

PRAWO I MEDYCYNĄ

NR 5 (VOL 2) 2000

KWARTALNIK

ISSN 1506-8757

INDEKS 354430



Kolegium Redakcyjne:
Redaktor Naczelny – dr n. hum. Ewa Kujawa

Sekretarz Redakcji
dr n. praw. Maria Boratyńska

Prawo:
Adw. Czesław Jaworski
Prof. dr hab. n. praw. Leszek Kubicki
Prof. dr hab. n. praw. Eugeniusz Kowalewski
Prof. dr hab. n. praw. Mirosław Nesterowicz
Dr n. praw. Dorota Saffjan
Prof. dr hab. n. praw. Marek Saffjan
Prof. dr hab. n. praw. Eleonora Zielińska
Prof. dr hab. n. praw. Andrzej Zoll

Medycyna:
Dr Marek Balicki
Prof. dr hab. n. med. Jan Doroszewski
Prof. dr hab. n. med. Jerzy Leowski
Dr n. med. Krzysztof Madej
Dr Krzysztof Makuch

Prof. dr hab. n. med. Jan Nielubowicz

Prof. dr hab. Tadeusz Tołłoczko

Dział Marketingu
Teresa Małachwiej

Redakcja:

01-450 Warszawa
ul. Astronomów 3, pok. 424
tel./fax (22) 836-04-16; tel. 837-32-37 w. 323, 340
tel. 0501 772 845
e-mail: abacus@bptnet.pl

Wydawca:

ABACUS Biuro Promocji Medycznej Sp. z o.o.
01-450 Warszawa
ul. Astronomów 3, pok. 424
tel./fax (22) 836-04-16; tel. 837-32-37 w. 323, 340
tel. 0501 772 845
e-mail: abacus@bptnet.pl

Prenumerata:

PRENUMERATA MAILING POLSKA Sp. z o.o.
ul. Burakowska 11
01-066 Warszawa
tel. 022 636 98 65, 636 65 21

Redakcja nie zwraca materiałów nie zamówionych i nie odpowiada za treść ogłoszeń.

Współpraca,
opracowanie graficzno-techniczne:
BORGIS® Sp. z o.o. Wydawnictwo Medyczne
tel./fax 837-32-37 w. 370

Druk i oprawa: Multi Print

PRAWO I MEDYCYNA

kwartalnik

**Materiały II Ogólnopolskiego
Forum Prawniczo-Medycznego**
zorganizowanego w dn. 2-3 grudnia 1999 roku
w Warszawie

Pod Honorowym Patronatem:

Prof. dr. hab. n. praw. Marka Safjana
Prezesa Trybunału Konstytucyjnego

Prof. dr. hab. n. praw. Lecha Gardockiego
Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego

Prof. dr. hab. med. Janusza Piekarczyka
Rektora Akademii Medycznej
w Warszawie

Prof. dr. hab. med. Waleriana Staszkiwicza
Dyrektora Centrum Medycznego
Kształcenia Podyplomowego

Adw. Czesława Jaworskiego
Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej

Mec. Andrzeja Kalwasa
Prezesa Krajowej Rady
Radców Prawnych

Dr. med. Krzysztofa Madeja
Prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej

oraz

pod patronatem Sekretarza Generalnego Rady Europy,
Pana Waltera Schwimmera.
under the auspices of the Secretary General of the Council of Europe
Mr Walter Schwimmer.
sous le patronage du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe
Monsieur Walter Schwimmer

Spis treści

Prof. dr hab. prawa Marek Safjan Trybunał Konstytucyjny Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna	5
Prof. dr hab. prawa Leszek Kubicki Instytut Nauk Prawnych PAN Prawo medyczne – próba ustalenia zakresu	19
Prof. dr hab. medycyny Walerian Staszkiwicz Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego Dylematy medycyny	27
Prof. dr hab. prawa Andrzej Zoll Uniwersytet Jagielloński Zaniechanie leczenia – aspekty prawne	31
Prof. dr hab. medycyny Barbara Świątek Akademia Medyczna we Wrocławiu Błędy lekarskie w praktyce medyka sądowego	39
Prof. dr hab. medycyny Tadeusz Tołoczko Akademia Medyczna w Warszawie Błąd lekarski. Spojrzenie klinicysty	48
Prof. dr hab. prawa Marian Filar Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika w Toruniu Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi	59
Prof. dr hab. prawa Eleonora Zielińska Uniwersytet Warszawski Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym	73
Prof. dr hab. medycyny Bogdan Kamiński Akademia Medyczna w Warszawie Racjonalne granice interwencji lekarskiej – wątpliwości medyczne i moralne	94
Dr n. prawnych Ewa Kulesza Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych Ochrona danych o stanie zdrowia w świetle ustawodawstwa europejskiego i polskiej ustawy o ochronie danych osobowych	101

Dyrektor ds. ekonom. Franciszek Gajek Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie Gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie danych – relacja pomiędzy szpitalem a Kasami Chorych	114
Prof. dr hab. prawa Jan Jończyk Uniwersytet Wrocławski Odpowiedzialność personelu medycznego według Kodeksu Pracy	118
Prof. dr hab. prawa Zdzisław Kubot Uniwersytet Wrocławski Formy zatrudniania lekarzy w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej	127
Dr nauk ekonom. Katarzyna Tymowska Uniwersytet Warszawski Prywatyzacja opieki zdrowotnej w teorii i w praktyce	138
Dr Marek Balicki Szpital Bielański – Samodzielny, Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wypowiedź w dyskusji panelowej „Prywatyzacja majątku w publicznych zakładach opieki zdrowotnej”	148
WYPOWIEDZI PODCZAS OBRAD FORUM NADESŁANE DO REDAKCJI	
Prof. dr hab. prawa Mirosław Nesterowicz Wyrok Cour Administrative d’Appel de Paris z 9. 06. 1998 r. (D. 1999. J. 277)	151
Mgr Urszula Chmielewska, mgr Anna Karnas Głos w sprawie uznania wyroku Apelacyjnego Trybunału Administracyjnego (Cour Administrative d’Appel de Paris) z dnia 9 czerwca 1998 r., jako wyznacznika kierunku przemian polskiego prawa medycznego	155
Dr n. praw. Ewa Kulesza W odpowiedzi na pytania	157
Dr nauk medycznych Tadeusz Maria Zielonka Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc w Warszawie Czy potrzebne jest prawo w medycynie? – komentarz lekarza, uczestnika obrad Forum	162
ANEKS	
Prof. dr hab. prawa Wanda Stojanowska Instytut Wymiaru Sprawiedliwości Uwagi do Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R(92)1 w sprawie wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym	167

Marek Safjan

Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna

I. Uwagi wstępne

Dokonywane na naszych oczach uniwersalizacja standardów prawnych w dziedzinie praw człowieka (w ramach prawnej przestrzeni europejskiej). Standaryzacja, uniwersalizacja (czy, jak kto woli uniformizacja) nie są spowodowane wyłącznie postulatem poszerzenia obszaru działania praw podstawowych ze względu na pryncypia i aksjologię współczesnej demokracji, ale również ze względów całkiem pragmatycznych. Różnice w systemach prawnych, wytwarzając swoisty stan nierównowagi, prowadzą do łatwego omijania istniejących zakazów prawnych poprzez migrację osób, uczonych i transfer technologii. We współczesnym świecie staje się ponadto coraz bardziej oczywiste, że fundamentalne problemy związane z rozwojem nauki i biomedycyny niekoniecznie należą wyłącznie do sfery bogatego i komfortowego świata, w którym można sobie pozwolić na luksus refleksji moralnej i filozoficznej. Współczesny świat — to świat naczyń połączonych, biedne kraje mogą być narażone na swoisty biotechnologiczny kolonializm, który będzie się przejawiał w tworzeniu w tych krajach swoistych enklaw nadużyć naukowych i eksperymentalnych. Dążenie do uniwersalizacji standardów jest więc również kwestią pragmatyzmu i skuteczności przyjmowanych nakazów i zakazów prawnych. Potwierdza to przekonanie, dotychczasowe doświadczenie i istniejąca praktyka — jeśli określone typy zabiegów i interwencji stają się zabronione w kraju X, to z ogromną pewnością można stwierdzić, że zostaną one przeprowadzone w innym kraju, w którym owych zakazów jeszcze nie zdołano implementować do systemu prawnego.

Harmonizacja standardów prawnych w dziedzinie biomedycyny jest procesem długotrwałym i może dokonywać się jedynie stopniowo i ewolucyjnie. Jest to przede wszystkim kwestia poszukiwania konsensu w dziedzinie rozwiązań, które należą do najbardziej wrażliwych sfer prawa, ponieważ dotyczą w sposób bezpośredni kondycji człowieka i jego stosunku do podstawowych problemów życia, śmierci, godności człowieka, jego tożsamości i sensu egzystencji. Próba interwencji prawa w dziedzinie o tak silnym

zabarwieniu moralnym i filozoficznym, o tak ostro rysującej się przeciwstawności prezentowanych stanowisk i poglądów – jest zawsze mocno dyskusyjna. Czy można jednak zrezygnować z takiej interwencji? Milczenie prawa, co niejednokrotnie starałem się wykazać, jest także wyrazem jakiegoś stanowiska, może oznaczać przyzwolenie na to, czego chcielibyśmy uniknąć, a co już wymyka się z tradycyjnych konstrukcji prawnych.

