkodowawczego³⁰.

. . .

Po prześledzeniu generalnych reguł odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu czynu niedozwolonego (*extracontractual*), ustanowionych przez hiszpański kodeks cywilny, przepisy Ustawy o ustroju prawnym administracji publicznej i postępowaniu administracyjnym oraz regulacji zawartej w rozdziale VIII Ustawy o ochronie konsumentów i użytkowników (szczególnie zaś tej ustanowionej w art. 28.2), można zauważyć, iż chociaż akty te statuują zupełnie odmienne zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, opierając je raz na zasadzie winy (kodeks cywilny), raz na zasadzie ryzyka (LRJ-PAC i LGDCU), przedstawiciele doktryny oraz orzecznictwo, gdy chodzi o odpowiedzialność z tytułu świadczeń medycznych, dokonują bardzo zbliżonej wykładni zawartych w tych aktach przepisów.

Oparcie odpowiedzialności publicznych i prywatnych zakładów opieki zdrowotnej na zasadzie ryzyka okazało się nie do zaakceptowania dla większości przedstawicieli hiszpańskiej doktryny i orzecznictwa. Wskazywano, iż choć interes pacjenta wymaga szczególnej ochrony, to ustanowienie w sferze świadczenia usług zdrowotnych odpowiedzialności na zasadzie ryzyka godzi w szeroko rozumiany interes społeczny. Po pierwsze – w przypadku publicznych zakładów opieki zdrowotnej –

²⁹ C. Díaz-Regañón García-Alcalá, *Servicios sanitarios...* op.cit, s. 1.

³⁰ M. Rivera-Fernandez, *La Responsabilidad Médico-Sanitaria y del Personal Sanitario al Servicio de la Administración Pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Valencia 1997, s. 87.

pokrycie wszystkich szkód, które mogą powstać w związku ze świadczeniami służby zdrowia, niezależnie od istnienia po jej stronie winy, w dramatyczny sposób nadwyrężyłoby budżet państwa oraz poszczególnych autonomii. Po drugie, tak surowa odpowiedzialność zakładów zdrowotnych mogłaby prowadzić do zaostrzenia się problemu świadczenia medycyny defensywnej, która godziłaby bezpośrednio w interes wszystkich pacjentów.

Te dwa bardzo poważne argumenty zaważyły na wypracowaniu wykładni stanowiącej kompromis pomiędzy ochroną indywidualnego interesu każdego pacjenta a ochroną interesu publicznego. Na pierwszy plan wysunięto kryterium *lex artis* – jako najważniejszą przesłankę, niezbędną do zaistnienia odpowiedzialności z tytułu świadczeń usług medycznych. Bardzo rygorystyczne definiowanie wymogów, jakie w konkretnym przypadku musi spełnić lekarz czy inny pracownik medyczny (zarówno świadczący swe usługi w sposób niezależny, jak i w ramach działalności publicznego czy prywatnego zakładu opieki zdrowotnej), aby można było uznać, iż jego działanie było zgodne z *lex artis*, zapewnia zwiększoną ochronę praw pacjenta z jednej, a zaostrzoną odpowiedzialność wykonawcy świadczenia zdrowotnego z drugiej strony. Kryterium *lex artis* jest bowiem czymś więcej niż wymogiem należytej staranności właściwej dla dobrego ojca rodziny, przewidzianym w art. 1903 CC. W ten sposób na gruncie hiszpańskiego orzecznictwa i doktryny, związanych z odpowiedzialnością odszkodowawczą z tytułu świadczenia opieki zdrowotnej, powstał, jak się wydaje, nowy reżim odpowiedzialności, którą można by było nazwać ułomną odpowiedzialnością obiektywną. Tak konsekwentną wykładnię, która w przypadku ustawy LRJ-PAC przybiera wręcz formę wykładni *contra legem*, można uznać za postulat *de lege ferenda*. Jako odpowiedź ustawodawcy na kształtującą się od lat linię orzecniczą uznana była już nowelizacja ustawy LRJ-PAC z roku 1999, wprowadzająca do art.141.1 pojęcie ryzyka rozwoju. Nie można jej jednak uznać za odpowiedź wystarczającą. Ryzyko rozwoju jest bowiem tylko dodatkową przyczyną egzoneracyjną, charakter odpowiedzialności odszkodowawczej publicznych zakładów opieki zdrowotnej pozostał zaś ten sam – jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Podobny charakter odpowiedzialności wciąż przewidziany jest (przynajmniej zdaniem większości) w art. 28.2 LGDCU. W świetle prak-

tycznie jednomyślnej krytyki takiego rozwiązania przez hiszpańskie orzecznictwo i doktrynę, kolejny krok ustawodawcy w tej materii wydaje się być tylko kwestią czasu.

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

Mirosław Nesterowicz

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 29 IX 2005 r.
(I ACa 236/05, LEX nr 175206)**

1. Zakres udzielanych pacjentowi informacji musi być uzależniony od rodzaju wykonywanego zabiegu, przy czym zakres ten najdalej sięga w przypadku zabiegów, za którymi nie przemawiają bezwzględne wskazania, a są przeprowadzane głównie dla celów estetycznych.

2. Pacjent musi znać przedmiot zgody, musi wiedzieć o proponowanej metodzie leczenia, ryzyku zabiegu i jego następstwach. Zakres obowiązku informacji nie zależy od tego, co lekarz sądzi, ile pacjent powinien wiedzieć, lecz od tego, co rozsądna osoba będąca w sytuacji pacjenta obiektywnie potrzebuje usłyszeć od lekarza, aby podjąć „poinformowaną” i inteligentną decyzję wobec proponowanego zabiegu.

Z u z a s a d n i e n i a

Wyrokiem z dnia 24 listopada 2004 r. Sąd Okręgowy w S. oddalił powództwo Ireny L. przeciwko pozwanym Sylwestrowi K. i Zakładowi Ubezpieczeń S.A. Inspektorat w S. o zapłatę kwoty 45.200 zł oraz o ustalenie odpowiedzialności pozwanych na przyszłość. Nadto zasądził od powódki na rzecz każdego z pozwanych zwrot kosztów procesu.

Podstawę takiego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia i rozważania.

