

PRAWO I MEDYCYNA

Nr 2/2008 (31 vol. 10)

KWARTALNIK

ISSN 1506-8757



Wydawca
Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.

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

Spis treści

<i>Prof. dr hab. n. prawn. Mirosław Nesterowicz</i> <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Odmowa poddania się leczeniu przez poszkodowanego jako przyczynienie się do szkody w prawie porównawczym	5
<i>Prof. dr hab. n. prawn. Teresa Dukiet-Nagórska</i> <i>Uniwersytet Śląski</i> O potrzebie wypracowania standardów postępowania dotyczących niepodjęcia terapii i jej zaprzestania	17
<i>Dr n. prawn. Paweł Daniluk</i> <i>Instytut Nauk Prawnych PAN</i> Czynność lecznicza jako kontratyp	27
<i>Dr n. prawn. Marcin Śliwka</i> <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Prawo pacjenta doświadczenia opieki zdrowotnej w stanie nagłym	44
<i>Dr n. prawn. Marek Krzysztof Kolasiński</i> <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Perspektywy uelastyczenia globalnych standardów ochrony własności intelektualnej farmaceutyków	63

<i>Mgr prawa Marta Kosiedowska</i> <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Zmiana płci w prawie włoskim	76
<i>Dr n. praw. Maria Boratyńska</i> <i>Uniwersytet Warszawski</i> O łamaniu przepisów dopuszczających przerywanie ciąży	88
<i>Dr n. praw. Joanna Haberko</i> <i>Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu</i> <i>Mgr teologii Krzysztof Olszewski</i> <i>Pontificia Universita Lateranese w Rzymie</i> Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów <i>in vitro</i> – polemika	104
<i>Dr n. praw. Maria Boratyńska, Dr n. praw. Przemysław Konieczniak</i> <i>Uniwersytet Warszawski</i> Prawne aspekty zapłodnienia pozaustrojowego – odpowiedź J. Haberko i K. Olszewskiemu	120
ORZECZNICTWO	
<i>Prof. dr hab. n. praw. Mirosław Nesterowicz</i> <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu Wydział I Cywilny z dnia 23.XI.2006 r. (I ACa 561/06)	140

Odmowa poddania się leczeniu przez poszkodowanego jako przyczynienie się do szkody w prawie porównawczym

1. W wielu krajach pojawił się problem, czy poszkodowany, który poniósł szkodę na osobie, ma obowiązek dążyć do zmniejszenia tej szkody, a zwłaszcza poddać się leczeniu, przeważnie chirurgicznemu. W procesach sądowych pozwani, odpowiedzialni za szkodę, zarzucali, że odmowa poddania się leczeniu prowadzi do zwiększenia szkody albo nie pozwala jej zmniejszyć, co należy uznać za przyczynienie się poszkodowanego do szkody, uzasadniające obniżenie wysokości odszkodowania odpowiednio do medycznej oceny szansy pomyślnego leczenia. Przy skrajnej anglosaskiej doktrynie *contributory negligence* odmowa poddania się leczeniu stanowi winę poszkodowanego, co powinno skutkować oddaleniem powództwa odszkodowawczego, chyba że sprawca szkody działał umyślnie¹.

Dla oceny odmowy poszkodowanego w orzecznictwie *common law* (angielskim i australijskim) sądy stosują test „rozsądnosci” (*reasonableness test*). Nie ma jednak zgodności co do tego, czy test ma mieć charakter obiektywny (jak zachowałaby się rozsądna osoba po otrzymaniu zalecenia i rady lekarza), czy należy wziąć także pod uwagę elementy subiektywne po stronie poszkodowanego.

W sprawie *Marcroft v. Scruttons* (1954), w której powód, doker portowy, odmówił leczenia elektrowstrząsami, sąd uznał, że było to nierozsądne, chociaż odmowa wynikała ze stanu depresji, pochodzącej z osłabienia organizmu, co spowodował wskutek swojego niedbalstwa pozwany pracodawca. Podobnie obiektywny test zastosował sąd w spra-

¹ Por. Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2006, s. 334; A.H. Hudson, *Mitigation and refusal of medical treatment: Reasonableness and onus of proof*, 46 *Modern Law Review* 1983, s. 754, przyp. 2 (sprawa *Ippolito v. Janiak*, 1982), za którym cytuję powołane dalej orzeczenia.

wie *Morgan v. Wallis* (1974), stawiając pytanie: „Czy rozsądny człowiek w tych okolicznościach, otrzymując radę, którą powód otrzymał, odmówiłby poddania się operacji?”

W kilku innych sprawach sądy odrzucały czysto obiektywny test. W sprawie *Steele v. George* (1942) Lord Wright powiedział, że fizyczna lub psychiczna wrażliwość (idiosynkrazja) nie może być generalnie wykluczona. Podobnie sądy w sprawach *Glavonjic v. Foster* (1979) i *Karabotsos v. Plastex* (1985) uznały, że oprócz czynników obiektywnych, które byłyby podstawą decyzji rozsądnej osoby, trzeba rozważyć także czynniki subiektywne, szczególne dla poszkodowanego (wyjaśnienia lekarzy, rozumienie tych wyjaśnień przez powoda, jego niepokój i obawę spowodowaną przez szkodę).

W sprawie *Selvanayagam v. University of the West Indies* (1983)² powód – profesor uniwersytetu, wpadł do wykopu w zaciemnionym przejściu na kampusie uniwersyteckim i doznał poważnego uszkodzenia kręgowców szyjnych. Lekarz zalecał zabieg operacyjny twierdząc, że w przeciwnym razie stan powoda ulegnie pogorszeniu; że operacja nie jest ryzykowna i szanse sukcesu są „całkiem dobre”, a po sześciu miesiącach od wypadku powód odzyska pełną zdolność do pracy. Powód cierpiał na cukrzycę, która mogła spowodować chirurgiczne komplikacje (ryzyko infekcji) i odmówił poddania się operacji. Sąd I instancji zasądził jego powództwo odszkodowawcze wobec uniwersytetu, lecz Sąd Apelacyjny zmienił wyrok i oddalił powództwo przyjmując, że powód odrzucając operację działał „nierozsądnie”. Rozpatrując odwołanie Lord Scarman uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego uznając, że nie zostało wyjaśnione, czy powód działał „nierozsądnie”. Orzekł, że „reguła, iż powód, który odrzuca medyczne zalecenie zabiegu chirurgicznego musi dowieść, że działał rozsądnie, jest oparta na zasadzie, że powód ma obowiązek (*duty*) działać rozsądnie, aby miarkować swoją szkodę (...). Jest to kwestia faktu”.

Stanowisko, że ciężar dowodu „rozsądnego” działania spoczywa na powodzie, zostało skomentowane w doktrynie krytycznie. Uważa się, że jest ono sprzeczne z ustaloną od ponad 100 lat przez Izbę Lordów regułą, że dowód „nierozsądności” działania powoda obciąża pozwanego³.

² Zob. W. van Gerven, *Tort Law*, Oxford and Portland, 2000, s. 774; A.H. Hudson, *iw.*, s. 774.

³ Zob. A.H. Hudson, *iw.*, s. 757; Harvey Mc Gregor, *tamże*, s. 758.

2. We Francji kwestia skutków odmowy przez poszkodowanego poddania się zabiegom leczniczym była przedmiotem licznych wyroków sądowych i wypowiedzi doktryny od ponad wieku⁴. Dominował pogląd, że poszkodowany nie może być zmuszony do poddania się operacji czy innemu leczeniu pod rygorem zmniejszenia odszkodowania lub utraty innych świadczeń odszkodowawczych. Kładziono jednak nacisk na ryzyko i bolesność zabiegów, nie usprawiedliwiając odmowy w odmiennych przypadkach albo gdy zabieg jest jedyną szansą zmniejszenia szkody, która może powstać bez dokonania zabiegu (np. chory, któremu wskutek rany dużego palca grozi gangrena, nie może odmówić amputacji; chory, który utracił dużą ilość krwi, nie może odmówić transfuzji koniecznej dla ratowania życia)⁵. Niektórzy twierdzili także, że poszkodowany może zawsze odmówić zgody na operację połączoną z anestezją (w dawnych latach często niebezpieczną, zwłaszcza jeśli chodzi o narkozę)⁶.

W orzecznictwie Cour de Besancon już w wyroku z 27.11.1901 r. powiedział, że chory ma prawo odmówić poddania się niebezpiecznej operacji (*qui met sa vie en danger*)⁷. Na ogół orzecznictwo dawało choremu prawo odmowy poddania się zabiegowi chirurgicznemu, gdy łączyło się z nim ryzyko (*n'est pas exempte de risques*). Wtedy sprawca szkody jest zobowiązany do pełnego odszkodowania. Kiedy jednak operacja jest prosta i bez poważnego ryzyka (*simple et sans risque sérieux*), odmowa poddania się jej stanowi winę poszkodowanego, który może wówczas otrzymać tylko odszkodowanie częściowe, proporcjonalne do szkody, jaka istniałaby po dokonaniu operacji⁸. Stanowisko to zaaprobował M. Leroy, którego zdaniem dla oceny postępowania poszkodowanego w takiej sytuacji należy wprowadzić kryterium zwykłego standardu postępowania przeciętnego człowieka (*standart ordinaire de l'homme normal*). Należy się zapytać, czy przeciętny człowiek godziłby

⁴ Zob. Ph. le Tourneau, L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2002, s. 500-501.

⁵ Zob. E. Arrighi de Casanova, *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile*, Paris 1946, s. 150 i n.; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, Paris 1951, t. 2, s. 291.

⁶ Zob. H. i L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, wyd. 5, Paris 1958, t. II, n° 1474-2, s. 471.

⁷ Cyt. za E. Arrighi de Casanova, *op.cit.*, s. 150.

⁸ Orzeczenie Cour de Chambéry z 22 XII 1947 r., JCP 1948. IV.77, Cour d'Angers z 19 I 1955, JCP 1955. II.8531. a w szczególności orzeczenie Tribunal de Grande Instance de Laval z 13 II 1967 r., D.1968.J.39.

się lub nie na poddanie się danej operacji. Jeśli odpowiedź wypadnie twierdząco i zachodzi wyraźna dysproporcja pomiędzy możliwością poważnego polepszenia stanu zdrowia chorego a niewielkim prawdopodobieństwem pogorszenia (*d'accident opératoire*), sędzia ma prawo orzec, że odmowa poszkodowanego tworzy nadużycie prawa, której konsekwencje powinien on ponieść⁹.

Jednak nie wszyscy takie stanowisko akceptowali, uznając kryterium przeciętności dla indywidualnej oceny bólu, wrażliwości i ryzyka zabiegu za mało przydatne¹⁰, a zmuszanie do poddania się operacji pod rygorem zmniejszenia odszkodowania za naruszenie wolności indywidualnej¹¹.

Istotne znaczenie miało orzeczenie Sądu Kasacyjnego (Izby Karnej) z 3.07.1969 r.¹². W tej sprawie powód, poszkodowany w wypadku samochodowym spowodowanym przez pozwanego, odmówił zgody na operację, która według opinii biegłych lekarzy mogłaby poprawić jego stan (na skutek wypadku stał się częściowo niezdolnym do pracy). Sąd Kasacyjny stwierdził, że należy do dyskrecjonalnej władzy sędziowskiej zadecydowanie, na podstawie wszelkich osiągalnych dowodów, a nie tylko opinii medycznych, że powód może odmówić zgody na zabieg operacyjny bez obniżenia wysokości odszkodowania, do czego jest on uprawniony. Skoro sędzia nie jest władny nałożyć na poszkodowanego obowiązku poddania się operacji, to konsekwentnie nie może obniżyć odszkodowania bez naruszenia zasady, zgodnie z którą szkoda doznana przez poszkodowanego powinna być naprawiona w pełni. P.J. Doll uważa, że przyjmując to stanowisko poszkodowany nigdy nie byłby zobowiązany do poddania się zabiegowi operacyjnemu pod rygorem obniżenia odszkodowania.

W doktrynie zwraca się uwagę na istotne uzupełnienie w 1994 r. kodeksu cywilnego poprzez dodanie art. 16-3, który głosi, że: „Inte-

⁹ Max Leroy, glosa do cyt. wyżej orzeczn. Tribunal de Grande Instance de Laval, tamże.

¹⁰ L. Kornprobst, *La responsabilité médicale. Origines, fondement et limites*, Paris 1947, s. 145; twierdził, że odporność ludzi na ból jest nierówna; kryterium oceny może być tylko subiektywne; jeżeli niektórzy wolą, dość paradoksalnie zresztą, żyć jako inwalidzi i oszczędzić sobie cierpień, nikt nie może im tego zabronić.

¹¹ M. Carbonnier, glosa do wyroku Tribunal civil Lille z 18 III 1947 r., D. 1947. 507; L. Kornprobst, *Responsabilité de médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Paris 1957, s. 270.

¹² JCP 1970. II.16447. Omawia je P.J. Doll, *Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures*, JCP 1970. I. 2351.

gralność ciała ludzkiego może być naruszona tylko w razie terapeutycznej konieczności. Zgoda na to osoby zainteresowanej musi być otrzymana z góry, chyba że wymaga ona medycznej interwencji, na którą z powodu swojego stanu nie ma możliwości wyrazić zgody”¹³. Opierając się na tym przepisie Sąd Kasacyjny w wyroku z 19.03.1997 r. (Bull. civ. 1997. II.86) orzekł, że nikt nie może być zmuszony, poza przypadkami przewidzianymi przez prawo, do poddania się interwencji chirurgicznej¹⁴. Powód odmówił poddania się operacji chirurgicznej polegającej na założeniu protezy. Ta operacja byłaby ciężka i bolesna, odmowa mogła więc być uznana za uprawnioną, zgodnie z dotychczasowymi kryteriami przyjętymi przez doktrynę i orzecznictwo, jednakże Sąd Kasacyjny jako podstawę odmowy uznał art. 16-3 k.c.¹⁵.

W kolejnym wyroku z 19.06.2003 r. (D. 2003. J. comm. 2326) Sąd Kasacyjny orzekł, że poszkodowany nie jest zobowiązany do zmniejszenia swojej szkody w interesie osoby odpowiedzialnej. Sprawca wypadku jest natomiast zobowiązany do naprawienia wszelkiej szkody. W tej sprawie powódka doznała na skutek wypadku częściowego inwalidztwa. Odmówiła poddania się reedukacji ortofonicznej i psychologicznej, zalecanej przez neurologa i neuropsychologa ze względu na jej zaburzenia psychiczne. Pozwany uważał, że odmowa jest zawiniona, Sąd zarzut ten odrzucił¹⁶.

Konsekwencją ustalonego stanowiska Sądu Kasacyjnego jest art. 1373 projektu nowego kodeksu cywilnego (2005), który nakłada na poszkodowanego, pod rygorem obniżenia wysokości odszkodowania, obowiązek zmniejszenia szkody albo uniknięcia jej powiększenia, jeżeli poszkodowany ma możliwość to uczynić za pomocą środków prawnych, rozsądnych i proporcjonalnych. Nie dotyczy to jednak działań godzących w integralność cielesną, co oznacza, że odmowa poszkodowanego, który doznał szkody na osobie, poddania się zabiegom leczniczym, nie może stanowić przyczynienia się do szkody¹⁷.

¹³ Zob. W. van Gerven, *op.cit.*, s. 810-811.

¹⁴ A te są bardzo nieliczne, dotyczą zwłaszcza obowiązkowych szczepień ochronnych – zob. P.J. Doll, l.c.

¹⁵ Por. J.P. Chazal, “*L’ultra-indemnisation*”: *une réparation au delà des préjudices directs*, D. 2003. nr 34, s. 2328; G. Viney, *Responsabilité civile*. Chronique JCP 1997. I. 4070.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Por. M. Nesterowicz, *Ewolucja odpowiedzialności deliktowej w prawie francuskim (na 200-lecie Kodeksu Napoleona)*, PiP 12/2007, s. 22.

Trudniejszy był problem odmowy zgody na transfuzję krwi ze względów religijnych przez Świadków Jehowy. Co w sytuacji, jeżeli taki poszkodowany np. w wypadku samochodowym, za który odpowiada posiadacz pojazdu (i ubezpieczyciel), woli umrzeć, niż zgodzić się na ratującą mu życie operację, połączoną z transfuzją krwi; czy jest to przyczynienie się do szkody? Czy jeśli następnie po jego śmierci z roszczeniami odszkodowawczymi wystąpią osoby pośrednio poszkodowane (małżonek, dzieci, rodzice), pozwany może żądać obniżenia wysokości odszkodowania? Sprawą taką zajmowały się sądy francuskie. Sąd I instancji obniżył odszkodowanie uznając, że poszkodowany w wypadku zmniejszył swoje szanse przeżycia z własnej winy, chociaż nie było pewne, czy przeżyłby, jeśli zaakceptowałby transfuzję krwi. Sąd Apelacyjny oddalił apelację, nie badając, czy odmowa była zawiniona i czy przyczyniła się do śmierci poszkodowanego. Sąd Kasacyjny w wyroku z 30.10.1974 r. (Izba Karna, JCP 1975. II. 18038) uchylił wyrok uznając, że Sąd Apelacyjny powinien zbadać czy poszkodowany przez swoją winę pozbawił się szansy przeżycia, świadomie nie akceptując koniecznej transfuzji krwi; taka wina może być wzięta pod uwagę, jeżeli odmowa transfuzji krwi przyczyniła się do powstania szkody¹⁸.

Wydaje się, że obecnie w świetle ustawy z 4.03.2002 r. o prawach pacjenta i jakości opieki zdrowotnej¹⁹ oraz projektu art. 1373 k.c., odmowa poszkodowanego na dokonanie transfuzji krwi nie może rodzić dla niego ujemnych skutków prawnych. Zgodnie z art. 1111-4 kodeksu zdrowia publicznego lekarz musi bezwzględnie szanować wolę chorego, który ma pełną autonomię decyzji co do poddania się zabiegom medycznym.

3. W Niemczech już w 1913 r. Reichsgericht uznał, że obowiązek poszkodowanego poddania się operacji istnieje tylko wtedy, gdy nie jest ona niebezpieczna, nie łączy się ze znacznymi bólami i rokuje pomyślny wynik (jak również, gdy zobowiązany do odszkodowania pokryje koszty leczenia). Jednocześnie stwierdził, że nie dotyczy to operacji pod narkozą, pod działaniem chloroformu, gdyż uważano wówczas, iż wiąże się ona z poważnym niebezpieczeństwem dla pacjenta. W roku

¹⁸ Por. W.V. Gerven, *op.cit.*, s. 810.

¹⁹ Zob. M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny w świetle orzecznictwa i ustawodawstwa francuskiego*, PiM 13/2003, s. 97; też: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 225.

1932 sąd odstąpił od tego poglądu i uznał za możliwe żądać od poszkodowanego poddania się operacji pod narkozą ogólną (*Allgemeinnarkose*); narkoza pod działaniem chloroformu była już zarzucona), jednakże tylko przy uwzględnieniu wszelkich okoliczności towarzyszących poszczególnemu przypadkowi i cech osobistych poszkodowanego. BGH w orzeczeniu z 13.05.1953 r. podzielił ten pogląd, twierdząc dalej, że poszkodowany, od którego nie można wymagać zgody na operację, musi się przeszkolić w innym zawodzie dla zmniejszenia jego strat w zarobkowaniu²⁰. W nowym orzecznictwie uważa się, że poszkodowany jest obowiązany poddać się operacji, jeśli jest ona bezpieczna i nie wiąże się ze szczególnym bólem, jeżeli widoki na wyleczenie lub znaczne polepszenie stanu zdrowia są pewne (BGH NJW 53, 1098; 94, 1593). Poszkodowany nie ma obowiązku poddania się operacji ryzykownej, a także wówczas, gdy szanse poprawy stanu zdrowia są wątpliwe albo w przypadku innych niekorzystnych okoliczności (Hamm NZV 98, 43; Oldbg NJW 78, 2000)²¹. Nie wystarczy przy tym, że operacja jest wskazana ze względów medycznych i zalecana po uwzględnieniu związanych z nią szans i ryzyka przez wielu lekarzy (BGH NJW 1994, 1592, 1593). To, czy operacja spełnia wskazane wymogi, ocenia się biorąc pod uwagę aktualny stan rozwoju nauk medycznych. Należy uwzględnić okoliczności danego przypadku (powagę zabiegu, stan fizyczny i psychiczny poszkodowanego, jego wiek itp.). Jeśli poszkodowany nie zwróci się do lekarza albo nie zastosuje się do jego zaleceń ze względów światopoglądowych, przyczynienie się do szkody i w konsekwencji zmniejszenie należnego odszkodowania nie jest wyłączone (§ 254 BGB)²².

4. Wskazać jeszcze trzeba na mające wysoką rangę w Europie prawo szwajcarskie. Zgodnie z art. 44 ust. 1 kodeksu zobowiązań sędzia może zmniejszyć odszkodowanie, jeżeli na skutek zdarzeń, za które poszkodowany jest odpowiedzialny, przyczynił się on do powstania szkody albo do jej zwiększenia. Jednakże według orzecznictwa Trybunału Federalnego, jeśli poszkodowany musi uczynić wszystko, co jest możliwe, aby zmniejszyć szkodę, to nie ma obowiązku poddania się operacji, która

²⁰ Stanowisko dawnego orzecznictwa niemieckiego podają za A. Hübner, H. Drost, *Ärztliches Haftpflichtrecht*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1955, s. 27 i n., s. 284.

²¹ Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2006, s. 308.

²² *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, München 2003, s. 535.

przedstawia niebezpieczeństwo albo wystawia go na szczególne cierpienia (ATF 57 II 61), ani stosowania kosztownego leczenia, przynajmniej gdy odpowiedzialny za szkodę nie pokryje kosztów z góry (ATF 61 II 130 JT 1935 I 504).

5. Problemowi obowiązku poddania się zabiegom leczniczym przez poszkodowanego wiele uwagi poświęcono również w polskim orzecnictwie i doktrynie. W procesach powstawało pytanie, czy odmowa leczenia ze strony poszkodowanego może uzasadniać jego przyczynienie się do powstania lub zwiększenia szkody w świetle art. 158 § 2 k.z., a następnie art. 362 k.c., tym bardziej że same te przepisy nie były jednoznaczne i wywoływały liczne kontrowersje co do ich interpretacji²³.

Jako pierwsze odnotować trzeba orzeczenie SN z 15.03.1961 r. (II CR 867/59)²⁴, w którym Sąd Najwyższy powiedział: „Poszkodowany nie może być zmuszony do poddania się zabiegowi operacyjnemu, decyzja w tym przedmiocie należy wyłącznie do niego. Odmowa zaś poddania się operacji nie może być uznana za działanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym nie może spowodować zmniejszenia odszkodowania”. W uzasadnieniu SN stwierdził, że osoba odpowiedzialna za szkodę nie może skutecznie bronić się zarzutem, że poszkodowany byłby zdolny do pracy, gdyby poddał się operacji. Poszkodowany bowiem może nie być psychicznie przygotowany do poddania się operacji, która zawsze jest połączona z dodatkowymi dolegliwościami i pewną dozą ryzyka, i której wyniku, korzystnego dla poszkodowanego, nikt nie jest mu w stanie zagwarantować. Stan faktyczny, na podstawie którego zostało wydane orzeczenie, był prosty. Powód w trakcie pracy w przedsiębiorstwie komunikacyjnym doznał zmiążdżenia stopy i uznany został za częściowo niezdolnego do pracy (zakwalifikowany do III grupy inwalidzkiej). W procesie dochodził renty uzupełniającej i zadośćuczynienia za cierpienia fizyczne i krzywdę moralną. Pozwane przedsiębiorstwo podnosiło, że powód powinien poddać się zabiegowi operacyjnemu, a wówczas odzyskałby całkowitą zdolność do pracy. Sąd zarzut odrzucił i uwzględnił powództwo.

Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku z 7.05.1962 r. (II CR 504/61), w którym SN orzekł, że: „Okoliczność, że skrzywienie prze-

²³ Zob. A. Szpunar, *Wina poszkodowanego w prawie cywilnym*, Warszawa 1971, s. 85 i n.

²⁴ OSPIKA 1/1962, poz. 10, z głosem M. Sośniaka.

grody nosowej, które nastąpiło na skutek wypadku, może dać się usunąć przez zastosowanie odpowiedniego nieuciążliwego zabiegu, nie ma znaczenia dla oceny obowiązku czy wysokości odszkodowania, albowiem poszkodowany nie jest obowiązany poddawać się zabiegom chirurgicznym, nawet rokującym pomyślny wynik”²⁵, a następnie ugruntowane w orzeczeniu z 3.10. 1962 r. (III CR 250/62). W trafnym uzasadnieniu do tego orzeczenia czytamy, że poddania się operacji „nie może sprawca wymagać od poszkodowanego i od tego uzależniać naprawienie szkody. Takie bowiem stanowisko prowadziłoby do odwrócenia ról, gdzie sprawca szkody występowałby w charakterze pokrzywdzonego, a poszkodowany jako sprawca nowej szkody, wywołanej odmową poddania się operacji. Byłaby to konstrukcja nie znajdująca uzasadnienia w przepisach obowiązującego prawa²⁶. W tej sprawie małoletnia powódka, uczennica szkoły handlowej, odbywała praktykę w sklepie pozwanego przedsiębiorstwa. Na skutek winy pozwanego doznała ciężkich oparzeń rozlanym denaturatem płonącym od piecyka gazowego. Pozwany zarzucał, że ojciec powódki odmówił zgody na operację plastyczną i żądał obniżenia odszkodowania. Sąd uznał, że powódka nie miała obowiązku poddać się bolesnemu zabiegowi o niepewnym wyniku, któremu nie musiał towarzyszyć efekt kosmetyczny.

W doktrynie polskiej zagadnienie to nie było tak oczywiste. W szczególności odnotować należy polemikę pomiędzy dwoma wybitnymi cywilistami: M. Sośniakiem i A. Szpunarem.

M. Sośniak przychyła się do stanowiska Sądu Najwyższego, podkreśla jego słuszność i doniosłość. Przeciwstawia się innym poglądom i twierdzi, że każdy zabieg operacyjny wiąże się z pewnym ryzykiem, „nawet najdrobniejszy (...) może doprowadzić w niepomyślnych warunkach do najrozmaitszych komplikacji, pomimo skrupulatnego przestrzegania wszystkich środków ostrożności”; zwraca uwagę, że nigdy nie można mówić o zupełnej bezbolesności ani o pewnym oczekiwanym wyniku; konkluduje, że osoba odpowiedzialna za szkodę nie może uzależniać odszkodowania od poddania się operacji (i ryzyku nowej szkody) przez poszkodowanego²⁷.

²⁵ OSPIKA 10/1963, poz. 248 (teza 2).

²⁶ NP 9/1963, s. 1043.

²⁷ M. Sośniak, Głosa do cyt. orzecz. z 15 III 1961 r.

Innego zdania jest A. Szpunar. Przeprowadza on powstałe w judykaturze niemieckiej rozróżnienie między operacją przy znieczuleniu miejscowym i operacją pod narkozą. Uważa, że jeżeli poszkodowany odmawia poddania się operacji przy znieczuleniu miejscowym, uzasadnia to zmniejszenie odszkodowania. Zastrzega się jednocześnie, że obowiązek poddania się operacji należy ocenić w oparciu o całokształt okoliczności danego przypadku. Należy wziąć pod uwagę stopień niebezpieczeństwa operacji, jej bolesność, mniejsze lub większe szanse poprawy zdrowia, jak i indywidualne właściwości poszkodowanego, jego stan fizyczny czy nerwowy²⁸. Jeżeli operacja jest prosta, bezbolesna, nie łączy się z ryzykiem niebezpieczeństwa i rokuje pomyślny wynik, a poszkodowany odmawia poddania się jej, to zdaniem A. Szpunara „dopuszcza się winy wobec samego siebie” i odszkodowanie winno ulec zmniejszeniu. A. Szpunar zwraca uwagę, że medycyna poczyniła olbrzymie postępy i „trudno zrozumieć, dlaczego rację ma mieć chory, który odmawia zgody na operację, a nie lekarz, który ją zaleca”. Przedstawia pobudki, którymi kierują się chorzy przy odmowie zgody (przesady, wrodzona nieufność, namowa rodziny, czasem niechęć do pracy) i stawia pytanie: „Czy jest rzeczą słuszną, by sprawcę obciążyć konsekwencjami nierozsądnego zachowania się poszkodowanego”²⁹.

W polemice tej jeszcze raz głos zabrał M. Sośniak, który podtrzymał swoje stanowisko, rozwijając szczegółowiej przedstawione uprzednio argumenty. Na zakończenie stwierdził, że: „Poszanowanie decyzji poszkodowanego w sprawie poddania się operacji wydaje (...) się głęboko ludzkie i przez to ważniejsze od obliczenia, ile zapłaci sprawca szkody...”³⁰. Na tym stanowisku stanął również J. Sawicki³¹.

W kolejnej sprawie powód, zatrudniony jako górnik przodowy w kopalni, uległ wypadkowi przy pracy polegającemu na przebiciu gwoździem prawej stopy, na skutek czego został zaliczony do III grupy inwalidzkiej. W powództwie żądał zasądzenia renty uzupełniającej. Sąd Wojewódzki powództwo oddalił przyjmując, że „powód celowo stara się utrzymać u siebie

²⁸ A. Szpunar, *Zachowanie się poszkodowanego jako podstawa do zmniejszenia odszkodowania*, NP 6/1957, s. 46; glosa do orzec. z 3 X 1962 r. (III CR 250/62), NP 9/1963, s. 1046.

²⁹ W cyt. powyżej glosie oraz w pracy *Wina poszkodowanego...*, s. 145 i n.

³⁰ M. Sośniak, *Jeszcze o obowiązku poddania się operacji*, NP 6/1964, s. 608-612.

³¹ J. Sawicki, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, wyd. 2, Warszawa 1966, s. 99.

stan częściowej niezdolności do pracy, żeby nie utracić prawa do renty. Utrzymująca się na grzbiecie prawej stopy powoda niewielka przetoka ropna nieznacznie tylko upośledza sprawność ustroju powoda (15-20%) i ogranicza jego zdolność do zatrudnienia w charakterze górnika przodowego. Istnieje możliwość całkowitego zlikwidowania tej przetoki w drodze zabiegu operacyjnego, wykonanego w okresie remisji. Powód jednak nie wyraża zgody na wykonanie takiego zabiegu, poddając się leczeniu tylko w okresach nasilenia występujących objawów zapalenia przetoki”.

Sąd Najwyższy w wyroku z 11.01.1978 r. (III PR 183/77, OSPiKA 1/1979, poz. 17) na skutek rewizji powoda uchylił sprawę do ponownego rozpoznania, polecając bardziej wnikliwe zbadanie motywów odmowy zgody powoda na zabieg operacyjny. W uzasadnieniu stwierdził, że: „Przy obecnym stanie wiedzy medycznej niektóre choroby i uszkodzenia ciała poddają się sprawdzonym, powszechnie stosowanym i dostępnym metodom leczenia farmakologicznego i chirurgicznego, które z reguły przynosi zadowalające wyniki. Wiadomo przy tym notoryjnie, że te same choroby i uszkodzenia nie leczone prowadzą do znacznie poważniejszych, nieodwracalnych nieraz następstw. Indywidualna wrażliwość poszkodowanego niewątpliwie zasługuje na ochronę prawną, musi jednak mieścić się w rozsądnych, usprawiedliwionych również, ze społecznego punktu widzenia, granicach. Odmowa poszkodowanego poddania się wypróbowanemu i powszechnie stosowanemu zabiegowi lekarskiemu, przynoszącemu z reguły pomyślne wyniki i poprawę stanu zdrowia oraz zdolności do samodzielnego utrzymania się, powinna opierać się na motywacji zrozumiałej przynajmniej dla specjalistów i znajdującej oparcie w rzeczywistości występujących reakcjach organizmu ludzkiego, jeśli ma wywrzeć wpływ na ocenę zakresu odpowiedzialności sprawcy szkody; (...) poszkodowany nie może jednak żądać obciążenia sprawcy szkody następstwami wynikającymi z zaniechania leczenia, jeżeli nie znajduje ono rozsądnego usprawiedliwienia w okolicznościach konkretnego przypadku”. Stanowisko Sądu Najwyższego zostało zaaprobowane w doktrynie, nie narzuca ono bowiem obowiązku poddania się operacji, lecz wymaga, aby odmowa została w szczególności sposób uzasadniona³².

Analizując powyższe zagadnienie należy wskazać też na wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 19.07.1999 r. (I C 1150/98, OSP 4/2002, poz.

³² M. Sośniak, glosa do cyt. orzec. SN, OSPiKA 1/1979, s. 45.

59, z głosem M. Nesterowicza) w tragicznej sprawie, w której chirurg dokonał oczywiście zbędnej amputacji obu piersi młodej pacjentki, przy braku jakichkolwiek wskazań medycznych. W procesie pozwany szpital (Skarb Państwa) zgłosił wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań lekarza na okoliczność rekonstrukcji i odbudowy piersi. Można przypuszczać, że chciał udowodnić, iż rekonstrukcja piersi jest możliwa, a skoro tak, to powódka powinna się temu poddać pod rygorem obniżenia odszkodowania. Sąd wniosek ten odrzucił, bo rekonstrukcja i odbudowa piersi jest poważnym zabiegiem chirurgicznym łączącym się z dalszymi cierpieniami fizycznymi i psychicznymi, a nigdy nie da się przywrócić stanu poprzedniego. Sąd uznał, że nie ma to znaczenia dla oceny szkody, której doznała powódka i tylko do jej decyzji w przyszłości należy ustalenie, czy rekonstrukcja piersi jest możliwa i czy takiemu zabiegowi plastycznemu się podda.

W konkluzji można stwierdzić, że rozstrzygnięcia dotyczące odmowy poszkodowanego na poddanie się zabiegowi leczniczemu są w omawianych systemach prawnych podobne. Poszkodowany nie ma obowiązku poddać się zabiegom operacyjnym czy innemu leczeniu pod rygorem obniżenia odszkodowania czy utraty innych świadczeń majątkowych (np. ubezpieczeniowych)³³, chyba że zabiegi lecznicze nie niosą ze sobą żadnego ryzyka pogorszenia. Kryterium zasadności odmowy powinno mieć charakter obiektywny, przy uwzględnieniu elementów subiektywnych po stronie poszkodowanego (jego stanu psychicznego, obawy interwencji medycznych, wrażliwości na ból itp.). Odmowa zgody na leczenie tylko wyjątkowo może więc być traktowana jako przyczynienie się do powstania lub zwiększenia szkody i tylko wtedy, gdy można ją ocenić jako zawnioną. Obiektywna „nierozsądnosc” nie wystarczy. Jedynie najnowsze prawo francuskie żadnego przyczynienia się poszkodowanego nie dopuszcza, gdyż zgoda na leczenie i odmowa leczenia jest jego nieograniczonym prawem.

³³ Ustawa z 30.10.2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (Dz.U. Nr 199, poz. 1673) w art. 21 ust. 3 przewiduje, że jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że ubezpieczony znajdował się w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środków odurzających lub psychotropowych, ubezpieczony obowiązany jest poddać się badaniu, a odmowa zgody powoduje pozbawienie praw do świadczeń zabezpieczenia wypadkowego, chyba że ubezpieczony udowodni, że miały miejsce przyczyny, które uniemożliwiły poddanie się temu badaniu. W tym przypadku nie chodzi jednak o leczenie, ani badanie inwazyjne, lecz badanie bez ryzyka dla zdrowia mające na celu ustalenie stanu organizmu ubezpieczonego w chwili wypadku.

Teresa Dukiet-Nagórska

O potrzebie wypracowania standardów postępowania dotyczących niepodjęcia terapii i jej zaprzestania

I. Impuls do podjęcia wskazanego w tytule tematu stanowiła tzw. obserwacja uczestnicząca, czyli pobyt w szpitalu. Uzmysłowiłam sobie, że po obydwu stronach relacji pacjent – lekarz występuje lęk.

Pacjenci, na skutek braku wiedzy o tym, czym jest ustalanie śmierci mózgowej poprzedzające pobranie dla celów transplantacji, żywią lęk, że lekarze zaprzestaną ich leczenia po to, by dokonać pobrania organu. Ponadto obawiają się, że będzie im się odmawiało leczenia dla oszczędności (takie mniemanie występuje zwłaszcza u osób starszych, które słyszą, że osiągnęły piękny wiek, co odbierają – słusznie, czy niesłusznie – jako: pora umierać)¹.

Z drugiej zaś strony wcale niemałą grupę stanowią pacjenci, którzy mając negatywny stosunek do intensywnych zabiegów podtrzymujących życie, przypuszczają, że ich wola nie zostanie uszanowana po utracie zdolności do świadomego wyrażania zgody; jest to o tyle zasadne, że wielu lekarzy uważa, iż utrata przez pacjenta zdolności do świadomego wyrażania zgody w sytuacji urgencyjnej oznacza powstanie po ich stronie obowiązku działania bez względu na wcześniejszy sprzeciw pacjenta co do tej interwencji.

Lekarze zaś, z obawy przed postawieniem im zarzutu eutanazji, podejmują i kontynuują terapię także wtedy, gdy nie ma ona jakichkolwiek szans powodzenia, natomiast przedłużając życie pacjenta, niejednokrotnie potęguje jego cierpienia i powoduje niepotrzebne koszty.

¹ Te obserwacje korespondują z wynikami badań opinii społecznej, które pokazują, że spada poziom akceptacji odłączania od aparatury sztucznie podtrzymującej życie osoby o trwale uszkodzonym mózgu – por. Komunikat CBOS nr 3750 dotyczący badania z czerwca 2007 roku (<http://www.zigzag.pl/cbos/details.asp?q=a1&id=3750>).

Postawa taka jest dość rozpowszechniona, o czym świadczą poniższe wypowiedzi klinicystów:

„ (...) codziennie w polskich szpitalach podejmuje się zabiegi resuscytacyjne u osób, które umierają w schyłkowej fazie choroby nowotworowej, niewydolności narządowej lub po prostu ze starości”;

„ (...) lekarz rozpoczyna resuscytację nawet, gdy z dokumentacji jednoznacznie wynika jak bardzo jest zaawansowana choroba zasadnicza. W wielu przypadkach podejmowane działania nie są działaniami leczniczymi, jedynie wydłużają agonię. Jest to typowa sytuacja, dominująca w naszych jednostkach medycznych”²;

„ (...) chory z uogólnionymi przerzutami nowotworowymi jest poddawany reanimacji trzy razy z rzędu w kilkugodzinnych odstępach. (...) Pacjent oczywiście kończy życie po kolejnej próbie masażu serca, wielokrotnych defibrylacjach i całym zasobie mało humanitarnych metod odżywiania. Pacjenci z rozległym wylewem krwi do mózgu i udokumentowanym zniszczeniem ważnych dla życia ośrodków są czasem tygodniami utrzymywani przy życiu (?) dzięki sztucznej wentylacji, masywnym dawkom antybiotyków, żywieniu dojelitowemu, przetaczaniu przetworów krwi itd.”³. W dodatku jest to działanie o niskim poziomie skuteczności: **„Wyniki resuscytacji są dramatycznie złe, gdyż szpital opuszcza poniżej 20% pacjentów, u których przeprowadzono zabiegi ożywiające. Co więcej – wielu z nich jest w większym lub mniejszym stopniu uzależniona od otoczenia z powodu uszkodzenia ośrodkowego układu nerwowego”**⁴.

Opisana postawa lekarzy wynika nie tylko z asekuracji, ale także postrzegania śmierci pacjenta wyłącznie w kategoriach klęski, co skłania do przeciwstawiania się jej za wszelką cenę. Jak pisze B. Kamiński – **powstrzymanie się od drastycznych metod ratowania za wszelką cenę wymaga odwagi**⁵. Postawie lęku przed lekarzami, rzekomo czyhającymi na nasze organy, można i trzeba przeciwdziałać poprzez działanie na rzecz podnoszenia poziomu wiedzy pacjentów o istocie śmierci mó-

² P. Andruszkiewicz, A. Kański: *Obowiązek resuscytacji w przypadku zatrzymania krążenia – uwagi na tle praktyki oraz prawa polskiego i obcego*, PiM 2007, nr 2, s.60.

³ B. Kamiński, *Racjonalne granice interwencji lekarskiej – wątpliwości medyczne i moralne*, PiM 2000, nr 5, s. 96.

⁴ j.w. , s. 62

⁵ B. Kamiński: *op. cit.*, s.97.

zgowej i złożonej procedurze jej ustalania. Istotne jest także wyposażenie lekarzy w umiejętność rozmawiania z bliskimi osoby umierającej. W pozostałym zakresie nie ma tak oczywistych recept.

II. Stosunkowo najłatwiejsze wyzwanie stanowi problem przestrzegania woli pacjenta, wyrażonej antycypacyjnie na wypadek utraty zdolności do świadomego wyrażania zgody. Współczesne polskie prawo dawstwo opiera się na poszanowaniu prawa pacjenta do samostanowienia. Prawo to wywodzone jest z postanowień Konstytucji (jej art. 47 przydaje ochronę prawu do decydowania o swoim życiu osobistym), postanowień prawa międzynarodowego (wystarczy wskazać na art. 8 ust.1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶) i przepisów prawa wewnętrznego. Jednoznacznie przesądza o tym przepis art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, stanowiąc, że pacjent ma prawo do „wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji”⁷. Logiczną tego konsekwencją są unormowania ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, statuujące lekarski obowiązek uzyskiwania zgody na podejmowane działania (art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 1)⁸. Z tej przyczyny lekarz nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za niepodjęcie działania lub jego przerwanie, jeśli taka jest wola pacjenta działającego w sposób świadomy, nawet gdyby decyzja pacjenta oznaczać miała jego pewną śmierć. Nie może być w takiej sytuacji wykorzystana instytucja stanu wyższej konieczności, gdyż prowadziłaby do przekreślenia autonomii pacjenta. Ponadto pokonywanie sprzeciwu pacjenta wymaga oparcia działania o środki przymusu, zaś ich zastosowania w omawianej sytuacji prawo nie przewiduje.

Skoro pacjentowi zdolnemu do wyrażenia w sposób świadomy sprzeciwu przyznaje się uprawnienie do jego wyrażania w sytuacji, gdy bezpośrednio poprzedza on czynność lekarską, to nie ma powodu, by mu odmawiać prawa do oświadczenia na wypadek utraty tej zdolności. A jednak to prawo nie zawsze jest honorowane. Znow sięgnę do przykładu podanego przez P. Andruszkiewicza i A. Kańskiego:

⁶ Konwencja sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. 1993, Nr 61, poz. 284).

⁷ Dz. U. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

⁸ Dz. U. 2005, Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.

„Do szpitala przyjęto kobietę z rozpoznaniem: <guz mózgu>. Pacjentka jest lekarką (...). Przed operacją rozmawia ze swoimi kolegami – lekarzami, rodziną i wszystkim przekazuje wiadomość: <Jeżeli guzem okaże się glejak, chcę umrzeć. (...) Niestety spełnia się jej <czarny sen>: guzem okazał się być glejak, ma porażenie połowicze, sondę w żołądku, cewnik w pęcherzu i pampersy. Kilka dni po operacji rozwija się niewydolność oddechowa, która pozostawiona bez interwencji z pewnością doprowadziłaby do śmierci. Jednak chora została zaintubowana i wdrożono wentylację respiratorem. Zmarła 3 miesiące później z powodu nieuchronnego postępu choroby”⁹.

Już są „pierwsze jaskółki” kształtowania się właściwych postaw sędziów w sprawie poszanowania prawa pacjenta do samostanowienia w omawianych sytuacjach. Oto Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 października 2005 r. stanął na stanowisku, że oświadczenie pacjenta złożone na wypadek utraty świadomości powinno być honorowane.

Postanowienie to zostało wydane w związku z wydaniem przez sąd pierwszej instancji zgody na przetoczenie krwi nieprzytomnej pacjentce, pomimo że znajdowało się przy niej pisemne oświadczenie zawierające stanowczy sprzeciw wobec takiego działania, choć syn potwierdzał zgodność tego oświadczenia z rzeczywistą wolą matki. **„Oświadczenie pacjenta wyrażone na wypadek utraty przytomności, określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć, jest dla lekarza – jeżeli zostało złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny – wiążące”**¹⁰.

Czy upowszechnienie punktu widzenia odzwierciedlonego w tym postanowieniu stanowi wystarczające rozwiązanie, co jest równoznaczne z dopuszczeniem tzw. testamentów życia, czyli oświadczeń antycypujących sytuacje wymagające podjęcia decyzji co do sposobu postępowania? Moim zdaniem: Nie. Wedle mego przekonania konieczne są określone postanowienia ustawodawcy, w ramach których należałoby pewne, istotne sprawy, przesądzić. Do takich zaliczam m.in.:

- 1) kwestię formy, w której tzw. testament życia powinien być wyrażony; Rodzi się pytanie, czy ustna wypowiedź skierowana do personelu

⁹ P. Andruszkiewicz, A. Kański: *op. cit.*, s. 60-61.

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC 2006, nr 7-8, poz. 137.

medycznego lub bliskich, w sytuacji gdy zagrożenie jeszcze nie istniało, może stanowić podstawę decyzji podejmowanych przez lekarza w sytuacji, gdy zagrożenie stało się faktem. Jeśli się dopuści ustne testamenty życia, to powinien być podjęty problem postępowania w przypadku braku spójności pomiędzy różnymi wypowiedziami lub sprzeczności relacji o ustnej wypowiedzi, a także kwestia rozstrzygnięcia kolizji pomiędzy oświadczeniami składanymi w różnym okresie, a zwłaszcza znaczenia późniejszego ustnego oświadczenia zmieniającego wcześniejsze pisemne (np. pacjent na piśmie sprzeciwił się określonym interwencjom, ale jego bliscy stwierdzają, że jego stanowisko nie było wcale tak rygorystyczne i dopuszczał wyjątki od niego). Być może pewnym rozwiązaniem byłoby stworzenie centralnego rejestru testamentów życia, podobnie jak to ma miejsce w przypadku Centralnego Rejestru Sprzeciwów (na pobranie ze zwłok).

2) sprawę tzw. sprzeciwu domniemanego, kiedy to wolę pacjenta odzwierciedla się na podstawie przesłanek o charakterze pośrednim, a więc wyznawanej religii, filozofii życiowej, akceptowanej hierarchii wartości, itp.

III. Podejmując decyzję o uregulowaniu problemów związanych z oświadczeniami *pro futuro* można i należy wykorzystać zgromadzone w tej materii doświadczenia¹¹.

Zdecydowanie najtrudniejsze zagadnienie stanowi problem niepodjęcia terapii lub rezygnacji z niej w sytuacji, gdy pacjent znajduje się w stanie uniemożliwiającym świadomą zgodę, zaś tzw. testamentu życia – czyli oświadczenia antycypującego utratę zdolności do świadomego wyrażania zgody – nie zostawił. Takie decyzje niewątpliwie są w codziennej praktyce podejmowane. Jak są one uzasadniane? Argumentacja bywa różna – co już samo w sobie uzasadnia dążenie do ustaleń o charakterze uniwersalnym.

Pierwszy nurt reprezentowany jest w polskim piśmiennictwie m.in. przez klinicystę T. Szretera, który pisze: „należy odróżnić pojęcie <zabić>, które jest karalne, od pojęcia <pozwolić na zgon>, które w nie-

¹¹ Wiele na ten temat pisał K. Poklewski-Kozieliński (np. *Oświadczenia woli pro futuro jako instytucja prawna*, PiP 2000, z. 3, s. 4-14; *Lekarz wobec oświadczeń woli pacjenta antycypujących swój stan terminalny* (na tle rozwiązań przyjętych w Szwajcarii, PiM 2001, nr 9, s. 48-53). Istotne informacje o rozwiązaniach przyjmowanych w innych krajach podają A. Suchocka: *Zakres działań lekarskich w fazie sztucznego podtrzymywania życia w prawie polskim i prawie międzynarodowym*, Przegląd Prawa Europejskiego 2001, nr 1 s. 35-57; M. Seroczyńska: *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie*, Kraków 2004, s. 251-350; M. Świdorska: *Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji*, PiM 2006, nr 3, s. 111-118.

których sytuacjach jest dozwolone>”. Jako przesłankę takiej decyzji autor ten uznaje stan odmóżdzenia pacjenta, rozumiejąc pod tym pojęciem występowanie takiego stanu pacjenta, który w świetle aktualnego stanu wiedzy medycznej nie rokuje przywrócenia czynności życiowych. T. Szreter widzi potrzebę stwierdzenia takiego stanu rzeczy przez konsylium¹².