Owa stopniowalność, ewolucyjność, a może subtelność interwencji, wymagają jednak przyjęcia pewnej metodologii tworzenia prawa. Na początek – co wydaje się zresztą dość oczywiste – jest konieczne ustalenie katalogu zasad i wartości podstawowych, a dopiero następnym etapem może być regulacja na odpowiednim poziomie szczegółowości. Tę właśnie koncepcję przyjęto przy tworzeniu prawa w ramach Rady Europy. Zanim jednak przejdziemy bezpośrednio do zagadnień związanych z Europejską Konwencją Bioetyczną – o ochronie praw człowieka wobec zastosowań współczesnej medycyny i biotechnologii, należy zauważyć, że próba określenia uniwersalnych zasad i wartości związanych z rozwojem nauk przyrodniczych nie jest swoistością Rady Europy. Tego rodzaju próby podejmowane są w ramach UNESCO (Deklaracja w sprawie genomu ludzkiego), a także Unii Europejskiej, w której kwestie związane z zastosowaniem nowoczesnych biotechnologii, zwłaszcza w dziedzinie genetyki, są już przedmiotem prac odpowiednich komisji Parlamentu Europejskiego.

Należy jednak uznać szczególną wagę i znaczenie Konwencji Rady Europy z 1997 roku.

Po pierwsze, jest to bowiem jedyna, jak dotychczas, próba określenia zasad podstawowych w obszarze tak szerokim, obejmującym zarówno klasyczne problemy biomedycyny (uczestnictwo w interwencji medycznej, sposoby ochrony interesów jednostki), jak i wprost odnoszące się do nowoczesnej biotechnologii (eksperymenty medyczne, testy i interwencje genetyczne, zabiegi transplantacyjne).

Po drugie, o czym nie można zapominać, konwencja – z racji swojego charakteru prawnego – należy do kategorii instrumentów prawnych, a więc nie deklaracji, zaleceń, postulatów czy zasad deontologicznych. Jej ratyfikacja tworzy dla państwa określone obowiązki prawne, a w zakresie w jakim jest to możliwe (self-executing rules), staje się bezpośrednio elementem obowiązującego porządku prawnego. Konwencja, przez to właśnie, że tworzy obowiązujące prawo, staje się dużo bardziej skutecznym instrumentem standaryzacji zasad w przestrzeni europejskiej.

Po trzecie, konstrukcja, a ściślej metodologia przyjęta w konwencji, zakłada stopniowy rozwój regulacji szczegółowych w poszczególnych dziedzinach, poprzez uzupełnianie materii konwencyjnej przez protokoły dodatkowe (już obecnie powstał protokół dotyczący kloningu istoty ludzkiej, mocno zaawansowane są prace nad protokołem dotyczącym ochrony embrionu i płodu ludzkiego, eksperymentów na człowieku, transplantacji oraz genetyki).

Po czwarte, konwencja bioetyczna jest jedną z nielicznych konwencji Rady Europy otwartych na ratyfikację przez inne kraje – również pozaeuropejskie, co może wywierać istotny wpływ na tworzenie się w skali światowej uniwersalnego wzorca rozwiązań podstawowych w tej dziedzinie (aktywnymi uczestnikami prac nad konwencją były przez cały okres jej tworzenia takie kraje, jak Stany Zjednoczone oraz

Kanada). Nie jest więc dziełem przypadku lub zdawkową grzecznością określanie konwencji bioetycznej jako jednej z najważniejszych od czasu przyjęcia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Warto zwrócić wreszcie uwagę na pewne swoistości tego dokumentu. Zgodnie z art. 29 konwencji jego interpretacja może być dokonywana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (m.in. w odpowiedzi na pytanie rządu kraju, który ratyfikował konwencję). Jest to istotna szansa na to, aby zapewnić *iunctim* pomiędzy sposobem rozumienia praw człowieka na tle obu konwencji. Jest to także środek umożliwiający podłączenie się „pośrednio” do orzecznictwa Trybunału Sztasburskiego i korzystanie z jego bogactwa dla określenia dalszych kierunków stosowania konwencji.

Inną ważną cechą tego dokumentu jest szczególna semiimperatywność – polegająca na określeniu jedynie minimalnego progu ochrony i poszanowania praw jednostki, które nie mogą być naruszone poprzez regulacje prawa wewnętrznego. Oznacza to, że modyfikacje rozwiązań wprowadzonych do prawa wewnętrznego, o ile prowadzą do podwyższenia standardów ochrony są w pełni dopuszczalne (zob. art. 27 konwencji: „Żadnego z przepisów niniejszej Konwencji nie można interpretować jako ograniczającego albo w inny sposób naruszającego możliwości Strony do przyznania dalej idącej ochrony, w dziedzinie zastosowań biologii i medycyny, niż ochrona określona w niniejszej Konwencji”).

Zwraca też uwagę postanowienie nakładające obowiązek toczenia debaty publicznej na temat podstawowych problemów związanych z rozwojem biologii, medycyny, uwzględniającej ich istotne implikacje medyczne, społeczne, ekonomiczne, etyczne i prawne. W konwencji nakłada się również powinność prowadzenia odpowiednich konsultacji w przedmiocie możliwych zastosowań osiągnięć biologii i medycyny (art. 28). Bez przesady można stwierdzić, że mamy tu do czynienia z całkowicie nowym podejściem do sprawy tworzenia się standardów na przyszłość i rozwiązywania skomplikowanych dylematów etycznych i prawnych, a nawet w jakimś sensie z postulatem stosowania nowej metodologii kreowania reguł postępowania w kwestiach, które stanowią przedmiot ostrych kontrowersji w społeczeństwie. Przyjęte bowiem założenie co do konieczności prowadzenia debaty publicznej oznacza po pierwsze, że podstawowe problemy jeszcze do niedawna zastrzeżone wyłącznie do rozstrzygnięcia przez świat uczonych i mędrców – dzisiaj mają stać się tematem debat „profanów”, ludzi z ulicy i przeciętnych zjadaczy chleba. Okazuje się, że tego wymaga natura problemów stawianych przez współczesny rozwój nauk przyrodniczych – o ile bowiem odkrycie naukowe jest jako takie moralnie indyferentne, to jednak nie już etycznie obojętne, w jaki sposób dochodzi się do tego odkrycia, czy metody, których użyto są proporcjonalne do celu i nie naruszają innych ważnych wartości, a przede wszystkim nie są moralnie indyferentne konsekwencje zastosowań odkryć naukowych w dziedzinie medycyny i biologii. Po drugie, okazuje się – i warto to spostrzec – że dla rozstrzygnięcia (również w płaszczyźnie prawnej) zasadniczych dylematów konieczne jest odwołanie się do innych metod niż klasyczne mechanizmy tworzenia prawa (w ramach których decydującą rolę odgrywa parlament). Wynika to zarówno ze stopnia komplikacji tych problemów,

rozległości konsekwencji przyjęcia tego lub innego rozwiązania (np. obejmujących w dziedzinie genetyki przyszłe pokolenia), jak też i z samych trudności poprawnej identyfikacji zagadnień.

Do najważniejszych zasad konwencji należy postanowienie przyjmujące, że interes i dobro istoty ludzkiej przeważają nad wyłącznym interesem społeczeństwa i nauki. W ten oto sposób po raz pierwszy określono w tekście prawnym bardzo jednoznacznie relację pomiędzy dwiema wartościami przedstawianymi niejednokrotnie jako opozycyjne, niejednokrotnie zaś jako dopełniające się. Historia rozwoju nowoczesnej nauki jest wszak naznaczona napięciem i konfliktem pomiędzy dobrem jednostki, a potrzebą rozwoju nauki, której realizacja dokonywała się często kosztem indywidualnego interesu. Przesłanie zawarte w art. 2 konwencji w sprawie prymatu istoty ludzkiej w kontekście rozwoju badań naukowych jest równoznaczne z końcem epoki hipokryzji, która towarzyszyła badaniom naukowym – co najmniej od czasów Oświecenia. Nauka, poznanie, wiedza, dążenie do poznania za wszelką cenę były zawsze silnie wpisane w naturę ludzką, ale od czasów Oświecenia urosły do rangi swoistych paradygmatów naszego myślenia o rozwoju cywilizacji. Niekiedy intencjonalnie, a niekiedy bezwiednie i w dobrej wierze skrywaliśmy występujący tu konflikt interesów: jednostka *versus* społeczeństwo. Dobrze się więc dzieje, że dzisiaj, w dobie prawdziwej eksplozji nauk przyrodniczych odrzucono łatwy, ale też i nieprawdziwy schemat, wedle którego nauka służy społeczeństwu, a zatem co najmniej pośrednio służy zawsze dobru jednostki. Zasada prymatu istoty ludzkiej jest w istocie transpozycją podstawowych praw człowieka – potwierdzeniem, że osiągnięcia naukowe i ich najbardziej nawet obiecujące zastosowania nie mogą dokonywać się z pogwałceniem tych praw. W dobie fascynacji nauką i nowoczesnymi technologiami przypomnienie tej prawdy i nadanie jej formalnego statusu zasady konwencji międzynarodowej ma trudny do przecenienia wymiar.