Powódka Irena L. była pacjentką lekarza – protetyka Jolanty P., do której zgłosiła się w celu wykonania uzupełnień protetycznych. Pozwa-

na chciała zastąpić ruchomą protezę, protezą stałą, zapewniającą komfort i dającą efekt estetyczny. Jolanta P. opowiedziała więc o implantach zębowych, w oparciu o które można wykonać uzębienie stałe. Powódka takim rozwiązaniem bardzo się zainteresowała, więc dr P. skierowała ją do pozwanego prof. Sylwestra K., który zajmuje się tą właśnie dziedziną stomatologii. Dr P. wykonała model szczęki górnej i dolnej powódki, na którym zaznaczyła miejsca, gdzie chciała, aby były usytuowane wszczepy i jednocześnie byłyby to miejsca najkorzystniejsze dla trwałości uzębienia. Powódka zgłosiła się więc do pozwanego Sylwestra K. Na trzeciej wizycie w dniu 22.04.1996 r. pozwany usunął powódce kilka niepotrzebnych (z punktu widzenia przyszłego protezowania) zębów i założył 8 implantów tytanowych systemu Branemarka – w szczęce górnej i 3 w szczęce dolnej, każdy o wartości 1.300 zł. Za ów zabieg powódka zapłaciła w dwóch ratach, łącznie 11.600 zł. Jednakowoż przed wykonaniem zabiegu pozwany nie poinformował swojej pacjentki o ryzyku związanym z zabiegiem oraz o ewentualnej konieczności – z uwagi na jej wiek menopauzalny – innego umieszczenia implantów, niż zasugerował to lekarz protetyk. Przed wykonaniem operacji wprowadzenia implantów protetyk wskazuje miejsca, gdzie chciałby, by implanty zostały wprowadzone. Jednak po odsłonięciu tkanki, to każdorazowo chirurg podejmuje decyzję o miejscu i ustawieniu wszczepu. Wskazania protetyka o umiejscowieniu implantów dla chirurga pozostają jedynie w sferze sugestii. U powódki po odsłonięciu tkanki okazało się, że nie jest możliwym dokonanie wszczepów dokładnie w tych miejscach, które zostały wskazane przez dr P. Przyczyną takiego rozwiązania były uwarunkowania kostne powódki, albowiem u kobiet w okresie menopauzy kość jest słaba i trzeba szukać takich miejsc, by wszczep się mocno wgoił. (...). Powódka tego samego dnia po zabiegu odebrana została przez Tadeusza B., który odwiózł ją do miejsca zamieszkania, tj. miejscowości C. Kilka dni po zabiegu u powódki pojawiło się zapalenie węzłów chłonnych, lecz po kilkudniowym pobycie w gabinecie pozwanego i zastosowanej antybiotykoterapii schorzenie to ustąpiło. Po około 6 miesiącach od zabiegu powódce spuchło górne dziąsło po lewej stronie, bowiem pojawił się tam stan zapalny wokół jednego wszczepu. Powódka wówczas zgłosiła się do pozwanego z żądaniem jego usunięcia. Mimo, iż sam wszczep był dobrze wygojony, pozwany pod wpły-

wem kategorycznych żądań powódki usunął jeden z implantów w górnej szczęce, a nadto 3 implanty ze szczęki dolnej, gdzie również doszło do pełnej osteointegracji. Pozwany zgodził się na usunięcie tych implantów, ponieważ miały one dla przyszłego oprotegowania jedynie charakter dodatkowy, pomocniczy. Już po usunięciu ww. 4 implantów pozwana udała się do dr P., która miała wykonać oprotegowanie. W sytuacji jednak, gdy implanty wszczepione zostały w inne miejsce niż sugerowała na odlewie gipsowym, dr P. odmówiła podjęcia się tego zadania, ponieważ uznała, że nie jest w stanie jemu podołać. Powódka następnie udała się do Prywatnej Kliniki Stomatologiczno-Lekarskiej „P” sp. z o.o. w S., gdzie również nie podjęto się oprotegowania i zdiagnozowano dwa wadliwie wprowadzone wszczepy. W tej sytuacji – już w roku 1998 – powódka udała się ponownie do pozwanego, który skierował ją do innego protetyka dr Rafała Z. Z uwagi jednak na małe doświadczenie i złożoność zadania dr Z. w tym czasie również nie podjął się oprotegowania, które jednak dla osoby z większym doświadczeniem było możliwe do wykonania. Następnie powódka udała się ponownie do pozwanego z żądaniem usunięcia pozostałych implantów i zwrotu pieniędzy. Pozwany jednak odmówił, uznając że oprotegowanie na nich jest niemożliwe i mają one dla tegoż oprotegowania znaczenie podstawowe. (...). W dniu 19 maja 1998 r. pozwany zwrócił powódce kwotę 5.200 zł za cztery usunięte implanty. (...).

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał powództwo za niezasadne.

Bezsporne było zawarcie przez powódkę i pozwanego umowy, której przedmiotem było wszczepienie Irenie L. tytanowych implantów systemu Branemarka. Tego rodzaju umowa uregulowana została w art. 750 k.c. W myśl tego przepisu lekarz prowadzący prywatną praktykę (pozwany) zawarł z pacjentem (powódką) umowę o świadczenie usług leczniczych (art. 750 k.c.), do której stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu (art. 734 k.c. i nast.). Tym samym pozwany lekarz zobowiązał się do leczenia pacjenta w zakresie określonym umową, tj. wszczepienia ww. implantów. Ciężyły na nim wszelkie ogólne obowiązki, jakie ciążyą z istoty zawodu na każdym lekarzu, a nadto dodatkowe obowiązki wynikające z zawartej umowy. Zobowiązanie lekarza zazwyczaj polega na dołożeniu wysokiej miary należytą staranności, co oznacza, że

lekarz odpowiada tylko za brak tej staranności (co stanowi jego winę), a nie odpowiada za rezultat, za wynik leczenia.

Sąd Okręgowy uznał, że szkoda miejsca nie miała. Materiał dowodowy wskazuje na osteointegrację implantów, co oznacza, że wszczepy nie zostały przez organizm odrzucone (...). Nie zostało też przez powódkę wykazane, że dwa implanty w żuchwie wprowadzone zostały do kanału nerwowego. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że implanty wszczepione były prawidłowo. W ocenie Sądu Okręgowego na bazie istniejących wszczepów możliwe jest protezowanie powódki. Pomimo swojej lakoniczności w tej kwestii nie wyklucza tego ani opinia Instytutu Stomatologii AM w W., ani także pismo Kierownika Zakładu Protetyki Stomatologicznej AM w Ł. W przedstawionym stanie faktycznym wszczepione implanty możliwe są do oprotezowania przez osoby z pewnym doświadczeniem w tej kwestii. Na podstawie więc powyższego Sąd Okręgowy uznał, że powódka nie wykazała, aby poniosła szkodę na skutek wszczepienia przez pozwanego implantów, a w tym to zakresie ciężar dowodowy spoczywał na niej (art. 6 k.c.). Gdy nie wystąpiła szkoda, to z kolei trudno mówić o winie pozwanego, choć w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego zarzut popełnienia przez pozwanego błędu w sztuce nie został wykazany. W tej sytuacji Sąd Okręgowy w całości oddalił żądanie powódki. Sąd Okręgowy dostrzegł w postępowaniu pozwanego pewne nieprawidłowości. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (tekst jednolity Dz.U. z 2002 r., Nr 21, poz. 204 z późn. zm.), lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu. Ów obowiązek spoczywał na pozwanym także w czasie, gdy zgłosiła się doń powódka, tj. w kwietniu 1996 r. Wynikał on wtedy (i wynika nadal) z art. 15 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich (Dz.U. Nr 30, poz. 158 z późn. zm.), w myśl którego członkowie samorządu lekarzy obowiązani są przestrzegać: zasad etyki i deontologii oraz innych przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza, uchwał władz i organów samorządu lekarzy. Art. 13 kodeksu etyki lekarskiej stanowił zaś, że obowiązkiem lekarza jest respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w po-

