

PRAWO I MEDYCYNĄ

Nr 1/2012 (46 vol. 14)

KWARTALNIK

ISSN 1506-8757



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

REDAKCJA

Dr n. hum. Ewa Kujawa (redaktor naczelny)

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prawo

Prof. Margaret Brazier (GB), Dr 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 Zöll

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 Tołłoczko, Prof. Piotr Zaborowski, Prof. Marian Zembala

Adres Redakcji:

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

Prenumerata:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Pawińskiego 5a, 02-106 Warszawa
tel. 22 668 71 56, fax 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.

Skład i łamanie, druk i oprawa:

Edit Sp. z o.o.
tel. 22 872 95 08
www.edit.net.pl

Księgarnia internetowa: **www.prawoimedycyna.pl**
Nakład 310 egz.

Spis treści

<i>Prof. dr hab. n. prawn. Mirosław Nesterowicz</i> <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Problem dostępu pacjenta i osób bliskich do dokumentacji medycznej ponownie przywołany	5
<i>Mgr prawa Grażyna Ladrowska</i> <i>Wielkopolski Oddział Wojewódzki NFZ</i> Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej	14
<i>Mgr prawa Mirosława Kropidłowska-Bąbelek</i> <i>Wielkopolski Oddział Wojewódzki NFZ</i> Przetwarzanie dokumentacji medycznej	28
<i>Dr n. prawn. Radosław Tymiński</i> <i>Kancelaria Sejmu</i> Odpowiedzialność lekarza za udzielenie informacji nadmiernej	44
<i>Mgr prawa Natalia Karczevska</i> <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Regulacja prawna odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego i lekarza w Chinach	59
<i>Mgr prawa Aleksandra Komar</i> <i>Kancelaria Adwokacka P. Kruszyńskiego</i> <i>Dr Piotr Szenk</i> <i>Szpital Powiatowy w Sochaczewie</i> Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej pacjentowi w stanie nietrzeźwym, który odmawia przyjęcia tejże pomocy, a odpowiedzialność karna lekarza z art. 162 § 1 kk.	66
Prawo i Medycyna 1/2012 (46, vol. 14)	3

Mgr prawa Rafał Lach

Uniwersytet Śląski

Zakres zastosowania regulacji, zawartych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, odnoszących się do wykonywania transportu sanitarnego	76
--	----

PRACE WYRÓŻNIONE w Konkursie na najlepszy esej poruszający tematykę prawa medycznego – II edycja	84
---	----

Mgr prawa Joanna Ostojska

Uniwersytet Warszawski

O problemie podmiotowości prawnej embrionu <i>in vitro</i>	84
---	----

Alicja Sieczych

Uniwersytet Warszawski

Umowa o macierzyństwo zastępcze w prawie francuskim	99
--	----

ORZECZNICTWO

Prof. dr n. praw. Mirosław Nesterowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 7 listopada 2008 r., II CSK 259/08, LEX nr 577166	110
--	-----

Sędzia Dariusz Drajewicz

Sąd Rejonowy Warszawa – Mokotów

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt III KK 152/10	116
---	-----

Mgr prawa Anna Kobińska

Uniwersytet Jagielloński

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r. (V CSK 256/10)	125
--	-----

Miroslaw Nesterowicz

Problem dostępu pacjenta i osób bliskich do dokumentacji medycznej ponownie przywołany¹

Pacjent ma prawo dostępu do dokumentacji medycznej, mieści się ono w prawie do informacji o jego stanie zdrowia². Art. 26 ust. 1 i 2 ustawy z 6 XI 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. nr 52, poz. 417) stanowi, że podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację medyczną pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu bądź osobie upoważnionej przez pacjenta (np. małżonkowi czy adwokatowi), a po śmierci pacjenta osobie upoważnionej przez pacjenta za życia³. Ustawodawca nie przewiduje formy upoważnienia, co oznacza, że może ono być zarówno pisemne, jak i ustne, np. z adnotacją w dokumentacji medycznej czy w innym piśmie, jest to więc tylko kwestia dowodowa.

Czasami się jednak zdarza, że zakłady lecznicze utrudniają lub odmawiają pacjentowi wglądu do dotyczącej go dokumentacji medycznej

¹ Jest to rozszerzony artykuł „Dokumentacja medyczna – komu przyznać dostęp” opublikowany w „Medical Tribune” 2010, nr 12.

² Por. D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 378.

³ Art. 26 ust. 2 ustawy mówi, że osoby upoważnione przez pacjenta mają prawo wglądu w dokumentację medyczną. Jest to wadliwe określenie, chodzi bowiem nie tylko o wgląd, lecz także sporządzanie wyciągów, odpisów lub kopii dokumentacji, jak to przewiduje art. 27 ustawy (za opłatą określoną w art. 28). Wojewódzki Sąd Administracyjny w Rzeszowie w wyroku z 13 VII 2010 r., II SAB/Rz 29/10, orzekł, że za rozszerzającą wykładnią przepisu art. 26 ust. 2 ustawy przemawia wykładnia systemowa i funkcjonalna, do których należy sięgnąć, bowiem wykładnia językowa nasuwa wątpliwości.

байд dokonania z niej odpisów. Jest to wówczas naruszenie ustawy, która nakłada na zakłady obowiązek udostępniania dokumentacji medycznej, a także zawartego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej prawa dostępu obywatela do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych, chyba że ograniczenia wprowadziła ustawa (art. 51.1.). Jest to także sprzeczne z Europejską Konwencją Bioetyczną, która stanowi, że każdy ma prawo zapoznania się z wszelkimi informacjami zebranymi na temat jego zdrowia (art. 10). Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu w sprawie McGinley and Egan v. United Kingdom z 9 VI 1998 r., 27 EHRR 1 stwierdził, że władze publiczne są zobowiązane do utrzymywania stosownej procedury, w ramach której pacjent mógłby uzyskać dostęp do dokumentacji medycznej, a w orzeczeniu w sprawie Gaskin v. United Kingdom z 7 VII 1989 r., 12 EHRR 36 powiedział, że odmowa udostępnienia dokumentacji medycznej pacjenta prowadzi do naruszenia prawa do życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności)⁴. Odmowa narusza też prawo do sądu (art. 6 Konwencji), jeżeli brak dokumentacji to uniemożliwia lub utrudnia (orzecz. w sprawie K.H. and Others v. Slovakia, no. 32881/04 z 28 IV 2009 r.).

Dokumentacja dotycząca pacjenta (historia zdrowia i choroby, historia choroby, wyniki badań diagnostycznych, orzeczenia i opinie lekarskie, zdjęcia RTG itp.) nie może być „tajna” dla pacjenta, gdyż ma on pełne prawo do informacji. Udostępnienie dokumentacji nie oznacza tylko prawa do wglądu, lecz również do dokonania wszelkich notatek, odpisów, kserokopii.

Z żądaniem dostępu do dokumentacji medycznej pacjent (jego przedstawiciel ustawowy) lub osoba przez niego upoważniona zwraca się do kierownika zakładu leczniczego, prowadzonego przez podmiot leczniczy (o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z 15 IV 2011 r. o działalności leczniczej, Dz. U. nr 112, poz. 654), a w przypadku świadczeniodawców

⁴ Por. M. Śliwka, *Prawo pacjenta do dokumentacji medycznej a postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, [w:] E. Kowalewski (red.), *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, Toruń 2011, s. 264–265; S. Kennedy, A. Grubb, *Medical Law*, Londyn 2000, s. 1019–1020.

udzielających świadczeń medycznych w formie indywidualnej lub grupowej praktyki zawodowej do tych osób.

Artykuł 26 ustawy nie zawiera żadnych ograniczeń co do zakresu udostępniania dokumentacji medycznej. Natomiast rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. nr 252, poz. 1697) określa jedynie sposób jej udostępniania. Pacjent ma prawo do dokumentacji indywidualnej wewnętrznej (w szczególności historia zdrowia i choroby i historia zdrowia) i zewnętrznej (skierowania do szpitala, na badania diagnostyczne i konsultacje, zaświadczenia, orzeczenia, opinie lekarskie, karty informacyjne z leczenia szpitalnego), która go dotyczy. Ma także prawo do udostępnienia mu dokumentacji medycznej zbiorczej (ksiąg przyjęć i wpisów, raportów lekarskich, raportów pielęgniarских, zabiegów, pracowni diagnostycznej, bloku lub sali operacyjnej bądź porodowej itp., rejestrów, formularzy, kartotek), prowadzonej przez zakłady w zakresie dotyczącym jego osoby, a w razie odmowy uznania tego uprawnienia przez zakład, może zaskarżyć czynność zakładu do sądu administracyjnego. W tej sprawie poszkodowana, która wytoczyła szpitalowi proces odszkodowawczy, nie mogła uzyskać dostępu do dokumentacji zbiorczej, wniosła więc skargę do NSA. Jej prawo dostępu do tej dokumentacji szpital kwestionował nawet przed sądem, jak również właściwość NSA do rozstrzygnięcia takich spraw. NSA (7) w wyroku z dnia 19 maja 2003 r. (OSA 1/03, OSP 11/2003, poz. 136) stwierdził, że sprawa udostępnienia pacjentowi dokumentacji medycznej nie jest załatwiana w drodze decyzji administracyjnej. Udostępnienie dokumentacji to czynność (działanie) z zakresu administracji publicznej polegająca na uznaniu uprawnienia pacjenta wynikającego z przepisu prawa. Odmowa udostępnienia dokumentacji narusza prawo. Prawo dostępu do dokumentacji medycznej ma bowiem charakter prawa podmiotowego, które może być dochodzone na drodze postępowania cywilnego.

Pacjent może upoważnić inną osobę do dostępu do dokumentacji medycznej za życia i/lub po jego śmierci. Cyt. wyżej rozporz. Ministra Zdrowia stanowi, że w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej pacjenta zamieszcza się lub dołącza do niej między innymi oświadczenie

pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej (krąg osób bliskich jest określony w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. – przyp. M.N.) do uzyskania informacji o jego stanie zdrowia i udzielonych świadczeniach zdrowotnych, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej oraz danych umożliwiających kontakt z tą osobą, albo oświadczenie o braku takiego upoważnienia (§ 8).

Problem się jednak na tym nie kończy. Jeżeli na przykład pacjent jest nieprzytomny, psychicznie chory lub umrze, a nie zdażył udzielić nikomu zgody na dostęp do dotyczącej go dokumentacji medycznej, czy prawo takie ma małżonek, spadkobiercy ustawowi czy osoby bliskie? Szczególny problem powstaje w razie śmierci pacjenta. Jeżeli osoby bliskie zamierzają na przykład wytoczyć powództwo odszkodowawcze przeciwko szpitalowi dochodząc własnych roszczeń odszkodowawczych z art. 446 § 2–4 k.c. (o rentę, odszkodowanie za znaczne pogorszenie sytuacji życiowej, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę), to brak dostępu do dokumentacji medycznej znacznie utrudnia lub niekiedy nawet uniemożliwia zasięgnięcie opinii niezależnego biegłego o postawionej diagnozie, sposobie leczenia, przyczynie śmierci, a w konsekwencji prawidłowe sporządzenie pozwu i prowadzenie sprawy. W takiej sytuacji wydaje się, że osoba bliska może wytoczyć powództwo o ustalenie prawa dostępu do dokumentacji medycznej zmarłego z uwagi na jej interes prawny (art. 189 k.p.c.). Ustalenie to pozwoli jej poprzez dostęp do dokumentacji medycznej wyjaśnić wątpliwości co do przyczyny śmierci, usunąć niepewność co do prawa i ewentualnie dochodzić własnych roszczeń odszkodowawczych. Powództwo to jest uzasadnione, gdyż przy braku dostępu do dokumentacji medycznej często nie jest możliwe wytoczenie powództwa o świadczenie. Drugą drogą, bardziej ryzykowną, jest wytoczenie powództwa odszkodowawczego i w procesie złożenie wniosku o dopuszczenie dowodu z dokumentacji medycznej.

W związku z tym sądzę, że art. 26 ust. 2 ustawy powinien zostać uzupełniony o zdanie: „W braku upoważnienia, w razie śmierci pacjenta prawo dostępu do dokumentacji medycznej przysługuje małżonkowi, zstępnym, rodzicom, rodzeństwu oraz osobie pozostającej w wspólnym pożyciu, chyba że pacjent dokonał odpowiedniego zastrzeżenia”.

Zdaniem D. Karkowskiej, „jeżeli osoba upoważniona miała dostęp do informacji za życia pacjenta, ma również po jego śmierci, zarówno w formie rozmowy, jak i w formie pisemnej. Oznacza to, że jeżeli pacjent za życia wyraził zgodę na udzielanie informacji, to po jego śmierci upoważniona osoba nadal ma prawo do uzyskiwania informacji w zakresie, jaki miała przed śmiercią pacjenta. Dlatego nie można odmówić jej dostępu do dokumentacji pacjenta tylko z tego powodu, że nie złożył takiego upoważnienia pisemnie (...). Wprowadzenie takich ograniczeń przez podmiot dysponujący dokumentacją medyczną jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.)”⁵.

Ten pogląd budzi jednak wątpliwości, zwłaszcza w świetle wyroku WSA w Warszawie z 10 XI 2006 r. (VII SAB/Wa 46/06, LEX nr 306495). Sąd stwierdził, że dla oceny, czy należy udostępnić żonie zmarłego pacjenta dokumentację medyczną, w sytuacji, gdy posiadała ona jego pisemne upoważnienie, należy stosować przepisy kodeksu cywilnego o pełnomocnictwie. Na podstawie art. 101 § 2 k.c. umocowanie wygasa z chwilą śmierci pacjenta, jeżeli nie zastrzeżono, że pełnomocnictwo obowiązuje także po jego śmierci, a takiego zastrzeżenia w upoważnieniu nie było⁶.

Ministerstwo Zdrowia nie widzi tu jednak od lat żadnego problemu. Stoi na stanowisku, że zmiana przepisów prawa mogłaby doprowadzić do udostępnienia dokumentacji medycznej wbrew woli chorego lub zmarłego, osobom nieupoważnionym. Stwierdza, że „należałoby jedynie rozważyć wprowadzenie do rozporządzenia Ministra Zdrowia z 10 sierpnia 2001 r. przepisu zobowiązującego kierownika zakładu opieki zdrowotnej do przedłożenia pacjentowi przyjmowanemu do zakładu opieki zdrowotnej blankietu upoważnienia (rozumieć można, że chodzi tu o formularz, który pacjent otrzymywałby w izbie przyjęć szpitala, w którym upoważniłby określone osoby do dostępu do dokumentacji medycznej i informacji o jego stanie zdrowia – przyp. M.N.). Formę takiego oświadczenia określają przepisy kodeksu cywilnego

⁵ D. Karkowska, op. cit., s. 384; też, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 351–352.

⁶ *Ibidem*, s. 350.

dotyczące pełnomocnictw i czynności prawnych. Pacjent sam decydowałby, czy i ewentualnie komu zakład opieki zdrowotnej ma udostępnić dokumentację medyczną w czasie pobytu w zakładzie, a także na wypadek śmierci” (z pisma Ministra Zdrowia z dnia 12 listopada 2003 r. do Rzecznika Praw Obywatelskich). Nie rozwiązuje to jednak tej kwestii w sytuacji, gdy pacjent jest nieprzytomny (po wypadku albo wskutek nagłego zachorowania), jest poddawany różnym zabiegom i umrze nie odzyskując świadomości.

Omawiając lakoniczne i niepełne polskie unormowanie warto wskazać na prawo porównawcze. Francuska ustawa no 2002-303 z 4 marca 2002 r. o prawach pacjentów i jakości systemu zdrowia nadaje art. 1111-7 kodeksu zdrowia publicznego poniższe brzmienie: „W razie śmierci chorego dostęp do dotyczącej go dokumentacji medycznej (*dossier médical*) uzyskują jego następcy prawni w zakresie informacji, które są im konieczne dla poznania przyczyn jego śmierci, obrony pamięci zmarłego albo mających istotne znaczenie dla ich praw, chyba że zmarły wyraził przed śmiercią przeciwną wolę”.

W Wielkiej Brytanii *Access to Health Records Act 1990* w art. 3(1) przewiduje, że w razie śmierci pacjenta dostęp do jego dokumentacji medycznej ma osoba przez niego upoważniona oraz każda osoba, która może mieć roszczenie wynikające z jego śmierci, chyba że pacjent zastrzegł, iż sobie tego nie życzy⁷.

W prawie niemieckim, w braku unormowań ustawowych, zasady dostępu do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta ustaliło orzecznictwo. Uprawnione są dwie grupy osób:

- 1) spadkobiercy pacjenta, o ile dotyka to ich interesu majątkowego, a pacjent nie wyraził odmiennej woli. Ten interes spadkobiercy muszą udowodnić⁸,
- 2) osoby najbliższe zmarłego⁹.

Roszczenia ich wywodzą się z „prawa osobistości” (z dóbr osobistych) zmarłego, które w prawnym zakresie trwają nawet po śmierci.

⁷ Por. I. Kennedy, A. Grubb, op. cit., s. 1031.

⁸ Zob. W. Uhlenbruck, [w:] A. Laufs, W. Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, wyd. 2, Monachium 1999, s. 452–453.

⁹ Np. orzeczn. Sądu Najwyższego (BGH), NJW 1983, s. 2627–5a.

Jeżeli pacjent nie wyraził odmiennej woli (nawet dorozumianej) zachowania informacji medycznych jego dotyczących w tajemnicy po śmierci, to osobom najbliższym dokumentację się udostępnia¹⁰.

W Republice Czeskiej dostęp do dokumentacji medycznej jest regulowany przez ustawę o opiece zdrowotnej (*Act on Health Care*) no. 20/1966 Coll. (z istotnymi zmianami od 1 V 2007 r.). Pacjent ma prawo określić, jakie osoby mogą mieć dostęp do informacji o jego zdrowiu, może też zakazać ujawniania informacji jakimkolwiek osobom. W razie śmierci pacjenta dostęp do informacji medycznych dotyczących zdrowia pacjenta, przyczyny jego śmierci, wyników sekcji zwłok mają osoby bliskie (krewni w linii prostej, rodzeństwo, małżonek, partner z zarejestrowanego związku partnerskiego), natomiast inne osoby z rodziny bądź uznawane za bliskie zmarłemu, jeżeli na skutek jego śmierci poniosły szkodę. Wszystkie te osoby mają prawo dostępu do dokumentacji, jeśli pacjent nie upoważnił żadnej innej osoby bądź nie zakazał udzielania informacji o jego zdrowiu. W razie takiego zastrzeżenia osoby bliskie mają również dostęp do informacji, lecz tylko w zakresie koniecznym do ochrony ich zdrowia lub innych osób¹¹.

W prawie Słowacji *Act on Health Care* N° 576/2004 Coll. przewiduje, że po śmierci pacjenta jego małżonek, dzieci i rodzice (albo ich prawni przedstawiciele) mają prawo pełnego dostępu do dokumentacji medycznej. W braku tych osób prawo to mogą wykonywać: osoba pełnoletnia zamieszkująca z pacjentem w chwili jego śmierci albo inny krewny (art. 25)¹².

W prawie Słowenii *Patient Rights Act* (2008) gwarantuje pacjentowi prawo dostępu do dokumentacji medycznej (art. 41). Po jego śmierci prawo to mają osoby uprawnione przez ustawę (małżonek, partner, dzieci, a w ich braku rodzice pacjenta). Inne osoby mają dostęp do dokumentacji, jeżeli udowodnią swój interes prawny i tylko w zakresie tego interesu. Pacjent ma też prawo określić, jakie osoby mają mieć

¹⁰ Zob. Uhlenbruck, op. cit., s. 453.

¹¹ Zob. Patient Rights in the EU – Czech Republic (H. Nys et al.), *European Ethical-Legal Papers* N° 1, Leuven 2006, s. 28–29.

¹² Zob. Patient Rights in the EU – Slovakia (aut. S. Defloor et al.), *European Ethical-Legal Papers* N° 14, Leuven 2008, s. 24.

dostęp do dokumentacji medycznej po jego śmierci i te, którym dostęp ma być zakazany (art. 42)¹³.

W prawie Węgier *Health Care Act* (1997) szczegółowo reguluje prawo pacjenta dostępu do dokumentacji medycznej (art. 24). W razie śmierci pacjenta jego prawny przedstawiciel, małżonek, partner, rodzzeństwo, inny bliski krewny albo spadkobierca ma prawo – na żądanie na piśmie – uzyskać dostęp do dokumentacji medycznej, która może odnosić się do przyczyny śmierci pacjenta oraz leczenia poprzedzającego śmierć (art. 24/11). Podobne unormowanie zawarte jest w *Health Data Protection Act* (1997), który przewiduje, że prawny przedstawiciel pacjenta, jego najbliższy krewny i/lub zstępny może w razie śmierci pacjenta – na pisemne żądanie – uzyskać dostęp do danych odnoszących się do przyczyny śmierci, postępowania leczniczego przed śmiercią, i otrzymać na własny koszt kopie tych dokumentów¹⁴.

W prawie polskim jest już pewien postęp. W nowej ustawie o izbach lekarskich z 2. grudnia 2009 r. (Dz. U. nr 219, poz. 1798) pacjent (a w razie jego śmierci osoby bliskie) został uznany za stronę postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy. Art. 57 ust. 3 ustawy przewiduje, że: „w razie śmierci pokrzywdzonego jego prawa w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy, w tym prawo dostępu do informacji medycznej oraz dokumentacji medycznej, może wykonywać małżonek, wstępny, zstępny, rodzzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”. Postęp ten jest jednak niewystarczający, bo dotyczy tylko postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy (przed rzecznikiem odpowiedzialności zawodowej i przed sądem lekarskim).

Propozycje *de lege ferenda* zgłosiła D. Karkowska, według której dostęp do dokumentacji medycznej przez osoby uprawnione wymaga doprecyzowania poprzez stosowny wpis w dokumentacji medycznej,

¹³ Zob. Patient Rights in the EU – Slovenia (aut. Victorija Žnidaršič Skubic), European Ethical-Legal Papers N° 16, Leuven 2008, s. 35–36.

¹⁴ Zob. Patient Rights in the EU – Hungary (ed. S. Defloors et al.), European Ethical-Legal Papers N° 11, Leuven 2007, s. 31–32.

którego powinien dokonać podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych, gdyż pacjent może np. nie wiedzieć, że konieczne jest dodatkowe upoważnienie na wypadek śmierci. Podmiot ten powinien więc informować pacjenta o prawie złożenia upoważnienia dostępu do dokumentacji medycznej za życia i po śmierci¹⁵. Propozycja ta nie rozwiązuje jednak sytuacji w razie nagłej utraty przytomności czy wypadku, dlatego lepsze jest wyraźne upoważnienie ustawowe, jak ma to miejsce w ustawodawstwie innych państw.

¹⁵ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 353.

Grażyna Ladrowska

Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej

I. Istota i zakres podmiotowy prawa dostępu do dokumentacji medycznej

Prawo dostępu do dokumentacji medycznej jest jednym z najistotniejszych praw pacjenta. Wyrazem takiego właśnie zapatrywania jest choćby fakt, iż uchwalona w dniu 6 listopada 2008 r. ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta poświęca przedmiotowemu uprawnieniu aż osiem przepisów (art. 23–30) z siedemdziesięciu dwóch w ogóle¹. Regulacje odnoszące się do kwestii dostępu osoby zwracającej się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającej ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny do prowadzonej dokumentacji medycznej odnajdujemy również w przepisie art. 41 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry² czy też w art. 78–79 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania³.

¹ Dz. U. z 2009 r. nr 52, poz. 417 ze zm. – dalej jako „u.p.p.”.

² Dz. U. z 2008 r. nr 136, poz. 857 ze zm.

³ Dz. U. z 2010 r. nr 252, poz. 1697.

Jednocześnie wskazać należy, iż prawo pacjenta w zakresie dostępu do dokumentacji medycznej stanowi w pewnym stopniu emanację szerszego znacznie prawa do informacji o jego stanie zdrowia. A ma znaczenie fundamentalne i stanowi jeden z kluczowych aspektów prawa człowieka do prywatności⁴. Prawo do zasięgania informacji o stanie zdrowia warunkuje przecież skuteczne korzystanie z innych uprawnień pacjenta, w szczególności z prawa do wyrażania zgody na udzielenie określonego świadczenia zdrowotnego, która musi być zgodą świadomą.

Doniosłość tego ostatniego prawa wynika również z faktu uregulowania uprawnień w zakresie dostępu do informacji w przepisach rangi międzynarodowej. I tak zgodnie z art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r.⁵ każdy człowiek ma prawo do swobodnego wyrażania opinii, przy czym prawo to obejmuje swobodę poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania wszelkich informacji i poglądów, bez względu na granice państwowe, ustnie, pismem lub drukiem, w postaci dzieła sztuki bądź w jakikolwiek inny sposób według własnego wyboru. Z kolei, jak stanowi art. 19 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, każdy człowiek ma prawo wolności opinii i wyrażania jej, zaś prawo to obejmuje swobodę posiadania niezależnej opinii, poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania informacji i poglądów wszelkimi środkami, bez względu na granice.

Zgodnie z art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r.⁶ każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii, a prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Szczególne regulacje obejmujące prawo pacjenta dostępu do informacji odnajdujemy także w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny:

⁴ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, ABC, 2010, s. 122.

⁵ Dz. U. z 1977 r. nr 38, poz. 167.

⁶ Dz. U. z 1993 r. nr 61, poz. 284.

Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z dnia 19 listopada 1996 r. Zgodnie z brzmieniem art. 10 każdy ma prawo do poszanowania jego życia prywatnego w odniesieniu do informacji dotyczących jego zdrowia. Każdy ma również prawo zapoznania się z wszelkimi informacjami zebranymi o jego zdrowiu, a prawo wewnętrzne jedynie w wyjątkowych przypadkach może wprowadzić, w interesie osoby zainteresowanej, ograniczenia w wykonywaniu praw określonych wyżej.

Zgodnie z art. 26. u.p.p. podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych, a więc w obecnym stanie prawnym podmiot leczniczy oraz osoby wykonujące zawód w formie praktyki zawodowej indywidualnej lub grupowej, udostępnia dokumentację medyczną pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu, bądź też osobie upoważnionej przez pacjenta. O ile żadnych wątpliwości interpretacyjnych nie budzi kwestia uprawnienia samego pacjenta, a więc osoby zwracającej się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającej ze świadczeń zdrowotnych, oraz jej przedstawiciela ustawowego, o tyle wątpliwości takie pojawiają przy stosowaniu przepisu art. 26 ust. 1 u.p.p. w stosunku do osoby upoważnionej.

Już we wstępie do niniejszych rozważań wskazać należy, iż uprzedzając możliwe negatywne konsekwencje braku upoważnienia w zakresie dostępu do dokumentacji medycznej ustawodawca podjął próbę uregulowania przedmiotowej materii w rozporządzeniu z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania. Jak stanowi bowiem § 8 rozporządzenia w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej pacjenta zamieszcza się lub dołącza do niej między innymi oświadczenie pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej do uzyskiwania informacji o jego stanie zdrowia i udzielonych świadczeniach zdrowotnych, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej oraz danych umożliwiających kontakt z tą osobą, albo oświadczenie o braku takiego upoważnienia oraz oświadczenie pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej do uzyskiwania dokumentacji, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej, albo oświadczenie o braku takiego upoważnienia. Podkreślenia wymaga, iż niepotrzebne wątpliwości związane z pozornie niezrozumiałym

zawężaniem kręgu osób uprawnionych do osób bliskich rozstrzyga treść art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p., zgodnie z którym osobą bliską pozostaje małżonek, krewny lub powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu lub osoba wskazana przez pacjenta; przez osobę bliską rozumieć należy zatem każdą osobą, jeśli tylko została wyraźnie wskazana przez samego pacjenta.

Przyjmując powyższe ustalenia w zakresie obowiązującego stanu prawnego, zwłaszcza zaś treść przepisu art. 26. u.p.p., wskazać należy, iż pacjent w każdym przypadku może upoważnić konkretną osobę do zapoznawania się z informacjami dotyczącymi jego stanu zdrowia oraz udzielanych mu świadczeń zdrowotnych na podstawie przedkładanej mu dokumentacji medycznej. Reguła powyższa doznaje wyjątku w sytuacji braku świadomości lub swobody opisanej w art. 82 Kodeksu cywilnego. Nieważne jest bowiem oświadczenie woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Dotyczy to w szczególności choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego, chociażby nawet przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż odpowiednie stosowanie do upoważnienia przepisów Kodeksu cywilnego o pełnomocnictwie nakazuje przyjęcie reguły, zgodnie z którą osoba upoważniona przez pacjenta powinna posiadać się co najmniej ograniczoną zdolnością do czynności prawnych. Nie można zatem uznać za ważną czynność działaną przez osobę występującą w roli osoby upoważnionej, jeśli ta w chwili jej dokonywania była pozbawiona w ogóle zdolności do czynności prawnych.

Bez wątplenia również przyjąć należy, iż prawo upoważnienia konkretnej osoby do dostępu do dokumentacji medycznej przysługuje także i przedstawicielowi ustawowemu pacjenta. Prawo tego ostatniego wynika wprost z art. 26 u.p.p., który to jednocześnie nie ogranicza przecież przedstawiciela ustawowego co do dokonywania dalszej „substytucji”. Powyższe jednak uzupełnić należy zastrzeżeniem, iż w sytuacji gdy pacjent ukończył lat 16, upoważnienie uczynione na rzecz osoby

trzeciej przez przedstawiciela ustawowego wymaga również zgody samego pacjenta. Wniosek taki wywodzić należy pośrednio z treści przepisów art. 9 i 17 u.p.p. Zgodnie z art. 9 u.p.p. pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego ustawowy przedstawiciel mają prawo do uzyskania od lekarza przystępnej informacji o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu; pacjent lub jego ustawowy przedstawiciel mają prawo do wyrażenia zgody na udzielenie powyższych informacji innym osobom. Jak stanowi z kolei art. 17 u.p.p. pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, ma prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza. Przepisy te wprowadzają zatem regułę co do szczególnej pozycji małoletniego pacjenta, który ukończył lat 16. Jak się wydaje, zasadnym jest rozszerzenie zakresu tejże reguły, w drodze wykładni celowościowej i systemowej, również i na czynności upoważniające osoby trzecie do dostępu do dokumentacji medycznej pacjenta.

Uwzględniając prawo pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego do upoważnienia osoby trzeciej do dostępu do dokumentacji medycznej, podkreślić należy, iż fakt samego upoważnienia w żadnym stopniu nie stanowi przeszkody do bezpośredniego dostępu do dokumentacji medycznej przez samego pacjenta. Zgodnie z ogólnymi regułami prawa cywilnego w przypadku udzielenia przez osobę fizyczną upoważnienia do dokonywania oznaczonych czynności osoba upoważniająca nadal może wykonywać przysługujące jej uprawnienia w sposób samodzielny.

II. Zakres przedmiotowy prawa dostępu do dokumentacji medycznej przez osobę upoważnioną

Zgodnie z art. 27 u.p.p., regulującego kwestię sposobu udostępniania dokumentacji medycznej, dokumentacja medyczna jest udostępniana w trzech formach: do wglądu w siedzibie podmiotu udzielającego

świadczeń zdrowotnych, poprzez sporządzenie jej wyciągów, odpisów lub kopii lub też poprzez wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, jeżeli uprawniony organ lub podmiot żąda udostępnienia oryginałów tej dokumentacji.

Mimo, że to pacjent dokonuje wyboru formy udostępnienia dokumentacji medycznej, to jednak przyjąć należy, iż oznaczona w przepisach u.p.p. kolejność form udostępniania dokumentacji medycznej nie jest zupełnie przypadkowa. Pacjent, jego przedstawiciel ustawowy oraz osoba upoważniona przez pacjenta, mają przede wszystkim prawo wglądu do dokumentacji medycznej. Jeżeli natomiast chcą oni skorzystać z innych form dostępu do dokumentacji medycznej, powinni wyraźnie określić o jaką formę chodzi. W takiej sytuacji pacjent, jego przedstawiciel ustawowy oraz osoba upoważniona zobowiązani będą też do dokonania określonych czynności, tj. do poniesienia opłaty za udostępnienie dokumentacji medycznej w formie odpisów, wyciągów i kopii czy też do pokwitowania odbioru i zobowiązania się do zwrotu dokumentacji po jej wykorzystaniu. Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z przepisem § 78 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania, podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację medyczną, niezależnie od dokonanej przez osobę uprawnioną formy jej udostępnienia, bez zbędnej zwłoki. W przypadku gdy udostępnienie dokumentacji nie jest możliwe, odmowa wymaga zachowania formy pisemnej oraz podania przyczyny. W tym miejscu również należy wskazać na § 78 ust. 2 rozporządzenia, który zapobiegać ma negatywnym konsekwencjom niedochowania przez pacjenta, przedstawiciela ustawowego oraz osobę upoważnioną obowiązku zwrotu oryginałów dokumentacji medycznej. W sytuacji udostępniania dokumentacji medycznej poprzez wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu podmiot prowadzący dokumentację pozostawia sobie kopię lub pełny odpis wydanej dokumentacji.

Omawiając kwestię prawa dostępu do dokumentacji medycznej przez osobę upoważnioną wskazać należy, iż przepisy u.p.p. ani też przepisy cyt. rozporządzenia nie precyzują w żadnym miejscu, do kogo osoba

upoważniona przez pacjenta, ewentualnie przez przedstawiciela ustawowego, powinna zwrócić się o umożliwienie dostępu do dokumentacji medycznej. W przypadku podmiotów leczniczych przyjmując jednak należy, że z żądaniem udostępnienia dokumentacji medycznej osoba upoważniona zwraca się do kierownika podmiotu leczniczego, o którym to mowa choćby w art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁷. Z kolei w przypadku praktyk zawodowych indywidualnych oraz w przypadku udzielania świadczeń przez osoby fizyczne wykonujące zawód medyczny w formie działalności gospodarczej (logopeda, fizjoterapeuta) osoba upoważniona do dostępu do dokumentacji medycznej swoje żądanie kieruje do osoby udzielającej świadczeń zdrowotnych. W sytuacji zaś udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w formie grupowej praktyki zawodowej żądanie udostępnienia dokumentacji medycznej kierować należy do wspólników spółki cywilnej, spółki jawnej i spółki partnerskiej bądź też do zarządu spółki partnerskiej, jeśli taki powołano. W tym ostatnim przypadku wspólnicy spółki cywilnej, jawnej i partnerskiej mogą uregulować problem osób zobowiązanych do udostępniania dokumentacji medycznej w umowie spółki, a następnie podać taką informację do wiadomości pacjentów w miejscu ogólnodostępnym.

Rozważania co do zakresu przedmiotowego prawa dostępu do dokumentacji medycznej uzupełnić również trzeba kilkoma uwagami na temat art. 26 u.p.p., zgodnie z którym po śmierci pacjenta prawo wglądu w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona przez pacjenta za życia. Dokonując literalnej analizy brzmienia przywołanego przepisu dojść można do wniosku, iż osoba upoważniona przez pacjenta lub przez przedstawiciela ustawowego pacjenta za życia pacjenta może realizować swoje uprawnienia poprzez prawo wglądu do dokumentacji medycznej w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych, żądanie sporządzenia wyciągów, odpisów lub kopii oraz żądanie wydania oryginału za pokwitowaniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, zaś po śmierci pacjenta przysługuje jej jedynie uprawnienie wglądu do dokumentacji. Jak się jednak wydaje,

⁷ Dz. U. z 2011 r. nr 112, poz. 654.

takie sformułowanie art. 26 ust. 2 u.p.p. uznać należy co najmniej za niefortunne, zaś osobie upoważnionej do dostępu do dokumentacji medycznej przysługują wszystkie formy korzystania z tego prawa, o których mowa w art. 27 u.p.p. Przyjęcie odmiennego zastrzeżenia prowadzić mogłoby przecież do sytuacji, w których zebranie materiału dowodowego na okoliczność uzasadniająca podejrzenie popełnienia błędu medycznego czy innych zaniedbań w leczeniu byłoby w sposób poważny utrudnione. Stąd też pogląd o dopuszczalności realizacji przez osobę uprawnioną przez pacjenta po jego śmierci wszelkich form dostępu do dokumentacji medycznej znajdować zaczyna swoje potwierdzenie w doktrynie praw pacjenta oraz w orzecznictwie administracyjnym⁸. I tak na przykład, w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Rzeszowie stwierdził, iż za rozszerzającą wykładnią art. 26 ust. 2 u.p.p. przemawia wykładnia „systemowa i funkcjonalna, do których należy sięgnąć w niniejszej sprawie, bowiem wykładnia językowa nasuwa wątpliwości”. Jak WSA podkreślił „ustawodawca w art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta użył co prawda terminu „prawo wglądu w dokumentację medyczną”, w przypadku osoby upoważnionej przez zmarłego pacjenta, jednak zakładając racjonalność ustawodawcy nie sposób uznać, jak wywodzi organ, że jego celem było zawężenie uprawnień do udostępnienia dokumentacji jedynie do zapoznania się z nią przez osobę upoważnioną przez zmarłego pacjenta. Takie ograniczenie uprawnień nie wynika bowiem z żadnych innych przepisów”⁹. W szczególności ograniczenie takie nie wynika z § 8 cyt. rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w którym stwierdza się, iż w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej pacjenta zamieszcza się lub ołącza do niej między innymi oświadczenie pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej do uzyskiwania dokumentacji, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej, przy czym przez osobę bliską rozumieć należy każdą osobę wskazaną przez pacjenta.

⁸ A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 174.

⁹ Wyrok WSA w Rzeszowie z 13 lipca 2010 r., II SAB/Rz 29/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A131A0DD94>.