Na rzecz tezy o dopuszczalności rezygnacji ze środków intensywnej terapii powoływane są także dokumenty Kościoła katolickiego, a w szczególności deklaracja papieska o przedłużeniu życia ludzkiego z 1980 roku, w której stwierdza się, że przerwanie stosowania środków intensywnej terapii jest rzeczą godziwą „jeżeli rezultaty zawodzą pokładane w nich nadzieje”, czyli „wkład urządzeń medycznych i personelu jest nieproporcjonalnie duży w stosunku do przewidywanych rezultatów”, a ponadto „stosowane metody przynoszą choremu cierpienia i udręki większe niż korzyści, jakie można dzięki nim uzyskać”¹³.

Istotnego argumentu w dyskusji o prawnym znaczeniu niepodejmowania terapii lub rezygnacji z niej dostarcza E. Zielińska, która jest zdania, że mamy tu do czynienia z pozakodeksowym kontratypem, którego istotę określa Kodeks Etyki Lekarskiej poprzez następujące sformułowanie art. 32:

”1. W stanach terminalnych lekarz nie ma obowiązku podejmowania i prowadzenia reanimacji lub uporczywej terapii i stosowania środków nadzwyczajnych.

2. Decyzja o zaprzestaniu reanimacji należy do lekarza i jest związana z oceną szans leczniczych”.

Nadto, zdaniem tej autorki, kształt tego kontratypu determinowany jest postanowieniami ustawowymi odwołującymi się do godności osobistej człowieka (art. 36 ust.1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry) i prawa do umierania w spokoju i godności (art. 19 ust. 1 pkt 5 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej)¹⁴.

Odmiennej argumentację prezentuje A. Zoll, pisząc: ”Jeśli stojące lekarzowi do dyspozycji środki nie są w stanie uratować życia lub zdrowia ludzkiego albo chociażby zmniejszyć cierpienia pacjenta, to od-

¹² T. Szreter *Problemy etyczne i ekonomiczne w intensywnej terapii*, PiM 1999, nr 1, s. 101.

¹³ Cyt. za: M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze 2000, s. 311.

¹⁴ E. Zielińska: *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, PiM 2000, nr 5, 88-89.

paść musi, wynikający z normy prawnej służącej ochronie tych dóbr, obowiązek lekarza świadczenia usług leczniczych. Norma prawna nie może od człowieka wymagać czegoś, co nie jest on w stanie, jako adresat normy wykonać”¹⁵. W bardzo podobny sposób wypowiada się M. Safjan, wyrażający pogląd, że „lekarz nie ma obowiązku podejmowania – za wszelką cenę wszelkich możliwych starań, które nie przynoszą już żadnych pozytywnych efektów terapeutycznych, a jedynie wydłużanie umierania i cierpień temu towarzyszących. Takie zachowanie lekarza nie może być w konsekwencji kwalifikowane (...) jako spowodowanie śmierci przez zaniechanie (...)”¹⁶.

Tyle sprawozdania. Pora przejść do ocen własnych. Otóż uważam, że:

1. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że pozwolić umrzeć to nie to samo, co zabić. Przecież „pозwolić umrzeć” jest tak pojemne, że obejmuje także bierność tam, gdzie śmierci można było zapobiec, zapewniając godne życie;

2. Przywoływanie dokumentów Kościoła katolickiego nie stanowi argumentu w świeckim, demokratycznym państwie prawa.

3. Treść określonych postanowień Kodeksu Etyki Lekarskiej nie może służyć uzasadnieniu niepodjęcia terapii bądź rezygnacji z niej. Po pierwsze dlatego, że Ogólnopolski Zjazd Lekarzy został uprawniony do ustanawiania zasad etyki lekarskiej, ale zasady te nie mogą ograniczać praw pacjenta, gdyż ustanawianie takich ograniczeń musi się odbywać w aktach prawa powszechnie obowiązującego, rangi co najmniej ustawowej. Po wtóre, Kodeks Etyki Lekarskiej jest ustanawiany przez organ kolegialny, jakim jest Ogólnopolski Zjazd Lekarzy, co sprawia, że nie może tu być mowy o personalnej odpowiedzialności za treść uchwały: stoi za nią bliżej nieokreślona większość. Ponadto art. 32 Kodeksu Etyki Lekarskiej dotyczy tylko stanów terminalnych, podczas gdy omawiany problem jest szerszej natury.

W moim przekonaniu właściwą płaszczyznę dla rozstrzygnięć omawianego tu problemu stanowić może rozwinięcie koncepcji pierwotnej legalności czynności leczniczych. Zgodnie z tą koncepcją lekarz, podejmując w celu leczniczym rozmaite manipulacje na ciele człowieka, nie

¹⁵ A. Zoll: *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, PiM 2000, nr 5, s. 33.

¹⁶ M. Safjan: *Eutanazja a autonomia pacjenta – granice ochrony prawnej*, w: *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 258.

realizuje ani istoty przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej (w przypadku takich działań jak badanie osłuchowe, fizykalne), ani też nie powoduje ujemnych dla zdrowia skutków poprzez działania o charakterze zabiegów (przez które M. Filar rozumie przerwanie ciągłości tkanek lub penetrację, natomiast ja rozumiem zabieg jako działanie o podwyższonym poziomie ryzyka), gdyż jego działanie nie stanowi zamachu na dobro prawne jakim jest życie i zdrowie człowieka. Przeciwnie, występuje działanie na rzecz tego dobra prawnego. **Zamachu na dobro prawne, jakim jest życie człowieka, nie ma także wtedy, gdy lekarz nie podejmuje działania, które – wedle aktualnego stanu wiedzy medycznej – nie ma realnych szans powodzenia, czyli doprowadzenia pacjenta do stanu pozwalającego na godne życie. Podjęcie czy kontynuowanie terapii w takich okolicznościach może nawet stanowić zamach na prawo do godnej śmierci (np. wtedy, gdy jedynie spotęgowało cierpienie, zaś taki rezultat był z góry przesądzony).** Czy takie określenie teoretycznej podstawy braku przestępności niepodjęcia terapii bądź rezygnacji z jej kontynuowania stanowi wystarczającą gwarancję bezpieczeństwa pacjentów i lekarzy? Moim zdaniem: **Nie.** Konieczne jest wskazanie przesłanek, na których taka decyzja powinna być oparta. Jest to istotne zarówno dla poczucia bezpieczeństwa pacjentów, jak i lekarzy. Docelowo podstawowe regulacje powinny być zawarte w ustawie, zaś ich uzupełnieniem powinny być standardy postępowania wynikające z aktualnego stanu wiedzy medycznej. Obecnie sprawą najpilniejszą zdaje się być opracowanie odpowiednich standardów postępowania. **Kto powinien ustalić standardy? Na jakiej podstawie prawnej powinno się to odbywać?** W obecnym stanie prawnym standardy postępowania może na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej ustanawiać minister właściwy do spraw zdrowia:

„Art. 9 (...) 3. Minister właściwy do spraw zdrowia może określić, w drodze rozporządzenia, standardy postępowania i procedury medyczne wykonywane w zakładach opieki zdrowotnej w celu zapewnienia właściwego poziomu i jakości świadczeń zdrowotnych”.

Wedle mojej oceny nie jest to właściwe, gdyż działalność ministerialna jest w dużej mierze dyktowana względami politycznymi. **Standardy postępowania – w tym odnoszące się do niepodejmowania interwencji lub jej niekontynuowania – powinny być określane przez powo-**

ływanych przez towarzystwa naukowe specjalistów najwyższej klasy. Tak to się dzieje w wielu krajach. Ustawa powinna jedynie przesądzić tryb wyłaniania takich biegłych, zasady podejmowania przez nich decyzji i ich modyfikowania stosownie do osiągnięć wiedzy medycznej, czyli aktualizowania. Nieodzowne jest także określenie mechanizmu udostępniania lekarzom ustaleń poczynionych przez biegłych. Jak się wydaje, każdorazowo ustalenia powinny być czynione przez przedstawicieli intensywnej terapii i tej dziedziny medycyny, która zajmuje się schorzeniem będącym przyczyną stanu pacjenta. Jestem sceptyczna, jeśli idzie o ustawowe uregulowanie wskazanych powyżej kwestii, ale nie ma wszak przeszkód, by nawet przy braku ustawowych rozstrzygnięć towarzystwa naukowe przystąpiły do działania. Byłby to istotny krok naprzód.

Jakie sprawy wymagają rozpoznania? W pierwszej kolejności powinna być podjęta kwestia stanu pacjenta uzasadniającego niepodejmowanie terapii lub rezygnację z niej: **czy może to mieć miejsce tylko w stanie terminalnym, czy także wtedy, gdy wprowadzie pacjent nie jest umierający, ale nie ma żadnych szans na poprawę wydolności układów życiowych, gdyż nie można usunąć przyczyny, która tę niewydolność powoduje.** W szczególności ustalenia powinny być poczynione odnośnie pacjentów w stanie wegetatywnym, a więc pacjentów, których funkcja oddychania jest zachowana, funkcjonuje przewód pokarmowy, występują okresy snu i czuwania, ale pacjent nie wykazuje żadnego kontaktu z otoczeniem. Zachodzi potrzeba określenia podstawowego kryterium determinującego analizowane zachowania lekarzy, czyli wypełnienie bardziej konkretną treścią ograniczenia, jakie wynika z pojmowania celu działania lekarza jako przedłużania życia chorego bez przysparzania mu niepotrzebnych cierpień, dając mu szansę na świadome i godne życie. Idzie zatem o to, by nie stosować interwencji, które określa się jako terapeutycznie zbędne i nieleżące w najlepiej pojętym interesie pacjenta, dysproporcjonalne w stosunku do efektów. Jedno z podstawowych pytań, jakie się tu nasuwają, dotyczy wskazania, czy usprawiedliwiona jest jedynie rezygnacja z reanimacji i intensywnej terapii, czy też do metod nadzwyczajnych należy zaliczyć sztuczne karmienie i pojenie.

Na koniec chciałabym ustosunkować się do tezy, że powołaniem le-

karza jest leczyć, a rezygnacja z terapii jest tego zaprzeczeniem. Otóż w 1994 roku w *British Medical Journal* opublikowano pracę, w której zaprezentowane zostały wyniki ankiety skierowanej do 221 lekarzy prowadzących praktykę ogólną (będących odpowiednikami naszych lekarzy rodzinnych) oraz 203 konsultantów, czyli lekarzy pracujących m.in. w szpitalach. Respondentom zadano m.in. pytanie, czy byłiby gotowi przerwać procedurę medyczną podtrzymującą życie u terminalnie chorego w sytuacji, gdy jej kontynuowanie pozwoliłoby przedłużyć życie chorego. Na to pytanie odpowiedziało 97% respondentów, zaś 91% spośród nich udzieliło odpowiedzi twierdzącej i to niezależnie od wyznawanej religii lub bezwyznaniowości¹⁷. Można się spodziewać, że dziś odsetek aprobujących takie postępowanie byłby jeszcze wyższy.

¹⁷ Wrad BJ, Tate PA: *Attitude among NHS doctor to requests for euthanasia*, *British Medical Journal* 1994, 308, 332-334.

Czynność lecznicza jako kontratyp

1. Wprowadzenie

Mimo iż w odległych nam czasach leczenie było sztuką uświęconą, wykonywaną przez obdarzonych autorytetem i bezwzględnym zaufaniem kapłanów i proroków¹, to jednak niemal od zawsze podlegali oni odpowiedzialności za wynik swych medycznych praktyk. Należy przy tym podkreślić, że pierwotny charakter odpowiedzialności lekarskiej miał charakter ściśle penalny². Już jeden z najstarszych zachowanych pomników prawa starożytnego, jakim jest zbiór praw wydany przez króla Hammurabiego, stanowił o karaniu medyków za negatywne skutki leczenia. Przewidywał on m.in. odrąbanie rąk jako sankcję za spowodowanie śmierci lub zniszczenie oka pacjenta³. W starożytnym Egipcie lekarze obowiązani byli leczyć zgodnie ze wskazaniami zawartymi w mających pochodzić od boga Toota tzw. księgach hermetycznych. Opieranie się na tych zapisach dawało lekarzowi ochronę, bowiem uwalniało go od odpowiedzialności za negatywny wynik leczenia. Jednak gdyby nie zastosował się on do nich, wówczas groziły mu surowe kary, włącznie z karą śmierci. Podobnie surową odpowiedzialność przewidywało prawo starożytnej Grecji i Rzymu, przy czym w tym drugim sprawy tego rodzaju weryfikowała specjalna Rada Znawców. Analogicznie rzecz się miała w średniowieczu, gdzie np. prawo Westgotów za spowodowanie

¹ S. Czerwiński: *Zabiegi lekarskie a odpowiedzialność lekarza na tle kodeksu karnego 1932 r.*, Głos Sądownictwa 1933, nr 7-8, s. 433.

² M. Sośniak: *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1977, s. 10.

³ T. Brzeziński (w:) T. Brzeziński (red.): *Historia medycyny*, Warszawa 1995, s. 29.

zgonu pacjenta oddawało medyka do dyspozycji rodziny zmarłego, która mogła z nim postąpić według własnego uznania⁴.

Z biegiem czasu ta surowa odpowiedzialność lekarzy zaczęła się zmieniać w sposób zasadniczy. Działo się to głównie pod wpływem nacisków francuskiego środowiska medycznego, które ostatecznie w 1714 r. doprowadziło do stworzenia przez Parlament w Bordeaux swoistego immunitetu lekarskiego, co w zasadzie spowodowało całkowitą nieodpowiedzialność lekarza, nawet wówczas, gdy udowodniono mu rażące naruszenie zasad wiedzy i niedbały stosunek do swych obowiązków. Ta powstała na gruncie francuskim tendencja rozszerzyła się na Belgię, Holandię, Włochy i kraje anglosaskie⁵. Odcisnęło się to głębokim piętnem na kwestii odpowiedzialności medyków i przez wiele lat zapewniło im nieponoszenie konsekwencji za negatywne skutki leczenia. Jeszcze w 1930 r. Sąd Najwyższy Kanady orzekł, że sędzią lekarza, który działa według swojej wiedzy, sumienia i honoru, może być tylko Bóg⁶. Był to jednak, jak na owe czasy, głos odosobniony, bowiem już od pierwszej połowy XIX wieku coraz silniej akcentowano konieczność karania lekarzy za nieostrożność⁷.

We współczesnym prawie karnym problem odpowiedzialności lekarzy w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi nabiera zupełnie odmiennego oblicza. Zdecydowanie odrzuca się mistyczny i wyjątkowy charakter leczenia, coraz częściej rezygnując przy tym z pojęcia „sztuki lekarskiej” na rzecz oparcia się na uniwersalnych zasadach odpowiedzialności za niezachowanie wymaganej ostrożności. Prowadzi to w prosty sposób do rezygnacji z tworzenia swoistej kategorii odpowiedzialności karnej lekarzy i objęcia ich kryteriami powszechnymi⁸.

W nauce prawa karnego dla uzasadnienia legalności czynności leczniczych wysuwano szereg argumentów. W oparciu o nie budowano różne koncepcje, mające zapewnić wyłączenie lub brak bezprawności w działa-

⁴ W. Grzywo-Dąbrowski: *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem pracy zawodowej*, Warszawa 1958, s. 9.

⁵ J. Sawicki: *W kręgu starych i nowych konfliktów*, Warszawa 1967, s. 15.

⁶ M. Nesterowicz: *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa – Poznań 1972, s. 6.

⁷ J. Sawicki: *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 18.

⁸ M. Filar: *Leczenie: sztuka czy rzemiosło? (nowe polskie lekarские prawo karne) (w:) Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996, s. 58.

niu lekarza, wypełniającym na pierwszy rzut oka znamiona przepisów ustawy karnej. W ten sposób na przestrzeni lat pojawiło się ich bardzo dużo, lecz największe uznanie zyskały cztery z nich, a mianowicie: teorie prawa zwyczajowego, prawa zawodowego lekarza, stanu wyższej konieczności i zgody pacjenta⁹. Teoria prawa zwyczajowego ma podstawę w odwiecznym praktykowaniu zabiegów leczniczych. Jej zwolennicy wskazują na element prawotwórczy, jakim jest cel, który lekarz podejmujący swą działalność stara się osiągnąć. Oparcie się z kolei na prawie zawodowym wynika z przekonania, że skoro państwo dopuszcza działalność lekarską i reguluje ją ustawowo, to tym samym upoważnia do dokonywania w ramach tej działalności wszelkich czynności. Koncepcja stanu wyższej konieczności opiera się na charakterystycznej dla tej instytucji prawa kolizji dóbr (interesów) i polega na tym, iż lekarz ingerujący swoim zachowaniem w sferę prawną pacjenta, chroni go jednocześnie przed większym zagrożeniem, które by nastąpiło, gdyby nie interwencja lekarska. Natomiast teoria zgody pacjenta ma w założeniu myśl, że autonomiczna decyzja woli akceptująca czynność leczniczą wyłącza jej bezprawność karną.

Nie wnikając bliżej w problematykę teoretycznych podstaw legalności czynności leczniczych należy zauważyć, iż wszystkie one są mniej lub bardziej niedoskonałe. Opierają się bowiem na jednoaspektowym spojrzeniu na czynność leczniczą i eksponują jedną ideę, która w sposób ogólny zapewniałaby brak bezprawności działań lekarza. Leczenie natomiast, jako zachowanie oceniane przez pryzmat prawa karnego, jest zjawiskiem wielopłaszczyznowym, nie dającym się zamknąć w proste schematy rozumowania. Ścierają się tu różne wartości, niekiedy pozostające ze sobą w sprzeczności. Dlatego też określenie „podstawy legalności czynności leczniczej” wymaga uwzględnienia szeregu czynników, o których będzie mowa w dalszej części niniejszego opracowania. Trzeba tu jednak podkreślić, że poszukiwanie jednolitej koncepcji, na której opiera się legalność działań lekarza, jest charakterystyczne dla starszego piśmiennictwa. Współcześnie o czynności leczniczej mówi się raczej jako o okoliczności wyłączającej bezprawność karną czynu *sui generis*, funkcjonującej w oparciu

⁹ Zob. np. S. A. Glaser: *Kilka uwag o podstawie prawnej działalności lekarskiej*, Lwów 1920, s. 10-31; A. Liszewska: *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 66-68; S. Popower: *Lekarz (w:) Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. II, red. W. Makowski, Warszawa (bez roku wydania), s. 804-813; J. Sawicki: *Błąd sztuki...*, s. 31-35; J. Śliwowski: *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 154-155.

o kryteria wynikające z przepisów prawa, orzecznictwa, a także głosów doktryny¹⁰. Natomiast o wiele bardziej atrakcyjnym tematem stała się kwestia pierwotnej bądź wtórnej legalności tych czynności.

Koncepcja wtórnej legalności czynności leczniczych oparta jest na klasycznej konstrukcji kontratywu. Zgodnie z nią lekarz, który dokonując zabiegu narusza integralność pacjenta, wypełnia znamiona określonego przepisu ustawy karnej. W ten sposób jego czyn jest pierwotnie bezprawny. Jeżeli jednak był on dokonany przy spełnieniu określonych warunków, dotyczących przede wszystkim celu i sposobu działania, jest on kontratywowany, tj. jego bezprawność karna zostaje wtórnie wyłączona. W tym więc ujęciu lekarz przeprowadzając operację, w zależności od jej charakteru i następstw, realizuje znamiona określonego przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Dopiero później, w razie stwierdzenia, że zabieg ten przeprowadzony został zgodnie z określonymi wymaganiami kontratywu, następuje wyłączenie bezprawności karnej jego zachowania, a w konsekwencji jego legalizacja. Z kolei koncepcja pierwotnej legalności czynności leczniczej zakłada, że czynność ta, jako mająca na celu ratowanie życia i zdrowia, nie może być uznawana za atak na te dobra. W związku z tym każde działanie lecznicze jest od samego początku legalne, pozbawione karnej bezprawności. Może ono jednak utracić swoją pierwotną legalność, jeżeli nie jest przeprowadzone zgodnie z określonymi warunkami. W tej sytuacji następuje jego wtórna bezprawność, co może skutkować odpowiedzialnością karną lekarza.

Do niedawna w polskiej doktrynie prawa karnego koncepcją dominującą była koncepcja wtórnej legalności czynności leczniczych¹¹. Głosy stojące w opozycji do tego stanowiska były wówczas rzadkością¹², lecz z biegiem czasu pojawiało się ich coraz więcej, głównie pod wpływem wypowiedzi A. Zolla¹³, który konsekwentnie zarzucał koncepcji

¹⁰ E. Zielińska: *Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, Studia Iuridica 1988, nr XVI, s. 238.

¹¹ Tak np. I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1980, s. 222; K. Buchała: *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 314-315; M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 243-244; J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk: *Warunki dopuszczalności zabiegu leczniczego i eksperymentu medycznego w świetle nowej ustawy o zawodzie lekarza*, Rzeszowskie Zeszyty Naukowe „Prawo – Ekonomia” 1998, t. XXIII, s. 147-148.

¹² Zob. np. S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 190-191.

¹³ A. Zoll: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 88-89; tenże: *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 6-16; tenże: *Granice legalności zabiegu medycznego*, Prawo i Medycyna 1999, nr 1, s. 32; tenże: *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, Prawo i Medycyna 2000, nr 5, s. 32.

wtórnej legalności czynności leczniczych wewnętrzną sprzeczność. Jednakże wobec argumentacji zwolenników pierwotnej legalności czynności leczniczych można wysunąć szereg istotnych zarzutów¹⁴ i w związku z tym nie widzę powodu, aby odchodzić od tradycyjnej, choć jak się zdaje coraz mniej popularnej, koncepcji wtórnej legalności czynności leczniczych. Jak słusznie stwierdził swego czasu M. Filar¹⁵, tworzenie w zakresie odpowiedzialności karnej lekarza alternatywy w postaci koncepcji pierwotnej legalności zdaje się wynikać z nadmiernej fascynacji efektywnymi, ale w istocie drugorzędnymi rekwizytami działań leczniczych. W istocie bowiem nie chodzi tu o ocenę faktu dokonania przez lekarza określonych czynności technicznych, lecz o ocenę ewentualnych, niekorzystnych następstw tych czynności. Dopiero wówczas pojawia się problem odpowiedzialności karnej za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Chciałbym przy tym podkreślić, że przyjęcie koncepcji kontratypowej nie oznacza podważania kompetencji, czy odmawiania zaufania lekarzom. Trzeba jednak pamiętać, iż lekarz wykonując swoje czynności zawodowe dysponuje środkami, które mogą być równie korzystne, co niebezpieczne dla życia i zdrowia pacjenta. Należy również zauważyć, że bez względu na przyjętą koncepcję legalności czynności leczniczych, poza sporem jest to, iż lekarz działający w celu ratowania życia lub zdrowia nie może odpowiadać karnie za czyny, które formalnie wypełniają znamiona ustawy karnej, lecz realizowane są zgodnie z określonymi warunkami.

Jak już wskazałem, warunki statuujące legalność czynności leczniczych formułowane są w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, a także wypowiedzi doktryny i judykatury. W ten sposób powstał pozakodeksowy kontratyp, którego poszczególne elementy mają różny charakter prawny i w związku z tym ich naruszenie będzie niosło za sobą różne konsekwencje prawnokarne. Zasadniczymi elementami kontratypu czynności leczniczych są: działanie w celu leczniczym oraz zgodnie ze wskazaniami wiedzy i sztuki lekarskiej (*lege artis*). Po spełnieniu tych dwóch warunków czynność nabiera charakteru leczniczego, czego

¹⁴ Szerzej na ten temat zob. M. Filar: *Leczenie: sztuka...*, s. 61-62; tenże: *Recenzja książki A. Zolla „Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu”*, Państwo i Prawo 1990, nr 1, s. 120-121; A. Liszewska: *Odpowiedzialność karna...*, s. 72-73.

¹⁵ M. Filar: *Leczenie: sztuka...*, s. 62-63. Należy jednak zauważyć, iż obecnie autor ten zaakceptował koncepcję pierwotnej legalności czynności leczniczych – zob. M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 95.

konsekwencją jest to, iż osoba ją wykonująca nie może być pociągnięta do odpowiedzialności karnej za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, jeżeli swoim zachowaniem spowodowała negatywne skutki w tym zakresie. Dodatkowo przy ocenie legalności czynności leczniczej należy uwzględnić to, czy została ona wykonana przez osobę uprawnioną i po uzyskaniu zgody prawidłowo udzielonej przez pacjenta. Naruszenie tych przesłanek nie uchybia co prawda charakterowi leczniczemu danej czynności, a więc nie aktualizuje odpowiedzialności karnej za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, czyni jednak zachowanie osoby wykonującej tę czynność bezprawnym, bowiem naruszającym art. 58 ust. 1 lub 2 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyści¹⁶, bądź art. 192 k.k.

2. Cel leczniczy

Określając cel leczniczy należy oprzeć się na pojęciach zdrowia i choroby. Wynika to z istoty omawianej przesłanki legalności czynności leczniczych, którą jest leczenie. Podjęcie leczenia jest przecież możliwe jedynie w związku z chorobą i w konkretnym przypadku może przybrać postać profilaktyki (ogół środków zapobiegających powstawaniu chorób), diagnozy (rozpoznawanie chorób), terapii (metody leczenia chorób *sensu stricto*, tj. likwidacja ich przyczyn i objawów, łagodzenie skutków itp.), bądź rehabilitacji (przywracanie choremu sprawności). W związku z tym bez choroby nie ma leczenia, a tym samym wszelkim czynnościom lekarza podjętym w tej sytuacji trzeba odmówić celu leczniczego. Przy definiowaniu celu leczniczego odrzucić należy kryteria społeczne. Zatem kwestia przywrócenia lub polepszenia zdolności do pracy sama w sobie nie może stanowić celu leczniczego i powinna być rozważana w kategoriach innych czynności lekarskich. Podobnie trzeba się odnieść do łagodzenia cierpień człowieka, zarówno tych psychicznych, jak i fizycznych, jeżeli nie mają one związku z chorobą, w sensie bycia przyczyną lub objawem. W tej sytuacji cierpiący z powodu niepowodzeń życiowych człowiek objęty zostanie czynnościami o charakte-

¹⁶ Tekst jednolity: Dz. U. 2002, Nr 21, poz. 204 ze zm.; dalej jako ust. o zaw. lek.

rze leczniczym jedynie wówczas, gdy ten stan cierpienia będzie zagrażał jego zdrowiu, stając się np. przyczyną zaburzeń psychicznych. Nie będzie natomiast czynnością leczniczą operacja kosmetyczna mająca na celu jedynie poprawę nastroju osoby, która z powodu wad urody nie znajduje uznania wśród osobników płci przeciwnej. Operacja taka z pewnością jest w stanie zlikwidować cierpienie poprzez usunięcie jego przyczyny w postaci skazy na urodzie, jednak jako niemająca związku z zapobieganiem czy zwalczaniem choroby, czynnością leczniczą być nie może¹⁷.

Przy takim ujęciu celu leczniczego kluczowe staje się zdefiniowanie choroby, czyli stanu dającego podstawę do uznania danej czynności za czynność terapeutyczną. Nie jest to zadanie łatwe, bowiem, jak słusznie zauważa M. Filar¹⁸, zjawiska biologiczne nie dają się zredukować do rozłącznych kategorii, dlatego też medycyna niezdolna jest do stworzenia jednoznacznych i kategorycznych punktów granicznych między zdrowiem a chorobą. Brak jest przecież stanu absolutnej choroby bądź absolutnego zdrowia; w tej sytuacji niemożliwe jest znalezienie punktu, w którym kończy się zdrowie, a zaczyna choroba. Dlatego też współczesna medycyna rezygnuje z definiowania pojęcia choroby, koncentrując się na tworzeniu kazuistycznych spisów chorób. Obecnie najważniejszą pozycją tego typu jest Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych.

Chorobę można starać się zdefiniować w sposób negatywny, czyli przeciwstawiając ją pojęciu zdrowia. W takim ujęciu stany człowieka niebędące zdrowiem należałoby uznać za chorobę. Mówiąc o zdrowiu, nie sposób pominąć jego definicji stworzonej przez Światową Organizację Zdrowia (WHO). Zgodnie z nią, zdrowiem jest stan pełnej pomyślności fizycznej, psychicznej i socjalnej, co nie polega jedynie na braku choroby lub niedołęstwa¹⁹. Opierając się na takiej definicji zdrowia, za chorobę należałoby uznać stan, w którym człowiek jest pozbawiony pełnej pomyślności, a więc odczuwa jakikolwiek dyskomfort w sferze życia fizycznego, psychicznego, bądź socjalnego. Takie ujęcie choroby nie może jednak znaleźć zastosowania przy określaniu celu leczniczego. Jest ono

¹⁷ P. Daniluk: *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, Prawo i Medycyna 2005, nr 2, s. 41-42.

¹⁸ M. Filar: *Lekarskie prawo...*, s. 13-14.

¹⁹ <http://www.who.int/about/definition/en>.

bowiem zbyt szerokie i odwołuje się przy tym do kryteriów nieweryfikowalnych obiektywnie, co w zasadzie uniemożliwia zastosowanie go na gruncie prawa, które wymaga stosowania konkretnych określeń i precyzji w klasyfikowaniu zjawisk²⁰. Analizując przyjęte przez WHO kryteria zdrowia nie sposób nie dojść do wniosku, że odwoływanie się przy definiowaniu zdrowia bądź choroby do pojęć pozamedycznych, takich jak np. pomyślność socjalna, prowadzi może jedynie do zamętu pojęciowego. Stawia to pod dużym znakiem zapytania sens jakiegokolwiek definiowania tych zjawisk, skoro i tak ich zakres pojęciowy umożliwiłby niezliczoną ilość interpretacji. Dlatego też jedynymi kryteriami, którymi należy się posługiwać w tym zakresie, są kryteria biologiczno-medyczne wypracowane na gruncie nauk medycznych²¹.

Podsumowując – należy stwierdzić, iż z celem leczniczym mamy do czynienia wówczas, gdy czynność lekarska skierowana jest na chorobę w sensie biologiczno-medycznym i zmierza do jej profilaktyki, diagnozy, terapii, bądź do rehabilitacji osoby dotkniętej jej skutkami. Przy czym obejmuje to zarówno przyczyny choroby (tzw. leczenie przyczynowe), jak też ma charakter tzw. leczenia objawowego, polegającego na usuwaniu i zmniejszeniu objawów choroby, co może mieć postać łagodzenia cierpień fizycznych i psychicznych z nią związanych²².

3. Wskazania wiedzy i sztuki lekarskiej (*lege artis*)

Kolejnym warunkiem legalności czynności leczniczych jest działanie bądź zaniechanie lekarza w oparciu o wskazania wiedzy i sztuki medycznej. Przesłanka ta ma swoje oparcie w art. 4 ust. o zaw. lek., który stanowi, iż lekarz ma obowiązek wykonywać swój zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością. Warunek dzia-

²⁰ Zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 73-74; M. Filar: *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, Prawo i Medycyna 2000, nr 5, s. 61-62.

²¹ M. Filar: *Odpowiedzialność karna...*, s. 62.

²² P. Daniluk: *Cel leczniczy...*, s. 46-47; tenże: *Pozaustawowe nieterapeutyczne (nielecznicze) czynności lekarskie*, Państwo i Prawo 2006, nr 1, s. 67.

łania *lege artis* dotyczy wszystkich czynności lekarza podejmowanych wobec pacjenta, bez względu na stadium i charakter leczenia. Należy się więc nim kierować na etapie profilaktyki, diagnozy, terapii i rehabilitacji, zarówno przy leczeniu przyczynowym, jak i objawowym. To właśnie *lege artis* daje lekarzowi odpowiedź na pytanie, czy leczyć, a jeżeli tak, to jak to czynić. Niezastosowanie się do przyjętych w tym zakresie wskazań wiedzy i sztuki lekarskiej będzie skutkowało niezrealizowaniem przesłanek omawianego kontratypu, a w konsekwencji bezprawnością zachowania lekarza. Sytuacje takie określa się mianem „błąd w sztuce lekarskiej”²³.

Ustalenie zasad *lege artis* odnoszących się do konkretnego przypadku jest zadaniem przedstawicieli nauk medycznych. Tylko oni są w stanie opracować procedury działania, w oparciu o które należy postępować wobec osób dotkniętych określonymi jednostkami chorobowymi. Podstawy tej wiedzy każdy lekarz uzyskuje podczas studiów, gdzie w oparciu o wykłady, podręczniki i zajęcia praktyczne zapoznaje się z tajnikami nauk medycznych. Dalej jest ona poszerzana na kolejnym etapie kształcenia, jakim jest staż podyplomowy, kończący się państwowym egzaminem. Nabyta w ten sposób wiedza szybko jednak staje się nieaktualna, ponieważ medycyna jest nauką cechującą się nieustannym rozwojem i zmiennością akceptowanych przez nią wskazań. Nakłada to na lekarza obowiązek permanentnego dokształcania się i działania w świadomości, że to, co jeszcze parę lat temu było powszechnie uznaną metodą terapii, aktualnie może być uznawane za przestarzałe i zbędne w procesie leczenia. Uzupełnianie wiedzy winno następować w oparciu o źródła sprawdzone, co oznacza, iż nie powinno się przyjmować niepewnych, nowych metod, które nie zyskały jeszcze uznania, bądź nie zostały dostatecznie zweryfikowane w praktyce. Warto przy tym podkreślić, że współczesna medycyna oparta jest na szeregu opracowanych i spisanych standardach i procedurach, ułatwiających zapoznanie się ze współczesnym stanem wiedzy medycznej i akceptowanymi przez nią metodami postępowania. Jest to przejaw tzw. medycyny opartej na dowodach obiektywnych, której standardy postępowania tworzy się na podstawie szerokich i metodycznych przeglądów baz danych z doniesieniami nauko-

²³ Zob. P. Daniluk: *Błąd w sztuce lekarskiej – wybrane problemy*, Prawo i Medycyna 2004, nr 4, s. 45 i n.

wymi, przy których eliminuje się doniesienia jednostkowe, niepotwierdzone, czy niewiarygodne ze względów metodologicznych²⁴.

4. Osoba uprawniona do wykonania czynności leczniczej

Analizując legalność czynności leczniczej przez pryzmat prawa karnego zbadać trzeba, czy została ona przeprowadzona przez osobę posiadającą odpowiednie ku temu uprawnienia. Żeby uzyskać prawo wykonywania zawodu lekarza, należy spełnić szereg warunków o których mowa w ust. o zaw. lek. To one decydują o tym, kiedy dana osoba jest uprawniona do udzielania świadczeń zdrowotnych jako lekarz²⁵. W przypadku gdyby takich uprawnień nie posiadała, a udzielałaby świadczeń zdrowotnych polegających na rozpoznawaniu chorób oraz ich leczeniu, wówczas popełniłaby wykroczenie z art. 58 ust. 1 ust. o zaw. lek. Natomiast gdyby działania te podjęła w celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo wprowadzała w błąd co do posiadania uprawnień, wtedy wypełniłaby znamiona przestępstwa, o którym mowa w art. 58 ust. 2 ust. o zaw. lek.

Karnoprawne znaczenie warunku wykonywania czynności leczniczej przez osobę uprawnioną nie jest ujmowane jednolicie w doktrynie polskiego prawa karnego. Ścierają się tu dwie koncepcje. Zdecydowanie mniej popularna jest ta z nich, która wykonywanie zabiegu przez osobę uprawnioną uznaje za przesłankę *sine qua non* kontratypu czynności leczniczej²⁶. Konsekwencją takiego ujęcia jest to, iż osoba nieuprawniona poniosłaby odpowiedzialność nie tylko na gruncie wskazanych przepisów karnych ust. o zaw. lek., ale także – w zależności od spowodowanego skutku – za określone przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu. Wynika to z tego, że taki zabieg już przez to, iż wykonała go osoba

²⁴ Zob. M. Bała, J. Pomadowski: *Jak powstają wytyczne postępowania w praktyce lekarskiej*, Służba Zdrowia 2000, nr 36-37, s. 8-11; M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, Prawo i Medycyna 1999, nr 3, s. 55-56; M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta...*, s. 154, 158, 165-168.

²⁵ Poza zakresem moich rozważań pozostawiam, inne niż lekarz, podmioty uprawnione do udzielania niektórych świadczeń zdrowotnych tj. felczera, położną i pielęgniarkę.

²⁶ Tak m.in. J. Bafia: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 193-194; K. Buchała: *Prawo karne...*, s. 314; L. Wilk: *Odpowiedzialność karna za błąd leczniczy*, Problemy Praworządności 1987, nr 4, s. 33; W. Wolter: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 197.

nieuprawniona, jest zabiegiem bezprawnym. Nie ma przy tym znaczenia rzeczywisty poziom kompetencji osoby go wykonującej, a także to, czy wykonano go zgodnie z prawidłami wiedzy i sztuki lekarskiej oraz po uzyskaniu zgody pacjenta. Tak więc wystąpienie jakichkolwiek negatywnych skutków takiej bezprawnej czynności wymaga poniesienia przez sprawcę odpowiedzialności karnej za ich spowodowanie.

Powyższe stanowisko spotkało się ze zdecydowaną krytyką większości przedstawicieli nauki prawa²⁷.

W nowszym piśmiennictwie na ten temat wypowiada się m.in. M. Filar²⁸, który podkreśla, iż to, że daną czynność wykonuje osoba niemająca ku temu formalnych uprawnień, nie zmienia automatycznie leczniczego charakteru tej czynności, jeżeli wykonujący ją zachował wszelkie niezbędne wymogi jej legalności, a zwłaszcza wskazania wiedzy i sztuki lekarskiej. Autor w swojej wypowiedzi przywołuje uchwałę Sądu Najwyższego (SN) z 31 sierpnia 1995 r.²⁹, która, jak się wydaje, jest zgodna z jego stanowiskiem. SN stwierdził w niej bowiem, iż rozpoznawanie, leczenie, zapobieganie chorobom, a także wydawanie orzeczeń lekarskich jest wykonywaniem zawodu lekarza, niezależnie od tego, czy działania te są podejmowane przez lekarza, czy też przez osobę nie posiadającą takich kwalifikacji. Stanowisko to jest właściwe w tym zakresie, iż dopuszcza ono leczenie poza formalnymi strukturami służby zdrowia i nie odmawia takim czynnościom charakteru leczniczego. Jest to słuszne tym bardziej, że przecież w niektórych sytuacjach każdy jest zobowiązany, pod groźbą sankcji karnej przewidzianej w art. 162 k.k., podjąć czynności lecznicze w celu ratowania życia i zdrowia innego człowieka. Mimo to SN idzie w swoich poglądach zbyt daleko, zrównując w zasadzie każdą czynność leczniczą z wykonywaniem zawodu lekarza³⁰.

Stanowisko, zgodnie z którym wykonanie czynności przez osobę niemającą do tego formalnych uprawnień nie wyklucza jej leczniczego cha-

²⁷ Zob. np. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta...*, s. 95-96; A. Gubiński: *Czynności lecznicze, przerywanie ciąży, zabiegi kosmetyczne*, Nowe Prawo 1960, nr 6, s. 778; tenże: *Komentarz do Kodeksu etyki lekarskiej*, Warszawa 1993, s. 11-12; tenże: *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 45; S. Popower: *Lekarz...*, s. 813-814; J. Śliwowski: *Prawo karne...*, s. 156.

²⁸ M. Filar: *Lekarskie prawo...*, s. 100-102; M. Filar (w:) M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski: *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 137.

²⁹ I KZP 20/94, OSP 1995, nr 2, poz. 40.

³⁰ Zob. G. Rejman: *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 31 sierpnia 1994 r. (I KZP 20/94)*, OSP 1995, nr 2, s. 85-88.

rakteru, jest słuszne. Istota czynności leczniczej zawiera się bowiem w celu leczniczym oraz w jego realizacji zgodnie ze wskazaniami wiedzy i sztuki medycznej. Po spełnieniu tych dwóch warunków czynność nabiera charakteru leczniczego, czego konsekwencją jest to, iż osoba ją wykonująca nie może być pociągnięta do odpowiedzialności karnej za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, jeżeli swoim zachowaniem spowodowała negatywne skutki w tym zakresie. Wykonanie czynności leczniczej przez osobę nieuprawnioną nie wpływa w żaden sposób na stwierdzenie jej nieterapeutycznego charakteru. Zakaz takich praktyk służy bowiem jedynie ochronie pacjentów przed działaniem osób niekompetentnych, bądź nawet kompetentnych, lecz – z różnych względów – pozbawionych prawa wykonywania zawodu³¹. Naruszenie tego zakazu niesie za sobą określone konsekwencje, w tym wynikające z przepisów karnych ust. o zaw. lek., nie ma to jednak znaczenia dla oceny istnienia celu leczniczego i prawidłowości jego zrealizowania. Należy przy tym pamiętać, że mówiąc o osobie niemającej uprawnień do wykonywania zawodu lekarza na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, trzeba mieć na myśli nie tylko różnej maści szarlatanów, „cudotwórców” czy znachorów, ale także wysoko wykwalifikowanych lekarzy zagranicznych, którzy nie uzyskali prawa do działania w naszym kraju, bądź lekarzy praktykujących, ograniczonych – na mocy art. 12 ust. 3 ust. o zaw. lek. – w wykonywaniu ściśle określonych czynności medycznych ze względu na swój stan zdrowia.

5. Zgoda pacjenta

Kolejnym elementem, który należy zweryfikować przy badaniu legalności czynności leczniczej, jest zgoda pacjenta na jej wykonanie. Przełamanie tej zgody może być podstawą odpowiedzialności z art. 192 k.k. Afirmacja zgody pacjenta jest wyrazem poszanowania jego autonomii, a także ochrony godności, prywatności i integralności cielesnej. To właśnie szacunek dla prawa osoby leczonej do decydowania o swoim losie powinien być jedną z podstawowych zasad, którą

³¹ A. Gubiński: *Komentarz do Kodeksu...*, s. 12.

musi kierować się lekarz podczas wykonywania zawodu. Nikt bowiem nie przyznał mu ogólnego uprawnienia do leczenia bliźnich bez ich zgody, czy wbrew ich woli. Należy o tym pamiętać nawet wówczas, gdy przyzna się, iż lekarz z racji wykonywania swojego zawodu winien posiadać lepsze rozeznanie w tym, jakie postępowanie leży w interesie zdrowia jednostki³². Takie podejście do procesu leczenia stanowi zasadniczy element tzw. partnerskiego modelu stosunków pacjent – lekarz, charakterystycznego dla współczesnej medycyny. Cechuje się on wzmocnieniem roli chorego, który staje się przez to pełnoprawnym i równorzędnym lekarzowi podmiotem, podejmującym wspólnie z nim świadome decyzje dotyczące własnego zdrowia. Jest to odejście od królującego przez wieki w medycynie paternalizmu, gdzie lekarz był wyrocznią i wszechwiedzącym autorytetem, zaś pacjenta sprowadzano do roli przedmiotu jego czynności³³.

Na zmiany w stosunkach pacjent – lekarz należy patrzeć w szerszym kontekście przemian współczesnego życia społecznego. Wraz z postępującymi procesami demokratyzacji, związanymi z przyznawaniem coraz szerszego wachlarza praw i wolności jednostce, trudno oczekiwać, aby obywatel w zetknięciu z medycyną godził się na umniejszenie swoich uprawnień, które określają go jako autonomiczny podmiot³⁴. Nieuwzględnianie woli pacjenta w procesie leczenia jest właściwe dla politycznych systemów totalitarnych lub wykazujących tendencję do totalitaryzmu. W nich to bowiem jednostka jako członek narodu lub klasy jest zobowiązana do pełnej dyspozycyjności w stosunku do państwa, w tym także do utrzymania swego zdrowia, przy czym jest to obowiązek nie tylko natury moralnej, ale także prawnej. W takim układzie życie i zdrowie człowieka są w pierwszym rzędzie dobrami o znaczeniu społecznym, a w związku z tym nie mogą być one przedmiotem jego swobodnej dyspozycji. Ochrona ich jest więc legitymowana dobrem ogółu, a nie dobrem pacjenta, którego zgoda nie jest tu warunkiem legalności zabiegu³⁵.

³² J. Sawicki: *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 74.

³³ P. Daniluk: *Kilka uwag o zgodzie pacjenta na czynność leczniczą*, *Przegląd Urologiczny* 2005, nr 2, s. 45.

³⁴ T. M. Zielonka: *Od paternalizmu do partnerstwa*, *Medycyna po Dyplomie* 1998, nr 10, s. 17.

³⁵ A. Zoll: *Zgoda pacjenta jako warunek legalności leczenia (w:) Prawa pacjenta a postawa lekarza*, Kraków 1996, s. 9-10.

W doktrynie i orzecznictwie³⁶ przyjmuje się, iż zgoda na czynność leczniczą ma istotne znaczenie w zakresie odpowiedzialności lekarza za jej wynik, pacjent bowiem w ten sposób, oprócz nadania zabiegowi cechy zgodności z prawem, akceptuje jego ryzyko i przejmuje je na siebie. Należy także pamiętać, że partnerstwo w medycynie, oprócz swego wymiaru moralnego i prawnego, ma również istotne znaczenie terapeutyczne. Otóż właściwe porozumienie lekarza z chorym decyduje o skuteczności działań i zaleceń medycznych, a edukacja pacjenta oraz jego aktywny udział w procesie leczenia i zapobiegania skutkom choroby przynosi wymierne efekty zdrowotne³⁷.

Poszanowanie woli pacjenta, stanowiące warunek legalności czynności leczniczych, ma swoje umocowanie w szeregu aktów prawnych. W pierwszej kolejności należy wskazać art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma zapewnioną nietykalność osobistą i wolność osobistą, ulegającą wyłączeniu lub ograniczeniu tylko na zasadach i w trybie przewidzianym w ustawie. Konkretyzację tego przepisu w zakresie działań lekarza znajdujemy w art. 32 ust. 1 ust. o zaw. lek. Stanowi on, że lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta. Przy czym w razie wykonywania zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta, lekarz powinien uzyskać zgodę w formie pisemnej (art. 34 ust. 1 ust. o zaw. lek.). Zgoda chorego na udzielanie świadczeń zdrowotnych wyeksponowana jest także w ustawie z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej³⁸, która w art. 19 ust. 1 pkt 3 uznaje ją za jedno z podstawowych praw pacjenta³⁹. Warto zwrócić również uwagę na art. 5 Europejskiej Konwencji Bioetycznej⁴⁰, zgodnie z którym dokonanie jakiegokolwiek interwencji w dziedzinie zdrowia możliwe jest jedynie po udzieleniu przez osobę zainteresowaną swobodnej i świadomej zgody.

³⁶ Tak m.in. M. Filar: *Lekarskie prawo...*, s. 266; J. Ignaczewski: *Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003, s. 14; A. Kołodziej: *Stopień autonomii woli pacjenta na tle ustawy o zawodzie lekarza i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, *Prawo i Medycyna* 2002, nr 11, s. 74; wyrok SN z 28 sierpnia 1972 r., II ČR 296/72, OSN 1973, nr 5, poz. 86.

³⁷ T. M. Zielonka: *Od paternalizmu...*, s. 18.

³⁸ Dz. U. 1991, nr 91, poz. 408 ze zm.

³⁹ Zob. także art. 21 ust. 1 te same ustawy.

⁴⁰ Tekst konwencji w języku angielskim dostępny jest na stronie internetowej Rady Europy: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>. Nie została ona ratyfikowana przez Polskę.