dejmowaniu podstawowych decyzji lekarskich dotyczących jego zdrowia; informacja udzielona pacjentowi powinna być sformułowana w sposób dla niego zrozumiały, a nadto pacjent ma prawo zapoznać się ze stopniem ewentualnego ryzyka zabiegów diagnostycznych i leczniczych oraz spodziewanymi korzyściami związanymi z wykonywaniem tych zabiegów, a także z możliwościami zastosowania innego postępowania medycznego. Ponieważ ów obowiązek udzielenia pacjentowi informacji obciąża lekarza i on wywodzi z tego skutki prawne, to na nim spoczywa dowód wykonania tego obowiązku. Pozwany okoliczności takiej nie udowodnił. Sama zaś zgoda powódki na rzeczony zabieg, nawet jeśli złożona w sposób dorozumiany jest dopuszczalna, jednak nie oznacza jeszcze, że była ona poinformowana o jego wszelkich medycznych aspektach, w tym o możliwości zmiany miejsca proponowanej implantacji, choć wskazać należy i pewną prawidłowość, na którą wskazuje pozwany, a która to wynika z obserwacji poczynionych w innych podobnych sprawach, że zakres informacji lekarza uzależniony jest od dociekliwości pacjenta. Podkreślić także należy, iż w leczeniu stomatologicznym istotnie nie spotyka się wyrażania w formie pisemnej zgody przez pacjenta na zabieg. Mimo, że na pozwanym ww. obowiązek ciążył, nie został on dopełniony, albowiem powódka nie została poinformowana o ewentualności zmiany miejsca wszczepienia implantów z uwagi na uwarunkowania kostne (zwłaszcza, że była ona w wieku menopauzalnym) oraz o statystyce związanej ze skutecznością planowanego zabiegu. O ile jednak samo wszczepienie implantów odbyło się bez powikłań i nie zostało przez organizm odrzucone, to sama zmiana miejsca implantacji spowodowała techniczne utrudnienia w protezowaniu, tak że protetycy z małym doświadczeniem w opracowywaniu implantów systemu Branemarka tego zadania się nie podjęli. Sąd Okręgowy jednak nie rozważał kwestii ewentualnej szkody powódki związanej z takimi utrudnieniami *ergo* z obywaniami się bez protezy przez znacznie dłuższy czas niż było to przez nią zakładane, albowiem związany był faktyczną podstawą dochodzonego roszczenia, zwłaszcza że powódka reprezentowana była przez profesjonalnego pełnomocnika. Powództwo bowiem w całości skonstruowane zostało na założeniu wadliwie przeprowadzonego zabiegu wszczepienia implantów, a taki miejsca nie miał. Skoro więc taka sytuacja miejsca nie miała, to Sąd Okręgowy powództwo oddalił, nie wychodząc poza przedstawiony mu stan faktyczny.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelację powódki uznać należało za uzasadnioną. (...).

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu I instancji było stwierdzenie, że implanty zostały wszczepione prawidłowo i możliwe jest oprotezowanie powódki na bazie wszczepionych implantów. Stwierdzenie to zostało oparte w głównej mierze na opinii biegłych z Instytutu Stomatologii Akademii Medycznej w W. Opinia ta została jednak oceniona z rażącym naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. Opinia ta jest niezwykle lakoniczna i ogranicza się w zasadzie do samych konkluzji bez jakiegokolwiek uzasadnienia i wyjaśnienia co doprowadziło biegłych do końcowych wniosków. Można mieć uzasadnione wątpliwości co do rzetelności sporządzenia tej opinii, skoro biegli wskazali, że w szczególności uważnie przebadali akta sprawy na kartach, na których znajdują się doręczenia wezwań na rozprawę, czy wnioski o doręczenie protokołu rozprawy.

Trafnie też zarzuca apelująca, że biegli wydali opinię bez zbadania powódki, choć sami w swych zeznaniach wskazali, że było to oczywiście konieczne. W zleceniu sporządzenia opinii było zaś wskazane, że o ile zajdzie potrzeba, to powódkę należy przebadać. Biegli w ogóle nie odpowiedzieli na pytanie, czy możliwa jest pełna odbudowa protetyczna u powódki. Wszystkie te okoliczności powodują, że zachodzi konieczność przeprowadzenia dowodu z opinii innego biegłego, o co zresztą powódka bezskutecznie wносиła.

Bezasadnie też Sąd I instancji oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji lekarskiej znajdującej się w aktach Okręgowej Izby Lekarskiej. (...). Dokumentacja lekarska jest istotnym dowodem, przy czym należy pamiętać, że braki w dokumentacji lekarskiej, bądź też całkowity brak dokumentacji lekarskiej nie może być w procesie wykorzystany na niekorzyść pacjenta (SN z 15.10.1997 r. – III CKN 226/97 – nie publikowane).

Sąd Okręgowy w ogóle nie ustosunkował się do twierdzeń powódki odnośnie ustalenia jakie wszczepy implantów zostały u niej założone, w szczególności czy nie zostały uzyskane „metodą odzyskania” od innego pacjenta i nie rozpoznał zgłoszonego w tej mierze wniosku dowodowego powódki.

Prawidłowo ustalił Sąd I instancji, że powódka nie została prawidłowo pouczona i poinformowana o ryzyku i skutkach zabiegu. Zakres

udzielanych pacjentowi informacji musi być uzależniony od rodzaju wykonywanego zabiegu, przy czym zakres ten najdalej sięga w przypadku zabiegów, za którymi nie przemawiają bezwzględne wskazania, a które są przeprowadzane głównie dla celów estetycznych. Wymaganie zgody pacjenta na podjęcie zabiegu głównie dla celów estetycznych jest zachowane wtedy, gdy został on uprzednio dostatecznie poinformowany także o szczególnych, czyli wszelkich mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia skutkach zabiegu. Podkreślić więc trzeba, że lekarz odpowiada nie tylko za winę w samym procesie leczenia, lecz także za każdą winę nie dotyczącą techniki medycznej, a więc i za niedoinformowanie pacjenta o ryzyku i skutkach zabiegu. Samo zaś uzyskanie formalnej zgody pacjenta bez poinformowania go o ryzyku i skutkach zabiegu powoduje, że jest to zgoda „nieobjaśniona” i jako taka jest wadliwa, wskutek czego lekarz działa bez zgody i naraża się na odpowiedzialność cywilną za szkodę wyrządzoną pacjentowi, nawet gdy postępuje zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej.