II. Konwencja a wewnętrzny porządek prawny

Należy na początek przypomnieć kilka podstawowych informacji dotyczących implementacji konwencyjnych norm prawnych do porządku wewnętrznego. Podstawowe znaczenie mają tu reguły zawarte w art. 88-91 Konstytucji RP. Nie ulega wątpliwości, że Europejska Konwencja Bioetyczna należy do tych konwencji międzynarodowych, które wymagają ratyfikacji w formie ustawy, ponieważ zawiera regulacje odnoszące się do praw, wolności i obowiązków określonych w konstytucji i obejmuje sprawy, co do których wymagana jest ustawa (zob. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 konstytucji). Warto też przypomnieć, że konstytucja wyraźnie wskazuje na pierwszeństwo norm takiej konwencji przed ustawą, o ile nie da się ustawy pogodzić z umową międzynarodową (art. 91 ust. 2). Wreszcie nie bez znaczenia jest też dla oceny skutków ratyfikacji umowy międzynarodowej fakt, że umowa taka stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy.

Przepisy zawarte w konwencji bioetycznej mają w większości charakter norm bardzo ogólnie sformułowanych, których zastosowanie wymagać będzie szczegóło-

wych regulacji ustawowych. Szczególną rolę odgrywają w jej ramach normy przybierające postać swoistych klauzul generalnych i zasad podstawowych. Wymieńmy w tym miejscu takie zasady jak: nakaz poszanowania integralności każdej osoby i godności każdej istoty ludzkiej (art. 1), prymatu interesu jednostki nad wyłącznym interesem nauki i całego społeczeństwa (art. 2), równego dostępu do opieki zdrowotnej odpowiedniej jakości (art. 3). Nie ulega żadnej wątpliwości, że konkretyzacja tych zasad powinna nastąpić na poziomie regulacji ustawowej. Jednocześnie jednak nie można tracić z pola widzenia faktu, że zasady takie mogą wywierać istotny wpływ na stosowanie istniejących regulacji prawnych, ponieważ zawierają one swoiste dyrektywy wykładni, wyrażają jednoznacznie pewien system wartości, który powinien być brany pod uwagę przy poszukiwaniu właściwego sensu konkretnych przepisów, zwłaszcza wtedy, kiedy pojawiałyby się możliwości wyboru pomiędzy dwiema sprzecznymi interpretacjami. Możliwość takiej swoistej „miękkiej” adaptacji konwencji poprzez stosowne zabiegi interpretacyjne do prawa polskiego pojawia się również w odniesieniu do tych bardziej szczegółowych norm konwencyjnych, które nie mają swego bezpośredniego odpowiednika w regulacjach ustawowych, jednakże mogą już obecnie przyczynić się do zmiany praktyki poprzez odpowiednią wykładnię.

Dalszą analizę zamierzam, ze względu na bardzo ograniczone ramy tego opracowania, skoncentrować na kilku wybranych obszarach, które z punktu widzenia zabiegów adaptacyjnych wydają się być najważniejsze. Będą to następujące zagadnienia:

- Zasada równego dostępu do świadczeń medycznych.
- Ochrona autonomii w związku z interwencjami medycznymi.
- Badania eksperymentalne na człowieku.
- Interwencje genetyczne.
- Transplantacje.
- Ochrona praw gwarantowanych w konwencji.

III. Zasada równego dostępu do opieki medycznej

Sformułowanie konwencji jest w tym zakresie dość ostrożne, skoro reguła z art. 3 ma charakter bardziej postulatywny niż dyrektywny (Strony podejmą stosowne działania w celu zapewnienia równego dostępu do opieki medycznej o właściwej jakości, biorąc pod uwagę potrzeby zdrowotne, ale i dostępne środki), jednakże bardzo jednoznacznie określony został fundament, na którym opierać się powinien każdy system opieki zdrowotnej. Problem równego dostępu do świadczeń medycznych nie jest wyłącznie — jak się to niekiedy mylnie sądzi — związany z biedą i niedostatkiem. Dotyczy on bez wyjątku wszystkich krajów, choć oczywiście na różnym poziomie przebiega bariera równości. W dobie współczesnej medycyny, eksplozji bardzo nowoczesnych technologii medycznych dylemat równego dostępu podlega nawet zaostreniu, ponieważ rosną oczekiwania, a zarazem dramatycznie zwiększają się koszty świadczeń w zakresie takich interwencji jak: transplantologia, kardiologia czy terapia genetyczna. Ale jednocześnie przecież nie można akceptować wyłączenia jakiejś grupy społecznej z szans korzystania z osiągnięć nowocze-

snej biologii i medycyny, ograniczając dostęp do niej jedynie do tych, którzy są w stanie ponieść ogromne koszty podejmowanych interwencji. Postulat równego dostępu jest tak samo sprawiedliwy i słuszny, co niezwykle trudny do zastosowania: jakie mają być bowiem kryteria równej dostępności; jaki ma być standard tej równości (wszystkie interwencje medyczne czy tylko te, które mieszczą się w średnim poziomie opieki medycznej); jaki ma być wreszcie zakres zastosowania zasady równości (czy wszelkie świadczenia medyczne, czy tylko, te które są finansowane ze środków publicznych)? Należy pamiętać, że decydujące znaczenie ma tu nie tylko formalna, normatywna deklaracja równości, ale sposób jej funkcjonowania (np. powinna istnieć porównywalność świadczeń – ich jakości i zakresu – pomiędzy poszczególnymi kasami chorych).

Z punktu widzenia prawa polskiego najważniejsze znaczenie należy przypisać postanowieniom konstytucji, która w art. 68 gwarantuje każdemu prawo do ochrony zdrowia (ust. 1), a także równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (ust. 2). Konstytucja zawiera jednocześnie odesłanie do ustawy, która powinna określać warunki i zakres udzielania świadczeń.

Szczegółowych regulacji w tym zakresie należy zatem poszukiwać przede wszystkim w ustawie z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz. U. Nr 28, poz. 153 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.). Ograniczyć się tu wypada do kilku podstawowych obserwacji.

Po pierwsze, trzeba zauważyć, że norma konwencyjna nie nakłada bezwzględniego obowiązku równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, a jedynie nakazuje to czynić w ramach dostępnych środków. W konsekwencji postanowienie konstytucji, które ogranicza – co warto zauważyć – zasadę równego dostępu – do świadczeń finansowanych ze środków publicznych – nie pozostaje w kolizji z regulacją konwencyjną.

Nie ulega też wątpliwości, że ani konstytucja, ani konwencja nie mogą tworzyć podstawy dla oczekiwania nieograniczonej dostępności (bezpłatnej) do każdego świadczenia medycznego. System prawa wewnętrznego powinien natomiast określać dostatecznie precyzyjnie kryteria dostępności do świadczeń deficytowych (kosztowne nowoczesne technologie medyczne). Wydaje się, że ogólne odwołanie do kryteriów medycznych zawarte w art. 19 ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej nie spełnia w pełni postulatu dostatecznej precyzji normatywnej w tym zakresie.

Trzeba jednak uznać, że zasada równego dostępu do świadczeń finansowanych ze środków publicznych w granicach określonych przez ustawę nie oznacza, że ustawa może w sposób dowolny i arbitralny określić pole finansowania świadczeń medycznych, a tym samym dowolnie np. rozszerzać i zawężać zakres podmiotów uprawnionych do korzystania z tych świadczeń. Ust. 2 art. 68 musi być odczytywany w stosownym związku z ust. 1 („Każdy ma prawo do ochrony zdrowia”). Czynię tę uwagę przy zastrzeżeniu, że powszechny system ubezpieczenia zdrowotnego funkcjonuje w oparciu o środki publiczne, taki bowiem charakter mają też fundusze gromadzone ze składek ubezpieczeniowych.

Wydaje się, że jedynie taki system powszechnego ubezpieczenia, który jest odpowiednio szczelny i zapewnia możliwie najszerszy krąg uprawnionych spełnia wymagania określone w konstytucji i w konwencji. Krąg osób wyłączonych z zakresu świadczeń z tytułu powszechnego ubezpieczenia jest ujęty istotnie bardzo wąsko (osoby, które nie pracują, nigdy nie pracowały, nie mające statusu bezrobotnego, nie będące świadczeniobiorcami pomocy społecznej, ani też nie będące bliskimi członkami rodziny osoby ubezpieczonej). Jak się wydaje z tego punktu widzenia zasada równego dostępu jest zrealizowana, chociaż przedmiotem bardziej pogłębionych analiz powinny być problemy związane ze statusem cudzoziemców (bardzo wąsko został zakreślony krąg cudzoziemców uprawnionych do ubezpieczenia się w kasach chorych, zasadniczo obejmuje on bowiem jedynie tych, którzy uzyskali status uchodźcy i dysponują kartą stałego lub czasowego pobytu – zob. art. 2 i art. 19 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym). Jest też wątpliwe, czy utworzenie odrębnego serwisu świadczeń dla wąskiego grona funkcjonariuszy publicznych odpowiada zasadzie równości.