Zgoda na czynność leczniczą, aby mieć prawne znaczenie, musi pochodzić od podmiotu uprawnionego do jej udzielenia. Kwestię tę regulują przede wszystkim art. 32 i 34 ust. o zaw. lek. Zgodnie z ich treścią można mówić o czterech rodzajach zgody na czynność leczniczą. Pierwszy z nich to zgoda udzielana bezpośrednio przez samego pacjenta. Mamy z nią do czynienia wówczas, gdy pacjent jest pełnoletni i zdolny do świadomego jej wyrażenia. Przy czym niezdolność do świadomego wyrażenia zgody jest kryterium nie tyle prawnym, co faktycznym i obejmuje przypadki, gdy pacjent znajduje się w takim stanie, który stoi na przeszkodzie w odbieraniu przezeń bodźców z otoczenia i reagowania na nie w sposób adekwatny. Może to być spowodowane np. nietrzeźwością, stanem odurzenia narkotycznego, wpływem leków upośledzających sprawność psychiczną⁴¹. W wypadku gdy pacjent nie spełnia powyższych warunków, powstaje konieczność uzyskania zgody od innych podmiotów, co pozwala mówić o zgodzie zastępczej, kumulatywnej i sądowej.

Jeżeli mają być wykonane badania lub inne świadczenia zdrowotne, które nie noszą cech zabiegu operacyjnego lub metody leczenia albo diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta, wówczas uprawnionym do udzielenia zgody jest jego przedstawiciel ustawowy (zgoda zastępcza), a jeżeli nie ma on takiego przedstawiciela lub porozumienie się z nim nie jest możliwe, wtedy zgoda udzielana jest przez sąd opiekuńczy (zgoda sądowa). Zgodę zastępczą może ponadto wyrazić opiekun faktyczny pacjenta⁴², co dotyczy sytuacji, gdy zachodzi potrzeba przeprowadzenia badania. Jeżeli natomiast pacjent nie ma ani przedstawiciela ustawowego, ani też opiekuna faktycznego, bądź porozumienie się z nimi nie jest możliwe, lekarz może przeprowadzić badania, jednakże przed przystąpieniem do udzielania dalszych świadczeń zdrowotnych musi uzyskać zgodę sądu opiekuńczego. W przypadku pacjentów ubezwłasnowolnionych całkowicie, zgodę zastępczą wyraża ich przedstawiciel ustawowy, jednak jeżeli pacjent taki jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie badania, konieczne jest ponadto uzyskanie jego zgody (zgoda kumulatywna). Ze zgodą kumu-

⁴¹ T. Dukiet-Nagórska: *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, Prawo i Medycyna 2000, nr 6-7, s. 83.

⁴² Zob. art. 31 ust. 8 ust. o zaw. lek.

latywną mamy ponadto do czynienia w wypadku pacjenta małoletniego, który ukończył 16 lat.

Ustawa rozstrzyga także możliwy do wystąpienia konflikt pomiędzy pacjentem a jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym. Stanowi ona mianowicie, iż w razie gdy pacjent małoletni (który jednak ukończył już 16 lat), ubezwłasnowolniony, chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznanieniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody, wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego.

Nieco odmiennie przedstawiają się reguły udzielania zgody na zabieg operacyjny i zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. Lekarz może bowiem wykonać takie czynności wobec pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody po uzyskaniu zgody jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma takiego przedstawiciela lub porozumienie się z nim jest niemożliwe, wówczas zezwolenia udziela sąd opiekuńczy. Należy pamiętać, że w przypadku gdy małoletni pacjent ukończył 16 lat, wymagana jest dodatkowo także i jego zgoda. Również przy tego rodzaju czynnościach leczniczych może wystąpić konflikt pomiędzy pacjentem a jego przedstawicielem ustawowym, co ustawa reguluje analogicznie jak przy czynnościach nienoszących cech zabiegu operacyjnego lub metody leczenia albo diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta.

Przy odbieraniu zgody od podmiotu uprawnionego należy pamiętać o konieczności zachowania wymaganej przez prawo formy. Zasada jest, iż zgoda może być wyrażona ustnie albo nawet poprzez takie zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym (art. 32 ust. 7 ust. o zaw. lek.). Jednakże w przypadkach zabiegów operacyjnych oraz metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, zgoda winna być wyrażona w formie pisemnej (art. 34 ust. 1 ust. o zaw. lek.). Wymóg zachowania formy pisemnej należy tu traktować jako wymóg *ad probationem*. Oznacza to, iż jej niedochowanie nie skutkuje nieważnością zgody, lecz jedy-

nie ma znaczenie przy udowadnianiu tego, czy została ona faktycznie udzielona⁴³.

Mimo iż polskie ustawodawstwo medyczne w zasadzie nie reguluje problematyki cofnięcia udzielonej uprzednio przez chorego zgody na czynność leczniczą⁴⁴, nie powinno ulegać żadnej wątpliwości, że możliwość taka istnieje⁴⁵. Skoro bowiem zgoda, jako warunek legalności czynności leczniczej, ma swoje uzasadnienie w poszanowaniu autonomii pacjenta, to z poszanowania tej autonomii wynika także obowiązek uwzględniania woli pacjenta, który decyduje się na wycofanie wcześniej udzielonej zgody. Warto przy tym wskazać, iż milczenie polskiego ustawodawcy na temat odwołalności zezwolenia na zabieg, co należy zresztą uznać za lukę w prawie, nie jest tendencją światową i w dokumentach międzynarodowych można znaleźć zapisy dotyczące tego problemu. Na prawo chorego do cofnięcia udzielonej wcześniej zgody na interwencję medyczną wskazuje np. art. 5 Konwencji Bioetycznej, który umożliwia uczynienie tego w każdym czasie. W sprawozdaniu wyjaśniającym do Konwencji Bioetycznej stwierdzono, iż swoboda zgody implikuje swobodę jej cofnięcia w każdej chwili, zaś decyzja pacjenta powinna być w tym zakresie uszanowana, przy czym musi to nastąpić po pełnym poinformowaniu go o konsekwencjach odwołania zgody. Sprawozdanie wyjaśniające wskazuje jednak, że zasada ta nie oznacza, iż np. cofnięcie zgody przez chorego w toku zabiegu miałyby być zawsze uszanowane. Sprzeciwiać się temu bowiem mogą obowiązki, reguły postępowania i standardy zawodowe, które zobowiązują lekarza do kontynuowania interwencji medycznej celem uniknięcia poważnego ryzyka dla zdrowia pacjenta. Stwierdzenie to jest na tyle ogólne, że trudno się do niego odnieść, należy jednak podkreślić, iż to autonomia chorego i poszanowanie jego woli powinny stanowić podstawową zasadę postępowania lekarza podczas wykonywania zawodu.

⁴³ Zob. np. J. Ciszewski: *Prawa pacjenta w aspekcie odpowiedzialności lekarza za niektóre szkody medyczne*, Gdańsk 2002, s. 48; D. Karkowska: *Prawa pacjenta*, Warszawa 2004, s. 351; S. Krześ (w:) M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski: *Odpowiedzialność lekarzy...*, s. 25; wyrok SN z 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/05, OSP 2007, nr 7-8, poz. 83 z glosą P. Daniluka.

⁴⁴ Jest to przedmiotem regulacji tylko w przypadku eksperymentu medycznego (art. 27 ust. o zaw. lek.).

⁴⁵ Tak m.in. M. Balicki: *Prawa pacjenta – wybrane zagadnienia* (w:) *Szkoła praw człowieka. Teksty wykładów*, zeszyt 5, Warszawa 1998, s. 82-83; T. Dukiet-Nagórska: *Świadoma zgoda...*, s. 86; R. Kędziora: *Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 7-8, s. 46.

Marcin Śliwka

Prawo pacjenta do świadczenia opieki zdrowotnej w stanie nagłym

1. Limitowanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz kolejność ich udzielania

Prawo do ochrony zdrowia jest wartością chronioną konstytucyjnie¹. Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne powinny zapewnić równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, iż prawo to przysługuje pacjentom w granicach określonych przez ustawę.

Problematyka dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej została w podobnym tonie uregulowana także w licznych aktach międzynarodowych. Art. 5 ust. 1 Międzynarodowej Deklaracji Praw Pacjenta przyznaje każdemu prawo do świadczeń opieki zdrowotnej odpowiadających indywidualnym potrzebom. Także inne akty prawa międzynarodowego zawierają podobne sformułowania².

Dynamiczny rozwój medycyny oraz wzrost kosztów opieki wiąże się z potrzebą limitowania dostępu do opieki zdrowotnej. Z tych względów w dniu dzisiejszym na równi z prawem do otrzymania świadczenia traktuje się prawo uczestnictwa w sprawiedliwej i rzetelnej procedurze

¹ Art. 68 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 r., nr 78, poz. 473 ze zm.).

² Por. m.in.: art. 1 Deklaracji Lizbońskiej, art. 3 Europejskiej Konwencji Bioetycznej, art. 11 Europejskiej Karty Społecznej.

oczekiwania na pomoc. Art. 3 Europejskiej Konwencji Bioetycznej (podpisanej przez Polskę, lecz jeszcze nie ratyfikowanej), nakazuje Stronom, po uwzględnieniu potrzeb zdrowotnych oraz dostępnych środków, podjęcie stosownych działań w celu zapewnienia sprawiedliwego dostępu do świadczeń opieki medycznej o właściwej jakości. Podobne rozwiązania stosuje ustawodawca polski. W chwili obecnej na Narodowym Funduszu Zdrowia spoczywa obowiązek działania na rzecz ubezpieczonych (oraz osób uprawnionych na podstawie przepisów o koordynacji), przy jednoczesnym utrzymaniu dyscypliny finansowej. Liczne zapisy ustawy z dn. 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2004, nr 210, poz. 2135 z późn. zm.) nie tylko umożliwiają, ale wręcz nakładają na Fundusz obowiązek limitowania dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 97 ust. 3 pkt 1 ustawy do zakresu działania Funduszu należy określić jakość i dostępności oraz analiza kosztów świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Obowiązek prowadzenia działalności zrównoważonej w zakresie przychodów i kosztów wynika z art. 113-131. Zgodnie z art. 132 ust. 4 świadczenia opieki zdrowotnej nieokreślone w umowie o udzielanie opieki zdrowotnej mogą zostać sfinansowane przez Fundusz wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Art. 132 ust. 5 przewiduje, iż wysokość łącznych zobowiązań Funduszu wynikających z zawartych ze świadczeniodawcami umów nie może przekroczyć wysokości kosztów przewidzianych na ten cel w planie Funduszu.

Także postanowienia ustawy o zakładach opieki zdrowotnej z 30.08.1991 r. (tekst jednolity Dz. U. 2007, nr 14, poz. 89 z późn. zm.) wskazują, iż ustawodawca zdaje sobie sprawę z konieczności ograniczania prawa pacjentów do opieki zdrowotnej. Art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy przyznaje wprawdzie prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej, jednak w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń pacjentowi przyznano jedynie prawo do korzystania z rzetelnej, opartej na kryteriach medycznych procedury, ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń. Są to prawa równorzędne. Art. 19 ustawy o z.o.z., uzupełniony postanowieniami ustawy zdrowotnej, zawiera równe dla wszystkich

warunki i zasady udzielania świadczeń zdrowotnych. Zapisy te czynią zadość wymaganiom zawartym w art. 68 ust. 2 Konstytucji. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie³ w wyroku wydanym jeszcze na gruncie ustawy o powszechnych ubezpieczeniach zdrowotnych (p.u.z.): „Ustawodawca zatem wprost przewidział dopuszczalność istnienia tzw. „kolejki medycznej” – również z powodu ograniczoności środków finansowych w przypadku gdy jest to możliwe ze względów zdrowotnych. Zatem odpowiedzialność finansowa Kasy Chorych za udzielone uprawnionym świadczenia zdrowotne nie może być nieograniczona, bo czyniłoby to bezprzedmiotowym zawarte umowy – z ich ograniczeniami finansowymi i kwotowymi”.

2. Stan nagły oraz stan nagłego zagrożenia zdrowotnego jako przesłanka natychmiastowego udzielenia świadczenia opieki zdrowotnej

Konieczność limitowania świadczeń zdrowotnych oraz obowiązywanie procedur regulujących dostęp do opieki nie oznacza, iż pacjent wymagający natychmiastowej pomocy medycznej nie uzyska jej w odpowiednim czasie. W takim wypadku nie znajdują zastosowania normy prawne regulujące zagadnienie kolejności udzielania świadczeń planowych, jak i limity na wykonanie świadczeń, wynikające z umów zawartych między Funduszem a świadczeniodawcami.

Obowiązek udzielenia świadczenia opieki zdrowotnej w stanie nagłym został uregulowany w czterech aktach prawnych rangi ustawowej:

- ustawie z dn. 30.08.1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jednolity Dz. U. 2007, nr 14, poz. 89 z późn. zm.) – dalej ustawa o z.o.z.,
- ustawie z dn. 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. 2005, nr 175, poz. 1461 z późn. zm.) – dalej ustawa o zaw. lek.,
- ustawie z dn. 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2004, nr 210, poz. 2135 z późn. zm.) – dalej ustawa zdrowotna,

³ Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 29.VI.2004 r., I ACa 1/04, Apel. W-wa 2005 r., nr 2, poz. 14.

– ustawie z dn. 8.09.2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz. U. 2006, nr 191, poz. 1410 z późn. zm.) – dalej ustawa o ratownictwie medycznym.

Powoływane ustawy nakazują udzielić pacjentowi świadczenia w sytuacji nagłej, bez względu na opisane we wstępie procedury dostępu do opieki medycznej.

Ustawa o z.o.z. w art. 7 przewiduje, iż zakład opieki zdrowotnej nie może odmówić świadczenia zdrowotnego osobie, która potrzebuje natychmiastowego udzielenia takiego świadczenia ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia. Szerzej zagadnienie to uregulowano w ustawie o zaw. lek., która to nakazuje lekarzowi udzielać pomocy w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dn. 4.01.2007 r.⁴ podkreślił, iż: „Świadczeniami zdrowotnymi, o których mowa w art. 7 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (...) oraz w 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”.

Dla prawidłowej wykładni cytowanych przepisów zasadnicze znaczenie mają art. 5 pkt 33, art. 19 oraz art. 60 ustawy zdrowotnej w związku z art. 3 pkt 8 ustawy o ratownictwie medycznym. Ustawa zdrowotna nakazuje w stanach nagłych udzielać świadczeń zdrowotnych bez wymaganego skierowania, z pominięciem procedur dostępowych (art. 19 i 60). W przypadku gdy świadczenia opieki zdrowotnej w stanie nagłym udzielone zostały przez świadczeniodawcę, który nie zawarł umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, świadczeniobiorca ma prawo do tych świadczeń w niezbędnym zakresie. Ustawa zdrowotna nie definiuje stanu nagłego, odsyłając do art. 3 pkt 8 ustawy o ratownictwie medycznym, w którym mowa o stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego. Podkreślenia wymaga, iż są to pojęcia tożsame. Tym bardziej nie-

⁴ V CSK 396/06, Biul. SN 2007/4/15.

zrozumiała jest intencja ustawodawcy, który dla określenia tych samych zdarzeń posługuje się dwoma odrębnymi terminami. Zarówno przez stan nagły, jak i przez stan nagłego zagrożenia zdrowotnego, należy rozumieć stan polegający na nagłym lub przewidywanym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenie ciała lub utrata życia, wymagający podjęcia natychmiastowych czynności ratunkowych i leczenia⁵. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 17.11.2005 r.⁶ powiedział, iż „przyjęty w art. 60 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 ze zm.) termin „stan nagły” nie może być rozumiany inaczej, niż określa to art. 3 pkt 1 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym w związku z art. 5 pkt 33 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, a jeżeli tak, to należy rozumieć, że sam fakt przyjęcia pacjenta bez skierowania właściwego lekarza do szpitala, z pominięciem procedury określonej w art. 20 ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, oznacza, że pacjent znajduje się w stanie, w którym odmówienie pomocy medycznej może skutkować utratą zdrowia lub życia, a więc w stanie nagłym, wymagającym niezwłocznego udzielenia świadczenia, o czym stanowi art. 19 ust. 1 ustawy o świadczeniach (...), chyba że z dokumentacji lekarskiej sporządzonej w dniu przyjęcia wynika co innego”.

Uważam, iż także pojęcia, którymi operuje ustawodawca w art. 7 ustawy o z.o.z. oraz w art. 30 ustawy o zaw. lekarza należy interpretować w związku z art. 3 pkt 8 ustawy o ratownictwie medycznym. Taki kierunek interpretacyjny pozwoli z jednej strony na uniknięcie wątpliwości co do zakresu prawa pacjenta do świadczenia zdrowotnego, a z drugiej doprecyzuje prawo świadczeniodawcy do uzyskania wynagrodzenia od Funduszu.

W konsekwencji do pierwszego elementu stanu nagłego zagrożenia zdrowotnego należy zaliczyć niebezpieczeństwo utraty życia, przewidziane we wszystkich omawianych aktach prawnych.

⁵ Przez medyczne czynności ratunkowe należy rozumieć świadczenia opieki zdrowotnej udzielane w warunkach pozaszpitalnych, udzielane w celu ratowania osoby w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego.

⁶ VI SA/Wa 1003/2005, LEX nr 192536.

Większych wątpliwości nie powinno także wzbudzać pojęcie uszkodzenia ciała, występujące zarówno w ustawie o ratownictwie medycznym, jak i w ustawie o zaw. lek. Pomocne w tym zakresie powinno być orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa cywilnego na tle art. 444 § 1 oraz 445 § 1 kodeksu cywilnego. Przykładowo, w wyroku z dn. 12.03.1975 r.⁷ Sąd Najwyższy podkreślił, iż: „Uszkodzeniem ciała w rozumieniu art. 444 § 1 i 445 § 1 k.c. jest takie oddziaływanie na ciało ludzkie, które pozostawia na nim wyraźny ślad będący wynikiem naruszenia tkanek organizmu, bez względu na to, czy chodzi o uszkodzenie jedynie powierzchowne, czy też uszkodzenie poważne, np. powiązane ze złamaniem kości, uszkodzeniem mięśni itp.”⁸. W nauce podkreśla się, iż istotą są tu zmiany anatomiczne skutkujące naruszeniem czynności narządu ciała. Polegać ono może także na uszkodzeniu narządów wewnętrznych⁹. Akceptując ten kierunek wykładni należy pamiętać, iż uszkodzenie ciała w rozumieniu omawianych aktów prawnych powinno mieć charakter poważny lub ciężki.

Pewne wątpliwości może wywoływać użyte w art. 3 pkt 8 pojęcie poważnego uszkodzenia funkcji organizmu. Ustawa o zaw. lek. posługuje się pojęciem niebezpieczeństwa ciężkiego rozstroju zdrowia, podczas gdy ustawa o z.o.z. operuje szerokim pojęciem zagrożenia zdrowia. Wydaje się, iż w dwóch pierwszych przypadkach chodzi o niebezpieczeństwo wystąpienia rozstroju zdrowia, w znaczeniu przyjętym przez orzecznictwo SN. W takim wypadku sformułowanie użyte w ustawie o z.o.z. powinno zawierać w sobie zarówno rozstrój zdrowia, jak i uszkodzenie ciała. Przez rozstrój zdrowia należy rozumieć takie oddziaływanie na organizm ludzki, które pociąga za sobą zakłócenie jego funkcji¹⁰. Występuje on często w związku z uszkodzeniem ciała, jednak w pewnych wypadkach może przybrać postać samoistną (nerwica, zatrucie, depresje psychiczne itp.)¹¹.

⁷ II CR 18/75, LEX nr 7669. Zob. też orz. SN z dn. 4.VII.1969 r., I PR 178/1969, OSNC 1970 r., nr 4, poz. 71, orz. SN z dn. 9.VIII.1974 r., II CR 396/74, OSNC 1975 r., nr 5, poz. 86.

⁸ Por. A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową*, Bydgoszcz 1998 r., s. 140, Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006 r., s. 250, M. Safjan, *Kodeks cywilny Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. 1, Warszawa 2002 r., s. 1018, A. Cisek, *Kodeks cywilny Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2004 r., s. 1124.

⁹ Zob. M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*, Toruń 2007 r., s. 113-114, G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, t. 1, Warszawa 1999 r., s. 393.

¹⁰ Zob. orz. SN z dn. 12.III.1975 r., II CR 18/75, LEX nr 7669.

¹¹ Por. orz. SN z dn. 24.II.1971 r., II CR 619/70, OSNC 1971 r., nr 10, poz. 182. Zob. J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975 r.

Oceniając, czy w danym przypadku miał miejsce stan nagły, należy odwoływać się do kryteriów obiektywnych. Sąd Najwyższy w wyroku z 15.11.2003 r.¹² podkreślił, iż: „w żadnym razie nie można aprobować formułowanej w kasacji tezy, że każde świadczenie spełniane w warunkach subiektywnego odczucia zagrożenia dla życia lub zdrowia zgłaszających się do powoda osób było świadczeniem przewidzianym w art. 7 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Przyjęcie takiego stanowiska prowadziłoby do zaakceptowania udzielania świadczeń zdrowotnych bez potrzeby i nieograniczonego zwiększania kosztów opieki zdrowotnej”¹³.

3. Prawo pacjenta do świadczenia zdrowotnego na podstawie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o zakładach opieki zdrowotnej

W umowie między NFZ a świadczeniodawcą, strony, działając w ramach zasady swobody umów, mogą określić zakres oraz ilość finansowanych świadczeń¹⁴. Jeszcze na gruncie ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym Sąd Najwyższy orzekł¹⁵, iż umowa określa jedynie minimalne postanowienia umowy, lecz nie ogranicza stron w możliwości wprowadzania do niej dalszych postanowień, które uznały one za istotne i niezbędne. „Strony mogły to uczynić, a mianowicie przez określenie w umowie nie tylko ogólnej liczby zakupionych świadczeń, ale także liczby poszczególnych, rodzajowo odmiennych świadczeń (limity świadczeń wykonywanych na poszczególnych oddziałach). Przedmiotem umowy byłby więc zakup określonej liczby świadczeń danego rodzaju, za których wykonanie Kasa zobowiązana byłaby zapłacić”. W innym orzeczeniu¹⁶ Sąd Najwyższy stwierdził: „Nasuwa się pytanie jak oceniać limity ilości

¹² IV CK 189/02, Lex nr 164009. Zob. B. Janiszewska, *Świadczenia ponadlimitowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, PiM 2006 r., nr 1, s. 51-52.

¹³ Zob. też n.publ. orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie (I A Ca 1195/03, I A Ca 1553/03, I A Ca 154/05, I A Ca 263/05) przywołane w pracy A. Wapińskiej, *Przegląd zagadnień w sprawach o zapłatę za świadczenia ponadlimitowe rozpoznawanych w Sądzie Apelacyjnym w Warszawie*, PiM 2006 r., nr 1., s. 37.

¹⁴ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002 r., s. 549.

¹⁵ Orz. SN z dn. 28.I.2004 r., IV CK 434/02, Lex nr 148696.

¹⁶ Orz. SN z dn. 13.VII.2005 r., I CK 18/05, OSP 2006 r., nr 6, poz. 70 z glosą M. Nesterowicza, PiM 2006 r., nr 2, s. 146.

świadczeń, określane w umowach między Kasami Chorych (obecnie Narodowym Funduszem Zdrowia) i świadczeniodawcami z punktu widzenia ograniczeń swobody umów wynikających z art. 353¹ k.c. Ogólnie rzecz biorąc, nie ma przeszkód do umownego ustalenia limitów świadczeń”.

Uprawnienia, które przysługiwały Kasom Chorych, przysługują obecnie NFZ. Co więcej, obecnie wynikają one bezpośrednio z ustawy. Zgodnie z art. 136 ustawy, umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej określa w szczególności:

- rodzaj i zakres udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej,
- warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej,
- wymagania dla podwykonawców inne niż techniczne i sanitarne, określone w odrębnych przepisach,
- zasady rozliczeń pomiędzy Funduszem a świadczeniodawcami,
- kwotę zobowiązania Funduszu wobec świadczeniodawcy,
- zasady rozpatrywania kwestii spornych,
- postanowienia o odstąpieniu od umowy,
- postanowienia dotyczące kar umownych.

Należy przyznać, iż mimo że praktyka orzecznicza Sądu Najwyższego nie zawsze była w tym zakresie jednolita, udało się ustalić pewien konsensus co do zagadnień o podstawowym znaczeniu. Po pierwsze, w judykaturze dość powszechnie przyjmuje się, że umowa między świadczeniodawcą a NFZ (poprzednio Kasą Chorych) jest umową cywilnoprawną. Po drugie, uznaje się, iż Fundusz co do zasady nie odpowiada za świadczenia, które nie zostały objęte umową oraz nie ponosi kosztów związanych z przekroczeniem ustalonych limitów.

Z tego punktu widzenia z uznaniem należy spojrzeć na art. 7 ustawy o z.o.z. oraz art. 30 ustawy o zaw. lek., przyznające pacjentom prawo do świadczenia w stanie nagłym, bez względu na limity świadczeń¹⁷. A. Zoll trafnie podkreśla, iż z „art. 30 ustawy o zawodzie lekarza wynika jednoznacznie, że każdy lekarz, niezależnie od aktualnego zatrudnienia lub jego braku, ma w sytuacji określonej w tym przepisie obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej”¹⁸. Naruszenie omawianych norm praw-

¹⁷ M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna za ograniczenie dostępności do leczenia i nieuzyskanie świadczenia zdrowotnego w nowym systemie opieki zdrowotnej*, PiM 2000 r., nr 6-7, s. 10, L. Kubicki, *Zasady odpowiedzialności prawnej lekarza w świetle nowej ustawy o zawodzie lekarza*, PiM 1999 r., nr 1, s. 23 i nast.

¹⁸ A. Zoll, *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, PiM 2003 r., nr 13, s. 18 i nast.

nych naraża lekarza na odpowiedzialność karną oraz może prowadzić do odpowiedzialności cywilnej z.o.z.¹⁹.

Analizując wpływ omawianych przepisów na treść stosunku między świadczeniodawcą a Funduszem nie sposób nie wspomnieć o art. 56 k.c, zgodnie z którym czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, ale również te, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Niewątpliwie przepisy art. 7 ustawy o z.o.z. oraz art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry mają charakter norm prawnych bezwzględnie obowiązujących, kształtujących treść stosunku zobowiązaniowego zawartego między Funduszem a świadczeniodawcą²⁰. W takim wypadku świadczeniodawca, chcąc należycie wykonać zobowiązanie, powinien nie tylko udzielić świadczeń zdrowotnych określonych w umowie, ale także udzielić opieki pacjentom znajdującym się w stanach nagłych.

Sądy polskie wielokrotnie już potwierdziły, iż świadczeniodawca nie jest w takich przypadkach związany limitami ustalonymi w umowie z NFZ²¹. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie stwierdzono, iż: „określone w umowach ilościowe limity świadczeń zdrowotnych nie dotyczą oczywiście przypadków udzielania świadczeń w warunkach art. 7 ustawy o z.o.z., albowiem w tym przypadku zachodzi ustawowy obowiązek natychmiastowego udzielania świadczeń i nie może być to limitowane umową. Nie jest zatem trafny pogląd (...), że placówka służby zdrowia mogłaby odmówić pomocy lekarskiej w przypadku zagrożenia życia lub zdrowia z uwagi na przekroczenie limitów, bo ta kwestia uregulowana jest w sposób odrębny”²². W podobny sposób wypowiedział się SN w wyroku z 3 listopada 2004 r.²³: „Art. 7 ustawy o z.o.z. i art. 30

¹⁹ Szerzej: 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 r., nr 6-7, s. 14, L. Kubicki, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, PiM 2003 r., nr 13, s. 4 i nast., J. Kulesza, *Lekarski obowiązek pomocy na tle obowiązku ogólnoludzkiego (art. 162 k.k.)*, PiM 2006 r., nr 1, s. 104, A. Zoll, *op. cit.*, s. 18 i nast., M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, PiM 1999 r., nr 3, s. 33.

²⁰ Zob.: M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność NFZ za pozaumowne (ponadlimitowe) świadczenia zdrowotne*, PiP 2006 r., nr 2, s. 10 i nast., Z. Kubot, *Koncepcja udzielania ponadlimitowych świadczeń zdrowotnych w stosunku zobowiązaniowym świadczeniodawcy z Narodowym Funduszem Zdrowia*, PiM 2006 r., nr 1, s. 8. Zob. też Z. Strus, *Odpowiedzialność cywilna Narodowego Funduszu Zdrowia (dawnych Kas Chorych)*, Referat wygłoszony na Konferencji Sędziów Sądu Najwyższego w Rajgrodzie k/ Augustowa, 1-4.VI.2005 r., s. 16. Podobnie, L. Kubicki, *op. cit.*, s. 4 i nast. Zob. też orz. SN z 15.XII.2004 r., IV CK 261/04, n.publ.

²¹ Zob. też: W. Daszkiewicz, P. Daszkiewicz, *Podstawy prawne roszczeń o zapłatę za świadczenia medyczne w stanach nagłych*, PiP 2006 r., nr 1, s. 30 i nast.

²² Orz. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 29.VI.2004 r., I ACa 1/04, Apel. W-wa 2005 r., nr 2, poz. 14.

²³ III CK 546/03, Lex nr 182096.

ustawy o zawodzie lekarza nakładają na świadczeniodawców bezwzględny obowiązek świadczeń w razie zagrożenia życia. Obowiązki te mają charakter bezwzględny i wyprzedzają ograniczenia wynikające z umów o świadczenia zdrowotne²⁴. SN w wyroku z dn. 5.08.2004 r.²⁵ zaznaczył, iż czynność prawna nie stanowi wyłącznego źródła zobowiązania i nie wyczerpuje jego obiektywnej treści. Ustalając zakres obowiązków spoczywających na świadczeniodawcach, nie można pomijać norm do nich adresowanych.

Pewne zastrzeżenia wywołuje natomiast stanowisko Sądu Najwyższego z 25.03.2004 r.²⁶, w którym stwierdzono, iż: „Ustawowy obowiązek udzielania świadczeń zdrowotnych osobom ubezpieczonym zgłaszającym się do zakładu opieki zdrowotnej (art. 7 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej) i lekarski obowiązek udzielania pomocy medycznej wyrażony w przepisie art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, nie stanowią wystarczającej podstawy do konstruowania stosunku obligacyjnego między świadczeniodawcą i Kasą, w sytuacji, w której świadczeniodawca udzielił świadczeń ponad limit przewidziany w umowie z Kasą”. Podobnie w tej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 15.10.2004 r.²⁷, stwierdzając, iż świadczenia medyczne, o jakich mowa w ustawach szczególnych, „nie wchodzą z mocy prawa w zakres usług, do których zobowiązał się świadczeniodawca w umowie z Kasą Chorych (Narodowym Funduszem Zdrowia)”. Nie negując zasadniczej roli umów zawieranych między Funduszem a świadczeniodawcami w procesie zapewniania dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, wydaje się, iż należy poszukiwać tutaj stanowiska kompromisowego²⁸. Podzielam zdanie Sądów co do wyłączenia możliwości kreacji stosunku obligacyjnego z mocy samej ustawy. Wydaje się natomiast, iż w sytuacjach wyjątkowych, czynność prawna może i powinna wywołać skutki określone w ustawach o z.o.z. oraz o zaw. lek.

²⁴ Podobnie SN w orzeczeniu z dn. 5.XI.2003 r., IV CK 189/02, Lex nr 164009. Zob. też orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Warszawie cytowane w pracy A. Wąpińskiej, *op. cit.*, s. 22 i nast.

²⁵ III CK 365/03, n. publ.

²⁶ II CK 207/03, Lex nr 176074.

²⁷ II CK 54/04, Lex nr 137581.

²⁸ Opinie takie wielokrotnie podnoszono w literaturze. Zob. B. Janiszewska, *Świadczenia...*, s. 50, M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność NFZ ...*, s. 10, Z. Kubot, *Koncepcja ...*, s. 8.

4. Prawo pacjenta do świadczenia opieki zdrowotnej w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych

Co do zasady świadczeniobiorca ma prawo do leczenia szpitalnego jedynie w zakładzie opieki zdrowotnej, który zawarł umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, na podstawie skierowania lekarza, lekarza dentystry lub felczera, pod warunkiem, że cel leczenia nie może zostać osiągnięty przez leczenie ambulatoryjne (art. 30 i art. 58 ustawy zdrowotnej). Świadczenia są udzielane według kolejności zgłoszenia. Świadczeniodawca ma obowiązek m.in. poinformować pisemnie świadczeniobiorcę o terminie udzielenia świadczenia oraz uzasadnić przyczyny wyboru tego terminu (art. 20 ustawy zdrowotnej).

Normy te nie znajdują zastosowania w razie stwierdzenia u pacjenta stanu nagłego. W takim wypadku art. 60 ustawy zdrowotnej, zgodnie z postanowieniami ustawy o z.o.z. oraz ustawy o zaw. lek., nakazuje udzielić pacjentowi świadczenia bez wymaganego skierowania. Podobnie stanowi art. 19 ust. 1 („W stanach nagłych świadczenia opieki zdrowotnej są udzielane świadczeniobiorcy niezwłocznie”).

Trudnym problemem, który jedynie częściowo został rozwiązany przez ustawę zdrowotną, jest kwestia odpłatności za świadczenia udzielone w stanie nagłym oraz zagadnienie ich jakości. Na gruncie polskiego porządku prawnego nie do przyjęcia byłoby stwierdzenie, iż koszty świadczeń opieki zdrowotnej udzielonych w warunkach nagłych ponosi sam świadczeniodawca.

Po pierwsze, zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy o z.o.z., osoby uprawnione do świadczeń zdrowotnych w publicznych zakładach opieki zdrowotnej nie mogą być obciążane opłatami za ich udzielanie, nawet wtedy, gdy świadczeń zdrowotnych udziela publiczny zakład opieki zdrowotnej nie będący właściwym ze względu na obszar lub rejon swojego działania. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 2.07.2004 r.²⁹: „Pozostawienia umów w sprawie zasad i warunków udzielania świadczeń zdrowotnych przysługujących ubezpieczonym w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, zakazujące pobierania od pacjentów

²⁹ II CK 271/04, OSNC 2005 r., nr 3, poz. 57. Zob. też: M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność NFZ ...* s. 4.

dotatkowych opłat z tytułu korzystania przez nich z tzw. ponadstandardowych warunków pobytu i wyżywienia w okresie leczenia szpitalnego, nie są sprzeczne z prawem ani zasadami współżycia społecznego, wręcz przeciwnie – stanowią gwarancję równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych”. W wyroku z 1 lutego 2006 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: „Jeśli od uiszczenia opłat wynikających z umowy cywilnoprawnej zależy przyspieszenie udzielenia świadczenia zdrowotnego osobom ubezpieczonym, świadczenia objętego ubezpieczeniem zdrowotnym, to zasada równego dostępu do świadczeń zostaje naruszona”³⁰.

Po drugie, zgodnie z cytowanymi przepisami, świadczeniodawca nie ma prawa odmówić pomocy pacjentowi, który spełnia wymogi z art. 7 ustawy o z.o.z. oraz art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry³¹. Jedynym podmiotem, który może być finansowo odpowiedzialny za koszty poniesione przez świadczeniodawcę jest Narodowy Fundusz Zdrowia.

Po trzecie, obciążenie świadczeniodawców obowiązkiem ponoszenia kosztów związanych z realizacją zadań z art. 7 ustawy o z.o.z. oraz art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry stanowiłoby naruszenie art. 217 Konstytucji RP, która pozwala na nakładanie podatków i innych danin publicznych jedynie w drodze ustawy³².

Sposób rozwiązania powyższego problemu wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 15.12.2005 r.³³. Zgodnie z tezą wyroku: „Kasy Chorych były zobowiązane do zapłaty swym kontrahentom za świadczenia zdrowotne przekraczające limity ustalone w umowie, udzielone osobom ubezpieczonym w sytuacjach zagrożenia życia lub zdrowia”. W wyroku z dnia 25.05.2005 r. Sąd Najwyższy orzekł, iż w warunkach zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta, szpitalowi należy się zapłata bez względu na to, czy zawarł umowę z Funduszem³⁴. Jeżeli jednak świadczeniodawca taką umowę zawarł, to trzeba ponownie podkreślić, iż wywoła ona skutki prawne nie tylko w niej wyrażone, ale także wynikające z

³⁰ II OSK 720/05, OwSS 2006/3/81.

³¹ B. Janiszewska, *Świadczenia ...*, s. 51.

³² Zob. orz. SN z 7.III.2003 r., III RN 33/02, OSNP 2004 r., nr 7, poz. 111.

³³ II CSK 21/05, OSNC 2006 r., nr 9, poz. 157.

³⁴ I CSK 93/05, I. Lewandowska, *Do ratowania życia nie potrzeba umowy*, Rz. z dn. 27.V.2006 r.

przepisów ustawy (art. 56 k.c.). W konsekwencji świadczeniodawca zachowuje prawo do wynagrodzenia³⁵.

Z tego punktu widzenia z uznaniem należy przyjąć regulację zawartą w art. 19 ust. 4 i 5 ustawy zdrowotnej. Wprowadzenie tych przepisów spełnia od dawna podnoszone w doktrynie postulaty³⁶. Świadczeniodawca, który nie zawarł umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, ma prawo do wynagrodzenia za świadczenie opieki zdrowotnej udzielone świadczeniobiorcy w stanie nagłym. Wynagrodzenie uwzględnia wyłącznie uzasadnione koszty udzielenia niezbędnych świadczeń opieki zdrowotnej. W celu uzyskania wynagrodzenia świadczeniodawca składa wnioski do podmiotu zobowiązanego wraz z rachunkiem, wykazem udzielonych świadczeń opieki zdrowotnej i ich kosztów oraz pisemnym przedstawieniem okoliczności udzielenia świadczeń uzasadniających ich sfinansowanie ze środków publicznych.

Wprowadzenie art. 19 stanowi niewątpliwy postęp w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. Pojawiają się jednak w tym miejscu dwa zasadnicze pytania. Po pierwsze, skoro art. 19 ust. 4 mówi jedynie o świadczeniodawcy, który nie zawarł umowy z Funduszem, to jak należy traktować prawo do wynagrodzenia świadczeniodawcy, który taką umowę wprawdzie zawarł, jednak wyczerpał limity świadczeń na dany rok. Po drugie, należy zastanowić się nad znaczeniem użytego w art. 19 ust. 2 sformułowania „w niezbędnym zakresie”.

Art. 19 co do zasady reguluje sytuację świadczeniodawcy, który nie zawarł umowy z Funduszem. Zgodnie z art. 19 ust. 4 świadczeniodawca, który nie zawarł umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej ma prawo do wynagrodzenia za świadczenie opieki zdrowotnej udzielone świadczeniobiorcy w stanie nagłym. Wynagrodzenie uwzględnia wyłącznie uzasadnione koszty udzielenia niezbędnych świadczeń opieki zdrowotnej. Ustawa milczy natomiast na temat prawa świadczeniodawcy, który zawarł umowę z Funduszem, jednak wyczerpał limit świadczeń opieki zdrowotnej. Wydaje się, iż także jemu przysługuje wy-

³⁵ SN w orz. z dn. 5.VII.2007 r., II CSK 141/07, LEX nr 306763 stwierdził: „W zakresie dotyczącym wynagrodzenia za świadczenia spełnione w przypadkach objętych przepisami art. 7 ustawy z 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej i art. 30 ustawy z 1996 r. o zawodzie lekarza treść stosunku zobowiązaniowego powstałego w następstwie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych określają te przepisy, a nie postanowienia umowy.” Pogląd ten aprobuję.

³⁶ Zob. Z. Kubot., *Znaczenie art. 7 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej w zakresie udzielania i finansowania świadczeń zdrowotnych*, PiM 2004 r., nr 3, s. 34.

grodzenie za udzielenie świadczenia. Zajęcie stanowiska odmiennego mogłoby narażać życie i zdrowie pacjentów oraz byłoby sprzeczne z orzecznictwem Sądu Najwyższego³⁷. Od świadczeniodawcy, który zawarł umowę z Funduszem, można jednak oczekiwać należytej staranności w wykonywaniu zobowiązania. Jak podkreśla Z. Kubot – z.o.z. ma obowiązek takiej organizacji pracy, która umożliwi, w ramach poziomu finansowania określonego w umowie, wykonanie zarówno świadczeń nagłych, jak i zaplanowanych³⁸. Zakład opieki zdrowotnej powinien w takiej sytuacji wykazać, iż dołożył w tym zakresie należytej staranności, np. w drodze analizy statystyki medycznej³⁹.

Pogląd ten stopniowo toruje sobie drogę w orzecznictwie. Przykładowo Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13.10.2006 r.⁴⁰ stwierdził, iż: „Zakład opieki zdrowotnej, mając świadomość limitowanej puli środków na wykonanie określonych usług medycznych, powinien właściwie je wykorzystać, tworząc na przykład system określonej kolejności i rozkładania w czasie wykonania niektórych usług, do czego upoważniał go art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z.o.z. Powinien tak gospodarować środkami przyznanymi w umowie, aby pozostawała rezerwa na wypadki nagłe. Do wyczerpania maksymalnego limitu finansowania świadczeń określonego w umowie, wydatki na świadczenia wynikające z art. 7 ustawy z.o.z. i art. 30 ustawy o zawodzie lekarza nie podlegały odrębnemu, pozaumownemu finansowaniu. Natomiast w przypadku każdorazowego wyczerpania kwoty określonej w umowie, świadczenia wykonane w ramach przymusu ustawowego powinny być finansowane przez Kasę Chorych, obecnie NFZ. Niewypełnienie któregośkolwiek ze wskazanych wyżej obowiązków wynikających z art. 353(1) i art. 354 k.c. rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą określoną w art. 471 k.c. z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”⁴¹.

Z pewnym niepokojem należy przyjąć zapisy ustawy wprowadzające swoisty podział pacjentów na tych, którzy zdołali się dostać na listy oczekujących oraz tych, którzy uzyskali pomoc w stanie nagłym, na mocy

³⁷ Zob. orz. SN z dn. 15.XII.2005 r., II CSK 21/05, OSNC 2006 r., nr 9, poz. 157 oraz orz. SN z dn. 25.V.2005 r., I CSK 93/05, I. Lewandowska, *Do ratowania życia nie potrzeba umowy*, Rz. z dn. 27.V.2006 r.

³⁸ Z. Kubot, *Znaczenie...*, s. 31-32.

³⁹ *Ibidem*, s. 32. Zob. też J. Pawłowski, *op. cit.*, Rz. z 11.VII.2002 r.

⁴⁰ III CSK 123/06, LEX nr 258671.

⁴¹ Zob. też orz. SN z dn. 15.X.2004 r., II CK 54/04, LEX nr 137581.

przytoczonych przepisów ustaw szczególnych. Zauważmy, iż pacjent korzystający ze świadczeń w stanie nagłym, określonym w art. 19 ustawy zdrowotnej, ma prawo do świadczeń jedynie w niezbędnym zakresie, a wynagrodzenie świadczeniodawcy uwzględnia wyłącznie uzasadnione koszty udzielenia niezbędnych świadczeń opieki zdrowotnej. Nie do pomyślenia jest sytuacja, w której pacjent przyjęty do szpitala w stanie nagłym uzyskuje świadczenia zdrowotne w węższym zakresie niż chory cierpiący na podobną chorobę, którego stan zdrowia nie kwalifikował się jednak jako nagły. Czy pierwszego pacjenta należy leczyć tylko prowizorycznie, w niezbędnym zakresie, tak jak to przewiduje art. 19 ustawy zdrowotnej, czy też może zgodnie z wymaganiami wiedzy medycznej, tak jak to określono w art. 19 ustawy o z.o.z.⁴²? Pacjent w stanie nagłym zachowuje prawo do takiej samej, jeśli nie lepszej, opieki medycznej co pacjent z „kolejki”. Odmienne założenie prowadziłoby do dyskryminacji pacjentów przyjętych do z.o.z. w stanie nagłym, a tym samym naruszałoby zasadę równości określoną w art. 68 ust. 2 Konstytucji⁴³.

5. Prawo pacjenta do świadczenia opieki zdrowotnej w ustawie o Państwowym Ratownictwie Medycznym

Ustawa o ratownictwie medycznym zawiera cały szereg przepisów przyznających pacjentowi prawo do uzyskania świadczenia zdrowotnego w stanie nagłym, w odpowiednim czasie. W tym celu ustawodawca zdecydował się obciążyć każdego, kto zauważy osobę lub osoby znajdujące się w stanie nagłym lub jest świadkiem zdarzenia powodującego taki stan, w miarę posiadanych możliwości i umiejętności, obowiązkiem niezwłocznego podjęcia działań zmierzających do skutecznego powiadomienia o tym zdarzeniu podmiotów ustawowo powołanych do niesienia pomocy osobom w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego (art. 4). Do tej grupy zaliczyć należy przede wszystkim jednostki systemu

⁴² M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność NFZ ...*, s. 12, Zob. też: A. Turek, *Wybrane problemy realizacji konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia*, PiM 2006 r., nr 1, s. 97.

⁴³ Zob. też: M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna za ograniczenie ...*, s. 7.

ratownictwa medycznego wymienione w art. 32 ust.1 ustawy, tj. szpitalne oddziały ratunkowe⁴⁴ oraz zespoły ratownictwa medycznego. Warto jednak podkreślić, iż obowiązek niesienia pomocy spoczywać będzie także na innych podmiotach, m.in. na jednostkach organizacyjnych szpitali wyspecjalizowanych w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych niezbędnych dla ratownictwa medycznego, czy nawet innych zakładach opieki zdrowotnej udzielających świadczeń w odpowiednim zakresie.

Zgodnie z art. 40 – akcja prowadzenia medycznych czynności ratunkowych rozpoczyna się w momencie przybycia zespołu ratownictwa medycznego na miejsce zdarzenia. Warto w tym miejscu podkreślić, iż wojewoda podejmuje działania organizacyjne zmierzające do zapewnienia następujących parametrów czasu dotarcia na miejsce zdarzenia dla zespołu ratownictwa medycznego, poczynając od chwili przyjęcia zgłoszenia przez dyspozytora medycznego:

- mediana czasu dotarcia – w skali każdego miesiąca – jest nie większa niż 8 minut w mieście powyżej 10 tysięcy mieszkańców i 15 minut poza miastem powyżej 10 tysięcy mieszkańców;

- trzeci kwartyl czasu dotarcia – w skali każdego miesiąca – jest nie większy niż 12 minut w mieście powyżej 10 tysięcy mieszkańców i 20 minut poza miastem powyżej 10 tysięcy mieszkańców;

- maksymalny czas dotarcia nie może być dłuższy niż 15 minut w mieście powyżej 10 tysięcy mieszkańców i 20 minut poza miastem powyżej 10 tysięcy mieszkańców.

Zespół ratownictwa medycznego po przybyciu na miejsce zdarzenia niezwłocznie rozpoczyna medyczne czynności ratunkowe⁴⁵, a następnie transportuje osobę w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego do najbliższego pod względem czasu dotarcia szpitalnego oddziału ratunkowego lub do szpitala wskazanego przez dyspozytora medycznego bądź lekarza koordynatora medycznego.

Obowiązek przyjęcia pacjenta przez szpitalny oddział ratunkowy oraz jednostki organizacyjne szpitali wyspecjalizowane w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych niezbędnych dla ratownictwa medycznego

⁴⁴ W myśl art. 3 pkt 9 jest to komórka organizacyjna szpitala w rozumieniu ustawy o z.o.z. stanowiąca jednostkę Systemu Ratownictwa Medycznego, udzielająca świadczeń opieki zdrowotnej osobom w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego.

⁴⁵ Przypomnijmy, iż są to świadczenia opieki zdrowotnej w rozumieniu przepisów o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, udzielane przez jednostkę systemu w warunkach pozaszpitalnych, w celu ratowania osoby w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego.

wynika przede wszystkim z art. 33 ust. 1 ustawy, który nakłada na te podmioty obowiązek udzielania świadczeń osobom w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego. Warto także wskazać na art. 45 ust. 1, który umożliwia transport pacjenta bezpośrednio do jednostki organizacyjnej szpitala wyspecjalizowanej w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych niezbędnych dla ratownictwa medycznego.