Pacjent musi znać przedmiot zgody, musi wiedzieć o proponowanej metodzie leczenia, ryzyku zabiegu i jego następstwach. Zakres obowiązku informacji nie zależy od tego, co lekarz sądzi, ile pacjent powinien wiedzieć, lecz od tego, co rozsądna osoba będąca w sytuacji pacjenta obiektywnie potrzebuje usłyszeć od lekarza, aby podjąć „poinformowaną” i inteligentną decyzję wobec proponowanego zabiegu.

W świetle powyższych rozważań Sąd I instancji nie rozważył należyście kwestii odpowiedzialności pozwanego w aspekcie braku „objaśnionej” zgody powódki na wykonanie zabiegu, zwłaszcza w sytuacji, gdy wszczęcie implantów nastąpiło w innych miejscach niż wskazane przez protetyka.

Biorąc pod uwagę wszystkie wskazane powyżej okoliczności, uznać należało, że Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy, co powoduje konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku w stosunku do pozwanego K. i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S. (...).

GLOSA

W przedmiotowej sprawie pojawiło się kilka istotnych kwestii: kontraktowa odpowiedzialność lekarza przy zbiegu z deliktową, brak „po-informowanej” zgody pacjentki o ryzyku i skutkach zabiegu, wadliwe postępowanie dowodowe.

1. Charakter prawny umowy o leczenie zawartej pomiędzy lekarzem a pacjentem wywoływał w doktrynie rozbieżności poglądów. W prawie rzymskim czynności lekarza jako *operae liberales* były przedmiotem zlecenia (*mandatum*) ze względu na element zaufania ze strony pacjenta do wiedzy i zdolności lekarza oraz nieodpłatność. Za swoje usługi lekarze nie otrzymywali zapłaty w ścisłym znaczeniu, lecz tylko honorarium, które było zwyczajowo przyjęte i traktowane jako wyraz wdzięczności. W celu jego dochodzenia nie służyła im żadna skarga oparta na zleceniu, gdyż mogli go żądać jedynie w drodze *cognitio extra ordinem* (i to dopiero począwszy od cesarstwa). Natomiast pacjent (dający zlecenie) posiadał wobec lekarza, który nie wykonywał należycie umowy *actio mandati directa*, była ona *infamans*¹. W nowoczesnym prawie umowę pomiędzy pacjentem a lekarzem o leczenie uważa się na ogół za umowę zlecenia lub o usługi podobne do zlecenia (jak w prawie niemieckim)² lub za umowę nienazwaną *sui generis* (jak w prawie francuskim)³. W orzecznictwie niemieckim i francuskim można także znaleźć wiele wyroków, w których przyjmowano, że zabiegi z dziedziny chirurgii estetycznej czy stomatologii, gdzie pacjentowi chodzi o rezultat i gdzie lekarz przeważnie się do takiego rezultatu zobowiązuje, są przedmiotem umowy o dzieło⁴.

W prawie polskim, ponieważ przedmiotem zlecenia są tylko czynności prawne, umowa o usługi medyczne jest umową nienazwaną, podobną do zlecenia, do której stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu (art. 750 k.c.). Należy więc badać, które przepisy umowy zlecenia (art. 734 i n. k.c.) można zastosować i w jakim zakresie do stosunków pomiędzy pacjentem a lekarzem⁵. W danej sprawie Sąd Okręgowy

¹ Por. M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa 1972, s. 44-45.

² Zob. Ch. Katzenmeier, *Arzthaftung*, Tübingen 2002, s. 16.

³ Zob. G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Bordeaux 2006, s. 306.

⁴ Por. M. Nesterowicz, *op.cit.*, s. 54.

⁵ Ibidem, s. 66; L. Ogiegło, *System Prawa Prywatnego* t. 7, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 458; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 443.

przyjął tę kwalifikację. Stwierdził, że lekarz-dentysta zobowiązał się do leczenia pacjentki w zakresie określonym umową, tj. do wszczepienia tytanowych implantów. Prawidłowo uznał, że na lekarzu ciążyły wszelkie ogólne obowiązki, jakie ciążyą z istoty zawodu na każdym lekarzu (a więc wynikające z ustawy o zawodzie lekarza i Kodeksu Etyki Lekarskiej), a także dodatkowe obowiązki wynikające z zawartej umowy. W konsekwencji tej kwalifikacji prawnej Sąd orzekł, że zobowiązanie lekarza polega na dołożeniu wysokiej miary należytej staranności, co oznacza, że lekarz odpowiada tylko za brak tej staranności (co stanowi jego winę), a nie odpowiada za rezultat, za wynik leczenia.

Przy takiej ocenie Sąd nie do końca był konsekwentny. Skoro powiedział, że na lekarzu ciążyą dodatkowe obowiązki, to także obowiązek otrzymania od pacjenta „poinformowanej” zgody. Mimo, że dostrzegł w tym zakresie w postępowaniu pozwanego pewne nieprawidłowości i stwierdził, że pozwany nie udowodnił, że udzielił pacjentce informacji „o wszelkich medycznych aspektach” implantacji, to nie wyciągnął z tego odpowiednich wniosków.

Sąd Okręgowy przyjął, że implanty zostały założone prawidłowo, co nie zostało podważone i oddalił powództwo. W procesie nie ustalono, czy zapalenie węzłów chłonnych i stan zapalny wokół jednego z wszczepów pozostaje w związku przyczynowym z zabiegiem, skoro wszczep był dobrze wygojony i doszło do pełnej osteointegracji pozostałych implantów. Nie wiadomo, dlaczego lekarz zgodził się na usunięcie czterech implantów i dlaczego powódka zażądała usunięcia pozostałych czterech. Sąd Apelacyjny natomiast położył nacisk na brak informacji o ryzyku i skutkach zabiegu. Pacjentka nie została poinformowana o możliwych komplikacjach i niekorzystnych skutkach, o ewentualnej konieczności, z uwagi na uwarunkowania kosztne, zmiany miejsca wszczepienia implantów.

Ponieważ zabiegi miały charakter estetyczny, to słusznie Sąd Apelacyjny podniósł, że obowiązek informacji ciążyący na lekarzu był szczególnie wysoki. Powinien on poinformować powódkę także o szczególnych, czyli mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia skutkach zabiegu. Sąd Okręgowy natomiast stwierdził, że „gdy nie wystąpiła szkoda, to z kolei trudno mówić o winie pozwanego”, a „zarzut popełnienia przez pozwanego błędu w sztuce nie został wykazany”. Jedno z drugim

nie ma nic wspólnego. Szkodą jest ból, stresy, a więc cierpienia fizyczne i krzywda moralna, na które powódka, wskutek braku informacji, nie była przygotowana i nie musiała się z nimi liczyć (art. 445 § 1 k.c.), a winą – nieudzielenie jej odpowiednich informacji przy zawarciu umowy. Ciężar dowodu udzielenia tych informacji – jako przesłanki „poinformowanej” – zgody spoczywa na lekarzu⁶.