Szczególnie duże zainteresowanie wzbudzać musi jednak kwestia zróżnicowanego standardu świadczeń w poszczególnych kasach chorych. Czy samo założenie zróżnicowania poziomu jakości świadczeń nie kłóci się z nakazem wyrażonym zarówno w samej konwencji (art. 3), jak i w konstytucji (art. 68 ust. 2)? Trzeba pamiętać, że pewna konkurencyjność działania kas chorych jest wpisana w samą logikę istniejącego systemu, ma on bowiem prowadzić do stopniowej eliminacji gorszych rozwiązań organizacyjnych, mniej efektywnego i bardziej kosztownego stylu zarządzania etc. Zakłada się z natury rzeczy istnienie lepszych i gorszych kas chorych, a wobec tego w sposób nieunikniony wyższego lub niższego poziomu jakości świadczeń. Biorąc pod uwagę pewną elastyczność systemu dającą możliwość w jakiejś mierze wyboru kasy, a tym samym zakładów opieki zdrowotnej i lekarzy świadczących usługi, można w zasadzie akceptować pewne zróżnicowanie pomiędzy poszczególnymi instytucjami medycznymi. System ubezpieczenia zdrowotnego obejmujący wszystkie kasy chorych może być traktowany jako całość, a nie jako zespół odseparowanych od siebie struktur organizacyjnych. Jednakże istnienie zasadniczych różnic w dostępie do świadczeń medycznych w obszarach właściwości różnych kas może wywoływać poważne zastrzeżenia, zwłaszcza wtedy, kiedy staje się niemożliwa zmiana kasy (w ciągu roku). Zastrzeżenia te kierować się muszą nie tyle przeciwko konstytucyjności przepisów dotyczących kas chorych, ale przeciwko poszczególnym kasom, to bowiem wadliwość ich działania stanowiąca przyczynę niskiej jakości świadczeń mogą uzasadniać ich odpowiedzialność cywilną. To jednak już zupełnie inny problem, którego nie możemy w tym miejscu pogłębić.

IV. Autonomia pacjenta

Wśród istotnych zasad konwencji bioetycznej pierwszoplanowe miejsce zajmują regulacje dotyczące ochrony autonomii osoby uczestniczącej w interwencji medycznej. Jest to zresztą logiczna konsekwencja przyjętych założeń aksjologicznych związanych z ochroną godności każdej osoby oraz prymatu jednostki nad wyłącznym

intereselem nauki i społeczeństwa. Zasada ochrony autonomii przeniika bardzo wyraźnie wszelkie inne regulacje, a więc nie tylko te bezpośrednio odnoszące się do wyrażania zgody, ale również gdy chodzi o postanowienia dotyczące zabiegów eksperymentalnych, transplantacyjnych czy interwencji genetycznych. Charakterystyczną cechą ujęć zawartych w konwencji jest uniezależnienie kategorii zdolności do czynności prawnych i zdolności do wyrażenia zgody. Ta druga ma charakter faktyczny i może obejmować również osoby małoletnie lub cierpiące na zaburzenia psychiczne. Jest wielce charakterystyczne, że ochrona autonomii obejmuje nawet – w pewnych sytuacjach – respekt dla sprzeciwu wobec interwencji ze strony osób niezdolnych do wyrażania zgody (dotyczy to eksperymentów medycznych – zob. art. 17 ust. 1 pkt 5, a także zabiegów transplantacyjnych – art. 20 ust. 2 pkt 5).

Konwencja wyznacza tu jedynie pewne ramy ogólne, pozostawiając w stosunkowo szerokim zakresie swobodę kształtowania wielu kwestii ustawodawstwu wewnętrznemu, dotyczy to w szczególności kręgu osób, które mogą być uznane za zdolne do wyrażenia zgody i zasad zastępowania zgody w wypadku osób niezdolnych.

Nie ulega wątpliwości, że polski system prawny co do samej zasady podstawowej wyrażonej w art. 5 konwencji (konieczną przesłanką interwencji medycznej musi być swobodna i świadoma zgoda) realizuje wymagania konwencji. Jednocześnie jednak rozwiązania szczegółowe, zwłaszcza zaś odnoszące się do wyrażania zgody przez osoby małoletnie są niespójne i niekonsekwentne. I tak np. osoby powyżej 16 roku życia są traktowane jako zdolne do wyrażenia zgody, jednakże sprzeciw tych osób nie ma waloru w pełni skutecznego działania prawnego, skoro zgodę na zabieg może w takiej sytuacji wyrazić sąd opiekuńczy (art. 32 ust. 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza – Dz. U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152 ze zm.). Ogólnikowość tej formuły sprawia, że sama zasada respektu dla autonomii osoby małoletniej staje się fikcyjna, bowiem działa jedynie jednokierunkowo. Rozwiązanie to może być uznane za pozostające w pewnej przynajmniej kolizji z konwencją, skoro pewna kategoria osób zaliczanych do kręgu podmiotów zdolnych do wyrażania zgody (to wynika wszak z ust. 5 art. 32 ustawy o zawodzie lekarza) jest w znaczącym zakresie pozbawiana wpływu na swoją sytuację i to bez normatywnego sprecyzowania przesłanek, od których zależy ograniczenie ich autonomii. W odniesieniu do osób poniżej 16 roku życia brak jest w polskiej ustawie odpowiednika regulacji zawartej w art. 6 ust. 2 konwencji, nakazującej stopniowanie znaczenia opinii małoletniego o podejmowanej interwencji medycznej stosownie do jego wieku i stopnia dojrzałości. Jest to dyrektywa interpretacyjna, która może mieć znaczenie rozstrzygające w pewnych sytuacjach (np. interwencja o dużym ryzyku podejmowana wobec osoby 14-letniej) i byłoby z pewnością lepiej, gdyby została wyraźnie sformułowana w przepisach ustawowych. Nie widzę jednak przeszkód przed jej bezpośrednim zastosowaniem z chwilą ratyfikacji konwencji. Stanowiłaby ona w konsekwencji doprecyzowanie uregulowania zawartego w art. 31 ust. 7 ustawy o zwodzie lekarza (lekarz wysłuchuje zdania pacjenta, który nie ukończył 16 lat).

Zastrzeżenia budzi także mała klarowność i niespójność rozwiązań dotyczących regulacji osób ubezwłasnowolnionych (zwłaszcza nieokreślony status osób ubez-

własnowolnionych częściowo). Byłoby też zapewne pożądane wprowadzenie do prawa polskiego ogólnej dyrektywy (art. 6 ust. 3 konwencji) nakazującej włączanie osoby dorosłej niezdolnej do wyrażenia zgody w procedurę podejmowania decyzji o interwencji medycznej, o ile tylko to jest możliwe w danych okolicznościach. Na marginesie trzeba zauważyć, że obok kwestii zgodności prawa polskiego z konwencją bioetyczną nie można tracić z pola widzenia wadliwych konstrukcyjnie i jurydycznie rozwiązań ustawy o zawodzie lekarza. Problem nie może być tu szczegółowo przedstawiany, jest zresztą przedmiotem analiz w literaturze specjalistycznej.

Autonomia pacjenta pozostaje w bezpośrednim związku z kwestią dostępu do informacji medycznych o sobie i ochroną ich poufności. W podstawowych elementach istnieje zbieżność pomiędzy treścią art. 10 konwencji a regulacjami prawa polskiego. Prawo polskie respektuje zasadniczo obie wartości, co znajduje wyraz w normach konstytucyjnych (ochronie życia prywatnego – art. 47, dostępie do informacji art. 51), jak i rozwiązań szczegółowych w ustawie o zawodzie lekarza (zob. w szczególności art. 31 – obowiązek udzielania przystępnej informacji, art. 40 – obowiązek zachowania tajemnicy), ustawie o zakładach opieki zdrowotnej (zob. art. 18 – ochrona danych zawartych w dokumentacji medycznej oraz dostęp do dokumentacji, art. 19 ust. 1 pkt 2 – prawo każdego pacjenta do informacji o swoim stanie zdrowia). Prawo do informacji konwencja określa kategorycznie i bardzo szeroko, skoro mowa jest o prawie do zapoznania się z wszelkimi informacjami, podczas gdy prawo polskie używa określeń mniej jednoznacznych (zwłaszcza art. 31 ustawy o zawodzie lekarza, który wymienia elementy informacji udzielanej w przystępny sposób pacjentowi). Nie wydaje się jednak, aby różnice w sformułowaniach miały większe znaczenie i były wyrazem odmiennej koncepcji stosunków pacjent-lekarz. Wskazanie w ustawie konkretnych składników informacji służy zresztą interesowi pacjenta i usuwa wątpliwości dotyczące np. obowiązku informowania o metodach alternatywnych. Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej mówi wszakże o dostępie do informacji, a więc należy rozumieć, że obejmuje to wszelkie informacje o zdrowiu zgromadzone w procesie leczenia. Warto też podkreślić, że ustawa o zawodzie lekarza zawiera odpowiednik negatywnego prawa pacjenta do tego, aby nie być informowanym (zob. art. 10 ust. 2 konwencji). Zastrzeżenie budzi jednak ujęcie tej kwestii w polskiej ustawie od strony uprawnienia lekarskiego, a nie prawa pacjenta, aby nie być informowanym. W konsekwencji na tle polskiej ustawy lekarz informujący pacjenta mimo jego sprzeciwu nie narusza jego prawa, natomiast nie informując może uchylić się skutecznie od zarzutu podejmowania czynności medycznej bez świadomie wyrażonej zgody pacjenta.