Obowiązek spoczywający na pozostałych zakładach opieki zdrowotnej wynika z art. 33 ust. 2 („W razie konieczności szpital, w którym znajduje się szpitalny oddział ratunkowy, lub jednostka organizacyjna szpitala wyspecjalizowana w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych niezbędnych dla ratownictwa medycznego zapewnia niezwłoczny transport sanitarny osoby w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego do najbliższego zakładu opieki zdrowotnej udzielającego świadczeń opieki zdrowotnej w odpowiednim zakresie”).

Odmowa przyjęcia osoby w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego przez szpitalny oddział ratunkowy, jednostkę organizacyjną szpitala wyspecjalizowaną w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych niezbędnych dla ratownictwa medycznego lub inny szpital wywoła podwójny skutek.

Z jednej strony możliwe będzie zastosowanie kary umownej, określonej w umowie o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zawartej przez Fundusz ze świadczeniodawcą. Możliwe jest także niezwłoczne rozwiązanie tej umowy (art. 44 ust. 2 oraz art. 45 ust. 2).

Z drugiej strony odmowa udzielenia świadczenia przez zakład opieki zdrowotnej stanowi działanie wbrew obowiązkowi ustawowemu i jest czynem niedozwolonym. W takiej sytuacji naruszone zostaje jedno z podstawowych praw pacjenta, jakim jest prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej (art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o z.o.z.). W razie zawinionego naruszenia tego prawa sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 kodeksu cywilnego. Wydaje się także, iż wówczas pacjent, który doznał przez to szkody (np. pogorszenia stanu zdrowia), może domagać się odszkodowania oraz stosownego zadośćuczynienia na podstawie art. 417 k.c., który nie wymaga dowodu winy. Odmowa udzielenia świadczenia pacjentowi w stanie nagłym niewątpliwie narusza normy praw-

ne omawiane we wcześniejszej części pracy, a tym samym ma charakter bezprawny. W doktrynie podkreśla się, iż takie zachowanie publicznego zakładu opieki zdrowotnej stanowi przejaw prerogatyw władczych, co jest szczególnie widoczne w drastycznym przypadku odmowy niesienia pomocy w stanie zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta⁴⁶. Niewątpliwie problem ten zasługuje na osobne omówienie.

6. Wnioski

Analiza przytoczonych norm prawnych oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego pozwala na postawienie pewnych podstawowych wniosków.

Po pierwsze, *de lege lata* postulowałbym łączną interpretację norm prawnych określonych w ustawach o z.o.z., zaw. lek., ustawie zdrowotnej oraz ustawie o Państwowym Ratownictwie Medycznym, które regulują różnie ujmowany stan nagły. Uważam, iż podstawowymi elementami stanu nagłego są: ryzyko utraty życia oraz wystąpienia poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia. *De lege ferenda* należałoby postulować przyjęcie wspólnego pojęcia we wszystkich omawianych ustawach. Pewna unifikacja została poczyniona na gruncie ustawy zdrowotnej oraz ustawy o ratownictwie medycznym, co niewątpliwie stanowi krok w dobrym kierunku.

Po drugie, umowa zawarta między Funduszem a świadczeniodawcą wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, ale także wynikające z przepisów szczególnych, nakazujących udzielenie pacjentowi świadczenia w stanie nagłym. W takim wypadku świadczeniodawca jest zobowiązany do udzielenia pomocy nie tylko na podstawie ustawy, ale także w ramach wiążącego go z Funduszem zobowiązania, co uzasadnia roszczenie o wynagrodzenie za udzielone świadczenie.

Po trzecie, świadczeniodawca, który zawarł umowę z Funduszem, jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności na etapie udzielania świadczeń. W szczególności powinien tak gospodarować środkami przyznanymi w umowie, aby pozostawała rezerwa na wypadki nagłe.

⁴⁶ Zob. E. Bagińska. *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006 r., s. 298-299 i cytowane tam orzecznictwo.

Po czwarte, na krytykę zasługuje ograniczenie prawa pacjenta do świadczeń udzielanych w stanie nagłym. Pacjent w stanie nagłym zachowuje prawo do takiej samej, jeśli nie lepszej, opieki medycznej co pacjent z „kolejki”. Odmienne założenie prowadziłoby do dyskryminacji pacjentów przyjętych do z.o.z. w stanie nagłym, a tym samym naruszałoby zasadę równości określoną w art. 68 ust. 2 Konstytucji.

Po piąte, w razie naruszenia prawa pacjenta do świadczenia w stanie nagłym przysługuje mu stosowne odszkodowanie i zadośćuczynienie. Wydaje się, iż podstawę powinny stanowić art. 19 a ustawy o z.o.z. oraz art. 417 kodeksu cywilnego.

Marek Krzysztof Kolasiński

Perspektywy uelastycznienia globalnych standardów ochrony własności intelektualnej farmaceutyków

Jednym z najbardziej palących problemów państw Trzeciego Świata jest bardzo ograniczony dostęp do nowoczesnych leków. Przyczyny kryzysu zdrowotnego, jaki dotyka kraje rozwijające się, są złożone, a ocena znaczenia poszczególnych czynników jest przedmiotem ostrego sporu politycznego. Trudno byłoby jednak zakwestionować pogląd, iż wysokie ceny farmaceutyków, które w znacznym stopniu są pochodną objęcia ich wymagającymi standardami ochrony własności intelektualnej, powodują ograniczenie dostępności środków leczniczych w najbiedniejszych częściach świata. Warto zatem zwrócić uwagę na charakterystyczne tendencje jurydyczne, które w najbliższych latach wyznaczać będą zakres dostępności do leków w państwach ubogiego Południa.

1. Droga do TRIPS i deklaracji w sprawie zdrowia publicznego z Doha

W latach siedemdziesiątych państwa Trzeciego Świata podjęły działania zmierzające do daleko idącego osłabienia ochrony własności intelektualnej leków. Za klasyczny przykład regulacji mieszczących się w ramach procesu tzw. erozji ochrony patentowej uznaje się indyjskie prawo patentowe z 1970 r.¹. Skróciło ono okres ochrony patentowej i przyznało władzom publicznym prawo wykorzystywania objętych nią dóbr bez jakiegokolwiek rekompensaty. Patenty nie mogły chronić żyw-

¹ Indian Patent Act, ACT No. 39.

ności oraz farmaceutyków, a jedynie sam proces ich produkcji i to tylko przez okres pięciu lat². Wysokość wynagrodzenia należnego uprawnionemu z patentu od przedsiębiorców, którym przyznano licencje przymusowe, ograniczono do 4% ceny hurtowej leków³.

W tym samym kierunku szło ustawodawstwo latynoamerykańskie⁴. W prawie Brazylii całkowicie zabroniono patentowania leków. Podobnie w Meksyku, gdzie zachowano jedynie iluzoryczną ich ochronę. Do zbliżonych rezultatów doprowadziła ewolucja orzecznictwa w Argentynie.

Po wyrugowaniu silnej ochrony patentowej z krajowych systemów prawnych, państwa Trzeciego Świata podjęły próbę przeniesienia tego trendu na poziom międzynarodowy⁵. Członkowie Paktu Andyjskiego w porozumieniu z Kartageny⁶ zalecili wyłączenie leków spod ochrony patentowej. Zgłaszano postulaty odstąpienia od zasady równego traktowania wszystkich stron konwencji międzynarodowych dotyczących ochrony własności intelektualnej (Konwencja Paryska) i przyznania znacznych przywilejów krajom rozwijającym się. W dominującą w tym okresie tendencję wpisywały się również działania Organizacji Narodów Zjednoczonych. Tak np. UNCTAD (*UN Conference on Trade and Development*) podjęła próbę sformułowania kodeksu postępowania przy transferze technologii (*TOT-Code*), który miał radykalnie ograniczyć zakres swobody kontraktowej stron umów licencyjnych. Na założeniu, iż objęcie leków ochroną patentową jest rozwiązaniem niewłaściwym, opierały się wytyczne przyjmowane przez UNIDO (*UN Development Organization*)⁷. Działania te wskazywały na to, że w ramach systemu instytucjonalnego ONZ zbudowanie solidnego, globalnego systemu ochrony własności intelektualnej było niemożliwe.

Reakcją państw wysoko rozwiniętych na proces erozji systemu własności intelektualnej było doprowadzenie do włączenia problematyki jej ochrony w ramy WTO (Światowej Organizacji Handlu). Wszystkie

² Por. V. Shiva, *TRIPS, Human Rights and the Public Domain*, *The Journal of World Intellectual Property* 2004 r., nr 5, s. 666.

³ Por. S. Mukherjee, *The Journey of Indian Patent Law Towards TRIPS Compliance*, II C 2004 r., nr 2, s. 125 i n.

⁴ Por. P. W. Grubb, *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology*, Oxford University Press 2004 r., s. 85.

⁵ *Ibidem*, s. 40.

⁶ Decyzja numer 85.

⁷ Por. P. W. Grubb, *op. cit.*, s. 38-40.

państwa członkowskie tej organizacji zobowiązane są do przystąpienia do Porozumienia o Handlowych Aspektach Własności Intelektualnej – TRIPS⁸ (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), które jest załącznikiem do zawartego 15 kwietnia 1994 r. porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu⁹. Oznacza to, że kraje Południa, które nie mogą sobie pozwolić na wyłączenie z globalnego systemu wymiany handlowej, zmuszone zostały do zaakceptowania relatywnie wysokich standardów ochrony własności intelektualnej¹⁰. Rozwiązanie to stało się źródłem bardzo ostrych konfliktów. Do przesilenia na przedmiotowej płaszczyźnie doszło podczas szczytu WTO w Doha, który odbył się w dniach 9-14 listopada 2001 r.

Przyjęta w Doha deklaracja w sprawie zdrowia publicznego jest utrzymana w wyważonym tonie. Potwierdza ona, iż ochrona własności intelektualnej farmaceutyków jest integralną częścią porozumienia TRIPS, ale otwiera drogę do pewnego uelastycznienia przewidzianych w nim standardów. W tę tendencję wpisuje się ogólnikowe założenie, iż TRIPS nie może godzić w ochronę zdrowia publicznego. Zostało ono doprecyzowane w szeregu postanowień szczegółowych. Pozwalają one m.in. na stosowanie instytucji licencji przymusowych w razie zagrożenia bezpieczeństwa narodowego oraz na stosunkowo swobodne określenie przez państwa członkowskie przesłanek wyczerpania praw patentowych, a także wydłużają niektóre okresy przejściowe nawet do 2016 r.

2. Funkcjonowanie światowych standardów ochrony własności intelektualnej

Porozumienie z Doha wzbudziło nadzieję na rzeczywiste zwiększenie dostępności leków w krajach Trzeciego Świata. Bliższa analiza treści tego dokumentu i obserwacja ewolucji światowych mechanizmów ochrony własności intelektualnej skłaniają jednak do daleko idącej ostrożności w tej kwestii. Aktualne trendy w zakresie elastyczności glo-

⁸ Dz.U. 1996 r., Nr 32, poz. 143.

⁹ Dz.U. 1995 r., Nr 98, poz. 483.

¹⁰ Por. w szczególności art. 27 i 28 TRIPS

balnych standardów ochrony własności intelektualnej leków dobrze ilustruje historia sporu pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Argentyną oraz analiza dwustronnych i regionalnych porozumień międzynarodowych dotyczących badanego zagadnienia.

2.1. Spór Stanów Zjednoczonych i Argentyny¹¹

W okresie poprzedzającym wejście w życie TRIPS prawo Argentyny uniemożliwiało patentowanie leków. Dopuszczalne wówczas było jedynie uzyskanie ochrony prawnej dla procesu ich produkcji. Rozwiązania te były nie do pogodzenia z TRIPS, ale Argentyna zapewniła sobie okres przejściowy gwarantujący jej, iż mogła zachować dotychczasowe rozwiązania aż do 2005 r.

Mimo to Stany Zjednoczone zaczęły wywierać na Argentynę presję, by ta skróciła – przysługujący jej okres przejściowy. Prezydent Argentyny Carlos Menem był wówczas zainteresowany poprawą stosunków z USA i rozpoczął działania mające doprowadzić do spełnienia ich zadań. Jego inicjatywy napotkały jednak na silny opór w Kongresie i sprzeciw argentyńskich przedsiębiorstw farmaceutycznych. Proces legislacyjny miał bardzo gwałtowny przebieg. Lansowane przez władzę wykonawczą rozwiązania, zmierzające do wzmocnienia ochrony własności intelektualnej, były torpedowane przez Kongres. Uchwalone w 1995 r. prawo patentowe¹² zawierało wiele unormowań nieakceptowanych przez Stany Zjednoczone. Z ich szczególną dezaprobatą spotkało się stosunkowo wąskie ujęcie zdolności patentowej. Prezydent Carlos Menem, wetując niektóre rozwiązania, podjął jeszcze próbę wzmocnienia ochrony własności intelektualnej, ale jej skuteczność była ograniczona. Uchwalone 23 maja 1995 r. prawo patentowe zawierało wiele przepisów godzących w interesy zaawansowanego technologicznie przemysłu farmaceutycznego.

Zarzewiem najostrzejszego sporu była ochrona informacji nieujawnionych. Zgodnie z postanowieniami TRIPS prawo argentyńskie¹³ chroniło takie informacje przed nieuczciwym wykorzystaniem w celach

¹¹ Por. E. Ghanotakis, *How the U.S. Interpretation of Flexibilities Inherent in TRIPS affects Access to Medicines for Developing Countries*, *The Journal of World Intellectual Property* 2004 r., nr 4, s. 569-573.

¹² Law No. 24.481.

¹³ Law No. 24.766.

handlowych. Wbrew oczekiwaniom Stanów Zjednoczonych, producentom leków generycznych¹⁴ przyznano jednak prawo do powoływania się przy ich rejestracji na informacje, które wykorzystywano wcześniej do zarejestrowania i opatentowania oryginalnych farmaceutyków. Rozwiązanie to bardzo obniżało poziom nakładów finansowych niezbędnych do wprowadzenia na rynek kopii oryginalnych leków, do których patenty wygasły. Szacuje się, że koszty przeprowadzenia testów klinicznych, których wyniki należy przedstawić przy rejestracji leku, stanowią około połowy całkowitych kosztów prac badawczych nad nowym farmaceutykiem¹⁵.

Zgodnie z art. 39 ust. 3 TRIPS, państwa wymagające jako warunku wydania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu farmaceutyków przedstawienia niejawnych testów lub przedstawienia innych danych, których uzyskanie wymaga znacznego wysiłku, zobowiązane są chronić takie dane przed nieuczciwym wykorzystaniem w celach handlowych. Członkowie WTO mają również obowiązek chronić takie dane przed ujawnieniem, z wyjątkiem sytuacji, gdy konieczna jest ochrona odbiorców lub gdy podjęte zostaną kroki dla zapewnienia, że takie dane będą chronione przed nieuczciwym wykorzystaniem w celach handlowych.

I. Meitinger twierdzi, że przy wykładni art. 39 ust. 3 TRIPS należy zwrócić szczególną uwagę na art. 31 i 32 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, zgodnie z którymi umowy międzynarodowe powinny być interpretowane w dobrej wierze. Autor ten wychodzi z założenia, iż powoływanie się na badanie kliniczne przy rejestracji leków generycznych jest jedynym dającym się rozsądnie pomyśleć sposobem ich wykorzystania. Stąd też wywodzi on, że dopuszczenie do tego, aby producent leków generycznych mógł nieodpłatnie powoływać się na wyniki badań przedłożone przy rejestracji oryginału, oznaczałoby pozbawienie art. 39 ust. 3 TRIPS jakiegokolwiek treści normatywnej. Autor ten uważa, że członkowie WTO powinni ustanowić sztywne okresy, w których producenci środków generycznych nie mogą powoływać się na dane przedłożone przy pierwszej rejestracji leku lub też dopuścić taką możliwość bez ograniczeń czasowych, ale pod warunkiem zapłacenia producentowi oryginału stosownego wynagrodzenia. Wskazuje on także na dopuszczalność połączenia obu tych rozwiązań.

¹⁴ Kopii farmaceutyków, do których patenty wygasły.

¹⁵ Por. I. Meitinger, *Implementation of Test Data Protection According to Article 39.3 TRIPS*, *The Journal of World Intellectual Property* 2005 r., nr 2, s. 123.

Dla poparcia swego poglądu I. Meitinger podnosi, że przy wykładni art. 39 ust. 3 TRIPS nie należy brać pod uwagę interesu publicznego, polegającego na zwiększeniu dostępności leków. Jego zdaniem możliwość taką wyłącza jednoznacznie art. 39 ust. 3 zd. 2, zgodnie z którym przedmiotowe dane mogą być ujawnione wówczas, gdy wymaga tego ochrona odbiorców, a także wówczas, gdy zostaną podjęte kroki dla zapewnienia, że takie dane będą chronione przed nieuczciwym wykorzystaniem w celach handlowych¹⁶.

Zaznaczyć należy także, że reprezentowane jest również bardziej restrykcyjne stanowisko, iż na gruncie art. 39 ust. 3 wszyscy sygnatariusze WTO mają obowiązek ustanowienia sztywnych okresów, w których nie jest dopuszczalne powoływanie się na dane przedłożone przy pierwszej rejestracji leków¹⁷.

Skrajnie odmienne zapatrywanie wyraża C.M. Correa¹⁸. Jego zdaniem art. 39 ust. 3 TRIPS w ogóle nie odnosi się do kwestii dopuszczalności powoływania się przez producentów leków generycznych na dane przedłożone przy rejestracji oryginału. Uważa on, iż dane takie nie są wykorzystywane w celach handlowych, gdyż celem, którego realizacji służyć ma obowiązek ich przedkładania jest jedynie stwierdzenie tego, że farmaceutyki spełniają wymagania stawiane przez władze publiczne.

Pogląd C.M. Correa wydaje się zbyt daleko idący. Ma on oczywiście rację stwierdzając, że cały proces rejestracji leków ukierunkowany jest bezpośrednio na realizację celów niehandlowych. Należy jednak wziąć pod uwagę to, że warunkiem handlowego wykorzystywania leku jest jego rejestracja. Jeżeli lek generyczny wprowadzany jest na rynek przez podmioty komercyjne, powiązanie pomiędzy jego rejestracją a wykorzystaniem handlowym jest tak silne, że sztucznym byłoby podjęcie próby oddzielenia tych elementów. Ewentualne nieuczciwe wykorzystanie danych przedłożonych do rejestracji leku (a zatem w celu nie bezpośrednio handlowym) prowadzi zatem zazwyczaj do nieuczciwości w sferze wykorzystania handlowego.

Występują jednak także sytuacje odmienne. Państwa członkowskie są zwolnione z przewidzianego w art. 39 ust. 3 TRIPS obowiązku obję-

¹⁶ *Ibidem*, s. 132.

¹⁷ *Ibidem*, s. 128.

¹⁸ C.M. Correa, *Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals: Implementing the Pharmaceuticals: Implementing the Standards of the TRIPS Agreement*, Geneva 2002 r., s. 28.

cia ochroną danych nieujawnionych, gdy kopie oryginalnych farmaceutyków mają zostać wprowadzone na rynek przez podmioty działające w celach innych niż handlowe, jak np. instytucje publiczne czy organizacje pozarządowe. Trudno byłoby bronić poglądu, iż działania fundacji, której jedynym statutowym celem jest zapewnienie dostępu do opieki medycznej mieszkańcom najuboższych części świata, samodzielnie dokonującej rejestracji środka generycznego w oparciu o dane przedłożone przez producenta oryginału, są formą ich handlowego wykorzystywania.

Zapatrywanie I. Meitingera wydaje się zbyt daleko idące. Jego koronny argument – stwierdzenie, że zezwolenie na nieodpłatne powołanie się przez podmioty wprowadzające na rynek środki generyczne na dane przedłożone przy rejestracji oryginału pozbawiałoby art. 39 ust. 3 TRIPS jakiegokolwiek treści normatywnej – jest trudny do przyjęcia. Przykładem innego nieuczciwego wykorzystania w celach handlowych może być posłużenie się przedmiotowymi danymi do uzyskania patentu na cudzy wynalazek w innym państwie. O nieuczciwym wykorzystaniu w celach handlowych można też mówić niekiedy w przypadkach, w których zastosowano instytucje wyjątkowe, takie jak okresy przejściowe lub licencje przymusowe. W szczególności, jeżeli jakieś państwo wymagało przy rejestracji oryginału przedstawienia wyników badań klinicznych, których uzyskanie wymagało znacznych nakładów, a kilka miesięcy później zezwoliło komercyjnemu podmiotowi, w ramach licencji przymusowej, na import jego kopii z państwa nie chroniącego własności intelektualnej, to doszłoby do naruszenia art. 39 ust. 3 TRIPS, gdyby importer mógł nieodpłatnie powołać się na dane przedłożone przy rejestracji oryginału. Z punktu widzenia badanego unormowania i aksjologii TRIPS nie można zaakceptować sytuacji, gdy przedsiębiorstwo, które podjęło wysiłek pierwszego wprowadzenia farmaceutyku na rynek i pokryło związane z tym koszty, pozbawione jest faktycznie możliwości odzyskania poniesionych nakładów. Zauważyć należy tu w szczególności, że wysokość opłat należnych uprawnionemu z własności intelektualnej od podmiotu, któremu przyznano licencję przymusową, nie uwzględnia zazwyczaj kosztów rejestracji leku.

Nie wydaje się również uzasadnionym pogląd, że przy wykładni art. 39 ust. 3 nie wolno brać pod uwagę interesu publicznego. Należy zwró-

cić uwagę, iż unormowanie to, zarówno w zdaniu pierwszym, jak i drugim, posługuje się klauzulą nieuczciwości.

Pojęcie to nie zostało normatywnie zdefiniowane. Stąd też należy je odczytywać zgodnie ze znaczeniem przypisywanym mu w języku potocznym. Uwzględniając tę dyrektywę interpretacyjną przy wykładni pojęcia nieuczciwości nie sposób na gruncie art. 39 ust 3 TRIPS ograniczyć się do analizy stosunków pomiędzy producentem leku oryginalnego i jego kopii. W powszechnym przekonaniu jednostka ma bowiem pewne zobowiązania nie tylko wobec partnerów i konkurentów rynkowych, ale również wobec ogółu społeczeństwa.

To, czy nieuczciwym jest powoływanie się przy rejestracji leku generycznego na dane przedłożone wcześniej przez producenta oryginału, jest wysoce dyskusyjne. Za moralną dopuszczalnością takiej praktyki przemawia wzgląd na potrzebę zapewnienia możliwie szerokiego dostępu do farmaceutyków. Nie wolno zapominać również o tym, że producent oryginału, który korzystał z praw patentowych, został nagrodzony przez społeczeństwo za wysiłek włożony w badania naukowe dwudziestoletnim monopolem na korzystanie z chronionych dóbr. Uzasadnienia dla konstrukcji prawnej patentu upatruje się niekiedy w koncepcji kontraktu społecznego. W jego ramach w zamian za ograniczony czasowo monopol wynalazca miałby zgadzać się na ujawnienie wszystkich tajemnic związanych z badaniami i produkcją po to, aby później społeczeństwo mogło swobodnie korzystać z wynalazku¹⁹.

Nie można zatem zasadnie twierdzić, iż powoływanie się przy rejestracji środka generycznego na dane przedłożone przez producenta oryginału jest w sposób oczywisty nieetyczne. Wydaje się nawet, że oparcia dla poglądu o dopuszczalności takiej praktyki doszukiwać się można w ogólnych założeniach aksjologicznych systemu ochrony własności intelektualnej. Zupełnie niemoralne byłoby z kolei nakładanie na producenta leków generycznych obowiązku przeprowadzenia badań klinicznych nawet w sytuacji, w której gotowy jest on do zapłaty wynagrodzenia producentowi oryginału. Rozwiązanie takie prowadziłoby bowiem do niepotrzebnego powielania badań, które wiążą się z zadawaniem ogromnych cierpień zwierzętom.

¹⁹ Por. E. Penrose, *The Economics of the International Patent System*, Baltimore 1951 r., s. 32.

Niezależnie od poglądów etycznych na tę kwestię dostrzec należy, że art. 39 ust. 3 TRIPS jest w bardzo wysokim stopniu „otwarty na interpretację”. Poziom tej ogólnikowości jest tak duży, że stwierdzić można, iż faktycznie kryje się za nim daleko posunięty brak konsensusu. Zmuszanie sygnatariuszy TRIPS do bezwzględnego wyłączenia możliwości nieodpłatnego powoływania się przy rejestracji leków generycznych na dane dostarczone przez producentów oryginałów, w oparciu o art. 39 ust. 3 TRIPS wydaje się więc nadużyciem.

Poglądu tego nie podzieliły jednak Stany Zjednoczone. Po to, aby wyrzucić presję na Argentynę, uciekły się one do działań, które same określiły jako sankcje handlowe. W 1997 r. częściowo wycofały się z programu GPS (*Generalized System of Preferences*), a w rok później na sto dwadzieścia dni zawiesiły import argentyńskich cytryn. W kwietniu 2000 r. USA wniosły do WTO tzw. prośbę o konsultacje, zarzucając Argentynie niedostateczny poziom ochrony patentowej. Spór zakończyło podpisane w kwietniu 2002 r. porozumienie, w którym Argentyna zgodziła się spełnić większość żądań Stanów Zjednoczonych²⁰. Podkreślić należy, iż porozumienie to zostało przyjęte już po ogłoszeniu deklaracji w sprawie zdrowia publicznego z Doha. Skłania to do daleko idącego sceptycyzmu w kwestii oceny wpływu przedmiotowej deklaracji na rzeczywisty poziom dostępności leków w krajach rozwijających się.

Konflikt pomiędzy Argentyną a Stanami Zjednoczonymi miał znaczenie daleko wykraczające poza ich dwustronne stosunki. Był on pilnie śledzony przez inne kraje Trzeciego Świata, które rozważały możliwość wykorzystania elastyczności węzłowych postanowień TRIPS do wprowadzenia do swych wewnętrznych ustawodawstw rozwiązań mających obniżyć ceny leków. Nieprzejednana postawa Stanów Zjednoczonych dała krajom rozwijającym się jednoznaczny sygnał ostrzegawczy, iż wszelkie działania godzące w interesy zaawansowanych technologicznie koncernów farmaceutycznych spotkają się z bardzo ostrą reakcją. Zauważyć należy, iż w sporze z Argentyną USA nie zawahały się przed sprzecznym z prawem międzynarodowym zastosowaniem sankcji handlowych bez zgody WTO.

²⁰ Por. E. Ghanotakis, op. cit., s. 572.

2.2. Rozwój porozumień dwustronnych i regionalnych – droga do TRIPS PLUS

Sukces Republiki Południowej Afryki w sporze, którego przedmiotem była ochrona leków na AIDS/HIV, rozpoczął proces pewnego uelastyczniania standardów WTO dotyczących ochrony patentowej leków. Skłoniło to kraje wysoko rozwinięte do zmiany strategii. Przestały one postrzegać WTO jako jedyne forum do wzmacniania praw własności intelektualnej do farmaceutyków. Zamiast tego zarówno Stany Zjednoczone, jak i Wspólnota Europejska, zaczęły przykładać większą wagę do umieszczania zagadnień dotyczących tej problematyki w dwustronnych i regionalnych porozumieniach z krajami Trzeciego Świata.

Ze szczególnym zainteresowaniem obserwatorów sporu o zakres ochrony własności intelektualnej leków spotkał się przypadek Gwatemali. Według danych MSF²¹ z 2003 r. spośród 67 000 zarażonych HIV w tym kraju zaledwie 1500 osób poddanych było odpowiedniej terapii. Przyczyną tak ograniczonego dostępu do opieki medycznej było w głównej mierze to, że cena miesięcznej dawki leków niezbędnych zarażonym wynosiła od 300 do 800 USD, a przeciętny dochód mieszkańca Gwatemali wynosił 160 USD²².

W tej sytuacji ze zdumieniem przyjęto decyzję Kongresu Gwatemali z 2000 r. o wprowadzeniu najdłuższego na świecie – piętnastoletniego – okresu ochrony danych nieujawnionych. Przyjęcie tak rygorystycznego rozwiązania oznaczało pozbawienie zarażonych dostępu do tanich, generycznych kopii oryginalnych leków przez okres znacznie przekraczający standardy WTO. Organizacje pozarządowe i niektórzy teoretycy twierdzą, że przyczyną zaakceptowania przez Kongres Gwatemali tak długiej ochrony informacji nieujawnionych były zakulisowe działania lobbystyczne. Pojawiają się nawet oskarżenia o wręczanie łapówek gwatemalskim decydentom i o wykorzystywanie wyjątkowego, nawet jak na realia środkowoamerykańskie, chaosu politycznego, jaki panował w tym okresie na tamtejszej scenie politycznej²³.

Pod koniec 2002 r. Kongres Gwatemali podjął decyzję o zniesieniu jakiegokolwiek ochrony danych nieujawnionych. Reakcją Stanów Zjed-

²¹ Médecins sans Frontières – Lekarze bez Granic.

²² E. Ghanotakis, op. cit., s. 582.

²³ *Ibidem*, s. 583.

noczonych było umieszczenie tego państwa na specjalnej liście obserwacyjnej (301 Watch List), co stanowiło jednoznaczny zapowiedź sankcji gospodarczych. W obliczu tego zagrożenia gwatemalskie prawo własności przemysłowej zostało ponownie zmienione. Tym razem wprowadzono pięcioletni okres ochrony danych nieujawnionych. E. Ghanotakis twierdzi, iż nawet to kompromisowe rozwiązanie wykracza poza zakres ochrony własności intelektualnej przyjęty w TRIPS²⁴.

Przyczyną, dla której rozwój gwatemalskiego prawa własności przemysłowej spotkał się z wyjątkowo dużym zainteresowaniem obserwatorów jest to, że uznaje się, iż może on mieć znaczny wpływ na przebieg dalszych rokowań dotyczących CAFTA (*Central America Free Trade Agreement*). W dramatycznym oświadczeniu przedstawiciele MSF stwierdzili, iż dla tysięcy obywateli Gwatemali zarażonych HIV/AIDS pięć lat bez dostępu do tanich leków antyretrowirusowych może oznaczać różnicę pomiędzy życiem a śmiercią. Wskazując, iż Gwatemala jest jedynym państwem Ameryki Środkowej, które chroni dane nieujawnione przez okres pięciu lat, wyrazili obawę, że rokowania dotyczące CAFTA mogą zostać wykorzystane do narzucenia takiego rozwiązania wszystkim sygnatariuszom tego porozumienia²⁵.

E. Ghanotakis zwraca uwagę na negocjacje dotyczące amerykańskiej strefy wolnego handlu (FTAA – *Free Trade Area of Americas*). Twierdzi ona, że przy pomocy tego porozumienia Stany Zjednoczone usiłują narzucić wszystkim krajom Północnej, Południowej i Centralnej Ameryki oraz państwom karaibskim poziom ochrony własności intelektualnej zdecydowanie przekraczający standardy TRIPS. Autorka ta wskazuje, że w poświęconej prawu patentowemu części projektu FTAA znajduje się szereg propozycji zmierzających w tym kierunku. Chodzi tu m.in. o regulacje zawężające możliwość wyłączenia zdolności patentowej, wydłużające okresy ochrony patentowej i wprowadzające obligatoryjny pięcioletni okres ochrony informacji nieujawnionych. We wskazaną tendencję wpisują się również żądania ograniczenia możliwości wykorzystywania importu równoległego leków i limitowania prawa do stosowania licencji przymusowych jedynie do przypadków „skrajnego za-

²⁴ *Ibidem*, s. 584.

²⁵ *Ibidem*.

grożenia dla bezpieczeństwa narodowego”. W popieranym przez Stany Zjednoczone ujęciu licencje przymusowe nie mogłyby być stosowane jako środek do walki z wygórowanymi żądaniami cenowymi koncernów farmaceutycznych²⁶.

Dwustronne i wielostronne porozumienia handlowe są wykorzystywane jako środek nacisku na państwa Trzeciego Świata również w Afryce Północnej oraz na Bliskim i Środkowym Wschodzie. Charakterystyczne przy tym jest to, że w tych regionach podnoszenie poziomu ochrony własności intelektualnej popierane jest nie tylko przez Stany Zjednoczone, ale również przez Wspólnotę Europejską²⁷.

W porozumieniach o wolnym handlu wśród szeregu szczegółowych rozwiązań prowadzących do wzmocnienia ochrony własności intelektualnej na szczególną uwagę zasługuje zamieszczanie w nich postanowień, na podstawie których kraje rozwijające się rezygnują z okresów przejściowych przyznanych im przez TRIPS. Przykładowo można tu wskazać na umowę pomiędzy Wspólnotą Europejską a Jordanią²⁸.

Warto również zwrócić uwagę na to, że państwa Trzeciego Świata w dwustronnych porozumieniach coraz częściej zobowiązują się do przystępowania do konwencji dotyczących ochrony własności intelektualnej, takich jak konwencja WIPO o ochronie własności intelektualnej w internecie, czy konwencji o ochronie nowych odmian roślin (UPOV – *International Convention for the Protection of New Varieties of Plants*). W umowach ze Wspólnotą Europejską i ze Stanami Zjednoczonymi zobowiązania o takim charakterze przyjęły na siebie między innymi: Jordania, Maroko, Bahrajn i Egipt²⁹.

Wydaje się, że niebagatelne znaczenie ma również to, że szereg porozumień wyłącza właściwość organów WTO w sporach dotyczących ochrony własności intelektualnej i ustanawia własne mechanizmy ich rozwiązywania. M. El-Said twierdzi, że marginalizowanie roli WTO w tej sferze poważnie osłabia pozycję krajów rozwijających się³⁰.

²⁶ *Ibidem*, s. 584-6.

²⁷ M. El-Said, *The Road from TRIPS-Minus, to TRIPS, to TRIPS-Plus*, *The Journal of World Intellectual Property*, 2005 r., nr 1, s. 57-58.

²⁸ *Ibidem*, s. 60.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, s. 61.

3. Podsumowanie

Filozofia prawa własności intelektualnej opiera się na założeniu, że uzasadnionym jest ograniczenie korzyści osiąganych przez społeczeństwo z istniejących już wynalazków po to, aby doprowadzić do przyśpieszenia postępu naukowo-technicznego. Wprowadzenie ochrony praw wynalazców może być więc uznawane za formę inwestycji w rozwój.

Skala epidemii AIDS jest tak ogromna, że wydaje się, iż priorytetem powinno być jak najszybsze i jak najszersze rozszerzenie dostępu do leków. Argumenty przeciwników osłabienia ochrony patentowej farmaceutyków, odwołujące się do potrzeby popierania postępu naukowego, nie mogą być uznane za silniejsze niż wzgląd na potrzebę zatrzymania szalejącej epidemii AIDS/HIV.

Analiza rozwoju systemu prawnego następującego już po przyjęciu deklaracji w sprawie zdrowia publicznego z Doha nie skłania do optymizmu w kwestii perspektyw rozszerzenia dostępności do nowoczesnych leków w państwach Trzeciego Świata.

Marta Kosiedowska

Zmiana płci w prawie włoskim

1. Wprowadzenie

W roku 2007 upłynęło 25 lat od wejścia w życie włoskiej ustawy regulującej kwestie związane ze sprostowaniem płci określonej w akcie urodzenia, która otworzyła transseksualistom drogę do uregulowania swojej sytuacji prawnej. Dzisiaj o potrzebie istnienia tego typu rozwiązań normatywnych nie trzeba nikogo przekonywać, prawo do tożsamości seksualnej zostało uznane za jedno z praw człowieka, na co zwraca uwagę w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz). Powszechnie uznaje się, że fenomen transseksualizmu, zdefiniowany po raz pierwszy w latach sześćdziesiątych przez seksuologa H. Benjamina, nie rodzi jedynie konsekwencji medycznych wynikających z kontrastu między płcią genetyczną a tzw. „płcią psychiczną”, ale poważne konsekwencje prawne i społeczne, których legislatorzy nie mogą pomijać. W medycynie transseksualizm jest definiowany jako zaburzenie identyfikacji płciowej w postaci zespołu dezaprobaty płci, polegającego na odczuwaniu rozbieżności między płcią fizyczną a mentalną¹. Transseksualizm nie jest dewiacją seksualną, zaś na podstawie badań można stwierdzić, że powstaje już w okresie płodowym i nie jest „wyleczalny” w tym sensie, iż stosowanie środków farmakologicznych czy terapii psychologicznej nie przynosi rezultatów. U osób transseksualnych, na skutek różnicy między płcią psychiczną a fizyczną, mogą wystąpić skłonności samobójcze lub stany depresyjne. Dlatego powsta-

¹ www.wikipedia.org, 25.02.2008

ła konieczność zapewnienia tej kategorii osób właściwej ochrony ich praw ze strony państwa, zwłaszcza w sferze ochrony zdrowia.

Stworzenie odpowiednich regulacji w przedmiocie zmiany płci ma istotne znaczenie, jeśli weźmiemy pod uwagę chociażby przykład Wielkiej Brytanii. Do 2004 r., czyli do wejścia w życie *Gender Recognition Act*, na terytorium brytyjskim możliwe było dokonanie operacji zmieniającej płeć (a nawet uzyskanie jej refundacji), ale nie powodowało to żadnych skutków prawnych w dziedzinie prawa cywilnego. W sprawie *Goodvin przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2002 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka słusznie uznał taką sytuację za niedopuszczalną. W przedmiotowej sprawie Christine Goodvin, już jako kobieta po dokonaniu operacji zmiany płci, podniosła naruszenie przez Wielką Brytanię art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, tj. prawa do życia prywatnego i rodzinnego, poprzez brak uznania skutków prawnych zmiany płci. Trybunał uwzględniając skargę stwierdził, iż to na państwie (zwłaszcza takim, które dopuszcza przeprowadzanie zabiegów zmiany płci) spoczywa obowiązek nadania temu faktowi doniosłości prawnej².

Podobnie ostatnio w sprawie z 2007 r. *L. przeciwko Litwie*³ Trybunał uznał za konieczne przyjęcie przez Litwę przepisów regulujących kwestie zmiany płci. W tej z kolei sprawie powód podniósł naruszenie tego samego artykułu Konwencji poprzez brak możliwości przeprowadzenia ostatecznej operacji, mającej na celu przekształcenie organów płciowych, na skutek braku odpowiednich przepisów prawnych. Analiza tych i innych orzeczeń pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, iż państwa będące stroną Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (w tym również Polska), powinny dążyć do stworzenia gwarancji prawnych umożliwiających funkcjonowanie osób transseksualnych w społeczeństwie. Jest to o tyle istotne, że obecnie brak jest przepisów, które w sposób szczególny regulowałyby kwestie zmiany płci. W uchwale Sądu Najwyższego z 22 września 1995 r.⁴ po raz pierwszy uznano prawo osób transseksualnych do zmiany płci metrykalnej, poprzez wytoczenie powództwa na podstawie art. 189 k.p.c

² *Goodvin przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie z 11.07.2002, skarga nr 28957/95, w ECHR 2002 VI.

³ *L. przeciwko Litwie*, orzeczenie z 11.09.2007, skarga nr 27527/03, www.echr.coe.int, 2.04.08.

⁴ III CZP 118/95, OSNC 1996, NR 1.

(powództwo o ustalenie). Zmiana płci jest możliwa, gdy cechy „nowej” płci są przeważające, a stan ten jest nieodwracalny, jednak samą operację zmiany płci lekarze przeprowadzają już po zmianie aktu cywilnego ze względu na obawę pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej⁵.

2. Praktyczne i prawne problemy związane ze sprostowaniem płci metrykalnej we Włoszech

W niniejszym opracowaniu pragnę poddać analizie jeden z pierwszych europejskich aktów normatywnych w materii sprostowania płci metrykalnej, a mianowicie włoską ustawę nr 164 z 1982 r., od początku zresztą krytykowaną za niejasny zakres podmiotowy zastosowania oraz luki prawne. Pojawił się także problem jej konstytucyjności, a konkretnie zgodności z art. 2 (uznanie i ochrona nienaruszalnych praw człowieka) i 32 (ochrona zdrowia) Konstytucji Republiki Włoskiej. Ostatecznie włoski Sąd Konstytucyjny uznał ustawę za zgodną z Konstytucją, potwierdzając istnienie prawa do tożsamości płciowej, która w przypadku transseksualizmu w pełni osiągnięta może być jedynie poprzez zabieg rekonstrukcji narządów płciowych. Tym samym prawo do tożsamości seksualnej, jako jedno z osobistych praw człowieka, zostało uznane również na podstawie włoskiej ustawy zasadniczej. Dodatkowo stwierdzono, iż w zakresie ochrony zdrowia mieści się nie tylko zdrowie w sensie fizycznym, ale także zdrowie psychiczne, które zasługuje na przyznanie takich samych gwarancji ochronnych ze strony państwa. Sąd pozytywnie odniósł się do samej ustawy, jako „pomocy w przezwyciężeniu wyobcowania, wrogości i upokorzeń, jakie często towarzyszą życiu transseksualistów”⁶, wyraźnie w ten sposób kładąc nacisk na jej humanitarny wymiar.

Od czasu wejścia w życie ustawy, zarówno orzecznictwo ETPCz, jak i ustawodawstwa innych państw, znacznie się rozwinęły i zliberalizowały, idąc w kierunku pozostawienia jednostce coraz większej swobody w zakresie dysponowania swoim ciałem. W tym też kierunku zmierza pro-

⁵ Szczegółowo patrz: M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, „Państwo i Prawo”, 1987, nr 7.

⁶ Wyrok Sądu Konstytucyjnego nr 161/1985, www.giurcost.org, 27.03.08.

jekt nowej ustawy, przygotowany przez grupę włoskich posłów, która miałyby zastąpić obowiązujący akt normatywny. Jest to okazja do skonfrontowania zarówno obowiązującego stanu prawnego, jak i przedstawionego projektu, na tle orzecznictwa ETPCz i tendencji, zgodnie z którymi rozwijają się ustawodawstwa innych państw.

Obowiązująca ustawa, jak już zostało to na początku przeze mnie podkreślone, otwiera drogę do sprostowania płci określonej w akcie urodzenia, na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu, jako następstwo podjętych modyfikacji cech płciowych (art. 1). Trudności nastęrcza precyzyjne określenie zakresu podmiotów, które mogą z taką inicjatywą wystąpić, gdyż ustawodawca nie posługuje się pojęciem transseksualizmu. Legitymacja czynna zostaje przyznana „osobom, których płeć, w wyniku podjętych modyfikacji, nie jest zgodna z tą określoną w akcie urodzenia”. Użyte sformułowanie pozwala z pewnością na wykluczenie z kategorii uprawnionych tych osób, które nie poddały się żadnym zabiegom terapeutycznym (leczenie hormonalne, zabiegi chirurgiczne, itp.).

Pozostaje pytanie, czy zakres podmiotowy ustawy obejmuje również hermafrodytów (osoby, których płeć została błędnie określona). Zakwalifikowanie lub nie tej kategorii osób jako adresatów ustawy powoduje bowiem daleko idące konsekwencje, jak chociażby konieczność uzyskania sądowej zgody na zabieg mający na celu przekształcenie narządów płciowych. W pracach parlamentarnych nad treścią art. 1 przedmiotowej ustawy możemy się spotkać z jasnym określeniem, iż intencją ustawodawcy jest nie tylko uregulowanie sytuacji transseksualistów, ale także osób u których rozbieżność między płcią określoną w akcie urodzenia a stanem rzeczywistym wynika z ewolucji naturalnej. Potwierdza to także cytowane już orzeczenie Sądu Konstytucyjnego. Jest jasne, że nie można wyłączyć z katalogu legitymowanych także interseksualistów, czyli osób u których w wyniku naturalnej ewolucji występują zaburzenia płciowo – genetyczno – hormonalne. W treści artykułu niefortunnie użyty został zwrot „podjęte modyfikacje płci”, gdyż ustawodawca nie precyzuje o jakie modyfikacje chodzi. Tak więc można to pojęcie rozumieć szeroko, uwzględniając terapię hormonalną, zabiegi estetyczne lub wąsko jedynie jako zabieg przekształcający narządy płciowe. Jakkolwiek jednak rozumieć użyte sformułowanie, to podjęcie odpowiednich dzia-

łań mających na celu zmianę płci, jeszcze przed skierowaniem wniosku do sądu, stanowi *conditio sine qua non* sprostowania płci.

Sporą konsternację doktryny wzbudziło orzeczenie Tribunale di Catania z dnia 12 marca 2004 r., w którym odrzucony został wniosek rodziców małoletniego, działających w jego imieniu, o sprostowanie płci. Sąd uzasadniając stwierdził, iż w kwestiach dotyczących osobistych praw małoletniego o tak istotnym znaczeniu rodzice nie mogą wystąpić z wnioskiem (z pewnością na decyzję sądu wpłynął także fakt, iż małoletni miał osiągnąć pełnoletniość za 3 miesiące). Podstawy krytyki orzeczenia są jasne, małoletni nie ma pełnej zdolności do czynności prawnej, w postępowaniu sądowym jest reprezentowany przez przedstawiciela ustawowego, zatem w tym wypadku jest pozbawiony jakiegokolwiek możliwości ochrony i realizacji swych praw. Orzeczenie wywołało falę dyskusji co do uznania zdolności do czynności prawnej małoletniego w postępowaniu sądowym, gdy dotyczą one działań o charakterze czysto osobistym i dyspozycyjnym, oczywiście uwzględniając stopień dojrzałości takiej osoby (rozwijając w ten sposób powszechnie przyjętą formułę wysłuchania małoletniego przez sąd w kwestiach jego dotyczących). Wydaje się jednak, że bez komplikowania sytuacji prawnej, a przede wszystkim chroniąc interesy małoletniego, to rodzice powinni mieć prawo do wystąpienia z wnioskiem w jego imieniu, a sąd w postępowaniu powinien kierować się wolą i dobrem reprezentowanego, w szczególności poprzez uznanie jego aktywnej roli w postępowaniu. W każdym wypadku trzeba mieć na uwadze z jednej strony ochronę małoletniego, szczególnie w świetle nieodwracalności zabiegu chirurgicznego mającego na celu przekształcenie organów płciowych, z drugiej zaś fakt, że nie można takiej osoby pozbawić praw przyznanych jednostce, takich jak prawo do zdrowia, tak fizycznego, jak i psychicznego, czy do zachowania swojej tożsamości płciowej⁷.

Zdecydowanie największe wątpliwości interpretacyjne budzi treść art. 3: „Sąd, kiedy jest konieczne przekształcenie cech płciowych poprzez zabieg chirurgiczny, wydaje w orzeczeniu upoważnienie do jego przeprowadzenia”. Przepis wprowadza konieczność uzyskania zgody na operację mającą na celu przekształcenie narządów płciowych i to zarówno mającej na celu usunięcie organów posiadanych, jak i rekon-

⁷ L.FAMULARO, *I minori e diritti della personalita*, Giust. Civ. 2005, 4.

strukcję narządów „nowej płci”. Zakres zastosowania art. 3 jest jasno sprecyzowany, ale nie można odczytywać go w oderwaniu od art. 1, który operuje pojęciem „podjętych modyfikacji cech płciowych”, jako warunku uzasadniającego skierowanie wniosku. W tym miejscu, wobec braku przepisu, który ostatecznie rozwiązywałby kwestię przesłanek koniecznych w celu skierowania żądania zmiany płci metrykalnej, należy odnieść się do orzecznictwa.