III. Forma upoważnienie osoby trzeciej do dostępu do dokumentacji medycznej

We wstępie do dociekań w przedmiocie formy upoważnienia udzielanego przez pacjenta osobie trzeciej w zakresie prawa dostępu do dokumentacji medycznej wskazać należy, iż żaden z przepisów u.p.p. nie zawiera tutaj jakichkolwiek unormowań szczegółowych. Stąd też z samego brzmienia u.p.p. nie można wnosić, iż oświadczenie pacjenta upoważniające osobę trzecią do dostępu do dokumentacji medycznej powinno być złożone w formie pisemnej. Wymogu takiego wywodzić również nie można z cyt. wcześniej przepisu § 8 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r., zgodnie to z którym w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej pacjenta zamieszcza się lub dołącza do niej między innymi oświadczenie pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej do uzyskiwania dokumentacji, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej, albo oświadczenie o braku takiego upoważnienia. Co prawda wymóg „zamieszczenia” bądź „dołączenia” wskazuje pośrednio na pisemną formę upoważnienia, to jednak pamiętać należy, iż to rozporządzenie ma jedynie charakter wykonawczy do przepisów u.p.p. i reguluje przede wszystkim kwestie organizacyjno-techniczne, a nie tworzy praw i obowiązków pacjenta w sposób odmienny od przepisów rangi ustawowej.

Przyjęcie powyższych wstępnych ustaleń pozwala na sformułowanie hipotezy, zgodnie z którą pacjent może dokonać czynności upoważnienia także i w formie ustnej. Ważne pozostaje jedynie, aby osoba zobowiązana do udostępnienia dokumentacji medycznej nie miała żadnych wątpliwości co do faktu i prawidłowości udzielenia upoważnienia¹⁰. Dowodzenie w tym zakresie może zostać oparte na ewentualnych zeznaniach osób trzecich – świadków zdarzenia czy też na złożonych przez te osoby oświadczeniach. Dla uniknięcia sporów fakt takiego upoważnienia powinien zostać odnotowany w dokumentacji medycznej.

¹⁰ D. Karkowska, op. cit., s. 383.

Hipoteza powyższa, zgodnie z treścią której pacjent może dokonać czynności upoważnienia także i w formie ustnej, znajduje swoje uzasadnienie w przepisach obowiązującego prawa. Zauważyć bowiem należy, iż „upoważnienie”, o którym mowa w art. 26 ust. 1 u.p.p., jest jednostronnym oświadczeniem woli, a przynajmniej (w razie nieco odmiennej kwalifikacji prawnej) jednostronnym oświadczeniem zbliżonym do oświadczenia woli, do którego należy stosować odpowiednio przepisy o oświadczeniach woli. Zgodnie zaś z art. 60 K.c., z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Tymczasem art. 26 ust. 1 u.p.p. nie wprowadza „wyjątku w ustawie przewidzianego”, o którym mowa w art. 60 K.c. Należy więc wnosić, że ustawodawca w art. 26 ust. 1 u.p.p. dopuścił wszelkie formy udzielenia upoważnienia do wystąpienia o udostępnienie dokumentacji medycznej, w tym również formę ustną.

Ponadto zauważyć należy, iż nawet w sytuacji posiłkowego stosowania do instytucji upoważnienia przepisów o pełnomocnictwie, samo upoważnienie do dokonywania czynności prawnych dotyczących stanu zdrowia, w tym do uzyskiwania dostępu do dokumentacji medycznej, jest pełnomocnictwem gatunkowym czy rodzajowym, o którym mowa w art. 98 zdanie 2 K.c. Gdyby zatem nawet uznać, że w art. 26 ust. 1 u.p.p. wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności (art. 98 zdanie 2 K.c), to dysponowanie przez osobę upoważnioną również i ustnym pełnomocnictwem singularnym spełnia wymóg nałożony przez ustawodawcę.

Wskazać wreszcie należy, iż wnioskowi, że udzielenie upoważnienia w świetle art. 26 ust.1 u.p.p. jest całkowicie odformalizowane, nie sprzeciwia się również porównawcza wykładnia cytowanego przepisu z jakimikolwiek innymi przepisami formułującymi wymóg udzielenia upoważnienia czy pełnomocnictwa w formie pisemnej. Zgodnie bowiem z przyjętą w prawie prywatnym zasadą *in dubio pro libertate* i opartą na niej zasadą autonomii woli podmiotów prawa prywatnego, należy przyjąć, że ustawodawcą kierowało w tym przepisie *ratio legis* w postaci braku zamiaru wprowadzania wymogu jakiegokolwiek

formy upoważnienia określonego w tym przepisie, ze względu na różne szczególne sytuacje, jakie mogą wystąpić w praktyce stosowania normy prawnej odtworzonej z tego przepisu. Za taką sytuację szczególną uznać należy choćby przypadek, w którym pacjent, któremu udzielane są świadczenia zdrowotne jest nieprzytomny, zaś konkretne osoby wskazują na fakt dokonanego wcześniej upoważnienia w formie ustnej.

Biorąc pod uwagę zaprezentowaną powyżej argumentację należy stwierdzić, że żądanie wymogu w zakresie pisemnej formy upoważnienia przez pacjenta osoby trzeciej do dostępu do dokumentacji medycznej pozostaje w sprzeczności z art. 26 ust. 1 u.p.p. Ustawodawca nie przewidział możliwości, by podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych, zobowiązany przecież do przestrzegania praw pacjenta, mógł ograniczać korzystanie z praw pacjenta poprzez artykułowanie obowiązków niewynikających z przepisów rangi ustawowej. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż wprowadzanie jakichkolwiek ograniczeń w przedmiocie formy udzielanego upoważnienia nie służy w żaden sposób realizacji ochrony praw i interesów pacjenta. Wyraźny charakter normy *iuris cogentis* wynikającej z przepisu art. 26 u.p.p. (jeśli nie semiimperatywnej – na korzyść pacjenta), przemawia również za dowolnością formy dla omawianej czynności prawnej.

IV. Skutki braku upoważnienie osoby trzeciej do dostępu do dokumentacji medycznej

Problematyka negatywnych konsekwencji braku upoważnienia osoby trzeciej do dostępu do dokumentacji medycznej nie budzi większych wątpliwości interpretacyjnych w sytuacji, gdy pacjent żyje i znajduje się w stanie, który nie wyłącza świadomego albo swobodnego powzięcia decyzji i wyrażenia woli. W takim bowiem przypadku pacjent zawsze może udzielić upoważnieniu dostępu do dokumentacji medycznej na rzecz oznaczonej przez siebie osoby. Pacjent może również potwierdzić fakt działania oznaczonej osoby „z upoważnienia”.

Odmienne natomiast wygląda sytuacja skutków braku upoważnienia, nawet w formie ustnej, gdy pacjent zmarł lub też jest nieprzytomny

będź też znajduje się w innym stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli.

Jako nadrzędną przyjąć należy rzecz jasną regułę, zgodnie z którą prawo pacjenta do upoważnienia wskazanej przez siebie osoby do dostępu do dokumentacji medycznej jest prawem niczym nieograniczonym. Z drugiej jednak strony zaakceptować należy uprawnienie pacjenta do „niewskazywania” jakichkolwiek osób jako umocowanych do realizacji prawa dostępu do dokumentacji medycznej. W takim przypadku prawo pacjenta winno być również respektowane, zaś osobom działającym bez upoważnienia należy odmówić prawa dostępu do prowadzonej i przechowywanej dokumentacji medycznej.

Uprawnienia osoby trzeciej w zakresie dostępu do dokumentacji medycznej w przypadku śmierci pacjenta przy jednoczesnym braku upoważnienia nie można wywodzić, jak się wydaje, z art. 922 K.c. Co prawda zgodnie z art. 922 § 1 K.c. na rzecz spadkobierców przechodzą prawa i obowiązki majątkowe, to jednak zgodnie z art. 922 § 2 K.c. nie należą do spadku prawa i obowiązki zmarłego ściśle związane z jego osobą, jak również prawa, które z chwilą jego śmierci przechodzą na oznaczone osoby, niezależnie od tego czy są one spadkobiercami. Prawo wglądu do dokumentacji medycznej nie ma charakteru majątkowego i pozostaje prawem związanym z osobą zmarłego, co podkreślił zresztą Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 22 czerwca 2009 r.¹¹.

Poważne wątpliwości interpretacyjne dotyczące upoważnienia do dostępu do dokumentacji medycznej pojawiają się również wszędzie tam, gdzie pacjent co prawda udzielił, w formie ustnej lub pisemnej, upoważnienia uprawniającego osobę trzecią do realizacji tego prawa, jednak nie określił wyraźnie, że upoważnia wskazaną osobę do dostępu do dokumentacji medycznej także w przypadku jego zgonu. Odpowiednie stosowanie uregulowań zawartych w Kodeksie cywilnym skutkuje tutaj przyjęciem założenia, iż z chwilą śmierci pacjenta udzielone upoważnienie wygaśnie, chyba że w treści upoważnienia zastrzeżono co

¹¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 22 czerwca 2009 r., IV SA/Wr 96/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/99398BBDC2>.

innego. Taką też argumentację zaprezentował Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 listopada 2006 r. stwierdzając, iż „zgodnie z treścią art. 101 § 2 kc umocowanie wygasa ze śmiercią mocodawcy, chyba że w pełnomocnictwie inaczej zastrzeżono z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie. z dnia 8 października 2002 r. (I ACa 1884/2001 OSA 2005/2, poz. 10, str. 63) należy powtórzyć, iż zacieśnienie w art. 101 K.c możliwości dalszego trwania pełnomocnictwa, mimo śmierci mocodawcy, ma na celu uniemożliwienie, a co najmniej utrudnienie obejścia prawa, zatem pełnomocnictwo udzielone z zastrzeżeniem, że nie wygasa ze śmiercią mocodawcy, musi być ocenione z tego punktu widzenia (art. 58 § 1 K.c), jeżeli takiego zastrzeżenia nie uzasadnia stosunek prawny wewnętrzny zachodzący między mocodawcą a pełnomocnikiem”¹². Mimo, że obecnie obowiązują przepisy u.p.p., zachowuje moc stan prawny, na podstawie którego Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wydał w dniu 10 listopada 2006 r. swój wyrok, to jednak pamiętać należy, iż skutkiem przyjęcia za obowiązujący prezentowanego poglądu będzie niemal w każdym przypadku skuteczne utrudnienie dochodzenia praw osób najbliższych pacjentowi.

Na zakończenie poruszyć należy również kwestię skutków braku upoważnienia udzielonego przez pacjenta osobie trzeciej dostępu do dokumentacji medycznej w sytuacji, gdy pacjent, któremu udzielane są świadczenia zdrowotne pozostaje nieprzytomny. Z pozorów wydawać by się mogło, iż w takim przypadku brak jest osób uprawnionych do realizacji uprawnienia wynikającego z przepisów art. 26 i 27 u.p.p. Uwzględniając jednak doniosłość praw pacjenta w ogóle oraz cel wyraźnego ich wyodrębnienia przez ustawodawcę zastanowić należałoby się nad ewentualnym odpowiednim stosowaniem w tej sytuacji art. 31 ust. 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli pacjent nie ukończył 16 lat lub jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji,

¹² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 listopada 2006 r., VII SAB/Wa 46/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A7C72C9CFE>.

lekarz udziela informacji osobie bliskiej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, tj. przynajmniej małżonkowi, krewnemu lub powinowatemu do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawicielowi ustawowemu oraz osobie pozostającej we wspólnym pożyciu. Skoro zaś prawo dostępu do dokumentacji medycznej jest emanacją znacznie szerszego prawa do informacji o stanie zdrowia, to osoby wskazane wyżej byłyby legitymowane do uzyskania dostępu do dokumentacji medycznej nawet jeśliby pacjent nie udzielił im wcześniej stosownego upoważnienia.

...

Kwestia prawa pacjenta dostępu do dokumentacji medycznej budzi obecnie szereg wątpliwości natury interpretacyjnej. Pojawiają się one szczególnie często w tych sytuacjach, gdy w grę wchodzi ewentualne upoważnienie dokonane przez pacjenta na rzecz osób trzecich. Proste przenoszenie rozwiązań cywilistycznych na grunt praw pacjenta nie zawsze pozwala tutaj na jednoznaczne rozstrzygnięcie sporów. Powyższa niejednoznaczność wynika również z faktu, iż orzecznictwo administracyjne, które mogłoby stanowić niejednokrotnie jedyną wskazówkę o charakterze interpretacyjnym, dopiero kształtuje swoje poglądy w przedmiocie tak obszernego zagadnienia jakim są prawa pacjenta. Stąd też najlepszym rozwiązaniem wydaje się szybka interwencja ustawodawcy, zaś wśród najważniejszych postulatów *de lege ferenda* wskazać należy na konieczność doprecyzowania kwestii formy udzielanego upoważnienia, skutków jej niedochowania, zakresu udzielanego upoważnienia (za życia pacjenta i po śmierci pacjenta) oraz procedury postępowania w przypadku, gdy pacjent nie udzielił upoważnienia a pozostaje nieprzytomny. Kształtowanie się nowej dziedziny prawa, prawa medycznego, wymaga poszukiwania takich rozwiązań prawnych, które raczej uwzględniałyby specyfikę relacji pomiędzy pacjentem a podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych, aniżeli prowadziły do prostego przenoszenia konstrukcji prawa cywilnego do stosunków w opiece zdrowotnej.

Mirosława Kropidłowska-Bąbelek

Przetwarzanie dokumentacji medycznej

Wstęp

Celem mojego opracowania jest określenie zasad przetwarzania dokumentacji medycznej. W związku z tym na wstępie należy pokrótce zdefiniować takie kluczowe pojęcia jak **dokumentacja medyczna** i **przetwarzanie**.

Dokumentacja medyczna

W świetle definicji legalnej zawartej w art. 2 ust. 1 pkt 1 *udl*¹ **dokumentacja medyczna** oznacza dokumentację medyczną, o której mowa w przepisach *upp*². Wobec faktu, iż tak skonstruowana definicja charakteryzuje się niewielkim „ładunkiem” poznawczym, przede wszystkim wypada pamiętać o brzmieniu definicji zawartej

¹ Zob. ustawę z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. nr 112, poz. 654), zwaną dalej również: „*udl*”.

² Zob. ustawę z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. nr 52, poz. 417 ze zm.), zwaną dalej również: „*upp*”.

w archiwalnym już art. 18d ust. 1 pkt 5 *uzoz*³, w myśl którego pod tym terminem kryły się dane i informacje medyczne odnoszące się do stanu zdrowia pacjenta lub udzielonych mu w zakładzie opieki zdrowotnej świadczeń zdrowotnych, gromadzone i udostępniane na zasadach określonych w *upp*.

Pomimo tego, iż *ustawa o zakładach opieki zdrowotnej* z dniem 1 lipca br. (tj. z dniem wejścia w życie zasadniczej części przepisów *udl*) utraciła moc, zaprezentowane w niej ujęcie definicyjne zasługuje na uwzględnienie, zwłaszcza jeżeli skonfrontujemy jego treść z art. 25 *upp* określającym minimalny zakres dokumentacji medycznej oraz podkreślimy, że w słowniczku ustawowym tej ostatniej ustawy nie znajdziemy objaśnienia interesującego nas terminu.

Jak wynika z treści art. 25 *upp* dokumentacja medyczna zawiera co najmniej:

- 1) oznaczenie pacjenta, pozwalające na ustalenie jego tożsamości:
 - a) nazwisko i imię (imiona),
 - b) datę urodzenia,
 - c) oznaczenie płci,
 - d) adres miejsca zamieszkania,
 - e) numer PESEL, jeżeli został nadany, w przypadku noworodka – numer PESEL matki, a w przypadku osób, które nie mają nadanego numeru PESEL – rodzaj i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość,
 - f) w przypadku gdy pacjentem jest osoba małoletnia, całkowicie ubezwłasnowolniona lub niezdolna do świadomego wyrażenia zgody – nazwisko i imię (imiona) przedstawiciela ustawowego oraz adres jego miejsca zamieszkania;
- 2) oznaczenie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych ze wskazaniem komórki organizacyjnej, w której udzielono świadczeń zdrowotnych;

³ Zob. ustawę z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. z 2007 r. nr 14, poz. 89 ze zm.), zwaną dalej również: „*uzoz*”.

- 3) opis stanu zdrowia pacjenta lub udzielonych mu świadczeń zdrowotnych;
- 4) datę sporządzenia.

Tak rozumiana dokumentacja dzieli się – zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. nr 252, poz. 1697; zwanego dalej również: „rozporządzeniem” lub „rsrzd”) – na dokumentację **indywidualną** (odnoszącą się do poszczególnych pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych) oraz **zbiorczą** (odnoszącą się do ogółu pacjentów lub określonych grup pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych)⁴.

Z kolei dokumentacja indywidualna obejmuje dokumentację indywidualną **wewnętrzną** (przeznaczoną na potrzeby podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych) i dokumentację indywidualną **zewnątrzną** (przeznaczoną na potrzeby pacjenta korzystającego ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez ów podmiot)⁵.

Co ważne, zgodnie z § 1 *rozporządzenia* aktualnie dokumentacja medyczna jest **prowadzona w postaci elektronicznej lub w postaci papierowej**. Należy podkreślić, iż tego typu podział nie ma charakteru stałego, albowiem w związku z uchwaleniem ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia⁶ z dniem **1 sierpnia 2014 roku dokumentacja będzie prowadzona wyłącznie w formie elektronicznej!** Tym samym jedynie do dnia 31 lipca 2014 r. dokumentacja medyczna może być prowadzona w tzw. alternatywnych formach (tj. w postaci papierowej lub elektronicznej).

⁴ Na mocy § 11 *rsrzd dokumentacja zbiorcza*, jeżeli przepisy rozporządzenia nie stanowią inaczej, zawiera oznaczenie podmiotu, zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 1 (tj. m. in. nazwę podmiotu, jego adres, wraz z numerem telefonu, określony kod resortowy oraz w przypadku tzw. praktyk lekarskich/pielęgniarskich numer wpisu do określonego rejestru), numer kolejny wpisu, imię i nazwisko oraz numer PESEL pacjenta – jeżeli został nadany, w przypadku noworodka – numer PESEL matki, a w przypadku braku numeru PESEL – serię i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość, oznaczenie osoby udzielającej świadczeń zdrowotnych, zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 3 lit. a–d (tj. nazwisko i imię, tytuł zawodowy, uzyskane specjalizacje, numer prawa wykonywania zawodu – w przypadku lekarza, pielęgniarki i położnej), datę dokonania wpisu oraz, jeżeli to wynika z przeznaczenia dokumentacji, istotne informacje dotyczące udzielonych świadczeń zdrowotnych.

⁵ W analogiczny sposób można podzielić dokumentację zbiorczą (zob. § 12 *rozporządzenia* dotyczący sporządzania i prowadzenia dokumentacji w szpitalach).

⁶ Dz. U. nr 113, poz. 657.

Przetwarzanie danych

Legalna definicja pojęcia „przetwarzania danych” została przez ustawodawcę umieszczona w art. 7 pkt 2 *uodo*⁷. Zgodnie z tym przepisem ilekroć w *uodo* mowa jest o **przetwarzaniu danych** – rozumie się przez to **jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie**, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych.

Jak widać prawodawca wprowadził bardzo szeroko ujętą definicję przetwarzania danych. Należy zauważyć, iż wyliczenie operacji wykonywanych na danych osobowych zamieszczone w rzeczonym przepisie ma wyłącznie charakter przykładowy. W konsekwencji realizacja jakiegokolwiek operacji, nawet innej niż wymieniona w tym przepisie, która ma za przedmiot dane osobowe, powinna być uznana za przetwarzanie danych osobowych, co otwiera drogę do stosowania regulacji zawartej w *uodo*⁸!

W literaturze przedmiotu zauważa się, że można nawet twierdzić, iż **samo czytanie danych osobowych** przez administratora danych lub jego pracownika stanowi już przetwarzanie danych w rozumieniu *uodo*⁹. Przetwarzanie danych osobowych nie stanowi przy tym czynności prawnej, lecz czynność realną (faktyczną), co rzecz jasna w żaden sposób nie wyklucza, iż z czynności stanowiących przetwarzanie

⁷ Zob. ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. nr 101, poz. 926 ze zm.), zwaną dalej również: „*uodo*”.

⁸ Por. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Komentarz do art.7 ustawy o ochronie danych osobowych*, LEX 2011. Autorzy wymieniają także inne przykładowe operacje wykonywane na danych osobowych takie jak: łączenie, zestawianie, wywoływanie, rozpowszechnianie, czy też przesyłanie. Z kolei M. Sakowska-Baryła podnosi, iż „Pojęcie „przetwarzania danych” odnosi się do każdej z możliwych operacji na danych osobowych, bez względu na sposób jej dokonywania (...)”. Zob. M. Sakowska-Baryła, *Pojęcie „przetwarzanie danych” na gruncie ustawy o ochronie danych*, „CASUS” 2006, nr 3, s. 32 i n.

⁹ Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Komentarz do art. 7...* Autorzy wskazują także, iż pojęciem przetwarzania zamierzano objąć też **operacje wewnątrz przedsiębiorstwa czy innej jednostki organizacyjnej, w której działa administrator**, a więc np. przekazywanie danych innym pracownikom jednostki. Za udostępnianie danych należy w każdym razie uznać ich przekazanie innym przedsiębiorstwom należącym do koncernu czy holdingu.

danych wynikają konsekwencje prawne¹⁰. Przetwarzanie danych może przebiegać w sposób nieautomatyzowany albo zautomatyzowany, całkowicie lub częściowo¹¹.

Zasady przetwarzania dokumentacji medycznej

Przede wszystkim podkreślić trzeba, że podmiot przetwarzający dokumentację medyczną obowiązany jest przestrzegać oprócz norm prawnych zawartych w *uodo*, także, a może zwłaszcza normy prawne zamieszczone w *upp*. Szczególne znaczenie na tym tle mają regulacje prawne *upp* dotyczące **prawa pacjenta do dokumentacji medycznej**. Prawo to, a także skorelowane z nim obowiązki podmiotu przetwarzającego rzeczoną dokumentację, zostały w głównej mierze uregulowane w rozdziale 7 *upp*, zatytułowanym „Prawo pacjenta do dokumentacji medycznej”¹².

W tym miejscu należy stwierdzić, iż **podmiot przetwarzający dokumentację medyczną powinien realizować obowiązki wynikające z prawa pacjenta do dokumentacji medycznej**, które zostały uregulowane we właściwych przepisach *upp*¹³.

Prawo pacjenta do dokumentacji medycznej zostało wyrażone w art. 23 *upp*. Zgodnie z jego ust. 1 pacjent ma **prawo do dostępu do dokumentacji medycznej dotyczącej jego stanu zdrowia oraz**

¹⁰ Por. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Komentarz do art. 7...* Por. także M. Sakowska-Baryła, *Pojęcie „przetwarzanie danych”...*

¹¹ Por. M. Sakowska-Baryła, *Pojęcie „przetwarzanie danych”...* Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Komentarz do art. 7...* Przywołani Autorzy zauważają przy tym, iż stwierdzenie polskiego ustawodawcy, że przetwarzaniem danych są zwłaszcza operacje wykonywane w systemach informatycznych, ma za zadanie jedynie podkreślić rangę problematyki przetwarzania danych z wykorzystaniem nowoczesnej techniki informatycznej i przypomnieć o potrzebie poddania tej sfery ocenie prawnej z punktu widzenia *uodo*. **Nie ma przy tym żadnych podstaw, aby ów zwrot „a zwłaszcza” interpretować w kierunku przyznania przetwarzaniu danych osobowych w systemach informatycznych wyższego poziomu ochrony lub specjalnego traktowania.**

¹² Rozdział ten obejmuje art. 23–30 *upp*.

¹³ Warto przy tym już zauważyć, iż zgodnie z art. 2 *upp* przestrzeganie praw pacjenta określonych w *upp* jest obowiązkiem organów władzy publicznej właściwych w zakresie ochrony zdrowia, Narodowego Funduszu Zdrowia, **podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych**, osób wykonujących zawód medyczny oraz innych osób uczestniczących w udzielaniu świadczeń zdrowotnych.

udzielonych mu świadczeń zdrowotnych (*nota bene* przedmiotowe prawo jest ściśle związane z innym kluczowym prawem pacjenta, a mianowicie z prawem do informacji zob. rozdział 3 *upp*). Z kolei na mocy art. 23 ust. 2 *upp* **dane zawarte w dokumentacji medycznej podlegają ochronie określonej w *upp* oraz w przepisach odrębnych** (zob. przepis *uodo*).

W literaturze przedmiotu słusznie zauważa się, iż przywołany powyżej art. 23 *upp* wskazuje dwa różne prawa pacjenta:

- *primo*, reguluje on prawo do dostępu do informacji udokumentowanych w dokumentacji medycznej, dotyczących stanu zdrowia oraz udzielonych świadczeń zdrowotnych, czyli prawo dostępu do informacji ustalonej i zebranej w procesie udzielanego świadczenia zdrowotnego,
- *secundo*, artykuł ten obejmuje swym zakresem powszechne i niezbywalne prawo do ochrony **wszelkich** danych zawartych w dokumentacji medycznej¹⁴.

Jak już wspomniano, samodzielną podstawę przetwarzania danych medycznych przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych stanowią przepisy rozdziału 7 *upp* oraz akty wykonawcze, które dotyczą dokumentacji medycznej. Ponadto w zakresie nieuregulowanym w rzeczonym rozdziale zastosowanie znajduje *uodo*. Istota zakresu ochrony danych osobowych jest przy tym ściśle związana z definicją pojęcia „przetwarzania danych”, o którym szerzej była już mowa powyżej¹⁵. W literaturze przedmiotu podkreśla się przy tym, iż ochrona danych osobowych, o jakiej mowa w *upp* oraz w *uodo*, odnosi się do przetwarzania, a więc do jakichkolwiek operacji wykonywanych na danych

¹⁴ Zob. D. Karkowska, *Komentarz do art. 23 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, ABC 2010. Wskazując wyłącznie sygnalizacyjnie, iż podstaw obydwu tych praw należy szukać w odpowiednich regulacjach Konstytucji RP (zob. art. 51 teźże), warto w tym miejscu zauważyć że z art. 30 Konstytucji RP wynika zasada *in dubio pro humanitate*, zgodnie z którą wszelkie prawa i wolności człowieka, w tym interesujące nas prawo do ochrony danych medycznych, należy interpretować w sposób rozszerzający, natomiast z drugiej strony wszelkie ograniczenia należy traktować jako wyjątki, a zatem powinno się interpretować je zawężająco. Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

osobowych, począwszy od etapu ich zbierania, a następnie fazy przechowywania i niszczenia, chociażby nie znalazły się one ostatecznie w zbiorze danych osobowych! Ochronie podlegają więc zarówno zbiory danych osobowych, jak i pojedyncze dane¹⁶.

Nie stanowi naruszenia prawa pacjenta do ochrony danych zawartych w dokumentacji medycznej przetwarzanie danych w ramach legalnie wyznaczonego i społecznie akceptowanego celu¹⁷. Ustawodawca polski, na wzór prawa europejskiego¹⁸, wprowadza zakaz przetwarzania danych medycznych (por. art. 27 ust. 1 *uodo*¹⁹). Zakaz ten może jednak zostać uchylony na zasadach określonych w art. 27 ust. 2 *uodo*²⁰.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Zob. Wyrok z dnia 11 kwietnia 2006 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (sygn. akt II SA/Wa 183/06).

¹⁸ Por. art. 8 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U.UE.L.95.281.31, Dz.U.UE-sp.13-15-355 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem Państwa Członkowskie zabraniają przetwarzania danych osobowych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, opinie polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność do związków zawodowych, jak również przetwarzanie danych dotyczących zdrowia i życia seksualnego.

¹⁹ Zgodnie z art. 27 ust. 1 *uodo* **zabrania się przetwarzania** danych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, jak również **danych o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nalogach lub życiu seksualnym** oraz danych dotyczących skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatów karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym lub administracyjnym. Przywołany przepis ustanawia zakaz przetwarzania danych osobowych określanych jako dane „wrażliwe”.

²⁰ Zgodnie z art. 27 ust. 2 *uodo* przetwarzanie danych, o których mowa w ust. 1 tegoż artykułu, jest jednak dopuszczalne, jeżeli:

- 1) osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę na piśmie, chyba że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych,
- 2) przepis szczególnie innej ustawy zezwala na przetwarzanie takich danych bez zgody osoby, której dane dotyczą, i stwarza pełne gwarancje ich ochrony,
- 3) przetwarzanie takich danych jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą, lub innej osoby, gdy osoba, której dane dotyczą, nie jest fizycznie lub prawnie zdolna do wyrażenia zgody, do czasu ustanowienia opiekuna prawnego lub kuratora,
- 4) jest to niezbędne do wykonania statutowych zadań kościołów i innych związków wyznaniowych, stowarzyszeń, fundacji lub innych niezarobkowych organizacji lub instytucji o celach politycznych, naukowych, religijnych, filozoficznych lub związkowych, pod warunkiem, że przetwarzanie danych dotyczy wyłącznie członków tych organizacji lub instytucji albo osób utrzymujących z nimi stałe kontakty w związku z ich działalnością i zapewnione są pełne gwarancje ochrony przetwarzanych danych,
- 5) przetwarzanie dotyczy danych, które są niezbędne do dochodzenia praw przed sądem,
- 6) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadań administratora danych odnoszących się do zatrudnienia pracowników i innych osób, a zakres przetwarzanych danych jest określony w ustawie,
- 7) przetwarzanie jest prowadzone w celu ochrony stanu zdrowia, świadczenia usług medycznych lub leczenia pacjentów przez osoby trudniące się zawodowo leczeniem lub świadczeniem innych usług medycznych, zarządzania udzielaniem usług medycznych i są stworzone pełne gwarancje ochrony danych osobowych,
- 8) przetwarzanie dotyczy danych, które zostały podane do wiadomości publicznej przez osobę, której dane dotyczą,

Przy czym wyjątki od zakazu przetwarzania danych nie mogą być interpretowane rozszerzająco! Dla usankcjonowania przetwarzania danych medycznych wystarczy wystąpienie choćby jednej z przesłanek określonych w art. 27 ust. 2 *uodo*²¹. Dane medyczne mogą być przetwarzane za zgodą osoby, której dotyczą. Zgoda taka powinna być wyrażona na piśmie, chyba że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych (por. art. 27 ust. 2 pkt 1 *uodo*). Od tej generalnej zasady polski ustawodawca przewiduje odstępstwo i zezwala w ściśle określonych sytuacjach na przetwarzanie danych bez rzeczowej powyżej zgody osoby, której dane dotyczą (por. art. 27 ust. 2 pkt 2–10 *uodo*).

W literaturze zauważa się przy tym, iż odnosi się to m.in. do danych medycznych²². Kluczową przesłanką dopuszczalności przetwarzania danych medycznych jest okoliczność, że przepis art. 24 *upp* zezwala na przetwarzanie danych tego rodzaju²³. Spełnia on więc wymagania, o których stanowi art. 27 ust. 2 pkt 2 *uodo*, jest to bowiem przepis rangi ustawowej, a dodatkowo jego ust. 1 potwierdza wymaganą przez *uodo* konieczność zapewnienia tym danym pełnej ochrony²⁴. W związku z tym nie ma potrzeby uzyskania odrębnej, pisemnej zgody pacjenta na przetwarzanie jego danych osobowych, gdyż podstawą przetwarzania danych jest konkretna regulacja ustawowa²⁵.

Cel przetwarzania danych z uwagi na respektowanie praw pacjenta określono w art. 24 ust. 1 *upp*. Celem tym jest zapewnienie pacjentowi

-
- 9) jest to niezbędne do prowadzenia badań naukowych, w tym do przygotowania rozprawy wymaganej do uzyskania dyplomu ukończenia szkoły wyższej lub stopnia naukowego; publikowanie wyników badań naukowych nie może następować w sposób umożliwiający identyfikację osób, których dane zostały przetworzone, 10) przetwarzanie danych jest prowadzone przez stronę w celu realizacji praw i obowiązków wynikających z orzeczenia wydanego w postępowaniu sądowym lub administracyjnym.

Por. art. 8 ust. 2 i n. dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U.UE.L.95.281.31, Dz.U.UE-sp.13-15-355 z późn. zm.).

²¹ Zob. D. Karkowska, *Komentarz do art. 24, art. 25...*

²² Ibidem.

²³ Ibidem. Por. art. 27 ust. 2 pkt 2 *uodo*.

²⁴ Zob. D. Karkowska, *Komentarz do art. 24, art. 25...* Autorka zwraca przy tym uwagę, że rzeczony przepis uprawnia do przetwarzania danych osób, które są pacjentami danego podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych, jak również byłych pacjentów. Por. także Wyrok z dnia 11 kwietnia 2006 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (sygn. akt II SA/Wa 183/06).

²⁵ Por. D. Karkowska, *Komentarz do art. 24, art. 25...* Autorka podnosi przy tym, iż „Warto tu podkreślić, że komentowany przepis wyraźnie zezwala na przetwarzanie danych wrażliwych przez wskazanie podmiotów, którym takie dane mają być udostępniane”.

realizacji prawa do dostępu do dokumentacji medycznej dotyczącej jego stanu zdrowia oraz udzielanych mu świadczeń zdrowotnych, o czym była już mowa powyżej. W literaturze przedmiotu zauważa się, iż przetwarzanie danych medycznych może nastąpić tylko łącznie z obowiązkiem zachowania tajemnicy, określonym we właściwych przepisach *upp* i innych ustaw odrębnych (tzw. zawodowych)²⁶.

Podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych **udostępnia dokumentację medyczną pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu, bądź osobie upoważnionej przez pacjenta**, o czym *upp* przesądza w art. 26 ust. 1. Z kolei, zgodnie z art. 26 ust. 2 *upp*, po śmierci pacjenta, prawo wglądu w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona przez pacjenta za życia²⁷. Jak już była o tym mowa powyżej, dostęp do dokumentacji medycznej jest prawem pacjenta (por. art. 23 ust. 1 *upp*). Z art. 26 ust. 1 *upp* wynika ponadto, iż w imieniu pacjenta

²⁶ Ibidem.

²⁷ Warto także zwrócić uwagę na dalsze jeszcze regulacje zawarte w przywołanym powyżej art. 26 *upp*. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 *upp* podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację medyczną również:

- 1) podmiotom udzielającym świadczeń zdrowotnych, jeżeli dokumentacja ta jest niezbędna do zapewnienia ciągłości świadczeń zdrowotnych,
- 2) organom władzy publicznej, Narodowemu Funduszowi Zdrowia, organom samorządu zawodów medycznych oraz konsultantom krajowym i wojewódzkim, w zakresie niezbędnym do wykonywania przez te podmioty ich zadań, w szczególności kontroli i nadzoru,
- 2a) podmiotom, o których mowa w art. 119 ust. 1 i 2 *udl*, (tj. po pierwsze wojewodom, konsultantom krajowym, o których mowa w ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o konsultantach w ochronie zdrowia oraz jednostkom organizacyjnym podległym lub nadzorowanym przez ministra właściwego do spraw zdrowia, a także po drugie organom samorządów zawodów medycznych, medycznym towarzystwom naukowym, uczelniom medycznym, instytutom badawczym, specjalistom z poszczególnych dziedzin medycyny), w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia kontroli na zlecenie ministra właściwego do spraw zdrowia,
- 3) ministrowi właściwemu do spraw zdrowia, sądom, w tym sądom dyscyplinarnym, prokuratorom, lekarzom sądowym i rzecznikom odpowiedzialności zawodowej, w związku z prowadzonym postępowaniem,
- 4) uprawnionym na mocy odrębnych ustaw organom i instytucjom, jeżeli badanie zostało przeprowadzone na ich wniosek,
- 5) organom rentowym oraz zespołom do spraw orzekania o niepełnosprawności, w związku z prowadzonym przez nie postępowaniem,
- 6) podmiotom prowadzącym rejestry usług medycznych, w zakresie niezbędnym do prowadzenia rejestrów,
- 7) zakładom ubezpieczeń, za zgodą pacjenta,
- 8) lekarzowi, pielęgniarce lub położnej, w związku z prowadzeniem procedury oceniającej podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych na podstawie przepisów o akredytacji w ochronie zdrowia, w zakresie niezbędnym do jej przeprowadzenia.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 4 *upp* dokumentacja medyczna może być udostępniona także szkole wyższej lub instytutowi badawczemu do wykorzystania w celach naukowych, bez ujawniania nazwiska i innych danych umożliwiających identyfikację osoby, której dokumentacja dotyczy.

prawo takie przysługuje także jego przedstawicielowi ustawowemu, bądź osobie która została upoważniona przez pacjenta²⁸. Natomiast po śmierci pacjenta prawo wglądu w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona przez pacjenta za życia.

Sposoby **udostępniania** dokumentacji medycznej wymienione zostały w art. 27 *upp*²⁹. Zgodnie z tym przepisem dokumentacja medyczna jest udostępniana:

- do wglądu w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych,
- poprzez sporządzenie jej wyciągów, odpisów lub kopii,
- poprzez wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, jeżeli uprawniony organ lub podmiot żąda udostępnienia oryginałów tej dokumentacji.

Z kolei w świetle przepisów *rozporządzenia* zawartych w jego rozdziale 7 podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację podmiotom i organom uprawnionym bez zbędnej zwłoki. W przypadku gdy udostępnienie dokumentacji nie jest możliwe, odmowa wymaga zachowania formy pisemnej oraz podania przyczyny.

Nadto należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 *upp* **podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych przechowuje dokumentację medyczną przez okres 20 lat**, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym dokonano ostatniego wpisu, z wyjątkiem:

- 1) dokumentacji medycznej w przypadku zgonu pacjenta na skutek uszkodzenia ciała lub zatrucia, która jest przechowywana przez okres 30 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym nastąpił zgon,
- 2) zdjęć rentgenowskich przechowywanych poza dokumentacją medyczną pacjenta, które są przechowywane przez okres 10 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym wykonano zdjęcie,

²⁸ Szersze uwagi dotyczące prawa do dostępu do dokumentacji medycznej jakie w imieniu pacjenta przysługuje jego przedstawicielowi ustawowemu bądź osobie przez niego upoważnionej, a także na temat samego upoważnienia zob. D. Karkowska, *Komentarz do art. 26...*

²⁹ Za udostępnienie dokumentacji medycznej poprzez sporządzenie jej wyciągów, odpisów lub kopii, a więc w sposób określony w przywołanym powyżej art. 27 pkt 2 *upp*, podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych może pobierać opłatę.