Szeroko rozumiany respekt dla autonomii pacjenta obejmuje również problem, uznawany za szczególnie kontrowersyjny, związany z pytaniem o charakter i skutki prawne wcześniej wyrażonych życzeń pacjenta. Konwencja przewiduje w art. 9 powinność brania pod uwagę takich życzeń, jeżeli w chwili przeprowadzania interwencji medycznej pacjent nie jest w stanie wyrazić swojej woli. Nakaz „wzięcia pod uwagę” nie jest równoznaczny z bezwzględnym obowiązkiem respektowania tych życzeń, nie stanowi też jakiegóż szczególnej formy nałożenia na lekarza obowiązku

niepodejmowania leczenia, przerwania terapii bądź też stosowania eutanazji stosownie do wcześniej wyrażonej woli pacjenta. Postępowanie lekarza nigdy bowiem nie może odbiegać od zasad poprawnego postępowania zgodnego z szeroko rozumianymi standardami zawodowymi (zob. w szczególności art. 3 konwencji). Formuła przyjęta w art. 9 wskazuje w konsekwencji na niezbędność dokonywania wyborów pomiędzy alternatywnymi sposobami postępowania stosownie do preferencji samego pacjenta, z zastrzeżeniem wszakże, że każde z alternatywnych postępowania odpowiada wymaganiom wiedzy medycznej i przyjętym standardom zawodowym. Prawo polskie nie zawiera odpowiednika art. 9 konwencji. Wydaje się jednak, że przepis ten może mieć zastosowanie bezpośrednio i nie jest wobec tego niezbędna jego wyraźna implementacja do regulacji ustawowych. Przy uznaniu za trafną podaną wyżej interpretacji trudno byłoby też uznać, że występuje sprzeczność art. 9 z jakąkolwiek normą prawa polskiego. Wydaje się bowiem, że postępowanie medyczne zgodne z dyrektywą zawartą w art. 9 konwencji może być uznawane za w pełni poprawne na gruncie obowiązującego stanu prawnego. Wydaje się natomiast pożądane wyraźne uregulowanie ustawowe tej kwestii, precyzujące nazbyt ogólną treść art. 9 konwencji, po to między innymi, by uniknąć możliwych wątpliwości interpretacyjnych w przyszłości.

V. Badania eksperymentalne na człowieku

Ograniczona dopuszczalność eksperymentów medycznych na człowieku stanowi punkt wyjścia zarówno dla rozwiązań konwencyjnych, jak i regulacji prawa polskiego. Jest to obszar, w którym szczególnie ważne jest zbalansowanie podstawowych wartości i zasad, takich w szczególności, jak z jednej strony wolność badań naukowych (potwierdzona normą konstytucyjną – art. 73), z drugiej zaś godność każdej osoby (art. 30 konstytucji) i poszanowanie autonomii w podejmowaniu decyzji o uczestnictwie w badaniach eksperymentalnych (art. 39 konstytucji). Szczególnie kontrowersyjną i zarazem wrażliwą kwestią jest w każdym systemie prawnym dopuszczalność eksperymentów pozbawionych bezpośrednich korzyści terapeutycznych na osobach niezdolnych do samodzielnego wyrażenia zgody. Konwencja przewiduje taką możliwość w art. 17 ust. 2, wprowadzając zarazem szereg dodatkowych wymagań, które powinny być zachowane w takich przypadkach. Na gruncie prawa polskiego nasuwa się przede wszystkim pytanie, czy, zważywszy na postanowienia konstytucyjne ustanawiające jako konieczną przesłankę każdego eksperymentu naukowego dobrowolne wyrażenie zgody osoby poddawanej temu eksperymentowi, jest dopuszczalne wprowadzanie regulacji ustawowych dopuszczających eksperymenty na osobach niezdolnych do samodzielnego wyrażenia zgody? Nie powinno być wątpliwości co do tego, że eksperymenty o celach leczniczych, na które udzielana jest zgoda substytucyjna (przedstawiciela ustawowego), mieszczą się w formule regulacji konstytucyjnych, ponieważ podstawowym motywem ich podjęcia jest bezpośredni interes osoby uczestniczącej w eksperymencie. Mogą się już natomiast pojawiać wątpliwości w przypadku eksperymentów czysto badawczych, skoro mają one na celu przede wszystkim poszerzenie wiedzy medycznej, a nie korzyść osoby

uczestniczącej. Gdyby uznać, że formuła przyjęta w art. 39 konstytucji wyłącza dopuszczalność takich eksperymentów na osobach niezdolnych do wyrażenia zgody, to zastosowanie art. 17 ust. 2 konwencji nie mogłoby być brane pod uwagę. Nie stwarzałoby jednak to stanu sprzeczności prawa polskiego z konwencją, ponieważ prawo wewnętrzne może stwarzać silniejsze bariery ochronne w stosunku do podmiotów poddawanych eksperymentalnym badaniom biomedycznym (zob. art. 27 konwencji).

Zasadniczo utrudniona jest jednak odpowiedź na pytanie, jakie stanowisko w kwestii dopuszczalności eksperymentów badawczych na osobach niezdolnych do wyrażenia zgody zajmuje prawo polskie, jeśli ograniczyć analizę do poziomu regulacji zawartych w ustawie o zawodzie lekarza. Wadliwa i wewnętrznie sprzeczna konstrukcja pojęcia eksperymentu badawczego w odniesieniu do osób małoletnich nie pozwala bowiem na ustalenie, jaki rodzaj eksperymentu jest przedmiotem regulacji (eksploracyjny czy terapeutyczny). Z jednej strony bowiem jest to eksperyment podejmowany przede wszystkim w celu poszerzenia wiedzy medycznej (zob. art. 21 ust. 3 ustawy), z drugiej zaś ustawa zakłada, że spodziewane korzyści stąd płynące muszą mieć bezpośrednie znaczenie dla zdrowia małoletniego (art. 25 ust. 3 ustawy). Czy można jednak sensownie zakładać istnienie bezpośredniej korzyści terapeutycznej, jeśli głównym motywem podejmowanego badania nie jest leczenie, ale poszerzenie wiedzy medycznej? W swej wcześniejszej pracy poświęconej tej kwestii (zob. „Prawo i Medycyna”, Warszawa 1998, s. 192) zająłem ostatecznie stanowisko, że czysto badawczy eksperyment na małoletnim nie jest dopuszczalny. Otwarta jednak pozostaje kwestia, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie korzyści leczniczej odnoszonej przez małoletniego w takiej sytuacji. Problem ten nie może być w tym miejscu szczegółowo rozwinięty.

Ratyfikacja konwencji powinna skłaniać do gruntownej nowelizacji przepisów prawa polskiego odnoszących się do eksperymentów medycznych. Jej celem powinna być nie tylko eliminacja oczywistych błędów i niespójności konstrukcyjnych, ale także uzupełnienie regulacji o pewne dodatkowe przesłanki dopuszczalności eksperymentów, które przewidywane są wyraźnie w tekście konwencji. Wskazać tu wypada przede wszystkim na brak wymagania, jakim jest nieistnienie metody o porównywalnej skuteczności, alternatywnej do badań na ludziach (zob. art. 16 pkt 1 konwencji). Nie przewiduje się również negatywnej przesłanki w odniesieniu do osoby, która nie jest zdolna do wyrażenia zgody, jaką stanowi sprzeciw takiej osoby (zob. art. 17 ust. 1 pkt 5). Warto zauważyć, że przesłanka ta odnosi się również do eksperymentów terapeutycznych i ma znaczenie bez względu na stopień rozeznania osoby poddawanej eksperymentowi.

VI. Interwencje genetyczne, eksperymenty na embrionie

Można również wskazać na takie obszary zastosowania konwencji, które się całkowicie wymykają spod regulacji prawa polskiego. Wymieńmy tu przede wszystkim interwencje genetyczne. Konwencja jest tu wprawdzie również bardzo oszczędna w swych wąsko ujętych postanowieniach, ale musimy pamiętać, że owa wstrzeźliwość

wość wynika przede wszystkim z trudności w ustaleniu na zasadzie konsensu wspólnego stanowiska w ramach samej Rady Europy. Osiągnięty w tym zakresie rezultat należy uznać i tak za znaczący krok (dodajmy: pierwszy w płaszczyźnie międzynarodowej) w kierunku kształtowania standardów postępowania w tej dziedzinie. Konwencja formułuje tu trzy istotne zasady odnoszące się do zakazu dyskryminacji osób ze względu na dziedzictwo genetyczne, do zakresu przeprowadzania genetycznych testów prognozujących (art. 12 mówi wyłącznie o celach granic interwencji wobec ludzkiego genomu, art. 13 konwencji wskazuje odnośnie tych interwencji na wyłączność celów profilaktycznych, terapeutycznych lub diagnostycznych i formułuje zakaz przeprowadzania ich dla wywołania dziedzicznych zmian genetycznych potomstwa). Wspomnijmy, że wymienione regulacje uzupełnia już w tej chwili protokół dodatkowy do konwencji (podpisany w Paryżu 12 stycznia 1998 r.) dotyczący zakazu kloningu istot ludzkich.