W orzeczeniu z 5 października 2000 r. Tribunale di Milano podkreślił, że uzyskanie zgody, o której traktuje art. 3, wchodzi w zakres postępowania w sprawie sprostowania płci, nie ma charakteru autonomicznego i nie jest przesłanką procesową. Dlatego też uznał, iż nie jest samo w sobie niedozwolone przeprowadzenie przedmiotowego zabiegu chirurgicznego w celach terapeutycznych, a sąd w sytuacji skierowania wniosku o sprostowanie płci, gdy przeprowadzono zabieg bez wcześniejszej zgody, powinien ograniczyć się do stwierdzenia, czy przesłanki art. 1 oraz 2 ustawy 164/82 zostały spełnione i w takim przypadku uznać wniosek za zasadny⁸. Reasumując, jeżeli osoba transseksualna zmieniła w sensie fizycznym płeć poprzez usunięcie narządów płciowych i rekonstrukcję organów nowej płci, sąd nie może odmówić uznania konsekwencji prawnych tego faktu, gdyż prowadziłoby to wprost do sytuacji opisanej w sprawie *Goodvin przeciwko Wielkiej Brytanii*.

Z kolei w orzeczeniu z 14 kwietnia 2004 r. Tribunale Brescia stwierdził, że zgoda o której mówi art. 3 ustawy 164/82 jest konieczna w tym sensie, że nie można przychylić się do wniosku o sprostowanie płci, jeżeli zainteresowana osoba poddała się zabiegowi określonymu w art. 3, bez wcześniejszej autoryzacji sądu⁹.

Te dwa orzeczenia doskonale odzwierciedlają chaos interpretacyjny, pozwalający w zasadzie na przyjęcie dwóch rozwiązań, jednak zdecydowanie bardziej spójności systemu prawnego sprzyja stanowisko Tribunale di Milano, gdyż pozostaje w zgodzie z linią orzecniczą ETPCz.

Na tle owego artykułu istnieje jeszcze inny problem, a mianowicie czy przeprowadzenie SRS (*Sex Reassignment Surgery*), czyli operacji narządów płciowych, jest w ogóle konieczne w celu uzyskania sprostowa-

⁸ Tribunale Milano, 05.10.00, *Diritto della famiglia*, 2001, 1497.

⁹ Tribunale Brescia, 15.10.04, *Corriere del merito*, 2005, 505.

nia płci? Nie jest to pytanie czysto akademickie, gdyż z literalnego brzmienia art. 1 nie wynika taka konieczność i w zasadzie od interpretacji sądu zależy zakres użytego sformułowania „przeprowadzonych modyfikacji płci”. Ponieważ zaś orzecznictwo jest zgodne co do faktu, iż nie jest konieczna zgoda sądu na podjęcie leczenia hormonalnego (Tribunale di Torino, wyrok 6673 z 6.10.1997), to uznanie za wystarczające w celu sprostowania płci przekształcenia drugorzędnych cech płciowych (np. w wyniku terapii hormonalnej), bardzo ogranicza rolę sądu w postępowaniu i pozwalałoby na ominięcie konieczności uzyskania zgody sądowej na SRS jako przesłanki sprostowania płci. W tym momencie wracamy do zasygnalizowanego już problemu szerokiej lub wąskiej interpretacji art. 1.

W wyroku Tribunale San Remo z 25 listopada 2002 r. sąd stwierdził, że jedynie po przeprowadzeniu zabiegu mającego na celu przekształcenie narządów płciowych, przeprowadzonego według art. 3 ustawy nr 164/82, można dokonać sprostowania płci. Jest to stanowisko przeważające w orzecznictwie, uznające, że „modyfikacje cech płciowych, o których traktuje art. 1, nie mogą obejmować zmian powstałych np. w wyniku terapii hormonalnej, ze względu na doniosłość prawną sprostowania płci, musi ona odzwierciedlać stan faktyczny, jaki w sposób definitywny kształtuje SRS”.

Art. 2 ustawy w całości reguluje kwestie dotyczące procedury zmiany płci. Co wymaga podkreślenia, w świetle obowiązujących przepisów kompetencja do orzekania w tego typu sprawach pozostaje całkowicie po stronie sądu (obecne tendencje idą w kierunku przekazania kompetencji w tych sprawach organom administracyjnym, np. w Hiszpanii). Osoba zainteresowana rozpoczyna postępowanie poprzez wniesienie tzw. *ricorso* (quasi-powództwo) do sądu właściwego ze względu na miejsce stałego pobytu. W trakcie postępowania sędzia, jeżeli uzna to za niezbędne, może zwrócić się do biegłego w celu uzyskania opinii w przedmiocie stanu psychofizycznego zainteresowanego. W orzeczeniu uznającym powództwo sąd zarządza sprostowanie akt stanu cywilnego. W dalszej kolejności następuje wydanie nowego dowodu osobistego i numeru fiskalnego, zawierające jedynie nowe dane takiej osoby. Ustawa nie reguluje procedury nadania i wyboru nowego imienia, ale większość doktryny przychyliła się do uznania, iż powinno ono nastąpić w

samym orzeczeniu zmieniającym płeć, przy czym jedynie wtedy, gdy zmiana imienia polega na zmianie formy z męskiej na żeńską lub odwrotnie (np. z Carlo na Carla)¹⁰. W innym wypadku konieczne jest uruchomienie odrębnej procedury administracyjnej związanej ze zmianą imienia (Tribunale di Ancona, 4.11.1990 nr 643). Konieczność zastosowania tej procedury, przewidzianej w przypadkach np. zmiany imienia ośmieszającego, w przypadku zmiany płci wydaje się wątpliwa i należy krytycznie ocenić stanowisko Tribunale di Ancona¹¹. Należałoby zawsze w orzeczeniu zmieniającym płeć metrykalną orzekać w przedmiocie nowego imienia.

Jeżeli natomiast sąd udzielił zgody na przeprowadzenie SRS, to takie orzeczenie jest wiążące dla sądu i powoduje, że po przeprowadzeniu przedmiotowego zabiegu sąd zobowiązany jest do uznania nowej płci bez konieczności przeprowadzenia całego postępowania. Oczywiście orzeczenie o sprostowaniu płci nie ma mocy retroaktywnej, zaś zgodnie z art. 4 ustawy powoduje rozwiązanie małżeństwa, jeżeli w takim związku powód pozostawał. Przepis ten budzi spore kontrowersje w doktrynie, precyzyjniej zaś rzecz ujmując nie sam przepis, ale fakt, iż zmiana płci na podstawie nowelizacji z 1987 r. ustawy nr 898/1970 w przedmiocie przesłanek rozwiązania małżeństwa stanowi jedną z przesłanek rozwodu.

Umiejscowienie zmiany płci jako przesłanki rozwodu, jeśli interpretujemy ją literalnie, prowadzi do wniosku, iż jeżeli jeden z małżonków nie skieruje na drogę sądową sprawy o rozwód, takie małżeństwo będzie nadal trwało, mimo iż nie zostaje zachowana przesłanka odmienności płci. Nawet jeżeli zaś rozpoczęta zostanie procedura związana z rozwiązaniem małżeństwa, to jednak do zapadnięcia wyroku prawnie istnieć będzie związek między osobami tej samej płci. Z drugiej strony możemy na podstawie art. 4 ustawy o sprostowaniu płci przyjąć automatyzm rozwodu jako konsekwencji zmiany płci, gdzie sąd orzekając o sprostowaniu płci orzeka również *ex lege* o rozwiązaniu małżeństwa.

Pozostaje pytanie, jak interpretować w tym przypadku wolę ustawodawcy wobec kolizji dwóch dyspozycji, tj. z jednej strony ustawy nr 164/82, regulującej problematykę zmiany płci, a z drugiej strony ustawy wpro-

¹⁰ *Mutamento di sesso e divorzio del transessuale: problemi di ieri e di oggi*, Giur.It., 1998.

¹¹ Trib. Ancona, 4.11.90, w *Rassegna di Diritto Civile* 1992, 4, 910, z komentarzem krytycznym *Vilella*.

wadzającej instytucję rozvodu, a ściślej rzecz ujmując jej nowelizacji z roku 1987. Powszechnie przyjęto zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, iż zmiana płci będzie automatyczną przesłanką rozvodu, ale z drugiej strony zachowana zostanie możliwość rozpoczęcia procedury według art. 3 ustawy nr 898/70, ażeby sąd mógł ustalić stosunki między byłymi małżonkami (majątkowe, osobiste). Taka procedura może również prowadzić do rozwiązania małżeństwa, ale ze skutkiem deklaracyjnym, a nie konstytutywnym¹².

3. Likwidacja wymogu przeprowadzenia zabiegu SRS – projekt regulacji

Na podstawie szacunkowych danych ocenia się, że obecnie we Włoszech żyje około 2000 transseksualistów, prawie jeden na 40.000 mężczyzn i jedna na 50 000 kobiet. Są to osoby normalne pod względem anatomicznym i biologicznym, które jednak czują się niewolnikami we własnym ciele. To właśnie w celu ułatwienia egzystencji w społeczeństwie i możliwego zmniejszenia niedogodności związanych ze zmianą płci tym osobom, grupa posłów włoskich przedstawiła 10 lipca 2007 r. projekt nowej ustawy w przedmiocie sprostowania płci¹³. Jest to już kolejna inicjatywa przeprowadzenia zmian w obowiązującym stanie prawnym (poprzedni projekt został zgłoszony 26.06.2006 r.). Jak przekonują sami twórcy, ma on na celu z jednej strony ułatwienie samej procedury zmiany płci, a z drugiej pełne poszanowanie praw jednostki. Szczególnie chodzi tu o prawa wyprowadzone przez ETPCz na podstawie art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego). Mianowicie w wielokrotnie już przytaczanym orzeczeniu *Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał orzekł na podstawie art. 8 Konwencji, że sfera życia prywatnego obejmuje również prawo do ustanowienia szczegółów dotyczących tożsamości indywidualnej jednostki ludzkiej, podkreślając dodatkowo prymat autonomii każdej osoby.

¹² V. Achilli, *Il divorzio nel ordinamento italiano*, Milano, 2006, s. 328.

¹³ Projekt Ustawy nr 2887 z 10 lipca 2007, Akty Parlamentarne XV Legislatury.

I tak w art. 1 projektu uznaje się prawo osoby, która odczuwa brak przynależności do płci określonej w akcie urodzenia, do jej zmiany. Istotnym *novum* jest fakt, iż nie jest już wymagane, aby sprostowanie płci było poprzedzone zabiegiem chirurgicznym przekształcającym narządy płciowe. Wystarczające jest, aby osoba kierująca wniosek przedstawiła dokument poświadczający podjęcie terapii psychologicznej, hormonalnej lub zabiegów z zakresu chirurgii estetycznej, zmierzających do przekształceń cech fizycznych w zgodzie z płcią psychiczną.

Ratio legis tego przepisu należy poszukiwać w realizacji prawa jednostki do poddania się zabiegom medycznym wedle swej woli, co zatem ostatecznie powoduje uznanie, że zabieg zmierzający do przekształcenia płci w istocie nie różni się od innych czynności medycznych podejmowanych dla dobra pacjenta, które zgody sądu nie wymagają. Obowiązujący stan prawny może, zdaniem twórców projektu, niejako narzucać osobie transseksualnej obowiązek przeprowadzenia zabiegu przekształcającego narządy płciowe, nawet gdy tego nie chce. Konieczność taką wymusza fakt, iż bez jego przeprowadzenia osoba taka nie może funkcjonować w sposób zgodny z jej „płcią psychiczną” w życiu społecznym i obrocie prawnym, ponieważ obecne i dominujące stanowisko sądów włoskich wymaga uprzedniego przeprowadzenia SRS w celu zmiany płci metrykalnej. Z kolei coraz dokładniejsze poznanie istoty transseksualizmu pozwala na przyjęcie, iż nie zawsze taki zabieg jest konieczny dla zachowania równowagi psychofizycznej osoby zainteresowanej, która np. może zadowolić się zabiegami o mniej inwazyjnym charakterze lub gdy z przyczyn zdrowotnych przeprowadzenie SRS byłoby ryzykiem dla takiej osoby (często w przypadku osób starszych).

Podobnie przez twórców projektu zostaje pominięty obowiązek uzyskania wcześniejszej zgody sądu na przeprowadzenie zabiegu mającego na celu przekształcenie narządów płciowych, pozostawiając ostateczną decyzję w tej kwestii lekarzowi przeprowadzającemu zabieg, jako osobie kompetentnej do oceny czy stan zdrowia psychicznego i fizycznego pacjenta pozwala na jego przeprowadzenie.

Projekt wprowadza ponadto bardzo poważne modyfikacje w zakresie samej procedury zmiany płci. Jak już wyżej zostało zasygnalizowane, na podstawie obecnego stanu prawnego to sąd w orzeczeniu zarządza zmianę płci; natomiast przedstawione w Parlamencie zmiany idą w

kierunku oddania całkowitej kompetencji w tych sprawach właściwym urzędnikom stanu cywilnego. Oczywiście za zasadny należy uznać argument, iż przy obecnym obciążeniu sprawami sądów włoskich proponowane modyfikacje mogą mieć istotne znaczenie dla samych zainteresowanych. Pozostaje jednak wątpliwość, czy w ramach postępowania administracyjnego w taki sam pełny sposób zostaną zrealizowane prawa stron, jak i ochrona przed ewentualnymi nadużyciami? (trzeba jednak zauważyć, iż sami twórcy projektu wskazują, że podobne zmiany zostały wprowadzone w 2007 r. w Hiszpanii). Obawy jednak pozostają, wystarczy w tym miejscu przytoczyć orzeczenie Tribunale di Velletri z 2 listopada 2005 r., w którym sąd odrzucił wniosek osoby, która po dokonaniu sprostowania płci, zgodnie z ustawową procedurą, a więc po uzyskaniu sądowej zgody na przeprowadzenie SRS, zwróciła się do sądu o sprostowanie polegające na przywróceniu płci pierwotnej. Uzasadnienie tego stanowiska wypływa przede wszystkim z nieodwracalnego charakteru SRS. Dlatego tak istotną rolę w postępowaniu odgrywa opinia biegłego, o którą może zwrócić się sędzia, w celu nie tylko zbadania czy zainteresowany poczynił już kroki w celu zmiany płci (w sensie medycznym), ale także oceny jego stanu psychicznego. W postępowaniu administracyjnym rola urzędnika ogranicza się do suchej analizy przedstawionych dokumentów.

Art. 2 omawianego projektu przewiduje, iż wniosek o zmianę płci należy skierować do urzędnika stanu cywilnego właściwego dla gminy, w której zainteresowany posiada stały pobyt. We wniosku należy wskazać nowe, wybrane przez siebie imię lub imiona, a także załączyć zaświadczenie lekarskie potwierdzające, że dana osoba jest w trakcie zabiegów medycznych mających na celu dostosowanie płci do jego tożsamości płciowej. Następnie wniosek zostaje przekazany urzędnikowi stanu cywilnego, właściwego dla gminy, w której podlegający sprostowaniu akt urodzenia został sporządzony. Po dokonaniu zmiany płci urzędnik stanu cywilnego właściwy dla gminy jego sporządzenia jest zobowiązany zawiadomić o tym fakcie urzędnika stanu cywilnego, do którego wniosek wpłynął, zaś ten na tej podstawie wydaje wnioskodawcy nowe dokumenty (art. 3).

Art. 4 potwierdza, iż wszelkie dokumenty stanu cywilnego, jak i dowody tożsamości, wydane przez jakikolwiek organ publiczny czy pry-

watny osobie, której płeć została zmieniona, zawierają jedynie nowe dane takiej osoby (zmienioną płeć i imię). Artykuł ten w pełni nawiązuje do treści art. 5 obowiązującej ustawy.

Zdziwienie może budzić fakt, iż projekt w ogóle nie odnosi się do skutków zmiany płci w zakresie małżeństwa. Oczywiście byłoby nie do przyjęcia, aby urzędnik stanu cywilnego, uwzględniając wniosek o prostowanie płci, mógł decydować o automatycznym rozwiązaniu małżeństwa (tak jak to może, a w zasadzie powinien orzec sędzia). To z kolei powoduje, że jedynym aktem normatywnym regulującym tę kwestię stałaby się ustawa o przesłankach rozwiązania małżeństwa z 1970 roku, traktująca zmianę płci jako przesłankę żądania rozwodu, a idąc o krok dalej – do wyobrażenia stałaby się sytuacja istnienia (choćby do momentu rozwodu) małżeństwa między osobami tej samej płci.

Tę sytuację należałoby ustawowo wyjaśnić, a z drugiej strony ten problem tylko potwierdza pewne obawy dotyczące zastąpienia procedury sądowej zmiany płci procedurą administracyjną. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że jakkolwiek słuszne jest dążenie do poprawy sytuacji osób transseksualnych, państwo musi również zapewnić odpowiednią ochronę praw innych osób, w tym ich współmałżonków i dzieci.

Maria Boratyńska

O łamaniu przepisów dopuszczających przerywanie ciąży

1. Uwagi wstępne

Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży ma już 15 lat¹, ale dopiero ostatnio, głównie dzięki orzeczeniom Sądu Najwyższego, da się podsumować jej obowiązywanie i wskazać podstawowe kierunki interpretacji. To jest ustawa, której nikt nie lubi: ani zwolennicy liberalnego podejścia do przerywania ciąży, ani organizacje nazywające siebie obrońcami życia. Zatem śmiało można nazwać ten akt prawny zgniłym kompromisem. Jednocześnie dochodzą sygnały o łamaniu go na różne sposoby – przede wszystkim w sensie odmowy wykonania zabiegu pomimo spełnienia ustawowych przesłanek. Ostatnio zapadło kilka wyroków za – ujmując w uproszczeniu – niewykonanie zabiegu. Dla celów orzekania dokonano ustaleń na płaszczyźnie stanów faktycznych, tutaj przydatnych do stwierdzenia, w jaki sposób nastąpiło złamanie ustawy, polegające na przyjęciu wbrew obowiązującemu prawu, iż w danej sprawie przerwanie ciąży było niedopuszczalne.

Zanim doszło do wydania tych wyroków, dyskusja toczyła się również tak w środowisku lekarskim, jak prawniczym. Lekarze, do których zgłaszały się pacjentki, często zasłaniaли się **art. 39** lekarskiej ustawy zawodowej, znanym jako klauzula sumienia. Uświadamianie lekarzy i pacjentów miało na celu wskazanie, że nie można z tego powodu odmówić wykonania zabiegu na zasadzie „nie, bo nie”. Zostało wytknię-

¹ Ustawa z 7 stycznia 1993 r., Dz.U. Nr 17/1993 poz. 78 ze zm.

te, że powołanie się na klauzulę sumienia jest prawnie bezskuteczne, o ile nie zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki ustawowe: odnotowanie w dokumentacji, uzasadnienie stanowiska, uprzednie powiadomienie na piśmie ewentualnego przełożonego oraz, co najważniejsze, wskazanie realnej możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w innym zakładzie opieki zdrowotnej. Raporty organizacji pozarządowych pokazują, że wśród lekarzy narasta strach przed dokonywaniem przerwania ciąży², co rzecz jasna niekorzystnie odbija się na potrzebujących pacjentkach. To, czego nie udało się uzyskać tak zwanym obrońcom życia w zgodzie z prawem, próbują przeforsować poprzez naciski faktyczne oraz świadomą dezinformację.

2. Ustawowe przesłanki legalizujące przerywanie ciąży

Ustawa zawiera **trzy** przesłanki legalizujące przerywanie ciąży, z których wszystkie wymagają stwierdzenia pewnych okoliczności przez lekarza. Zostaną one omówione w odwrotnej kolejności niż ustawowa i w oparciu o wybrane konkretne orzeczenia, nie tylko Sądu Najwyższego, ale również Okręgowego Sądu Lekarskiego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Trzeba tylko jeszcze raz zaznaczyć, że powołane ustalenia faktyczne zostały poczynione pod powagą organów sądowych, więc nie są ani wysrane z palca, ani naciągane dla potrzeb publicystycznych. Wszelkie ewentualne wzmianki w prasie zostały celowo pominięte, za wyjątkiem autorskiej wypowiedzi lekarza zaangażowanego w jedną ze spraw, udzielonej w zamiarze obrony własnego stanowiska³.

I. Zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, co stwierdza prokurator – jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni (art. 4a ust.1 pkt 3 w zw. z ust. 2 *in fine*).

² Raporty te zostały przytoczone w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu wydanym w sprawie Alicji T.

³ R. Dębski: *Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty*, „Prawo i Medycyna” nr 2/2007, s. 39. Wprawdzie głośno i jednoznacznie przyznał się do udziału w sprawie, jednak nie czuje się powołana do operowania ani jego nazwiskiem, ani również powszechnie znanym nazwiskiem skarżącej.

Przeważnie chodzi o zgwałcenie. Od strony faktycznej sytuacja z reguły wygląda tak, że ofiara składa zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. Następnie stwierdza, że prawdopodobnie jest w ciąży, wobec tego udaje się do ginekologa. Ginekolog potwierdza ciążę i ustala okres jej zaawansowania. W tym momencie kobieta powinna udać się do prokuratora z zaświadczeniem lekarskim i zażądać jeszcze drugiego zaświadczenia – że zachodzi owo „uzasadnione podejrzenie”. Z prawidłowym dokumentem od prokuratora pacjentka zgłasza się do lekarza (przy czym niekoniecznie w szpitalu), który ma za zadanie, gdy papier jest w porządku, zbadać pacjentkę jedynie pod kątem ewentualnych przeciwwskazań zdrowotnych do zabiegu i następnie wykonać przerwanie ciąży. Jest rzeczą oczywistą, że bez pierwszego lekarza prokurator decyzji nie podejmie, ponieważ sam nie dysponuje wystarczającymi danymi. Wydaje się (to jest moja interpretacja), że zaświadczenie prokuratora powinno pozostawać w związku treściowym z uprzednim zaświadczeniem lekarskim, albowiem tylko wtedy **podejrzenie**, iż ciąża jest rezultatem czynu zabronionego, jest **uzasadnione** i możliwe do stwierdzenia.

Nie trzeba tłumaczyć, że w tego rodzaju sprawach wszystkie kompetentne osoby powinny działać szybko. Dwanaście tygodni to czas bardzo krótki na dopełnienie formalności. Każde udowodnione przewleknięcie sprawy może i powinno skończyć się wyrokiem odszkodowawczym.

W pierwszej omawianej sprawie Sąd Najwyższy orzekł dwukrotnie. Wydarzenia miały miejsce w 1996 roku, tuż przed wejściem w życie nowelizacji kodeksu cywilnego ułatwiającej majątkową ochronę dóbr osobistych⁴. Pacjentka zjawiła się w szpitalu z dwoma, jak wynika z uzasadnienia, niezależnymi od siebie dokumentami: zaświadczeniem lekarskim o ciąży 11-tygodniowej oraz z odpisem postanowienia o umorzeniu dochodzenia w sprawie o zgwałcenie (ponieważ nie udało się ustalić sprawców). Zamiast skierować ją z powrotem do prokuratora po właściwy dokument, w szpitalu wykonano badanie USG, które jako by określiło ciążę jako 14-tygodniową. Dopiero wówczas odesłano pacjentkę do prokuratora. Prokurator na to wydał postanowienie o powołaniu biegłego ginekologa celem ustalenia stanu zaawansowania ciąży.

⁴ Art. 448 kc. Majątkowa ochrona praw pacjenta została wprowadzona jeszcze później - w 1997 r. zmianą ustawy o zakładach opieki zdrowotnej (art. 19a).

ży. Przystępstwo miało miejsce 28 lipca; zaświadczenie pierwszego ginekologa o ciąży 11-tygodniowej zostało wystawione „pod koniec września”; pacjentka spędziła w szpitalu dwa dni: 8 i 9 października, a u prokuratora stawiała się ponownie 10 października. Porównanie dat pozwala na przypuszczenie, że już wtedy mogło być za późno, ale niekoniecznie, ponieważ zaświadczenia lekarskie określają tylko, który to jest tydzień ciąży. Przerwać jej z tych przyczyn, o których mowa, nie wolno, gdy ciąża ma „skończone” 12 tygodni, czyli gdy pacjentka jest już w tygodniu trzynastym. W każdym razie u biegłego pacjentka już się nie stawiała. Uzasadnienie wyroku nie podaje dat wyznaczonych wizyt, których miało być dwie. Dziecko przyszło na świat 30 kwietnia 1997 r. zdrowe i donoszone, matka zdecydowała się mimo wszystko je zatrzymać, ale wystąpiła o odszkodowanie. Za pierwszym razem⁵ Sąd Najwyższy uchylił wyrok oddalający powództwo i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Stwierdził tylko wstępnie, że „bezprawne uniemożliwienie wykonania zabiegu przerywania ciąży uprawnia kobietę do dochodzenia wyrównania szkody wynikłej z tego zdarzenia”. Jednocześnie zalecił, żeby w postępowaniu dowodowym została jednak udzielona odpowiedź na pytanie, w którym tygodniu ciąży była pacjentka podczas pobytu w szpitalu. Od tej przecież informacji zależało ustalenie, czy uniemożliwienie przerywania ciąży było bezprawne czy nie – wynik badania USG rzutował na decyzję prokuratora o powołaniu biegłego i doprowadził do przeciągnięcia sprawy. Ponowne rozstrzygnięcie Sądu przybrało postać uchwały wyjaśniającej zagadnienie prawne⁶: „Podmiot odpowiedzialny za bezprawne uniemożliwienie dokonania zabiegu przerywania ciąży, będącej następstwem gwałtu, którego sprawca nie został wykryty, ponosi koszty utrzymania dziecka w takim zakresie, w jakim matka dziecka sprawująca osobiste starania o jego utrzymanie i wychowanie nie jest w stanie zaspokoić usprawiedliwionych potrzeb dziecka”. Koniec końców inkryminowany wynik USG został zatem uznany za „błąd lekarski”, a uniemożliwienie przerywania ciąży za bezprawne, ponieważ ów wynik stanowił oś konfliktu. W uchwale nie zostało wyrażone *expressis verbis*, czy ów błąd wynikał z zawinienia, najprawdopodobniej jednak tak. Jako pozwana w sprawie występowała ostatecznie

⁵ z 21.11.2003, sygn. V CK 16/03, OSP nr 10/2004 poz. 125.

⁶ Orzeczenie z 22.02.2006, sygn. III CZP 8/06, OSP nr 2/2007 poz. 16.

gmina, do której należał publiczny szpital niemający osobowości prawnej, zaś jako podstawę prawną roszczenia Sąd wskazał art. 430 kodeksu cywilnego, który odpowiedzialność zwierzchnika uzależnia od wystąpienia po stronie podwładnego winy. Jak twierdzą lekarze, precyzyjne ustalenie wieku płodu badaniem USG na tak wczesnym etapie ciąży nie stanowi dla fachowca trudności, mimo iż decydują różnice wyrażone w milimetrach. Wobec tego wolno twierdzić, że popełnienie błędu w tym akurat przypadku przesądza o zawinieniu.

Można jednak postawić pytanie, czy wykonanie badania było w ogóle celowe, a więc odpowiadające standardom i zgodne z prawem.

Na marginesie orzeczenia Sąd zauważył, że „**zmuszanie kobiety do urodzenia dziecka pochodzącego z przestępstwa zgwałcenia stanowi naruszenie konstytucyjnie chronionego dobra osobistego, jakim jest szeroko rozumiana wolność, obejmująca możliwość decydowania o swoim życiu osobistym**”. W obecnym stanie prawnym za zawinione naruszenie takiego dobra możliwe jest orzeczenie pieniężnego zadośćuczynienia. Zatem każda następna ofiara gwałtu w podobnej sytuacji będzie mogła żądać nie tylko „alimentów” na utrzymanie dziecka, ale i zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

II. Badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, co stwierdza inny lekarz niż dokonujący przerwania ciąży – do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej (art. 4a ust.1 pkt 2 w zw. z ust. 2).

Pierwsze co w tym momencie wymaga wyjaśnienia, to relacja między tak określonymi wadami u płodu. **Prawdopodobne w dużym stopniu upośledzenie** ma być jednocześnie **ciężkie i nieodwracalne albo też płód dotknięty jest z dużym prawdopodobieństwem nieuleczalną chorobą zagrażającą jego życiu**. To jest alternatywa, a nie koniunkcja. Wiadomo mi ze słyszenia, że na niektórych szkoleniach z prawa medycznego wmawia się niezorientowanym medykom pogląd, iż jedynym uzasadnieniem dla przerwania ciąży w tej kategorii przypadków jest występująca u płodu wada o charakterze letalnym. Jak widać jest to jawna nieprawda, o czym może przekonać się każdy, kto potrafi przeczytać ustawę i odróżnić spójnik „albo” od spójnika „i”. Nie jest to przedmiot

sporu w doktrynie ani rezultat pogłębionej wykładni, tylko prosty i literalny sposób odczytania przepisu. Jest to proste tak żenująco, że interpretacja utożsamiająca „ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu” z wadą letalną bądź świadczy o deficycie intelektualnym u interpretatora, bądź też musi być uznana za politykę świadomej dezinformacji. Gdyby zgodzić się z koncepcją wady letalnej, to art. 4a ust. 2 *in principio* byłby pozbawiony sensu: górna granica czasowa dla wykonania zabiegu określona została jako „chwila osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej”. Logicznie rzecz biorąc, płód dotknięty wadą letalną takiej zdolności nie osiągnie nigdy.

W każdym razie, duże prawdopodobieństwo ciężkiego i jednocześnie nieodwracalnego upośledzenia płodu stanowi samodzielną i wystarczającą przesłankę dla legalnego przerywania ciąży. Nie trzeba tłumaczyć, jak wiele zależy w tej sytuacji od lekarza diagnozującego przypadek. Podobnie jak w sytuacjach poprzedniego typu, lekarz wykonujący zabieg nie ma kompetencji decyzyjnych w zakresie istnienia owej eugenicznej przesłanki dla przerywania ciąży. To zadaniem lekarza diagnozującego jest takie sformułowanie rozpoznania, by można je było uznać za jedyną i wystarczającą podstawę do wykonania zabiegu. Zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym do ustawy w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy uprawniających do dokonania przerywania ciąży oraz stwierdzenia, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu⁷, ma to być „lekarz posiadający tytuł specjalisty, orzekający o wadzie genetycznej płodu na podstawie badań genetycznych, lub lekarz posiadający tytuł specjalisty w zakresie położnictwa i ginekologii, orzekający o wadzie rozwojowej płodu, na podstawie obrazowych badań ultrasonograficznych wykonanych u kobiety ciężarnej”. Zarówno w ustawie, jak w rozporządzeniu, mowa jest o **jednym** lekarzu oraz o jego określonych kwalifikacjach na poziomie **specjalisty**.

Drugą sprawę, o której będzie mowa, rozpatrywał również dwukrotnie Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie; drugi raz po uchynieniu orzeczenia i przekazaniu do ponownego rozpoznania przez Naczelny Sąd

⁷ Rozporządzenie z 22.01.1997 r., Dz.U. nr 9/1997 poz. 49.

Lekarski. Pacjentka zarzucała lekarzowi popełnienie przewinienia zawodowego. Dla niej sprawa zakończyła się dobrze o tyle, że zgodnie ze swoją wolą zdążyła poddać się zabiegowi gdzie indziej. Niemniej do szpitala, w którym zatrudniony był obwiniony w sprawie lekarz, zgłosiła się ze skierowaniem na zabieg przerwania ciąży, wystawionym przez Kierownika Zakładu Genetyki Instytutu Psychiatrii i Neurologii, legitymującego się tytułem profesora. Mimo to lekarz zażądał od niej ponadto zgody od konsultanta regionalnego w dziedzinie położnictwa i ginekologii. Gdy pacjentka wystarała się i o to (jak należy domniemywać *per procura*, ponieważ w tym czasie była hospitalizowana), lekarz zażądał jeszcze zgody wystawionej przez kolejną, również określoną indywidualnie osobę: konsultanta krajowego w dziedzinie położnictwa i ginekologii. Stanowisko to piastował podówczas (tzn. w 2001 r.) człowiek znany ze swoistego, zawężającego wbrew wyraźnej literze prawa, sposobu interpretowania ustawy o planowaniu rodziny, co orzekający w sprawie Sąd Lekarski uznał za fakt notoryjny. Jak zostało ustalone w postępowaniu dowodowym, obwiniony lekarz powiedział pacjentce, że już rozmawiał w tej sprawie z konsultantem krajowym, który owej zgody odmówił. Zadziwiająca gorliwość. Podczas dwudniowego pobytu pacjentki w szpitalu obwiniony lekarz przeprowadził z nią dwie rozmowy (w obecności jej męża), w których wyjaśniał, że jego zdaniem przepisy wymagają **dwóch** „orzeczeń” stwierdzających wskazania do przerwania ciąży oraz że ani pismo Kierownika Zakładu Genetyki, ani odręczna zgoda konsultanta regionalnego napisana na podaniu pacjentki w ogóle nie są żadnymi orzeczeniami, zaś ich treść jest jakoby niejasna: zdaniem obwinionego stwierdzony u płodu badaniem genetycznym zespół Downa nie stanowi podstawy do przerwania ciąży, ponieważ nie istnieje przepis, który by to wprost stwierdzał.

Zdaniem Sądu, umieszczony na podaniu pacjentki dopisek konsultanta regionalnego: „Zgoda. Zgodne z w/w ustawą” można rozumieć tylko w jeden sposób: „*wyrażam zgodę na przerwanie ciąży; stwierdzam, że stan faktyczny opisany w podaniu spełnia przesłanki ustawowe*”.

Zdumienie Sądu wzbudziło to, że obwiniony żądał od pacjentki zgody na przerwanie ciąży **imiennie wskazując, kto ma taki dokument wystawić**. W toku sprawy lekarz tłumaczył się, że pierwsze dwa orzeczenia były jego zdaniem enigmatyczne i sformułowane niejednoznacznie.

Gdyby jednak rzeczywiście tak sądził, najbardziej oczywistą i racjonalną reakcją powinna być próba wyjaśnienia sytuacji na poziomie poradni genetycznej i konsultanta regionalnego. Tymczasem obwiniony zażądał opinii trzeciego lekarza, zastrzegając przy tym, że musi to być konkretna osoba – dość powszechnie znana i to nie tylko w środowisku lekarskim – z bardzo niechętnego stosunku do wykonywania przerwania ciąży, nawet w przypadkach, gdy prawo na to zezwala.

Na marginesie OSŁ stwierdził, że owa zdumiewająca procedura, tzn. wskazywanie, który konkretnie lekarz ma wystawić dokument i uzależnianie wykonania zabiegu od tego właśnie dokumentu „**nie ma najlżejszego bodaj oparcia w aktualnym stanie prawnym**”. Ustawa nie określa osoby stwierdzającej wskazania do przerywania ciąży poprzez podanie konkretnego stanowiska w hierarchii służbowej, ani nie wymaga, by osoba taka posiadała jakieś cechy szczególne.

Pacjentka przybyła do szpitala ze skierowaniem, które było autentyczne, wystawione przez wiarygodnego specjalistę i w którym stwierdzono, że płód cierpi najprawdopodobniej (ale z prawdopodobieństwem bardzo wysokim) na trisomię 21, szerzej znaną jako zespół Downa. Co do powyższych faktów obwiniony nie mógł mieć wątpliwości. Co najwyżej mogłyby one ograniczać się (choć zdaniem Sądu w sposób nieuzasadniony) do natury pojęciowej – czy trisomia 21 aby stanowi „ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu”. W toku sprawy obwiniony utrzymywał, iż chciał od kogoś otrzymać dokument, który jasno określałby wskazania. Takie podejście jest zrozumiałe, aczkolwiek poważne zastrzeżenia budzi argumentacja: dokument z poradni genetycznej zdaniem lekarza nie spełniał tego warunku, bo „nigdzie w piśmiennictwie nie jest powiedziane, że zespół Downa jest wskazaniem do przerywania ciąży – nie jest wadą letalną”. Mamy tu zatem do czynienia ze sprawą, w której przewija się również mit o wadzie letalnej.

W opinii Sądu (złożonego z lekarzy) jest poza dyskusją, że **zespół Downa stanowi ciężkie i nieodwracalne upośledzenie**. Równie bezdyskusyjne jest, że „upośledzenie ciężkie i nieodwracalne” **nie musi oznaczać wady letalnej**, zwłaszcza, że przepis ustawy podaje obok alternatywną przesłankę „nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu [płodu]”. Przepis ustawy posługuje się tu wyrażeniami, **których prawidłowa interpretacja nie powinna zdaniem Sądu sprawiać trudności człowieko-**

wi mającemu wyższe wykształcenie i który na co dzień posługuje się językiem polskim (z uzasadnienia *in extenso*). Również argument, że ustawa nie wymienia *expressis verbis* zespołu Downa jako podstawy upoważniającej do przerywania ciąży, świadczy według Sądu albo o tym, że obwiniony nie ma umiejętności interpretowania przepisów na poziomie, jakiego można wymagać od każdego obywatela, albo też, że takie wyjaśnienia mają jedynie ukryć fakt, iż obwiniony od samego początku postępował z pacjentką w złej wierze, kierując się zamiarem odwleczenia w czasie, a w efekcie – być może uniemożliwienia przerywania ciąży.

W tych okolicznościach Sądowi nasunęło się (ujęte w uzasadnieniu) podejrzenie, że opisane postępowanie lekarza albo było wynikiem nieznamomości obowiązującego prawa, albo też stanowiło próbę zniechęcenia pacjentki do poddania się przerywaniu ciąży i w efekcie uchylenia się samemu od wykonania tego zabiegu, bez powołania się na przepis art. 39 ustawy lekarskiej (tzw. klauzulę sumienia). Pokrętnie postępowanie obwinionego lekarza wobec pacjentki bez powodu stawiało ją w sytuacji dla niej niezrozumiałej, niemalże absurdalnej i zarazem rozpaczliwej, na co OSL zwrócił obwinionemu uwagę. Zachowanie to odebrała jako eskalację nieuzasadnionych żądań, która wprowadziła ją w stan bezradności i dezorientacji.

W rezultacie pacjentka była trzymana w szpitalu przez dwie doby bez potrzeby, jakoby na obserwacji, aczkolwiek dokumentacja medyczna nie wskazywała, czego owa obserwacja mogłaby dotyczyć. Z dokumentacji tej nie sposób w ogóle wywnioskować, po co i dlaczego pacjentka przebywała w szpitalu, bo o zamiarze przerywania ciąży nie ma tam ani słowa.

Przekonanie obwinionego, jakoby lekarzy stwierdzających okoliczności legalizujące przerywanie ciąży powinno być dwóch, da się zdaniem Sądu wyjaśnić tylko zupełną ignorancją stanu prawnego. Lekarzowi zostało dowiedzione nie tylko to, że nie rozumiał, a częściowo po prostu nie znał prawa w zakresie, w jakim miał obowiązek je znać, ale że **wskutek owej niewiedzy bezpodstawnie odmówił pacjentce przerywania ciąży.**

Z uzasadnienia:

„Niewiedza na temat stanu prawa w zakresie, w jakim lekarz ma obowiązek je znać, jest niewybaczalna. Używając terminologii właściwej usta-

wie karnej, obwiniony lekarz działał w warunkach **nieusprawiedliwionej nieświadomości co do bezprawności**. (...) Na lekarzu bezsprzecznie ciąży powinność znajomości obowiązującego stanu prawnego w zakresie, w jakim jest to potrzebne do wykonywania zawodu. (...) Nie wymaga szczególnego dowodzenia, że lekarz, który nie orientuje się należycie w prawnych ramach wykonywania zawodu, może wyrządzić rozliczne szkody dla dóbr i interesów – zarówno jednostkowych podmiotów (nie tylko własnych pacjentów), jak dla interesu zbiorowego. Jako potocznie tzw. „osoba zaufania publicznego”, lekarz nie ma prawa pozwalać sobie na ignorancję obowiązującego stanu prawnego. Powinno być to traktowane jako kwestia elementarnego poczucia odpowiedzialności, a nie tylko lęku przed sankcją. Należy też dodać, że obowiązek „stałego uzupełniania i doskonalenia wiedzy i umiejętności zawodowych” przewidziany w art. 55 KEL należy odczytywać nie tylko jako odnoszący się tylko do wiedzy stricte medycznej, czy nawet szerzej – tylko do wiedzy z zakresu nauk przyrodniczych. Należy przez to zdaniem OSL rozumieć także wiedzę i umiejętności innego rodzaju, jeśli tylko są one potrzebne do prawidłowego wykonywania zawodu lekarza.”

Takiej oto reprimendy udzielił lekarzowi sąd lekarski. Orzeczenie jest prawomocne.

III. Ciąża stanowi **zagrożenie dla życia lub zdrowia** kobiety ciężarnej, co stwierdza **inny** lekarz, niż dokonujący przerwania ciąży... (art. 4a ust. 1 pkt 1) (chyba że ciąża zagraża życiu kobiety – wówczas może to być ten sam lekarz). Nie ma ograniczenia w czasie, więc bez znaczenia pozostaje, czy płód jest już zdolny do samodzielnego życia.

Sprawa znalazła swój finał przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu. Wyrok został wydany 20 lutego 2007 r. Zaskarżenie go przez stronę rządową nie przyniosło rezultatu. Wprawdzie pozwany w sprawie był rząd RP, jednak oś konfliktu stanowiło ewentualne uchybienie lekarza, do którego pacjentka zgłosiła się z zaświadczeniem lekarskim stwierdzającym tzw. terapeutyczne wskazania do przerwania ciąży. Dla nas ważne jest, jaki stan faktyczny został ustalony pod powagą Trybunału. W tej sprawie wypowiedział się na łamach „Prawa i Medycyny” sam lekarz, jednak jego wersja wydarzeń różni się nieco od tej stwierdzonej przez organ sądowy. Nie ujmując nic Autorowi tej wypowiedzi, którego szczerze szanuję i podziwiam za tak mery-

toryczne, jak stylistyczne walory znanych mi publicznych wystąpień, pozwolę sobie jako prawnik przyjąć za pewne te fakty, które znalazły się w uzasadnieniu orzeczenia Trybunału. Każdy może się pomylić, pamięć czasem zawodzi, ale znacznie mniej prawdopodobna jest pomyłka w prawomocnym wyroku sądowym i to takim, od którego było rozpatrywane odwołanie. Na marginesie: sprawa, owszem, była przedmiotem postępowania przed Okręgowym Sądem Lekarskim, jednakże postępowanie zostało umorzone na poziomie Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej, zatem OSL nie miał okazji jej rozpoznawać.

Na stronie internetowej Episkopatu Polski (w dniu 12.10.2007 r.) natrafiłam na komunikat, który określa wyrok Trybunału jako „oburzający” i nawołuje do społecznego protestu, którego zamieszczony wzór zawiera sformułowanie jakoby: „odmowa aborcji była zgodna z prawem obowiązującym w Polsce”. Jest to przykład kreowania opinii publicznej drogą manipulacji, a dokładniej – świadomego dezinformowania. Skarżąca pacjentka zarzucała naruszenie w stosunku do niej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwanej potocznie Europejską Konwencją Praw Człowieka), podpisanej przez Polskę w 1991 r., a ratyfikowanej w 1993 r. Należycie przyjęte konwencje międzynarodowe zostają inkorporowane do systemu prawa krajowego i to jako akty wyższego rzędu niż ustawy zwykłe, więc nie są tym samym co jakieś ogólne wytyczne. Konwencję przyjmuje się nie po to, żeby było ładnie, tylko żeby jej przestrzegać. Nieprzestrzeganie postanowień konwencji jest zatem również nieprzestrzeganiem prawa polskiego.

Wprawdzie rozstrzygnięcie Trybunału sprowadza się do zarzutu, że polskie prawo, zezwalając na przerywanie ciąży, nie zawiera procedur gwarantujących poszanowanie praw kobiet ciężarnych ubiegających się o wykonanie zabiegu i jest to zarzut natury systemowej. Niemniej przy okazji zostały poczynione ustalenia mające istotny wpływ na wnioskowanie, czy odmowa dokonania przerwania tej ciąży ze strony konkretnego lekarza miała charakter bezprawny, czy nie.

Omówione już zostało bezprawie wynikłe z błędu diagnostycznego (I) oraz bezprawie wynikłe z zawinionej nieznamości prawa (II) – to ostatnie wytknięte *notabene* nie przez sąd powszechny, tylko przez sąd lekarski. **Wszystkie trzy sprawy mają jednak cechę wspólną: pacjentka**

zgłasza się na przerwanie ciąży z odpowiednimi bądź nieodpowiednimi dokumentami, a lekarz mający za zadanie tylko wykonać zabieg, podejmuje dyskusję merytoryczną z treścią owych dokumentów.

W tej sprawie pacjentka cierpiała na poważną krótkowzroczność (0.2 w lewym oku i 0.8 w prawym). Będąc w ciąży po raz trzeci (dwie pierwsze zostały rozwiązane przez cesarskie cięcie), udała się kolejno do trzech okulistów w obawie, jaki wpływ na jej zdrowie może mieć urodzenie kolejnego dziecka. Wszyscy oni orzekli, że w związku z patologicznymi zmianami w siatkówce oka ciąża i poród stanowią zagrożenie dla jej wzroku (to jest ustalenie stanu faktycznego dokonane przez Trybunał, czyli sąd – M.B.). Jednak pomimo próśb pacjentki, lekarze ci odmówili wydania zaświadczenia pozwalającego na przerwanie ciąży argumentując, że wprawdzie siatkówka mogłaby samoczynnie odkleić się na skutek ciąży, ale nie jest to pewne⁸. Jedna z opinii zawierała zalecenie, by pacjentka unikała wysiłku fizycznego. Trybunał ocenił później dwie z tych opinii jako niejednoznaczne.

Następnie (14.04.2000 r., tj. w drugim miesiącu ciąży) pacjentka poddała się jeszcze jednemu badaniu okulistycznemu. Zostało w nim stwierdzone, że w danym momencie potrzebuje ona okularów o mocy 24 dioptrii dla poprawy widzenia w obu gałkach ocznych. Później, z całym tym „materiałem okulistycznym”, pacjentka zgłosiła się do internisty. Zaświadczenie wystawione przez internistę (20.04.2000 r.) stwierdza, iż trzecia ciąża stanowi zagrożenie dla zdrowia pacjentki, albowiem istnieje ryzyko pęknięcia macicy ze względu na fakt, iż dwa poprzednie porody odbyły się przez cesarskie cięcie. Zaświadczenie powołuje również krótkowzroczność i poważne zmiany patologiczne w siatkówce oka u pacjentki. W ocenie internisty powoduje to, że pacjentka powinna unikać wysiłku fizycznego. Gdyby to był Sąd Lekarski, to przytoczono by konkretne sformułowania, ale wygląda na to, że internista też nie napisał wyraźnie, iż ogólny stan zdrowia pacjentki, na który składa się szereg czynników, stanowi medyczne wskazanie do przerywania ciąży. A dokument tego rodzaju powinien być klarowny, żeby lekarz wykonujący zabieg mógł czuć się „czysty”. Niemniej sprawa wygląda tak, że najpierw trzech okulistów stwierdza, że trzecia ciąża zagraża zdrowiu,

⁸ Ustalenie to zostało zaczerpnięte wprost z oryginalnego tekstu orzeczenia w języku angielskim, dostępnym w Internecie. Tłumaczenie robocze na polski jest w tej części nieprecyzyjne stylistycznie – przyp. aut.

z tym sumuje się późniejszy wynik badania okulistycznego opiewający na 24 dioptrie, czyli pośrednio świadczący o znacznym pogorszeniu widzenia w okresie ciąży i wreszcie internista powiada, że pacjentka ma unikać wysiłku fizycznego – co w ciąży jest zupełnie nierealne, bo przecież trzeba będzie dźwigać coraz większy brzuch. Chyba, żeby teoretycznie rozważyć leżenie przez siedem miesięcy kamieniem w łóżku: są kobiety, które się na to godzą, ale powstaje pytanie, czy to ma z tego powodu być traktowane jako standard ostrożności i czy wolno nałożyć go na kobietę jako obowiązek. Nie wydaje mi się, bo takie ponad półroczne zaleganie samo w sobie odbija się niekorzystnie na stanie zdrowia. Kobiety gotowe na takie poświęcenie nie powinny być traktowane jako uniwersalny model do porównań.