- 3) skierowań na badania lub zleceń lekarza, które są przechowywane przez okres 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym udzielono świadczenia będącego przedmiotem skierowania lub zlecenia,
- 4) dokumentacji medycznej dotyczącej dzieci do ukończenia 2. roku życia, która jest przechowywana przez okres 22 lat.

Po upływie okresów wymienionych w powyżej przywołanym ust. 1 podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych **niszczy dokumentację medyczną** w sposób uniemożliwiający identyfikację pacjenta, którego dotyczyła (zob. ust. 2 art. 29).

Co istotne, między innymi na gruncie tego przepisu Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 lipca 2010 roku (sygn. akt II CSK 108/10) wyraził pogląd, zgodnie z którym (...). **W sensie czasowym przetwarzanie danych osobowych (medycznych) nie jest związane tylko z okresem świadczenia usług zdrowotnych przez z.o.z., ale może także nastąpić po zakończeniu leczenia w danym zakładzie, zobowiązanym do tworzenia dokumentacji medycznej leczonego pacjenta (przetwarzanie w celach archiwalnych i innych; (...))** [podkreślenia moje]. Mając na względzie powyżej przywołany pogląd SN należałoby uznać, iż z przetwarzaniem danych medycznych w celach archiwalnych możemy mieć do czynienia dopiero po zakończeniu leczenia, świadczenia usług zdrowotnych, w danym zakładzie opieki zdrowotnej. Doniosły pod tym względem jest więc moment zakończenia świadczenia usług zdrowotnych na rzecz danego pacjenta przez określony zakład opieki zdrowotnej³⁰. Ten moment byłby także właściwy do wyznaczenia czasowej granicy traktowania danej

³⁰ Por. § 25 ust. 1 oraz ust. 2 *rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej*. Zgodnie z tymi przepisami **zakończoną historię choroby lub kartę noworodka** przekazuje się do komórki organizacyjnej właściwej do spraw dokumentacji chorych i statystyki medycznej (ust. 1). Komórka ta po sprawdzeniu kompletności historii choroby lub karty noworodka, **przekazuje historię choroby do archiwum szpitala** (ust. 2). Jednakże zob. również § 25 ust. 3 tegoż rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku, o którym mowa w § 13 ust. 2 tegoż, **historia choroby jest przechowywana w komórce organizacyjnej udzielającej świadczenia zdrowotnego przez cały okres leczenia**. W tym ostatnim przypadku chodzi o sytuację, w której leczenie pacjenta wymaga wielokrotnego udzielania tego samego świadczenia zdrowotnego w tej samej komórce organizacyjnej szpitala, dopuszcza się dokonywanie kolejnych wpisów w historii choroby założonej przy przyjęciu pacjenta po raz pierwszy.

dokumentacji medycznej jako dokumentacji bieżącej, a uznania ją za dokumentację archiwalną³¹.

W celu realizacji prawa pacjenta do dostępu do dokumentacji medycznej, o którym mowa w art. 23 ust. 1 *upp*, **podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych jest obowiązany prowadzić, przechowywać i udostępniać dokumentację medyczną w sposób określony w rozdziale 7 *upp* oraz zapewnić ochronę danych zawartych w tej dokumentacji** (zob. art. 24 ust. 1 *upp*). Z kolei art. 24 ust. 2 *upp* stanowi, iż lekarze³², pielęgniarki i położne są uprawnieni do uzyskiwania i przetwarzania danych zawartych w dokumentacji medycznej, o których mowa w art. 25 *upp*.

W tym miejscu należy pokrótce wskazać, że w świetle art. 3 ust. 1 pkt 5 *upp* przez „podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych” należy rozumieć **podmiot wykonujący działalność leczniczą**³³, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 5 *udl*. W świetle tego ostatniego przepisu przez podmiot wykonujący działalność leczniczą należy rozumieć podmiot leczniczy, o którym mowa w art. 4 *udl*, oraz praktykę zawodową, o której mowa w art. 5 *udl*. W tym świetle niezbędne staje się więc przywołanie regulacji zawartych we wskazanych przepisach. I tak, zgodnie z art. 4 ust. 1 *udl* **podmiotami leczniczymi** są:

- przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz. U. z 2010 r. nr 220, poz. 1447 ze zm.) we wszelkich formach przewidzianych

³¹ Pojęciem dokumentacji archiwalnej posługuje się *rozporządzenie w sprawie dokumentacji medycznej*. Zgodnie z jego § 15 ust. 4 pkt 2 do historii choroby dołącza się na czas pobytu pacjenta w szpitalu dokumentację indywidualną pacjenta prowadzoną przez inne komórki organizacyjne szpitala i **dokumentację archiwalną szpitala dotyczącą poprzednich hospitalizacji pacjenta**. Rozporządzenie to posługuje się także pojęciem dokumentacji będącej materiałem archiwalnym, zob. § 75 ust. 2 zgodnie z którym Do postępowania z dokumentacją będącą materiałem archiwalnym w rozumieniu ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. *o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach* (Dz. U. z 2006 r. nr 97, poz. 673, z późn. zm.) stosuje się przepisy wydane na podstawie art. 5 ust. 2 i 2b tej ustawy.

³² Zgodnie z art. 3 ust. 2 *upp* ilekroć w *upp* jest mowa o lekarzu, rozumie się przez to także **lekarza dentyzę** oraz **felczera** w zakresie wynikającym z przepisów o zawodzie felczera.

³³ Na mocy art. 3 *udl* **działalność lecznicza** polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Działalność lecznicza może również polegać na: promocji zdrowia lub realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia.

dla wykonywania działalności gospodarczej, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej³⁴,

- samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,
 - jednostki budżetowe, w tym państwowe jednostki budżetowe tworzone i nadzorowane przez Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Ministra Sprawiedliwości lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, posiadające w strukturze organizacyjnej ambulatorium, ambulatorium z izbą chorych lub lekarza podstawowej opieki zdrowotnej,
 - instytuty badawcze, o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. *o instytutach badawczych* (Dz. U. nr 96, poz. 618 ze zm.)³⁵,
 - fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej,
 - kościoły, kościelne osoby prawne lub związki wyznaniowe
- w zakresie, w jakim wykonują działalność leczniczą³⁶.

Natomiast w świetle art. 5 ust. 2 *udl* prawodawca wskazuje formy (zwane właśnie **praktykami zawodowymi**), w których lekarze i pielęgniarki mogą wykonywać działalność leczniczą. I tak, działalność lecznicza wskazanych profesjonalistów może być wykonywana w takich formach jak:

- jednoosobowa działalność gospodarcza,
- spółki cywilnej,
- spółki jawnej,
- spółki partnerskiej³⁷.

³⁴ Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* przedsiębiorca w rozumieniu tejże ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

³⁵ W przywołanym powyżej art. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. *o instytutach badawczych* mowa jest o instytutach prowadzących badania naukowe i prace rozwojowe w dziedzinie nauk medycznych.

³⁶ Określone w *udl* prawa i obowiązki podmiotu leczniczego dotyczą wyłącznie wykonywanej przez ten podmiot działalności leczniczej i są wykonywane przez kierownika tego podmiotu, chyba że *udl* stanowi inaczej.

³⁷ Zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 1 *udl* działalność lecznicza lekarzy, odpowiednio także lekarzy dentyistów, może być wykonywana w formie:

a) jednoosobowej działalności gospodarczej jako indywidualna praktyka lekarska, indywidualna praktyka lekarska wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska, indywidualna

Należy dodać, że wykonywanie zawodu w ramach praktyki zawodowej nie jest przy tym prowadzeniem podmiotu leczniczego, o czym przesądza art. 5 ust. 3 *udl*.

Podsumowując: przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych należy rozumieć na gruncie regulacji zawartych w *upp* podmiot leczniczy, o którym mowa w art. 4 ust. 1 *udl*, w zakresie w jakim wykonuje on działalność leczniczą oraz lekarza (także lekarza dentyście) i pielęgniarkę (także położną), w zakresie w jakim wykonują oni zawód w ramach praktyki zawodowej, o której mowa w art. 5 ust. 2 *udl*. Na tych też podmiotach spoczywają obowiązki, które zostały przywołane powyżej, a które wynikają bezpośrednio z art. 24 ust. 1 *upp*, tj. obowiązków prowadzenia, przechowywania i udostępniania dokumentacji medycznej oraz obowiązków zapewnienia ochrony danych, które w takiej dokumentacji są zawarte.

Zakończenie

Zamiast podsumowania należy zwrócić uwagę na treść § 72 *rozporządzenia*, z której wynika, że **dokumentacja wewnętrzna jest przechowywana przez podmiot, który ją sporządził (§ 72)³⁸**.

-
- specjalistyczna praktyka lekarska wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna praktyka lekarska wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem lub indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem,
- b) spółki cywilnej, spółki jawnej albo spółki partnerskiej jako grupowa praktyka lekarska.
Z kolei przez pielęgniarki, odpowiednio także położne, za art. 5 ust. 2 pkt 2 *udl*, działalność lecznicza może być wykonywana w formie:
- a) jednoosobowej działalności gospodarczej jako indywidualna praktyka pielęgniarki, indywidualna praktyka pielęgniarki wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki, indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem lub indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem,
- b) spółki cywilnej, spółki jawnej albo spółki partnerskiej jako grupowa praktyka pielęgniarek.
- ³⁸ Dokumentacja zewnętrzna w postaci zleceń lub skierowań jest przechowywana przez podmiot, który zrealizował zlecone świadczenie zdrowotne. Miejsce przechowywania bieżącej dokumentacji wewnętrznej określa podmiot, a w zakładzie opieki zdrowotnej – kierownicy poszczególnych komórek organizacyjnych tego zakładu w porozumieniu z kierownikiem zakładu.

Zaprezentowany przepis *rozporządzenia* postrzegany jest w literaturze przedmiotu jako przepis o „rewolucyjnym” wręcz charakterze, albowiem **znosić ma „zakaz outsourcingu obsługi elektronicznej dokumentacji medycznej”**³⁹.

Przypomnieć można, że **outsourcing** jest zjawiskiem powierzania świadczenia specjalistycznych usług lub produkcji podmiotom zewnętrznym⁴⁰. Z kolei „w doktrynie przyjmuje się, że jest to system umów o przedsiębiorstwie polegający na tym, że obsługę przedsiębiorstwa powierza się podmiotom zewnętrznym, nie będącym jego pracownikami. Istotą „outsourcingu” jest więc jego zewnętrzność i równorzędny charakter stosunków pomiędzy przedsiębiorcą zlecającym, a przedsiębiorcą przyjmującym zlecenie. „Outsourcing” w znaczeniu węższym dotyczy obsługi w zakresie potrzeb wewnętrznych (np. umowa o prowadzenie ksiąg rachunkowych), natomiast w znaczeniu szerszym dotyczy także właściwej działalności przedsiębiorcy zlecającego adresowanej do jego odbiorców. Zlecający zamiast sam świadczyć usługi lub wytwarzać samemu produkty dostarczane odbiorcom powierza to osobom trzecim. W takim przypadku przedsiębiorca zlecający zawiera umowy nie z własnymi pracownikami lecz z osobami trzecimi i stosunek prawny pomiędzy przedsiębiorcą zlecającym a „outsourcingowcem” łączy podmioty równorzędne, dla których właściwe mogą być umowy zlecenia, świadczenia usług,

³⁹ K. Nyczaj, *Rewolucyjne zmiany w dokumentacji medycznej*, Medicalnet, 14.01.2011 (zaktualizowany 13.01.2011, 10.12). Inną zmianą, którą należy zasygnalizować jest odejście od wymogu stosowania podpisu elektronicznego przy tworzeniu dokumentacji elektronicznej. W świetle przepisów *rozporządzenia 2006* (§ 55) sporządzenie i podpisanie dokumentacji prowadzonej w postaci elektronicznej polegało na zapisaniu sekwencji danych na informatycznym nośniku danych i podpisaniu tych danych, zgodnie z ustawą z dnia 18 września 2001 r. *o podpisie elektronicznym* (Dz. U. nr 130, poz. 1450, ze zm.). Na mocy § 82 „nowego” aktu wykonawczego utrwalenie dokumentacji prowadzonej w postaci elektronicznej polega na zastosowaniu odpowiednich do ilości danych i zastosowanej technologii rozwiązań technicznych zapewniających przechowywanie, używalność i wiarygodność dokumentacji znajdującej się w systemie informatycznym co najmniej do upływu okresu przechowywania dokumentacji. W piśmiennictwie akcentuje się, że dotychczasowe zapisy „zastąpiono opisem minimalnej funkcjonalności systemu informatycznego, który powinien być stosowany do obsługi elektronicznej dokumentacji medycznej. Nie oznacza, to jednak że zmniejszony został reżim w zakresie bezpieczeństwa czy autoryzacji osoby tworzącej dokumentację. Zapropozowane rozwiązanie umożliwia jedynie zastosowanie innych rozwiązań w tym zakresie, które mogą być równie skuteczne”. Ibidem.

⁴⁰ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 2005-03-21, XVII Ama 29/04, Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rok 2005 nr 2, poz. 28, s. 80.

o dzieło, sprzedaży lub dostawy. O tym, która z powyższych umów łączy strony decyduje jej treść, a nie tytuł⁴¹.

Należy podkreślić, iż przed wejściem w życie „nowego” rozporządzenia obowiązywał w omawianym zakresie następujący przepis rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. nr 247, poz. 1819 ze zm.): „Dokumentacja wewnętrzna jest przechowywana w zakładzie, w którym została sporządzona” (§ 44 ust. 1), którego kształt wykluczał możliwość świadczenia omawianych usług poza miejscem zakładu.

Zdaniem K. Nyczaja brzmienie obecnie obowiązującego przepisu uprawnia do stwierdzenia, iż zmieniono „diametralnie warunki organizacyjne w jakich funkcjonują placówki ochrony zdrowia”, wszak możliwe będzie po uprzednim zawarciu stosownej – gwarantującej zwłaszcza bezpieczeństwo danych medycznych – umowy o powierzeniu przetwarzania danych „przechowywanie „na zewnątrz” dokumentacji medycznej⁴². Normatywny nakaz przechowywania dokumentacji „przez podmiot, który ją sporządził” w rzeczy samej „nie musi oznaczać tożsamość miejsca położenia podmiotu oraz miejsca lokalizacji składowania dokumentacji medycznej⁴³. Cytowany Autor twierdzi przy tym, że zlecając przetwarzanie i archiwizowanie elektronicznej dokumentacji medycznej wyspecjalizowanym firmom i instytucjom należy starannie zredagować treść umowy o powierzeniu przetwarzania danych, tak aby gwarantowała ona prawem wymagany zakres ochrony danych medycznych; innymi słowy: takie umowy muszą „zawierać obostrzenia w zakresie ochrony danych medycznych, co najmniej na takim samym poziomie, jaki obowiązuje placówki ochrony zdrowia, zwłaszcza jeśli chodzi o zachowanie tajemnicy lekarskiej⁴⁴.

⁴¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 2009-10-28, V ACa 418/09, Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach rok 2010 nr 1, poz. 5.

⁴² K. Nyczaj, *Rewolucyjne...*

⁴³ K. Nyczaj, *Outsourcing elektronicznej dokumentacji medycznej*, „Służba Zdrowia” nr 43–50 (4044–4051) z 13 czerwca 2011 r.

⁴⁴ *Ibidem*.

Odpowiedzialność lekarza za udzielenie informacji nadmiernej

1. Zgoda pacjenta jako centralna instytucja prawa medycznego jest refleksem prawa jednostki do wyboru metody leczenia (diagnozowania), które jest z kolei konsekwencją istnienia zasady autonomii jednostki¹. Nie wchodząc w dyskusję na temat charakteru prawnego zgody pacjenta, który jest przedmiotem istotnych kontrowersji w doktrynie²,

¹ Zob. postanowienie SN z 27 października 2005 r. (sygn. akt III CK 155/05); zob. także D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 221–222; A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 119; I. Bernatek-Zagula, *Prawo pacjenta w Polsce do informacji medycznej*, Toruń 2008, s. 63; A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2010, s. 61.

² Co do zasady można wyróżnić cztery koncepcje odnoszące się do charakteru prawnego zgody pacjenta: zgoda jako oświadczenie woli o charakterze cywilistycznym (za tą koncepcją opowiadają się m.in. L. Ogiegło, [w:] L. Ogiegło (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 251; M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 29; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 249; M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa–Poznań 1972, s. 20–21; B. Broniewicz, *Znaczenie zgody pacjenta dla kwestii legalności czynności leczniczych*, artykuł dostępny na stronie www.prawaczlowieka.edu.pl, data odwiedzin strony 18 września 2010 r.; por. także wyrok SN z 17 grudnia 2004 r., sygn. akt II CK 303/04; zgoda jako akt woli podobny do oświadczenia woli (A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 132; K. Sakowski, [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 25; A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 2006, s. 559; J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16, s. 744; L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 KK)*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8, s. 36; M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 35); zgoda jako czynność prawna (np. K. Baron, *Zgoda pacjenta*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 9, s. 4) oraz zgoda jako prawo podmiotowe (asumpt do

należy stwierdzić, że powszechnie akceptowane w piśmiennictwie i orzecznictwie jest stwierdzenie, iż odpowiednie poinformowanie pacjenta jest warunkiem skuteczności wyrażenia przez niego zgody³ (z tego też względu w literaturze i judykaturze używa się pojęć „zgody uświadomionej”, „zgody poinformowanej” czy „zgody objaśnionej”, pod którymi to wyrażeniami rozumie się zgodę pacjenta odpowiednio poinformowanego przez lekarza⁴). Pogląd ten wynika z uznanego powszechnie przekonania, że prawnie skuteczną decyzję może podjąć jedynie pacjent świadomy, tj. dysponujący odpowiednią wiedzą na temat przesłanek interwencji, jej ryzyka, skutków oraz następstw związanych z jej niepodjęciem. Tym samym niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez lekarza obowiązku informacyjnego, tj. niedoprowadzenie u pacjenta do stanu poinformowania (świadomości) powoduje, że zgoda przez niego wyrażona jest nieważna⁵ i w konsekwencji może powodować pociągnięcie do odpowiedzialności zawodowej, cywilnej i karnej⁶.

Jak z tego wynika, zagadnienie zakresu udzielanych pacjentowi informacji stanowi jeden z ważniejszych przedmiotów refleksji praktyki medycznej i prawniczej. Niemniej – choć o informowaniu pacjenta pisze i mówi się ostatnio dużo⁷ – pomija się zasadniczo wątek nadmiaru

takiego patrzenia na zgodę pacjenta dała ustawa o prawach pacjenta, która określiła zgodę jako prawa pacjenta, a nie przesłankę podjęcia czynności leczniczych przez lekarza).

³ M. Świdarska, op. cit., s. 19; por. także D. Karkowska, *Ustawa...*, s. 150 i n.; J. Przybylska, *Cywilno-prawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16, s. 744; K. Baron, op. cit., s. 4–5; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 28 i n.; J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 159–160; I. Bernatek-Zagula, *Prawo...*, s. 63; zob. także wyrok SN z 23 listopada 2007 r. (sygn. akt IV CSK 240/07).

⁴ Zob. np. wyrok SN z 23 listopada 2007 r. (sygn. akt IV CSK 240/07).

⁵ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 163 i n.; A. Dudzińska, *Wymagana informacja udzielana pacjentowi*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 8, s. 90 i n.; zob. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 356; M. Filar, *Lekarskie...*, s. 262; M. Świdarska, *Zgoda...*, s. 104 i n.; por. także wyrok SN z 28 sierpnia 1972 r. (sygn. akt II CR 296/72); wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 2 października 2003 r. (sygn. akt IACa 369/03).

⁶ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 356; S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialnoprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, artykuł dostępny na stronie www.prawoimedycyna.pl. Data odwiedzin strony 3 czerwca 2011 r.

⁷ Nie licząc podręczników i monografii poświęconych problematyce praw pacjenta oraz bardzo licznych głos, należy wskazać, że zagadnienie to podejmowano zarówno w piśmiennictwie prawniczym, jak i piśmiennictwie medycznym (branżowym). Ostatnio, by wskazać tylko przykładowe prace z lat 2005–2011, pisali na ten temat: M. Grego, *Podstawy i konsekwencje decyzji lekarza o ograniczeniu pacjentowi informacji o jego stanie zdrowia i rokowaniu*, [w:] J. Haberko (red.), R. Kocyłowski, B. Pawelczyk, *Lege artis: problemy prawa*

informacji lub traktuje się go marginalnie⁸ (jedynie M. Grego, M. Świdarska i M. Nesterowicz sygnalizują ten problem⁹). Tymczasem wydaje się, że jest to zagadnienie ważne, gdyż np. w niemieckiej doktrynie prawa podkreśla się, że cała koncepcja „informacji nadmiernej” wypływa z założenia, iż: „(...) potrzeba informowania rozumnego pacjenta w konkretnej sytuacji określa także granice obowiązku informacyjnego. Jeżeli zatem przyjąć, że celem informowania pacjenta jest uzyskanie zrozumienia rodzaju i ryzyka związanego z daną ingerencją, to należy stwierdzić, iż nie zostanie to osiągnięte przez nadmiar informacji”¹⁰. Powyższa konstatacja prowadzi niemieckie piśmiennictwo do sformułowania postulatu, że pacjenta poinformowanego nadmiernie trzeba traktować identycznie, jak pacjenta w ogóle nieuświadomionego¹¹. Można zatem zasadnie postawić pytanie: czy w Polsce lekarz odpowiada (karnie, cywilnie, zawodowo) za udzielenie informacji nadmiernej?

2. Normatywne podstawy lekarskiego obowiązku informacyjnego zawarto w różnego rodzaju aktach prawnych. Szczególne znaczenie należy jednak przypisać regulacjom ustawy z dnia: 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tj. Dz. U. z 2008 r. nr 136,

medycznego, Poznań 2008, s. 54–62; J. Jabłońska, *Prawo do informacyjnego samostanowienia i jego konkretyzacja w relacji lekarz–pacjent*, [w:] *Lege artis...*, s. 63–72; M. Guzowska, *Prawo pacjenta do informacji o stanie zdrowia jako jedno z praw przysługujących w procesie leczenia*, „Przeгляд Sądowy” 2009, nr 9, s. 91–102; I. Bernatek-Zagula, op. cit.; P. Daniluk, *Obowiązek lekarza udzielenia pacjentowi informacji w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3, s. 72–84; P. Daniluk, *Prawo pacjenta do informacji*, „Przeгляд Urologiczny” 2005, nr 6/3, artykuł dostępny w Internecie, www.przeгляд-urologiczny.pl. Data odwiedzin strony 31 kwietnia 2011 r.; T. Dukiet-Nagórska, *Prawo pacjenta do informacji*, „Medicus” 2005, nr 3, artykuł dostępny w Internecie, www.medicus.lublin.pl. Data odwiedzin strony 31 kwietnia 2011 r.; L. Podciechowski, A. Królikowska, J. Hładuńska, J. Wilczyński, *Prawo pacjenta do informacji – aspekty prawne, medyczne i psychologiczne*, „Przeгляд Menopauzalny” 2009, nr 6, s. 308–314; J. Bujny, *Zakres lekarskiego obowiązku informowania pacjenta*, „Anestezjologia i Ratownictwo” 2009, nr 3, s. 225–230; K. Wroński, *Obowiązek lekarzy do informowania chorych o ryzyku i skutkach zabiegu operacyjnego*, „Onkologia Polska” 2008, nr 11, s. 26–28.

⁸ Należy zauważyć, że wątek ten pominięto nawet w przywoływanej już monografii poświęconej prawu pacjenta do informacji autorstwa I. Bernatek-Zaguly.

⁹ M. Świdarska, *Zgoda...*, s. 129–130; M. Nesterowicz, *Prawo...*, s. 169–170; M. Grego, op. cit., s. 58.

¹⁰ Ch. Glatz, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung. Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, Berlin 1998, s. 247.

¹¹ E. Deutsch, A. Spickhoff, *Medizinrecht*, Berlin 2008, s. 205; M. Mayer, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelchäden*, Berlin 2008, s. 502–503; Ch. Glatz, *Der Arzt...*, s. 247.

poz. 857 ze zm., dalej: u.z.l.) oraz 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. nr 52, poz. 417 ze zm., dalej: ustawa o prawach pacjenta albo u.p.p.), które ze względu na zakres normowania oraz przypisywaną im rolę należy traktować jako podstawowe akty prawne w tej dziedzinie¹². Zgodnie z art. 31 ust. 1 u.z.l. „Lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”¹³. Z kolei stosownie do ustawy o prawach pacjenta „Pacjent ma prawo do informacji o swoim stanie zdrowia” (art. 9 ust. 1 u.p.p.) oraz „Pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego ustawowy przedstawiciel mają prawo do uzyskania od lekarza przystępnej informacji o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu” (art. 9 ust. 2 u.p.p.).

¹² Należy jednak wspomnieć, że lekarski obowiązek informacyjny przewidują m.in. art. 12 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. nr 169, poz. 1411 ze zm.), zgodnie z którym „Komórki, tkanki lub narządy mogą być pobierane od żywego dawcy w celu przeszczepienia innej osobie, przy zachowaniu następujących warunków (...) kandydat na dawcę został przed wyrażeniem zgody szczegółowo, pisemnie poinformowany o rodzaju zabiegu, ryzyku związanym z tym zabiegiem i o dających się przewidzieć następstwach dla jego stanu zdrowia w przyszłości przez lekarza wykonującego zabieg oraz przez innego lekarza niebiorącego bezpośredniego udziału w pobieraniu i przeszczepieniu komórek, tkanek lub narządu”, art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz. U. nr 106, poz. 681 ze zm.), który stanowi „Pobieranie krwi jest dopuszczalne przy zachowaniu następujących warunków (...) kandydat na dawcę krwi został w sposób dla niego zrozumiały poinformowany przez lekarza o istocie zabiegu i o możliwych następstwach dla jego stanu zdrowia” czy art. 3 pkt 4 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. nr 111, poz. 535 ze zm.), w myśl którego „Ilekcją przepisów niniejszej ustawy stanowią o (...) zgodzie, oznacza to swobodnie wyrażoną zgodę osoby z zaburzeniami psychicznymi, która – niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego – jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania”. Trzeba także podkreślić, że lekarski obowiązek informowania pacjenta wynika z art. 13 Kodeksu Etyki Lekarskiej, który nakazuje lekarzowi respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu podstawowych decyzji lekarskich dotyczących jego zdrowia.

¹³ Trzeba także wspomnieć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 u.z.l. „Osoba, która ma być poddana eksperymentowi medycznemu, jest uprzednio informowana o celach, sposobach i warunkach przeprowadzenia eksperymentu, spodziewanych korzyściach leczniczych lub poznawczych, ryzyku oraz o możliwości odstąpienia od udziału w eksperymencie w każdym jego stadium”.

3. Zakres udzielanej pacjentowi informacji został określony w art. 9 ust. 1–2 u.p.p. oraz art. 31 ust. 1 u.z.l. Przepisy te przesądzają, że pacjenta trzeba informować o „stanie zdrowia” (art. 9 ust. 1 u.p.p.) oraz o „stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu” (art. 9 ust. 2 u.p.p., art. 31 ust. 1 u.z.l.)¹⁴. Zgodnie z cytowanymi przepisami na informację lekarską składają się: (1) określenie stanu zdrowia, (2) rozpoznanie, (3) proponowane oraz możliwe metody diagnostyczne, (4) proponowane oraz możliwe metody lecznicze, (5) dające się przewidzieć następstwa zastosowania albo zaniechania proponowanych oraz możliwych metod diagnostycznych, (6) dające się przewidzieć następstwach zastosowania albo zaniechania proponowanych oraz możliwych metod leczniczych, (7) wyniki leczenia oraz (8) rokowanie.

W moim przekonaniu dysfunkcjonalność konstrukcji normatywnej art. 31 ust. 1 u.z.l. oraz art. 9 ust. 2 u.p.p. wraz z ukształtowaną na ich podstawie praktyką powodują, że lekarz jest zmuszany do udzielania informacji nadmiernej.

4. Za ilustrację dysfunkcjonalności art. 31 ust. 1 u.z.l. oraz art. 9 ust. 2 u.p.p. niech posłużą dwie sytuacje:

(1) Do lekarza rodzinnego zgłasza się pacjentka, która wybrała guzek w jednej ze swoich piersi. Po przeprowadzeniu badania fizykalnego lekarz potwierdza obecność zmiany. Wiedza medyczna wskazuje, że najczęstsze możliwe rozpoznania to: zmiana nowotworowa, guzek zapalny, gruczolako-włókniak, torbiel, wreszcie zmiana wywołana

¹⁴ Na marginesie rozważań należy zwrócić uwagę, że przepis ten posługuje się terminami funkcjonującymi nie tylko w języku naturalnym, ale również w medycznym. Wypada zatem zaznaczyć, że niektórym słowom w praktyce medycznej nadano specyficzne znaczenie, czasem różne od tego, które posiadają one na gruncie języka naturalnego. Przykładem takiego słowa może być „rozpoznanie”, które w języku medycznym oznacza identyfikację konkretnej jednostki chorobowej lub zespołu objawów chorobowych na podstawie badania lekarskiego lub obserwacji (w tym drugim przypadku mówi się najczęściej o tzw. *Strassendiagnose*). W tym rozumieniu termin ten różni się od znaczenia przypisywanego mu w języku powszechnym, gdzie rozpoznanie definiuje się jako po prostu „stwierdzenie rodzaju choroby” (zob. np. www.sjp.pwn.pl/rozpoznanie. Data odwiedzin strony 31 kwietnia 2011 r.). Jeżeli bowiem przyjąć znaczenie medyczne, to lekarz nie może dokonać rozpoznania, niezbadawszy uprzednio pacjenta. Ma to istotne konsekwencje, gdyż lekarz nie może udzielić pacjentowi informacji o rozpoznaniu bez zbadania go.

zaburzeniami gospodarki hormonalnej. Powstaje w tym momencie pytanie o rozpoznanie, które lekarz przekaze pacjentce. W świetle art. 31 ust. 1 u.z.l. i art. 9 ust. 1–2 u.p.p. poza sporem pozostaje, że musi podać jej „rozpoznanie”, czyli wskazać konkretną jednostkę chorobową, a na tym etapie nie jest to jeszcze możliwe. Żeby uzyskać pewność, co do rodzaju zmiany, konieczne jest wykonanie dalszych badań, w tym najważniejszego – histopatologicznego (na wynik tego badania czeka się za zwyczaj kilka do kilkunastu dni). Powstaje zatem pytanie: czy rozpoznaniem jest brak rozpoznania? Innymi słowy, czy rozpoznanie może ograniczać się do stwierdzenia obecności zmiany w piersi, która wymaga dalszej diagnostyki? Wydaje się, normatywnie rzecz ujmując, że pogląd taki należy odrzucić, gdyż prowadziłby do wydrążenia treści pojęcia „rozpoznanie” – wszak zmiana to nie rozpoznanie, a objaw. W przedstawionej sytuacji problemy jednak się nie kończą: nie znając etiologii zmiany w piersi nie za bardzo można określić proponowane i możliwe metody lecznicze. O ile bowiem stwierdzimy, że lekarz może wymienić wszystkie możliwe metody leczenia (od zmiany diety poprzez mastektomię aż do ewentualnej chemo- i radioterapii) – nawet jeżeli zajmie mu to kolejnych kilka godzin – to jednak nie sposób zobowiązać lekarza do wskazania proponowanych w tym przypadku metod leczenia. Nie może on bowiem zaproponować metody leczenia nieadekwatnej do rozpoznania, którego nie można jeszcze postawić. W konsekwencji również udzielenie informacji o „dających się przewidzieć następstwach ich zaniechania albo zastosowania”, „wynikach leczenia” oraz „rokowaniu” jest na tym etapie niemożliwe.

(2) Do lekarza radiologa zgłasza się pacjentka, skierowana przez lekarza rodzinnego, w celu wykonania RTG klatki piersiowej. Na podstawie wykonanego badania obrazowego radiolog stwierdza u niej atypowe zapalenie płuc. Powstaje zatem pytanie, czy lekarz radiolog, który niewątpliwie wskaże rozpoznanie, ma również proponować dalszą diagnostykę, która w tym przypadku nie musi być już konieczna. Podstawowy problem dotyczy jednak tego, że radiolog ma omówić możliwe metody lecznicze i coś zaproponować. Nie wydaje się to ani zasadne, ani możliwe, gdyż lekarz radiolog nie zna historii choroby pacjentki i nie wie np., czy nie jest ona uczulona na niektóre antybiotyki lub

czy nie była już wcześniej leczona konkretnym antybiotykiem (co jest niezwykle istotne, bo w takim wypadku należałoby zastosować antybiotyk z innej grupy, żeby uniknąć wytworzenia się oporności bakterii). Czy radiolog ma odnosić się do wyników leczenia? Zatem wydaje się niemożliwie, żeby radiolog – nie dysponując pełną wiedzą – mógł wypowiadać się jakie leczenie należy zastosować, tym bardziej zaś nie będzie więc mógł przewidzieć jakie ono przyniesie efekty.

Z powyższych przykładów płynie wniosek, że zrealizowanie obowiązków określonych w ww. przepisach jest w wielu przypadkach niewykonalne lub w niektórych sytuacjach prowadzi do udzielania informacji niesprawdzonych, hipotetycznych, spekulatywnych, jednym słowem takich, które na pewno w części w przyszłości się nie potwierdzą – wydaje się więc, że powyższe można uznać za swoistą odmianę informacji nadmiernej. Równocześnie trzeba zwrócić uwagę, że powstaje istotna wątpliwość: jak ma się zachować lekarz w opisanych sytuacjach? Na to pytanie na gruncie przytoczonych przepisów nie ma odpowiedzi. Poszukiwać jej można dopiero w posłużeniu się wykładnią funkcjonalną oraz topikami prawniczymi (*absurda sunt vitanda, impossibilia nulla obligatio*), które prowadzą do stwierdzenia, że wbrew jednoznacznej językowo wykładni art. 31 ust. 1 u.z.l. oraz art. 9 ust. 2 u.p.p. lekarz powinien dostosować zakres udzielanej informacji medycznej do konkretnej sytuacji¹⁵.

Warto też zwrócić uwagę, że przy takiej konstrukcji normatywnej rozsądny lekarz będzie raczej informował pacjentów w nadmiarze niż ograniczał im zakres udzielanych informacji. Dla każdego lekarza jest bowiem jasne, że czynności medyczne można podjąć po uzyskaniu uświadomionej zgody pacjenta (art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 2 u.z.l.). Równocześnie nie ma zaś żadnych przepisów, z których by wynikało, że lekarz odpowiada za nadmiar informacji (wniosek taki można co najwyżej wyprowadzić z nielicznych orzeczeń Sądu Najwyższego w drodze odpowiednich wnioskowań)¹⁶. Z tego względu twierdzę, że

¹⁵ Por. M. Świdarska, *Zgoda...*, s. 97–99.

¹⁶ Wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r., sygn. akt II CK 134/03 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów); zob. także wyrok SN z: 11 stycznia 1974 r., sygn. akt II CR 732/73 oraz 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt II CSK 2/07 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów).

rozsądny lekarz w praktyce będzie udzielał informacji „na wyrost” po to, żeby nie można mu było zarzucić niewywiązanie się z obowiązku informacyjnego.

5. Jeżeli chodzi o praktykę, ukształtowaną na bazie art. 31 ust. 1 u.z.l. oraz art. 9 ust. 2 u.p.p., to trzeba zacząć od tego, że zakres udzielanej przez lekarza informacji jest określony normatywnie i nie podlega jego swobodnemu uznaniu¹⁷. Niemniej istotne problemy wywołuje posłużenie się przez ustawodawcę w ww. obu przepisach frazą „dających się przewidzieć następstwach”. Analiza językowa tego sformułowania sugeruje, że coś co należy przewidzieć musi być „następstwem”, to znaczy, że pomiędzy zabiegiem operacyjnym, metodą diagnostyki lub leczenia a pewnym zjawiskiem musi zachodzić związek przyczynowy, który pozwoli na stwierdzenie, że X jest następstwem Y (tak jak w zdaniu „następstwem zwiększenia prędkości jest wydłużenie drogi hamowania”). Równocześnie „dające się przewidzieć następstwa” to wszystkie te, które wedle współczesnej wiedzy są możliwe do wskazania. Wynika z tego, że nie ma znaczenia częstotliwość występowania danego następstwa, lecz jedynie to, czy można je opisać za pomocą relacji przyczyna–skutek.

Przyjęcie takiej interpretacji jest jednak skrajnie niekorzystne dla lekarzy i naraża ich na znaczące trudności, gdyż: po pierwsze, jeżeli coś występuje incydentalnie, to trudno stwierdzić, czy jest to następstwo danego zabiegu lub metody diagnostycznej lub leczniczej; po drugie, katalog następstw musiałby być niezwykle rozbudowany i kazuistyczny, a co z tym związane – trudny do ustalenia nawet przez największych znawców danej problematyki.