Żadne ze wskazanych postanowień nie ma swego odpowiednika w prawie polskim. A przecież obok kwestii uregulowanych w konwencji istnieje jeszcze bardzo wiele zagadnień o podstawowym znaczeniu, które wymagają zasadniczej debaty: np. ujawniania danych ustalonych przez testy prognozujące przy zawieraniu umowy o pracę i ubezpieczenia, wykorzystania testów w postępowaniu sądowym karnym i cywilnym i przechowywania wyników tych testów (kwestia ta jest już przedmiotem regulacji w rekomendacjach Rady Europy), ochrony dziedzictwa genetycznego, przesłanek i zasad przeprowadzania diagnostyki genetycznej. Ten obszar tematyczny powinien również zakreślać pole przyszłych debat publicznych w Polsce.

Poza sferą regulacji prawa polskiego znajdują się też kwestie określone w art. 14 konwencji (zakaz dokonywania selekcji płci) oraz art. 18 (badania na embrionach *in vitro*). Zwłaszcza w tym drugim przypadku milczenie prawa polskiego wydaje się szczególnie bulwersujące, zważywszy na to, że metoda zapłodnienia *in vitro* jest *de facto* szeroko wykorzystywana w praktyce medycznej co najmniej w kilku dużych ośrodkach naukowych. Prawo polskie nie zawiera odpowiednika zakazu wyrażonego w art. 18 ust. 2 konwencji – tworzenia embrionów ludzkich dla celów naukowych. Wydaje się nadzwyczaj wątpliwe, czy zakaz taki może być wyprowadzony z innych podstawowych regulacji prawnych, np. odnoszących się do przeprowadzania eksperymentów naukowych czy prawnokarnej ochrony płodu.

Bardzo wątpliwe byłoby też stanowisko zakładające wypełnienie istniejącej w tym zakresie próżni prawnej poprzez bezpośrednie zastosowanie odpowiednich postanowień konwencji. Wprowadzane przez konwencję ograniczenia i zakazy nie mają bowiem charakteru norm samowykonalnych, a ich implementacja wymaga w prawie wewnętrznym uzgodnienia z innymi zespołami regulacji prawa karnego, cywilnego, administracyjnego, a przede wszystkim określenia sankcji za ich naruszenie.

VII. Transplantacje

Konwencja zajmuje się jedynie problematyką transplantacji *ex vivo* (art. 19 i 20 konwencji). Zestawienie postanowień konwencji z prawem polskim prowadzi do wniosku, że uregulowania ustawy z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i

przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 138, poz. 682 ze zm.; dalej: ustawa transplantacyjna) pomijają dwie istotne przesłanki dopuszczalności przeszczepu pochodzącego od osoby żyjącej, a mianowicie: wymaganie w postaci nieistnienia alternatywnej metody leczenia o porównywalnej skuteczności oraz nieosiągalność odpowiedniego organu lub tkanki od osoby zmarłej. Wydaje się jednak, że oba wskazane elementy można na gruncie prawa polskiego wyprowadzić pośrednio z całokształtu regulacji odnoszących się do wymaganych standardów medycznych. Unormowanie zawarte w art. 19 konwencji można w konsekwencji traktować jako dyrektywę interpretacyjną, znajdującą bezpośrednie zastosowanie, która precyzowałaby wymagany standard postępowania związanego z przeszczepianiem organów i tkanek.

Znacznie poważniejszy problem pojawia się natomiast na tle art. 20 konwencji regulującej kwestię ochrony osób niezdolnych do wyrażenia zgody. W tym wypadku bowiem występuje niespójność, której usunięcie nie jest już możliwe w drodze zabiegów interpretacyjnych. Polska ustawa transplantacyjna określa bowiem szerszy krąg osób, na rzecz których może być dokonany przeszczep szpiku kostnego od małoletniego, a więc od osoby niezdolnej do wyrażenia zgody (obejmując obok rodzeństwa dawcy również wstępnych i zstępnych - zob. art. 9 ust. 2 ustawy), a ponadto nie przewiduje się jako przesłanki negatywnej osiągalności innego dawcy zdolnego do wyrażenia zgody. Trzeba też zauważyć, że konwencja silniej chroni autonomię potencjalnego dawcy w takim przypadku, wykluczając transplantację w każdym wypadku, gdy zgłosi on sprzeciw. Prawo polskie tymczasem zastrzega obowiązek uzyskania zgody osoby małoletniej jedynie wtedy, gdy ukończyła ona 13 lat. Ratyfikacja konwencji będzie w konsekwencji wymagała nowelizacji art. 9 ustawy transplantacyjnej. Należy też tu wspomnieć o bardzo zaawansowanych pracach nad specjalnym protokołem dodatkowym do konwencji dotyczącym transplantacji, który zawierać będzie znacznie bardziej szczegółowe rozwiązania w tej dziedzinie.

Problematyka transplantacji pozostaje w bliskim związku z ogólniejszym zagadnieniem wykorzystania pobranych części ciała ludzkiego oraz zakazu osiągnięcia zysku z ciała ludzkiego i jego części. Kwestia ta jest przedmiotem bardzo ogólnej regulacji art. 2 i 22 konwencji.

Polskie ustawodawstwo nie zawiera odpowiednika formuły zawartej w art. 22 konwencji nakazującej respektowanie zgody osoby na wykorzystanie pobranej części ciała ludzkiego w innym celu niż ten, dla którego została ona pobrana. Luka ta musiałaby być uzupełniona wprowadzeniem stosownej regulacji.

Gdy chodzi natomiast o zakaz komercjalizacji, to należy zwrócić uwagę na węższe ujęcie tego zakazu w ustawie transplantacyjnej (art. 18) niż w konwencji, która obejmuje wszelkie części ciała ludzkiego i jego części. Ze względu na zakres przedmiotowy ustawy transplantacyjnej, z którego wyłączone są komórki rozrodcze, gonady, tkanki embrionalne i płodowe, narządy rozrodcze, krew (zob. art. 1 ust. 2 ustawy), zakaz komercjalizacji określony w art. 18 zdaje się pomijać również wskazane wyżej tkanki i organy. Niedopuszczalność osiągnięcia zysku w odniesieniu do tej kategorii części ciała ludzkiego może wprawdzie być wyprowadzona na gruncie

prawa polskiego z ogólniejszych zasad, w tym również o randze konstytucyjnej (np. ochrona godności każdej osoby – art. 30 konstytucji) lub klauzul generalnych (zasad współżycia społecznego na gruncie prawa cywilnego), ale kwestia ta nie powinna być jednak pozostawiana zabiegom interpretacyjnym o zawsze niepewnym wyniku. Co więcej, trzeba podkreślić, że w wyraźnej sprzeczności z regulacją konwencyjną pozostaje ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz. U. Nr 106, poz. 681 ze zm.), która w art. 11 dopuszcza *expressis verbis* przyznanie dawcom krwi rzadkich grup ekwiwalentu pieniężnego.

VIII. Inne postanowienia konwencji

Last but not least, na uwagę zasługują też regulacje konwencji wprowadzające mechanizmy ochrony prewencyjnej i kompensacyjnej (art. 23 i 24 konwencji). Wymaga rozważenia, czy ogólne środki ochrony dóbr osobistych mieszczące w sobie także elementy ochrony prewencyjnej są wystarczające (zob. art. 24 k.c.). W kontekście art. 24 konwencji nie jest natomiast pozbawione sensu pytanie, czy rozwiązania prawa polskiego w dziedzinie odszkodowawczej nie powinny w większym stopniu wprowadzać odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka, a w każdym razie rezygnującej z przesłanki subiektywnego zawinienia (a więc opartej jedynie na przesłance bezprawności), np. w zakresie odpowiedzialności kas chorych za zaniedbania organizacyjne czy w zakresie odpowiedzialności za szkody wyrządzone naruszeniem zasad przeprowadzania eksperymentów medycznych.

Konkluzje

Na zakończenie wypada powtórzyć, że konwencja, przy całej swej ramowości i bardzo znacznym stopniu ogólności, określa podstawowe zasady i wartości związane z ochroną praw jednostki wobec zastosowań nowoczesnej medycyny i biologii. Wyznacza zarazem kierunki koniecznych zmian dostosowawczych w dziedzinie prawa polskiego. Może stanowić punkt wyjścia dla rzeczywistej, a nie pozorowanej debaty publicznej nad tymi fundamentalnymi problemami. Przeprowadzenie tej debaty staje się coraz bardziej naglące. Nadszedł czas, aby zostały podjęte konieczne rozwiązania organizacyjne dotyczące prowadzenia debaty i konsultacji, o których potrzebie mówi wprost sama konwencja. Dyskusja nad ratyfikacją konwencji i celowością wprowadzenia niezbędnych zmian w prawie polskim stwarza znakomitą ku temu okazję. Katalog problemów wymagających debaty jest już wyraźnie zarysowany.

Na poziomie zasad podstawowych obowiązujący polski system prawny, uwzględniając normy konstytucyjne, normy podstawowych kodeksów i ustaw szczegółowych, wyraża ten sam kierunek rozwiązań, ten sam system wartości i tę samą aksjologię. Inaczej rzecz się może przedstawiać, jak wynika z omówienia, na poziomie analiz szczegółowych.