W orzecznictwie wielu państw podkreśla się, że przy zabiegach chirurgii estetycznej pacjent musi wiedzieć o całkowitym ryzyku możliwym do przewidzenia, a także ryzyku szczególnym, nawet rzadko występującym, a nie tylko o przeciętnym ryzyku zabiegu (zwłaszcza we Francji – orzeczn. Sądu Kasacyjnego z 17 II 1998 r., D.1998. J.2; orzeczn. Conseil d'Etat z 15 III 1996 r., D.1996. S.R. 115)⁷. W Polsce Sąd Najwyższy w wyroku z 5 IX 1980 r. (II CR 280/80, OSPiKA 10/1981, poz. 170) sformułował doniosłą tezę, że: „Wymaganie zgody pacjenta na podjęcie zabiegu operacyjnego wyłącznie dla celów estetycznych (poprawy wyglądu zewnętrznego) jest zachowane tylko wtedy, gdy został on uprzednio dostatecznie poinformowany także o szczególnych – czyli mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia – skutkach interwencji, niestwarzającej ryzyka wyższego od przeciętnego”.

Na uwagę zasługuje stanowisko Sądu Apelacyjnego co do zakresu informacji. Sąd nie przyjął *physician oriented standard*⁸, a więc testu, czy lekarz zachował się tak, jak w danej sytuacji zachowałby się typowy, normalny profesjonalista oraz czy dołożył należytej staranności w udzieleniu pacjentowi odpowiednich – według oceny lekarza – informacji, lecz *patient oriented standard*⁹ (pacjent ma prawo decydowania o sobie i wszelkie ryzyka potencjalne dotyczące jego decyzji muszą mu być ujawnione). Powiedział – chyba po raz pierwszy w polskim orzecznictwie – że „zakres obowiązku informacji nie zależy od tego, co lekarz sądzi, ile

⁶ Por. orzeczn. SN z 17 XII 2004 r., II CK 303/04, OSP 11/2005, poz. 131, z glosą M. Świdorskiej, i z glosą M. Nesterowicza, PS 6/2006.

⁷ Por. G. Mémeteau, *op.cit.*, s. 375 i n.

⁸ Jest to tzw. test Bolama ustalony w Wielkiej Brytanii w sprawie Bolam v. Friern Hospital Management Committee (1957), podtrzymany w sprawie Sidaway v. Bethlem Royal Hospital (1985), lecz w ostatnich latach odrzucany (po raz pierwszy w sprawie Bolitho v. City & Hackney Health Authority (1997) - zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. VIII, Toruń 2007, s. 153; J. Healy, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, Londyn 1999, s. 160).

⁹ Przyjęty w USA przez Sąd Apelacyjny Dystryktu Columbia w sprawie Canterbury v. Spence (1972), gdzie szczegółowo określono podstawy i zakres obowiązku *duty to inform patient* przy zastosowaniu *patient oriented standard*; zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 148; W. Wadlington, J.R. Waltz, R.D. Dworkin, *Law and Medicine*, Mineola, N.Y. 1980, s. 488 i n.

pacjent powinien wiedzieć, lecz od tego, co rozsądna osoba będąca w sytuacji pacjenta obiektywnie potrzebuje usłyszeć od lekarza, aby podjąć „poinformowaną” i inteligentną decyzję wobec proponowanego zabiegu”. W orzecznictwie europejskim odrzuca się koncepcję obiektywnego standardu informacji, które powinien otrzymać „rozsądny pacjent” (*reasonable patient*). Sprawa ma bowiem indywidualny charakter, a zakres i szczegółowość informacji zależy od rodzaju zabiegu, stanu pacjenta, nagłości i konieczności operacji itp.¹⁰.

Przypomnieć trzeba, że brak „poinformowanej” zgody pacjenta oznacza, że zgoda jest wadliwa, a oświadczenie woli pacjenta przy braku świadomości ryzyka i skutków zabiegu jest nieważne (art. 82 k.c.). Powoduje to, że zgoda jest bezskuteczna i lekarz działa bezprawnie¹¹, co potwierdził w uzasadnieniu Sąd Apelacyjny. Lekarz odpowiada w konsekwencji za wyrządzoną pacjentowi szkodę (art. 444-445 k.c.)¹².

2. Z wyroku nie wynika, z jakiego tytułu powódka dochodzi zapłaty kwoty 45.200 zł. Można sądzić, że mieści się w tym żądanie zwrotu wynagrodzenia za cztery pozostałe implanty (5.200 zł) oraz roszczenie o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę (art. 445 § 1 k.c.)¹³. Za dopuszczalnością zbiegu roszczeń opowiedział się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 17 XII 2004 r. (II CK 300/04)¹⁴. Przyjął w nim, że dochodzenie naprawienia szkody w reżimie *ex contractu* nie stoi na przeszkodzie w zasądzeniu zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę (art. 445 w zw. z art. 443 k.c.), jeżeli zachowanie się pozwanego stanowi jednocześnie czyn niedozwolony. Z pewnością interwencja lekarska przy wadliwej zgodzie pacjenta (braku „poinformowanej” zgody) jest czynem niedozwolonym.

3. Trafnie podniósł Sąd Apelacyjny, że postępowanie dowodowe miało wiele wadliwości: powierzchowna i mało rzetelna opinia biegłych, oparta tylko na dokumentacji lekarskiej, choć jednocześnie biegli wska-

¹⁰ Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 150 i n.

¹¹ Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna za interwencję lekarską bez zgody pacjenta (w:) Homimum causa omne ius constitutum est. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006, s. 395.

¹² Por. orzecz. SN z 22 IX 1967 r., I CR 188/67, PUG 6/1968, s. 222.

¹³ W czasie, gdy powódka zawarła umowę o usługi lecznicze (kwiecień 1996 r.) nie obowiązywał jeszcze art. 19a ustawy z 30 VIII 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Jedn. tekst z 2007 r., Nr 14, poz. 89), dlatego powódka nie mogła dochodzić zadośćuczynienia z tytułu naruszenia praw pacjenta (braku „poinformowanej” zgody).

¹⁴ OSP 2/2006, poz. 20, z glosą M. Nesterowicza.

zali, że zbadanie powódki było konieczne; nieprzeprowadzenie dowodu z dokumentacji lekarskiej, znajdującej się w Okręgowej Izbie Lekarskiej (choć wątpię, czy te dokumenty cokolwiek wniosą do sprawy), pominięcie wniosku dowodowego o ustalenie pochodzenia implantów. To powinno zostać uzupełnione przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

Małgorzata Krywko

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

W glosowanej uchwale Sąd Najwyższy przesądził niezwykle interesujący z prawnego punktu widzenia problem. Dotyczy on mianowicie tego, czy w przypadku bezprawnego uniemożliwienia dokonania zabiegu przerwania ciąży, będącej następstwem zgwałcenia, zakres obowiązku naprawienia szkody obejmuje koszty utrzymania dziecka. Sąd Najwyższy udzielił na to pytanie odpowiedzi twierdzącej. W moim przekonaniu stanowisko Sądu Najwyższego nie zasługuje na aprobatę.