Właśnie z tych względów w doktrynie prawa zgodnie uznano, że lekarz ma obowiązek wskazać tylko zwykłe, normalne, typowe,

¹⁷ Zob. np. R. Kubiak, *Prawo...*, s. 362; D. Karkowska, *Ustawa...*, s. 154. Pomijam tutaj sytuację tzw. przywileju terapeutycznego – zob. art. 31 ust. 4 u.z.l. („W sytuacjach wyjątkowych, jeżeli rokowanie jest niepomyślne dla pacjenta, lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i o rokowaniu, jeżeli według oceny lekarza przemawia za tym dobro pacjenta. W takich przypadkach lekarz informuje przedstawiciela ustawowego pacjenta lub osobę upoważnioną przez pacjenta. Na żądanie pacjenta lekarz ma jednak obowiązek udzielić mu żądanej informacji”) – więcej na ten temat M. Kapko, [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentyści. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 451 i n.

prawdopodobne następstwa zabiegu operacyjnego lub metody diagnostycznej lub leczniczej¹⁸. Zaprezentowane wyżej stanowisko doktryny prawa znajduje także odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego, który jednoznacznie wskazywał, że nie jest wymagane pouczenie o wszelkich w ogóle możliwych skutkach danego zabiegu, w szczególności zaś lekarz nie musi informować o komplikacjach, które zdarzają się niezmiernie rzadko¹⁹ – udzielanie pacjentowi tego typu informacji może bowiem wpłynąć ujemnie na psychikę chorego, co prowadzi „do bezpodstawnej odmowy wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu albo do zwiększenia ryzyka operacji”²⁰. Jednakże zgodność i jednolitość poglądów doktryny i judykatury w tym względzie nie rozwiązuje wszystkich problemów, jak bowiem trafnie wskazuje A. Górski, powstaje fundamentalny problem „na jakim poziomie zaczyna się typowość skutków i powikłań”²¹. Nie wchodząc w ten spór, już tutaj

¹⁸ „Lekarz nie ma natomiast obowiązku informowania pacjenta o jakichś nadzwyczajnych, nieprzewidywalnych i mało prawdopodobnych skutkach” (M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 176); „(...) nie ma potrzeby obciążać pacjenta wszystkimi szczegółami technicznymi metody leczenia lub zapoznawać go z anormalnymi lub wyjątkowymi komplikacjami, jakie zna medycyna” (J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 143, z powołaniem na B. Lewaszkiwicz-Petrykowską); „Nie ma ani potrzeby, ani możliwości uzmysławiania pacjentowi wszelkich możliwych i najmniej prawdopodobnych skutków ubocznych czy komplikacji związanych z podejmowaniem względem niego działaniami” (T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia...*, s. 36); „(...) lekarz (...) nie jest (...) zobowiązany do informowania o następstwach, które w praktyce są mało prawdopodobne” (A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa...*, s. 68); „Lekarz powinien poinformować pacjenta o celu i rodzaju zabiegu oraz zwykłych jego następstwach, natomiast nie potrzebuje, a często nawet, ze względu na samopoczucie i zdrowie pacjenta, nie powinien zapoznawać go z nietypowymi następstwami, nieobjętymi normalnym ryzykiem podejmowanego zabiegu, które mogą wystąpić w szczególnych wypadkach powikłań” (A. Dyszlewska-Tarnawska, [w:] L. Ogiegło (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 293); por. także: M. Kapko, [w:] *Ustawa...*, s. 456; P. Daniluk, *Obowiązek lekarza udzielania pacjentowi informacji w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3, s. 78; A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 1, s. 45 i n.; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia...*, s. 32 i n.; M. Filar, *Lekarskie...*, s. 266; wyrok SN z 27 sierpnia 1968 r. (sygn. akt I CR 325/68); wyrok SN z 29 października 2003 r. (sygn. akt III CR 134/02); wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r. (sygn. akt II CK 134/03).

¹⁹ Wyroki SN z: 28 sierpnia 1972 r., sygn. akt II CR 296/72 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów); 28 sierpnia 1973 r., sygn. akt I CR 441/73 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów); 1 kwietnia 2004 r., sygn. akt II CK 134/03 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów); 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt II CSK 2/07 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów).

²⁰ Wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r., sygn. akt II CK 134/03 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów); zob. także wyrok SN z: 11 stycznia 1974 r., sygn. akt II CR 732/73 oraz 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt II CSK 2/07 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów).

²¹ A. Górski, *O obowiązku lekarza poinformowania pacjenta i zgodzie pacjenta na zabieg*, „Studia Iuridica” 2001, nr XXXIX, s. 89. Autor ten w dalszej części wyводу słusznie zwraca uwagę, że w różnych systemach prawnych ta typowość jest odmiennie rozumiana (jako przykład służy mu orzecznictwo amerykańskie i niemieckie).

chcę zasygnalizować, że dla określenia obowiązków informacyjnych lekarza nie wystarcza sama znajomość tekstów ustaw – konieczna staje się także dogłębna analiza piśmiennictwa prawniczego i orzecznictwa.

Problemy z wykładnią art. 31 ust. 1 u.z.l. oraz art. 9 ust. 2 u.p.p. nie kończą się jednak na w sumie korzystnej dla lekarzy interpretacji treści tych przepisów, zgodnie z którą nie trzeba informować o wszystkich „dających się przewidzieć następstwach”. Doktryna i orzecznictwo wbrew treści art. 31 ust. 1 u.z.l. i art. 9 ust. 2 u.p.p.²² (choć być może w duchu art. 18 ust. 2 u.p.p.) różnicuje zakres informacji udzielanych pacjentowi z różnych względów. Przykładowo:

– M. Nesterowicz wskazuje, że: „(...) lekarz musi wziąć pod uwagę rodzaj i termin zabiegu, ponieważ inaczej będzie informował pacjenta o zabiegu operacyjnym, a inaczej o lekkim zabiegu innego rodzaju. Inaczej pacjenta, który winien już iść na stół operacyjny, a inaczej takiego, u którego nie istnieje konieczność natychmiastowej operacji”²³. Pogląd ten spotkał się z całkowitą aprobatą w judykaturze, w której nie tylko podkreślono, że „Sposób pouczenia przy odbieraniu zgody na zabieg musi być uzależniony od rodzaju zabiegu”²⁴, ale również podkreślano że: „(...) w sytuacji, gdy za operacją przemawiają jedynie względne wskazania, jest szczególnie niezbędne aby lekarz pouczył pacjenta, że prognozowany zabieg może jednak także wywołać stany zapalne i pogorszenie. Chodzi o to, by pacjent z całą świadomością poddał się zabiegowi, albo z niego zrezygnował, nie chcąc ponosić ryzyka pogorszeń”²⁵. „Jeżeli operacja jest niezbędna dla ratowania życia chorego, lekarz nie powinien udzielać pacjentowi informacji o powikłaniach, które zdarzają się niezmiernie rzadko, ponieważ mogłyby to wpłynąć ujemnie na psychikę chorego i doprowadzić do bezpodstawnej odmowy wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu albo do zwiększenia ryzyka operacji”²⁶ oraz „W sytuacji, w której zachodzi bezwzględna

²² Zob. R. Kubiak, *Prawo...*, s. 362–363.

²³ M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa...*, s. 27–28. Pogląd ten jest – co do zasady – akceptowany w doktrynie prawa. Tak np. M. Kapko, [w:] *Ustawa...*, s. 457; D. Karkowska, *Ustawa...*, s. 156.

²⁴ Wyrok SN z 8 lipca 2010 r. (sygn. akt II CSK 117/10).

²⁵ Wyrok SN z 29 grudnia 1969 r. (sygn. akt II CR 564/69).

²⁶ Wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r. (sygn. akt II CK 134/03).

konieczność operacji, lekarz powinien wyjaśnić pacjentowi jedynie cel i rodzaj operacji oraz zwykle jej następstwa²⁷. Za ugruntowane można zatem uznać, że w utrwalonej praktyce przyjęto, iż obowiązek udzielania informacji jest najszerszy w zabiegach estetycznych, zaś największy w zabiegach ratujących życie²⁸.

– M. Świdarska akcentuje, że udzielając informacji o ryzyku zabiegu lekarz powinien uwzględnić nie tylko ryzyko typowe (i na tym tle istnieją wątpliwości co do rozumienia pojęcia ryzyko typowe, bo, jak zauważa cytowana autorka, „Trzeba się zastanowić, czy lekarz ma obowiązek informowania o typowym ryzyku związanym z niedociągnięciami w funkcjonowaniu zakładu leczniczego (...) należy podnieść, że ryzyka typowe to nie tylko takie, które są następstwami koniecznymi leczenia, ale także takie, które wystąpić mogą choć nie muszą²⁹), ale również takie, które choć rzadkie – czy wręcz incydentalnie – to jednak bardzo poważne w swoich konsekwencjach (np. niewielkie ryzyko utraty życia)³⁰.

– P. Daniluk uważa, że: „(...) w przypadku czynności leczniczych, w ściśle określonych okolicznościach, możliwe jest ograniczenie udzielanej przez lekarza informacji, o tyle przy czynnościach nieleczniczych jest to bezwzględnie zabronione. Brak jest tu bowiem (...) obawy, że nadmiar informacji może zaszkodzić terapii³¹”.

– A. Dudzińska podkreśla, że zakres informacji musi zależeć od osoby, której jej się udziela³².

²⁷ Wyrok SN z 9 listopada 2007 r. (sygn. akt 220/07).

²⁸ Wyroki Sądu Najwyższego z: 28 sierpnia 1972 r., sygn. akt II CR 296/72 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów); 14 listopada 1972 r., sygn. akt I CR 463/72; 28 sierpnia 1973 r., sygn. akt I CR 441/73 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów); 11 stycznia 1974 r., sygn. akt II CR 732/73; 7 marca 1974 r., sygn. akt I CR 43/74; 5 września 1980 r., sygn. akt II CR 280/80; 1 kwietnia 2004 r., sygn. akt II CK 134/03 (wyrok wydany w składzie 3 sędziów). Por. także M. Świdarska, *Zgoda...*, s. 126–152; M. Nesterowicz, *Prawo...*, s. 178; M. Kapko, [w:] *Ustawa o zawodach...*, s. 457; M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2008, s. 190. Krytycznie o tym stanowisku P. Daniluk, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 września 2005 r.*, „Palestra” 2007, nr 5–6, s. 322.

²⁹ M. Świdarska, *Zgoda...*, s. 138–139.

³⁰ *Ibidem*, s. 140.

³¹ P. Daniluk, *Glosa do...*, s. 322.

³² A. Dudzińska, *Wymagana informacja udzielana pacjentowi*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 8, s. 92. Stanowisko to podziela także D. Karkowska: „Na zakres przekazywanych pacjentowi informacji niewątpliwie wpływ ma konkretna sytuacja osobista lub zawodowa” – też, *Ustawa...*, s. 156.

– Wreszcie A. Dyszlewska-Tarnawska wprost stwierdza, że: „Wpływ na zakres informacji udzielanych pacjentowi będą miały takie okoliczności, jak: prognozy, rokowania na przyszłość, pilność zabiegu, stan psychiczny chorego, jego inteligencja, wrażliwość, które również powinny zostać przez lekarza uwzględnione”³³.

Aby uwzględnić wszystkie powyższe okoliczności, a do tego jeszcze normalnie pracować, lekarz musiałby być nietzscheańskim nadczołwiekiem. Poza tym zakres udzielanych pacjentowi informacji jest dość trudny do ustalenia. Tym samym nawet znający doktrynę i orzecznictwo sądowe lekarz nie ma pewności, czy *a casu ad casum* udzielił pacjentowi wystarczającej informacji. Można zatem dowodzić, że prawo oraz ukształtowana na jego bazie praktyka, która posługuje się wyjątkowo nieostrymi pojęciami, nie dają jednej, jednoznacznej i jasnej odpowiedzi na to, jaki jest zakres informacji, którą należy udzielić pacjentowi.

Z tego względu racjonalny lekarz – wiedząc, iż niedobór informacji prowadzi nieuchronnie do zaprzeczenia stanu uświadomienia przy udzielaniu zgody i w konsekwencji do odpowiedzialności prawnej – będzie chciał przedstawić pacjentowi taką informację, która na pewno nie zostanie uznana za niewystarczającą. Stąd łatwo jest przekroczyć zakres informacji, który powinien być udzielony. Tym samym udzielanie nadmiernej informacji musi być traktowane jako remedium na brak jednoznacznej regulacji oraz zarzut niedoinformowania pacjenta.

6. Powyższe rozważania nie tylko prowadzą do wniosku, że należy zgłosić postulat zmiany omawianych przepisów³⁴, lecz także pozwalają na ustosunkowanie się do zagadnienia informacji nadmiernej. Przed tym jednak należy określić rozumienie tego wyrażenia, które nie jest wcale jednoznaczne. W polskiej doktrynie prawa, co już wskazywano, do problemu informacji nadmiernej nawiązują M. Świdorska oraz M. Nesterowicz, którzy – jak się wydaje – przyjmują, że „informacja

³³ A. Dyszlewska-Tarnawska, [w:] *Ustawa...*, s. 293; por. także A. Fiutak, *Prawo...*, s. 70; U. Drozdowska, W. Wojtal, *Zgoda i informowanie pacjenta*, Warszawa 2010, s. 54.

³⁴ Uważam, że przepisy te powinny brzmieć: „Lekarz, o ile jest to w danej sytuacji możliwe, ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”.

nadmierna” to taka, która może doprowadzić do wyrządzenia pacjentowi szkody (np. odmowy poddania się zabiegowi ratującemu życie)³⁵. Należy jeszcze odnotować, że o informacji nadmiernej wspomniała M. Grego, która zdaje się jednak łączyć tę instytucję z informacją, której pacjent nie chciał otrzymać (art. 31 ust. 3 u.z.l.)³⁶. W celu uzupełnienia tego, czym informacja nadmierna jest, należy jednak sięgnąć do piśmiennictwa niemieckojęzycznego, w którym wątek ten jest szerzej omawiany. Jedni z czołowych przedstawicieli doktryny prawa medycznego w Niemczech E. Deutsch i A. Spickhoff wskazują, że informacja nadmierna to taka, której pacjent nie jest w stanie przetworzyć³⁷. Z kolei M. Mayer twierdzi, że informacja nadmierna to taka, która wywołuje fałszywe wrażenie niebezpieczeństwa związanego z daną terapią medyczną³⁸, zaś K. Schmoller uważa, iż informacja nadmierna to informacja wywołująca obawę wywołania poważnych szkód³⁹. M. Haag uznaje za informację nadmierną wyłącznie taką, która prowadzi do podlegającego odpowiedzialności karnej stanu faktycznego (pacjent na przykład popada w depresję i podejmuje próbę samobójczą)⁴⁰.

Jak można zauważyć, definicje informacji nadmiernej opisują ją poprzez pryzmat skutków, do których może ona prowadzić. Wskazywanymi najczęściej skutkami są brak możliwości zrozumienia ryzyka zabiegu przez pacjenta oraz wyrządzenie sobie przez niego szkody. W świetle tych definicji jako nadmierną informację kwalifikować można by było wyłącznie taką, która rzeczywiście wywarła pewien niekorzystny skutek. W tym kontekście należy zauważyć, że nawet samo rozpoznanie w przypadku niektórych chorób (np. HIV, nowotwory) może prowadzić do niekorzystnych dla pacjenta skutków (np. szoku, depresji, próby samobójczej). Czy zatem w tym świetle informacja o rozpoznaniu może być uznana za nadmierną? Wydaje się, że nie. Przypisanie skutkom in-

³⁵ M. Świdarska, *Zgoda...*, s. 129–130; M. Nesterowicz, *Prawo...*, s. 169–170.

³⁶ M. Grego, *op. cit.*, s. 58.

³⁷ E. Deutsch, A. Spickhoff, *Medizinrecht*, Berlin 2008, s. 205.

³⁸ M. Mayer, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, Berlin 2008, s. 502.

³⁹ K. Schmoller, [w:] T. Mayer-Maly, E. Prat (Herausg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Wien 1998, s. 80.

⁴⁰ M. Haag, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Ärzten und medizinischem Hilfspersonal*, Norderstedt 2003, s. 64–65.

formacji znaczenia rozstrzygającego prowadzi moim zdaniem do pełnej subiektywizacji i ogromnej kazuistyki. Paradoksalnie bowiem ten sam zakres informacji może być dla jednego pacjenta nadmierny, a dla innego zbyt wąski (i wtedy też podlega odpowiedzialności). Równocześnie trzeba pamiętać, że o ile lekarz ma możliwość badania ciała pacjenta, to nie ma jednak narzędzi do określania stanu jego psychiki i emocji, poza sytuacjami, w których się one uzewnętrzniają. Z tego względu antycypowanie przez lekarza, jaki dana informacji wywrze na pacjencie skutek, jest bardzo utrudnione, by nie napisać – niemożliwe.

7. Prowadzone dotychczas rozważania wskazują, że lekarz nie może odpowiadać za udzielenie informacji nadmiernej z dwóch powodów: *primo*, konstrukcja normatywna obowiązku informacyjnego lekarza jest obecnie wadliwa, co implikuje udzielanie przez lekarzy informacji nadmiernych; *secundo*, zaprezentowane powyżej rozumienie pojęcia „informacji nadmiernej” i podjęte próby jego wyjaśniania wskazują, że termin ten jest trudno definiowalny, a poszczególni autorzy odwołującą się do różnych wzorców – jest to niezdolność pacjenta do przetworzenia informacji (E. Teutsch, A. Spickhoff), stworzenie (fałszywej) obawy u pacjenta (M. Mayer, K. Schmoller) czy też wyrządzenie pacjentowi szkody (M. Nesterowicz, M. Świdorska, M. Haag). Tak więc już sama trudność w zdefiniowaniu informacji nadmiernej wyklucza w obecnym stanie prawnym odpowiedzialność za jej udzielenie, gdyż oznacza ona niesprecyzowanie granic odpowiedzialności.

Powyższe pozwala na sformułowanie wniosku, że *de lege lata* lekarz nie może zostać pociągnięty do odpowiedzialności (karnej, cywilnej, zawodowej) za udzielenie informacji nadmiernej.

8. Na koniec należy dodać, że za tezę, iż lekarz nie odpowiada za udzielenie informacji nadmiernej, przemawia szereg argumentów natury funkcjonalnej, z których przedstawię tylko trzy. Tak więc trzeba zauważyć, że:

– Lekarz zawsze udziela informacji w pewien sposób uśrednionej, co wynika z dwóch okoliczności: po pierwsze, u każdego człowieka zakres informacji potrzebnych do uzyskania świadomości – co jest celem

informowania pacjenta⁴¹ – jest odmienny; zależy on bowiem nie tylko od wykonywanego zawodu, wykształcenia, doświadczenia życiowego, stanu psychiczno-fizycznego czy inteligencji, lecz także od konkretnego przypadku (bezsparnie można bowiem zauważyć, że przypadek przypadkowi nierówny, a z natury rzeczy wynika, że np. znacznie szersze musi być omówienie konsekwencji pomostowania naczyń wieńcowych niż założenia opatrunku gipsowego); po drugie, lekarz nie jest w stanie ustalić wszystkich okoliczności – choćby doświadczenia życiowego, inteligencji czy – czasami – stanu psychicznego pacjenta.

– Sytuacja, w której dochodzi do informowania pacjenta, jest przeważnie bardzo specyficzna. Cechuje ją bowiem: znaczne skomplikowanie materii oraz niezależne od lekarza ograniczenie czasu, który może on poświęcić pacjentowi (zarówno w ramach podstawowej opieki zdrowotnej, jak i w przypadku leczenia zamkniętego, gdzie presja czasu ulega jeszcze spotęgowaniu ze względu na procedurę udzielania świadczeń zdrowotnych). Z tego powodu rzetelne przedstawienie pewnych mechanizmów związanych z niektórymi jednostkami chorobowymi może być niezwykle trudne i czasochłonne, gdyż może wymagać od lekarza odwołania się do podstaw wiedzy – których pacjent wszak może nie mieć – np. z zakresu chemii, biologii, fizjologii i anatomii (jak bowiem szybko, jasno i prosto wyjaśnić pacjentowi przebieg i skutki chemioterapii lub pankreatoduodenektomii?)⁴².

– Jak słusznie zauważał L. L. Fuller, „Trudno oddzielić to co bardzo trudne od tego co niemożliwe”⁴³. Jeżeli więc nie ma jasnej reguły, wskazującej zakres informacji, której należy w danym wypadku udzielić (jak już wskazano, zależy on od subiektywnej oceny takich okoliczności jak: cel zabiegu, ryzyko związane z zabiegiem, charakter zabiegu czy osoby pacjenta), to nie można wymagać od lekarza niemożliwego, tj. tego, żeby w danym wypadku informacja była idealna, nie za wąska i nie nadmierna.

⁴¹ I. Bernatek-Zagula, *Prawo...*, s. 63; D. Karkowska, *Ustawa...*, s. 150; A. Dyszlewska-Tarnawska, [w:] *Ustawa...*, s. 292; A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa...*, s. 63–64; M. Śliwka, *Prawa...*, s. 181.

⁴² Jeżeli jakiś prawnik uważa, że przedstawienie pewnych medycznych spraw jest proste, to niech dokona próby wytłumaczenia czym – w sensie prawnym – jest zgoda pacjenta (odsylam do przypisu 2) i jakie to ma implikacje. Będzie to doskonały odpowiednik trudności, z którymi boryka się na co dzień lekarz.

⁴³ L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 67.

Natalia Karczewska

Regulacja prawna odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego i lekarza w Chinach

Nie zdarza się, aby w kodeksach cywilnych lub w kodeksach zobowiązań regulowano obowiązki i odpowiedzialność zakładu leczniczego i lekarza (personelu medycznego). Obowiązki lekarza i zakładu zawarte są przeważnie w szczególnych ustawach (jak np. w Polsce w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry, 1996 r., w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, 2008 r., ustawie o ochronie zdrowia psychicznego, 1994, ustawie o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, 2005, i innych), a odpowiedzialność cywilna za wyrządzoną pacjentowi szkodę jest oparta na ogólnych zasadach prawa odszkodowawczego i rozwijana przez orzecznictwo sądowe. Tymczasem w Chińskiej Republice Ludowej odpowiedzialność zakładu i lekarza (personelu medycznego) (jako *Liability for Damages to Medical Malpractice*) została unormowana w prawie czynów niedozwolonych (*Chinese Tort Liability Law*), uchwalonym dnia 26 grudnia 2009 r., który wszedł w życie z dniem 1 lipca 2010 r.

Rozdział VII (art. 54–64)

Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy leczeniu¹

Artykuł 54: Zakład leczniczy ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą w przypadku, gdy pacjent doznał szkody podczas diagnozowania lub leczenia z winy zakładu lub personelu medycznego.

Artykuł 55: Podczas czynności diagnostycznych i leczniczych personel medyczny wyjaśnia pacjentowi istotę choroby i odpowiednie postępowania medyczne. W razie konieczności dokonania operacji, specjalistycznego badania lub specjalistycznego leczenia, personel medyczny w czasie właściwym informuje pacjenta o ryzyku, alternatywnych metodach leczenia oraz udziela innych informacji, aby otrzymać pisemną zgodę pacjenta lub, jeśli udzielenie informacji pacjentowi jest niemożliwe, udziela informacji bliskim krewnym pacjenta, aby otrzymać od nich pisemną zgodę.

Zakład leczniczy ponosi odpowiedzialność, jeżeli pacjent dozna szkody w wyniku niedopełnienia przez personel medyczny obowiązków, o których mowa w poprzednim paragrafie.

Artykuł 56: W nagłych przypadkach, gdy nie można otrzymać zgody pacjenta lub jego bliskiego krewnego, podjęcie niezbędnych postępowań medycznych jest możliwe niezwłocznie za zgodą dyrektora zakładu leczniczego lub innej upoważnionej osoby odpowiedzialnej.

Artykuł 57: Jeśli członek personelu medycznego naruszy obowiązujące w danym czasie standardy diagnostyki i leczenia i wyrządzi przez to szkodę pacjentowi, zakład leczniczy ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą.

¹ Rozdział ten został przetłumaczony przez mgr Natalię Karczewską z języka angielskiego, a tłumaczenie zaakceptowane przez prof. Mirosława Nesterowicza (z języka chińskiego tłumaczenia dokonali Helmut Koziol, profesor Uniwersytetu w Wiedniu i dyrektor European Centre of Tort and Insurance Law, i Yan Zhu, profesor i dyrektor Instytutu Comparative Research of Chinese and European Private Law Renmin Law School). Tekst angielski został opublikowany w czasopiśmie Journal of European Tort Law t. 1/2010, nr 3, a zezwolenie na tłumaczenie na język polski i publikację wyłącznie w kwartalniku „Prawo i Medycyna”, bez prawa do dalszych przedruków, udzielił wydawca De Gruyter (Berlin, RFN).

Artykuł 58: Domniemywa się winę zakładu leczniczego w przypadku:

- 1) naruszenia prawa, przepisów administracyjnych lub jakichkolwiek innych regulacji dotyczących procedur oraz standardów diagnostyki i leczenia,
- 2) zatajenia lub odmowy dostępu do dokumentacji medycznej, albo
- 3) podrabiania, przerabiania lub niszczenia dokumentacji medycznej.

Artykuł 59: Jeśli szkoda, której doznał pacjent, jest spowodowana zastosowaniem wadliwego leku, środka odkażającego lub narzędzia medycznego albo transfuzją krwi niespełniającej standardów, pacjent może żądać odszkodowania od producenta albo instytucji dostarczającej krew albo od zakładu leczniczego. W przypadku, gdy pacjent żąda odszkodowania od zakładu leczniczego, zakład leczniczy, który spełnił świadczenie, ma roszczenie regresowe do producenta albo instytucji dostarczającej krew.

Artykuł 60: Zakład leczniczy nie ponosi odpowiedzialności za szkodę, której doznał pacjent, jeśli:

- 1) pacjent lub jego bliski krewny nie współdziałają z zakładem leczniczym w zakresie diagnostyki i leczenia zgodnie z przyjętymi standardami i procedurą,
- 2) personel medyczny dopełnił obowiązku podjęcia rozsądnych działań medycznych w nagłych przypadkach, albo
- 3) diagnoza i leczenie pacjenta jest trudne w aktualnym stanie wiedzy medycznej.

W sytuacji, o której mowa w punkcie 1., zakład leczniczy ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą, jeśli zakładowi lub personelowi medycznemu można przypisać winę.

Artykuł 61: Zakład leczniczy prowadzi i należyście przechowuje rejestr przyjęć do zakładu, skierowań na badania, wyników badań, przeprowadzonych zabiegów operacyjnych i anestezyjnych, patologii, dokumentację opieki pielęgniarskiej, ewidencję wydatków medycznych oraz inną dokumentację medyczną zgodnie z odpowiednimi przepisami.

Zakład leczniczy udostępnia dokumentację medyczną do wglądu lub poprzez sporządzenie kopii na żądanie pacjenta.

Artykuł 62: Zakład leczniczy i personel medyczny jest zobowiązany do poszanowania prywatności pacjenta. Jeśli jakiegokolwiek poufne informacje dotyczące pacjenta zostaną ujawnione lub jakiegokolwiek dane z historii choroby pacjenta zostaną podane do publicznej wiadomości bez jego zgody, wyrządzając pacjentowi szkodę, zakład ponosi odpowiedzialność deliktową.

Artykuł 63: Zakład leczniczy i personel medyczny nie dokonują badań, które nie są konieczne, a stanowiłyby naruszenie procedur oraz standardów diagnostyki i leczenia.

Artykuł 64: Prawo chroni uzasadnione interesy zakładu leczniczego oraz personelu medycznego. Każdy, kto narusza porządek systemu opieki medycznej lub utrudnia pracę lub życie personelu medycznego, ponosi odpowiedzialność prawną.

Komentarz

Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu ma w Chinach charakter deliktowy², przesłanką jest wina zakładu leczniczego (lekarza, personelu medycznego) podczas diagnostyki lub leczenia, którą pacjent powinien udowodnić, z wyjątkiem domniemania winy w sytuacjach wymienionych w art. 58. Winą jest także naruszenie przez personel medyczny obowiązujących standardów diagnostyki i leczenia (art. 57). Jeżeli jednak szkoda została spowodowana na skutek zastosowania wadliwego leku, środka odkażającego, narzędzia medycznego, niewłaściwej krwi (w tym zakażonej), jest to wtedy „odpowiedzialność za produkt”, oparta na zasadzie ryzyka. Wówczas odpowiedzialność

² O wcześniejszych regulacjach – zob. H. Koziol, Yan Zhu, *Backgrounds and Key Contents of the New Chinese Tort Liability Law*, Journal..., jw., s. 355.

producenta, instytucji dostarczającej krew, zakładu leczniczego jest solidarna³. Jeżeli zakład zapłacił poszkodowanemu odszkodowanie ma wówczas regres o zwrot świadczenia wobec producenta czy instytucji dostarczającej krew. Regulacja ta jest zbliżona do europejskiej, będącej wynikiem implementacji przez państwa członkowskie Unii Europejskiej Dyrektywy EWG nr 374/85 z 25 VII 1985 r. o odpowiedzialności za wadliwe produkty. W Polsce według art. 4491 i art. 4495 k.c. odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez wadliwy produkt ponosi jego producent (dystrybutor, dostawca, importer), natomiast szpital, jeśli lek jest wytwarzany w aptece szpitalnej (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 10 V 2001 r., D. 2001.1. comm. 3065) albo, gdy szpitalowi można przypisać winę (np. niewłaściwe zastosowanie leku)⁴.

Odpowiedzialność za produkt została unormowana w art. 41–47 chińskiego prawa czynów niedozwolonych i jest wzorowana na Dyrektywie 85/374, o czym świadczą wcześniejsze regulacje *The Product Quality Law* (1993 ze zm. w 2008 r.), *Chinese Consumer Protection Law*, *Chinese Food Safety Law* (2009)⁵. W porównaniu do Dyrektywy wzmacnia znacznie ochronę konsumenta. Art. 47 przewiduje, że jeżeli producent lub sprzedawca zna wadę produktu i kontynuuje jego wytwarzanie lub sprzedaż, a wada ta powoduje śmierć albo poważną szkodę dla zdrowia innej osoby, poszkodowany może żądać odpowiedniego karnego odszkodowania (*punitive compensation*). Przenosząc to na „grunt medyczny” można powiedzieć, że jeżeli szpital stosuje lub sprzedaje lek, o którym wie, że jest wadliwy, a lek ten spowoduje śmierć lub poważną szkodę cielesną dla pacjenta, to niezależnie od odszkodowania kompensacyjnego, poszkodowany (pacjent, a w razie jego śmierci osoba bliska) może żądać zapłaty odszkodowania karnego solidarnie od szpitala i producenta. Według szeroko przyjętej opinii odpowiednie odszkodowanie karne nie powinno przekraczać trzykrotnej wysokości rzeczywistej szkody⁶.

³ Ibidem, s. 356. Autorzy podkreślają, że motywem tak ostrej odpowiedzialności zakładu jest fakt, że budżety wielu szpitali zależą w znacznym stopniu od sprzedaży leków pacjentom.

⁴ Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. IX, Toruń 2010, s. 450–451.

⁵ Podaje za H. Koziol, Yan Zhu, op. cit., s. 350 i n.

⁶ Ibidem, s. 352.

Lekarz może dokonać interwencji medycznych tylko za „poinformowaną” zgodą pacjenta lub jego bliskich, a w przypadkach nagłych, gdy uzyskanie zgody jest niemożliwe (np. gdy pacjent jest nieprzytomny) za zgodą dyrektora zakładu leczniczego lub innej upoważnionej osoby odpowiedzialnej (art. 56). Przepis ten jest dość ogólny, nie ogranicza zakresu informacji, gdyż mówi się także o „innych informacjach”, a więc odpowiednich w danych okolicznościach; niewątpliwie jednak zawsze lekarz musi poinformować pacjenta (lub jego bliskich krewnych) o ryzyku operacji, specjalistycznego badania lub specjalistycznego leczenia (można sądzić, że też łączących się z ryzykiem) oraz o alternatywnych metodach leczenia, a więc niemających charakteru operacji i o mniejszym ryzyku.

Art. 60 wyłącza odpowiedzialność zakładu leczniczego za szkodę doznaną przez pacjenta, jeżeli brak jest współdziałania w leczeniu ze strony pacjenta lub jego bliskich, gdy personel medyczny dopełnił obowiązku podjęcia rozsądnych działań w nagłych przypadkach oraz gdy diagnoza i leczenie jest trudne w aktualnym stanie wiedzy medycznej. To ostatnie nie wyjaśnia jednak, o jaki stan wiedzy medycznej chodzi, można sądzić, że o przeciętny, dostępny lekarzowi, chyba że dotyczy to szpitali i klinik specjalistycznych, gdzie poziom wiedzy powinien być wyższy z uwzględnieniem nowoczesnej nauki i praktyki medycznej oraz tradycyjnej chińskiej medycyny. Tę regulację będzie musiało wyjaśnić orzecznictwo. Jednak przy braku współdziałania pacjenta, odpowiedzialność zakładu będzie miała miejsce, jeśli można zakładowi (personelowi medycznemu) przypisać winę.

Charakterystyczne jest unormowanie zabraniające dokonywania niepotrzebnych (niekoniecznych) badań, które stanowiłyby naruszenie procedur oraz standardów diagnostyki i leczenia (art. 63). Prawdopodobnie mieścić się tu będą także badania naukowe o charakterze eksperymentalnym.

Na uwagę zasługuje przepis dotyczący ochrony prywatności pacjenta, ochrony danych i informacji medycznych jego dotyczących, tajemnicy lekarskiej, pod rygorem odpowiedzialności za szkodę doznaną przez pacjenta w razie ujawnienia tych informacji (art. 62).

Zakład leczniczy ma obowiązek prowadzenia i przechowywania dokumentacji medycznej oraz udostępnienia jej pacjentowi (art. 61). Można przypuszczać, że szczegółowe zasady zostaną określone przez Ministra Zdrowia.

Obcym „wtrętem” w tym rozdziale jest przepis o ochronie uzasadnionych interesów zakładu leczniczego i personelu medycznego (art. 64). Nie mówi się tu o szkodzie, a tylko o odpowiedzialności prawnej za naruszenie tych interesów (naruszenie porządku systemu opieki medycznej, utrudnianie pracy lub życia personelu medycznego). Przepis ten ma bardziej charakter karnoprawny niż cywilnoprawny.

Aleksandra Komar, Piotr Szenk

Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej pacjentowi w stanie nietrzeźwym, który odmawia przyjęcia tejże pomocy, a odpowiedzialność karna lekarza z art. 162 § 1 kk.

Decyzja o podjęciu lub zaniechaniu leczenia jest niewątpliwie jednym z głównych dylematów, z którymi stykają się lekarze praktycy. Jak słusznie zauważa A. Górski, dylemat ten opiera się na prawnym i etycznym wartościowaniu dóbr, takich jak życie i zdrowie pacjenta z jednej strony, a autonomia pacjenta, bezpieczeństwo ogólne czy interesy ekonomiczne w procesie leczenia z drugiej strony¹. Pamiętać przy tym należy, że zgodnie z obecnie obowiązującymi uregulowaniami, obowiązek udzielenia pomocy przez lekarza zawsze konfrontowany jest z wolą pacjenta². Treść art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 1997 r. nr 28, poz. 152), który stanowi, że „lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub

¹ A. Górski, *Leczyć czy nie leczyć? Dylematy podejmowania leczenia z punktu widzenia konfliktu dóbr*, [w:] Polska Akademia Umiejętności Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, Księga dedykowana dr Ewie Weigend pod red. S. Waltośa, Rok XV: 2011, Kraków 2011.

² Art. 30 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 1997 r. nr 28, poz. 152).

ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”, należy odczytywać bowiem zgodnie z art. 32 ust. 1 przedmiotowej ustawy, w świetle którego: „Lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta”. Przy czym pojęcie „badanie” rozumieć należy jako najbardziej podstawową postać czynności lekarza, polegającą na oględzinach ciała i badaniu fizykalnym³. M. Safjan określa badanie jako czynności medyczne rutynowe i nie stwarzające ryzyka⁴. Nie sposób nie zgodzić się w tym miejscu z T. Dukiet – Nagórką, że: „Istniejące obecnie brzmienie ustawy nakazuje przyjąć, że oględziny ciała i badanie fizykalne stanowią badanie w jej rozumieniu. Wobec tego jest oczywistym, że wszelkie podejmowane przez lekarza działania, poza czysto werbalnymi, wymagają zgody pacjenta”⁵.

Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy stanowi nadto jedną z przesłanek legalności czynności leczniczych. Zgodnie bowiem z art. 192 Kodeksu karnego z 1997 roku (Dz. U. z 1997 r. nr 88, poz. 553) popełnia przestępstwo ten, kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta.

Patrząc na sprawę z punktu widzenia lekarza praktyka i celów medycyny należy postawić pytanie, dlaczego ustawodawca gwarantuje pacjentowi możliwość decydowania o tym, w jaki sposób i czy w ogóle chce być leczony, skoro lekarz ratować ma dobra pacjenta o obiektywnie najwyższej wartości, tj. jego życie i zdrowie?

Odpowiadając na to pytanie, za A. Liszewską⁶ i A. Zollem⁷, stwierdzić należy, że wolna wola człowieka do decydowania o własnym losie

³ T. Dukiet-Nagórką, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6–7, vol. 2.

⁴ M. Safjan, *Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, „Prawo i Medycyna”, Oficyna Naukowa, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 1998, s. 45.

⁵ T. Dukiet-Nagórką, *Świadoma zgoda pacjenta...*

⁶ A. Liszewska, *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1.

⁷ A. Zoll, *Zgoda pacjenta jako warunek legalności leczenia*, Pro medico Biuletyn Okręgowej Izby Lekarskiej w Katowicach, listopad 1996.

stanowi podstawę ustroju demokratycznego. Ochrona zatem prawa do samostanowienia, w tym prawa do decydowania o poddaniu się bądź nie badaniu lub terapii lekarskiej, jest obowiązkiem ustawodawcy, co też ten uczynił wprowadzając odpowiednie regulacje zarówno na gruncie Kodeksu karnego, jak i lekarskich ustaw zawodowych.

Skoro ustaliliśmy już zatem, że to do pacjenta należy decyzja, czy danemu badaniu lekarskiemu podda się czy też nie, przejść możemy do przedmiotu niniejszej publikacji, a mianowicie rozważenia kwestii, kiedy brak zgody na poddanie się badaniu lekarskiemu przez pacjenta jest dla lekarza wiążący. Wiążący w tym sensie, że w razie nieudzielenia pomocy takiemu pacjentowi lekarzowi nie będzie grozić odpowiedzialność karna z tytułu art. 162 § 1 k.k.