Leszek Kubicki

Prawo medyczne – próba ustalenia zakresu

Termin „prawo medyczne” jest coraz częściej używany w polskim piśmiennictwie prawniczym, a także medycznym. Podobnie zresztą jak w naukowej literaturze zagranicznej. W obszarze niemieckojęzycznym określenie „Medizinrecht” wypiera zdecydowanie tradycyjną nazwę „Ärztrecht” m.in. dla podkreślenia, że chodzi tu nie tylko o prawa i obowiązki lekarza, lecz także o prawa pacjenta, a w związku z tym i o obowiązki pomocniczych zawodów medycznych¹. Termin „droit médicale” występuje również, choć rzadziej, w piśmiennictwie francuskim, użyto go np. jako tytuł wielotomowego systemu². Określeniem „medical law” posługują się też autorzy anglosascy, na przykład dla wydzielenia fragmentu bibliografii³, bądź działu w encyklopediach prawniczych⁴. Należy też wskazać na istnienie od wielu lat międzynarodowego stowarzyszenia o zasięgu światowym pod nazwą „Association Mondiale de Droit Médicale” („The World Association of Medical Law”), którego XIII Kongres odbędzie się w 2000 r. w Helsinkach. Termin ten stosowany jest jednak dla określenia pojęcia, pod którym kryją się różne treści.

Utrwalający się w piśmiennictwie polskim termin prawo medyczne⁵ z pewnością nie wynika tylko z powielania wzorców zagranicznych. Wiąże się też niewątpliwie ze stałym, a nawet dynamicznym wzrostem źródeł prawnych, zarówno ustawowych jak też innych kategorii aktów normatywnych, a także aktów prawno-międzynarodowych, dotyczących **szeroko rozumianej relacji, jaka zachodzi między pacjentem a całą złożoną infrastrukturą instytucjonalną oraz różnymi kręgami osobowymi, które udziela** – by posłużyć się terminologią ustawową – **wszelkiego**

¹Por.: Lexikon Medizin, Ethik, Recht, pod red. Albina Esera, Markusa von Lutteroti, Paula Sporkenna, Freiburg – Basel – Wien 1989, s.725.

²G.Mémeteau, K.Mélennee: Traité de droit médical, Paris 1982. Por też np. J.D.Gringoire: Le droit médical et le mise en cause de la responsabilité professionnelle, Paris (bez roku wydania).

³Ian Kennedy: The Unmasking of medicine. A searching look at health care today. London 1983, s.215.

⁴Por. International Encyclopedia of Laws. Boston 1993 – np. opracowanie H.Nysa: Medical Law, Belgium.

⁵Tak właśnie tytułuje swój podręcznik M.Nesterowicz (IV wydanie z 2000 r., Toruń) choć z pewnością praca ta nie obejmuje pełnego zakresu pojęcia prawa medycznego.

rodzaju „świadczeń zdrowotnych”. W tej relacji zacierają się różnice między tzw. sferą publiczną a prywatną oraz przeobraża się tradycyjny stosunek lekarz-pacjent, gdyż współcześnie wobec pacjenta występują osoby z różnych kategorii zawodów medycznych. Ta właśnie relacja jest trzonem treściowym pojęcia prawa medycznego.

Z tych też względów uznano, że kontynuacja stosowania terminu „prawo lekarskie”, jaki pojawił się w piśmiennictwie okresu międzywojennego⁶, nie byłaby już adekwatna, co potwierdza wspomniany przykład z terminologii niemieckiej.

Przepisy prawne dotyczące wskazanej wyżej relacji, należą do różnych dziedzin prawa z punktu widzenia panującej podstawowej klasyfikacji systemu prawa na jego gałęzie szczegółowe. Wchodzi tu bowiem w grę zarówno przepisy konstytucyjne, jak też prawa cywilnego, prawa administracyjnego, przepisy z zakresu ubezpieczeń zdrowotnych i innych jeszcze gałęzi prawa. W dotychczasowej klasyfikacji dziedzin prawa prawo medyczne jako odrębna kategoria doktrynalna w Polsce jeszcze nie występuje. Jest to gałąź prawa walcząca dopiero – by użyć metafory – o własną niezależność i prawo do samookreślenia. A więc jest to gałąź prawa *in statu nascendi*. Powstaje przeto pytanie czy tendencja do wyróżnienia pojęcia „prawo medyczne” ma uzasadnienie teoretyczno-prawne, skoro obejmuje obszar normatywny, przynależący do różnych gałęzi prawa. Należy przy tym wskazać, że „prawo medyczne” nie tylko dotychczas nie występuje w stosowanej w Polsce doktrynalnej klasyfikacji gałęzi prawa, lecz termin nie jest używany nawet w sensie technicznym. Tak np. nie jest stosowany w fundamentalnej Polskiej Bibliografii Prawniczej, wydawanej przez PAN, brak go także w oficjalnych skorowidzach przepisów prawnych (np. w skorowidzu do „Dziennika Ustaw”).

Trzeba więc przede wszystkim znaleźć podstawy teoretyczno-prawne dla uzasadnienia wyróżnienia tak nazywanej gałęzi prawa.

W teorii prawa trafnie zwraca się uwagę, że „dyferencjacje systemu prawnego przy obecnym stanie prawoznawstwa mogą być albo przejrzyste co do kryterium, albo przydatne praktycznie”⁷. Trudno byłoby bronić „przejrzystości co do kryterium” wyróżnienia prawa medycznego (choć próba takiej obrony nie byłaby chyba beznadziejna), znacznie łatwiej natomiast można wskazać, że dyferencjacja prawa medycznego jest z pewnością „przydatna praktycznie”. Do tego „działu” prawa zaliczyć już bowiem można w polskim systemie prawnym co najmniej kilkadziesiąt aktów normatywnych, w tym kilkanaście obszernych ustaw, które kształtują relację: pacjent a udzielane mu świadczenie zdrowotne i które powinny stanowić układ wewnętrznie spójny i jasny. Akty te łączy **wspólny przedmiot** oraz konkretnie określony **krag adresatów**. Wyróżnienie takie nie jest więc pozbawione uzasadnienia teoretyczno-prawnego. Tym bardziej, że dla wydzielenia prawnej sfery przepisów prawa w ramach systemu prawa stosowane mogą być bądź kryteria przedmiotowe, bądź podmiotowe⁸. W omawianym przypadku występuje potrzeba zastosowania

⁶Por. np. A. Bloch: Prawo lekarskie - komentarz, 1936 r.

⁷Z. Ziemiński: Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych, Warszawa - Poznań 1983, s. 115.

⁸Tamże.

obu tych kryteriów, co oczywiście ogranicza „przejrzystość co do kryterium”. Trafnie jednak wskazuje w konkluzji swych rozważań na temat dyferencjacji systemu prawnego Zygmunt Ziemiński, iż „z punktu widzenia **różnych potrzeb** przydatne może okazać się wyróżnienie gałęzi prawa na podstawie **różnych kryteriów**”⁹ (podkr. L.K.). Autor ten wskazuje nadto, że wyodrębnienie „kompleksowej” gałęzi prawa oparte na „kryterium odniesienia przedmiotowego może być przydatne „z punktu widzenia prowadzenia skoordynowanej polityki prawotwórstwa i stosowania prawa w odniesieniu do określonej dziedziny życia społecznego, niezależnie od tego jakie będą uczestniczyć organy państwa i jakie będą formy oddziaływania prawnego”. Kryterium podmiotowe natomiast „może okazać się przydatne w odniesieniu do stosunkowo wąskich gałęzi prawa, zawierających normy adresowane do określonych grup ludności”¹⁰. W tym kontekście prawo medyczne jawi się jako gałąź kompleksowa, choć wąska, w tym znaczeniu, że dotyczy osób w określonej sytuacji zdrowotnej.

W świetle tych uwag można stwierdzić, że posługiwanie się określeniem „prawo medyczne” można uznać w doktrynie prawa za uprawnione. Tym samym uprawnione jest stosowanie tego terminu w sensie normatywnym. W takim właśnie znaczeniu użyto go w rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy stomatologii¹¹. Rozporządzenie to w pkt. 3 ust. 1 pkt. 4 lit. b przewiduje w ramach programu specjalizacji w podstawowych dziedzinach medycyny m.in. „złożenie kolokwium z **aktualnego prawa medycznego**”. Nieco późniejsze rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 24 maja 1999 r. w sprawie stażu podyplomowego lekarza, lekarza stomatologa¹² w załączniku nr 1 określa w dziale X program stażu „z **zakresu prawa medycznego**”¹³.

Zgodnie z tym ostatnim rozporządzeniem prawo medyczne jest przedmiotem wykładanym w zakresie 30 godzin, przy czym raczej niesłusznie przewidziano odrębny przedmiot jako dział VIII dotyczący „orzecznictwa lekarskiego”¹⁴, na który przeznaczona jest 16 godzin wykładu. Wyłączenie działu orzecznictwa lekarskiego w odrębny przedmiot trudno uzasadnić, skoro zgodnie z art. 4 ustawy o zawodzie lekarza, wykonywanie tego zawodu polega m.in. także na wydawaniu „opinii i orzeczeń lekarskich”, a tym samym stanowić powinien immanentną część prawa medycznego.