Tok rozumowania Sądu Najwyższego był następujący. Otóż Sąd rozpoczął od stwierdzenia, z którym należy się w pełni zgodzić. Mianowicie od tego, iż zagadnienie prawne (a więc roszczenie z tytułu *wrongful conception*), będące przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, należy do szczególnie złożonych. SN podkreślił, iż w trakcie jego analizy konieczna jest wnikliwość i rozwaga, gdyż zachodzi tu przenikanie się różnych aspektów dogmatycznych i aksjologicznych.

Następnie Sąd Najwyższy przytoczył tezę zawartą w wyroku z dnia 13 października 2005 r.¹, w której uznano w części za uzasadnione roszczenie o naprawienie szkody w postaci kosztów utrzymania. W tej sprawie matce dziecka, żądającej dokonania aborcji, odmówiono skierowania na badania prenatalne, mimo występującego u płodu zagrożenia wadą genetyczną. Ze względu na to, iż dziecko urodziło się z poważną i nieuleczalną chorobą genetyczną, rodzice dziecka wystąpili przeciwko szpitalowi m.in. o odszkodowanie wyrównujące konieczność ponoszenia przez nich dodatkowych kosztów utrzymania oraz wychowania upośledzonego dziecka. Sąd Najwyższy uznał to roszczenie za uzasadnione. Podkreślił, iż szkodą rodziców nie jest sam fakt urodzenia dziecka dotkniętego wadą

¹ IV CK 161/05.

genetyczną. Szkodą jest natomiast uszczerbek majątkowy, wynikający z konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów utrzymania i wychowania związanych z upośledzeniem dziecka. Te zwiększone wydatki powinny być, według Sądu Najwyższego, pokryte w postaci miesięcznej renty. Ten kierunek wykładni podzielił również skład Sądu Najwyższego podejmującego uchwałę w niniejszej sprawie. SN podkreślił, iż czym innym jest urodzenie dziecka, a czym innym jest szkoda w postaci powstania obowiązku ponoszenia kosztów utrzymania dziecka². Sąd przyjął zatem wykształconą w zagranicznej doktrynie tzw. teorię rozdzielności (*Trennungstheorie*)³, zgodnie z którą akceptacja absolutnej wartości dziecka oraz uznanie kosztów jego utrzymania za szkodę nie wykluczają się wzajemnie. W moim przekonaniu pogląd Sądu Najwyższego nie zasługuje na aprobatę z kilku istotnych względów. Otóż przyznanie odszkodowania z tytułu *wrongful conception* byłoby sprzeczne m.in. z naczelną zasadą prawa rodzinnego. Chodzi mianowicie o zasadę ochrony dobra dziecka. Tym samym odszkodowanie to wiązałoby się – przynajmniej pośrednio – z negacją absolutnej wartości, jaką jest dziecko. Po pierwsze, należy pamiętać o tym, iż świadomość niechcianego urodzenia się pozostawia negatywny ślad w ludzkiej psychice, a zwłaszcza w psychice dziecka, które łączy z rodzicami szczególnie silne więzi. Świadczą o tym przeprowadzone w Kanadzie badania naukowe⁴. Otóż wskazuje się na tzw. syndrom „ocalonego od aborcji” (Post Abortion Survivor Syndrom – PASS), występujący u dziecka, którego matka planowała w przeszłości aborcję. Udowodniono, iż „ocaleni” dotknięci są lękiem przed śmiercią oraz lękiem przed odrzuceniem. Charakterystycznym objawem są również skłonności samobójcze, brak poczucia sensu własnego istnienia, przypadkowość własnego istnienia, wszechogarniające poczucie winy oraz skłonność do postrzegania siebie jako źródła problemów i kłopotów rodzin-

² Podobnie M. Nesterowicz, *Uchwała Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06)*, Prawo i Medycyna 2006, nr 4, s. 136.

³ Szerzej T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Zakamycze 2003, s. 55-59.

⁴ Badania przeprowadzone zostały na grupie 293 osób w International Institute of Pregnancy Loss and Child Abuse Research and Recovery (IPLCARR) w Kanadzie przez Philipa Ney'a – profesora psychiatrii Uniwersytetu British Columbia. Szerzej na temat tych badań P.G. Ney, M. Peeters, *Abortion survivors*, Victoria 1998, s. 3 i n.

⁵ Szeroko na ten temat P.G. Ney, M. Peeters, op. cit., s. 17 i n. Zob. też M. Gajowy, W. Simon, *Przemoc, zaniedbanie w dzieciństwie oraz straty ciąży – ich wzajemne powiązania oraz konsekwencje psychologiczne tych powiązań*, Psychiatria Polska 2002, nr 6, s. 917-918 oraz W. Simon, *Konsekwencje aborcji u kobiet* (w:) J. Meder (red.), *Problemy zdrowia psychicznego kobiet*, Kraków 2003, s. 87-88.

nych⁵. U osób „dotkniętych śmiercią” (do których należą, jak stwierdzono, również „ocaleni od aborcji”), mogą również wystąpić objawy stresu pourazowego (PTSD), który powoduje m.in. takie zaburzenia psychiczne i emocjonalne, jak: depresja, schizofrenia, pobudzenie lękowe i psychastenia⁶.

Nie sposób zatem zgodzić się z poglądem wyrażonym m.in. przez Sąd Najwyższy RFN, zgodnie z którym udokumentowanie niechciane go urodzenia się dziecka w wyniku zasądzenia odszkodowania nie uderzałoby (nawet pośrednio) w konstytucyjne prawa dziecka (m.in. w prawo do życia). SN RFN podniósł mianowicie, że nie może być mowy o naruszeniu prawa dziecka do życia ze względu na to, iż prawo to (prawo do życia) chroni wyłącznie biologiczną i fizyczną egzystencję dziecka, która nie doznaje w takiej sytuacji najmniejszego uszczerbku⁷. Otóż badania naukowe wyraźnie przeczą temu stwierdzeniu. Egzystencja dziecka, a więc jego zdrowie, a co za tym idzie – również komfort i długość życia dziecka, zostają bowiem w tym wypadku, jak wskazano, zagrożone **w znacznym stopniu**.