Oczywiście sytuacji, w których brak zgody na zabieg lub badanie samego pacjenta, jak i jego przedstawiciela ustawowego, wystąpić może w praktyce niezliczona ilość, z całą swą życiową różnorodnością. W przedmiocie rozważań autorów niniejszego artykułu pozostaje jednak jedynie kwestia związania lekarza brakiem zgody na zabieg leczniczy lub badanie lekarskie pacjenta pełnoletniego, zdrowego psychicznie, który znajduje się pod wpływem alkoholu lub innego środka odurzającego, a który trafia na szpitalną izbę przyjęć.

W powyższej sytuacji problemem wydaje się stan, w którym pacjent takowy się znajduje oraz postawienie lekarza, do którego pacjent taki został skierowany, w sytuacji, w której w zaledwie kilka minut, bez specjalistycznego sprzętu, a jedynie tzw. „gołym okiem”, ocenić musi stan świadomości pacjenta, a także przyczyny oraz skutki wprawienia się przez niego w stan nietrzeźwości. Dodać należy, że pacjent nietrzeźwy to często osoba agresywna.

Zgodnie z art. 31 ust. 6 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry lekarz ma obowiązek udzielać bezpośrednio pacjentowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania

albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu, chyba, że pacjent nie ukończył 16 lat, jest nieprzytomny lub niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji. Ustawa nie konkretyzuje przy tym, co rozumieć przez „niezdolnego do zrozumienia znaczenia informacji”. W doktrynie przyjmuje się, że jest to taki stan zdrowia pacjenta, który stoi na przeszkodzie odbieraniu przezeń bodźców z otoczenia i reagowania w sposób adekwatny (będzie to zatem np. osoba nietrzeźwa, pozostająca w stanie odurzenia narkotycznego lub lekowego czy też cierpiąca na schorzenia, które ograniczają sprawność intelektualną)⁸. Zgodę na badanie bądź brak tej zgody może zatem wyrazić poinformowany o konsekwencjach wykonania lub nie konkretnego badania pacjent, „którego stan zdrowia pozwala na przyjęcie ze zrozumieniem informacji, decyzji co do poddania się określonym działaniom medycznym lub co do odmowy poddania się im”⁹. Podkreślić przy tym należy, że ocena, co do tego, czy pacjent znajduje się w odpowiednim stanie fizycznym i psychicznym by decydować o wyrażeniu bądź nie zgody na badanie, należy do lekarza. Wobec tego stwierdzić należy za M. Safjanem, że ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentystry powinna być w tym punkcie interpretowana możliwie restrykcyjnie: „brak zdolności do świadomego wyrażenia zgody należy rozumieć jako stan w zasadzie pełnego braku świadomości, a nie tylko utrudnionego kontaktu ze światem zewnętrznym lub ograniczonej percepcji”¹⁰. Trudno bowiem wymagać od lekarza, który staje przed obowiązkiem dokonania oceny stanu świadomości pacjenta, aby najczęściej w zaledwie kilka minut, mógł zweryfikować poziom zrozumienia pacjenta w kwestii przekazanej mu informacji o stanie jego zdrowia; zwłaszcza w sytuacji, w której pacjent, mimo udzielenia tejże informacji, odmawia poddania się badaniu lekarskiemu.

W przypadku, gdyby zgody na poddanie się badaniu lekarskiemu odmówił pełnoletni pacjent, zdrowy psychicznie, niebędący pod

⁸ T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta...*

⁹ Op. cit.

¹⁰ M. Safjan, *Ochrona...*, „Prawo i Medycyna”, s. 43.

wpływem alkoholu lub innych środków odurzających, zgodnie z art. 30 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, lekarz taki nie mógłby przeprowadzić danego badania¹¹, a wynikię stąd nieudzielenie pomocy nie stanowiłoby wypełnienia znamion czynu zabronionego, spenalizowanego w art. 162 § 1 k.k. W tym przypadku brak zgody pacjenta byłby bowiem świadomym wyrażeniem przez niego oświadczenia woli. Oczywiście, co ważne, tylko wówczas, gdy lekarz, stosownie do dyspozycji art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, uprzedzi pacjenta o konsekwencjach wynikających z niepoddania się takiemu badaniu lub zabiegowi¹². Zdaniem B. Janiszewskiej, z którym nie sposób się nie zgodzić: „Nie budzi wątpliwości, że takie skuteczne oświadczenie wyklucza legalne podjęcie przez lekarza interwencji medycznej. Jeśli pełnoletni, świadomy pacjent nie zgodził się na udzielenie mu pomocy lekarskiej, w świetle uregulowanych w ustawie zasad niesienia takiej pomocy trzeba stwierdzić, że lekarz nie tylko nie ma obowiązku, lecz wręcz nie może wykonać czynności, której dotyczył sprzeciw”¹³.

W tym miejscu wskazać należy, że za B. Janiszewską¹⁴ i M. Nesterowiczem¹⁵, autorzy niniejszego artykułu zgodę pacjenta na poddanie się badaniu lekarskiemu, jak również wyrażenie braku tej zgody uznają za oświadczenie woli, w rozumieniu art. 60 Kodeksu cywilnego¹⁶. Zgod-

¹¹ Patrz też: B. Janiszewska, *Obowiązek informacyjny a odmowa zgody na hospitalizację (uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 23.II.2007 r., IV CSK 240/07)*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 2, vol. 11.

¹² Por. J. Kulesza, *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy, a lekarski obowiązek udzielania pomocy*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, vol. 7: „Jeżeli pacjent jest pełnoletni i posiada zdolność do świadomego wyrażenia woli, dokonanie zabiegu leczniczego dopuszczalne jest tylko za jego zgodą (art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1). Oznacza to, że jeśli sprzeciwia się on zabiegowi, nawet ratującemu życie, należy taki sprzeciw uszanować”. Autor ten podkreśla jednocześnie, że: „(...) pacjent musi posiadać uwarunkowaną stanem psychicznym i fizycznym zdolność do niewadliwego podjęcia i wyartykułowania decyzji woli w postaci sprzeciwu”.

¹³ B. Janiszewska, *Obowiązek informacyjny a odmowa zgody na hospitalizację (uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 23.II.2007 r., IV CSK 240/07)*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 2, vol. 11.

¹⁴ Op. cit.

¹⁵ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 1996, s. 53; autor ten traktuje zgodę jako oświadczenie woli, do którego można stosować przepisy kodeksu cywilnego o wadach oświadczenia woli, a zwłaszcza brak świadomości w powzięciu decyzji i wyrażeniu woli oraz błęd.

¹⁶ Inaczej M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, [w:] B. Kordasiewicz (red.), E. Łętowska, *Prace z prawa cywilnego*, Wrocław–Warszawa 1985, s. 67; autor ten przedstawia koncepcję zgody jako jednostronnego odwołalnego działania prawnego zbliżonego do oświadczenia woli; zob. też S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materiałnoprprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu*

nie z treścią tego przepisu wola osoby do dokonania określonej czynności prawnej może być dokonana poprzez każde zachowanie tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Co słusznie podkreśla jednak B. Janiszewska, ażeby wola pacjenta, co do zgody, bądź odmowy zgody na poddanie się badaniu lekarskiemu była oświadczeniem skutecznym, pacjent, przed podjęciem tej decyzji i wyrażeniem woli musi być odpowiednio poinformowany przez lekarza o stanie zdrowia oraz o perspektywach diagnostycznych i terapeutycznych, a także o konsekwencjach niepoddania się badaniu¹⁷. Kwestia odpowiedniego poinformowania pacjenta przez lekarza poruszona została także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2007 roku¹⁸. W wyroku tym Sąd Najwyższy podkreśla, że lekarz ma szczególny obowiązek informacyjny wobec pacjenta, który odmawia poddaniu się badaniu lekarskiemu. Szczegółność owa polega mianowicie na obowiązku wskazania pacjentowi możliwych konsekwencji niepoddania się proponowanemu badaniu.

Kolejnym problemem, który pojawia się w przypadku pacjenta znajdującego się pod wpływem alkoholu bądź innego środka odurzającego, to problem stwierdzenia, czy jest on w ogóle w stanie wyrazić wiążące lekarza oświadczenie woli o braku zgody na poddanie się danemu badaniu. Podkreślić przy tym należy, że decyzję o uwzględnieniu woli takiego pacjenta musi podjąć sam lekarz, który nie będąc przygotowany z prawnego punktu widzenia do interpretacji oświadczeń woli, nie znając warunków ich ważności, co więcej, nie znając przyczyn wprawienia się przez pacjenta w dany stan, co skutkuje niemożliwością określenia, na ile jest to stan zwykłego upojenia alkoholowego, a na ile patologicznego upojenia alkoholowego, w ciągu najczęściej zaledwie kilku chwil zadecydować musi o uwzględnieniu woli pacjenta

prawnym i medycznym, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, vol. 7: „Zgody pacjenta nie należy kwalifikować jako czynności prawnej sensu stricto, gdyż jej funkcja nie polega na wywołaniu skutków prawnych w postaci ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego, lecz na zadysponowaniu – w drodze autonomicznej decyzji – dobrem osobistym. Zgodę należałoby rozpatrywać raczej w kategoriach quasi oświadczenia woli, będącego przejawem przysługujących podmiotowi dóbr osobistych”.

¹⁷ B. Janiszewska, *Obowiązek...*

¹⁸ Sygn. akt IV CSK 240/07.

i zaniechaniu badania bądź wykonaniu badania wbrew jego woli. Przy czym zarówno pierwsza, jak i druga decyzja może skończyć się dla niego poniesieniem odpowiedzialności karnej. W przypadku nieudzielenia pomocy – odpowiedzialności z art. 162 § 1 k.k., w przypadku zaś wykonania zabiegu wbrew woli pacjenta – odpowiedzialności z art. 192 k.k.¹⁹.

Uznając, że zgoda pacjenta na badanie lekarskie bądź odmowa tej zgody są oświadczeniami woli, zastosowanie do nich znajdują przepisy Działu IV Księgi I Kodeksu cywilnego o wadach oświadczenia woli. I tak, zgodnie z art. 82 k.c.: „Nieważne jest oświadczenie woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Dotyczy to w szczególności choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego, chociażby nawet przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych”. Jak zostało już przedstawione powyżej, brak zdolności do świadomego wyrażenia zgody, na tle przepisów ustawy lekarskiej, należałoby rozumieć jako stan w zasadzie pełnego braku świadomości a nie tylko utrudnionego kontaktu ze światem zewnętrznym, gdyż trudno wymagać od lekarza, ażeby dokonywał skomplikowanych ocen prawnych ważności wyrażonej przez pacjenta zgody bądź jej odmowy na poddanie się badaniu. Niemniej jednak, ważność takiego oświadczenia woli, złożonego przez pacjenta w stanie nietrzeźwym może być *post factum* uznana za nieważną i to zgodnie z art. 82 k.c. nieważną bezwzględnie, a zatem *ex tunc*. Powstanie wówczas stan, w którym lekarz, w momencie odstąpienia od udzielenia pomocy nie był w posiadaniu wiążącego oświadczenia pacjenta o odmowie udzielenia zgody na poddanie się temu badaniu. Wykazać natomiast należy, że nawet wobec uznania oświadczenia o odmowie udzielenia zgody na poddanie się badaniu lekarskiemu za nieważne *ex tunc*, lekarz ów nie był również w posiadaniu zgody na badanie lekarskie, wymaganej przez art. 32 ust. 1 ustawy lekarskiej.

¹⁹ Zob. L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8, vol. 2.

Zdaniem autorów niniejszego artykułu, już zatem w obecnym stanie prawnym, nieudzielenie pomocy pełnoletniemu pacjentowi, co do którego nie ma podstaw do podejrzeń, co do jego zdrowia psychicznego, a który znajduje się pod wpływem alkoholu lub innego środka odurzającego i trafiając na szpitalną izbę przyjęć odmawia poddania się jakimkolwiek badaniu lekarskiemu, nie może stanowić wypełnienia znamion czynu z art. 162 § 1 k.k., a tym samym stanowić podstawy do pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności karnej z tytułu nieudzielenia owemu pacjentowi pomocy. Oczywiście podkreślić należy, że w sytuacji powyższej zachowane muszą być, zdaniem autorów, następujące warunki:

- 1) zgodnie z treścią art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, lekarz uprzedzi pacjenta o konsekwencjach wynikających z niepoddania się takiemu badaniu lub zabiegowi,
- 2) pacjent stwarza wrażenie pozostawania świadomym swych władz umysłowych, tzn. przyjmuje do wiadomości informacje lekarza, a mimo to odmawia poddania się badaniu.

Według art. 162 § 1 k.k. popełnia przestępstwo nieudzielenia pomocy ten, „kto człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie udziela pomocy, mogąc jej udzielić bez narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”. Przestępstwo to jest przestępstwem formalnym z zaniechania. Zgodnie zaś z § 2 tego artykułu nie popełnia przestępstwa m.in. ten, kto nie udziela pomocy, do której konieczne jest poddanie się zabiegowi lekarskiemu. Odczytując zatem treść art. 162 § 1 k.k. w zw. z art. 162 § 2 k.k. a także zgodnie z art. 30 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry uznać należy, że obowiązek udzielenia pomocy człowiekowi znajdującemu się w sytuacji bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie może pozostawać w sprzeczności z wyraźną wolą osoby zagrożonej, która sprzeciwia się udzielaniu jej pomocy. Lekarz, który uszanuje wolę osoby zagrożonej, która odmawia świadomie zgody na poddanie się badaniu lekarskiemu, nie wypełnia

swym zachowaniem znamion czynu zabronionego spenalizowanego w 162 § 1 k.k.²⁰. Jak zostało to już wykazane w niniejszym artykule, pacjenta pełnoletniego, zdrowego psychicznie, który znajduje się co prawda pod wpływem alkoholu, ale który został odpowiednio poinformowany o stanie swojego zdrowia i konsekwencjach niepoddania się proponowanemu przez lekarza badaniu, uznać należy za zdolnego do wyrażenia swojej woli w sposób skuteczny, legalizujący odstąpienie przez lekarza od udzieleniu takiemu pacjentowi pomocy.

Celem wykonywania zawodu lekarza jest bowiem ratowanie życia i zdrowia ludzkiego, przy poszanowaniu autonomii woli jednostki. Działając zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, lekarz nie może poddać badaniu pacjenta, który poddania się takiemu badaniu odmawia²¹. W sytuacji, gdy lekarz, zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy, poinformował pacjenta o skutkach niepoddania się badaniu, a pacjent w dalszym ciągu odmawia zgody na badanie, lekarz nie posiada obowiązku analizowania zasadności i ważności takiego braku zgody. Co więcej, nie posiada on do tego środków ani prawnych ani technicznych. Oświadczenie zatem pełnoletniego pacjenta o braku zgody na poddanie się badaniu, nawet jeśli znajduje się on pod wpływem alkoholu lub innego środka odurzającego, w sytuacji, gdy w mniemaniu przyjmującego go lekarza znajduje się w stanie umożliwiającym mu właściwy kontakt z otaczającą go rzeczywistością i rozeznanie co do ewentualnych konsekwencji niepoddaniu się badaniom, jest dla lekarza wiążącym brakiem zgody na badanie, a tym samym prawną przeszkodą w udzieleniu takiemu pacjentowi pomocy.

De lege ferenda, zastanović by się wypadało, jak zabezpieczyć pozycję lekarza, który zdecydować ma o stanie świadomości pacjenta, od której to decyzji następnie zależy uwzględnienie przez niego woli pacjenta, odmawiającego poddania się badaniu lekarskiemu, a która

²⁰ E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, „PiM” 2000, nr 5, s. 73 i n.

²¹ Por. także M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*, *Studia Iuridica XLIX/2008*: „Jeżeli pacjent na zaproponowaną czynność się nie zgodził, lekarz jest zmuszony leczenia tym sposobem poniechać”.

to z kolei odmowa decyduje o niekaralności nieudzielenia pomocy takiemu pacjentowi. Błędnie podjęta decyzja, w skrajnych przypadkach, może być bowiem nawet podstawą odpowiedzialności karnej z art. 162 § 1 k.k. Być może dobrym rozwiązaniem byłby w takich sytuacjach obowiązek konsultacji z innym lekarzem, najlepiej lekarzem psychiatrą. Ocena stanu świadomości pacjenta przez dwóch lekarzy ograniczyłaby możliwość ewentualnego błędu.

Rafał Lach

Zakres zastosowania regulacji, zawartych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹, odnoszących się do wykonywania transportu sanitarnego

Ustawą z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej² znowelizowana została m.in. treść wskazanej wyżej ustawy o finansowaniu poprzez wprowadzenie, z dniem 1 lipca 2011 r., Działu VIa o tytule Transport sanitarny, którego przepisy określają m.in. podstawowe wymagania stawiane środkom transportu sanitarnego, jak też upoważniają organy administracji do przeprowadzenia czynności kontrolnych w tym zakresie. Do ustawy o finansowaniu dodany został również art. 5 pkt. 33a), definiujący transport sanitarny. Uwzględniając treść art. 1 pkt 1), 2) i 7), określającego podstawowy przedmiot regulacji ustawowej, a zatem warunki udzielania i zakres świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, zasady i tryb finansowania tych świadczeń, a także zasady sprawowania nadzoru i kontroli nad ich finansowaniem i realizacją, powstaje istotny problem, dotyczący

¹ Dz.U.08.164.1027 j.t. ze zm., zwanej dalej „ustawą o finansowaniu”.

² Dz.U.11.112.654 ze zm.

ustalenia zakresu stosowania wskazanych wyżej przepisów, a w szczególności zastosowania tych regulacji do transportu sanitarnego, który nie stanowi realizacji świadczenia opieki zdrowotnej, finansowanego ze środków publicznych. Sprawę komplikuje również ujęcie definicji transportu sanitarnego (art. 5 pkt. 33a) w słowniku ustawowym, w którym zdefiniowane zostały również świadczenia towarzyszące (stanowiące element świadczeń opieki zdrowotnej), do których zaliczono m.in. „usługi transportu sanitarnego”.

Rozstrzygnięcie opisanego wyżej problemu wywołuje dalekosiężne skutki również dla praktyki w zakresie świadczenia transportu sanitarnego. Dla przykładu, zasady podejmowania i wykonywania transportu drogowego określa przede wszystkim ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym³. Art. 3 ust. 1 pkt 3) tej ustawy wyłącza jednak jej zastosowanie do usług transportu sanitarnego. Jak też wskazano, wymogi dotyczące środków transportu sanitarnego, zawarte są m.in. we wskazanym Dziale VIa ustawy o finansowaniu. Należy również zaznaczyć, iż zgodnie z art. 43 pkt 20) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług⁴, usługi transportu sanitarnego są zwolnione od podatku.

Aby rozstrzygnąć opisaną wyżej kwestię konieczne jest, w pierwszej kolejności, przeprowadzenie analizy ustawodawstwa, obowiązującego przed wejściem w życie ustawy o działalności leczniczej, nowelizującej także ustawę o finansowaniu. Ustawą z dnia 10 grudnia 1998 r. o zmianie ustaw: o zakładach opieki zdrowotnej, o zawodzie lekarza, o zawodach pielęgniarstwa i położnej, o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁵, do ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej⁶ wprowadzono Dział V („Transport sanitarny”), zawierający m.in. definicję tego pojęcia (art. 70a ust. 1). Choć zagadnienia te nie zostały zamieszczone w odrębnym akcie prawnym, to jednak wprowadzenie tych przepisów do ustawy o zakładach nie oznaczało, by ich zastosowanie ograniczone było wyłącznie do trans-

³ Dz.U.07.125.874 j.t. ze zm.

⁴ Dz.U.11.177.1054 j.t. ze zm.

⁵ Dz.U.98.162.1115.

⁶ Dz.U.91.91.408, zwanej dalej „ustawą o zakładach”.

portu sanitarnego, realizowanego przez zakłady opieki zdrowotnej, czy też na ich rzecz. Przeciwnie, zgodnie z art. 70a ust. 3 i 6 ustawy o zakładach (w obowiązującym pierwotnie brzmieniu), usługi transportu sanitarnego mogły być wykonywane przez Centralny Zespół Lotnictwa Sanitarnego i kolumny transportu sanitarnego, wyraźnie zresztą różnione od będącego zakładem opieki zdrowotnej (art. 2 ust 1 pkt 3) pogotowia ratunkowego, a także przez „inne podmioty”. Również prawo przeprowadzania czynności kontrolnych, w zakresie stwierdzenia spełnienia przez specjalistyczne środki transportu sanitarnego stosowanych wymagań, przysługiwało Ministrowi Zdrowia i Opieki Społecznej oraz wojewodzie w stosunku do „podmiotów tworzących transport sanitarny” (art. 70g ust. 1). Pomijając zatem przepisy, regulujące organizację i funkcjonowanie Centralnego Zespołu Lotnictwa Sanitarnego i kolumn transportu sanitarnego, zawarta w Dziale V problematyka, dotycząca transportu sanitarnego, obejmowała przede wszystkim zagadnienia o charakterze przedmiotowym, co potwierdza również ustawowa definicja (art. 70a ust. 1). Co więcej, kolejne nowelizacje eliminowały z Działu V regulacje, dotyczące organizacji i funkcjonowania pewnych, szczególnych kategorii podmiotów, realizujących transport sanitarny, pomijając jedynie lotnicze zespoły transportu sanitarnego. Jak zatem wynika z powyższych rozważań, zawarte w Dziale V ustawy o zakładach regulacje, dotyczące transportu sanitarnego, już z chwilą ich wejścia w życie miały charakter w znacznej mierze autonomiczny w stosunku do pozostałej, określonej tą ustawą materii. Nadto, zasadniczy nacisk został położony przez ustawodawcę na określenie strony przedmiotowej transportu sanitarnego, co do zasady, niezależnie od realizującego go podmiotu.

Analiza przepisów, zawartych w opisanym Dziale V ustawy o zakładach wskazuje jednocześnie, iż zakres ich zastosowania nie ograniczał się wyłącznie do transportu sanitarnego, realizowanego w ramach świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Na ograniczenia takie nie wskazywała treść przepisów, zawartych w tym dziale, a w szczególności definicja, ujęta w art. 70a ust. 1. Również art. 70d ust. 1 pkt 3) (w brzmieniu pierwotnym) wprost przewidywał możliwość uzyskiwania środków finansowych z wydzielonej działalności

gospodarczej przez m.in. kolumny transportu sanitarnego, prowadzone w formie państwowej jednostki organizacyjnej posiadającej osobowość prawną. Należy zwrócić uwagę, iż analogiczne wnioski można wysnuć z treści przepisów Działu V, w brzmieniu obowiązującym przed uchynieniem ustawy o zakładach. Zgodnie bowiem z art. 70b ust. 1 ustawy, prawo przeprowadzania czynności kontrolnych dotyczyło „wszystkich podmiotów wykonujących transport sanitarny”, a zatem niezależnie od podstawy realizacji transportu i sposobu jego finansowania. Należy zatem stwierdzić, że choć zgodnie z art. 70d ust. 3, do umów o wykonywanie usług transportu sanitarnego zawieranych przez Narodowy Fundusz Zdrowia stosowało się odpowiednio przepisy działu VI ustawy o finansowaniu, a zgodnie z art. 5 pkt. 38) tej ustawy, transport sanitarny został zaliczony do świadczeń towarzyszących, to regulacje ustawowe nie wyłączały możliwości zastosowania przepisów Działu V do transportu finansowanego w inny sposób.

Powyższa analiza, wsparta dalszymi argumentami, wskazuje, iż zakres zastosowania regulacji dotyczącej transportu sanitarnego, zawartej obecnie w Dziale VIa ustawy o finansowaniu, a także w art. 5 pkt 33a), nie uległ zmianie. Przynajmniej wszystkie przepisy te są bardzo zbliżone do tych, zawartych w Dziale V uchylonej już ustawy o zakładach. Powyższe zaś rozważania wskazują jednoznacznie, iż już od chwili wprowadzenia do ustawy o zakładach Działu V, zawarte w nim przepisy charakteryzowały się znacznym poziomem ogólności, umożliwiającym, co do zasady, ich zastosowanie do transportu sanitarnego, który był realizowany przez inne podmioty aniżeli zakłady opieki zdrowotnej, a także finansowanego z innych środków aniżeli publiczne. Również aktualne brzmienie art. 161e ust. 1 ustawy o finansowaniu umożliwia przeprowadzanie czynności kontrolnych, we wskazanym w przepisie zakresie, wobec „wszystkich podmiotów wykonujących transport sanitarny”. Warto zaznaczyć, iż również uzasadnienie projektu ustawy o działalności leczniczej nie wskazuje, by ustawodawcy przyświecał cel wprowadzenia zasadniczych zmian w tym względzie⁷.

⁷ Tekst uzasadnienia i projektu dostępny m.in. na stronach internetowych Sejmu – Druk 3489, a także w Systemie Informacji Prawnej Lex.

Na poparcie prezentowanego wyżej stanowiska przedstawić można dalsze argumenty, w tym również natury celowościowej. Nie ulega wątpliwości, iż realizacja transportu sanitarnego, niezależnie od źródła jego finansowania czy też świadczącego podmiotu, wpływa częstokroć w sposób istotny na zdrowie, a nawet życie pacjentów. Ujednolicenie standardów transportu sanitarnego jest zatem wysoce pożądane. Do tej właśnie kwestii odnoszą się przepisy Działu VIa ustawy o finansowaniu, określając m.in. podstawowe wymagania stawiane środkom transportu sanitarnego. Niemniej istotne znaczenie ma definicja transportu sanitarnego, uwzględniając zwłaszcza ujęcie tej materii w licznych aktach prawnych, a także opisane względy bezpieczeństwa. Stosowanie różnorodnych zakresów pojęciowych dla tej samej definicji wprowadziłoby też zbędny chaos, częstokroć ze szkodą dla pacjenta.

W rozważaniach nie sposób też pominąć argumentów natury systemowej. Jak już zaznaczono, podstawowe zasady podejmowania i wykonywania krajowego i międzynarodowego transportu drogowego, w tym również niezarobkowego, określają przepisy ustawy o transporcie drogowym (art. 1 ust. 1), choć przepisów tej ustawy nie stosuje się jednak w ramach usług transportu sanitarnego (art. 3 ust. 1 pkt 3). Nie sposób jednak uznać, by wykonywanie tak istotnej z punktu widzenia zdrowia i życia pacjentów działalności, pozostawało poza sferą regulacji ustawowej. Wymogi dotyczące środków transportu sanitarnego, jak też kwestię upoważnienia do przeprowadzenia czynności kontrolnych polegających na stwierdzeniu spełnienia przez specjalistyczne środki transportu sanitarnego tych wymagań, reguluje właśnie powołany Dział VIa ustawy o finansowaniu. Przedstawione zaś wyżej stanowisko, wskazujące na ogólny charakter przepisów Działu VIa i art. 5 pkt. 33a) ustawy o finansowaniu, umożliwia zastosowanie tych rozwiązań do każdego podmiotu, wykonującego transport sanitarny. Również sam przepis art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy o transporcie drogowym nie różnicuje usług transportu sanitarnego według kryterium podmiotowego, czy też finansowego. Stanowisko powyższe znalazło odzwierciedlenie także w orzecznictwie, w którym wskazywano na zasadność odwołania się do legalnej definicji pojęcia transportu sanitarnego, zawartej w ustawie o zakładach, z uwagi na brak uregulowania tej kwestii

w ustawie o transporcie drogowym⁸. W tym miejscu warto również zwrócić baczniejszą uwagę na treść art. 43 ust. 1 pkt 20) ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym zwalnia się od podatku usługi transportu sanitarnego. Również i w tej ustawie pojęcie to nie zostało zdefiniowane. Ustawodawca nie uzależnił zarazem zwolnienia podatkowego od sposobu finansowania transportu sanitarnego, jak też nie ograniczył zwolnienia do określonego kręgu podmiotów świadczących tego rodzaju transport. Uwaga ta wydaje się być istotna, zwłaszcza że zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt. 18), 18a) i 19) tej ustawy, ograniczenia podmiotowe odnośnie usług w zakresie opieki medycznej zostały wprowadzone. Dodać należy, że art. 43 ust. 1 pkt. 20) obowiązywał już przed uchyceniem ustawy o zakładach⁹, a jego treść nie została zmieniona w związku z uchwaleniem ustawy o działalności leczniczej. Tymczasem ustawa ta, w art. 170, zmieniła brzmienie art. 43 w ust. 1 pkt 18), 18a) i 19) ustawy o podatku od towarów i usług. Do podobnych konkluzji w zakresie tożsamego rozumienia transportu sanitarnego, co do zasady, niezależnego od realizującego je podmiotu czy też sposobu finansowania, prowadzi również analiza treści § 26 pkt 12) i § 27 pkt. 13) rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania¹⁰, § 28 ust. 1 pkt. 12) rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 maja 2011 r. w sprawie rodzaju i zakresu oraz sposobu przetwarzania dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej utworzonych przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych¹¹, czy też art. 42 ust. 2 pkt 6) ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi¹².

Przed sformułowaniem jednak ostatecznej konkluzji warto jeszcze zwrócić uwagę na istotę badanego problemu. Otóż, transport sanitarny

⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 kwietnia 2006 r., VI SA/Wa 2226/05, LEX nr 221757.

⁹ Dodany przez art. 1 pkt 8 lit. a) tiret trzecie ustawy z dnia 29 października 2010 r. (Dz.U.10.226.1476).

¹⁰ Dz.U.10.252.1697.

¹¹ Dz.U.11.125.712.

¹² Dz.U.08.234.1570 ze zm.

wykazuje się swoistą specyfiką z uwagi na często bezpośredni związek ze zdrowiem i życiem pacjentów. Podjęcie zatem próby określenia przez ustawodawcę choćby najistotniejszych jego elementów, a w szczególności sformułowania definicji, czy też określenia wymogów, jakie spełniać powinny środki transportu sanitarnego, należy uznać za uzasadnione, pomijając w tym opracowaniu bardziej szczegółową analizę tych przepisów. Nie ulega jednak wątpliwości, iż przepisy, zawarte zwłaszcza w Dziale VIa i art. 5 pkt. 33a) ustawy o finansowaniu, nie mają charakteru wyczerpującego. Ponieważ zatem wskazane względy podważają sens ujęcia tych przepisów w odrębnym akcie prawnym, pozostaje kwestia dokonania wyboru ustawy, w której przepisy te powinny być zamieszczone, a zwłaszcza uchwalonej ustawy o działalności leczniczej (uchylającej w art. 220 pkt 1) ustawę o zakładach, w tym Dział V), czy też ustawy o finansowaniu. Zaznaczyć należy, że uwzględniając regulacje ustawowe, transport sanitarny nie stanowi działalności leczniczej (art. 3 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej). Jak wynika też z powyższych rozważań, nie jest on realizowany wyłącznie w ramach świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Oczywiście, nowelizując ustawę kwestia ta mogła zostać doprecyzowana. W świetle jednak powołanych argumentów, braku wprowadzenia stosownego przepisu, który wprost rozstrzygałby to zagadnienie, nie należy utożsamiać z zasadniczą modyfikacją zakresu zastosowania tych przepisów w odniesieniu do regulacji Działu V ustawy o zakładach.

Zastosowanie zatem zawartych w Dziale VIa oraz art. 5 pkt. 33a) ustawy o finansowaniu przepisów nie jest, co do zasady, ograniczone do przypadków realizacji transportu sanitarnego, finansowanego ze środków publicznych i świadczonego na podstawie ustawy o finansowaniu.

Konkluzje:

- I. Dokonana w art. 172 pkt 1) b) i pkt 11) ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U.11.112.654) nowelizacja ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U.08.164.1027 j.t. ze zm.), wprowadzająca do ustawy Dział VIa o tytule Transport

sanitarny, a także przepis art. 5 pkt 33a), nie wprowadziła zasadniczych zmian zakresu stosowania przepisów, regulujących te zagadnienia wobec przepisów, zawartych w Dziale V ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U.07.14.89 j.t. ze zm).

- II. Zakres zastosowania przepisów, zawartych w Dziale VIa oraz art. 5 pkt. 33a) ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, nie jest, co do zasady, ograniczony do przypadków realizacji transportu sanitarnego, finansowanego ze środków publicznych i świadczonego na podstawie tej ustawy.

PRACE WYRÓŻNIONE w Konkursie na najlepszy esej poruszający tematykę prawa medycznego – II edycja

Joanna Ostojska

O problemie podmiotowości prawnej embrionu *in vitro*

Rozwój współczesnej medycyny, udoskonalenie technik inżynierii genetycznej, transplantologii, terapii paliatywnej oraz prokreacji medycznie wspomagannej stawia obecnie przed ustawodawcą konieczność zweryfikowania poglądów na temat początku życia i śmierci.

Przed takim wyzwaniem, wobec konieczności prawnej regulacji problematyki zapłodnienia pozaustrojowego, staje dziś ustawodawca krajowy.

Polska nie posiada w chwili obecnej legislacji w tym zakresie, choć zabiegi zapłodnienia pozaustrojowego przeprowadzane są w kraju z powodzeniem od wielu lat. Taka sytuacja, choć nie implikuje dowolności lekarza i placówki medycznej w zakresie stosowania zabiegów wspomagannej prokreacji, zmusza do stosowania zasad ogólnych oraz korzystania z wnioskowania *per analogiam*.

I. Embrion czy preembrion?

Rozważania na temat podmiotowości prawnej embrionu *in vitro* zamykają się w pytaniu o to, jaką postać istnienia można określić jako życie człowieka, tj. czy embrion *in vitro* w fazie przedimplantacyjnej

winien być traktowany tak jak osoba. Problematyka ta ma fundamentalne znaczenie nie tylko dla rozstrzygnięcia możliwości tworzenia embrionów nadliczbowych, ich zamrażania, niszczenia czy komercjalizacji, lecz także dla samej istoty i celu zapłodnienia pozaustrojowego. *In vitro*, poprzez zapoczątkowanie życia ludzkiego, stawia więc tę metodę leczenia bezpłodności w centrum debaty nad moralnym i prawnym statusem zapłodnionej komórki jajowej.

Dyskusja embriologów, prawników i etyków zrodziła w tej materii dwa odmienne stanowiska. W świetle pierwszego z nich status „osoby” człowiek posiada już od momentu zapłodnienia, zgodnie z drugim zaś przyznanie embrionowi ochrony prawnej następuje dopiero w chwili rozpoczęcia ciąży, tj. w momencie zagnieżdżenia się embrionu w macicy kobiety¹.

Wątpliwości w tym zakresie budzi już sama nomenklatura, na co uwagę zwracają nie tylko sami embriolodzy, lecz również judykatura. K. Szewczyk kwestionuje nazywanie embrionu *in vitro* jako zygoty we wczesnej fazie embriogenezy, embrionem, podnosząc, że „zastosowanie tak ujednoczonego nazewnictwa niweluje różnicę między zapłodnionym jajeczkiem a wielokomórkowym embrionem zagnieżdżonym w ścianie macicy”².

Na niejasność terminologiczną zwrócił uwagę także Sąd Najwyższy stanu Tennessee w szeroko komentowanej sprawie *Davis przeciwko Davis*³. Państwo Davis, będąc małżeństwem, poddali się kilku nieudanym zabiegom *in vitro*, w wyniku których zamrożonych zostało siedem zarodków. Małżonkowie rozwiedli się, a pani Davis zażądała przyznania jej prawa do dysponowania zamrożonymi embrionami.

Sąd pierwszej instancji stanął przed koniecznością rozstrzygnięcia, czy embrion ludzki jest człowiekiem czy też czymś, co dopiero

¹ Stanowisko najbardziej radykalne reprezentuje Peter Singer, podnosząc, że dopiero po 28 dniach od momentu narodzin można przyznać noworodkowi prawo do życia – w tym czasie, jak twierdzi, rodzice powinni mieć zagwarantowane prawo do podjęcia decyzji o przerwaniu życia dziecka upośledzonego lub obciążonego wadą genetyczną. P. Singer, *O życiu i śmierci: Upadek etyki tradycyjnej*, Warszawa 1997.

² K. Szewczyk, *Medycznie wspomagana prokreacja w tzw. Ustawie bioetycznej – na trakcie ku Kostaryce*, materiały z debaty Polskiego Towarzystwa Bioetycznego *Jak uregulować zapłodnienie in vitro?*, Warszawa 14–24 marca 2009.

³ Supreme Court of Tennessee, *Davis versus Davis*, 842 S.W.2d588, Knoxville 21 czerwca 1992, http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm, pobrano w dniu 23 czerwca 2011 roku.

człowiekiem ma się stać. Biegli powołani w sprawie zaprezentowali dwa odmienne stanowiska. Według pierwszego z nich zamrożone embriony należy zaliczyć do „należących bądź odnoszących się do człowieka” (*belonging or relating to man*). Według drugiego zaś zamrożone zarodki (*entities*), jako znajdujące się w stadium preembrionalnym, są jedynie „potencjalnym życiem” – życie zaczyna się bowiem około 10–14 dnia od zapłodnienia, kiedy to preembrion osiąga ścianę macicy, stając się embrionem – należy więc wyraźnie odróżnić embrion od preembrionu. W konsekwencji, o ile embrion jest osobą, to preembrion ma jedynie potencjał do stania się osobą, stąd nie należy przyznawać mu ochrony równej ochronie embrionu. Sąd pierwszej instancji zaneogował drugi z przywoływanych wyżej poglądów, stając na stanowisku, że w rozwoju człowieka nie ma stanu przedembrionalnego, a zamrożone *entities* są ludzkimi embrionami. Swoją decyzję, dotyczącą statusu prawnego embrionu, oparł zaś na niepowtarzalnym DNA zapłodnionych komórek, istniejącym już od momentu połączenia obu gamet. W konsekwencji, sędziowie przyznali pani Davis prawo do implantacji embriionów. Pan Davis złożył jednak apelację, w wyniku której wyrok sądu pierwszej instancji został zmieniony. Sprawa trafiła w końcu przed Sąd Najwyższy stanu Tennessee. Sąd ten największą wagę przyznał konieczności zdefiniowania pojęć „embrion”, „preembrion” i „zygota”, stwierdzając, że pierwsza faza komórkowego zróżnicowania *entity*, związana z przemieszczaniem się do macicy, obejmuje tylko reakcje fizjologiczne z organizmem matki i nie doprowadza do powstania samego embrionu, o którym można mówić dopiero od chwili jego zagnieżdżenia się w ścianie macicy. Przed dotarciem do macicy *entity* jest jedynie preembrionem i nie może być mu zagwarantowana ochrona prawna równa ochronie przyznanej dziecku poczętemu. Rozważając status prawny preembrionu, Sąd Najwyższy stanu Tennessee wybrał koncepcję pośrednią pomiędzy stwierdzeniem, że jest on osobą, a uznaniem go za rzecz. Podniósł bowiem, że preembrion nie jest ani człowiekiem (*person*) ani czyjąkolwiek własnością (*property*), lecz kategorią *sui generis*, która upoważnia go do specjalnego szacunku, ze względu na potencjał ludzkiego życia (*special respects because of their potential for human life*).