Ginekolog, do którego zgłosiła się następnie pacjentka, ów drugi główny bohater dramatu, zbadał ją „wzrokowo (...) bez przeanalizowania jej dokumentacji okulistycznej”⁹. Pytanie, czy dlatego, że ją (dokumentację) zlekceważył, czy dlatego, że w ogóle nie została mu przedłożona. On sam w powołanej wypowiedzi¹⁰ podaje, że zapoznał się ze skierowaniem od internisty stwierdzającym „*myopia alta*, stan po dwóch cięciach cesarskich – do przerywania ciąży”¹¹ i następnie zebrał wywiad od pacjentki ustnie. Treść wywiadu, jak i zaświadczenie od lekarza rodzinnego, utwierdziły go w przekonaniu o braku wskazań do przerywania ciąży. Określił je wręcz jako „pseudowskazania”¹². Wygląda więc, że owych czterech dokumentów okulistycznych nie widział. Widział natomiast, co przyznaje, bardzo potężne szkła optyczne pacjentki¹³. Pytanie, do jakiego stopnia mogło i powinno go to zaalarmować. Trybunał ustalił, że wada wynosiła 24 dioptrie, podczas gdy lekarz twierdzi, iż pacjentka podała wartość „minus dwadzieścia”¹⁴. Trybunał – iż wada wzroku przed ciążą (fakt, że nie wiadomo kiedy) wynosiła 0.2 i 0.8, zaś lekarz – że pacjentka oświadczyła, iż przed trzecią ciążą miała też minus dwadzieścia, taką samą wadę przed pierwszą ciążą i że w konsekwencji poprzednich ciąż oraz porodów ze wzrokiem nic się nie zmie-

⁹ Tak ustalił Trybunał - M.B.

¹⁰ R. Dębski: *Meandry i bezdroża...*, s. 48.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem, s.47.

¹³ s. 48.

¹⁴ j.w.

niło¹⁵. Niezależnie od tych rozbieżności, **lekarz podważył merytoryczną treść opinii innego lekarza na podstawie własnych kwalifikacji (w części dotyczącej cesarskich cięć) i na podstawie wywiadu ustnego (w części okulistycznej)**. Wychodzi na to, że nie wierząc we wskazania okulistyczne, wypytał dodatkowo pacjentkę i zakwestionował je na tej tylko podstawie. Nie tylko zakwestionował, ale jeszcze napisał to na odwrocie skierowania pochodzącego od internisty (sam to przyznał). Mamy zatem podobną sytuację, jak z wynikiem badania USG w sprawie dotyczącej zgwałcenia: nadgorliwość lekarza stwarza przeszkodę do wykonania zabiegu. Gdyby prokurator nie zapoznał się z ultrasonografem, pewnie bez zastrzeżeń wystawiłby stosowne zaświadczenie. Tymczasem nabrał wątpliwości, powołał biegłego, aż w końcu sprawa stała się bezprzedmiotowa z powodu upływu czasu. Natomiast w niniejszej sprawie merytoryczne zastrzeżenie zgłoszone przez lekarza z tytułem profesorskim spełniło, jak należy przypuszczać, mało chwalebłą funkcję „wilczego biletu”.

Pytanie zatem, czy lekarzowi powołanemu wyłącznie do wykonania zabiegu przerywania ciąży przysługuje prawo kwestionowania merytorycznej strony zaświadczenia wystawionego przez innego lekarza, czy też jest to przysłowiowa nadgorliwość gorsza od sabotażu? Nawiasem mówiąc – **żeby w ogóle podnosić wątpliwości diagnostyczne w danym zakresie, trzeba mieć po temu kompetencje: kto kwestionuje opinię okulistyczną, powinien sam znać się na okulistyce, a jak się nie zna, to niech nie zabiera głosu**. Można tylko dyskutować, czy internista też był władny zabierać głos w sprawach okulistycznych, ponieważ wspomniane już rozporządzenie o kwalifikacjach wymaganych od lekarzy zaświadczaćcych o istnieniu wskazań do przerywania ciąży wymaga, aby był to „lekarz posiadający tytuł specjalisty w zakresie medycyny właściwej ze względu na rodzaj choroby kobiety ciężarnej” (§ 2 ust. 1). Wówczas jednak ginekolog wątpiący w okulistyczne kompetencje internisty powinien chyba zapytać: „A co na to okulista?” lub oświadczyć „To nie jest odpowiedni dokument, proszę dostarczyć opinię okulisty”. Ani jedno, ani drugie nie miało miejsca.

¹⁵ j.w.

3. Podsumowanie

W mojej ocenie ustawa o planowaniu rodziny (...) ustanawia **ściśle rozdział kompetencji w sprawie przerwania ciąży: jeden lekarz kwalifikuje, a drugi wykonuje**. Ten, kto kwalifikuje, co do zasady nie ma prawa wykonywać, zaś ten, kto wykonuje – nie ma prawa kwalifikować, **a w takim razie nie jest też władny dyskwalifikować**. Jeżeli ta separacja nie będzie ściśle przestrzegana, to nie będzie gwarancji przede wszystkim dla poszanowania praw pacjentki, ale i gwarancji bezstronności lekarzy. W warunkach braku jakiegokolwiek procedury odwoławczej nie ma miejsca na merytoryczne rozbieżności w opiniach. Należy przyjąć, że lekarz wykonujący nie ma prawa do merytorycznych rozstrzygnięć. Wolno mu kwestionować zaświadczenie innego lekarza jedynie z przyczyn formalnych. Nie służy mu prawo podnoszenia wątpliwości diagnostycznych uzasadniających dodatkowe badanie czy zwołanie konsylium. Ustawa o planowaniu rodziny (...) jest przepisem szczególnym, który przewiduje procedurę dwuetapową i tylko dwuetapową. Jedynym uczciwym wyjściem dla lekarza powątpiewającego w medyczne podstawy do wykonania zabiegu jest powołanie się na klauzulę sumienia, oczywiście z przestrzeganiem wszystkich rygorów tego przepisu: „Moje sumienie nie pozwala mi przerwać zdrowej moim zdaniem ciąży lub niezagrażającej, moim zdaniem, zdrowiu ani życiu kobiety” plus uzasadnienie stanowiska i skierowanie do innego lekarza, o którym wiadomo, że zabieg wykona (czyli realna możliwość). Ustawę o planowaniu rodziny (...) należy odczytywać tak, że odebrała lekarzowi wykonującemu zabieg jakiegokolwiek kompetencje decyzyjne co do przesłanek legalizujących przerwanie ciąży. Wolno mu jedynie badać stan pacjentki pod kątem ewentualnych występujących u niej samej przeciwwskazań medycznych do zabiegu (np. do znieczulenia określoną metodą).

Jakkolwiek taka interpretacja może budzić sprzeciw lekarzy, to ze względu na swój cel gwarancyjny zasługuje by bronić jej z całą stanowczością. Inaczej by było, gdyby każdej ze stron konfliktu przysługiwało odwołanie do sądu (i to dwudziestoczworgodzinne ze względu na presję czasu), gdzie miałyby możliwość przedstawienia swych

racji¹⁶. W sytuacji różnicy zapatrywań między pacjentką a lekarzem powołanym do przerywania ciąży unormowanie prawne nie może działać tylko w jedną stronę, tzn. tylko jednej stronie pozwalać na podniesienie wątpliwości o naturze merytorycznej. Skoro w ustawodawstwie nie ma procedury odwoławczej dla pacjentki, nie można też jej się doszukiwać dla lekarza. Tylko wówczas można mówić o przestrzeganiu zasady równego traktowania. Konkretny lekarz ma jako drogę odwrotu jedynie klauzulę sumienia. Niemniej po raz kolejny podkreślam z naciskiem, że prawo pacjenta jest jako takie silniejsze od prawa lekarzy do rozterki moralnej i dlatego powołanie się na klauzulę jest skuteczne tylko pod warunkiem wskazania realnej możliwości uzyskania przez pacjenta pomocy gdzie indziej.

W sprawie przywoływanego również art. 37 lekarskiej ustawy zawodowej można powiedzieć tylko tyle, że ewentualne wątpliwości diagnostyczne uzasadniające zwołanie konsylium lub zlecenie badań dodatkowych powinny być rozstrzygnięte na etapie wydawania zaświadczenia o wskazaniach do przerywania ciąży. Z tych samych przyczyn co powyżej prawidłowy formalnie rezultat pierwszego etapu nie może być podważany nawet tą drogą.

Nie chodzi o brak zaufania do ginekologa ani o negowanie jego kwalifikacji profesjonalnych, tylko o utrzymanie gwarancji dla poszanowania praw drugiej strony.

¹⁶ *De lege ferenda* byłoby to rozwiązanie najlepsze również z przyczyn natury medycznej: na pewnym etapie zaawansowania ciąży przebadanie pacjentki przez lekarza wykonującego zabieg może okazać się konieczne w celu podjęcia decyzji co do sposobu przerywania ciąży. Z czysto medycznego punktu widzenia trudno więc lekarzowi wykonującemu odejmować jakiegokolwiek kompetencje decyzyjne, jednocześnie jednak przyznanie mu prawa do decydowania jest nie do pogodzenia z prawami kobiety ciężarnej. Dlatego stworzona przez obecną ustawę „procedura” kwalifikowania do zabiegu jest wadliwa.

Joanna Haberko, Krzysztof Olszewski

Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów *in vitro* – polemika

Ukazanie się w 30. numerze „Prawa i Medycyny” naszego artykułu „*Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (in vitro)*”¹ oraz sformułowanych w stosunku do niego przez M. Boratyńską zarzutów, skłania do przedstawienia niniejszej polemiki². Nie podzielamy stanowiska wyrażonego w artykule: „*Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*” i nie zgadzamy się z zarzutami postawionymi naszej pracy, stąd czujemy się w obowiązku podjęcia merytorycznej dyskusji³.

Mamy świadomość, iż zarówno prezentowane przez nas stanowisko jak i wyznawane wartości nie muszą znaleźć powszechnej akceptacji, niemniej jednak pewne tezy polemicznej wypowiedzi jak i przyjęta przez M. Boratyńską metodologia winny budzić – przynajmniej – niepokój. Dostrzegamy fakt, iż dyskusja toczy się w dwóch płaszczyznach i obejmuje nierozstrzygalny spór o pryncypia. W naszej wypowiedzi staraliśmy się wykazać, iż na gruncie polskiego prawa nie można przyjąć, by istniało jakieś „prawo do posiadania dziecka” pojmowane jako prawo do poczęcia dziecka wszystkimi dostępnymi środkami. Akcentowaliśmy także, że organy władzy publicznej nie mają obowiązku pomocy w realizacji takiego „uprawnienia”, w szczególności, że nie ciąży na państwie obowiązek finansowania tego rodzaju działań. Ochrona zdrowia, o której mowa w Konstytucji, nie ma bowiem charakteru absolutnego, a ustawodawca nie jest zobowiązany do zrezygnowania z realizacji in-

¹ Prawo i Medycyna 2008 nr 30, s. 65-80 oraz Prawo i Medycyna 2008 nr 30, s. 81-96.

² W naszym tekście dokonano zmian polegających na wyszczególnieniu określonych tez. Wyróżnienia te pochodzą od redakcji.

³ Za uwagi natury formalno-logicznej autorzy dziękują Krzysztofowi Mularskiemu z Katedry Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Wydziału Prawa i Administracji UAM w Poznaniu.

nych nałożonych na niego zadań kosztem finansowania procedur medycznych.

Pragniemy dalej wyjaśnić, iż nietrafnie przypisany nam został pogląd jakoby poprzez zawarcie umowy o zapłodnienie pozaustrojowe rodzice posiadali dziecko. Autorka polemiki zarzuca nam, iż dochodzimy w analizie do błędnych wniosków dotyczących umowy o zapłodnienie pozaustrojowe (s.84). Stanowisko takie jest jednak nie tyle nawet nietrafne co zaskakujące, jako że przedmiotu naszych rozważań nie stanowiła umowa o zapłodnienie pozaustrojowe. Analizowaliśmy dopuszczalność podjęcia działań medycznych ze względu na zasady współżycia społecznego oraz normy moralne. Wydaje się nam, iż poza dyskusją powinny pozostać argumenty powołane przez M. Boratyńską, która porównuje potomstwo rodziców biologicznych i adopcyjnych z sytuacją zawarcia umowy o zapłodnienie pozaustrojowe. Pragniemy podkreślić, iż nie utożsamiamy przedmiotu zawartej umowy /która jako umowa zbliżona do zlecenia miałaby zapewne charakter umowy starannego działania/ z dzieckiem, a jedynie rozpatrujemy przesłanki dopuszczalności zawarcia i ważności tego rodzaju umowy. Umowa o zapłodnienie pozaustrojowe nie jest bowiem jakkolwiek umową starannego działania, ale umową, której zawarcie uzależnione są od szeregu czynników, np. stanu zdrowia pacjentów. Jeżeli zatem lekarz dojdzie do przekonania na podstawie wiedzy medycznej, wcześniej przeprowadzonych badań oraz doświadczenia życiowego, że zastosowanie danej techniki wspomaganie rozrodu nie stwarza w konkretnym przypadku w ogóle szans na ciążę, powinien odstąpić od zawarcia umowy. Stoimy na stanowisku, że umowa o zapłodnienie pozaustrojowe w sytuacji, gdy lekarz wie, iż w konkretnym przypadku nie można ciąży uzyskać, będzie uznana za nieważną jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, a przede wszystkim ze sztuką wykonywania zawodu lekarza⁴. Wprawdzie, na gruncie umownych stosunków cywilnoprawnych, zgodnie z art. 353¹ k.c. strony mogą ukształtować stosunek prawny wedle swego uznania, niemniej jednak muszą baczyć, by treść lub cel zawartej umowy nie

⁴ Postulat uzasadnienia dla stosowania technik *in vitro* w stanie zdrowia można wyinterpretować także z wypowiedzi M. Szamatowicza (polemika z M. Boratyńską) na konferencji „Medyczne, etyczne i prawne aspekty leczenia niepłodności metodą *in vitro*” w Biurze KP LiD w dniu 23.01.2008 roku (wypowiedzi – nieautoryzowane – dostępne na stronie internetowej: http://lid.kluby.sejm.pl/test/index.php?option=com_content&task=view&id=138&Itemid=35)– data wizyty: 10.04.2008 r.

sprzeciwiały się naturze stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. M. Boratyńska podjęła więc polemikę z tezą przez nas niewyrażoną o tym, że umowa o zapłodnienie pozaustrojowe jest umową starannego działania, kwalifikowaną na gruncie art. 750 k.c.

Pragniemy odnieść się dalej do sposobu prowadzenia przez M. Boratyńską dyskursu i problemu stosowania przez nią metadyrektywy „*benigna interpretatio*”, nakazującej w razie wątpliwości przydać wypowiedziom uczestnika dyskursu raczej znaczenie roztropne niż nieroztropne, jak również do stosowanego przez Autorkę języka, który przepełniony perswazyjną terminologią nie służy przekazaniu jakiejś myśli o czymś poglądzie, lecz nierzetelnie narzuca określony pogląd odbiorcom⁵. M. Boratyńska wielokrotnie powołuje się na wypowiedzi kogoś o kimś (albo o czymś) bez podania poważnego źródła pozwalającego te twierdzenia zweryfikować. Podamy jedynie dla przykładu przywołaną (s.90) tezę zawartą w artykule „W sali Episkopatu o *in vitro*” w „Gazecie Wyborczej” wypowiedzianą przez „doświadczonego specjalistę w dziedzinie wspomaganej prokreacji, dra Piotra Lewandowskiego”, którego „klinika działa od maja 1994 r. i jest w stałym kontakcie merytorycznym z Instytutem Płodności w Essen” – przytoczoną dla odparcia zarzutu, że zarodki stopniowo obumierają na skutek długotrwałej hibernacji. W metodologii nauk humanistycznych nie sposób uznać za poważne źródło informacji uzyskanych od podmiotu bezpośrednio zainteresowanego rozstrzygnięciem sprawy. W naszej opinii nie wymaga szczególnego dowodu fakt, że właściciel kliniki stosującej zabiegi *in vitro* nie jest wiarygodnym źródłem informacji co do tego, czy hibernowanie zarodków prowadzi czy też nie prowadzi do ich obumierania⁶. Uznając wskazanego lekarza za „doświadczonego specjalistę” albo przyznaje się kompetencje dziennikarzom do orzekania, który lekarz jest a który nie jest „doświadczonym specjalistą” albo przyznaje je sobie. W

⁵ Por. „odżywają mity i dochodzi do głosu ideologia” (s. 81), „nieśmiałe próby finansowania tego zabiegu” (s. 81 i n.), „żałośnie pozbawione uzasadnienia” (s. 83); „próbuje się wmawiać niezorientowanemu” (s. 90); „stłoczone w macicy maluchy są bardziej narażone na urazy” (s. 91), „skończyłyby jako poronione płody” (s. 92); chodzi chyba o te „maluchy”- przyp. J.H., K.O.); „grube błędy” (s. 92); „thriller medyczny, którego scenariusz próbują oni napisać” (s. 93); „nasza kartoflana rzeczywistość” (s. 93); „Małżonkowie udali się do sypialni i teraz mają czworaczki” (s. 93) „prokreacyjne chałupnictwo” (s. 95) etc. Wydaje się nam także, iż jeżeli w istocie jakiś argument jest „żałośnie pozbawiony uzasadnienia” to sprawą odbiorcy a nie nadawcy komunikatu jest dokonanie oceny. Zob. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 34.

⁶ Podkreślimy, że chodzi tu o właściciela kliniki cytowanego w „Gazecie Wyborczej”.

innym miejscu argumentem na rzecz jakiejś tezy ma być cytata pochodzący z „dr Ewy Taszyckiej z kliniki „Novum” w Warszawie” (s. 91). Wydaje się nam, że naukowa rzetelność nakazywałaby raczej podać jako źródło informacji nie „dr Ewę Taszycką z kliniki „Novum” w Warszawie”, a publikację naukową teje, zamieszczoną, o ile to możliwe, raczej w „Ginekologii Polskiej” czy „Ginekologii i Położnictwie – Medical Project”, etc. niż „Gazecie Wyborczej.” Podobny charakter ma próba ośmieszenia niektórych innych z naszych argumentów. Jesteśmy gotowi uznać np. nietrafność zarzutu wobec metody *in vitro* sformułowanego w oparciu o wyniki badań zamieszczonych w czasopiśmie naukowym „Lancet”, jeśli uczestnik dyskursu przedstawi nowsze doniesienia zamieszczone w równie uznanej publikacji naukowej. Tymczasem jedynym argumentem przeciwko naszej tezie jest opatrzone jakże charakterystycznym dla wypowiedzi naukowych wykrzyknikiem zdanie, że cytowany artykuł „pochodzi sprzed dwudziestu lat!” (s. 90).

Po wtóre pragniemy odnieść się do zarzutu sformułowanego przez M. Boratyńską, iż prezentowane przez nas argumenty oparte są na „konstrukcji logicznej *a bo tak*” (s. 95). Nie do końca tak jest. Przyjmujemy założenie, że relacje między normami prawnymi i moralnymi określane są przez normy prawne, nie etyczne⁷. Jednak, jak zauważył T. Smoczyński w dyskusji nad problemem wspomaganiej prokreacji, przy stosowaniu prawa normy moralne zyskują szczególną doniosłość zwłaszcza w zakresie stosowania przez ustawodawcę klauzul generalnych oraz odwołania się przez niego do zasad współżycia społecznego⁸. Jeżeli zaś ma się na uwadze proces stosowania prawa obejmującego stosunki rodzinne oraz przekazywanie życia, to względ na normy moralne, a także na dominujący system wartości, wydaje się być jak najbardziej pożądany⁹.

Dostrzegamy, iż Autorka polemiki nie podziela prezentowanych przez nas wartości. Fakt, iż M. Boratyńska – jak pisze: „z punktu widzenia moralności nie dostrzega[m] takich pryncypiów w relacjach międzyludzkich, które mogłyby stanąć na przeszkodzie medycznemu wspomaganianiu rozrodu określonymi metodami”, nie oznacza jeszcze, że inni

⁷ W. Lang, *Prawo a moralność*, Warszawa 1989, s. 209.

⁸ T. Smoczyński, *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganiej prokreacji ludzkiej w: Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganiej prokreacji*, Praca zbiorowa pod red. J. Haberko i M. Łączkowskiej, Poznań 2005, s. 93.

⁹ T. Smoczyński, *Aksjologiczne...*, *op.cit.*, s. 94.

pryncypiów takowych nie zauważają. Być może nie są one powszechnie uchwytny, jako że oparte zostały o argumenty godności człowieka i godności przekazywania ludzkiego życia, a te pozostają „nieostre” wobec pragnienia dziecka i prawnej dopuszczalności kreowania stosunków prawnych¹⁰. Prezentujemy wartości składające się naszym zdaniem na tzw. minimum etyczne systemu prawa, których uwzględnienie skłaniać powinno do odrzucenia wielu metod wspomaganego rozrodu¹¹. Pragniemy jednocześnie z całą mocą podkreślić, iż przytoczone przez nas argumenty są w większości powszechnie akceptowane w polskim prawie rodzinnym opartym na zasadzie dobra dziecka. W doktrynie prawa rodzinnego nie kwestionuje się trafności tezy, iż prawo to „musi czerpać siłę swego oddziaływania z autorytetu norm moralnych”¹². Jeżeli jeszcze uda się osiągnąć „wysoki stopień harmonii prawa z moralnością” wówczas pozwala to uniknąć niepożądanego dla porządku prawnego konfliktu prawa i moralności¹³. Jednocześnie w nauce prawa rodzinnego zwrócono uwagę na dwa rodzaje moralności, tj. moralność dążeń i moralność obowiązku¹⁴. Stanem idealnym wydaje się być sytuacja, gdy osiąga się harmonię celów obowiązków i dążeń człowieka, jednak w razie niemożności uzyskania tego stanu uznać trzeba priorytet obowiązków. Oparcie zasad rządzących wspomaganie rozrodu na przestrzeganiu tego priorytetu pozwala zapewnić rodzinie należną ochronę, uchronić godność istoty ludzkiej przed nadużyciami ze strony poddających się procedurom wspomaganie rozrodu niepłodnych par i stosujących te procedury lekarzy¹⁵. Dotykamy tu problemu związanego z założeniami filozoficznymi, inaczej pojmowanymi przez nas, inaczej przez M. Boratyńską. Według nas sam fakt, że niepłodność została uznana przez WHO za chorobę i jest niekiedy nieszczęściem dla małżonków, którzy jej doświadczają (co podkreślaliśmy), nie upoważnia jeszcze do sformułowania wniosku, że prawnie dopuszczalne są wszel-

¹⁰ A. Sikora, „Oferta” *niepokoju*, Przewodnik Katolicki 2008, nr 12, wersja online – data wizyty: 9.04.2008.

¹¹ Szerzej na ten temat T. Smyczyński, *Aksjologiczne...*, *op.cit.*, s. 108.

¹² Z. Ziemiński, *Unormowania prawne a unormowania moralne w sferze prawa i moralności*, RPEiS 1977, nr 2, s. 23-24.

¹³ W. Lang, *Prawo...*, *op.cit.* s. 256.

¹⁴ L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 45; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 213; M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka?*, w: *Prawne...*, *op.cit.*, s. 79.

¹⁵ F. Adamski, *Socjologia małżeństwa i moralności. Wprowadzenie*, Warszawa 1982, s. 14.

kie sposoby leczenia tej choroby. Należy bowiem postawić pytanie o relację między „wartością celu a kosztami środków.” Koszty związane z leczeniem niepłodności (w naszej opinii zwłaszcza koszty moralne, ale nie tylko) są zbyt duże, by czynić z *in vitro* jakieś gwarantowane ustawą prawo¹⁶.

M. Boratyńska eksponuje możliwość zawarcia umowy o zapłodnienie pozaustrojowe przyznając takiej umowie charakter umowy starannego działania lekarza. Natomiast dziecko, które ma się urodzić w wyniku zabiegu medycznego, pozostaje poza zakresem rozważań. W naszej opinii – a nie jest ona odosobniona – to jednak właśnie dziecko jest najważniejszym punktem odniesienia ocen, a z chwilą poczęcia – „głównym adresatem i celem całego postępowania medycznego oraz adresatem skutków na obszarze prawa cywilnego”¹⁷. Zasadą dobra dziecka kierować należy się również przy stosowaniu norm obejmujących wspomagany rozród. Chodzi bowiem o „powołanie do życia dziecka, na którego dobro realizowane już po urodzeniu oraz los jako człowieka wpływa nie tylko i wyłącznie decyzja przyszłych rodziców o poddaniu się w ogóle technikom wspomagania rozrodu, ale także o wyborze metody działania”¹⁸. Dobro dziecka jest wartością wysoko cenioną przez ustawodawcę, z którą mamy do czynienia zarówno w Konstytucji RP jak i w innych aktach porządku krajowego i międzynarodowego¹⁹; co więcej ustawodawca daje pierwszeństwo dobru dziecka przed interesem rodziców²⁰. Kierując się dobrem dziecka rodzice powinni dążyć do stworzenia dziecku korzystnej dla niego sytuacji życiowej, która będzie sprzyjać jego rozwojowi²¹.

¹⁶ M. Boratyńska wywodzi, że skoro nie ma przeszkód, by za czynności lecznicze uznać czynności zmierzające do usunięcia lub zmniejszenia objawów, to nie ma przeszkód, by za czynność taką uznać także zabieg zapłodnienia *in vitro*. Przyjmijmy, że Autorka uznaje wskazane przez siebie czynności za elementy określonego zbioru, który okreśmy zbiorem czynności leczenia [wyłącznie] objawowego. Pojawia się pytanie o kryteria kwalifikacji do tego zbioru. Autorka wywodzi, że skoro zabieg zapłodnienia *in vitro* leczy objawy niepłodności (nie lecząc przyczyn) należy uznać, że jest czynnością leczniczą stanowiącą element zbioru. Gdybyśmy kwalifikując czynności do tego zbioru mieli opierać się wyłącznie na jednej przesłance rychło ukazałyby się nieakceptowane społecznie i aksjologicznie skutki takiego zabiegu. Problem dostrzeżga zresztą także Autorka pisząc, że przesłanką uznania danej czynności za czynność leczniczą są m.in. określone założenia filozoficzne.

¹⁷ T. Smyczyński, *Aksjologiczne...*, s. 95.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Por. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20.11.1989 roku (Dz. U. 1991, nr 120, poz. 526).

²⁰ Szerzej na temat „dobra dziecka” zob. W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 27; T. Smyczyński, *Aksjologiczne...*, *op.cit.*, s. 95; T. Sokołowski, *Prawo rodzinne*, Poznań 2006, s. 123.

²¹ T. Sokołowski, *Prawo...*, *op.cit.*, s. 123.

Osoby poddające się technikom wspomaganego rozrodu czynią to nie ze względu na chęć bycia poddanym „objawowemu leczeniu”, ale dlatego że w wyniku procedur medycznych pragną realizować funkcje rodzicielskie, a to będzie możliwe wyłącznie w sytuacji pozyskania ciąży. Realizują zatem pragnienie urodzenia dziecka przy wykorzystaniu technologii medycznej. Podzielamy stanowisko prezentowane w nauce, że konsekwencją pragnień osób niepłodnych są zabiegi medyczne, które mają na celu nie tyle poddanie się leczeniu z zachowaniem staranności lekarza, ale pojawienie się i w konsekwencji urodzenie nowego człowieka, i jako takie wszystkie działania w ramach procedur medycznych i zawieranej umowy o zapłodnienie pozaustrojowe dotyczą bezpośrednio ludzkiego losu, statusu prawnego osoby i dobra mającego się narodzić dziecka²².

W konsekwencji działania przyszłych rodziców należy oceniać w świetle ochrony dobra dziecka, które ma być dopiero poczęte, jego szczegółowych praw ułatwiających osiągnięcie tego dobra. Nie podzielamy zatem stanowiska M. Boratyńskiej, która neguje postulat ochrony dobra dziecka i jego praw ze względu na fakt „nieistnienia” podmiotu w sytuacji poddania się małżonków technikom wspomaganego rozrodu²³. W literaturze nie jest kwestionowany pogląd, iż takie wartości jak trwałość więzi małżeńskich i rodzinnych oraz dobro dziecka powinny być preferowane względem wartości dotyczących wyłącznie osób uprawnionych do zawarcia umowy o zapłodnienie pozaustrojowe i zainteresowanych poczęciem dziecka na drodze zabiegów medycznych²⁴. Nie sposób bowiem zaprzeczyć, iżby stanowisko takie nie znajdowało oparcia w wykładni systemowej prawa rodzinnego, w szczególności przepisów k.r.o., jak również na gruncie Konwencji o prawach dziecka²⁵. W świetle Konwencji o prawach dziecka wszelkie działania dorosłych dotyczące dzieci powinny mieć na względzie przede wszystkim ich dobro, a jednocześnie troska i stosowna ochrona prawna należy się dziecku jeszcze przed urodzeniem (preambuła do konwencji)²⁶. Trafnie pod-

²² T. Smyczyński, *Aksjologiczne...*, *op.cit.*, s. 96.

²³ Autorka zdaje się nie dostrzegać faktu, iż sam ustawodawca kieruje się niekiedy interesem nieistniejącego podmiotu. Zob. dla przykładu art. 12 § 1 zd. 2 k.r.o., gdzie *expressis verbis* sformułowano postulat zdrowia przyszłego potomstwa.

²⁴ T. Smyczyński, *Aksjologiczne...*, *op.cit.*, s. 96.

²⁵ M. Łączkowska, *Czy istnieje...*, *op.cit.*, s. 73.

²⁶ Tak też Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 28.05.1997 roku, sygn. K26/96.

nosi się w doktrynie, że nie każde pragnienie rodzicielstwa służy realizacji dobra dziecka, a co za tym idzie nie każde zawarcie umowy o zapłodnienie pozaustrojowe będzie wiązało się z działaniem w interesie dziecka, nawet przy zachowaniu staranności lekarza²⁷.

W dalszej części swojej wypowiedzi M. Boratyńska zwraca uwagę na nietrafność przytoczonego przez nas postulatu, by dzieci rodzące się w wyniku zastosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji miały prawo do narodzin z rodziców biologicznych oraz by nie miały rodziców w zbyt podeszłym wieku, upatrując podstaw tego argumentu w „konstrukcji logicznej *a bo tak*” (s.95). Nie podzielamy tego stanowiska uważając w pierwszej kolejności, iż preferencje moralne niektórych ustawodawców krajowych oraz międzynarodowego dają wyraz prezentowanym przez nas postulatom. Znajdują one potwierdzenie np. w wykładni Konwencji o prawach dziecka, w świetle której do podstawowych praw dziecka zalicza się prócz prawa do życia w rodzinie, prawo do wychowania przez obojga rodziców oraz prawo do optymalnego statusu prawnorodzinnego, jednocześnie zobowiązując państwa do stworzenia gwarancji dla realizacji tych praw i nakładając na nie obowiązek strzeżenia wskazanych praw przed naruszeniem. Jednocześnie uważamy za celowe wskazanie, że nasze argumenty znajdują wyraz np. w obowiązującym prawie włoskim. Ustawodawca włoski w ustawie *La legge sulla procreazione medicalmente assistita n. 40*²⁸ przewiduje, że osoby poddające się technikom wspomaganej medycznie prokreacji powinny być w „wieku potencjalnie rozrodczym”²⁹. Zakłada się zatem, że o dostęp do omawianych technik ubiegać mogą się jedynie osoby w pewnym przedziale wiekowym. Jakkolwiek wymóg ten dotyczyć będzie głównie kobiet, to jednak odnotować należy, że ustawa posługuje się ogólnym określeniem „*età potenzialmente fertile*” (wiek potencjalnie rozrodczy) i nie precyzuje kogo warunek ten dotyczy. Przyjąć należy, że wiek potencjalnie rozrodczy oznacza pewien przedział wiekowy, w którym zwykle podejmuje się decyzję o splotzeniu i zrodzeniu potomstwa. Zastosowany przez włoskiego ustawodawcę wymóg wieku znajduje swoje uzasadnienie. W świetle wiedzy medycznej przyjmuje się, iż wraz

²⁷ M. Łączkowska, *Czy istnieje...*, *op.cit.*, s. 74.

²⁸ Legge 19 febbraio 2004, n. 40 *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, (Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 45 del 25 febbraio 2004).

²⁹ R. Villani, *La procreazione assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino 2004, s. 73.

z osiąganiem przez osoby (głównie kobiety) coraz starszego wieku wzrasta ryzyko urodzenia dziecka obciążonego wadami wrodzonymi. Przesłanka wieku podmiotów podyktowana jest także chęcią zapewnienia dzieciom prawidłowych warunków rozwoju z rodzicami gwarantującymi efektywną pieczę w czasie, kiedy dziecko najbardziej rodziców potrzebuje³⁰. Po wtóre, podzielamy pogląd T. Sokołowskiego, iż skoro pochodzenie człowieka od określonych rodziców oraz wiedza o tym stanowi dobro osobiste, to w konsekwencji nie można nikogo pozbawiać z góry możliwości ustalenia własnego pochodzenia biologicznego³¹. Celowe wydaje się dalej przyjęcie, że każdy człowiek (a zatem i dziecko poczęte w wyniku zabiegu *in vitro*) ma prawo do narodzin w takich okolicznościach, które nie naruszają jego prawa do poznania swojego pochodzenia³². M. Łączkowska rozpatrując problem tożsamości dziecka jako jego dobra podkreśla z kolei, iż ustalenie więzów rodzinnych w polskim prawie następuje ze względu na fakt istnienia wspólnego przodka, a ustalenie pochodzenia człowieka poza pochodzeniem biologicznym musiałoby wiązać się z naruszeniem dotychczasowych zasad, na których oparte zostało prawo rodzinne³³.

Z kolei pragniemy odnieść się do zarzutu wobec stwierdzenia, iż „zastosowanie niektórych technik wspomaganą medycznie prokreacji, w szczególności, tych heterologicznych jest ogromnym zagrożeniem dla małżeństwa oraz stałości związku przyszłych rodziców. Osłabia więź między rodzicami a dzieckiem.” Autorka polemiki zwraca uwagę, iż stanowiska tego nie potwierdza „masowy rozpad małżeństw po tym jak

³⁰ Stoimy na stanowisku, że również pozostałe przesłanki podmiotowe zastosowania wspomaganą prokreacji z art. 5 ustawy nr 40 służyć mają dobru dziecka; o dostęp do technik ubiegać się mogą: pary osób pełnoletnich, różnej płci, pozostające w związku małżeńskim (*coniugate*) lub żyjące w innym niż małżeństwo związku (*conviventi*), w wieku potencjalnie rozrodczym, gdy oboje są żywi. Przesłanki podmiotowe muszą zostać spełnione łącznie. J. Haberko, *Prawne aspekty prokreacji wspomaganą medycznie w świetle nowej włoskiej ustawy*, Prawo i Medycyna 2005, nr 18; teże *Il fenomeno delle mamme-nonne. Gli strumenti giuridici che impediscono l'invecchiamento dell'Europa*, Referat w ramach VI Międzynarodowej Konferencji Praw Człowieka „Deboli e indifesi nella società multiculturale europea”, Lecce 29-30.05.2006, wypowiedź niepublikowana, materiał oddany do druku; R. Villani, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, Studium Iuris 2004, s. 579; F. Naddeo w: *Procreazione assistita* red. P. Stanzone i G. Sciancalepore, Milano 2004, s. 74.

³¹ T. Sokołowski, *Prawo dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganą medycznie prokreacji do poznania swojego pochodzenia*, w: *Prawne...*, *op.cit.*, s. 131 i n.

³² T. Sokołowski zauważa, że dopuszczając adopcję ustawodawca stara się zabezpieczyć dziecku na przyszłość ochronę jego prawa osobistego do poznania własnego pochodzenia. Pociąga to za sobą możliwość występowania poważnych konfliktów interesów, które jednak polskie prawo rodzinne jednoznacznie rozstrzyga na rzecz dziecka. Szerzej na ten temat: T. Sokołowski, *Prawo dziecka...*, *op.cit.*, s. 132.

³³ M. Łączkowska, *Czy istnieje...*, *op.cit.*, s. 74.

żona poddała się jakiejś formie prokreacji wspomaganiej medycznie przy użyciu <obcej> spermy.” Chcielibyśmy na wstępie zauważyć, iż nie wskazywaliśmy na rozpad małżeństw, a jedynie na osłabienie więzi między rodzicami i dziećmi czy małżonkami. Niezależnie jednak od tego czy pod pojęciem „rozpadu” małżeństwa rozumieć należałoby rozkład pożycia stanowiący przesłankę pozytywną rozwodu czy rozpad będący efektem orzeczonego już przez sąd rozwodu czy separacji, należy zauważyć, iż po pierwsze rozpad pożycia czy rozpad małżeństwa nie jest równoznaczny z osłabieniem więzi między małżonkami, a po drugie nie można zapomnieć, iż nawet w sytuacji rozpadu (rozkładu) pożycia małżonków orzeczenie w stosunku do nich rozwodu czy separacji, nie musi mieć miejsca ze względu na przesłankę z art. 56 § 2 k.r.o. oraz art. 61¹ § 2 k.r.o. czyli dobra wspólnego małoletniego dziecka. Twierdzenia o niebezpieczeństwie osłabienia więzi małżeńskich w przypadku zastosowania technik heterologicznych opieramy na doniesieniach przedstawicieli nauk psychologicznych, którzy dostrzegają fakt pojawiania się dylematów trudnych do rozwiązania i mogących stanowić źródło nieporozumień oraz prowadzących do uczucia osamotnienia u osób poddających się technikom wspomaganiej medycznie prokreacji³⁴. A. Trzeciakowska podnosi, iż źródłem bólu dla wielu par może być fakt, iż w przypadku technik wspomaganiej medycznie prokreacji (zwłaszcza w sytuacji stosowania techniki *in vitro*) relacja małżonków odarta jest z intymności³⁵. W literaturze przedmiotu zwraca się jednocześnie uwagę, iż źródłem stresu poddających się technikom wspomaganiania rozrodu par jest niemożność poradzenia sobie z odpowiedzią na pytanie czy i na ile można dowolnie ingerować w proces poczęcia i narodzin człowieka³⁶. Przeprowadzono badania dotyczące prześledzenia procesu radzenia sobie ze stresem par poddających się inseminacji czy zabiegowi zapłodnienia *in vitro* a także obejmujących wpływ zastosowania wspomaga-

³⁴ A. Trzeciakowska, *Psychologiczne konsekwencje zastosowania technik wspomaganiej medycznie prokreacji na powstałą rodzinę*, w: *Prawne...*, *op.cit.*, s. 64 i n.; teźże, *Wybrane zagadnienia psychologiczne związane z procesem leczenia niepłodności* w: J. Gadzinowski, L. Pawelczyk, J. Wiśniewski red., *Dawanie życia. Problemy wspomaganiania rozrodu człowieka*, Poznań 2003, s. 47-53.

³⁵ A. Trzeciakowska, *Psychologiczne...*, *op.cit.*, s. 65.

³⁶ L. L. Schwartz, *A nightmare for King Solomon: the new reproductive technologies*, *Journal of Family Psychology*, 2003, 17 (2), Database: PsycARTICLES za A. Trzeciakowska, *Psychologiczne...*, *op.cit.*, s. 64 i n.

nej prokreacji na powstałą rodzinę³⁷. O ile wyniki badań wskazują, iż matki dzieci poczętych dzięki darowaniu gamet były bardziej ciepłe i czułe w stosunku do swoich dzieci niż matki naturalne, jak również bardziej zadowolone ze swojego macierzyństwa i bliskości z dzieckiem, to jednak zaangażowanie emocjonalne ojców dzieci poczętych dzięki darowaniu gamet było większe, od zaangażowania ojców dzieci poczętych wskutek inseminacji nasieniem dawcy³⁸. Zdaniem A. Trzeciakowskiej stan matki był zrozumiały i usprawiedliwiony długim oczekiwaniem na dziecko³⁹. Około połowa rodziców, biorących udział w badaniu, deklarowała, że powie dzieciom o tym, w jaki sposób zostały poczęte, natomiast przeszło 20% badanych nie zdecydowało jeszcze o tym, pozostali przyznali, że nie przekażą dzieciom jak zostały poczęte chcąc ochronić zarówno dziecko jak i jego relację z matką lub ojcem. Wśród powodów ujawnienia bądź nieujawniania sposobu w jaki dzieci zostały poczęte wymieniano obawę przed zranieniem dziecka, utratą jego miłości; zakłóceniem relacji z rodzicami, a szczególnie z tym rodzicem, z którym nie ma związków genetycznych; pojawiała się także chęć uchronienia dziecka i rodziny przed stygmatyzacją oraz obawy związane z reakcjami najbliższych, a przede wszystkim reakcjami dziadków⁴⁰.

Postawiono nam także zarzut, jakobyśmy przyjmowali „argumenty konfesyjne” na poparcie głoszonych poglądów, z którymi to argumentami polemika jest niemożliwa⁴¹. Polski język ogólny nie zna takiego wyrażenia jak „argument konfesyjny”; jest to jak się zdaje jakaś per-

³⁷ D. J. Terry, G. J. Hynes, G.J., *Adjustment to a low-control situation: reexamining the role of coping responses*. Journal of Personality and Psychology, 1998, 74 (4), s. 1078-1092; J.P. Berghuis, A.L. Stanton, *Adjustment to a dyadic stressor: a longitudinal study of coping and depressive symptoms in infertile couples over an insemination attempt*, Journal of Consulting and Clinical Psychology, 2002, 70 (2), s. 433-438; S. Golombok, E. Lycett, F. MacCallum, i in., *Parenting infants conceived by gameta donation*. Journal of Family Psychology, 2004, 18(3), Database: PsycARTICLES; A. Trzeciakowska, *Psychologiczne...*, *op.cit.*, s. 67, gdzie szczegółowo omówiono wyniki badań.

³⁸ Za tym, że ze stosowaniem technik heterologicznych wiązać mogą się zagrożenia dla rodziny może naszym zdaniem przemawiać także to, że niektóre ustawodawstwa kierując się dobrem dziecka zakazały stosowania tego rodzaju technik. Por. art. 4 ust. 3 ustawy nr 40, w świetle którego niedopuszczalne jest stosowanie technik wspomaganą medycznie prokreacji o charakterze heterologicznym, gdy jedna bądź obie osoby poddające się zabiegom w celu uzyskania potomstwa nie są jednocześnie dawcami komórek.

³⁹ A. Trzeciakowska, *Psychologiczne...*, *op.cit.*, s. 67.

⁴⁰ C. A. McMahon, F. Gibson, G. Leslie, i in., *Parents of 5-year-old in vitro fertilization children: psychological adjustment, parenting stress, and the influence of subsequent in vitro fertilization treatment*. Journal of Family Psychology, 2003, 17 (3), Database: PsycARTICLES za A. Trzeciakowska, *Psychologiczne...*, *op.cit.*, s. 68; M. Łączkowska, *Czy istnieje...*, *op.cit.*, s. 78 oraz M. Safjan: *Prawo...*, *op.cit.*, s. 54.

⁴¹ Jednocześnie zauważamy, iż sama Autorka niejednokrotnie formułuje tezy, z którymi polemika jest niemożliwa (nie sposób bowiem polemizować z „dr Ewą Taszycką z kliniki „Novum” w Warszawie” albo ze specjalistami cytowanymi w artykule „W sali Episkopatu o in vitro”).

swazyjna metafora obejmująca „argument odnoszący się do przekonania ugruntowanego wyłącznie w wierze religijnej.” Sformułowaliśmy tezę: „nie bez znaczenia dla oceny moralnej jest pozyskanie gamet od mężczyzny w procedurze *in vitro*”. Teza ta została sformułowana w przypisie jako jeden z wielu (w istocie najsłabszy) argumentów przeciwko uznaniu zapłodnienia *in vitro* za prawo. Wyrażać on ma myśl, że stanowiące element kosztów zabiegu koszty specjalnego pokoju i jego wyposażenia służącego do oddawania przez mężczyznę gamet w sposób dyskretny i przyjemny nie powinny być pokrywane z kieszeni podatnika. Wydaje nam się również, że wątpliwa to przyjemność dla dziecka wiedzieć (choć może być i tak, że dziecko nigdy się o tym nie dowie), jakie były początki jego życia. Można się z tą argumentacją zgodzić, można się nie zgodzić. M. Boratyńska natomiast wywód nasz rozumie tak, iż w zawołany sposób przedstawiamy tradycyjny pogląd „kościół rzymsko – katolickiego, według którego masturbacja jest procedurą grzeszną i porządek prawny nie może jej akceptować”. Pragniemy wyjaśnić, iż dostrzeżony przez Autorkę argument o grzeszności masturbacji nie stanowił dla nas głównego argumentu przeciwko procedurom *in vitro*; interesował nas bardziej pomysł płacenia za jej przeprowadzanie z pieniędzy publicznych⁴². Jeżeli natomiast chodzi o sformułowane *expressis verbis* zarzuty błędów logicznych wysuniętych przeciwko naszej pracy (s. 94), to o ile przyznajemy, że został popełniony błąd *non sequitur* w drugim z wnioskowań przywołanych przez Autorkę (s.95), o tyle chcielibyśmy poddać w wątpliwość zarzut „ekwiwokacji” przy rozumowaniu: „nikt nie ma prawa do posiadania dziecka, ponieważ nie istnieje prawo do posiadania człowieka”. Naszemu zdaniu (wyrwanemu z kontekstu), można być może zarzucić tautologiczność: z faktu, że nie istnieje (naszym zdaniem) absolutne prawo do posiadania dziecka, wyprowadziliśmy bowiem wniosek o niemożności realizacji tego prawa: mógłby to być więc co najwyżej banał, jednak nie ekwiwokacja⁴³.

⁴² Jedynie na marginesie odnotujmy, że pogląd Kościoła katolickiego w tej materii został uznany za „kuriozalny”. Dlaczego? Bo tak. Autorka nawet nie podjęła próby polemiki z tradycją moralną ugruntowaną w określonych założeniach ontycznych i antropologicznych. Przekonania moralne w tej kwestii można żywić oczywiście dowolnie jednak opatrywanie przekonań innych epitetem „kuriozalne”, jakkolwiek jest zabiegiem odważnym to jednak budzi nasze zdumienie.

⁴³ K. Szymanek, *Sztuka argumentacji Słownik terminologiczny*, Warszawa 2005, s. 127.

Na zakończenie pragniemy odnieść się do perinatalnych aspektów zapłodnienia pozaustrojowego⁴⁴. Nie chcieliśmy przedstawiać „thrillera medycznego” niemniej jednak za celowe uznaliśmy wskazanie zagrożeń zdrowotnych wiążących się ze stosowaniem technik wspomagannej medycznie prokreacji. Uwagi nasze znajdowały udokumentowanie w światowej literaturze medycznej, co w zestawieniu z powołaniem się na „broszurę informacyjną znanej warszawskiej kliniki leczącej niepłodność” (s. 84) nie powinno budzić większych wątpliwości Czytelnika. Odnosząc się do zarzutu, jakobyśmy „jednym tchem” wymieniali podawane w literaturze fachowej (co nie oznacza: dostatecznie dowiedzione) skutki negatywne wiążące się ze stosowaniem technik wspomagannej medycznie prokreacji pragniemy zauważyć, że skutki te zostały tak zakwalifikowane na podstawie literatury fachowej, którą udało nam się pozyskać. O ile skłonni jesteśmy przyznać nietrafność niektórych z naszych argumentów po przedstawieniu innych doniesień naukowych, o tyle nietrafna jest ekstrapolacja polegająca na tym, że z wykazania, że nie zachodzą niektóre z podanych skutków wywodzi się, że nie zachodzą pozostałe. Autorka próbuje dalej nie tylko podważyć poglądy przez nas wypowiedziane, ale również uzasadnić własne. Zauważamy jedynie (wobec ograniczonych ram polemiki), że np. próbując określić „prawny charakter” umowy o zapłodnienie *in vitro* M. Boratyńska posługuje się przywołaną już „broszurą informacyjną” z 1999 roku wydaną przez „renomowaną warszawską klinikę”. Renomowany charakter kliniki trudno nam jednak ustalić jako że Autorka bliższych danych nie podaje („na wszelki wypadek i by nikogo nie urazić nie ujawniam nazwy placówki”). Co istotniejsze, nie wiadomo na jakiej podstawie Autorka dokonuje ekstrapolacji i jedną broszurkę wydaną w 1999 roku czyni podstawą bardzo kategorycznych ustaleń co do prawnego charakteru umowy o zapłodnienie *in vitro*. W innym miejscu M. Boratyńska pisze o skuteczności metody, podając 30%, a w lepszych placówkach nawet 40% (s. 86); nie podaje jednak źródeł danych, ani intersubiektywnie weryfikowalnych kryteriów odróżniania placówek „lepszych” od „innych”. W pewnym miejscu metodologię stosowaną przez Autorkę uznać należy przynajmniej za pozbawioną racji w ramach naukowego dyskursu, o ile

⁴⁴ G.H. Bręborowicz, D. Pietrzycka, T. Żak, A. Jankowiak, M. Szymankiewicz, *Perinatalne aspekty zapłodnienia pozaustrojowego w: Ciąża wysokiego ryzyka* red. G.H. Bręborowicz, Poznań 2006, s. 1041 i n. i literatura tam zamieszczona.

nie za żart. Uzasadnieniem pewnej tezy czyni bowiem M. Boratyńska „przypadek, o którym plotkowali między sobą ginekolodzy” (s. 93). Piszący te słowa pierwszy raz spotykają się z sytuacją, w której argument na rzecz jakiejś tezy jest przypadek, o którym ktoś z kimś plotkował.