Po drugie, również wieloletnie spory sądowe, zmierzające do uzyskania przez rodziców dziecka odszkodowania oraz towarzyszące im ewentualne zainteresowanie mediów, mogłyby negatywnie wpłynąć na naruszenie takich dóbr osobistych dziecka, jak prywatność oraz zdrowie, zwłaszcza w sferze psychicznej i emocjonalnej. Argument ten znajduje potwierdzenie m.in. w sprawie dotyczącej przyznania Alicji T. przez Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu odszkodowania w wysokości 25 tys. euro z tytułu odmowy dokonania u powódki zabiegu usunięcia ciąży. Otóż w przypadku tej sprawy powszechnie znane są nie tylko dane personalne matki (Alicji T.), lecz również imię i nazwisko jej dziecka, które miało zostać poddane aborcji oraz jego wizerunek, który zamieszczono w dzienniku „Rzeczpospolita” z dnia 21 marca 2007 r. Nie ulega wątpliwości, iż zgoda matki udzielona w imieniu dziecka na publikację informacji ściśle dotyczących sfery życia prywatnego dziecka stoi w tym wypadku w rażącej sprzeczności z obowiązkiem wychowania dziecka i sprawowania należytej pieczy nad jego osobą. W piśmiennictwie słusznie podkreśla się, iż upublicznienie tego typu informacji na-

⁶ Zob. M.J. Ackerman, *Opiniowanie w sprawach o odszkodowanie z powodu doznanej szkody osobistej* (w:) M.J. Ackerman (red.), *Podstawy psychologii sądowej*, Gdańsk 2005, s. 58 i n.

⁷ Szeroko na temat tego orzeczenia T. Justyński, *op. cit.*, s. 61.

raża dziecko na stres związany z szyderstwami i innymi nieprzyjemnościami, zarówno ze strony rówieśników, jak i osób dorosłych. Trafnie zaznaczono, iż dziecko nie jest podmiotem „drugiej kategorii” i korzysta ono z takiej samej ochrony, jak osoby dorosłe, w tym z ochrony swego życia prywatnego, przez którą należy rozumieć te informacje, jakich dana osoba nie chce nikomu ujawnić, zachowując je wyłącznie dla siebie⁸.

Uznanie roszczeń z tytułu *wrongful conception* za dopuszczalne prowadziłoby zatem, w moim przekonaniu, do sprzeczności z art. 96 k.r.o., zgodnie z którym dziecko ma prawo m.in. do wzrastania w atmosferze sprzyjającej jego duchowemu rozwojowi. Nie sposób natomiast zgodzić się z poglądem Sądu Najwyższego, zgodnie z którym uznanie absolutnej wartości dziecka oraz uznanie kosztów jego utrzymania za szkodę nie wykluczają się wzajemnie. SN nie oparł się bowiem na żadnych badaniach naukowych (psychologicznych, medycznych itp.), które uzasadniałyby trafność tej tezy.

Interesującym zagadnieniem jest również poruszona przez Sąd kwestia naruszenia szeroko rozumianej wolności powódki na skutek bezprawnego uniemożliwienia przerwania ciąży. Otóż należy podkreślić, iż wolność, nawet szeroko rozumiana, nie jest wolnością nieograniczoną. Granice tej wolności kończą się bowiem tam, gdzie zachodzi konieczność ochrony zdrowia i życia człowieka. Jak wskazano, świadomość planowanej w przeszłości przez rodziców aborcji ma negatywny wpływ na psychiczne (a co za tym idzie również fizyczne) zdrowie ich dziecka. Nie ulega również wątpliwości, iż czynnik zdrowia determinuje – przynajmniej pośrednio – długość, a w każdym razie komfort życia dziecka. Warto przypomnieć, iż życie uznawane jest w piśmiennictwie za jedną z najcenniejszych wartości i zajmuje najwyższe miejsce w hierarchii dóbr chronionych prawem⁹. Wydaje się, iż taki sam przymiot ma również dobro osobiste, jakim jest zdrowie jednostki ludzkiej. Nawet gdyby przyjąć, iż na tle przedmiotowej sprawy istnieje konflikt między wolnością powódki a zdrowiem i życiem człowieka (choć, w moim przekonaniu, o

⁸ Tak słusznie R. Nowosielski, M. Sowiński, *A dobro dziecka... Ochrona praw dzieci w mediach*, Pałestra 2007, nr 1-2, s. 113-114.

⁹ Por. J. Giezek, R. Kokot, *Granice życia ludzkiego a jego prawna ochrona* (w:) B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 101 oraz A. Łopatka, *Jednostka. Jej prawa człowieka*, Warszawa 2002, s. 37.

wolności nie może być w tym wypadku mowy), wydaje się słuszne, aby wszelkie wątpliwości rozstrzygane były na korzyść życia ludzkiego, w myśl zasady *in dubio pro vita humana*.

W dalszym wywodzie Sąd Najwyższy podkreślił, iż nie ulega wątpliwości, że samo urodzenie dziecka i życie człowieka nie mogą być uznane za szkodę. Koszty utrzymania dziecka nie służą zatem ograniczeniu negatywnych skutków, a wręcz przeciwnie – służą życiu¹⁰. Sąd Najwyższy słusznie zauważył, iż przyjęcie takiego punktu widzenia prowadziłoby do przerzucenia na matkę dziecka kosztów utrzymania dziecka w pełnym zakresie. Wątpliwości budzi jednak dalsze stwierdzenie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym taka wykładnia pojęcia szkody nie zostałaby społecznie zaakceptowana. SN nie wyjaśnił jednak bliżej swojego stanowiska. W moim przekonaniu to właśnie przyznanie powódce odszkodowania z tytułu *wrongful conception* mogłoby się spotkać ze społeczną dezaprobatą. Zasądzenie odszkodowania byłoby przecież w tym wypadku sprzeczne z konstytucyjnym prawem do równości¹¹, ponieważ stawiałoby w lepszej sytuacji materialnej kobietę, która chce usunąć ciążę niż tą, która ze względów etycznych decyduje się urodzić dziecko. Otóż ze względu na ewentualne przyznanie odszkodowania z tytułu *wrongful conception*, próba usunięcia ciąży stałaby się dla ofiary przestępstwa zgwałcenia bardziej „opłacalna” niż urodzenie dziecka. To drugie wiązałoby się bowiem dla matki z koniecznością zapewnienia dziecku środków utrzymania. Przyznanie powódce odszkodowania z tytułu *wrongful conception* ze względu na uniemożliwienie przerwania ciąży byłoby zatem rozstrzygnięciem sprzecznym z zasadą słuszności. W tym wypadku zostałoby przecież objęte ochroną prawo matki do unicestwienia płodu, zaś decyzja o urodzeniu dziecka nie wiązałaby się dla matki z żadnymi wymiernymi korzyściami. Kojarzy się to z „promowaniem” aborcji, która, co warto podkreślić, jest w polskim porządku prawnym penalizowana jako przestępstwo. Usunięcie ciąży jest wprawdzie dopuszczalne, m.in. na skutek indykacji kryminologicznej. Nie zmienia to jednak faktu, iż zabieg aborcyjny jest w dalszym ciągu czynem o szkodliwości społecznej w stopniu większym niż znikomy, je-

¹⁰ Zob. też M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 136.