Przed podobnym problemem, co Sąd Najwyższy dla stanu Tennessee, stanął Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako „ETPCz”) w precedensowej sprawie *Evans przeciwko Wielka Brytania*⁴. ETPCz badał skargę, w której poszukiwał odpowiedzi na pytanie, jaką ochronę Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako Konwencja o Ochronie Praw Człowieka) przyznaje embrionom powstałym w drodze zapłodnienia pozaustrojowego.

Małżeństwo Evans zdecydowało się na przeprowadzenie zabiegu *in vitro*, w wyniku którego powstało sześć embrionów, które zamrożono. Po dwóch latach małżonkowie rozwiedli się. Pan Evans wycofał zgodę na zapłodnienie, w wyniku czego pani Evans została zawiadomiona o konieczności zniszczenia embrionów. Złożyła pozew do sądu, a po wyczerpaniu krajowej drogi sądowej, skargę do ETPCz, zarzucając, że brytyjski *Human Fertilisation and Embryology Act*, dopuszczający niszczenie embrionów *in vitro* w sytuacji wycofania zgody partnera na implantację, narusza art. 2 (prawo do życia), art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) oraz art. 14 (zakaz dyskryminacji) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Dla potrzeb niniejszych rozważań poruszone zostanie jedynie zagadnienie sprzeczności z art. 2 Konwencji. ETPCz nie stwierdził naruszenia przez Wielką Brytanię ww. przepisu. Zważył bowiem, że wobec braku uzgodnienia na poziomie europejskim definicji początku życia oraz braku określenia momentu, od którego życie podlega ochronie, kwestie te muszą być rozstrzygane na poziomie krajowym. Zgodnie z prawem Wielkiej Brytanii embrion nie posiada niezależnych praw i interesów (*no independent rights or interests*), nie można więc mówić o jego dobru, jak również nie może on ani nie można w jego imieniu występować o prawo do życia, o którym mowa w art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka (*cannot claim – or have claimed on its behalf – a right to life under Article 2*). Z przywoływanego orzeczenia wynika, że w świetle Konwencji o Ochronie Praw Człowieka stopień intensywności ochrony prawnej embrionu *in vitro* zależy od uznania państwa – strony. Brak tej ochrony

⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, *Evans versus United Kingdom*, application 6339/05 z 10 kwietnia 2007 roku, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=6339/05&sessionid=72600386&skin=hudoc-en>, pobrano w dniu 30 czerwca 2011 roku.

w ustawodawstwie wewnętrznym nie powoduje sprzeczności z art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka nawet, gdy w pewnych okolicznościach dopuszcza się możliwość niszczenia embrionów.

Na brak jednoznacznych regulacji co do statusu prawnego embrionu *in vitro* zwracała uwagę również Rada Europy. W Zaleceniach nr 1046 z 1986 roku Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, wskazując na brak definicji embrionu ludzkiego, postuluje korzystanie przez zarodek, we wszelkich okolicznościach, z godności należącej każdemu człowiekowi (*must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity*), oraz wyraża dezaprobatę dla wykorzystywania zarodków w celach badawczych, tworzenia osobników identycznych i łączenia z gametami zwierząt, rekomendując przeprowadzanie zabiegów prokreacji medycznie wspomaganą tylko w celach terapeutycznych⁵.

W Europie, w zakresie ochrony udzielanej embrionowi *in vitro* wykształciły się dwa przeciwstawne modele ustawodawstw.

Pierwszy z nich – model brytyjski, oparty na *Human Fertilisation and Embrology Act*, nie przyznaje embrionowi ochrony prawnej, dopuszczając szeroko pojętą wolność prokreacyjną i eksperymentalną, w tym tworzenie embrionów nadliczbowych, ich zamrażanie, niszczenie (nawet bez zgody dawców gamet po upływie określonych terminów), implantację *post mortem*, a także tworzenie hybryd ludzko-zwierzęcych. Model brytyjski w tak szerokim zakresie nie jest realizowany w żadnym innym państwie europejskim, ze względu na jego niezgodność z przepisami Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (dalej jako „Konwencja Bioetyczna”), której Wielka Brytania nie podpisała.

Drugi model – niemiecki, oparty na *Embryonenschutzgesetz*, zakazuje tworzenia embrionów do celów innych niż prokreacyjne, ogranicza liczbę tworzonych embrionów do trzech i nakazuje ich jednoczesną implantację do macicy kobiety bez możliwości zamrażania (jedynym wyjątkiem jest stan wyższej konieczności, pod którym ustawa rozumie chorobę kobiety lub cofnięcie zgody na zabieg). Regulacja powyższa

⁵ Zalecenia Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1046: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta86/EREC1046.htm>, pobrano w dniu 1 lipca 2011 roku.

jest wyrazem obowiązującej w prawie niemieckim zasady ochrony godności ludzkiej embrionu, rozumianej jako zakaz jego przedmiotowego traktowania. Niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny traktuje ochronę godności ludzkiej jako immanentne prawo związane z życiem, co rodzi obowiązek ochrony embrionu bez względu na to, czy znajduje się on w organizmie matki czy poza nim⁶. Ustawodawstwo niemieckie wprowadza również definicję embrionu ludzkiego, stanowiąc, że jest nim każda wyizolowana zygota.

Pytanie o status prawny embrionu *in vitro* jest *de facto* pytaniem o początek życia. Wśród przedstawicieli polskiego środowiska prawniczego i bioetycznego brak jest jednolitego stanowiska. Część z nich postuluje przyznanie embrionowi *in vitro* możliwie najszerszej prawnej ochrony, część zaś tej ochrony odmawia, za początek życia przyjmując moment zagnieżdżenia się embrionu w ścianie macicy (a nawet moment narodzin). Zdecydowana większość embriologów optuje za drugim z przedstawionych wyżej poglądów⁷. A. Tarkowski na poparcie tego stanowiska przywołuje przykład drastyczny – w rozwoju zarodka mogą pojawić się anomalie (np. zaśniad groniasty), w efekcie których embrion *in vitro* zaczyna rozrastać się w nowotwór. Idąc tokiem myślenia zwolenników podmiotowości prawnej nieimplantowanego zarodka także w takiej sytuacji, jak podnosi, musiałby on zostać przeniesiony do jamy macicy⁸.

M. Safjan proponuje poszukiwać „statusu specjalnego” embrionu *in vitro*⁹. Słusznie zauważa, że istnieje potrzeba przyznania embrionowi nieimplantowanemu pewnej ochrony prawnej, wskazuje jednak, iż stopień i intensywność tej ochrony pozostają kwestią otwartą. Z jednej strony bowiem embrion ludzki jest, jak się wydaje, czymś więcej niż tylko zespołem komórek¹⁰, z drugiej zaś ten sam zespół komórek bar-

⁶ Por. wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1993 roku, sygn. akt 2 BvF 2/90.

⁷ Tak m.in. A. Tarkowski oraz M. Szamatowicz.

⁸ A. Tarkowski, *Czy fakty biologiczne i genetyczne mają jakiegokolwiek znaczenie w rozważaniach etycznych na temat statusu zarodka ludzkiego i diagnostyki preimplantacyjnej?*, materiały z debaty Polskiego Towarzystwa Bioetycznego *Wokół diagnostyki preimplantacyjnej*, Warszawa 20 marca–4 kwietnia 2009.

⁹ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 93 i n.

¹⁰ W wielu krajach, w których procedura zapłodnienia *in vitro* jest prawnie reglamentowana, zostaje ona wyłączona spod ustawodawstwa transplantologicznego.

dzo często ulega zniszczeniu w drodze prokreacji naturalnej, stąd samo ukształtowanie się genomu nie powinno stanowić wystarczającego kryterium do przyznania embrionowi szerokiej ochrony. Model pośredni, tj. pomiędzy osobowym i przedmiotowym, forsowany jest także w koncepcjach filozoficznych, m.in. u Ronalda Dworkina¹¹.

Nawet jednak rozstrzygnięcie, że embrion ludzki, jako nie-człowiek i nie-rzecz, tworzy swego rodzaju kategorię *sui generis*, nie daje odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób należy prawnie urzeczywistnić ów „specjalny status”. W tym zakresie bowiem niemożliwym jest uwolnienie się od koncepcji podmiotowości prawnej lub jej braku. Nawet gdyby przyjąć, że embrion *in vitro* może mieć w pewnych sytuacjach przyznaną warunkową zdolność prawną i tak determinuje to stwierdzenie, iż embrion jest w tę zdolność wyposażony, tj. choć pod warunkiem, może stać się podmiotem praw i obowiązków. W konsekwencji należałoby uznać, że embrion *in vitro*, będąc „jedynie” osobą potencjalną, posiada w pewnych sytuacjach zdolność prawną. W tym zakresie jego status specjalny realizuje się więc zupełnie tak, jak status *nasciturusa*.

Wydaje się, że, choć embrion *in vitro* nie może być utożsamiany z rzeczą, to jego status specjalny powinien być realizowany w oderwaniu od zdolności prawnej. Takie założenie pozwala z jednej strony na przyznanie tej formie rozwoju życia ludzkiego pewnej ochrony, z drugiej zaś, dopuszcza możliwość selekcji negatywnej zarodków (tzw. *screening-out*), tj. nieimplantowania tych, które obciążone są wadami rozwojowymi i w procesie prokreacji naturalnej i tak by obumarły. Tym samym, utrata embrionu *in vitro* nie będzie określana jako mniej naturalna od jego straty po zapłodnieniu *in vivo*. W sytuacji przyjęcia tezy o pełnym poszanowaniu ludzkiej godności embrionu i zakazu jego instrumentalnego traktowania, w wątpliwość poddać należałoby całą metodę prokreacji pozaustrojowej, która przecież jest z tego punktu widzenia moralnie niedopuszczalna.

Przesądzenie o braku podmiotowości prawnej embrionu *in vitro* nie implikuje tezy o możliwości ich nadprodukcji, a tym bardziej

¹¹ R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York 1994.

o dopuszczalności prowadzenia na nich eksperymentów medycznych. Ów status specjalny zygoty tworzy, jako kategoria otwarta i nieostra, pole do szczegółowych regulacji prawnych. Postulować należy w tym zakresie konieczność uwzględnienia konsekwencji, które mogłyby powstać dla przyszłej osoby, zakazu zadawania bezużytecznego cierpienia oraz uwzględniania samoistnej wartości embrionu jako przeciw osoby potencjalnej, w stosunku do której istnieją już określone powinności moralne. Koncepcja pośrednia, jako w istocie koncepcja godnościowa, czyni więc zadość pluralizmowi społecznemu i poszanowaniu ludzkiego życia od początku. Embrionowi przysługuje wprawdzie ochrona prawna, ustawodawca może ją jednak intensyfikować w zależności od fazy embriogenezy.

Trudno zaprzeczyć, że koncepcja poszukująca statusu specjalnego embrionu *in vitro* może być poddana krytyce. Wprowadza bowiem kategorię hybrydalną, co do której rozstrzygnięcia etyczne i prawne zawsze narażone będą na niepewność. Stoi również w swoistej sprzeczności z dominującym postulatem możliwie najszerszej ochrony życia człowieka¹², co implikuje pytanie o to, czy prawo może odstąpić od własnej definicji człowieka, zakorzenionej w systemie moralnym społeczeństwa¹³. Stworzenie w tym zakresie kategorii pośredniej między człowiekiem a rzeczą, ze względu na brak jednoznaczności, naraża tę koncepcję na subiektywizm i niepewność regulacji prawnych. Trudno bowiem, choćby w zakresie stosowania eksperymentów medycznych, określić czy powinny być one stosowane względem embrionu *in vitro* (jako nie-człowieka) czy nie (jako nie-rzeczy). Niemniej jednak, mając na względzie powyższe rozważania, jest ona koncepcją na tym gruncie najbardziej akceptowalną.

¹² Postulat ten w prawie polskim jest jednak stopniowo łagodzony, por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 roku, sygn. akt III CK 155/05, OSNC 2006, nr 7–8, poz. 137, w którym Sąd stanął na stanowisku, że 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, nawet jeśli nieudzielenie pomocy spowoduje śmierć pacjenta.

¹³ O. Nawrot w artykule *Status prawny pre-embrionu*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 3, s. 17) stwierdza, że „Jedynie spójna wizja istoty ludzkiej jest w stanie sprostać wyzwaniom, jakie stawia przed prawodawstwem rozwój nauk i technik medycznych oraz stać się solidnym fundamentem regulacji prawnych dotyczących życia ludzkiego w fazie prenatalnej”.

II. Embrion *in vitro* a *nasciturus*

Jak zasygnalizowano powyżej, ustawodawstwa wielu krajów utożsamiają embrion *in vitro* z *nasciturusem*, przyznając mu zdolność do bycia podmiotem niektórych praw i obowiązków. Koncepcja ta rodzi doniosłe konsekwencje prawne i dlatego wymaga pewnej refleksji.

Co do zasady, prawo uznaje istnienie osoby fizycznej od momentu urodzenia i z tym zdarzeniem łączy przyznanie zdolności prawnej. Niemniej jednak, już prawo rzymskie stosowało wobec *nasciturosa* fikcję prawną, polegającą na przyjęciu, że dziecko poczęte uważa się za narodzone, gdy chodzi o jego korzyści (*nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*).

Polski ustawodawca w art. 8 § 2 Kodeksu cywilnego stanowił, że zdolność prawną ma również dziecko poczęte, jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe. Cytowany przepis został skreślony mocą ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 roku¹⁴, co, według większości, stanowi podstawę do wysunięcia wniosku, że *nasciturus* nie ma zdolności prawnej, gdyż uzyskuje ją dopiero z chwilą urodzenia¹⁵. Powyższa zmiana była przedmiotem refleksji Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z dnia 28 maja 1997 roku¹⁶. Trybunał Konstytucyjny rozważał w nim status prawny płodu ludzkiego oraz zakres przydzielonej mu ochrony konstytucyjnej, podnosząc, że: „Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”. W dalszej części

¹⁴ Ustawa o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. z 1996 r. nr 139, poz. 646.

¹⁵ Tak m.in. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 159.

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 roku, sygn. akt K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19.

stwierdził jednak, że uznanie życia człowieka w każdej fazie jego rozwoju za wartość konstytucyjną podlegającą ochronie nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama. Na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa bowiem cały szereg czynników. Rozważając zaś skreślenie art. 8 § 2 Kodeksu cywilnego, Trybunał stanął na stanowisku, że winno być ono traktowane jako uchylene wcześniej przyznanej *nasciturusowi* zdolności prawnej, co „nie oznacza, iż w ogóle, w całym zakresie prawa cywilnego dziecko poczęte utraciło zdolność bycia podmiotem przewidzianych w tej dyscyplinie praw”. Argumentując powyższe Trybunał podniósł, że zdolności prawnej, która ma w prawie cywilnym charakter funkcjonalny, nie można utożsamiać z podmiotowością prawną *nascitursa* w całym systemie prawnym, toteż pozbawienie dziecka poczętego zdolności prawnej „w żaden sposób nie rzutuje na objęcie ochroną prawną tak istotnych dóbr prawnych, jak życie czy zdrowie *nascitursa*, a w szczególności jego godność”.

Na podstawie przywołanego orzeczenia ugruntował się pogląd, że choć dziecko poczęte, a nieurodzone nie ma cechy normatywnej w postaci generalnej zdolności prawnej, ustawodawca w niektórych sytuacjach, w drodze wyjątku od reguły, chroni go w sposób identyczny z tym, w jaki chroni osobę fizyczną. Wymienić w tym miejscu należy art. 927 Kodeksu cywilnego, który przewiduje, że dziecko poczęte w chwili otwarcia spadku może być spadkobiercą lub zapisobiercą, o ile urodzi się żywe, art. 75 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, który dopuszcza możliwość uznania dziecka poczętego oraz art. 446¹ Kodeksu cywilnego, który umożliwia dziecku dochodzenie naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem. Prawo dopuszcza również darowiznę na rzecz dziecka poczętego, w literaturze dyskutuje się także jego roszczenie o ochronę dóbr osobistych.

Z przedstawionych wyżej rozważań wywieść można, że polskie prawo przyznaje *nasciturusowi* zdolność prawną zawsze wtedy, gdy odpowiada to poczuciu sprawiedliwości.

Trybunał Konstytucyjny, w przywoływanym wyżej wyroku, stanął na stanowisku, że choć *nasciturus* jest, co do zasady, pozbawiony

zdolności prawnej, nie oznacza to pozbawienia go podmiotowości prawnej w aspekcie godnościowym¹⁷. W tym stanie rzeczy nasuwa się pytanie, czy takie stwierdzenie nie jest w istocie poszukiwaniem swoistego statusu specjalnego płodu zupełnie tak, jak w przypadku embrionu *in vitro*.

Problem podmiotowości prawnej istniejącej jakoby w oderwaniu od zdolności prawnej *nasciturusa* podejmowany był także w orzecznictwie międzynarodowym.

W sprawie *Vo przeciwko Francji*¹⁸, ETPCz rozpoznawał naruszenie art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Pani Thi-Nho Vo była w ciąży, gdy w wyniku błędu lekarza przeprowadzającego badanie doszło do pęknięcia worka owodniowego i utraty znacznej ilości wód płodowych. Pani Thi-Nho Vo nie udało się donosić ciąży, ze względów zdrowotnych przeprowadzono aborcję. Pacjentka złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa polegającym na nieumyślnym pozbawieniu życia jej dziecka. Sąd pierwszej instancji uniewinnił lekarza, stwierdzając, że w świetle prawa francuskiego 20-tygodniowego płodu nie można uznać za osobę ludzką, gdyż nie jest on zdolny do życia poza organizmem matki, tym samym niemożliwym jest popełnienie wobec niego czynu zabójstwa. Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok, skazując lekarza na sześć miesięcy więzienia w zawieszeniu i karę grzywny. Zważył, że działanie lekarza naruszyło art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka: „Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę (...)”, art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych: „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia” oraz art. 6 Konwencji o Prawach Dziecka: „Państwa–Strony uznają, że każde dziecko ma niezbywalne prawo do życia”. Jednocześnie podkreślił, że kategoria zdolności do życia poza organizmem matki (*viability*)

¹⁷ Wydaje się, że użyto w tym zakresie niewłaściwej nomenklatury. W polskim systemie prawnym bowiem podmiotowość prawna i zdolność prawna są pojęciami tożsamymi, używanymi zamiennie.

¹⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, *Vo versus France*, application no. 53924/00, z 8 lipca 2004 roku, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=53924/00&sessionid=72645975&skin=hudoc-en>, pobrano w dniu 25 czerwca 2011 roku.

jest naukowo niezdefiniowana i niejasna – dzięki rozwojowi medycyny zdarza się bowiem, że przy życiu są utrzymywane także 23- czy 24-tygodniowe płody.

Pani Vo, 20 grudnia 1999 roku wniosła skargę do ETPCz, w której zarzuciła naruszenie art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka, podnosząc, że dziecko poczęte a nienarodzone nie jest ani zlepkiem komórek (*cluster of cells*) ani rzeczą (*object*), lecz osobą (*person*). Wyrok w sprawie zapadł 8 lipca 2004 roku.

ETPCz, dokonując przeglądu swojego orzecznictwa stanął na stanowisku, że nienarodzone dziecko nie jest uznawane za osobę, a nawet jeśli przyznaje mu się prawo do życia, to jest ono ograniczane przez prawa i interesy matki. Nie wykluczył jednak, że w pewnych okolicznościach ochrona może być rozszerzona na *nasciturusa*, w tym przypadku bowiem aborcja nie była wynikiem życzenia matki, a błędu lekarskiego.

Trybunał nie wypowiedział się w kwestii początku życia i zakresu ochrony, która winna być udzielona dziecku poczętemu, wskazując, że wobec braku jednoznaczności, kwestia ta mieści się w zakresie swobody państw–stron (*margin of appreciation*) i musi być rozstrzygana przez ustawodawstwa wewnętrzne. Podniósł jednak, że embriony ludzkie winny być chronione w imię godności ludzkiej (*human dignity*), bez konieczności uznawania ich za osobę. Stosunkiem głosów 14 do 3 Trybunał orzekł, że nawet jeśli art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka miał w tym zakresie zastosowanie, to nie doszło do jego naruszenia¹⁹.

Podobne stanowisko ETPCz wypowiedział w sprawie *Paton przeciwko Wielka Brytania*, w rozstrzygnięciu której stwierdzono, że termin „każdy”, pojawiający się w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka, nie obejmuje *nasciturusa* – stąd ograniczenia zawarte w art. 2 Konwencji dotyczą ze swej istoty osób już narodzonych i nie mogą być stosowane do płodu.

Również Konwencja Bioetyczna różnicuje człowieka w fazie prenatalnej i postnatalnej. Wskazuje na to użycie dwóch rodzajów terminów,

¹⁹ W sprawie zgłoszono dwa zdania odrębne (*dissenting opinion*) oraz dwie opinie odrębne (*separate opinion*), z których jedna przygotowana była przez pięciu, druga przez dwóch sędziów.

tj. „osoba” oraz „istota ludzka”, w stosunku do których zapewniony jest inny stopień ochrony – w przypadku osoby jej przedmiotem jest integralność oraz prawa i wolności, w przypadku zaś istoty ludzkiej godność i tożsamość. Na tej podstawie podnosi się, że Konwencja Bioetyczna posługuje się terminem „osoba” na określenie osoby fizycznej, natomiast termin „istota ludzka” ma charakter szerszy, odnosi się bowiem do fazy prenatalnej życia człowieka²⁰.

Z przytoczonych rozważań wynika, że kwestią sporną pozostaje nie tylko ocena „istnienia” embrionu *in vitro*, ale także *nasciturusa*.

Polski Trybunał Konstytucyjny, podobnie do ETPCz, zdaje się poszukiwać najlepszej formy prawnej dla ich zdefiniowania. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego wskazuje na chęć poszukiwania podmiotowości prawnej dziecka poczętego poza jego zdolnością prawną. Jak zauważono wcześniej, nie sposób definiować podmiotowości prawnej inaczej niż przez odwołanie się do zdolności prawnej. Wskazane wyżej wyroki upatrują jednak istnienie pewnego statusu prawnego (godnościowego) bez przyznawania *nasciturusowi* zdolności prawnej i w tym zakresie forsują przedstawianą powyżej koncepcję pośrednią opartą na statusie specjalnym.

Intuicyjnie wydaje się, że należy różnicować pozycję *nasciturusa* i embrionu *in vitro*. O ile w obu przypadkach winno się patrzeć na te fazy rozwoju człowieka przez pryzmat ludzkiej godności, nie sposób nie zauważyć, że rozwijający się w organizmie kobiety płód znajduje się na wyższym etapie rozwoju niż połączone gamety w pierwszej fazie embrionalnej²¹. Ta okoliczność wskazuje, że **specjalny status embrionu in vitro winien być realizowany odmiennie niż specjalny status *nasciturusa***.

Mając na względzie wciąż bardzo ograniczoną skuteczność metody *in vitro*, embrionowi ludzkiemu w fazie przedimplantacyjnej

²⁰ O. Nawrot, *Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 1, s. 88.

²¹ Marian Szamatowicz określa różnicę pomiędzy embrionem a płodem w sposób następujący: „Jeżeli płód jest widoczny to należy go uważać za pacjenta i ma on prawo do korzystania z bezpośredniej opieki zdrowotnej. Jeżeli płód jest niewidoczny (embrion) nie należy go traktować jako pacjenta i poddawać ocenie jedynie metodami pośrednimi jako funkcja zdrowia matki”, za W. Langiem, *Status płodu ludzkiego*, [w:] W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000, s. 72.

należałoby przyznać ochronę mniej intensywną, uwzględniającą jednak aspekt ludzkiej godności oraz unikalnej wartości potencjalnej osoby. **Powyższe zmierza do przeprowadzenia dystynkcji pomiędzy zarodkiem zagnieżdżonym w ścianie macicy a zygotą we wczesnym etapie rozwoju.**

Odnosząc powyższe do prawa polskiego, które, jak wspomniano wyżej, przyznaje *nasciturusowi* zdolność prawną tylko wtedy, gdy chodzi o jego korzyści, nie ma w chwili obecnej podstaw, by różnicować pozycję embrionu *in vitro* od pozycji prawnej dziecka poczętego. Na tym etapie, do embrionu przedimplantacyjnego winny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące *nasciturosa*. Największe kontrowersje budzi w tym zakresie zastosowanie art. 927 Kodeksu cywilnego, który czyni spadkobiercą dziecko poczęte w momencie otwarcia spadku pod warunkiem, że urodzi się ono żywe. W związku z możliwością zamrażania embrionów i dokonania ich implantacji nawet po upływie kilkunastu lat od otwarcia spadku powstaje problem ustalenia kręgu spadkobierców i części, w jakich spadkobiercy ci dziedziczą. Najistotniejsza wątpliwość dotyczy w szczególności konieczności zawieszenia przez sąd spadkowy postępowania do czasu ustalenia wszystkich spadkobierców zmarłego, jednocześnie jednak sąd nie będzie dysponował żadnymi środkami prawnymi w celu uzyskania informacji, czy embrion w ogóle będzie implantowany czy nie. Ma to istotne znaczenie także w kontekście możliwości uznania dziecka poczętego, a nienarodzonego – w wyniku uznania zmienia się bowiem nie tylko sytuacja prawna embrionu *in vitro* w zakresie praw stanu cywilnego, lecz również w zakresie prawa spadkowego poprzez rozszerzenie kręgu osób, po których embrion może dziedziczyć.

Zarówno Konwencja o Ochronie Praw Człowieka, jak i Konwencja Bioetyczna różnicują pojęcia człowieka – jako osoby fizycznej oraz dziecka poczętego – jako istoty ludzkiej, której prawo gwarantuje mniej intensywną ochronę. Na tej podstawie można zaryzykować twierdzenie, że skoro ustawodawca europejski dyferencjuje te dwa etapy ludzkiego rozwoju, to brak jest podstaw do przyjęcia, iż tożsamy z *nasciturosem* jest embrion *in vitro* w pierwszej fazie embriogenezy. Tym samym, embrion *in vitro* winien uzyskiwać ochronę mniej intensywną niż ta

przewidziana dla *nasciturusa*. Teza ta, przyjęta w niniejszych rozważaniach, rodzi doniosłe konsekwencje. Na jej podstawie, za dopuszczalne należy uznać tworzenie i zamrażanie kilku zarodków, jak również stosowanie diagnostyki preimplantacyjnej (w wymiarze *screening-out*), przy jednoczesnym zastrzeżeniu zakazu niszczenia tych zarodków, które są zdolne do prawidłowego rozwoju.

Z uwagi na fakt, że aktualnie polskie prawo przyznaje *nasciturusowi* warunkową zdolność prawną tylko w ściśle określonych okolicznościach, nie ma podstaw, by w zakresie zastosowania art. 4461 i art. 927 Kodeksu cywilnego oraz art. 75 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego różnicować pozycję prawną dziecka poczętego i embrionu *in vitro*. Wobec poglądu reprezentowanego w niniejszym opracowaniu, wedle którego prawo winno przyznawać embrionowi *in vitro* ochronę mniej intensywną niż przyznaje *nasciturusowi*, w sytuacji zmian legislacyjnych dotyczących pozycji prawnej *nasciturusa* nie należy przyjmować ich automatycznego stosowania również do embrionu *in vitro*.

III. Zamiast konkluzji

Problem podmiotowości embrionu *in vitro* rodzi konieczność rozważenia fundamentalnych kwestii etycznych związanych z określeniem początku życia oraz sposobu interpretacji podstawowych w społeczeństwie pojęć, takich jak prawo do życia czy wartość istnienia, stąd niemożliwym jest rozstrzygnięcie tych zagadnień na poziomie międzynarodowym. Ustawodawstwo krajowe staje tym samym przed trudnym zadaniem pogodzenia charakteru tej metody wspomaganey prokreacji i jej konsekwencji z przyjętym w społeczeństwie systemem moralnym. Jak przedstawiono powyżej, najbardziej akceptowalną w tym zakresie koncepcją jest poszukiwanie statusu specjalnego embrionu *in vitro*, opartego na poszanowaniu jego godności i potencjalności powstania człowieka, połączonego z przyznaniem ochrony o określonym stopniu intensywności, przy zastrzeżeniu, że ochrona ta winna być, co do zasady, mniej intensywna niż ta przewidziana dla *nasciturusa*.

Alicja Sieczych

Umowa o macierzyństwo zastępcze w prawie francuskim

Macierzyństwo zastępcze jest jednym z problemów na styku bioetyki i prawa cywilnego. Polski ustawodawca nie zajął dotychczas stanowiska w kwestii dopuszczalności i oceny aksjologicznej tego typu umów. Tym niemniej, debata na temat surogacji zatacza coraz szersze kręgi, a precedensowe umowy o macierzyństwo zastępcze, nie zważając na milczenie legislacji, pojawiają się w polskiej praktyce prawnej. Tym bardziej warto więc przyjrzeć się systemom zagranicznym, które podejmują próbę regulacji w tym obszarze i które mogą służyć jako model lub przestroga w pracach nad rodzimymi rozwiązaniami prawnymi.

Z punktu widzenia cywilistyki, problem umowy o macierzyństwo zastępcze jest przede wszystkim problemem przedmiotu stosunku cywilnoprawnego. Prawo francuskie wymaga od przedmiotu kontraktu, aby był on: **istniejący** (art. 1108 Code civil – C. civ.), **określony** (art. 1129 C. civ) oraz **legalny**. Ta ostatnia charakterystyka jest spełniona, jeżeli kumulatywnie spełnione są dwa warunki: po pierwsze, przedmiot umowy jest *in commercio*, po drugie, przedmiot umowy nie uchybia porządkowi publicznemu i dobrym obyczajom¹.

¹ Porchy-Simon Stéphanie, Droit civil 2e année, les obligations, Dalloz HyperCours, 6e édition, 2010.

Wymóg charakteru *in commercio* stawia art. 1128 C. civ.². Należy przy tym podkreślić, że katalog rzeczy będących w obrocie prawnym nie jest stały i ma charakter ewolucyjny³. Jednym z klasycznych przykładów rzeczy kwalifikowanych jako *extra commercium* jest w prawie francuskim ciało ludzkie. Ustawodawca wyraził to w ustawach (tzw. „bioetycznych”) z 24 lipca 1994 r., wprowadzających istotne zmiany do Code de la santé publique oraz Code civil. Jednakże już wcześniej spójne stanowisko w tej kwestii wypracowała francuska judykatura, opierając się w swojej argumentacji na cytowanym już art. 1128 C. civ. oraz na art. 6 C. civ.⁴, stanowiącym funkcjonalny odpowiednik polskiego 353¹ KC. Emblematyczny jest w tej kwestii wyrok pełnego składu Cour de Cassation z dnia 31 maja 1991, w którym sąd *explicite* odwołuje się do zasad nierozporządzalności ciałem ludzkim i nierozporządzalności stanem cywilnym. Zasady te zaliczone zostały do norm warunkujących porządek publiczny⁵. Warto przy tym zauważyć, że wraz z ustawami bioetycznymi bezsporny charakter ciała ludzkiego jako *res extra commercium* uległ pewnemu osłabieniu. Zdaniem *Stéphanie Porchy-Simon*, dodany przez ustawę bioetyczną art. 16-1 al. 3 C. civ. ustanawia raczej zasadę niekomercjalizacji niż wyłączenia z obrotu ciała ludzkiego. Stanowi on bowiem, iż ciało ludzkie, jego elementy i produkty nie mogą być przedmiotem praw majątkowych⁶. Pozostawia to furtkę dla interpretacji, zgodnie z którą umowa, której przedmiotem jest ciało ludzkie (lub jego element) może być uznana za ważną, jeżeli charakter niemajątkowy jej przedmiotu nie zostanie naruszony. Przykładem takiego zdarzenia, może być transfuzja krwi,

² C. civ, Article 1128 *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.* [Jedynie rzeczy będące w obrocie prawnym mogą być przedmiotem zobowiązań – tłum. AS].

³ Przykładowo w wyroku z 24.08.2003 Cour de Cassation po raz pierwszy wyłączył z tej kategorii towary podrobione. Com. 24 sept. 2003, *Bull. Civ. IV n°147*, p. 166.

⁴ C. civ. Article 6 *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.* [Przez umowę między stronami nie można wyłączyć obowiązywania norm, których przedmiotem jest porządek publiczny lub dobre obyczaje – tłum. AS].

⁵ Cass. ass. plén., 31 mai 1991; D.1991, jurispr. p.417, rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin. Argumentacja ta została powtórzona w licznych kolejnych wyrokach Cour de cassation, np. Cass. Civ. 1re 29 czerwca 1994, *Bull. Civ. I n°226*, p. 165.

⁶ C. civ, Article 16-1 al.3 *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.*

uregulowana w Code de la santé publique, którego art. L1221-1 ustanawia dla transfuzji krwi generalne zasady dobrowolności, anonimowości dawcy oraz wykluczenia zysku⁷.

Drugim warunkiem dla legalności przedmiotu kontraktu jest jego zgodność z porządkiem publicznym oraz dobrymi obyczajami, a więc z art. 6 C. civ. Dysponowanie klauzulą porządku publicznego należy zasadniczo do domeny ustawodawcy, jednakże tradycyjnie przyjmuje się, że także sędzia ma prawo kwalifikacji normy jako warunkującej porządek publiczny⁸. Z istoty swej funkcji klauzula porządku publicznego jest zmienna w czasie i zależna od aktualnych wartości podzielanych przez społeczeństwo. Podobnie fluktuacyjny charakter ma druga klauzula generalna z art. 6 C. civ, czyli dobre obyczaje. Należy przy tym zaznaczyć, że pojęcie to jest coraz rzadziej używane, ustępując pola bardziej neutralnemu „porządkowi publicznemu”. Klauzula dobrych obyczajów jest dziś zastrzeżona właściwie tylko dla sfery seksualnej – gdy w grę wchodzi problem bigamii czy kazirodztwa.

Mimo dosyć jednolitej linii orzeczniczej potępiającej i unieważniającej umowy o macierzyństwo zastępcze, nie były one rzadkością w poprzednim stanie prawnym. *Pierre Kayser*⁹ wskazał na 2 sposoby realizacji takich umów: albo w akcie urodzenia wpisuje się dane matki zastępczej (gdy jest ona kobietą zamężną, danych męża nie wpisuje się, aby uniknąć domniemania ojcostwa), po czym dziecko jest uznawane przez swojego ojca, a następnie „docelowi” rodzice występują o adopcję; albo, tak jak w przypadku, który rozpatrywał sąd w 1991 r., matka zastępcza rodzi dziecko bez ujawnienia swojej tożsamości i w akcie urodzenia wpisuje się wyłącznie ojcostwo, bez wskazania macierzyństwa.

Rozważania systemowe i argumenty natury *analogia legis* straciły na znaczeniu wraz ze wspomnianymi już ustawami bioetycznymi z lipca 1994 roku. Od tego czasu art. 16-7 C. civ. głosi, iż wszelkie umowy, których przedmiotem jest urodzenie dziecka lub ciąża na rzecz innej osoby,

⁷ C. san. publ. Article L1221-1 *La transfusion sanguine s'effectue dans l'intérêt du receveur et relève des principes éthiques du bénévolat et de l'anonymat du don, et de l'absence de profit, dans les conditions définies par le présent livre.*

⁸ Civ. 4 déc. 1929, *GAJC* vol.1 n°13.

⁹ P. Kayser, *Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle*, D. 1987. Chron. 189 s, spéc. n°14.

są dotknięte nieważnością¹⁰. Praktyka pokazała jednak, że pary, które nie mogą mieć dzieci, uciekają się do tego typu umów za granicą, gdzie niejednokrotnie są one dozwolone (np. w stanie Virginia w USA¹¹, w Wielkiej Brytanii¹²). Problem na poziomie francuskiego porządku prawnego powstaje więc niejako następczo, w momencie gdy para usiłuje uzyskać prawne uznanie dziecka przed francuską administracją. Decyzje zagraniczne, regulujące kwestie ojcostwa i macierzyństwa w kraju zawarcia i realizacji umowy, nie wywierają bowiem skutku prawnego we Francji, jako sprzeczne z klauzulą porządku publicznego. Na gruncie prawa pozytywnego regulację tej kwestii zawiera sekcja 2 rozdziału I tytułu VII księgi I C. civ., zawierająca regulacje z zakresu prawa międzynarodowego prywatnego w kwestii pochodzenia dziecka. Art 311-14 C. civ. stanowi więc, że dla ustalenia pokrewieństwa stosuje się prawo kraju pochodzenia matki, a jeśli jest ona nieznaną – prawo kraju pochodzenia dziecka¹³.