Niemniej jednak wobec zarzutów pragniemy jeszcze raz stwierdzić opierając nasze poglądy także o uznany w Polsce poznański podręcznik położnictwa pod redakcją G.H. Bręborowicza „Cięża wysokiego ryzyka” z 2006 roku i przywołaną tam światową literaturę oraz stanowisko Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego z Rekomendacji w zakresie wybranych patologii wczesnej ciąży oraz postępowania w ciąży po zapłodnieniu *in vitro*, że stosowanie technik *in vitro* nie pozostaje obojętne dla zdrowia dziecka i matki⁴⁵. Przy okazji podejmujemy zagadnienie, jakobyśmy naiwnie przyjęli rozumowanie „*post hoc ergo propter hoc*” sprowadzające się do wnioskowania, że korelacja statystyczna między stosowaniem medycznie wspomaganą prokreacji a stwierdzonymi następnie u matek lub dzieci patologiami przesądza o istnieniu związku przyczynowego. W istocie założyliśmy istnienie takiego związku, ale powtórzmy – uczyniliśmy to na podstawie cytowanej fachowej literatury medycznej, która istnienie takich związków stwierdza. Przyznajemy, iż w niektórych sytuacjach istnienie tego związku może być wątpliwe. Jednak jeżeli chodzi o sofizmat „*post hoc ergo propter hoc*” zarzut ten sformułowany przez Autorkę brzmi dość zastanawiająco zwłaszcza jeśli zwróci się uwagę na fakt, iż M. Boratyńska (na tej samej stronie 92) pisze nie powołując żadnych weryfikowalnych danych – że dzieci z próbówki mają starszych rodziców niż przeciętne dzieci, ponieważ rodzice ci z „natury rzeczy” starali się przez jakiś czas o potomstwo. O ile dobrze rozumiemy związek przyczynowy zdaje się tu zachodzić między „naturą rzeczy” a wiekiem rodziców. Częstsze uszkodze-

⁴⁵ *Cięża wysokiego ryzyka*, red. G.H. Bręborowicz, Poznań 2006; Rekomendacje z dnia 8-9.10.2004 roku w zakresie wybranych patologii wczesnej ciąży oraz postępowania w ciąży po zapłodnieniu *in vitro* – dostępne na stronie PTG; www.gpsk.am.poznan.pl/ptg. Zob. także nieprzywołane w poprzedniej pracy: 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; J.G. Whelan, N.F. Vlahos, *The ovarian hyperstimulation syndrome*, *Fertil. Steril.* 2000, nr 73, s. 883-896; M.M. Budev, A.C., Arroliga, T. Falconet, *Ovarian hyperstimulation syndrome*, *Crit. Care Med.* 2005, nr 33(10 Suppl), s. 301-306; K. Elter, B. Scoccia, L. Nelson, *Hepatic dysfunction associated with moderate ovarian hyperstimulation syndrome. A case report*, *J. Reprod. Med.* 2001, nr 46, s. 765-768; Z. Serebrovska, M.L. Di Pietro, A. Bompiani, *Fecundazione artificiale ecrioconservazione degli embrioni*, *Medicin e Morale* 2006 nr 1, s. 13-39; Z. Serebrovska, M.L. Di Pietro, *La sindrome da iperstimolazione ovarica: tra clinica ed etica*, *Medicina e Morale* 2006, nr 2, s. 327-347.

nia genetyczne mają wynikać z większego obciążenia zdrowotnego starszych wiekiem rodziców. O ile obie hipotezy Autorki są pewnie prawdopodobne, o tyle związek przyczynowy między „naturą rzeczy” a częstszymi statystycznie problemami zdrowotnymi dzieci urodzonymi na skutek zapłodnienia *in vitro* raczej nie zachodzi, a w każdym razie nie został wykazany.

Za szczególnie niebezpieczne dla oceny dopuszczalności technik *in vitro* uznajemy na koniec stanowisko, zakładające dopuszczalność przedimplantacyjnej selekcji zarodków. Autorka powołując się na art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży zakłada przy zastosowaniu „ostrożnej analogii”, iż skoro wolno przerwać ciążę w sytuacji, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, to „tym bardziej (*argumentum a maiori ad minus*) wolno nie dopuścić do jej powstania.” Nie zgadzamy się z tym stanowiskiem z następujących powodów. Po pierwsze dlatego, że życie dziecka poczętego jest dobrem prawnie chronionym. Szacunek ustawodawcy dla ludzkiego życia od chwili poczęcia można wywieść z całokształtu przepisów prawa cywilnego i karnego oraz rygorystycznie zakreślonych przesłanek dopuszczalności przerywania ciąży. Skoro zatem nie kwestionuje się, iż życie dziecka poczętego jest dobrem prawnie chronionym, to nie można akceptować „nienaturalnego powoływania człowieka do życia i jednocześnie nie dopuszczać do jego urodzenia” poprzez dopuszczalność selekcji embrionów czy zniszczenia zarodków zbędnych wobec braku woli ponownego poddania się zabiegom polegającym na implantacji powstałych embrionów⁴⁶. Po wtóre zaś nieuprawnione wydaje się stosowanie analogii z karnoprawnych kontratypów.

Reasumując podtrzymujemy tezę, iż nie obowiązuje w systemie żadne prawo do poczęcia dziecka wszelkimi dostępnymi metodami w tym także poprzez zapłodnienie *in vitro*. Uznajemy, iż nieliczne z wysuniętych przez nas argumentów mogą zostać uznane za nietrafne jednak

⁴⁶ Współautor dostrzega na marginesie i to, iż w związku z pozostawieniem embrionu, powstałego w wyniku zastosowania wspomaganej medycznie prokrecji przez kilka dni (a czasem i dłużej) poza macicą i wobec braku regulacji prawnej w tym zakresie rodzi się niebezpieczeństwo podejmowania arbitralnych decyzji odnośnie jego losu (przyp. K.O.).

jeszcze bardziej nietrafne wydają się próby ich ośmieszenia polegające na stosowaniu „<taktyki erystycznej>, która narusza podstawowe zasady uczciwego dyskursu” (s. 82). Odnosząc się zaś do umowy o zapłodnienie pozaustrojowe sądzymy, nawet jeśli zagadnienie nie stanowiło głównego przedmiotu naszych dociekań naukowych, że istnieją argumenty przemawiające za nieważnością takiej umowy na gruncie art. 58 k.c.⁴⁷ Za niedopuszczalne na gruncie zasad współżycia społecznego uznajemy zapłodnienia wykonywane z użyciem komórek pochodzących od innych osób niż małżonkowie. Stanowisko to uzasadniamy m.in. normami prawnymi wyinterpretowanymi z k.r.o, które w szczególności sposób chronią małżeństwo i jego trwałość oraz interes dziecka.

⁴⁷ Zarzut ten dotyczy przede wszystkim zapłodnień wykonywanych u konkubentów oraz samotnych kobiet.

Prawne aspekty zapłodnienia pozaustrojowego – odpowiedź J. Haberko i K. Olszewskiemu

W poprzednim numerze „Prawa i Medycyny” ukazał się artykuł J. Haberko i K. Olszewskiego o moralnych ocenach zapłodnienia pozaustrojowego² oraz drugi, autorstwa M. Boratyńskiej³, poświęcony umowie w sprawie IVF, powstały w związku z pierwszym i podważający niektóre zawarte w nim stwierdzenia. Tekst niniejszy stanowi odpowiedź na nadesłaną polemikę⁴, jak również odnosi się całościowo do pierwszej publikacji Autorów.

1. Prowadzenie sporu z J. Haberko i K. Olszewskim to zadanie kłopotliwe, gdyż w ich wywodach trzeba dopiero domyślać się, gdzie mamy do czynienia z tezami, gdzie z argumentami, gdzie z dygresjami, a gdzie z ozdobnikami. Operują wyrażeniami jawnie wieloznacznymi (np. „mieć prawo” i „posiadać dziecko”), których znaczenia nie precyzują. Równie beztrzesko posługują się terminologią medyczną, pisząc np. iż zamrożone zarodki „tracą swój potencjał rozrodczy” (HO,II); zapewne

¹ Tym razem tekst powstał we współautorstwie, ponieważ niektóre przedstawione w nim koncepcje stanowią rezultat wcześniejszych wspólnych przemyśleń.

² J. Haberko, K. Olszewski, *Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego*, „Prawo i Medycyna” nr 1 z 2008 r., s. 65-80. Dalej jako <HO,I,numer strony>. Wbrew tytułowi rzeczywistym tematem artykułu była niedopuszczalność zapłodnienia pozaustrojowego w świetle doktryny moralnej kościoła rzymskokatolickiego. Stanowisko o generalnej niedopuszczalności IVF jest symptomatyczne dla katolicyzmu; nie podziela go żadna z wielkich religii monoteistycznych, buddyzm i żadna istotna etyka pozareligijna. Jest tak odosobnione, że w zbiorze *Medycyna a prawa człowieka* generalna dopuszczalność zapłodnienia pozaustrojowego w ogóle nie została ujęta jako odrębny problem wart rozważania. O obiekcjach doktryny katolickiej wspomina się jedynie na marginesie (przy omawianiu sztucznego zapłodnienia heterologicznego). *Medycyna a prawa człowieka. Normy i zasady prawa międzynarodowego, etyki oraz moralności katolickiej, protestanckiej, żydowskiej, muzułmańskiej i buddyjskiej*, Warszawa 1996, s. 64. Mimo, że ich stanowisko ma charakter partykularny, Autorzy przedstawiają je jako uniwersalne, a w polemice określają jako „minimum etyczne systemu prawa”.

³ M. Boratyńska, *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*, „Prawo i Medycyna” nr 1 z 2008 r., s. 81-96. Dalej jako <MB,numer strony>.

⁴ Polemika dalej jako <HO,II>

mieli na myśli, że tracą zdolność do implantacji lub giną. W innym miejscu (HO,I,75) piszą o „nieodróżności dróg rodnych” uniemożliwiającej zapłodnienie; przypuszczalnie chodzi o nieodróżność jajowodów⁵.

W niektórych partiach tekst jest wręcz niejasny. Zdaniem Autorów np. techniki zapłodnienia pozaustrojowego „używają jako instrumentu uprawniającego do uzyskania świadczenia innego podmiotu (dziecka), który w przypadku technik *in vitro* jawi się jako (...) przedmiot świadczenia” (HO,I,80). Mamy tu w obrębie jednego zdania dwa stwierdzenia: 1) w procedurze IVF dziecko jest „używane jako **instrument uprawniający do uzyskania świadczenia**”, 2) w procedurze IVF dziecko „jawi się jako **przedmiot świadczenia**”⁶. Dodatkowo Autorzy utrzymują, iż 3) zapłodnienie pozaustrojowe sprowadza życie dziecka „do bycia **narzędziem technologii**” (HO,I,69), zaś 4) para niepłodna, uważająca IVF za rozwiązanie swojego problemu, zamienia się w „**niewolników technologii**” (HO,I,68). Jak pogodzić to wszystko ze sobą, wiedzą tylko oni.

Autorzy sądzą, że „z etycznego punktu widzenia bardziej niż o prawie do posiadania dziecka powinniśmy mówić o prawie dziecka do posiadania normalnej rodziny” (HO,I,67). Nawet w najlepszej wierze trudno odgadnąć, co rozumieją oni przez „**powinność mówienia bardziej o prawie A niż o prawie B**”? Także konstrukcja „prawa dziecka, by nie mieć rodziców w zbyt podeszłym wieku” nie jest jasna. Cóż bowiem konkretnie miałyby oznaczać „**prawo do niemienia**⁷ rodziców w zbyt podeszłym wieku”, a co jest jego korelatem po stronie osób zobowiązanych?

Niektóre inne wywody Autorów są zrozumiałe, lecz oderwane od rzeczywistości. Twierdzą oni np.: „choć ludzka płodność jest dobrem osobistym człowieka, nie można jej utożsamiać z pojawieniem się potomstwa” (HO,I,79). Czysto logicznie mają rację, gdyż „płodność” i „pojawienie się potomstwa” nie są synonimami. Nie tłumaczą jednak, jak wyobrażają sobie realizację dobra osobistego (płodności) w oderwaniu od pojawienia się potomstwa (płodzenia).

2. Kolejna trudność polega na tym, że J. Haberko i K. Olszewski nie wydają się skłonni do przyjęcia odpowiedzialności za własne słowa. Już na wstępie polemiki stwierdzają, że „przypisany im pogląd, jakoby po-

⁵ Być może jednak Autorom chodziło o np. zrosty w zespole Ashermana.

⁶ Z zestawienia tych dwu myśli wynika, że dziecko jest „instrumentem uprawniającym do uzyskania świadczenia, którego przedmiotem jest ono samo” (!).

⁷ Za ten neologizm przepraszamy.

przez zawarcie umowy o zapłodnienie pozaustrojowe rodzice posiadali dziecko, nie znajduje potwierdzenia w przedstawionym tekście”, że „przedmiotu ich rozważań nie stanowiła umowa o zapłodnienie pozaustrojowe”, oraz że „nie utożsamiają przedmiotu zawartej umowy (...) z dzieckiem, a jedynie rozpatrują przesłanki dopuszczalności zawarcia i ważności tego rodzaju umowy”. Sugeruje to, że Autorzy albo robią unik, albo zapomnieli, co napisali poprzednio.

Przypomnijmy więc, że w swoim pierwszym tekście przeprowadzili rozumowanie: **nie istnieje prawo do poddania się procedurze IVF, gdyż nie istnieje „prawo do posiadania dziecka”, a szerzej – „prawo do posiadania drugiego człowieka”**. Otóż ten, kto widzi logiczną zależność „prawa do IVF” od „prawa do posiadania dziecka”, tym samym uznaje, że przeprowadzenie IVF (w wykonaniu umowy o zapłodnienie pozaustrojowe lub na jakiegokolwiek innej podstawie) prowadzi do posiadania dziecka.

Przypomnijmy następnie stwierdzenie, iż w przypadku dążenia pary niepełnej do uzyskania potomstwa przy zastosowaniu IVF „dziecko traktowane jest jako przedmiot świadczenia, realizacji którego domagać by się mogli małżonkowie (niezależnie od zastosowanych metod i form prawnych)” (HO,I,79). Mamy więc wywód: zastosowanie IVF **niezależnie od zastosowanych metod i form prawnych** (więc i w wypadku umowy o zapłodnienie pozaustrojowe) przekształcałoby dziecko w **przedmiot świadczenia**⁸.

Interpretując inny fragment artykułu⁹ M. Boratyńska przypisała Autorom pogląd identyczny ze stanowiskiem kościoła rzymskokatolickiego, według którego niemoralna jest męska masturbacja, co uznała za „aksjomat konfesyjny, z którym polemika z natury nie jest możliwa” (MB,95 przypis 32).

W polemice J. Haberko i K. Olszewski oświadczają najpierw, że „polski język ogólny nie zna takiego wyrażenia, jak »argument konfe-

⁸ Określenie dziecka jako „przedmiotu świadczenia” pojawia się w końcowej części artykułu kilkakrotnie.

⁹ Brzmi on: „Konkludując wypada stwierdzić, iż nie odpowiada godności ludzkiej produkcja 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 oczekiwania.” (HO,I,71) W tym miejscu Autorzy dodali przypis 24 o treści „**Nie bez znaczenia dla oceny moralnej jest pozyskanie gamet od mężczyzny w procedurze *in vitro***”.

syjny«” [!] ¹⁰ oraz uznają je za „jakąś perswazyjną metaforę”. Otóż język polski zna takie wyrażenie, ponieważ stanowi ono złożenie rzeczownika „aksjomat” oraz przymiotnika „konfesyjny”, a oba można bez trudu znaleźć w słowniku. Wyrażenie jest zresztą dosłowne, nie metaforyczne.

Dalej tłumaczą, iż było ich myślą, że „koszty specjalnego pokoju i jego wyposażenia służącego do oddawania przez mężczyznę gamet w sposób dyskretny i przyjemny [tak w oryginale – M.B. i P.K.] nie powinny być pokrywane z kieszeni podatnika”, oraz że „wątpliwa to przyjemność dla dziecka wiedzieć (...), jakie były początki jego życia” (HO,II).

Reasumując: Autorzy piszą najpierw o godności zarodków, o godności pacjentów i ich biernym udziale w procedurze IVF i w tym kontekście umieszczają przypis o niemoralności *pozyskania gamet* od mężczyzny. Potem tłumaczą, że chodziło im o coś całkiem innego – że niemoralnym jest, by podatnik płacił za *dyskrecję i przyjemność*, oraz że obawiają się *co dziecko sobie w przyszłości pomyśli* (o „niesmacznych” okolicznościach masturbacji). Ponownie sprawia to wrażenie uniknięcia, wemy jednak za dobrą monetę wersję, którą przedstawili w replice¹¹. W takim razie ich głównym argumentem nie jest moralne potępienie męskiej masturbacji „jako takiej”¹². Potępiają natomiast moralnie „dyskretną i przyjemną” masturbację w pomieszczeniach finansowanych przez „podatnika”¹³, a nadto jako czynność nieestetyczną, której opis mógłby w przyszłości wywołać frustrację u osoby poczętej przez IVF¹⁴. Pytanie, czy Autorzy są identycznie moralnie zaszokowani faktem, że

¹⁰ Przypominamy, że M. Boratyńska napisała o aksjomatach, nie o argumentach.

¹¹ Autorzy zaznaczają, że myśl swoją wyrazili „może niezbyt ściśle”; przyznajemy im zupełną rację.

¹² Zaskakujące, że Autorzy **potwierdzają wniosek M. Boratyńskiej**, zaznaczając tylko, że grzeszność masturbacji nie stanowiła dla nich „głównego” argumentu przeciwko procedurom *in vitro*. Trudno więc powiedzieć, po co wdają się w ten spór. Jednocześnie zgłaszają pretensje, że M. Boratyńska określając ich stanowisko jako kuriozalne „nie podjęła polemiki z tradycją moralną ugruntowaną w określonych założeniach ontologicznych i antropologicznych” (HO,II). Najwyraźniej oczekują, że M. Boratyńska będzie na łamach PiM wdawać się w dysputy teologiczne i prowadzić dowód na „bezgrzeszność” masturbacji. Nie zamierzamy tego czynić; dodamy tylko, że wszelkie normy (nawet tabuistyczne) mają za sobą jakąś „tradycję moralną ugruntowaną w określonych założeniach ontologicznych i antropologicznych”, co nie oznacza, że da się z nimi prowadzić racjonalną polemikę.

¹³ Autorzy piszą o „podatnikach” oraz „akcentują (...), że nie ciąży na państwie obowiązek finansowania tego rodzaju działań” (HO,II). Świadczeń zdrowotnych nie finansuje *państwo*; to ubezpieczeni finansują sobie sami (niekiedy wzajemnie) świadczenia zdrowotne.

¹⁴ Trudno powiedzieć, co sądzą J. Haberko i K. Olszewski o ujawnianiu dzieciom szczegółów „tradycyjnego” pożycia, które tak samo mogłoby dla nich stanowić „wątpliwą przyjemność”.

w zakładach opieki zdrowotnej np. badania ginekologicznego zwykle nie wykonuje się na korytarzu¹⁵.

3. Autorzy chcą, by do ich wypowiedzi stosować „metadyrektywę »*benigna interpretatio*«, nakazującą w razie wątpliwości przydać wypowiedziom uczestnika dyskursu raczej znaczenie roztropne niż nieroztropne” (HO,II), co jest oczekiwaniem uzasadnionym, o ile wypowiedzi poddają się roztropnej interpretacji.

Apelując o życzliwą interpretację własnego tekstu, ze swej strony J. Haberko i K. Olszewski zdają się stosować wobec artykułu M. Boratyńskiej *maligna interpretatio*. Tak np. przypisują jej pogląd o istnieniu związku przyczynowego „**między »naturą rzeczy« a wiekiem rodziców**” [sic!], następnie zaś triumfalnie oświadczają, iż takowy związek „raczej nie zachodzi”, a w każdym razie nie został wskazany¹⁶. Inny przykład zniekształcającej interpretacji stanowi stwierdzenie: „**jedynym argumentem** przeciwko naszej tezie jest opatrzone jakże charakterystycznym dla wypowiedzi naukowych wykrzyknikiem¹⁷ zdanie, że cytowany artykuł »pochodzi sprzed dwudziestu lat!«”. Otóż nie jest to argument jedyny, skoro w tym miejscu znajduje się przypis 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**”)¹⁸. Procedura zapłodnienia pozaustrojowego obejmuje rozmaite techniki medyczne, które były wprowadzane w różnym czasie. Dzisiejsze IVF poważnie różni się od IVF z roku 1987 czy 1978, głównie ze względu na stosowanie ICSI i IMSI¹⁹. Dlatego sądzimy, że dane sprzed 20 lat mogły w jakimś stopniu stracić aktualność.

4. W polemice Autorzy zarzucają, że artykuł M. Boratyńskiej jest „przepelniony **perswazyjną terminologią (...)** **nierzetelnie narzucającą określony pogląd odbiorcom**”, następnie zaś przytaczają listę przykładów (HO,II przypis 6). Trudno się do tego odnieść, gdyż nie wiemy, co

¹⁵ Stosownie do ich argumentacji nie ma powodu, by „podatnik” płacił za „dyskreję i przyjemność” badania ginekologicznego w odosobnieniu. Tymczasem jest to zwykła realizacja prawa pacjenta do intymności i poszanowania godności w czasie udzielania świadczeń zdrowotnych (art. 19 ust. 1 pkt. 4 uoz).

¹⁶ M. Boratyńska tak dziwaczego poglądu w swoim artykule nie wypowiedziała, czego szczegółowo wyjaśniać nie będziemy, gdyż istnieje pewna granica absurdu, której w piśmie naukowym przekraczać nie wypada (zob. MB,92-93).

¹⁷ Nie wiedzieliśmy, że w tekstach naukowych wykrzykniki są zabronione lub niestosowne.

¹⁸ Tytułem *benigna interpretatio* zakładamy, że adwersarze przypis ten przeoczyli.

¹⁹ Są i inne różnice nie bez znaczenia dla bezpieczeństwa i skuteczności IVF, np. zaniechanie stosowania laparoskopii przy pobieraniu gamet albo zmiany w farmakologicznej części procedury.

dokładnie Autorzy rozumieją przez „perswazyjną terminologię”. Jeżeli mają na myśli użycie terminów nacechowanych emocjonalnie, to ich zarzut jest niepoważny, gdyż takich terminów nie da się uniknąć (nawet w języku naukowym²⁰). Jeśli natomiast wysuwają oskarżenie o manipulacje pojęciowe, byłby to zarzut ciężki, ale wypadłoby go poprzeć choć jednym, malutkim argumentem.

Dodajmy, że Autorzy sami piszą o „**pozyskaniu ciąży**” (HO,I,71) z „drogocennych produktów« czyli gamet” (HO,I,67)²¹; o technologii, która czyni z ludzi „niewolników” (HO,I,68), „podsycy pragnienia” (HO,I,67) i „bardziej kieruje się względami ekonomii, niż **prawdziwym dobrem** [sic!] ludzi dotkniętych problemem niepłodności”²² (HO,I,68), o „**micie progresywności**”²³ (HO,I,68), o tym, że „cierpienie i ból są nieodłącznym towarzyszem ludzkości i **nikt nigdy tego nie zmienił, ani nikt nie jest w stanie zmienić**” (HO,I,68). Piszą też o „**bezbronnyemu dziecku znajdującym się w potrzebie**”²⁴ (HO,I,67). Wprowadzają pojęcie technik medycznych „**rzeczywiście** wspomagających prokreację” czemu przeciwstawiają IVF jako technikę „**sztuczną**” (HO,I,66 przypis 7). Odwołują się do nieistniejących wyborów i sprzeczności²⁵. Bez słowa uzasadnienia utrzymują, że w wyniku zastosowania IVF „jego [dziecka] egzystencja, jego życie, zostaje **srowadzone do bycia narzędziem technologii** [sic!], do poczęcia się w laboratorium, w probówce” (HO,I,69). Swoimi wywodami zniekształcają rzeczywistość („Odpowiedzią dla [niepłodnej] pary nie może być **obietnica dania dziecka**”²⁶, jakby to dziecko miało być terapią. Dzieci nie są i nie mogą być terapią na

²⁰ M. Ossowska, *Rola ocen w kształtowaniu pojęć*, [w:] *O człowieku, moralności i nauce miscellanea*, Warszawa 1983, s. 528-536.

²¹ Odnosi się wrażenie, że cała ta terminologia ma służyć zohydzeniu IVF przez zrównanie tej procedury z przemysłową produkcją na zamówienie noworodków „o wybranym przez rodziców kolorze oczu” (HO,I,67).

²² Technologia niczym się nie kieruje i kierować nie może, zaś pojęcie „prawdziwego dobra” należy do klasyki perswazyjnej manipulacji.

²³ Autorzy są najwyraźniej przekonani, że słowo „mit” jest terminem perswazyjnym tylko wtedy, gdy używa go ktoś inny.

²⁴ Perswazyjność polega tu nie na tym, że Autorzy używają słów nasyconych emocjonalnie. Polega na tym, że sformułowanie o „bezbronnyemu dziecku znajdującym się w potrzebie” odnosi się do **czasu, kiedy nie ma jeszcze żadnego dziecka**, lecz tylko pragnienia i wyobrażenia niepłodnej pary.

²⁵ „To nie para otrzymuje dziecko (...), ale dziecko pojawia się w rodzinie” (HO,I,67); „dziecko zawsze było i jest pewnym dobrem, a nie przedmiotem absolutnego prawa dorosłych” (HO,I,67); osoby poddające się IVF „czynią to nie ze względu na chęć bycia poddanym »objawowemu leczeniu«, ale dlatego, że w wyniku procedur medycznych pragną realizować funkcje rodzicielskie” (HO,II).

²⁶ Nikt nikomu nie proponuje „dania dziecka” w ramach terapii; niepłodnej parze proponuje się przeprowadzenie zapłodnienia pozaustrojowego.

problemy zdrowotne dorosłych.” HO,I,67-68). Sądzymy, że w tych okolicznościach wypadałoby nieco ostrożniej posługiwać się argumentem o „perswazyjnej terminologii” oponenta²⁷.

5. Jeden z podstawowych argumentów J. Haberko i K. Olszewskiego jest oparty na błędzie ekwiwokacji („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”, HO,I,68). Czasownik „posiadać” w języku prawnym i żargonie prawniczym odnosi się do faktycznego władztwa nad rzeczą. W tym sensie można powiedzieć *X posiada niewolnika* i w tym sensie nie istnieje współcześnie „prawo do posiadania drugiego człowieka”. Ale czasownik „posiadać” oznacza też najrozmaitsze inne, „niewładcze” i „niewłaścicielskie” relacje, przy czym stosowany jest najczęściej zamiennie z czasownikiem „mieć”²⁸; można więc mieć (posiadać) poglądy, mieć prawo, kłopoty, słuszność, chandrę, grypę itd. Pytanie, w której kategorii mieści się wyrażenie „mieć (posiadać) dzieci”? Jeżeli „posiadanie dziecka” oznacza to samo, co „posiadanie niewolnika”, musimy uznać wniosek Autorów, że w Polsce nie wolno przeprowadzać zabiegów IVF, oni jednak ze swej strony musieliby uznać wniosek, że w ogóle zabronione jest posiadanie dzieci. Jeżeli termin „posiadanie dziecka” oznacza coś innego, niż „posiadanie niewolnika”, to argument J. Haberko i K. Olszewskiego – wbrew ich zaprzeczeniom w polemice – jest obciążony ekwiwokacją²⁹.

6. Autorzy wypowiadają też liczne tezy, których nie uzasadniają żadnymi argumentami, co M. Boratyńska nazwała „konstrukcją logiczną

²⁷ Interesujące, czy sami adwersarze traktują swe wywody na serio i czy naprawdę uznają, że „prawdziwym dobrem ludzi dotkniętych problemem niepłodności” jest nieposiadanie własnych dzieci wbrew pokusom technologii. I czy uważają np. likwidację niewolnictwa, zniesienie kar cielesnych i okaleczających albo wynalezienie morfiny i paracetamolu za „mit progresywności”.

²⁸ Niekiedy czasownik „posiadać” brzmi sztucznie („posiadać grypę”), ale pochodzi od niego wygodny rzeczownik „posiadanie”. Nie istnieje zaś w języku polskim rzeczownik odczasownikowy od „mieć”.

²⁹ Autorzy nigdzie nie wyjaśniają, w jakim sensie używają wyrażenia „mieć prawo”, którego wieloznaczność jest notoryjna (zob. np. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 351-353). Jednakże ich argumentacja (nie da się uzasadnić prawa do posiadania dziecka, ponieważ „nie istnieje prawo do posiadania drugiego człowieka”) **musiałaby się odnosić do każdego możliwego rozumienia** tego terminu. Po przeczytaniu polemiki („staraliśmy się wykazać, iż na gruncie prawa polskiego nie można przyjąć, by istniało jakieś »prawo do posiadania dziecka« pojmowane jako prawo do poczęcia dziecka wszystkimi dostępnymi środkami”) ostatecznie straciliśmy też orientację, co właściwie Autorzy rozumieją przez „posiadanie dziecka”.

»a bo tak«” (MB,95 przypis 29). Na ten zarzut udzielili w polemice odpowiedzi długiej, lecz kompletnie niezrozumiałej³⁰.

7. Autorzy nie określają jasno swojego stanowiska nawet w tak fundamentalnej kwestii, jak dopuszczalność wykonywania IVF w obecnym stanie prawnym. Z jednej strony piszą, że „polskie ustawodawstwo (...) w obecnym kształcie nie staje na przeszkodzie” zabiegom zapłodnienia pozaustrojowego (HO,I,69). Z drugiej – uważają, że zabiegi te uchybiają godności ludzkiej (HO,I,71), co właśnie oznaczałoby kolizję z porządkiem prawnym. Nadto ich zdaniem umowa o wykonanie zapłodnienia pozaustrojowego jest z zasady³¹ nieważna ze względu na art. 58 §2 k.c. (HO,II). Skoro jednak zabiegi tego rodzaju nie są finansowane z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, to jedyną drogą otrzymania świadczenia pozostaje umowa cywilnoprawna. Zakwestionowanie ważności umowy oznacza tym samym opowiedzenie się za niedopuszczalnością zabiegu w ramach obowiązującego porządku prawnego.

Przyczyny nieważności umowy Autorzy upatrują w jej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. W pierwszym artykule powołali się na argument wywiedziony z pojęcia godności³², który został przez M. Boratyńską uznany za pozbawiony uzasadnienia³³. Jednocześnie M. Boratyńska nie dostrzegła takich pryncypiów moralnych w relacjach międzyludzkich (innymi słowy: takich zasad współżycia społecznego), które mogłyby generalnie stać na przeszkodzie stosowaniu IVF. W polemice J. Haberko i K. Olszewski odpowiadają z wyższością, że oni pryncypia takie dostrzegają, choć „być może nie są one powszechnie uchwytnie [sic!], jako że oparte zostały o argumenty godności człowieka i god-

³⁰ Odpowiadają, że „nie do końca tak jest”, gdyż „system prawny i moralny to dwa niezależne, ale i współistniejące systemy”, „przy stosowaniu prawa normy moralne zyskują szczególną doniosłość zwłaszcza w zakresie stosowania przez ustawodawcę klauzul generalnych oraz odwołania się przez niego zasad współżycia społecznego”, a w zakresie regulacji prawnorodzinnych „względ na panujące przekonania i normy moralne, a także na dominujący system wartości, wreszcie (...) na korzystny model stosunków prawnych w rodzinie, wydaje się być jak najbardziej pożądany”. Być może Autorzy sądzą, że ich tezy oparte są o „dominujący system wartości” i wobec tego nie wymagają uzasadnienia.

³¹ Stwierdzenie (w przypisie 52), że nieważność odnosi się ona „przede wszystkim” do umów o IVF u konkubentów i samotnych kobiet ma charakter pustego ozdobnika. Pojęcie nieważności czynności prawnej nie pozostawia miejsca na stopniowanie.

³² „Nie odpowiada godności ludzkiej produkcja embrionów w laboratoriach, ich selekcja i zamrażanie, a godności małżonków ich bierny udział w procesie prokreacji (z natury swej intymnym i jednoczącym)” HO,I,71.

³³ MB,95 przypis 29.

ności przekazywania ludzkiego życia³⁴”. Na wstępie stwierdzimy coś oczywistego: „godność” i „uchybiecie godności” to nie są terminy obserwacyjne (takie, jak np. „kość udowa” i „złamanie kości udowej”), więc zdań z ich użyciem nie uzasadnia się poprzez „dostrzeganie” lecz przez wnioskowanie. Kto wskazuje godność jako przesłankę obowiązywania pewnej reguły powinien na wstępie zadeklarować, co w ogóle rozumie przez „godność” i w jaki sposób wyprowadza z niej swoje wnioski. Kto powołuje się na uchybiecie godności powinien wyjaśnić, na czym polega logiczny „mechanizm uchybienia”. Autorzy zastrzegają się, że argumenty wywiedzione z godności są nieostre. Sądzymy, że problem nie leży w nieostrości, lecz w tym, że godność – fundament systemu praw człowieka – jest (najsurowiej rzecz ujmując) **pojęciem o niejasnej treści**³⁵: do tego stopnia, że w oparciu o nie da się równie przekonująco dowodzić pewnej tezy, jak jej zaprzeczenia³⁶. Niejasność używanego pojęcia nie może zwalniać osoby, która powołuje się na uchybiecie godności, z obowiązku podania uzasadnienia; w przeciwnym razie cała koncepcja godności stałaby się doktryną ezoteryczną i „niedyskutowalną”³⁷. Jeśli ktoś nie potrafi lub nie chce swojej argumentacji ująć w sposób „powszechnie uchwytany”, to i nie ma o czym dyskutować, a na głośłowne twierdzenie, że to lub owo „nie odpowiada godności ludzkiej” wystarczy odpowiedzieć zaprzeczeniem.

Czymkolwiek jest godność ludzka, jedno nie ulega wątpliwości: Konstytucja określa ją jako **źródło wolności i praw**. J. Haberko i K. Olszewski **próbują z tego pojęcia uczynić źródło zakazów i ograniczeń** (nie można pozwolić mężczyźnie i kobiecie na poddanie się IVF, gdyż udział

³⁴ W dalszych wywodach pominiemy pojęcia „godności przekazywania ludzkiego życia” (HO,II) oraz „godności prokreacji” (HO,I,66) jako nieznanne porządkowi prawnemu. Spróbujemy się natomiast odnieść do pojęcia „godności człowieka”, mającego oparcie zwłaszcza w art. 30 Konstytucji.

³⁵ Jak krótko zauważa Eduard Picker „pewności co do nienaruszalności »godności« nie odpowiada pewność co do jej treści i konkretyzacji”; E. Picker, *Godność człowieka a życie ludzkie*, Warszawa 2007, s. 6. Z braku miejsca nie możemy tu omawiać różnych „obciążeń filozoficznych” pojęcia godności, które sygnalizowaliśmy w referacie *Pojęcie godności ludzkiej a zastosowanie nowych technologii wobec człowieka*, na konferencji „Prawo wobec nowych technologii” (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 2 marca 2007 r.). Referat niepublikowany.

³⁶ Jako przykład można zacytować argument przeciwny wywodom adwersarzy: „*czy prokreacja kontrolowana przez odpowiednio wykwalifikowanych specjalistów nie jest bardziej »ludzka« niż zdanie się w tej materii na ślepe mechanizmy natury. Niby dlaczego rozumne i wolne istoty nie miałyby wykorzystywać swojej inteligencji również, gdy chodzi o nowych przedstawicieli rozumnego gatunku. Czyż nie wydaje się to aż nadto zrozumiałe?*” B. Chyrowicz, wypowiedź w „Tygodniku Powszechnym” nr 1/2008, cyt. za: A. Paszewski, *Zapłodnienie in vitro – powracający problem*, „Znak” nr 4/2008, s. 27.

³⁷ O kryterium „dyskutowalności” – zob. np. M. Heller, *Przeciw fundacjonizmowi* [w:] M. Heller, J. Mączka, J. Urbaniec [red.], *Sensy i nonsensy w nauce i filozofii*, Kraków-Tarnów 1999, s. 94-95.

ich w takiej procedurze jest „bierny”, a to „nie odpowiada godności małżonków”).

Co do zasad współżycia społecznego – zauważmy, że nie są one synonimem godności, a art. 58 k.c. nie jest identyczny z art. 30 Konstytucji. Zachodzi jednak między nimi pewne podobieństwo: na zasady współżycia społecznego także nie można powoływać się głośłownie; należy podać, jak brzmi zasada, która w danym przypadku miała zostać złamana³⁸. Co więcej, odwoływanie się do zasad współżycia społecznego i innych klauzul generalnych ma dostosowywać praktykę sądową do pozaprawnych, społecznie akceptowanych ocen i respektować „ustalone, a więc obiektywnie funkcjonujące poglądy społeczne”³⁹. Innymi słowy zasady współżycia społecznego nie stanowią bocznej furtki, którą można wprowadzać do porządku prawnego moralność postulowaną przez siebie samego, a już na pewno nie taką, której „pryncypia nie są powszechnie uchwytnie”. Uwzględniając, że w Polsce oceny społeczne zapłodnienia pozaustrojowego wydają się generalnie przychylnie⁴⁰, argumentacja J. Haberko i K. Olszewskiego zawisa w próżni.

8. Przeciwno dopuszczalności zabiegu IVF została przez Autorów wytoczona armata w postaci praw i dobra dziecka, którym jakoby zabieg taki uchybia. Sugerują, że istnieje jakaś zasadnicza kolizja między dążeniami pary niepełodnej, a dobrem dziecka, urodzonego w wyniku takiego zabiegu (HO,I,66-69). Wysuwają przy tym nowatorski pomysł teoretycznoprawny – konstrukcję praw *dziecka nieistniejącego* (względnie *dziecka jeszcze-nie-poczętego*⁴¹), które ma prawo do posiadania *normalnej rodziny*, do niebycia poczętym przez rodziców *w zbyt podeszłym wieku*, do narodzin z rodziców biologicznych, którzy będą zarazem rodzicami prawnymi oraz liczne inne uprawnienia. Analogicznie odnoszą do *dziecka nieistniejącego* kryteria godności i dobra. Nie ma wprawdzie żadnych przeszkód językowych, by mówić o prawach, godności i dobru *dziecka nieistniejącego*, nie wszystko jednak, co możliwe językowo, jest zarazem sensowne. Potraktujmy jednak tę propozycję z naj-

³⁸ K. Piasecki [w:] J. Winiarz [red.], *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989, t. I, s. 18; Z. Radwański: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 40.

³⁹ Z. Radwański, M. Zieliński [w:] M. Safjan [red.], *System prawa prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 335-336.

⁴⁰ Zob. np. W. Derczyński, Społeczna akceptacja dla dzieci z próbówki, „Prawo i Medycyna”, nr 1 z 2005 r., s. 101-105.

⁴¹ Zaznaczamy, że samo sformułowanie pochodzi od nas.

wyższą powagą i przyjrzyjmy się np. prawu *dziecka nieistniejącego* by nie mieć rodziców w *zbyt podeszłym wieku*.

Niezależnie od swojej treści każde uprawnienie musi mieć jakiś podmiot; może służyć tylko komuś lub czemuś mającemu tożsamość. Zna na porządkowi prawnemu konstrukcja warunkowych „praw *nasciturusa*” nie stwarza problemów, ponieważ wiąże prawa z konkretnym „człowiekiem *in spe*”. **Konstrukcja praw *dziecka nieistniejącego* stanowi nonsens, ponieważ nie ma takiego indywiduum, jak *dziecko nieistniejące*.**

Każdemu uprawnieniu można uczynić zadość albo nie. Na czym ma w interesującym nas przypadku polegać zadośćuczynienie prawu, a na czym jego naruszenie? Autorzy uważają za rodziców *zbyt starych* osoby po przekroczeniu „pewnego przedziału wiekowego, w którym zwykle podejmuje się decyzję o splotzeniu i zrodzeniu potomstwa” (HO,II). Rodzice tacy ich zdaniem łamią prawa dziecka przez fakt powołania go do życia. Zadośćuczynienie owym rzekomym prawom musiałoby więc polegać na zaniechaniu prokreacji przez *zbyt stare* osoby. Wtedy jednak „uprawnionym” okazuje się „**podmiot**”, **którego nie ma, nigdy nie będzie i ma go nie być „dla jego własnego dobra”** (uzyskujemy więc *prawo nieistniejącego podmiotu do niezycia*). Z drugiej strony gdy *zbyt starzy* rodzice splotzą dziecko, dziecko staje się tym samym automatycznie ofiarą naruszenia prawa. Skoro o uprawnieniu mówimy na serio, może ono żądać usunięcia skutków naruszenia (strach pomyśleć, jakie instrumenty prawne miałyby realizować *nieposiadanie rodziców w zbyt podeszłym wieku*). Analogiczne prawo i instrumenty jego ochrony musiałoby służyć na równi wszystkim dzieciom – także tym, które zostały poczęte *per coitum*.

Dla prawnika „uprawnienie” jest terminem technicznym. Uprawnieniu należy przypisać konkretną treść, powiązać je z konkretnym podmiotem stosunku prawnego i zidentyfikować odpowiadające mu obowiązki innych podmiotów. W odniesieniu do praw *dziecka nieistniejącego* próba taka prowadzi do absurdów, co nakazuje podejrzewać, że mamy do czynienia z „prawami” skonstruowanymi dla celów propagandowych.

Na marginesie dodajmy, iż Autorzy dowodzą, że prawo dziecka do nieposiadania rodziców w *zbyt podeszłym wieku* znajduje wyraz w obowiązującym prawie włoskim, zgodnie z którym „osoby poddające się

technikom wspomaganą prokreacji w celu uzyskania potomstwa powinny być w »wieku potencjalnie rozrodczym«. Jednak żaden zakaz (nie tylko odnoszący się do IVF) nie stanowi podstawy do wnioskowania o uprawnieniach kogokolwiek do czegośkolwiek⁴².

Podobnie rysuje się problem godności. Wiemy już, że zdaniem Autorów zapłodnienie pozaustrojowe „nie odpowiada godności” osoby, która miałaby dzięki temu pojawić się na świecie (HO,I,71). Dodają oni, że „jeśli naprawdę pragnie się dziecka dla niego samego, należy respektować prawo naturalne, drogę narodzin, która może zapewnić dziecku poszanowanie jego godności (...)” (HO,I,69). Jedyne możliwe stąd wnioski, że osoby dotknięte niepłodnością powinny **zapewnić nieistniejącemu dziecku poszanowanie jego godności przez niepoczęcie go.**

„Uprawienie” oderwane od uprawionego, „prawo podmiotowe” bez podmiotu, czy też „godność osobowa” bez osoby, stanowią czyste werbalizmy. Posługiwanie się pojęciem dobra *dziecka nieistniejącego* ma na pozór więcej sensu, gdyż działanie podjęte dzisiaj może obrócić się jutro na korzyść osoby przyszłej, dziś nieistniejącej⁴³. Jednak **kryterium dobra dziecka w prawie rodzinnym stosowane jest w sposób zindywidualizowany i następuje z uwzględnieniem właściwości oraz sytuacji życiowej konkretnej osoby małoletniej, poprzez porównanie stanu aktualnego ze stanem pożądanym i osiągalnym, w którym realnie mógłby się znajdować ten sam małoletni.** Tymczasem wywody Autorów opierają się na porównaniu sytuacji osoby, która urodziła się dzięki zapłodnieniu pozaustrojowemu z sytuacją, w której osoba ta w ogóle nie zaistnieje, przy czym tę drugą uważają (jak się wydaje) za odpowiadającą kryterium dobra dziecka. W efekcie pojawia się koncepcja *niewłaściwego poczęcia*, zgodnie z którą lepiej jest być *niepoczętym dzieckiem z godnością w niebycie*⁴⁴, niż istnieją-

⁴² Z zakazu wykonywania IVF u kobiet „za starych” wyciąga się wniosek o „prawie dziecka do nieposiadania rodziców w zbyt podeszłym wieku”. Zatem – według tejże logiki – w państwie, w którym zakazano wykonywania IVF w poniedziałki (np. ze względu na dane o większej liczbie powikłań, spowodowanych niedyspozycją lekarzy po weekendzie) mielibyśmy do czynienia z „prawem dziecka do niebycia poczętym w poniedziałek”. W państwie, w którym zakazano IVF w ogóle, mielibyśmy „prawo dziecka do niebycia poczętym w ogóle”.

⁴³ Autorzy trafnie wskazują, że można odczuwać odpowiedzialność za „osobę przyszłą”. Ścisłe biorąc takie odczucie nie odnosi się do żadnej realnej osoby, lecz do własnych wyobrażeń o przyszłości. Bywają osoby, które właśnie w poczuciu odpowiedzialności decydują się na bezdzietność, ale naszym zdaniem decyzja taka nie urzeczywistnia niczyjego „dobra”.

⁴⁴ Cokolwiek to oznacza.

cym, żywym człowiekiem *niewłaściwie poczętym* w drodze zapłodnienia pozaustrojowego (podobnie lepiej w ogóle nie istnieć, niż istnieć mając rodziców *zbyt starych*, niepozostających w związku małżeńskim itd.). Najwyraźniej „dla dobra dziecka” jest lepiej, by nie zaistniało w ogóle, niż przyszło na świat *niewłaściwie poczęte* (bo przy pewnych przyczynach niepłodności inna ewentualność nie zachodzi). Jest to nic innego, jak wartościowanie życia ze względu na jego jakość, od czego doktryna rzymskokatolicka dotychczas stanowczo się odżegnywała.