¹¹ Podobnie M. Wild, *Roszczenia z tytułu wrongful birth w prawie polskim (Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03)*, Przegląd Sądowy 2005, nr 1, s. 53.

¹² Tak słusznie A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 164.

dy nie jego penalizacja jest w tym przypadku niecelowa¹². Należy podkreślić, iż różnicowanie w prawie jest dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy jest ono usprawiedliwione¹³. W moim głębokim przekonaniu takim usprawiedliwieniem nie może być decyzja o popełnieniu przez matkę czynu o społecznej szkodliwości w stopniu większym niż znikomy, a z takim mamy niewątpliwie do czynienia w przypadku aborcji.

Warto w tym miejscu zastanowić się również nad wykładnią pojęcia szkody w odniesieniu do kosztów utrzymania dziecka. Mianowicie skoro wykonanie zabiegu usunięcia ciąży jest w przypadku indykacji kryminalogicznej kontratypem, powstaje pytanie o to, czy można żądać odszkodowania z tytułu niewykonania zabiegu, który jest wprawdzie dozwolony przez prawo, lecz nadal pozostaje czynem o społecznej szkodliwości. Sąd Najwyższy słusznie przypomniał, iż pojęcie szkody nie zostało w prawie polskim ustawowo zdefiniowane. Warto zatem odwołać się do definicji proponowanych przez polskie piśmiennictwo. Otóż podkreśla się, iż pojęcie szkody można odnosić tylko do dóbr i interesów prawnie chronionych. Nie jest natomiast dopuszczalne uwzględnianie jako szkody następstw działań nielegalnych (np. korzyści płynących z kradzieży)¹⁴. W moim przekonaniu **pojęcie szkody** należałoby jeszcze bardziej ograniczyć. Otóż **nie powinno ono obejmować następstw wszelkich działań, które są szkodliwe społecznie w stopniu większym niż znikomy, a więc również niektórych kontratypów**¹⁵. Pozbawienia możliwości dokonania czynu o wysokiej szkodliwości społecznej oraz związanych z nim następstw nie można byłoby zatem rozpatrywać w kategorii szkody. Działania te, choć legalne, są przecież pewnym „złem koniecznym”. Niemożność dokonania jakiegokolwiek zła nie może natomiast, w moim przekonaniu, stanowić „uszczerbku” w dobrach lub interesach – nawet jeśli są one prawnie chronione.

Wątek dotyczący wykładni pojęcia szkody w odniesieniu do kosztów utrzymania dziecka podniesiony został również w dalszej części wywo-
du Sądu Najwyższego. Poczyniono mianowicie wzmiankę dotyczącą tzw. elementu wolicjonalnego szkody. Sąd Najwyższy zaznaczył, iż na pod-

¹³ Zob. M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania* (w:) B. Banaszak, A. Preisner (red.), *op. cit.*, s. 119.

¹⁴ Por. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 86.

¹⁵ Na temat kontratypów, które mimo uchylonej penalizacji nadal pozostają czynami o społecznej szkodliwości w stopniu większym niż znikomy zob. A. Marek, *op. cit.*, s. 164.

stawie reguł języka potocznego oraz na podstawie niektórych szczególnych przepisów przyjmuje się, że określenie szkody odnosi się do wszelkich uszczerbków w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swej woli. Sąd Najwyższy podkreślił, iż przy takim ujęciu szkody można *prima facie* uznać, iż koszty utrzymania dziecka ponoszone przez matkę są wydatkami, które powstały zgodnie z jej wolą. Są to zatem uszczerbki, które z tego względu nie byłyby objęte pojęciem szkody. Ostatecznie SN przychylił się jednak do odmiennego poglądu, zgodnie z którym brak jest uzasadnienia ograniczenia pojęcia szkody do uszczerbków doznanych przez poszkodowanego wbrew jego woli. Według Sądu Najwyższego wola poszkodowanego miałyby znaczenie w okolicznościach konkretnych przypadków. SN nie wyjaśnił jednak, dlaczego w okolicznościach związanych ze stanem faktycznym przedmiotowej sprawy element wolicjonalny nie odgrywałby decydującej roli. Sąd ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż nie ma potrzeby generalizowania znaczenia woli poszkodowanego. W moim przekonaniu element wolicjonalny ma w tej sprawie niezwykle istotne znaczenie. Otóż cechą charakterystyczną roszczeń z tytułu *wrongful conception* jest przecież kwestia „niechcianego poczęcia“ dziecka. Ze stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wynika jednak, iż powódka zdecydowała się podjąć trud wychowania dziecka, nie korzystając np. z dopuszczalnej w świetle prawa polskiego instytucji oddania dziecka do adopcji. Nie chodzi tu oczywiście o to, aby „zmuszać“ powódkę do oddania dziecka do adopcji w celu uniknięcia szkody (a więc – jak tego chcą niektórzy – kosztów utrzymania dziecka). Takie rozwiązanie byłoby sprzeczne z jedną z naczelných zasad prawa rodzinnego, jaką jest ochrona trwałości i spójności rodziny. Chodzi jednak o to, iż powódka ma taką możliwość i – jeśli dziecko jest przez nią rzeczywiście niechciane – może z niej skorzystać. Skoro powódka *de facto* nie skorzystała z procedury adopcyjnej, można przypuszczać, iż nawiązała się między nią a dzieckiem więź uczuciowa. Dziecko, które było początkowo „niechciane” stało się zatem „chciane” lub przynajmniej „zaakceptowane” przez powódkę. Wydaje się, iż ta diametralna zmiana nastawienia matki do dziecka pociąga za sobą również akceptację obowiązku ponoszenia przez matkę kosztów jego utrzymania. Wola rodziców związana z podjęciem się pieczy rodzicielskiej wiąże się przecież – zgod-

nie z art. 128 k.r.o. – z ponoszeniem kosztów utrzymania dziecka. Skoro zatem dziecko stało się „chciane” przez powódkę, brak jest *ratio legis* dla „faworyzowania” sytuacji finansowej powódki, której prawa i obowiązki powinny być identyczne, jak wszystkich innych rodziców podejmujących pieczę rodzicielską nad swoim dzieckiem, a zwłaszcza tych kobiet, które podobnie jak powódka stały się ofiarą przestępstwa zgwałcenia, lecz nie skorzystały z możliwości usunięcia ciąży. We wszystkich tych przypadkach mamy bowiem ostatecznie do czynienia z dobrem. Dobrem tym jest dziecko, które zostało zaakceptowane przez rodziców. **Uznanie kosztów utrzymania dziecka powódki za szkodę można byłoby zatem w tym wypadku uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.).**

Do Autorów

Szanowni Państwo!

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

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

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

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

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

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