Na marginesie warto dodać, że prawo francuskie nie posiada definicji legalnej pojęcia „matka”. Judykatura kieruje się jednak rzymską paremią *mater est semper certa*¹⁴. Z tego względu, jeszcze do niedawna, nie budziło wątpliwości, iż urodzenie dziecka stanowi niepodważalny dowód macierzyństwa. Wraz z nowymi możliwościami biotechnologicznymi sytuacja uległa zmianie. Co ciekawe, mimo, a może właśnie z powodu braku normy kodeksowej, prawo zwyczajowe wykazuje ogromną stabilność. W wyroku sądu apelacyjnego w Rennes czytamy, że *wg prawa francuskiego matką jest ta kobieta, która nosiła dziecko i dała mu życie przez poród., a sama genetyka nie wystarczy, żeby stwierdzić macierzyństwo*¹⁵.

Wracając do głównego nurtu rozważań, w celu lepszego zobrazowania problemu, chciałabym przytoczyć kasus małżonków Marie-Hélène

¹⁰ C. civ. Article 16-7 *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*

¹¹ VA. CODE ANN. § 20-159 (2009), <http://leg1.state.va.us/cgi-bin/legp504.exe?000+coh+20-159+700003>.

¹² Surrogacy Arrangements Act 1985, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> oraz zmiany wprowadzone przez: Human Fertilisation and Embryology Act 1990 i 2008.

¹³ C. civ. Art icle 311-14: *La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.*

¹⁴ Jest to więc sytuacja porównywalna z prawem polskim sprzed nowelizacji KRO z 2008 r. wprowadzającej do Kodeksu art. 619. (Dz. U. z 2008 r. nr 220, poz. 1431).

¹⁵ CA Rennes, 4 juill. 2002, D. 2002, p.2903, note Frédérique Granet.

oraz Vincenta D., rozważany przez Cour de Cassation, 1ere civ., w dniu 23 kwietnia 2003 r.¹⁶. Małżonkowie D. przekazali zapłodnione w procedurze *in vitro* embriony do Wielkiej Brytanii, gdzie zostały one wszczepione surogatce – Sarah S. Ciąża przebiegła pomyślnie i 2 września 1997 roku Sarah S. urodziła bliźnięta. Natychmiast po porodzie dzieci zostały przekazane małżonkom. Zgodnie z ówczesnym prawem Wielkiej Brytanii, za matkę dziecka uważa się matkę zastępczą, a następnie w ciągu 6 miesięcy przyszli rodzice powinni wystąpić do sądu o nakaz traktowania dziecka jako pochodzącego od tej pary. Bliźnięta zostały więc zarejestrowane jako dzieci Sarah S. i Vincenta D. Ze względu jednak na prawo francuskie niemożliwe było wydanie drugiego aktu, wskazującego jako matkę Marie-Hélène. Małżonkowie D. próbowali więc, za zgodą Sarah S., przysposobić bliźnięta jako swoje dzieci. W tym celu, zgodnie z art. 345-1 2° C. civ.¹⁷, należało pozbawić władzy rodzicielskiej Sarah S. Aby pozbawić matkę władzy rodzicielskiej prawo francuskie przewiduje dwie drogi – karną i cywilną. Droga karna, ze względu na interes surogatki, była zamknięta. Droga cywilna, wymaga kumulatywnego spełnienia 2 warunków:

- A – **nieudolności rodzica** (objawiającej się alternatywnie: złym traktowaniem, nadmiernym spożyciem alkoholu, zażywaniem narkotyków, notorycznym łamaniem prawa, brakiem troski lub wychowania),
- B – **powodującej istnienie oczywistego zagrożenia** dla bezpieczeństwa, zdrowia lub moralności dziecka¹⁸.

W przedmiotowej sprawie, sąd kasacyjny odrzucił powództwo Vincenta D., wskazując że sąd apelacyjny¹⁹ słusznie orzekł, iż nie są speł-

¹⁶ JCP, 13 avr. 2004, n°16-17, page 734, note Anne Bourrat-Gueguen.

¹⁷ C.civ. Article 345-1: *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise: 1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint; 2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale; 3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.*

¹⁸ C. civ. Article 378-1 alinea 1: *Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une conduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.*

¹⁹ CA Rouen, 17 stycznia 2002.

nione warunki dla odebrania władzy rodzicielskiej Sarah S., a tym samym, nie jest dozwolona adopcja pełna dzieci Vincenta D. przez jego żonę Marie-Hélène. Sąd przyznał, że zachowanie Sarah S., która oddała dzieci małżonkom D. zaraz po ich narodzeniu i nigdy nie wykazała zainteresowania ich życiem i rozwojem spełnia hipotezę „nieudolności rodzica”. Jednocześnie sąd zaznaczył, iż funkcjonalnie odebranie władzy rodzicielskiej nie jest sankcją wobec rodzica, a raczej regulacją mającą chronić interes dziecka. Z tego względu konieczne jest spełnienie również drugiego warunku z art. 378-1 al. 1 C. civ. Tymczasem, w zaistniałym stanie faktycznym nie mogło być mowy o jakimkolwiek narażeniu bezpieczeństwa, zdrowia czy moralności dzieci. Przeciwnie, w domu małżonków D. miały one zagwarantowany w pełni prawidłowy rozwój.

In abstracto można więc założyć, iż w podobnych przypadkach powództwo o odebranie władzy rodzicielskiej matce zastępczej jest z góry skazane na niepowodzenie. Ewentualne uznanie takiego powództwa wymagałoby takiego zachowania surogatki względem dziecka, które naraziłoby ją na odpowiedzialność karną (art. 227-17 Code pénal, art. 378 C. civ). Z tego względu właściwie upada możliwość adopcji pełnej przez matkę genetyczną dzieci swojego małżonka. Na takim stanowisku stoi też judykatura, kierując się cytowanym już wyrokiem pełnego składu Cour de Cassation z 1991 r. który podkreśla, że taka adopcja jest niedozwolona, gdyż stanowi ona *ostatnią fazę procesu ukierunkowanego na przekazanie dziecka parze, która zawarła umowę o macierzyństwo zastępcze, która to umowa sprzeciwia się zasadom nierozporządzalności ciałem ludzkim i stanem cywilnym*. W komentarzach do wyroku, wskazuje się też, że w istocie sąd decydował tu ponownie²⁰ o dopuszczalności umowy o macierzyństwo zastępcze. *Yves Charter*²¹ uważa, że właściwie niemożliwe jest uznanie praktyki umów o macierzyństwo zastępcze z jednoczesnym odrzuceniem możliwości adopcji pełnej przez rodziców genetycznych. Również *Danièle Huet-Weiller*²² zauważa swoistą „nierozłączność” macierzyństwa zastępczego i adopcji pełnej, którą kierował się sąd.

²⁰ Cass. 1re civ., 13 déc. 1989, D.1990.273, rapport Massip.

²¹ Op. cit.

²² RTD civ. 1991, p.517, obs. D. Huet-Weiller.

Jak wskazuje *Anne Bourrat-Gueguen*²³, kompromisowym rozwiązaniem wydaje się być adopcja niepełna. Tutaj jednak również pojawia się szereg pytań i wątpliwości. Po pierwsze, czy nie mamy ponownie do czynienia z działaniem sprzecznym ze społecznym przeznaczeniem instytucji adopcji, której celem nie jest bynajmniej ustalenie więzi między dzieckiem a jego rodzicami biologicznymi? Zdaniem *Danièle Huët-Weiller* do takich wniosków wydaje się prowadzić cytowany wyrok Cour de Cassation z 1991 r. Art. 1173 Code de procédure civile pozwala wprowadzić na orzeczenie przez sąd, za zgodą wnioskujących adopcji niepełnej, nawet gdy przedmiotem powództwa była adopcja pełna²⁴. Pozostaje jednak cały czas problem sprzeczności z przeznaczeniem adopcji, którego przysposobienie niepełne bynajmniej nie rozwiązuje. Po drugie, czy taki kompromis jest satysfakcjonujący z punktu widzenia matki genetycznej, a także matki surogatki? Ta pierwsza, znajduje się względem własnych dzieci w mniej uprzywilejowanej pozycji niż jej mąż; ta druga, niejako wbrew swojej woli, jest związana więzami pokrewieństwa z „obcymi” dziećmi. Nie można zapominać, że do adopcji niepełnej konieczna jest zgoda obojga rodziców, co dodatkowo komplikuje relacje między matką zastępczą, a rodzicami.

Istotną różnicą między francuskim a polskim porządkiem prawnym wydaje się być rola klauzuli „dobro dziecka”. Próżno by szukać w francuskim Code civil odpowiednika polskiego art. 114 §1 KRO. Nie chcę przez to powiedzieć, że francuskie rozwiązania ignorują interes małoletniego²⁵. Pozostaje jednak faktem, że nie ma on takiej wartości, jak w przepisach obowiązujących w Polsce. Przeważająca, również w przypadku stosunków prawnorodzinnych, wydaje się być klauzula porządku publicznego. Obrazuje to wyraźnie kasus rozpatrywany w 2002 r. przez sąd apelacyjny w Rennes²⁶. Zgodnie ze znanym już czytelnikowi schematem, para (nie-małżeńska) skorzystała z prawa

²³ Op. cit.

²⁴ Code de procédure civile Article 1173: *Le tribunal peut, avec l'accord du requérant, prononcer l'adoption simple, même s'il est saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière.*

²⁵ Pojawia się on np. jako warunek powierzenia władzy rodzicielskiej wyłącznie jednemu rodzicowi na skutek rozwodu (art. 373-2-1 C.civ.).

²⁶ Vide: przypis 15.

stanu Kalifornia i zawarła tam umowę o macierzyństwo zastępcze. Tym razem rodzice mieli jednak więcej szczęścia, gdyż akt urodzenia wydany w Kalifornii został przez administrację francuską przepisany bez dokładnego zbadania faktów. W tym momencie do sprawy włączył się prokurator, występując z powództwem o unieważnienie uznania macierzyństwa. Powództwo oparte zostało na nieobowiązującym już dziś art. 339 al. 2 C. civ oraz na wciąż obowiązującym art. 423 Code de procédure civile. Pierwszy pozwalał prokuratorowi na wniesienie powództwa, gdy istnieje prawdopodobieństwo, że dane wpisane do aktów prawnych nie są prawdziwe. Drugi, w każdej sytuacji, gdy zagrożony jest porządek publiczny. Sąd przyjął powództwo właśnie na podstawie art. 423 Code de procédure civile. Co charakterystyczne, również motywy wskazane w uzasadnieniu wyroku (rola paremii *mater est semper certa* oraz zasad nierozporządzalności ciałem ludzkim i stanem cywilnym) opierają się na klauzuli porządku publicznego. Sąd nie zajął się w swoich rozważaniach interesem dziecka, uznając zapewne, że wystarczającą jego gwarancję stanowi przestrzeganie zasad porządku publicznego. Do podobnych wniosków dochodzi *Anne Bourrat-Gueguen*, która stwierdza, że w przypadku złamania prawa przez rodziców, francuskie rozwiązania prawne w żaden sposób nie służą ochronie interesów dziecka pochodzącego (przecież bez swej woli) z matki zastępczej. W polskim systemie prawnym taki kierunek rozwoju orzecznictwa, wobec odmiennych uregulowań w prawie pozytywnym, nie wydaje się być możliwy. Pytanie o to, czy przyznanie prawa do adopcji rodzicom, którzy skorzystali z umowy o macierzyństwo zastępcze jest zgodne z interesem dziecka jest, moim zdaniem, pytaniem retorycznym. Pozostaje jednak kwestia sankcji prawnej za zawarcie umowy oczywiście sprzecznej z porządkiem publicznym (czy też w naszych warunkach – z zasadami współżycia społecznego). Z punktu widzenia spójności teleologicznej i aksjologicznej systemu prawnego, działanie *contra legem* powinno niewątpliwie być sankcjonowane. Czy wystarczającą sankcją jest ryzyko związane z nieudzieleniem przez system prawny ochrony rodzicom wobec nieuczciwości matki zastępczej (zobowiązanie wynikające z umowy o macierzyństwo zastępcze zbliżałoby się wtedy do konstrukcji zobowiązania niezupełnego)? Jest to jedno

z pytań bezpośrednio odwołujących się do systemu wartości przyjmowanego przez ustawodawcę.

Na koniec, chciałabym w kilku słowach opisać debatę dotyczącą kwestii macierzyństwa zastępczego, toczącą się we Francji. Wydaje mi się to szczególnie istotne, wobec braku wyraźnych, publicznych stanowisk wobec tego problemu w Polsce. Jak każda kwestia bioetyczna, macierzyństwo zastępcze wywołuje duże emocje i skrajne reakcje. W przestrzeni internetowej jest to temat niezmiernie popularny. Tym groźniejszy wydaje się brak debaty publicznej. Niebezpieczne są obawy, że wraz z ewentualną propozycją legislacyjną wybuchnie pozbawione refleksji przerzucanie się argumentami natury emocjonalnej. Tymczasem, zamiast bezmyślnego rozpatrywania problemu w kategoriach „za” czy „przeciw”, warto zadać sobie pytanie – jakie wartości chcemy chronić i jakie środki prawne mogą temu posłużyć.

Po pierwsze, również w „laickiej” Francji, w dyskusji, nawet tej akademickiej, pojawiają się argumenty historyczno-religijne. W cytowanym komentarzu do wyroku pełnego składu Cour de Cassation z 1991 r. *Yves Chartier* wskazuje, że w literaturze dotyczącej macierzyństwa zastępczego niczym leitmotiv powraca biblijny wątek Hagar i Abrahama (Rdz 16, 1–4) czy Racheli i Jakuba (Rdz 30, 1–3). Po drugie, na poziomie społeczeństwa obywatelskiego istnieje sporo organizacji pozarządowych, prezentujących różne światopoglądy²⁷, spełniających podwójną funkcję – pomoc parom borykającym się z problemem bezpłodności oraz lobbing na rzecz konkretnych rozwiązań prawnych. Po trzecie, tematyka związana z bioetyką w sposób formalny funkcjonuje w społeczeństwie francuskim już od 23 lutego 1983 roku, kiedy to Décret n°83-132 utworzył *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE)*²⁸. Francuski parlament właśnie pracuje nad kolejną już reformą prawa bioetycznego z 1994 r.²⁹. W kwestii macierzyństwa zastępczego, parlamentarzyści opowiedzieli

²⁷ Przykładowo: *Association Alliance et Fécondité* (przeciwna medycznie wspomaganey prokreacji); *Association MAIA* (lobbująca za rozwojem i dostępnością prokreacji medycznie wspomaganey).

²⁸ Chronologiczny rozwój bioetyki we Francji: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/bioethique/chronologie.shtml>.

²⁹ Pierwsza miała miejsce w 2004r – *Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*.

się w większości za utrzymaniem obowiązującego zakazu, podążając za opinią wydaną przez CCNE w kwietniu 2010 r.³⁰. Opinia ta w klarowny sposób zestawia argumenty zwolenników i przeciwników legalizacji umowy o macierzyństwo zastępcze.

Opowiadający się za zniesieniem zakazu tego typu umów podnoszą przede wszystkim argument solidarności społecznej. Chodzi tu o dwie kwestie. Po pierwsze, o zrównanie sytuacji kobiet dotkniętych bezpłodnością. Kobiety po histerektomii nie mogą bowiem skorzystać z innych niż macierzyństwo zastępcze metod prokreacji medycznie wspomagannej, w przeciwieństwie do kobiet np. po zabiegu owariektomii, dla których otwarta pozostaje procedura *in vitro*. Po drugie, obecnie zawarcie umowy o macierzyństwo zastępcze możliwe jest tylko poza granicami Francji, co promuje nierówności ekonomiczne. Kolejnym argumentem po tej stronie jest redukcja czarnej strefy. Legalizacja umów o macierzyństwo zastępcze pozwoliłaby (w założeniu) na monitoring i minimalizację zagrożeń dla matki i dziecka. Jednocześnie, nie należy się łudzić, że legalizacja oznacza całkowity zanik podziemia „baby businessu”. Wszelkie ograniczenia nałożone przez ustawodawcę stają się bowiem racją bytu dla praktyk nielegalnych. Sądzę, iż nawet najgorętsi zwolennicy umów o macierzyństwo zastępcze opowiadają się za zakazem ich zawierania pod wpływem presji rodzinnej czy finansowej (nadmierne wynagrodzenie surogatki jest zakazane np. w Wielkiej Brytanii), a taki zakaz w praktyce oznacza utrzymanie czarnej strefy. Trzecim wreszcie argumentem jest ambiwalencja między dwoma wartościami chronionymi przez system prawny – godnością i wolnością człowieka. W spojrzeniu obiektywnym, umowa o macierzyństwo zastępcze z pewnością uchybia zasadzie godności człowieka. Jednakże jeżeli wszystkie strony tej umowy zgadzają się na takie „uchybiecie”, to komu przysługuje prawo oceny, czy rzeczywiście jest to niezgodne z godnością człowieka? Czyż jednostka nie ma prawa stanowić o sobie samej?

Z drugiej strony, koronnym argumentem jest konieczność ochrony unikalnej więzi, jaka tworzy się między dzieckiem a matką. Z punktu widzenia dziecka jest to psychologiczny fundament bezpieczeństwa,

³⁰ http://www.ccne-ethique.fr/docs/Avis_110.pdf.

owocujący na każdym następnym etapie rozwoju. Surogatka także staje przed dylematem – rozwijanie w sobie instynktu macierzyńskiego wiąże się z bólem rozstania, zagłuszanie go może odbić się na jakości życia prenatalnego dziecka. Kolejnym argumentem jest ryzyko, jakie niesie ciąża dla zdrowia surogatki. Czy jest ono „wycenialne”? Czy ludzkim jest wymaganie takiego poświęcenia jakim jest ciąża, jeżeli jej beneficjentem jest inna kobieta? Argument ten nierozłącznie wiąże się z kolejnym, jakim jest instrumentalizacja i komercjalizacja osoby ludzkiej. Surogatka występuje w roli specyficznego świadczeniodawcy, dziecko zaś staje się przedmiotem, a nie podmiotem stosunku prawnego. Argument ten (względem dziecka) przybiera na sile, w sytuacji, gdy ciąża ma efekt terapeutyczny dla surogatki. W opozycji do zwolenników macierzyństwa zastępczego, którzy podkreślają relację szczególnego zaufania, która łączy strony takiej umowy jej przeciwnicy zauważają, że pod wpływem nieprzewidzianych zmian warunków zewnętrznych (szczególnie finansowych czy zdrowotnych) wzajemna ufność łatwo przerodzić może się w konflikt emocjonalny, a nawet szantaż. Wreszcie, jak wskazują przeciwnicy umów o macierzyństwo zastępcze – rolą prawa jest regulować stosunki między ludźmi. Realizacja tego zadania przez umowę o macierzyństwo zastępcze, która łączy interesy trzech podmiotów: pary oczekującej potomstwa, surogatki oraz dziecka – zdaje się być zadaniem karkołomnym.

Wobec przytoczonych argumentów i problemów wokół umowy o macierzyństwo zastępcze, pod adresem polskiego ustawodawcy wysuwam tylko jeden postulat *de lege ferenda* – rozpoczęcie rzetelnych prac nad projektem ustawy regulującej macierzyństwo zastępcze, gwarantującym należną ochronę dziecka i jego interesom, a także precyzującym stosunki między stronami takiej umowy.

ORZECZNICTWO

Miroslaw Nesterowicz

Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna
z 7 listopada 2008 r., II CSK 259/08,
LEX nr 577166¹

- 1. Informacja o ryzyku w przypadku zaniechania zabiegu medycznego jest „lustrzanym odbiciem” informacji o ryzyku związanym z podjęciem tegoż zabiegu. Powinna zatem charakteryzować się wszystkimi tymi cechami, co ta ostatnia, a w szczególności musi być rzetelna i przystępna.**
- 2. Skoro odmowa poddania się zabiegowi operacyjnemu uchyla bezprawność działania lekarzy polegającą na podjęciu mniej przydatnej metody terapeutycznej, to pozwany musi wykazać, że działali oni zgodnie z prawem. Inaczej, że poinformowali skarżącą o konsekwencjach niepodjęcia leczenia szpitalnego.**

GŁOSA

Po raz kolejny w orzecznictwie pojawia się kwestia odmowy przez pacjenta poddania się zabiegowi operacyjnemu. Oczywiście to pacjent

¹ Zob. B. Janiszewska, *Odmowa zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego (uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 7.11.2008 r., II CSK 259/08)*, „Studia Iuridica” 2009, t. LII.

(bądź jego przedstawiciel ustawowy) decyduje, czy chce się leczyć i czy ma to być leczenie ambulatoryjne czy szpitalne, a lekarz ma obowiązek jego wolę uszanować. Działanie lekarza bez „poinformowanej” (świadomej) zgody pacjenta, a tym bardziej wbrew jego woli, jest bezprawne, stanowi delikt powodujący odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę (art. 415, art. 444 i n. k.c.)². Jednocześnie jest to naruszenie praw pacjenta, dające mu podstawę do żądania zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, nawet jeśli nie doznał żadnej szkody (art. 4 ustawy z 6 XI 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz. U. z 2009 r. nr 52, poz. 417)³. Przymus leczenia czy innych interwencji medycznych bez zgody pacjenta, w interesie pacjenta czy interesie publicznym, zachodzi nadzwyczaj rzadko i musi wynikać z wyraźnego przepisu prawa⁴. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego lekarz nie może nawet dokonać transfuzji krwi świadka Jehowy, w sytuacji zagrożenia jego życia, jeśli ten odmówił zgody ustnie lub w swoim wcześniejszym oświadczeniu pisemnym⁵.

Orzecznictwo dotyczące obowiązku informacji po stronie lekarza wobec pacjenta, polskie i obce jest olbrzymie. Dotyczy ono zakresu obowiązku informacji w zależności od rodzaju zabiegu i stanu zdrowia pacjenta, szczegółowości informacji, ograniczenia informacji, nadmiernej informacji, ryzyka i skutków zabiegu operacyjnego czy diagnostycznego, ewentualnych komplikacji i niepowodzeń itp. Prze-

² Por. M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 95 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. IX, Toruń 2010, s. 133 i n.; M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, wyd. II, Toruń 2010, s. 375 i n.; M. Bączyk, *Odpowiedzialność deliktowa lekarza i samodzielnego zakładu opieki zdrowotnej za szkody wyrządzone przy leczeniu – w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Przeгляд Sądowy” 2011, nr 7–8, s. 14 i n.

³ Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 31 III 2006 r. (I ACa 973/05, LEX nr 252827, PiM 2/2010, z głosem M. Nesterowicza) orzekł, że: „Zabieg medyczny wykonany bez zgody pacjenta jest czynnością bezprawną nawet wówczas, gdy wykonany jest zgodnie z zasadami wiedzy”; zob. też orzeczn. SN z 29 V 2007 r., V CSK 76/07, OSN 7–8/2008, poz. 91 – uzasadn.; M. Wałachowska, [w:] E. Bagińska, M. Śliwka, M. Świdarska, M. Wałachowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, M. Nesterowicz (red.), Warszawa 2009, s. 11 i n.

⁴ Por. M. Świdarska, op. cit., s. 215 i n.; M. Nesterowicz, op. cit., s. 151 i n.

⁵ SN w orzeczn. z 27 X 2005 r. (III CK 155/05, OSNC 7–8/2006, poz. 137) stwierdził, że: „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”; por. też R. Karcz, *Obrona pacjenta przed niechcianą transfuzją krwi w praktyce sądowej*, „PiM” 2007, nr 4, s. 36 i n.

ważnie odnosi się do zabiegów operacyjnych czy diagnostycznych, którym pacjent ma się poddać. Rzadko natomiast trafiają do sądów sprawy, w których pacjent odmawia leczenia, bądź wybiera metodę mniej inwazyjną, choć mało skuteczną, bądź też opóźnia leczenie, co zmniejsza jego szanse wyleczenia lub przeżycia. Jest to prawo pacjenta, wynikające z jego autonomii woli i regulowane przez przepisy prawne, rzecz jednak polega na tym, aby był należycie poinformowany, aby decyzja jego była świadoma.

W wyroku z 23 XI 2007 r. (IV CSK 240/07, LEX nr 369693)⁶ Sąd Najwyższy powiedział, że: „Jeżeli istnieje konieczność hospitalizacji, a pacjent się temu sprzeciwił, obowiązkiem lekarza jest udzielenie pełnej informacji o powziętych podejrzeniach, konieczności poszerzenia diagnostycznego w warunkach szpitalnych oraz o ewentualnych konsekwencjach zdrowotnych, do jakich może doprowadzić odmowa lub spóźnione zastosowanie się do zaleceń”. W tej sprawie powód po wypadku na oblodzonych betonowych schodach poczuł silny ból i stracił przytomność. Lekarz pogotowia ratunkowego po zbadaniu pacjenta w rubryce rozpoznania wpisał uraz kręgosłupa lędźwiowego, a w uwagach że pacjent nie wyraził zgody na proponowaną hospitalizację w szpitalu. Dopiero dnia następnego po ponownym wezwaniu karetki wyraził zgodę na hospitalizację. W szpitalu uznano pilną potrzebę operacji, którą przeprowadzono. Powód jest sparaliżowany od pasa w dół i porusza się na wózku inwalidzkim. W procesie przeciwko pogotowiu ratunkowemu żądał odszkodowania uzasadniając, że lekarz pogotowia ratunkowego przy pierwszej wizycie nie udzielił mu pomocy. Istotą sprawy było zbadanie, czy odmowa zgody na hospitalizację była świadoma. Dlatego Sąd Najwyższy uchylił sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny (Sąd Okręgowy oddalił powództwo, a Sąd Apelacyjny apelację), gdyż ten „nie poczynił ustaleń umożliwiających ocenę, czy odmowa zgody na hospitalizację była poprzedzona uświadomieniem skarżącemu ewentualnych konsekwencji zdrowotnych takiej decyzji” oraz czy między obecnym stanem zdrowia

⁶ Zob. glosy M. Nesterowicza, OSP 1/2010, poz. 4 i R. Tymińskiego, „PiM” 2009, nr 2, s. 133 i n. oraz komentarz B. Janiszewskiej, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011, s. 213 i n.

skarżącego a opóźnionym o około 12 godzin przyjęciem go do szpitala i wdrożeniem właściwych procedur medycznych zachodzi normalny związek przyczynowy.

W głosowanej sprawie stan faktyczny jest podobny. Powódka w mieszkaniu spadła z taboretu. Wezwany lekarz pogotowia ratunkowego stwierdził złamanie kości piszczelowej w okolicy stawu kolanowego i zlecił zrobienie zdjęcia RTG. Wystawił powódce skierowanie na leczenie szpitalne oraz pouczył ją o konsekwencjach niepodjęcia tego leczenia. Powódka jednak odmówiła poddaniu się leczeniu szpitalnemu. Z uwagi na obrzęk nogi lekarz zdecydował o założeniu powódce na złamaną nogę szyny Kamera i zalecił zgłoszenie się do poradni chirurgicznej. Leczenie miało więc charakter zachowawczy, podczas gdy rodzaj złamania wymagał leczenia operacyjnego. Zastosowana metoda terapeutyczna była więc mniej przydatna, gdyż bez operacyjnej repozycji przemieszczonego odcinka kości nie było możliwe uzyskanie dobrego wyniku leczenia. Wskutek tego Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Okręgowego oddalający powództwo celem zbadania, czy odmowa powódki na hospitalizację i leczenie szpitalne była „świadoma”. W przeciwnym razie można uznać, że jej oświadczenie woli jako wadliwe, powzięte w stanie braku świadomości, było nieważne (art. 82 k.c.).

Z powyższego wynika, że stanowisko Sądu Najwyższego jest jasne – odmowa pacjenta na hospitalizację, leczenie szpitalne, zabieg operacyjny, musi być poprzedzona należyłą informacją co do ryzyka i skutków odmowy, opóźnionego leczenia, możliwych do przewidzenia konsekwencji zdrowotnych itp.⁷. Odmowa musi być uświadomiona, podobnie jak zgoda na leczenie. Dlatego SN mówi o „lustrzanym odbiciu”. Pacjent jest zwykle laikiem, nie profesjonalistą, nie wie, że poprzez odmowę zmniejsza swoje szanse wyleczenia lub przeżycia. Często właściwą diagnozę lekarz może postawić dopiero po przeprowadzeniu wnikliwych i kompleksowych badań diagnostycznych w szpitalu, dlatego lekarz pogotowia ratunkowego, lekarz rodzinny czy lekarz specjalista badający pacjenta w przychodni lekarskiej powinien

⁷ Podobna sytuacja zachodzi, gdy pacjent już przebywa w szpitalu, lecz odmawia zgody na zabieg operacyjny, którego celowość stwierdzono po badaniach diagnostycznych, i zostaje wypisany ze szpitala – zob. orzeczc. SN z 11 XII 2002 r. (I CKN 1386/00, LEX nr 75348); M. Bączyk, op. cit., s. 12.

go skłonić do udania się do szpitala⁸. W doktrynie uważa się, że w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta lekarz nie może poprzestać na „zwykłej informacji”, lecz powinien dolożyć należytej staranności, aby przekonywać pacjenta o potrzebie poddania się leczeniu⁹.

Trzeba też zwrócić uwagę na regulacje prawne. Art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry (1996) i art. 9 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta normujące obowiązek lekarza i prawo pacjenta do informacji mówią o „informacji o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo z a n i e c h a n i a (podkr. M.N.), wynikach leczenia i rokowaniu”. Odmowa zgody pacjenta skutkuje zaniechaniem leczenia.

Dla porównania warto wskazać, że w USA wymaga się również „uświadomionej odmowy”. W doktrynie amerykańskiej mówi się w takich przypadkach o *informed refusal*¹⁰, a w orzecznictwie przyjął tę teorię w sprawie Truman v. Thomas (1980) Sąd Najwyższy Kalifornii. W tej sprawie pacjentka odmówiła zgody na badanie szyjki macicy z powodu podejrzenia nowotworu ze względu na to, że na badanie nie miała ochoty i był to znaczny dla niej koszt. Nowotwór nie został więc wykryty, a pacjentka zmarła. Sąd przyjął odpowiedzialność lekarza wobec dzieci pacjentki za nieudzielenie pacjentce informacji o znaczącym ryzyku odmowy badania, o czym lekarz wiedział lub powinien był wiedzieć, skoro badanie to zalecił. Zdaniem Sądu jakkolwiek lekarz nie jest zobowiązany do przekonywania pacjenta, aby ten poddał się badaniom, to jednak spoczywa na nim obowiązek wyjaśnienia pacjentowi ujemnych skutków odmowy (*duty to disclose*), zwłaszcza jeśli na miejscu pacjenta „rozsądna osoba” wyraziłaby zgodę na zabieg.

We Francji orzecznictwo przyjmowało, że lekarz ma obowiązek udzielenia pacjentowi koniecznych informacji dla akceptacji lub odrzucenia zabiegu, nie ma natomiast obowiązku przekonać pacjenta do zalecanego zabiegu i nie ponosi odpowiedzialności, gdy pacjent

⁸ Por. M. Świdarska, op. cit., s. 146; R. Tymiński, cyt. glosa, s. 147.

⁹ Por. B. Janiszewska, *Dobro pacjenta czy wola pacjenta – dylemat praw i medycyny (uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń pro futuro)*, „PiM” 2007, nr 2, s. 42.

¹⁰ Por. J. King, *The Law of medical malpractice in a nutshell*, St. Paul, Minn. 1986, s. 173 i n.

zabieg ten odrzucił¹¹. Kwestia ta została unormowana w 2002 r. w art. 1111-4 kodeksu zdrowia publicznego, który nakłada na lekarza obowiązek przekonywania pacjenta: „Lekarz musi uszanować wolę pacjenta po poinformowaniu go o skutkach jego wyboru. Jeżeli wyraża on wolę odrzucenia albo przerwania leczenia, co stwarza dla jego życia niebezpieczeństwo, lekarz musi uczynić wszystko, aby przekonać go do zaakceptowania niezbędnych zabiegów”. Uważa się, że jest to prawo pacjenta odmowy zabiegów czy nawet wycofania swojej zgody w każdej chwili; prawem takim nie powinni jednak dysponować rodzice co do zabiegów ratujących życie dziecka¹².

¹¹ Zob. M.L. Mathieu-Izorche, *Obligations du médecin : informer, ou convaincre?*, Glosa do wyroku Cour de Cassation z 18 I 2000 r., D. 2001, no 44, Comm. 3559.

¹² Y. Lambert-Faivre, *La loi no 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* (I), II – Les droits des malades, usagers du système de santé, D. 2002, no 16, chron. 1296.

Dariusz Drajewicz

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt III KK 152/10¹

Niezachowanie określonych w art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. nr 43, poz. 277 ze zm.) ustawowych warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego.

Teza orzeczenia zasługuje na aprobatę. Przedmiotowe postanowienie zapadło na tle następującego stanu faktycznego. Kierownikowi Kliniki Kardiologii Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Akademii Medycznej zarzucono przyjęcie korzyści majątkowej w kwocie 5 000 zł w związku z przeprowadzeniem operacji pacjenta. Jedyne obciążające materiały dowodowe zostały uzyskane podczas czynności operacyjnej, kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej. Funkcjonariusze Policji po uzyskaniu informacji, że lekarz przyjmuje korzyści majątkowe od pacjentów i ich rodzin, zwrócili się do osoby, od której owe informacje uzyskali, o wręczenie lekarzowi pieniędzy. Osoba ta podjęła się wykonania tego zadania. Prawdziwość informacji

¹ OSNKW 2011, z. 1, poz. 8.

o przyjmowaniu korzyści majątkowych przez lekarza nie została przez funkcjonariuszy w żaden sposób zweryfikowana.

Sądy pierwszej i drugiej instancji stwierdziły, że przeprowadzona w sprawie „prowokacja policyjna” była nielegalna, jako sprzeczna z art. 19 a ustawy o Policji², jednakże uznały, że materiał uzyskany w czasie czynności operacyjnej (nagrania rozmów, jak i zeznania osób opisujące jej przebieg) stanowią pełnowartościowy materiał dowodowy, jako że w polskim prawie procesowym nie obowiązuje reguła „zakazu spożywania owoców zatrutego drzewa”.

Sąd Najwyższy słusznie – w zakresie oceny dowodowej tych materiałów – zajął stanowisko odmienne. Jego zdaniem niezachowanie określonych w art. 19a ustawy o Policji ustawowych warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych

² Artykuł 19a ustawy o Policji stanowi: 1. W sprawach o przestępstwa określone w art. 19 ust. 1 czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej. 2. Czynności operacyjno-rozpoznawcze, o których mowa w ust. 1, mogą polegać także na złożeniu propozycji nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej. 3. Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji może zarządzić, na czas określony, czynności, o których mowa w ust. 1 i 2, po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę organu Policji składającego wniosek, którego na bieżąco informuje o wynikach przeprowadzonych czynności. Prokurator może zarządzić zaniechanie czynności w każdym czasie. 3a. Przed wydaniem pisemnej zgody prokurator zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi przeprowadzenie czynności, o których mowa w ust. 1 i 2. 4. Czynności, o których mowa w ust. 1 i 2, zarządza się na czas nie dłuższy niż 3 miesiące. Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji może, po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 3, jednorazowo przedłużyć stosowanie czynności na czas nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny ich zarządzenia. Przepis ust. 3a stosuje się odpowiednio. 5. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania czynności, o których mowa w ust. 1 i 2, pojawiają się nowe okoliczności istotne dla sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji może, po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 3, zarządzić kontynuowanie czynności przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 4. Przepis ust. 3a stosuje się odpowiednio. 6. Czynności, o których mowa w ust. 1 i 2, mogą być niejawnie rejestrowane za pomocą urządzeń służących do rejestracji obrazu lub dźwięku. 7. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji przekazuje prokuratorowi okręgowemu, o którym mowa w ust. 3, wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania czynności, o których mowa w ust. 1 i 2. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania karnego. 8. Zgromadzone podczas stosowania czynności, o których mowa w ust. 1 i 2, materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza organ Policji, który wniosł o zarządzenie czynności.

uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego. Z takim poglądem należy się w pełni zgodzić. Trafnie także Sąd Najwyższy postrzega, że brak sądowej kontroli przed, czy w trakcie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych przewidzianych w art. 19a ustawy o Policji skłania do rygoryzmu przy ocenie spełnienia przesłanek dających podstawę prawną do ich przeprowadzenia. Wprawdzie wyłączenie kontroli sądowej czynności operacyjno – rozpoznawczych samo przez się nie świadczy o naruszeniu standardu demokratycznego państwa prawa, jednakże procedury kontrolne (co do celu i zakresu kontroli operacyjnej) muszą być rygorystyczne i efektywne³.

Zgodzić się również należy z Sądem Najwyższym, że podstawy eliminacji materiału uzyskanego w trakcie czynności operacyjno-rozpoznawczej – podjętej z naruszeniem ustawy – nie stanowi zasada zakazu spożywania „owocu zatrutego drzewa”. Termin *fruit of the poisonous tree* („owoc zatrutego drzewa”) jest określeniem obcym. Został użyty w 1939 r. przez amerykańskiego sędziego *Felixa Frankfurtera* w sprawie *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939)⁴. Zasada *fruit of the poisonous tree* daje podstawę do odrzucenia dowodu uzyskanego dzięki informacjom uzyskanym w wyniku nielegalnie zdobytego dowodu⁵. Reguła ta wiąże się z doktryną wyłączenia dowodu uzyskanego bezprawnie znaną w systemie anglosaskim⁶. W polskim prawie karnym zasada „owocu zatrutego drzewa”, która dawałaby podstawę do eliminacji dowodu pochodzącego od dowodu przeprowadzonego wbrew prawu, nie jest stosowana⁷.

³ Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132, LEX nr 181611.

⁴ Tekst orzeczenia dostępny na stronie internetowej: <http://supreme.justia.com/us/308/338/case.html>.

⁵ Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym*, Annales UMCS, sectio G, vol. XXIII, Lublin 1976, s. 52 i powołana tam literatura.

⁶ K. Mellifont, *Fruit of the poisonous tree. Evidence derived from illegally or improperly obtained evidence*, Sydney 2010, s. 40 i nast. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo sądów amerykańskich, angielskich a także australijskich.