9. Autorzy odwołują się też do argumentów prawnokonstytucyjnych, ich interpretacje Konstytucji odznaczają się jednak szczególną niezwykłością. Stawiają mianowicie dwa pytania: czy na gruncie obowiązującego prawa „można sformułować jakieś generalne i abstrakcyjne uprawnienie do leczenia niepłodności” (HO,I,72) oraz „czy można mówić o przysługującym każdemu człowiekowi (chodzi **oczywiście** [podkr. nasze] o małżonków) prawie do płodzenia, urodzenia dziecka i posiadania potomstwa” (HO,I,73). Odpowiedzi Autorzy słusznie poszukują w art. 18, 47 i 68 Konstytucji, ostatecznie jednak odpowiadają negatywnie. Wynik ten osiągają stosując nader nieortodoksyjny sposób wykładni przepisów Konstytucji określających prawa i wolności człowieka. **Interpretując zasady od razu nakładają na nie ograniczenia i wprowadzają do nich wyjątki** – tak, aby „zrekonstruowana” treść Konstytucji odpowiadała ich własnym przekonaniom moralnym⁴⁵. Inaczej mówiąc, stosują technikę dowolnego wyłączania spod zakresu praw i wolności konstytucyjnych tych kategorii sytuacji, które nie pasują do ich wizji pożądanego stanu prawnego. Uzasadniają to tym, że prawa i wolności zazwyczaj nie mają charakteru absolutnego. W efekcie np. dochodzą do wniosku, że art. 68 ust. 1 wbrew swej treści nie kreuje prawa do ochrony zdrowia, bo to oznaczałoby prawo do leczenia się „wszelkimi sposobami” i „wszelkimi środkami”. Taka interpretacja jest nieprawidłowa, ponieważ **miesza dwie odrębne kwestie**: czy Konstytucja w ogóle gwarantuje pewne uprawnienie, oraz jakie są dopuszczalne sposoby realizacji uprawnienia i ewentualne wyjątki. A to **pozwała w drodze wykładni zanegować konstytucyjną ochronę praw i wolności** oraz unik-

⁴⁵ Łączy się z tym również nowatorska koncepcja wprowadzania wyjątków od przepisów Konstytucji ze względu na „zbyt duże koszty moralne i nie tylko” (HO,II).

nać niewygodnej konfrontacji z klauzulą wyjątkową (art. 31 ust. 3 Konstytucji)⁴⁶.

Oto np. Autorzy stwierdzają: „konstrukcja generalnego i abstrakcyjnego uprawnienia do ochrony zdrowia i mieszczącego się w nim leczenia nie może być (...) przyjęta bez dokonania rozgraniczenia rodzajów niepłodności” (HO,I,72). Dalej proponują, by odróżnić przypadki „niemożności zajścia w ciążę w ogóle” (i uznać je za nieobjęte art. 68 Konstytucji) od przypadków, gdy „kobieta z różnych powodów ciąży nie może donosić bądź w sposób niewspomagany medycznie w nią zająć” (co ich zdaniem da się podciągać pod tenże art. 68⁴⁷). W efekcie uznają, że konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia obejmuje „dobrą” prokreację wspomaganą medycznie, nie obejmuje natomiast „złej”, „sztucznej” IVF. Koncepcja ta nie wynika z jakiegokolwiek wykładni art. 68. Autorzy forsują jedynie arbitralny podział osób chorych na dwie grupy, z których jednej przysługuje prawo do leczenia w oparciu o art. 68 Konstytucji, a drugiej nie, a podziału tego chcą dokonywać nie ze względu na tekst Konstytucji, lecz na własne przekonania.

Jedynym argumentem na korzyść powyższej tezy Autorów mogłoby być generalne zakwestionowanie leczniczego charakteru procedury IVF, co też Autorzy w innej części artykułu próbują czynić (IVF nie jest leczeniem, gdyż traktuje dziecko jako „instrument uprawniający do uzyskania świadczenia” oraz jako „przedmiot świadczenia”, HO,I,80). Wystarczającym będzie proste zaprzeczenie: w procedurze IVF dziecko nie jest ani „instrumentem uprawniającym do uzyskania świadczenia”, ani „przedmiotem świadczenia”. Nawet zaś gdyby tak było, i tak nie wpływałoby to na zakwalifikowanie (lub nie) IVF do kategorii czynności leczniczych (*non sequitur*)⁴⁸.

⁴⁶ Zgodnie z tym przepisem ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności mogą być ustanawiane: 1. tylko ustawą, 2. tylko dla ochrony enumeratywnie wymienionych celów legitymowanych („bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”), 3. tylko w granicach „konieczności w państwie demokratycznym” oraz 4. pod warunkiem, że nałożone ograniczenia nie naruszają istoty wolności lub praw.

⁴⁷ Kryterium „możności – niemożności zajścia w ciążę” Autorzy rozumieją przy tym w bardzo swoisty sposób, gdyż według nich „może zająć w ciążę” wyłącznie kobieta, która zachodzi w ciążę w wyniku stosunku płciowego (ewentualnie „wzbogaconego” przez jakieś procedury medyczne). Natomiast kobieta, która zachodzi w ciążę w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego to taka, która „nie może zająć w ciążę w ogóle”, gdyż byłoby to „sztuczne” zajście w ciążę (HO,I,66), następujące „wbrew możliwościom i predyspozycjom naturalnym” (HO,I,72-74).

⁴⁸ Całe to rozumowanie opiera się na milczącym założeniu, że nie można nazwać czynności leczniczą w stosunku do pewnej osoby, jeśli wiąże się ona z instrumentalnym potraktowaniem innej osoby. W ten sposób mieszają oni różne kwestie (definiowania leczenia i dopuszczalności pewnych metod leczenia). Zresztą sami Autorzy w polemice niekonsekwentnie określają IVF jako leczenie niepłodności metodą, z którą wiążą się „zbyt duże (...) koszty moralne, ale nie tylko”.

Z kolei po analizie art. 18 i 47 Konstytucji przeprowadzają taką oto dyferencjację: „Konstytucja stoi na straży macierzyństwa i ojcostwa, jednak już pozyskanego, istniejącego w momencie, w którym aktualizuje się konieczność zastosowania owej ochrony” (HO,I,77). Przyjmijmy na chwilę, że Autorzy mają słuszość, a więc że wspomniane przepisy nie odnoszą się do „macierzyństwa i ojcostwa *in spe*”, tzn. że w Polsce nie jest konstytucyjnie chronione prawo do zostania ojcem lub matką w przyszłości, a tylko już istniejące relacje między rodzicami a dziećmi. W myśl tej interpretacji ustawodawca polski władny jest ustawą zwykłą zakazać rozmnażania się wszystkim osobom przebywającym na terytorium Rzeczypospolitej albo też pewnej wskazanej przez siebie grupie osób (np. rudowłosym). Konstytucyjności takiej ustawy nie można byłoby podważyć (chyba, że w oparciu o klauzule generalne) i nie musiałaby ona spełniać warunków określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ujawnia się tutaj kolejny problem: Autorzy prowadzą (nie tylko zresztą w tym miejscu) argumentację *ad hoc*, która pasuje im do jakiejś tezy i wydaje się ją logicznie wspierać, jednocześnie jednak starannie ignorują inne wnioski, które musiałyby wynikać z tego samego rozumowania, a które są co najmniej rażące pod względem aksjologicznym.

10. Autorzy napisali pierwotnie, że zastosowanie IVF stanowi „ogromne zagrożenie dla małżeństwa oraz stałości związku przyszłych rodziców”, co M. Boratyńska skwitowała argumentem o braku dowodów empirycznych na „masowy rozpad małżeństw” po IVF (nawet heterologicznym). W odpowiedzi J. Haberko i K. Olszewski tłumaczą, że wcale nie mieli na myśli rozpadu małżeństw, lecz „osłabienie więzi” w wyniku „dylematów trudnych do rozwiązania i mogących stanowić źródło nieporozumień” (HO,II)⁴⁹. Następnie powołują się na badania empiryczne A. Trzeciakowskiej, z których Autorka wywodzi, że „w przypadku technik wspomaganey medycznie prokreacji (...) relacja małżonków odarta jest z intymności”, a fakt ten „może być źródłem bólu dla wielu par” [podkr. M.B. i P.K.]. Złośliwa odpowiedź powinna brzmieć, że z perspektywy aksjologicznej deklarowanej przez J. Haberko i K. Olszewskiego nie ma powodu do zmartwienia, gdyż „cierpienie i ból są

⁴⁹ Naszym zdaniem tłumaczenie jest wykrętne, gdyż zachodzi niemała różnica znaczeniowa między „osłabieniem więzi”, a „ogromnym zagrożeniem dla małżeństwa oraz stałości związku”. Autorzy nie biorą też pod uwagę, że alternatywą rezygnacji z IVF jest bezdzietność, która podobnie może prowadzić do „osłabienia więzi”.

nieodłącznym towarzyszem ludzkości i nikt nigdy tego nie zmienił, ani nikt nie jest w stanie zmienić”⁵⁰.

Z naszej perspektywy odpowiedź będzie nieco inna. Po pierwsze, w medycynie pacjent stale i nieuchronnie jest „odzierany z intymności”, kiedy np. rozbiera się przed lekarzem albo jest badany *per rectum*. W przypadku leczenia niepłodności jakąkolwiek metodą (podobnie jak przy rozwiązywaniu problemów „mażeńskich” w drodze psychoterapii) owo „odarcie” rozciąga się siłą rzeczy na oboje partnerów. Po drugie, gdy dwoje dorosłych ludzi wspólnie decyduje się, by „odrzec swoją relację z intymności”, aż po możliwość narażenia się na „ból”, widocznie czynią tak z jakiegoś bardzo dla nich ważnego powodu. Ów ewentualny „ból” jest swoistym kosztem uczestnictwa w procedurze IVF, przy czym nie sądzimy, by ktokolwiek poza samymi zainteresowanymi był uprawniony szacować, czy koszt taki warto jest ponieść. Argumentacja J. Haberko i K. Olszewskiego ujawnia czystej wody „paternalizm twardy”.

11. W związku z poruszoną ubocznie wobec umowy o IVF kwestią przedimplantacyjnej selekcji zarodków padł ze strony adwersarzy zarzut, iż legalność takich poczynań została w sposób niedopuszczalny wyprowadzona drogą analogii z kontratypu określonego w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny. Odpowiadamy, że 1) ustawa ta nie jest ustawą karną, lecz zalicza się do aktów prawa medycznego, 2) określa ona m.in. „warunki dopuszczalności przerywania ciąży”, co oznacza, że przerwanie ciąży w przypadkach tam wyliczonych nie narusza porządku prawnego, 3) selekcja zarodków nie przerywa ciąży, wobec czego zarzut J. Haberko i K. Olszewskiego jest nie na temat, 4) nawet na gruncie prawa karnego wyprowadzenie analogii z kontratypów nie jest praktyką niedopuszczalną⁵¹. Sens art. 4a należy rozpatrywać z punktu widzenia wszystkich adresatów normy: lekarz nie popełnia przestępstwa, kobiecie wolno, a publiczne zoz-y powinny zapewnić odpowiednie warunki. Skoro wolno w pewnych okolicznościach przerwać ciążę, to nie mniej legalne jest ze względu na te same okoliczności niedopuszczenie do jej zawiązania – poprzez selekcję zarodków (i to tylko przy założe-

⁵⁰ Dla par przymusowo bezdzietnych Autorzy mają radę, aby pogodziły się z cierpieniem, gdyż jest ono wszechobecne i nieusuwalne. Są wszakże gotowi aktywnie zapobiec cierpieniu wywołanemu przez udział w IVF – zakazując stosowania tej procedury.

⁵¹ Nie było np. niczym niewłaściwym rozwiązywanie pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. kolizji obowiązków (obecnie art. 26 §5 k.k.) w drodze analogii ze stanem wyższej konieczności.

niu, którego nie podzielamy, że zarodek powinien być objęty taką samą ochroną prawną jak płód w łonie matki). Skoro wolno więcej – przetrwać, wolno też mniej – nie zawiązać (*argumentum a maiori ad minus*).

12. W dyskusji pojawiła się kwestia dowodów empirycznych i ich interpretacji. W pierwszej publikacji Autorzy przywołali długą i groźnie brzmiącą listę zdarzeń, które w ich przekonaniu stanowią skutek (działania niepożądane) zapłodnienia pozaustrojowego⁵². M. Boratyńska wskazała, że samo stwierdzenie statystycznie istotnej korelacji między stosowaniem IVF a przypadłościami zdrowotnymi nie stanowi dowodu, że to IVF wszystkie wymienione przypadłości wywołuje (argumentacji nie będziemy powtarzać). J. Haberko i K. Olszewski oświadczają na to, że są gotowi przyznać nietrafność swoich argumentów „po przedstawieniu innych doniesień naukowych”, przy czym żądają, by były to doniesienia zamieszczone w „równie uznanym piśmie” co *Lancet*. Żądanie jest niepoważne, bo nie został zakwestionowany materiał empiryczny, tylko wskazana niejednoznaczność jego interpretacji, a to w przyrodoznawstwie stanowi rzecz normalną⁵³. M. Boratyńska nie postawiła też tezy o braku działań niepożądanych IVF⁵⁴ zatem nie ma potrzeby jej dowodzić⁵⁵.

Skoro jesteśmy przy dowodach, wypada odnieść się do kwestii niskiej – zdaniem adwersarzy – jakości powołanych przez M. Boratyńską źródeł. Zaczniemy od „plotek”. Wbrew temu, co sugerują J. Haberko i K. Olszewski, plotki medyczne zasadniczo różnią się od plotek z magla. Pochodzą od profesjonalistów, dotyczą praktykowania medycyny, opi-

⁵² W polemice przyznają, że „istotnie założyli istnienie takiego związku [przyczynowego]”.

⁵³ Normą w naukach przyrodniczych jest też otwartość na krytykę, niezależnie od jej źródła. Zob. np. D. Deutsch, *Struktura rzeczywistości*, Warszawa 2006, s. 276-278. Skoro jednak adwersarze uważają, że interpretacja pochodząca od M. Boratyńskiej nie jest warta uwagi, odsyłamy ich np. do artykułu I. Lee i inni, *Retinoblastoma in a child conceived by in vitro fertilisation*, „British Journal of Ophthalmology”, nr 8 z 2004 r. (88), s. 1098-1099. (<http://www.pubmedcentral.nih.gov/articlerender.fcgi?artid=1772288#r8> ostatnio dostępne 14 maja 2008 r.)

⁵⁴ Autorzy zarzucają M. Boratyńskiej, iż dokonała „nietrafnej ekstrapolacji polegającej na tym, że z wykazania, że nie zachodzą niektóre z podanych skutków wywodzi się, że nie zachodzą pozostałe”. Jest to znowu *maligna interpretatio*, gdyż M. Boratyńska napisała wyraźnie coś odwrotnego: „...wniosek, że IVF wywołuje **wszystkie** powoływane (...) następstwa, nie ma racjonalnych podstaw. (...) **Niektóre inne z wymienionych przypadków stanowią zapewne powikłania IVF**” (MB,92-93).

⁵⁵ M. Boratyńska wskazała przede wszystkim, że „empiryczny” argument o działaniach niepożądanych procedury IVF **w ogóle nie stanowi racjonalnego powodu, by procedury tej zabronić** (MB,93). W tym miejscu wycofujemy się natomiast ze zbyt ogólnego stwierdzenia M. Boratyńskiej, że zastosowanie technik medycznie wspomaganey prokreacji nie może wywoływać uszkodzeń genetycznych i anomalii chromosomalnych (MB,93). Sądźmy, że nie może ich wywoływać sama czynność zapłodnienia pozaustrojowego, ale mechanizmu uszkodzeń nie można wykluczyć w przypadku niektórych czynności „około-IVF”.

sują (jak wierzymy) rzeczywiste stany faktyczne i stanowią znakomite źródło kazuistyki. Kazus nie musi stanowić mocnego dowodu czy argumentu, a kazus „anonimowy” nie stanowi dowodu w ogóle⁵⁶, pozwala jednak zidentyfikować albo zilustrować jakiś problem ogólniejszy⁵⁷. Prawnicy często zabierają głos w oderwaniu od stanów faktycznych z zakresu medycyny, bo brakuje im w tej sprawie należytej orientacji. Tymczasem autentyczne przypadki pozwalają tę orientację zdobyć: spełniają tę samą funkcję co kazusy prawnicze.

M. Boratyńska powołała się na wypowiedź dla prasy codziennej lekarza Piotra Lewandowskiego, zdaniem którego brak jest dowodów, by zarodki ludzkie obumierały w wyniku zamrożenia. Teza ta ma dla dyskusji znaczenie tylko uboczne (ze względu na nietożsamość człowieka z zarodkiem), ale wymaga kilku słów wyjaśnienia. Pewna część rozmrożonych zarodków okazuje się martwa lub po zbadaniu nie jest kwalifikowana do implantacji⁵⁸ i jeśli ktoś chce, może oczywiście utrzymywać, że nastąpiło to „z powodu” zamrożenia. Jednak – jak się wydaje – mrożenie przeżywają bez uszkodzeń lub z niewielkimi uszkodzeniami⁵⁹ zarodki „żywotne”, zaś giną zarodki „słabe”, które implantowane w „świeżym cyklu” nie dałyby ciąży. Jakkolwiek makabrycznie to brzmi, zamrażanie dokonuje swego rodzaju selekcji – przy czym należy pamiętać, że organizm kobiety dokonuje analogicznej selekcji. Zacytowana została opinia tego właśnie lekarza, gdyż jest on postacią znaną w „embriologicznym”⁶⁰ świecie, kierując od wielu lat zespołem wykonującym zabiegi IVF. Autorzy odpowiadają, iż P. Lewandowskiemu w ogóle nie należy w tej kwestii udzielać głosu („w metodologii nauk humanistycznych [!]”⁶¹ nie sposób uznać za poważne źródło informacji uzyskanych od podmiotu bezpośrednio zainteresowanego rozstrzygnięciem

⁵⁶ Co do zasady adwersarze mają tu rację. Natomiast M. Boratyńska nie przytoczyła owej plotki tytułem argumentu na rzecz jakiegokolwiek tezy, lecz jako przykład (tego, że nieodpowiedzialne terapie hormonalne mogą prowadzić do ciąży mnogich; dodatkową ciekawostką jest, że w opisywanym przypadku przyczyna leżała po stronie pacjentki).

⁵⁷ Tę wartość kazuistyki dostrzegają również adwersarze, powołując przypadek Adriany Iliescu, (HO,II przypis 31).

⁵⁸ Odsetek jest zmienny, gdyż zależy od „żywności” zarodków, ta zaś od jakości gamet, z których powstały.

⁵⁹ Utrata pewnej liczby blastomerów nie „zabija” zarodka i nie stanowi przeszkody do implantacji.

⁶⁰ Oczywiście upraszczamy: zapłodnienie pozaustrojowe wykonują zespoły lekarzy różnych specjalności, a sam P. Lewandowski jest ginekologiem-położnikiem.

⁶¹ Kwestia przeżywalności zarodków jest czysto przyrodnicza i nie ustala się jej według metodologii nauk humanistycznych.

sprawy”). Jednak reguła dowodowa, na jaką powołują się J. Haberko i K. Olszewski, nie obowiązuje ani w metodologii nauk humanistycznych, ani jakichkolwiek innych. Nie stosuje się jej ani w naukach czystych, ani stosowanych, ani w technice, ani też w praktyce życia społecznego⁶². Oczywiście, że lekarz wykonujący zapłodnienie pozaustrojowe może być w jakimś sensie „podejrzany” jako osoba znajdująca się w sytuacji konfliktu interesów. Z drugiej strony, kto ma się wypowiadać w sprawie przeżywalności zarodków, jeśli nie taki właśnie lekarz? (zgodnie z tą samą logiką w kwestiach bezpieczeństwa i skuteczności przeszczepów niewiarygodni są transplantolodzy). Sami Autorzy powołują się na artykuł napisany przez embriologa – praktyka, wykonującego zabiegi IVF (więc przez podmiot „bezpośrednio zainteresowany” itd.), lecz wiarygodności tego źródła nie podważają, bo pasuje im do argumentacji⁶³. Być może więc dane naukowe oceniają na zasadzie *confessio est regina probationum*.

Powołaną przez M. Boratyńską broszurę informacyjną J. Haberko i K. Olszewski uważają za dowód miernej wartości, na podstawie którego zostały jakoby dokonane nieuzasadnione „ekstrapolacje”⁶⁴ (HO,II). Autorzy najwyraźniej mają nikłe pojęcie o funkcjonowaniu takich materiałów; być może uważają, że jest to rodzaj ulotki reklamowej. Tymczasem chodzi o broszurę stosowaną w procesie informowania pacjentów, tj. przy realizacji obowiązku prawnego określonego w art. 31 ust. 1 uzl i art. 19 ust. 1 pkt. 3 uzoz. Jest to rozwiązanie ukształtowane przez praktykę i wysoce użyteczne, zwłaszcza gdy ustawowy obowiązek wyczerpującego poinformowania pacjenta odnosi się do zabiegów skomplikowanych i wieloetapowych. W razie sporu posiada nadto istotny walor dowodowy: pacjent otrzymał broszurę i uzyskał możliwość zada-

⁶² Nawet reguła „*nemo iudex in causa sua*” odnosi się do wyłączenia sędziego, a nie do wyłączenia dowodu z wyjaśnień oskarżonego względnie z dowodu z przesłuchania stron.

⁶³ T. El-Toukhy, *Effect of blastomere loss on the outcome of frozen embryo replacement cycles*, „*Fertility and Sterility*”, Vol. 79, Issue 5, pp. 1106-1111. Niestety dysponujemy tylko jego streszczeniem tego artykułu (<http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0015028203000724>, ostatnio dostępne 13 maja 2008 r.). Z tekstu ma wynikać, iż „aż 50% embrionów poddanych rozmrożeniu po kriokonserwacji ginie”. W streszczeniu nie dostrzeżliśmy wniosku, na który powołują się Autorzy. Opisywane badanie nie dotyczyło „ginięcia zarodków”, lecz porównywało skuteczność procedury IVF w grupie pacjentek, którym implantowano wszystkie zarodki nietknięte z grupą, w której przynajmniej jeden z zarodków miał uszkodzone blastomery (jak nietrudno się domyślić efektywność w grupie pierwszej była wyższa).

⁶⁴ M. Boratyńska napisała: „procedura realizująca umowę o zabieg IVF zostanie omówiona na tym właśnie **przykładzie**” (MB,84).

wania pytań – zatem został zrealizowany obowiązek informacji w części objętej broszurą.

Na koniec odpowiadamy adwersarzom na pytanie, czy rezerwujemy sobie prawo do ocen, czy określony lekarz (lub ZOZ) jest doświadczony albo renomowany. Tak jest, rezerwujemy sobie takie prawo i uważamy je za oczywiste. Według słownika renomowany oznacza „cieszący się uznaniem, dobrą opinią, sławą; znany powszechnie z dobrej strony, wzięty”. Chodzi więc o fakt notoryjny, co do którego wypowiadać się może każdy.

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

Mirosław Nesterowicz

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu Wydział I Cywilny z 23 XI 2006 r., I ACa 561/06

W razie ukąszenia przez kleszcza wina szpitala polega na niezastosowaniu profilaktycznie przy pierwszym kontakcie z poszkodowanym antybiotykoterapii o szerokim spectrum działania oraz nieprzeprowadzeniu diagnostyki mikrobiologicznej i histopatologicznej.

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

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanych Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej – Specjalistycznego Zespołu Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu oraz PZU S.A. w Warszawie na rzecz małoletniej powódki Mileny A. 150.000 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 100.000 zł od dnia 5 lipca 2002 r. do dnia zapłaty oraz rentę w wysokości 500 zł miesięcznie płatną od 5 VII 2002 r. z zastrzeżeniem, że spełnienie świadczenia przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego, w pozostałej części powództwo oddalił i orzekł o kosztach, przedstawiając w motywach rozstrzygnięcia, co następuje:

Małoletnia powódka w dniu 3 VI 2000 r. licząca wówczas 4,5 roku, została ukąszona przez kleszcze. Jednego z przedramienia usunęła matka, a drugi w okolicy prawej pachy został usunięty dopiero po trzech

dniach przez chirurga w pozwanym szpitalu. Tamże otrzymała też anatoksynę przeciwtężcową, ale nie zastosowano antybiotykoprofilaktyki. Przez okres 6 tygodni po tym zabiegu powódka czuła się dobrze, lecz w dniu 17 VII 2000 r. pojawiły się zmiany skórne w okolicy podbrzusza i na plecach. Tego samego dnia powódka została przyjęta do oddziału wewnętrznego II pozwanej jednostki z powodu wysypki plamistogrudkowej, gdzie diagnozowano ją w kierunku boreliozy, ale wykonane badania serologiczne wykluczyły to schorzenie. W dniu 18 VII 2000 r. wykonano badanie mikrobiologiczne wymazu ze zmian skórnych, które wykazało obecność *Staphylococcus epidermidis*. W toku hospitalizacji powódka była konsultowana dermatologicznie i leczona przede wszystkim miejscowo. Przebywając na oddziale ogólnopediatrycznym była narażona na częsty kontakt z innymi dziećmi z różnymi schorzeniami, osobami odwiedzającymi je, członkami rodzin. Maść na rozległe zmiany skórne na polecenie lekarza nakładała matka. Zakażenie objęło węzły chłonne, naczynia limfatyczne, głębokie warstwy skóry i naskórka na bardzo rozległej przestrzeni, doprowadzając do zmian zapalno-martwiczych skóry. Wszystkie te objawy świadczyły o infekcji pokleszczowej, zwłaszcza że w drugim tygodniu hospitalizacji (już na Oddziale Zakażno-Obszerwacyjnym Szpitala Klinicznego nr 5) dołączyły zmiany mózgowo, zmiany w układzie krążenia i układzie moczowym. Pomimo leczenia stan pacjentki się pogarszał (zmiany zajmowały coraz większy obszar i rosło nasilenie dolegliwości bólowych), co skłoniło rodziców do wywierania nacisku na lekarzy, aby przenieść ich dziecko na oddział dermatologiczny. W dniu 31 lipca wystąpiła gorączka (38,5°C), a następnego dnia powódka z rozpoznaniem *Pityriasis lichenoides acuta et variciformis susp.* została przekazana do oddziału dermatologicznego pozwanej jednostki, a stąd do Katedry i Kliniki Dermatologii Akademii Medycznej w Poznaniu. W Katedrze przebywała od 2 do 4 VIII 2000 r., a następnie z rozpoznaniem *exanthema maculopapulo-necrotisans disseminata Infectio viralis susp.* została przekazana do Oddziału VIII Chorób Zakaźnych i Neurologii Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 5 w Poznaniu. W chwili przyjęcia na ten oddział stan był ciężki, zagrażający życiu. Powódka była pobudzona, cierpiąca, krzyczała z bólu. Na skórze szyi, klatki piersiowej, brzucha, pleców, krocza występowały zlewające się wykwity obrączkowe, z

martwicą rozplywną w części centralnej zmiany. Na kończynach górnych i dolnych oraz na twarzy występowały pojedyncze zmiany owalne z martwicą. Powierzchnia zmian była pokryta skorupą wilgotnej, czarnej martwicy wymieszanej z pudrodermem. Przy próbie farmakologicznego uspokajania obserwowano reakcję paradoksalną w postaci silnego pobudzenia psychoruchowego z dążeniem do samouszkodzenia. W dniu 7 VIII ze zmian martwiczych na skórze wyhodowano *Pseudomonas aeruginosa* (pałeczkę ropy błękitnej) i włączono celowaną antybiotykoterapię. Podjęto decyzję o chirurgicznym oczyszczeniu skóry oraz pokryciu zajętej skóry opatrunkiem hydrożelowym w warunkach sali operacyjnej. W toku hospitalizacji wykonano w znieczuleniu ogólnym 13 zabiegów usunięcia martwicy i treści ropnej ze zmian na skórze. Stan powódki zaczął się powoli poprawiać. (...). W sumie w szpitalu przebywała 101 dni. Prawdopodobieństwo zakażenia *Pseudomonas aeruginosa* podczas pobytu w pozwanej jednostce było duże i jest największe ze wszystkich oddziałów, gdzie była hospitalizowana w rozpatrywanym okresie. Obecnie powódka liczy 11 lat, chodzi do 4 klasy szkoły podstawowej i uczy się bardzo dobrze. Fizycznie nie odczuwa dolegliwości (z wyjątkiem swędzenia przy zmianie pogody), ale wstydzi się swoich blizn i z tego powodu nie chce chodzić do szkoły, nie ćwiczy na zajęciach w.f., choć jest sprawna fizycznie. Nie chce też się rozbierać, stale nosi kombinezon uciskowy. Na całej powierzchni tułowia, bez zajęcia przedniej powierzchni szyi, występują u powódki blizny częściowo zanikowe, częściowo przerosłe. (...). Blizny wymagają przez całe życie stosowania wielu zabiegów pielęgnacyjnych, stałego dodatkowego nawilżania i natłuszczania oraz ochrony przed naświetlaniem słonecznym. Powódka doznała uszczerbku na zdrowiu z powodu blizn: na twarzy – 1%, na klatce piersiowej – 30%, na plecach i brzuchu – 10%. Występują też u powódki przykurcze bliznowate szyi, co powoduje 4% uszczerbku na zdrowiu. Łącznie więc uszczerbek na zdrowiu powódki wynosi 50%. (...). Przykurcze bliznowate szyi powinny być leczone operacyjnie, co pozostawi nowe, dodatkowe szpecące ślady. W przyszłości mogą pogłębić się u powódki w sensie psychologicznym i emocjonalnym problemy samooceny i samoakceptacji. Powódka będzie wymagała zabiegów retuszujących wygląd skóry i wsparcia ze strony psychologów. (...).

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd I instancji uznał, że powództwo co do zasady zasługiwało na uwzględnienie i to wobec pozwanego szpitala na zasadzie art. 430 k.c. Sąd uznał, że uszczerbek na zdrowiu powódki nie jest spowodowany zakażeniem pałeczką ropy błękitnej, lecz zasadniczą przyczyną było pokleszczowe zakażenie wywołane kilkoma patogenami. Wina pozwanego szpitala polega na niezastosowaniu przy pierwszym kontakcie z powódką 5 VII 2000 r. profilaktycznie antybiotykoterapii o szerokim spektrum działania jako ochrony przed inwazją wielobakteryjną, wirusową, pierwotniakową jaką przenoszą kleszcze, które są wektorami wielu patogenów (poza boreliozą i wirusowym zapaleniem opon i mózgu). Im dłużej pozostają w miejscu ukąszenia, tym większe jest niebezpieczeństwo zakażenia inwazyjnego i toksycznego. Lekkomyślnością, o ile nie niedbalstwem pozwanego, było też przedłużanie hospitalizacji powódki na oddziale ogólnopediatrycznym, gdzie była narażona na częsty kontakt z innymi dziećmi z różnymi schorzeniami, osobami odwiedzającymi je, członkami rodzin, gdzie maść na rozległe zmiany skórne nakładała matka. Powódka powinna być jak najszybciej przekazana do jednostki dysponującej możliwościami izolacji i mającej większe doświadczenie w postępowaniu z chorymi o podwyższonym ryzyku zakażenia, a nie przebywać na tym oddziale do momentu, kiedy znalazła się w stanie krytycznym, zagrażającym życiu. Winą pozwanego szpitala jest także nieprzewodzenie diagnostyki mikrobiologicznej i histopatologicznej, co być może pozwoliłoby wcześniej wykryć zakażenie i wdrożyć odpowiednie leczenie.

W tym stanie rzeczy Sąd I instancji uznał, że istnieje adekwatny związek przyczynowy między zachowaniem personelu pozwanego szpitala a szkodą na zdrowiu powódki.

Za adekwatną do zakresu cierpień i trwałego uszczerbku na zdrowiu sąd uznał z tytułu zadośćuczynienia kwotę 150.000 zł, a dalej idące żądanie z tego tytułu (w kwocie dalszych 150.000 zł) ocenił jako nieuzasadnione.

Za zasadne także Sąd I instancji uznał żądanie renty w świetle art. 444 § 3 w zw. z art. 444 § 2 k.c. z powodu zwiększenia potrzeb powódki i zmniejszenia jej widoków powodzenia na przyszłość. Powódkę czekają w przyszłości jeszcze operacje, co najmniej w celu zlikwidowania przykurczy bliznowatych szyi i liczne zabiegi pielęgnacyjne. Wobec tego, że

powódka jest jeszcze dzieckiem trudno przewidzieć wszystkie skutki, które mogą wystąpić w przyszłości. Uwzględniając powyższe sąd zasądził rentę tymczasową w kwocie 500 zł miesięcznie, a dalej idące żądanie z tego tytułu oddalił jako nie znajdujące uzasadnienia.

Powództwo natomiast o odszkodowanie zostało oddalone w całości, bo choć nie ulega wątpliwości, że rodzice powódki ponieśli koszty związane z dojazdami do szpitala, z zakupem maści, bielizny, środków opatrunkowych, to jednak nie wykazali wysokości poniesionej z tego tytułu szkody. (...).

Od tego wyroku apelację wniosła powódka postulując jego zmianę i uwzględnienie żądania w całości. (...).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelację należało w istotnej części uznać za uzasadnioną.

Choć bowiem Sąd I instancji dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych w zakresie rozmiaru krzywdy doznanej przez powódkę, które Sąd Apelacyjny akceptuje i przyjmuje jako swoje własne, to zasądzając z tego tytułu zadośćuczynienie naruszył art. 445 § 1 k.c. uznając, że odpowiednią sumą będzie 150.000 zł. Przeżycia powódki związane z przebyciem schorzeniem oraz ich konsekwencje w przyszłości są tak rozległe, że zadośćuczynienie w zasądzonej wysokości nie rekompensuje ich w odpowiedni i właściwy sposób. Wprawdzie Sąd I instancji ustalił, że powódka doznała 50% uszczerbku na zdrowiu, że ponad 100 dni przebywała w szpitalach, że będzie wymagała zabiegów retuszujących wygląd skóry i wsparcia ze strony psychologów, że już ma problemy z samooceną i samoakceptacją, lecz pełne zrekompensowanie doznanej krzywdy wymagało podwyższenia należnego zadośćuczynienia do 250.000 zł, która to suma dopiero może być uznana za odpowiednią w rozumieniu art. 445 § 1 k.c. spełniającą postulat realnej wartości ekonomicznej w odniesieniu do doznanej krzywdy, którą w sposób właściwy złagodzi.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w powyższym zakresie na mocy art. 386 § 1 k.p.c. (...).

Proste zasady logiki wskazują na to, że rodzice powódki musieli ponieść koszty związane z dojazdami do szpitali, z zakupem leków, środków opatrunkowych, bielizny i inne w takiej sytuacji, w jakiej powódka znajdowała się przez szereg miesięcy. Okoliczności tych zresztą Sąd I in-

stancji nie kwestionował, uznając je za niewątpliwe, natomiast przyjął, że wysokość szkody z tego tytułu nie została wykazana. (...). Wobec tego uwzględniając, że rodzice powódki niewątpliwie ponieśli wydatki, których wysokości nie można ustalić, należało zasądzić na mocy art. 444 § 1 k.c., kierując się treścią art. 322 k.p.c. odpowiednią sumę, opartą na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy.

Za sumę taką Sąd Apelacyjny uznał skapitalizowaną rentę za okres od lipca 2000 roku, kiedy powódka zachorowała, do czerwca 2002 roku, tj. do miesiąca poprzedzającego zasądzenie przez Sąd I instancji renty w kwocie 500 zł. Był to okres 24 miesięcy, a przy uwzględnieniu, że wówczas rodzice powódki ponosili wydatki analogiczne do ponoszonych obecnie, a w niektórych miesiącach większe, skapitalizowana renta dała sumę 12.000 zł, którą należało uznać za odpowiednią w rozumieniu art. 322 k.p.c. i odpowiadającą treści art. 444 § 1 k.c. (...).

G L O S A

1. W danej sprawie widać wyraźnie, jak liczne błędy diagnostyczne i terapeutyczne ujemnie wpłynęły na przebieg leczenia małoletniej pacjentki i doprowadziły nawet do stanu zagrażającego jej życiu, mimo że lekarze dokładali starań w jej leczeniu. Jak wiadomo błąd sztuki lekarskiej (jako obiektywny element winy) nie przesądza jeszcze o odpowiedzialności lekarza (szpitala), konieczne jest bowiem ustalenie subiektywnego elementu winy, co często nie jest proste, jak wynika to z „procesów lekarskich”. Przyczyną błędu jest przeważnie niedbalstwo, niedołożenie należytej staranności w postępowaniu, nieprzeprowadzenie należytych badań wstępnych i analiz, badania pospieszne lub zbyt powierzchowne, brak konsultacji ze specjalistami itp. Wiele uwagi poświęca się błędowi lekarskiemu w opracowaniach prawniczych, gdyż od wieków stanowił on najważniejszą podstawę odpowiedzialności lekarza za szkodę wyrządzoną pacjentowi¹.

¹ Por. M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. III, Warszawa 1989, s. 79 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. VIII, Toruń 2007, s. 187 i n.; G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Bordeaux 2006, s. 425; T. Vansweevelt, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruksela 1996, s. 121 i n.

Szczególnie dotkliwy dla pacjenta jest błąd diagnostyczny (błąd rozpoznania), gdyż skutkiem jego jest wadliwe leczenie lub zaniechanie leczenia. Uważa się, że diagnoza lekarska powinna składać się z dwóch procedur: 1) zebranie wszelkich faktów (danych: wywiad lekarski, wyniki badań, zapoznanie się z historią poprzednich chorób, pozostających w związku, stanem zdrowia pacjenta), 2) analiza tych faktów (ocena, określenie choroby, ewentualne konsultacje ze specjalistami, konieczność dodatkowych badań, jeśli początkowa diagnoza musi być potwierdzona lub zmieniona). Pierwsza procedura wymaga staranności ze strony lekarza, druga wiedzy i doświadczenia. Uchybienia na każdym etapie tych procedur mogą prowadzić do błędów diagnostycznych².

Błąd terapeutyczny zachodzi natomiast w razie wyboru niewłaściwej metody lub sposobu leczenia, nienależycie dokonanej operacji, przeprowadzenia operacji mimo przeciwwskazań medycznych, zaniechania lub zbyt późnego podjęcia leczenia, zastosowania nieodpowiednich leków itp.

Popelnione przez lekarzy błędy sąd uznał tu za zawinione. Były nimi niezastosowanie od razu antybiotykoterapii o szerokim spectrum działania jako ochrony przed inwazją wielobakteryjną, wirusową, pierwotniakową, jaką przenoszą kleszcze; nieprzeprowadzenie diagnostyki mikrobiologicznej i histopatologicznej, co być może pozwoliłoby wcześniej wykryć pokleszczowe zakażenie wywołane kilkoma patogenami i wdrożyć odpowiednie leczenie; przedłużanie hospitalizacji powódki na oddziale ogólnopediatrycznym, gdzie była narażona na częsty kontakt z innymi dziećmi z różnymi schorzeniami; nieprzeniesienie powódki do innej jednostki dysponującej możliwościami izolacji i mającej większe doświadczenie w postępowaniu z chorymi o podwyższonym ryzyku zakażenia.

Zarzuty te tym bardziej są uzasadnione, że od początku było wiadome, iż źródłem choroby jest ukąszenie powódki przez kleszcze oraz że powódka była leczona w specjalistycznym dziecięcym z.o.z., który szczególnie powinien być uczulony na choroby dzieci oraz leczona w wielkim ośrodku medycznym, gdzie jest Akademia Medyczna i specjalistyczne kliniki. Istniały więc znacznie większe możliwości leczenia niż w jakimś małym mieście, wymagania wobec lekarzy muszą więc być wyższe.

² S.E. Pegalis, H.F. Wachsmann, *American Law of Medical Malpractice*, t. 1, Rochester, N.Y., 1980, s. 88 i n.; J. Healy, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, Londyn 1999, s. 39 i n.

2. Jako podstawę odpowiedzialności szpitala sąd przyjął art. 430 k.c., a więc odpowiedzialność za podwładnego. Po zmianie od 1999 r. charakteru prawnego państwowych i samorządowych szpitali i innych zakładów opieki zdrowotnej (uzyskaniu osobowości prawnej w miejsce jednostek budżetowych) oraz nowelizacji art. 417-420² k.c. (wprowadzenia od 1 IX 2004 r. nowego art. 417 k.c. o odpowiedzialności Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego za czynności władcze)³ główną podstawą odpowiedzialności publicznych z.o.z. stał się art. 415 k.c. (odpowiedzialność za winę własną) i art. 430 k.c. (odpowiedzialność za winę podwładnego) a czasami art. 429 k.c. (za winę w wyborze). Osłabiło to wprawdzie ochronę poszkodowanego pacjenta, ale taki jest obecnie stan prawny⁴. Korzystne jest przynajmniej to, że nikt już nie kwestionuje, że lekarz jest podwładnym zakładu (w sensie ogólnoorganizacyjnym), choć jest niezależny w zakresie leczenia (diagnozy i terapii), jak to miało miejsce w dawnym orzecznictwie i doktrynie⁵. W nowoczesnym prawie na pierwszy plan wysuwa się argument, że lekarz zatrudniony w zakładzie leczniczym działa na rzecz zakładu i nie łączy go żaden stosunek prawny z pacjentem, kwestia niezależności w wykonywaniu zawodu traci więc na znaczeniu⁶.

3. Na uwagę zasługuje fakt, że Sąd Apelacyjny podwyższył wysokość zadośćuczynienia na rzecz powódki ze 150.000 zł na 250.000 zł uznając, że dopiero ta kwota może być uznana za odpowiednią w rozumieniu art. 445 § 1 k.c. i spełnia postulat realnej wartości ekonomicznej w stosunku do doznanej krzywdy. Jakkolwiek trudno jest zawsze ustalić wysokość zadośćuczynienia za cierpienia fizyczne i krzywdę moralną i nie ma tu żadnych taryf, to niewątpliwie kwota przyznana przez Sąd Okręgowy (150.000 zł) przy poważnych cierpieniach małoletniej powódki, zagrożeniu jej życia na skutek zaniedbań pozwanego szpitala, 50% uszczerbku na zdrowiu, długotrwałym pobycie w szpitalu (ponad 100

³ Por. E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 217 i n., 291 i n.

⁴ Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 362; tenże, *Odpowiedzialność cywilna publicznego zakładu opieki zdrowotnej za wyrządzoną szkodę przy leczeniu i art. 77 ust. 1 Konstytucji RP*, *Prawo i Medycyna* 2/2004, s. 59.

⁵ Por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Toruń 2007, s. 44.

⁶ Jak zwłaszcza we Francji - por. C. Riot, *L'exercice „subordonné” de L'art médical*, D.2006. Chron. 111; *La responsabilité personnelle de la sage - femme ou du médecin salarié* - glosa F. Chabas do orzecz. Cour de Cassation z 9 XI 2004 r., D.2005. J.253.

dni), rozstroju zdrowia, problemów z samooceną i samoakceptacją wymiaru tych przeżyć, szkodzie estetycznej (szpecące blizny pokrywają ciało) była za niska.

Żaden z sądów nie powoływał się już przy ustaleniu wysokości zadośćuczynienia na „aktualne warunki i przeciętną stopę społeczeństwa”, kryteria przyjęte w wyroku SN z 24 VI 1965 r. (I PR 203/65, OSPiKA 4/1966, poz. 92) i powtarzane później wielokrotnie w wielu wyrokach. Sądy starały się ocenić krzywdę powódki indywidualnie, biorąc pod uwagę jej cierpienia, stan zdrowia i prognozy na przyszłość. Widać tu już wpływ nowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego, które odeszło od powyższego wyroku i dawnej linii orzekania. Obecnie zdaniem SN kryteria te mogą mieć tylko charakter uzupełniający i nie mogą prowadzić do podważania kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia za doznaną krzywdę⁷.

⁷ Zob. zwłaszcza orzec. SN z 10 III 2006 r., IV CSK 80/05, OSP 1/2007, poz. 11, z glosą M. Nesterowicza.

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.

**KWARTALNIK „PRAWO I MEDYCYNA”
(2008 r. nr 30, 31, 32, 33)**

Cena kwartalnik w prenumeracie na 2008 rok wynosi 138 zł (4 x 34,50 zł)

Cena jednego egzemplarza 40 zł

**ZAMÓWIENIE
(realizacja zamówienia po dokonaniu opłaty)**

Zamawiam.....ilość egzemplarzy nr.....

Institucja.....

W związku z częstymi problemami związanymi z odbieraniem wydawnictw prosimy o podanie osoby na którą powinna zostać zaadresowana przesyłka.

Imię i Nazwisko (dział).....

UlicaNrM./Lok.

Kod Miejscowość

OŚWIADCZENIE (wypełnia płatnik)

Upoważniam Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o. do wystawienia faktury VAT bez podpisu odbiorcy dla:

Nazwa instytucji.....

UlicaNrM./Lok.

Kod MiejscowośćNIP.....

.....
pieczęć firmy

.....
data, podpis osoby upoważnionej

Wyrażam zgodę na wykorzystywanie moich danych osobowych w zakresie przesyłania informacji o organizowanych konferencjach i wydawanych publikacjach (w przypadku braku zgody, prosimy o zaznaczenie tego w uwagach).

UWAGI:

Wpłaty prosimy dokonywać na konto:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.

ul. Pawińskiego 5a Blok D, 02-106 Warszawa

tel. (0-22) 668 71 85, fax (0-22) 668 71 89

e-mail: sekretariat@ipoz.pl www.ipoz.pl

Bank BPH w Warszawie, numer rachunku: 17 1060 0076 0000 3200 0107 1958

Egzemplarze Archiwalne

Cena jednego egzemplarza

(nr 2, 3, 5, 6/7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29)
wynosi 40 złotych.

Szanowni Państwo!


Uprzejmie informujemy, iż przygotowaliśmy już propozycję konferencji na drugą połowę 2008 roku. Mamy nadzieję, iż dotychczasowe uczestnictwo w naszych konferencjach, zachęci Państwa do zapoznania się ze szczegółowym programem obrad.

- 4-5 WRZEŚNIA 2008 R., WARSZAWA – PRAWO MEDYCZNE – KURS SZCZEGÓŁOWY „**ASPEKTY PRAWNE WYKONYWANIA ZAWODÓW PIELĘGNIARKI I POŁOŻNEJ**”
- 11-12 WRZEŚNIA 2008 R. – IV KURS MEDYCZNY (PODSTAWOWY) „**PRAWO MEDYCZNE**”
- 9-10 PAŹDZIERNIKA 2008 R., WARSZAWA – **V OGÓLNOPOLSKIE SYMPOZJUM „ODDZIAŁ INTENSYWNEJ TERAPII, ODDZIAŁ POOPERACYJNY – ORGANIZACJA I FUNKCJONOWANIE**”
- 14-15 PAŹDZIERNIKA 2008 R. – KONFERENCJA NAUKOWO-SZKOLENIOWA „**BŁĄD MEDYCZNY**”
- 6-7 LISTOPADA 2008 R., WARSZAWA – **XIII OGÓLNOPOLSKIE SYMPOZJUM KIEROWNICZEJ KADRY MEDYCZNEJ „PROFILAKTYKA I ZWALCZANIE ZAKAŻEŃ SZPITALNYCH**”
- 8-9 LISTOPADA 2008 R. – KURS MEDYCZNY „**PROBLEMY PROKTOLOGICZNE W POŁOŻNICTWIE I GINEKOLOGII**”
- 25-26 LISTOPADA 2008 R. – KONFERENCJA NAUKOWO-SZKOLENIOWA „**ZBIOROWE PRAWO PRACY W ZAKŁADACH OPIEKI ZDROWOTNEJ**”
- 4-5 GRUDNIA 2008 R., WARSZAWA – **XI FORUM PRAWNICZO-MEDYCZNE**

ORGANIZATORZY KONFERENCJI
ABACUS BIURO PROMOCJI MEDYCZNEJ SP. Z O.O.
INSTYTUT PROBLEMÓW OCHRONY ZDROWIA SP. Z O.O.

Szczegółowe informacje na stronie:
www.prawoimedycyna.pl www.ipoz.pl www.abacus.edu.pl

W imieniu organizatorów konferencji



Teresa Małachwiej

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.

Szanowni Państwo,

Z ogromną przyjemnością pragnę Państwa poinformować, że Wydawca kwartalnika „Prawo i Medycyna” – Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o. od 2007 roku rozpoczął wydawanie dwumiesięcznika internetowego „Prawo i Medycyna.pl” na stronie Ogólnopolskiego Portalu Prawa Medycznego **www.prawoimedycyna.pl**.

Jeżeli więc ze względu na wykonywany zawód lub zainteresowania nie są Państwu obce zagadnienia z zakresu szeroko rozumianego prawa medycznego zapraszamy do publikacji artykułów w czasopiśmie internetowym „Prawo i Medycyna.pl”.

Szczegółowy „Regulamin publikacji” znajduje się na stronie **www.prawoimedycyna.pl**.

W imieniu Wydawcy



Teresa Małachwiej