⁷ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 55; T. Grzegorzczak, [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 392; S. Skubisz, *Problematyka wykorzystania w procesie karnym „owoców zatrutego drzewa”*, [w:] L. Bogunia (red.), *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. VIII, Wrocław 2001, s. 257.

W przedmiotowej sprawie – co trafnie zauważa Sąd Najwyższy – materiały z przeprowadzonej czynności operacyjno-rozpoznawczej były dowodami „skażonymi” pierwotnie, a nie pośrednio⁸, gdyż sama czynność operacyjna została wykonana wbrew prawu. Były to dowody bezpośrednio dotknięte wadą, a nie dowody dalsze uzyskane za pomocą tego dowodu⁹. Między organem policji a poznawaną rzeczywistością nie było żadnych ogniwi pośrednich, stąd też nie można mówić o dowodzie pochodnym¹⁰, czyli takim, który pochodzi od źródła dowodu pośredniczącego między źródłem pierwotnym a faktem udowadnianym¹¹.

Słusznie też Sąd Najwyższy odwołuje się do postanowień Konstytucji, poszukując w jej treści uzasadnienia zakazu dowodowego wykorzystania materiału zebranego nielegalnie, dostrzegając przy tym, że przepisy Kodeksu postępowania karnego oraz ustawy o Policji nie przewidują dyskwalifikacji procesowej dowodów z czynności operacyjnych wykonanych wbrew prawu.

Przepisy prawa karnego oraz konstytucyjnego pozostają w ścisłym związku. Jedną z funkcji normy procedury karnej jest funkcja gwarancyjna. Każdy uczestnik postępowania ma prawo do ochrony swych praw obywatelskich. Stąd konieczność funkcjonowania norm gwarantujących respektowanie interesów prawnych uczestników postępowania. Prawo karne procesowe pozostaje w ścisłym związku z prawem konstytucyjnym, stając się częścią prawa konstytucyjnego w zakresie dotyczącym praw jednostki¹².

Artykuł 8 ust. 1 Konstytucji określa ten akt jako „najwyższe prawo Rzeczypospolitej Polskiej”, co oznacza, że w hierarchii aktów prawnych Konstytucja zajmuje najwyższe miejsce, a normy prawne w niej zawarte mają najwyższą moc prawną¹³. Konsekwencją tego stanowiska jest wymóg, aby ogół norm prawnych obowiązujących w państwie

⁸ Szerzej na temat problematyki wykorzystania dowodów „pośrednio nielegalnych” – Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 417 i nast.

⁹ T. Grzegorzczak, [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 461.

¹⁰ K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 177.

¹¹ S. Waltoś, *Proces...*, s. 352.

¹² *Ibidem*, s. 17, 18.

¹³ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 17.

był zgodny z postanowieniami Konstytucji.¹⁴ Ustawa nie jest najważniejszym punktem odniesienia w działalności orzeczniczej sądów, jej postanowienia podlegają weryfikacji z punktu widzenia zgodności z Konstytucją¹⁵. Zasada interpretacji norm prawnych zgodnie z Konstytucją zaliczana jest do najważniejszych reguł wykładni, akceptowaną w prawie europejskim i międzynarodowym¹⁶. Co więcej, wedle art. 8 ust. 2 Konstytucji jej przepisy stosuje się bezpośrednio.

Konstytucja wyraźnie przesądza, że czynności dowodowe ingerujące w wolności i prawa osobiste muszą być konieczne (art. 31 ust. 3) oraz odbywać się w granicach określonych przez ustawę (art. 41 ust. 1, art. 49, art. 50)¹⁷. Niezbędnym warunkiem uznania materiałów zdobytych w rezultacie czynności operacyjno-rozpoznawczej za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 19 a ust. 7 ustawy o Policji, jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane¹⁸. Tylko w takich warunkach zebrane dowody mogą być podstawą sądowych rozstrzygnięć.

Stanowisko przeciwne godziłoby w zasadę prymatu Konstytucji w systemie źródeł prawa, gdyż pozwalałoby na naruszanie wolności i praw osobistych w warunkach nieprzewidzianych w ustawie¹⁹. Co więcej, w razie przeprowadzenia czynności dowodowych w sposób sprzeczny z ustawą, informacje – a więc środki dowodowe – uzyskane w ich następstwie podlegają usunięciu (art. 51 ust. 4 Konstytucji)²⁰.

¹⁴ Ibidem, s. 17.

¹⁵ P. Tuleja, *Prawo sędziowskie z perspektywy konstytucyjnej*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga jubileuszowa Profesora Pawła Sarneckiego*, Kraków 2004, s. 220.

¹⁶ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 111 i nast. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo.

¹⁷ J. Skorupka, *Eliminowanie z procesu karnego dowodu zebranego w sposób sprzeczny z ustawą*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 3, s. 83.

¹⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2009 r., sygn. III KK 58/09, OSNKW 2010, nr 3, poz. 28 z aprobującymi głosami: D. Drajewicza, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 138–142 oraz B. Kurzepy, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2011, nr 3, s. 224–225.

¹⁹ D. Drajewicz, *Głosa do wyroku SA w Lublinie z dnia 18 maja 2009 r., sygn. akt II AKA 122/08*, „Palestra” 2010, nr 5–6, s. 269.

²⁰ J. Skorupka, *Eliminowanie...*, s. 83.

Stwierdzenie takiego stanu rzeczy daje jednostce podstawę do wystąpienia z żądaniem usunięcia takich informacji, pozwalając jej na kontrolę prawidłowości informacji gromadzonych zgodnie z ustawą²¹. Prawo to dotyczy całokształtu informacji będących w dyspozycji władz publicznych²².

Ingerencja policji w sferę praw i wolności obywatelskich, związana z czynnościami operacyjnymi podejmowanymi w interesie publicznym, nie może być nieograniczona²³. Stosownie do art. 7 Konstytucji organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Przepis ten stanowi wyraz gwarancji swobód obywatelskich i ochrony jednostki przed onnipotencją państwa i jego aparatu²⁴. Kompetencja każdego organu władzy publicznej powinna opierać się na wyraźnie sformułowanym przepisie prawnym, co oznacza, że w państwie praworządym wszelka działalność władcza wymaga podstaw prawnych, tzn. legitymacji w prawnie nadanym upoważnieniu do działania²⁵. Działanie bez podstawy prawnej albo jej przekroczenie kwalifikują zachowanie organu jako nielegalne²⁶.

Według art. 5 Konstytucji, Rzeczpospolita Polska zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli. Wartości chronione przez art. 5 i art. 7 Konstytucji (ochrona wolności i praw człowieka i obywatela oraz zasada państwa prawnego), czynią niedopuszczalnym wykorzystywanie przez organy państwowe – pod jakąkolwiek postacią oraz w jakiegokolwiek formie i celu – informacji o obywatelach, które są pozbawione atrybutu legalności²⁷.

Zakaz wykorzystania materiałów zebranych nielegalnie znajduje uzasadnienie także w prawie międzynarodowym. Stosownie do art. 9 Konstytucji Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa mię-

²¹ W. Skrzydło, *Konstytucja*..., s. 53, 54.

²² B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 264.

²³ Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 32, LEX nr 181611.

²⁴ W. Skrzydło, *Konstytucja*..., s. 16.

²⁵ B. Banaszak, *Konstytucja*..., s. 57.

²⁶ M. Kordela, *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2006, s. 144.

²⁷ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt II AKA 18/10, LEX nr 577418.

dzynarodowego. W świetle art. 87 Konstytucji źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej są ratyfikowane umowy międzynarodowe. Zgodnie z art. 91 Konstytucji ratyfikowana umowa międzynarodowa po ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. Umowy dotyczące m.in. praw człowieka mają pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z taką umową²⁸. Od czasu przyjęcia w 1997 r. nowej Konstytucji nie ma wątpliwości co do stosowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²⁹ w polskim porządku prawnym³⁰.

Tytuł art. 6 Konwencji wprowadza prawo do rzetelnego procesu³¹. Rzetelnego, czyli uczciwego³². Na prawo do rzetelnego procesu składa się także treść ust. 2 artykułu 6 Konwencji stanowiącego, że każdego oskarżonego o popełnienie czynu zagrożonego karą uważa się za niewinnego do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą. Udowodnienie winy zgodnie z ustawą oznacza obowiązek przestrzegania wszystkich zasad wpisanych w jej treść a dotyczących m.in. tak istotnej sfery jak gromadzenie dowodów.

Kwestie legalności dowodów jak i sposobu ich przeprowadzenia mogą być analizowane z punktu widzenia standardów konwencyjnych. Ocena rzetelności odnosi się zawsze do całokształtu postępowania. Zatem oceniać należy rolę, jaką „nielegalny” środek dowodowy

²⁸ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 19.

²⁹ Dz. U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 z późn. zm.

³⁰ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji...*, s. 19.

³¹ Pojęcie prawa do rzetelnego procesu nie pojawiło się pierwotnie w samym tekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Angielski tekst EKPC w art. 6 ust.1 przewidywał, że „everyone is entitled to a fair and public hearing” (każdy ma prawo do rzetelnego i publicznego wysłuchania), z kolei tekst francuski stanowił, że „toute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement” (każdy ma prawo do tego, aby jego sprawa została sprawiedliwie rozpatrzona). Sformułowania te nie są tożsame. Chociaż bliższa istocie była wersja angielska (samo pojęcie rzetelnego procesu wywodzi się z tamtejszej tradycji prawnej), to pojęcie „fair hearing” odnosi się jednak tylko do wysłuchania sprawy przez sąd, co zawęża zakres analizowanego pojęcia. Aktualnie można stwierdzić, że pojęcie rzetelnego procesu sądowego weszło do polskiego języka prawnego, zostało bowiem dodane jako oficjalny tytuł art. 6 na mocy Protokołu nr 11 do Konwencji, dotyczący przekształcenia mechanizmu kontrolnego ustanowionego przez Konwencję (Dz. U. z 1998 r. nr 147, poz. 962). Protokół ratyfikowany przez Polskę dnia 20 maja 1997 r. wszedł w życie dnia 1 listopada 1998 r. (C. Nowak, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego w świetle EKPC i orzecznictwa ETPC*, [w:] P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny*, Warszawa 2009, s. 95 i powołana tam literatura).

³² M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1995, s. 151.

odgrywał w całokształcie materiału prowadzącego do uznania winy oskarżonego. Jeżeli środek ten nie odgrywał roli „wyłącznej” lub „dominującej”, a istniały dostateczne dowody uzasadniające ustalenie faktów i uznanie winy oskarżonego, zastosowanie nieprawidłowo uzyskanego dowodu, nie przesądza – samo w sobie – o nierzetelności postępowania³³. *A contrario*, jeśli środek odgrywał rolę „wyłączną” i „dominującą” – tak jak w przypadku sprawy rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy – uznać trzeba, że zasada rzetelności postępowania została naruszona.

W orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 9 czerwca 1998 r. w sprawie *Teixeira de Castro* przeciwko Portugalii³⁴, do którego odwołał się Sąd Najwyższy w przedmiotowej sprawie, Trybunał wskazał, że ogólne wymagania rzetelności ujęte w art. 6 Konwencji stosuje się do postępowań dotyczących wszystkich typów przestępstw, od najprostszych do najbardziej złożonych³⁵. W sprawie *Teixeira de Castro* przeciwko Portugalii funkcjonariusze policji interweniowali w ramach operacji przeciwko handlarzom narkotyków. Jednakże nie mając żadnych podstaw do podejrzeń o to, że skarżący był zamieszany w ten proceder, starali się na niego wpłynąć w taki sposób, aby zdecydował się na popełnienie przestępstwa. Według Trybunału takie działanie nie mieściło się w zakresie funkcji tajnych agentów policji. Interes publiczny nie może bowiem usprawiedliwiać posługiwania się dowodem uzyskanym w rezultacie nakłaniania przez policję do przestępstwa. Interwencja policjantów oraz użycie uzyskanych w ten sposób dowodów w postępowaniu karnym spowodowały, iż oskarżony od samego początku był pozbawiony rzetelnego procesu³⁶.

Istotne znaczenie dla oceny sprawy, stanowiącej podstawę analizy Sądu Najwyższego, ma – powoływane w uzasadnieniu postanowienia – orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 5. lutego 2008 r.

³³ P. Hofmański, A. Wróbel, [w:] L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 328 i powołane tam orzecznictwo.

³⁴ *Teixeira de Castro v. Portugal* (44/1997/828/1034) 9 June 1998 (tekst orzeczenia dostępny na stronie internetowej: http://www.hrcr.org/safrica/arrested_rights/castro_portugal.html).

³⁵ *Ibidem*, § 36.

³⁶ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji...*, s. 449.

w sprawie *Ramanauskas* przeciwko Litwie³⁷. W sprawie tej Trybunał wskazał również, że interes publiczny nie może uzasadniać wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku sprowokowania przez policję, gdyż od początku pozbawiałoby to oskarżonego prawa do rzetelnego procesu. Wedle Trybunału prowokowanie przez policję zachodzi wtedy, kiedy funkcjonariusze zaangażowani (będący członkami służb lub osoby działające na ich polecenie) nie poprzestają na śledzeniu działań przestępczych w sposób bierny, lecz wywierają wpływ na podmiot poddany działaniom prowokując popełnienie przestępstwa, które bez tego nie zostałyby popełnione³⁸.

Reasumując, w pełni się należy zgodzić ze stanowiskiem wyrażonym w glosowanym orzeczeniu. Nie mogą być wykorzystywane w procesie dowody, które nie zostały uzyskane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych z zachowaniem ustawowych warunków. Stanowisko przeciwne niweczyłoby konstytucyjną i konwencyjną ochronę praw obywatelskich³⁹ oraz godziłoby w zasadę prymatu Konstytucji i Konwencji w systemie źródeł prawa⁴⁰.

³⁷ Skarga nr 74420/01, LEX nr 345365.

³⁸ A. Lach, Glosa do wyroku ETPC z dnia 5 lutego 2008 r., 74420/01, LEX/el 2008.

³⁹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 18 maja 2009 r., sygn. II AKa 122/08, LEX nr 513128.

⁴⁰ D. Drajewicz, *Zakaz dowodowego wykorzystania procesowej kontroli rozmów*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 8, s. 80.

Anna Kobińska

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r. (V CSK 256/10)

Pobrano podczas sekcji zwłok matki powoda materiał – stanowiący niewielkie fragmenty tkanek – nie może być traktowany w kategorii narządów, tkanek, szczątków ludzkich, a tym bardziej fragmentów zwłok.

Do kategorii dokumentacji medycznej można zaliczyć także informacje medyczne uprzedmiotowione w postaci spreparowanych fragmentów tkanek i narządów pobranych, w celu określenia przyczyny zgonu pacjenta, przy wykonywaniu sekcji zwłok.

Z uzasadnienia:

Wyrokiem z dnia 29 października 2009 r. Sąd Okręgowy w Ś. oddalił powództwo Tadeusza S. przeciwko Specjalistycznemu Szpitalowi im. Dr A. Sokołowskiego w W. o ochronę dóbr osobistych.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód jest synem Marii S. zmarłej 31 lipca 2008 r. na oddziale neurochirurgii pozwanego Szpitala. W dniu 1 sierpnia 2008 r. na zlecenie ordynatora tego oddziału wykonana została sekcja zwłok matki powoda w celu wyjaśnienia przyczyny jej śmierci. Podczas sekcji pobrano wycinki tkanek i narządów (fragmenty tkankowe), co umożliwiło potwierdzenie przyczyny śmierci Marii S. Ciało zmarłej wydano bratu powoda.

Strona pozwana wykonuje badania pośmiertne w oparciu o przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. nr 14, poz. 89, ze zm. – dalej jako „ustawa o ZOZ”). (...) Pobieranie materiału do sekcji jest działaniem rutynowym. Materiał opracowuje Zakład Patomorfologii w szpitalu. Jednostkowe wymiary wycinków pobieranych ze zwłok wynoszą 1 x 1 x 2 cm. Fragmenty wycinków zatapiane są w bloczku parafinowym (o rozmiarach 1 x 1 x 0,5 cm), a następnie skrawane i barwione na szkiełkach laboratoryjnych. Fragmenty tkankowe, zgodnie z instrukcją szpitalną podlegają utylizacji jako odpady medyczne. Pozostawiane są natomiast bloczki parafinowe i preparaty histopatologiczne, które podlegają archiwizacji (...). W przypadku zgonu pacjenta w pozwanym szpitalu prowadzi się dokumentację papierową i roboczą dokumentację elektroniczną (...). Preparaty histopatologiczne, traktowane jako dokumentacja medyczna, mogą być wydawane jedynie uprawnionym do tego organom państwowym i zakładom medycznym.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że pozwany w żaden sposób nie naruszył dobra osobistego powoda w postaci prawa do pochówku osoby bliskiej (...). Status prawny preparatów i próbek wydzielin pobranych z organizmu ludzkiego i zwłok nie jest wyraźnie określony żadnym przepisem prawa powszechnego. Pobrany podczas sekcji zwłok matki powoda materiał – stanowiący niewielkie fragmenty tkanek – nie może być traktowany w kategorii narządów, tkanek, szczątków ludzkich, a tym bardziej fragmentów zwłok. W ocenie Sądu Okręgowego stanowią one dokumentację medyczną. Obowiązujące w dacie właściwej dla oceny stanu sprawy rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej i sposobu jej przetwarzania (Dz. U. nr 247, poz. 1819) zawiera niezamknięty katalog dokumentacji, możliwe jest więc zaliczenie do tej kategorii preparatów, których nazwa, cel i okres przechowywania sprzeciwiają się uznaniu ich za szczątki ludzkie, które podlegałyby pochowaniu razem z wcześniej pochowanym ciałem matki powoda.

Zaskarżonym obecnie wyrokiem Sąd Apelacyjny we W. oddalił apelację powoda.

Sąd ten podzielił ocenę Sądu Okręgowego odnośnie do kwalifikacji oraz statusu prawnego wycinków tkanek pobranych z organizmu ludzkiego w celach diagnostycznych i preparatów histopatologicznych. Za decydujące dla odrzucenia, zgodnej ze stanowiskiem powoda, ich kwalifikacji jako szczątków ludzkich, w rozumieniu § 8 rozporządzenia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz. U. nr 153, poz.1783 ze zm.) uznał cel ich odłączenia od ciała (zwłok) i wielkość. W jego ocenie bloczki parafinowe i preparaty histopatologiczne spreparowane z pobranych ze zwłok wycinków trafnie uznane przez Sąd Okręgowy za swoistą dokumentację lekarską, nie podlegały wydaniu powodowi. Odmowa ich wydania nie narusza jego prawa do pochowania zwłok matki w całości (...).

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zasadniczym celem ochrony prawnej, której udzielenia domagał się powód formułując żądanie wydania tkanek pobranych w czasie sekcji zwłok jego matki, jest ochrona dobra osobistego w postaci kultu pamięci zmarłej, obejmującego nie tylko prawo osób bliskich zmarłego do czczenia jego pamięci, ale także uprawnienie dotyczące sposobu i miejsca pochowania zwłok lub prochów (...).

Prawo do kultywowania pamięci osoby zmarłej, chociaż niewymienione w art. 23 k.c., jest jednak uznawane powszechnie za samoistne dobro osobiste. Wynikają z niego dla bliskiej osoby zmarłego, służące ochronie jej sfery uczuciowej uprawnienia do pochowania zwłok, ich przeniesienia lub ekshumacji, wybudowania nagrobka i ustalenia na nim napisu, odwiedzania i pielęgnacji grobu, kontemplacji, odbywania ceremonii religijnych (...).

Na tle okoliczności niniejszej sprawy widoczna jest szczególna trudność w zakresie oceny natężenia ujemnych przeżyć osoby, która twierdzi, że jej dobro osobiste (tu w postaci kultu pamięci osoby zmarłej) zostało naruszone (...).

Opierając się więc na obiektywnych kryteriach sąd powinien ustalić, czy skutek działania sprawcy została naruszona sfera uczuciowa danej osoby związana z jej określonym dobrem osobistym. Nie należy przy tym uprzywilejowywać osób, które charakteryzuje nadmierna

wrażliwość (...). W myśl tego zapatrywania, zarówno przy określaniu granic (istoty) dobra osobistego jak i jego naruszenia, należy posługiwać się kryterium obiektywnym, odwołującym się do przyjętych w społeczeństwie ocen, zapatrywań moralnych i obyczajów.

Do obiektywnego ujęcia dóbr osobistych trafnie odwołuje się, szerzej umotywowany w tym zakresie, wyrok Sądu Okręgowego. Na tle przytoczonych w nim rozważań i przy uwzględnieniu typowych – w świetle panujących w społeczeństwie zasad i obyczajów – reakcji człowieka, żądanie wydania niewielkich fragmentów tkanek pobranych przy sekcji ze zwłok zmarłej matki powoda, pozostałych w obecnej postaci preparatów histopatologicznych, przedstawia się jako nieuzasadnione. Nie można w takiej sytuacji uznać – jak podnosi skarżący – że będący następstwem ich zatrzymania przez stronę pozwaną stan jest równoznaczny z „rozdzieleniem zwłok” i „stanem ich dezintegracji”, mogącym, przy przyjęciu przeciętnej – według poglądów powszechnie przyjmowanych – miary wrażliwości, prowadzić do negatywnych uczuć i przeżyć u osoby bliskiej zmarłego.

W ocenie obu Sądów orzekających, pobrane ze zwłok w czasie sekcji wycinki tkanek i narządów, nie stanowią narządów, szczątków ludzkich czy fragmentów zwłok podlegających pochowaniu zgodnie z art. 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych z dnia 31 stycznia 1959 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. nr 23, poz. 295), ustanawiającego dla określonych osób i w ustalonej w nim kolejności prawo do pochowania zwłok ludzkich i stanowiącego zarazem podstawę oceny w odniesieniu do kwestii bezprawnego zachowania się osoby naruszającej dobro osobiste w postaci kultu osoby zmarłej. Przyjęte dla potrzeb tej oceny pojęcie zwłok i szczątków ludzkich, do których stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu ze zwłokami definiuje, wydane na podstawie art. 20 ust. 3 tej ustawy (właściwe w stanie sprawy) rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. (Dz. U. nr 153, poz. 1783 ze zm.) (...).

Pojęcie dokumentacji medycznej, którą stanowią dane i informacje medyczne odnoszące się do stanu zdrowia pacjenta, udzielonych mu w zakładzie opieki zdrowotnej świadczeń zdrowotnych, gromadzone i udostępniane na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 listopada

2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta definiuje ustawa o ZOZ w art. 18 d. Podzielić należy wyrażony w zaskarżonym wyroku pogląd, że jego szerokie ujęcie pozwala zaliczyć do kategorii dokumentacji medycznej także informacje medyczne uprzedmiotowione w postaci spreparowanych fragmentów tkanek i narządów pobranych w celu określenia przyczyny zgonu pacjenta, przy wykonywaniu sekcji zwłok. Do ich wydania i udostępniania będą więc mieć zastosowanie przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania, Dz. U. nr 252, poz. 1697 (...).

W tym stanie rzeczy wniesiona skarga kasacyjna, bezzasadna z powyższych przyczyn, także w zakresie podniesionego w niej zarzutu naruszenia art. 23 i 24 k.c., podlegała oddaleniu stosownie do art. 398¹⁴ k.p.c. (...).

GŁOSA

Na tle sprawy o ochronę dóbr osobistych w postaci kultu po osobie zmarłej, pojawiło się zagadnienie dotyczące statusu prawnego części ludzkiego organizmu, które zostały od niego odłączone.

Sąd Najwyższy potwierdził wcześniejszy pogląd sądów orzekających w sprawie, iż pobrany podczas sekcji zwłok materiał – stanowiący niewielkie fragmenty tkanek – nie może być traktowany w kategorii narządów, tkanek, szczątków ludzkich, a tym bardziej fragmentów zwłok. Według orzeczenia Sądu Najwyższego materiał taki stanowi dokumentację medyczną.

Sąd Najwyższy wyraził swój pogląd w zakresie dokumentacji medycznej bez głębszego rozważenia konsekwencji takiego stanowiska, co ostatecznie nie świadczy o braku jego słuszności. Jednak w orzeczeniu brak głębszej analizy skutków, jakie pociąga za sobą uznanie, iż błočki histopatologiczne (materiał pobrany od pacjenta i w nich zatopiony) stanowią dokumentację medyczną. W takiej bowiem sytuacji należy wprost stosować przepisy dotyczące dokumentacji medycznej, skoro stanowią ją takie przedmioty jak błočki histopatologiczne.

Zgodnie z art. 25 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. nr 52, poz. 417 z późn. zm.) dokumentacja medyczna ma zawierać dane tam wskazane, m.in. takie jak: nazwisko i imię, datę urodzenia, płeć, adres zamieszkania, PESEL. Pacjent ma prawo dostępu do dokumentacji medycznej dotyczącej jego stanu zdrowia oraz udzielonych mu świadczeń zdrowotnych (art. 23 ust. 1 ustawy). Co za tym idzie, podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych jest obowiązany nie tylko prowadzić i przechowywać dokumentację medyczną, ale ją także udostępniać.

Udostępnia się dokumentację medyczną pacjentowi, jego przedstawicielowi ustawowemu albo osobie upoważnionej przez pacjenta (art. 26 ust. 1 ustawy). W przypadku śmierci pacjenta prawo /ale tylko do wglądu w dokumentację/ posiada osoba upoważniona przez pacjenta za życia. W przypadku małoletniego, to rodzic jako przedstawiciel ustawowy dziecka, musi wyrazić zgodę za życia dziecka, aby móc po jego śmierci posiadać prawo wglądu w dokumentację medyczną.

Ponadto dokumentacja jest udostępniana całemu szeregowi podmiotów wymienionych w ustawie.

Udostępnienie dokumentacji następuje na mocy art. 27 ustawy poprzez wgląd do niej w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń (pkt 1) bądź przez sporządzenie jej wyciągu, odpisu lub kopii (pkt 2) lub wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru i zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, jeśli uprawniony organ lub podmiot (pacjent, przedstawiciel ustawowy, osoba upoważniona przez pacjenta) żąda udostępnienia oryginałów tej dokumentacji (pkt 3).

O ile interpretacja Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości co do tego, że pacjent ma prawo do wglądu w preparat histopatologiczny, to już takiej możliwości nie ma przy udostępnianiu dokumentacji w postaci kopii, wyciągu czy odpisu. Gdyż tutaj występuje jeden, niepowtarzalny preparat, którego nie ma możliwości odtworzenia w ten sposób i wydania go pacjentowi.

Również pojawia się wątpliwość co z realizacją uprawnienia pacjenta z art. 27 pkt 3 ustawy w postaci wydania oryginału. Przy stanowisku, które zajął Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu, należałoby wydać taki preparat, gdy pacjent wystąpi z takim żądaniem. Jednak to

może stanowić problem dla podmiotu prowadzącego działalność leczniczą i lekarzy.

Bowiem, o ile przy wydaniu oryginału dokumentacji medycznej, zgodnie z § 78 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. (Dz. U. nr 252, poz. 1697) w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania, należy pozostawić kopię lub pełny odpis wydawanej dokumentacji – o tyle taka możliwość nie istnieje przy wydawaniu preparatów histopatologicznych, ale także innych przedmiotów, które odwzorowują stan zdrowia pacjenta, jak różnego rodzaju odlewy, w tym stomatologiczne, zdjęcia rentgenowskie etc.

W takim przypadku podmiot nie ma jak zachować u siebie odzwierciedlenia wydawanego przedmiotu, który to według prezentowanego stanowiska stanowi dokumentację medyczną, a co za tym idzie, jest zobowiązany ją wydać, gdy takie żądanie pojawi się ze strony uprawnionego podmiotu lub organu.

Rodzi to ryzyko, iż przykładowo, łatwo zniszczalny odlew gipsowy, np. stomatologiczny pacjenta ulegnie całkowitemu zniszczeniu i nie będzie możliwości jego odtworzenia, a co za tym idzie – utrudni to leczenie, a czasami nawet uniemożliwi.

Podobnie sytuacja wygląda w przypadku bloczków parafinowych, które również zawierają cenne informacje dotyczące np. diagnostyki nowotworowej. Wydanie takiego jedyne preparatu, do którego w większości przypadków materiał jest pobierany w trakcie znieczulenia ogólnego podczas zbiegu operacyjnego, w razie jego zniszczenia lub zagubienia przez pacjenta, kiedy to nie mamy możliwości dokonania jego kopii – może zniweczyć lub poważnie ograniczyć dalszą diagnostykę i leczenie.

Oczywiście zawsze powinien istnieć opis badania histopatologicznego, lecz w razie zaistnienia jeszcze jakichś wątpliwości podczas leczenia pacjenta nie będzie można do niego powrócić jako do pierwotnego źródła informacji o stanie zdrowia.

Na tle tego orzeczenia wyłania się jeszcze jeden problem, na którego głębszą analizę nie ma tu miejsca. Bowiem rodzi się pytanie, kiedy

mamy do czynienia z pobranymi tkankami, wydzielinami jako odpadami medycznymi, które podlegają utylizacji a kiedy już z dokumentacją medyczną którą należy przechowywać.

Przykładowo: czy pobrane do badań krew, szpik, płyn mózgowo rdzeniowy, próbka moczu stanowią taką dokumentację? Brak jest jakichkolwiek przepisów regulujących w ogóle status takiego materiału.

Wydaje się, iż należy odwołać się do celu na potrzeby którego dany materiał został od pacjenta pobrany oraz właściwości materiału. Jeśli tym celem są, zgodnie z art. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej (Dz. U. nr 144, poz. 1529), badania laboratoryjne mające na celu określić właściwości i skład płynów ustrojowych, wydzielin, wydalin i tkanek pobranych dla celów profilaktycznych, diagnostycznych, leczniczych lub sanitarno-epidemiologicznych, to po wykorzystaniu tego materiału ulegnie on zniszczeniu.

Ponadto jeśli z właściwości pobranego materiału wynika, iż po dokonaniu diagnostyki nie można go przechowywać, gdyż jest to bezużyteczne lub bezcelowe, to wydaje się, iż należy potraktować taki materiał jako odpad medyczny. Tym bardziej, że często może to być materiał zakaźny. Natomiast w przypadku bloczków parafinowych możliwe jest ich przechowywanie a materiał pobrany jest w stanie przez okres przechowywania odzwierciedlać rodzaj schorzenia.

Podobnie z krwią, która zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz. U. z 1997 r. nr 106, poz. 681) może być pobierana w celach diagnostycznych, naukowo-badawczych i upustów leczniczych.

Również do wskazanych kryteriów w postaci celu i właściwości trzeba będzie się odwołać przy pobieraniu komórek, w tym komórek krwiotwórczych szpiku, krwi, tkanek i narządów służących do przeszczepu, a także komórek rozrodczych służących do zapłodnienia *in vitro*.

W związku z zaprezentowanym stanowiskiem w orzeczeniu Sądu Najwyższego, a także zmianami w prawie jakie zaczną w przyszłości obowiązywać podmioty lecznicze i lekarzy, należałoby wyposażyć się w odpowiedni sprzęt elektroniczny. Sprzęt taki bowiem umożliwi odzwierciedlenie danych i informacji medycznych uprzedmiotowionych

w postaci różnego rodzaju preparatów, zdjęć rentgenowskich, odlewów etc.

Z dniem 1 stycznia 2011 r. weszła w życie ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz. U. 2011 r. nr 113, poz. 657). Ustawa ta wprowadziła zmianę do ustawy o prawach pacjenta poprzez dodanie do niej art. 24 ustępu 1 a, zgodnie z którym dokumentację medyczną prowadzi się w postaci elektronicznej. Przepis ten wejdzie w życie dopiero z dniem 1 sierpnia 2014 r., a więc do tego czasu lekarze będą mieli możliwość dostosowania prowadzonej przez siebie dokumentacji do wersji wymaganej przez ustawę.

W związku z czym orzeczenie Sądu Najwyższego jest słuszne co do zasady, jednak powinno zostać zaznaczone, iż do wskazanych przedmiotów zawierających informacje medyczne powinno się stosować przepisy o dokumentacji medycznej odpowiednio. W przeciwnym wypadku nie ma możliwości, aby ze względu na cechy fizyczne tejszej dokumentacji stosować wprost przepisy jej dotyczące, jak przykładowo sporządzanie kopii czy odpisów.

Wymaga zaznaczenia, iż rzadko się zdarza, aby orzeczenie wychodziło naprzeciw zmianom w prawie, które mają nastąpić w przyszłości, co zasługuje na pełną aprobatę. Ponadto odmienne stanowisko sądu, niekwalifikujące przedmiotowy materiał pobrany od pacjenta jako dokumentację, całkowicie uniemożliwiłoby pacjentowi odebranie takiej dokumentacji od podmiotu leczniczego lub lekarza, co stanowi jedno z podstawowych praw pacjenta.

W świetle powyższego, aby już w chwili obecnej sprostać wymogom wskazanym w orzeczeniu Sądu Najwyższego, nie czekając na wejście w życie zmian legislacyjnych, należy zastosować do uprzedmiotowionej dokumentacji medycznej, niemającej formy papierowej odwzorowania cyfrowe.

Należy w tym miejscu odwołać się do § 81 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej, który to przewiduje odzwierciedlenie cyfrowe właśnie w takich przypadkach dokumentacji medycznej jak w omawianym orzeczeniu. Z tym, że takiego odzwierciedlenia dokonuje się w razie prowadzenia dokumentacji w formie elektronicznej. Jednak nie ma przeszkód, aby już obecnie

czyniąc zadość wymogom wskazanym w orzeczeniu, a nakazującym wydanie dokumentacji pacjentowi na jego żądanie niezależnie od jej formy, nie stosować takiego odzwierciedlenia.

Zgodnie z § 81 ust. 1 rozporządzenia w przypadku gdy do dokumentacji prowadzonej w postaci elektronicznej ma być dołączona dokumentacja utworzona w innej postaci, w tym zdjęcia radiologiczne lub dokumentacja utworzona w postaci papierowej, osoba upoważniona przez podmiot wykonuje odwzorowanie cyfrowe tej dokumentacji i umieszcza je w systemie informatycznym w sposób zapewniający czytelność, dostęp i spójność dokumentacji.

W przypadku odwzorowania cyfrowego dokumentacja medyczna jest wydawana na życzenie pacjenta (§ 81 ust. 2 rozporządzenia).

Udostępnienie dokumentacji prowadzonej elektronicznie następuje przez przekazanie informatycznego nośnika danych z zapisaną dokumentacją bądź przez dokonanie elektronicznej transmisji dokumentacji lub przez przekazanie papierowych wydruków potwierdzonych za zgodność z dokumentacją elektroniczną (§ 83 ust. 1 i 3 rozporządzenia).

W zaistniałym stanie faktycznym szpital będzie zobowiązany, co prawda nie na podstawie błędnie wskazanych przez powoda przepisów z art. 23 i 24 k.c. o ochronie dóbr osobistych, lecz na podstawie przepisu art. 27 ustawy o prawach pacjenta, do udostępnienia do wglądu bloczków parafinowych, jeśli matka powoda upoważniła go do tego za życia. Powodowi więc nie będzie można wydać wskazanych preparatów, gdyż nastąpiła śmierć pacjenta, a w takiej sytuacji przysługuje podmiotom uprawnionym tylko wgląd w tę dokumentację.

KWARTALNIK „PRAWO I MEDYCYNA”

Prenumerata kwartalnika Prawo i Medycyna na rok **2012** (nr **46, 47, 48, 49**)

Cena kwartalnika w prenumeracie na rok 2012 wynosi **220 zł.**

(4 x 55 zł.)

Cena jednego egzemplarza poza prenumeratą wynosi **65 zł.**

Zamówienie

(Realizacja zamówienia po dokonaniu wpłaty.)

Zamawiam prenumeratę(y) na rok 2012.

(ilość prenumerat)

Nazwa instytucji

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

Imię i Nazwisko (dział)

Adres.

Kod Miejscowość

Telefon e-mail

Oświadczenie

(wypełnia płatnik)

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

Nazwa instytucji

Adres

Kod Miejscowość

NIP

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:

.....
Wypełnione zamówienie prosimy przesłać faksem na nr: 22 668-71-89

lub e-mail: ksiegarnia@prawoimedycyna.pl

Wpłaty prosimy dokonywać na konto: Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.

ul. Pawińskiego 5a, 02-106 Warszawa

BRE Bank **24 1140 1010 0000 5150 0700 1001**

Egzemplarze archiwalne dostępne w księgarni internetowej: www.prawoimedycyna.pl

Do Autorów

Szanowni Państwo!

Prace do publikacji, których objętość nie powinna co do zasady przekraczać 15 stron znormalizowanego maszynopisu z odstępem 1,5, czcionka typu Times New Roman 12 pkt (ok. 27 tysięcy znaków łącznie ze spacjami i przypisami), należy nadsyłać do Redakcji na nośniku elektronicznym (płyta CD) lub pocztą elektroniczną. Do przesłanych materiałów należy dołączyć dane o Autorze: imię i nazwisko, stopień lub tytuł naukowy, nazwę oraz adres miejsca pracy, adres e-mail, telefon kontaktowy oraz adres pocztowy do korespondencji. Pracownicy naukowci proszeni są również o wskazanie uczelni macierzystej.

Redakcja nie publikuje przedruków, w związku z powyższym do pracy należy dołączyć oświadczenie podpisane przez wszystkich Autorów, że praca nie została dotychczas wydrukowana lub skierowana do druku w innym czasopiśmie.

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

Autorzy składający po raz pierwszy prace do publikacji w „Prawie i Medycynie” proszeni są o dołączenie krótkiej informacji o sobie (Curriculum Vitae).

Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych prac i zastrzega sobie prawo skracania i adiustacji tekstów oraz zmiany tytułów i śródtytułów.

Cytowanie fragmentów publikacji jest możliwe wyłącznie z powołaniem się na źródło. Wydawca nie odpowiada za treść zamieszczonej reklamy.

Dane do korespondencji

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.

ul. Pawińskiego 5A

02-106 Warszawa

e-mail: sekretariat@ipoz.pl