W omawianym programie stażu przewiduje się nadto jako odrębny przedmiot **bioetykę**, obejmującą wykład w wymiarze 20 godzin. Nie kwestionując celowości odrębnego wykładu z dziedziny etyki lekarskiej, za nieporozumienie uznać trzeba włączenie do jego zakresu wszystkich zagadnień objętych Europejską Konwencją Bioetyczną z 1997 r., gdyż – zgodnie z tytułem – dotyczy ona „ochrony praw czło-

⁹ Tamże, s. 135.

¹⁰ Tamże, s. 135-136.

¹¹ Dz. U. z 1999 r. nr 31, poz. 302.

¹² Dz. U. z 1999 r. nr 54, poz. 571.

¹³ Tamże, s. 2983-2984.

¹⁴ Tamże, s. 2982.

wieka i godności ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny”, ma więc charakter par excellence jurydyczny i musi być objęta wykładem prawa medycznego.

Ustalony w rozporządzeniu Ministra Zdrowia o stażu podyplomowym lekarza zakres tematyczny prawa medycznego stanowić ma w swym założeniu podstawowy kanon wiedzy lekarza. Trafnie więc w rozporządzeniu w sprawie specjalizacji lekarza wskazano, że program specjalizacji dotyczyć już będzie tylko „aktualnego” prawa medycznego, a więc zaktualizowanej nowym stanem prawnym wiedzy przewidzianej w programie dla stażysty.

Ministerialny program stażu z zakresu prawa medycznego ma z natury rzeczy charakter ramowy. Mimo to stanowi pewną, choć bardzo dyskusyjną, próbę zarysowania granic przedmiotu tego prawa¹⁵. Niezależnie od wątpliwości, jakie nasuwa, jest to jednak ujęcie przedmiotu prawa medycznego z punktu widzenia przede wszystkim **dydaktycznego**. Względy dydaktyczne przemawiają w tym wypadku za szerszym potraktowaniem zakresu prawa medycznego, słusznie włączając tu problematykę odpowiedzialności cywilnej i karnej lekarza. Niektórzy zresztą autorzy właśnie zagadnienia odpowiedzialności lekarza traktują jako zasadniczy przedmiot prawa medycznego¹⁶. Analizując jednak problem merytorycznie trzeba stwierdzić, że problematyka odpowiedzialności lekarza przedmiotowo stanowi integralną część prawa cywilnego lub karnego i tylko względy dydaktyczne przemawiać mogą za włączeniem ich do wykładu prawa medycznego.

Przyjęty przeto program stażu z zakresu prawa medycznego wyznacza granice tej gałęzi w znaczeniu *sensu largo*. Określenie zakresu prawa medycznego *sensu stricto* wymaga przyjęcia pewnego założenia merytorycznego, a następnie konsekwentnego jego stosowania przy klasyfikacji określonych kwestii jako należących do gałęzi prawa medycznego. Należy jednak zdawać sobie sprawę z faktu, że ustalenie przedmiotu prawa medycznego w obecnym stanie rzeczy będzie zawsze zabiegami li tylko umownym, gdyż owo podstawowe założenie merytoryczne musi być umowne i ze swej istoty bardzo dyskusyjne.

Zadaniem tego opracowania jest podjęcie próby ustalenia zakresu prawa medycznego właśnie w znaczeniu *sensu stricto*, tj. w znaczeniu merytorycznym a nie dydaktycznym. Uważamy bowiem, że wyodrębnienie tej kompleksowej gałęzi prawa jest praktycznie przydatne, może mieć pożyteczną rolę w uporządkowaniu ustawodawstwa i w dalszym rozwoju legislacji, zapewniając spójność tej dziedziny, winno też sprzyjać właściwemu stosowaniu prawa.

W uwagach wstępnych sugerowałem już, że założeniem podstawowym w kształtowaniu zasięgu przedmiotowego prawa medycznego powinna być szeroko pojmowana **relacja**, jaka zachodzi między **pacjentem**, a całą złożoną **infrastrukturą in-**

¹⁵Program nie będzie tu cytowany, gdyż jest obszerny i został opublikowany w Dzienniku Ustaw.

¹⁶Np. M. Nesterowicz swój podręcznik „Prawo medyczne” poświęca głównie odpowiedzialności cywilnej lekarza i zakładu opieki zdrowotnej, choć w związku z tym omawia szczegółowo szereg przepisów ustawy o zawodzie lekarza. Inni autorzy inaczej ujmują te kwestie. Np. M. Sośniak tytułuje swą klasyczną już pracę jako „Cywilna odpowiedzialność lekarza”, a A. Zoll: „Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu”, Warszawa 1988 r.

stytucjonalną oraz zróżnicowanym kręgiem osobowym, które udzielają wszelkiego rodzaju „świadczeń zdrowotnych”.

Nietrudno zauważyć, że w przedstawionej relacji jako kategoria pierwszoplanowa występuje – co nie powinno już wydawać się paradoksalnym – nie lekarz, lecz **pacjent**. W moim przekonaniu prawo medyczne to w istocie przede wszystkim prawo pacjenta. System prawa medycznego powinien być nastawiony na realizację tych wartości, które wyraża przedstawił w 1994 r. przez WHO Model Deklaracji Praw Pacjenta, stanowiący wzorzec do zastosowania w poszczególnych krajach członkowskich¹⁷.

Ta i inne deklaracje dotyczące statusu pacjenta nawiązują do przepisów prawnych, które poświęcone są ochronie podstawowych praw człowieka. Tym samym do zakresu prawa medycznego należy przede wszystkim włączyć przepisy konstytucyjne dotyczące gwarancji wolności i praw osobistych, takich jak ochrona życia (art. 38), zakaz eksperymentów bez zgody (art. 39), zakaz okrutnego i poniżającego traktowania (art. 39), prawo do nietykalności i wolności osobistej (art. 41), prawa do ochrony prawnej życia prywatnego (art. 47 i 51), prawo do wolności sumienia i religii (art. 53). Szczególne znaczenie ma tu art. 68 Konstytucji, który zapewnia każdemu prawo do ochrony zdrowia oraz art. 69 zapewniający pomoc niepełnosprawnym.

Prawo medyczne powinno też uwzględniać stosowne przepisy prawa międzynarodowego w tym przedmiocie. Chodzi tu zwłaszcza o Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., a także Europejską Kartę Socjalną z 1961 r., jeszcze nie ratyfikowaną, lecz przewidzianą do ratyfikacji. Konieczne będzie przy tym zwrócenie uwagi na bogate orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Szczególnie miejsce przyspać tu powinno wspomnianej Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny z 1977 r., podpisanej przez Polskę¹⁸.

Wskazany zespół przepisów konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych wyznacza generalnie status pacjenta w prawie medycznym i stanowi odniesienie do oceny szczegółowych regulacji prawnych¹⁹.

Drugą podstawową kategorią prawa medycznego jest oczywiście **lekarz**. Jego pozycję zawodową określa przede wszystkim ustawa o zawodzie lekarza, choć nie wyłącznie. Stąd też szczególnie ważny dział prawa medycznego stanowi ustawowa definicja wykonywania zawodu lekarza oraz problem relacji, jaka zachodzi między lekarzem o pacjentem. Ta relacja określa bowiem prawne granice dopuszczalnego świadczenia zdrowotnego.

W relacji: lekarz – pacjent centralne miejsce przypada oczywiście zasadzie **zgody pacjenta** i tej kwestii w prawie medycznym poświęcić należy specjalną uwagę. Na-

¹⁷Dokument ten trafnie eksponuje i szczegółowo przedstawia M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, s.18-19.

¹⁸Teksty w języku polskim w cyt. podręczniku M. Nesterowicza s. 541 i nast. oraz w pracy M. Safjana: *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 262 i nast., a także w „*Prawie i Medycynie*” nr 3, s. 140 i nast. Por. również zbiór: *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*. Opr. T. Jasudowicz, Toruń 1998.

¹⁹Znaczeniu praw człowieka w praktyce lekarskiej poświęca ciekawą pracę M. Torelli: *Le médecin et droits de l'homme*, Paris 1983.

leży dokładnie określić przesłanki prawnej relewantności zgody. Przesłanką podstawową jest warunek należytego poinformowania osoby wyrażającej zgodę, co wiąże się z zakresem i formą obowiązku informowania pacjenta przez lekarza, jak też osób mu bliskich i opiekuna. Istotne znaczenie mają tu ustawowe granice wyłączeń od tego obowiązku. Pojęcie zgody łączy się z zagadnieniem zdolności do jej wyrażania, zwłaszcza w odniesieniu do osób z zaburzeniami psychicznymi oraz z ważną instytucją tzw. zgody zastępczej, w ramach której występować mogą rozbieżności stanowisk. Na tym tle podkreślenia wymaga rola sądu opiekuńczego. W tej grupie tematycznej mieści się też kwestia woli pacjenta wyrażonej wcześniej na wypadek stanu, w którym nie mógłby jej artykułować (tzw. testament de la vie). Łączy się to ściśle z doniosłą problematyką postępowania w stanach terminalnych i postępowaniem paliatywnym.

Ponieważ zasada zgody pacjenta nie może być – ze względu na szczególne sytuacje – traktowana w sposób absolutny, istotnej wagi nabierają w prawie medycznym ustawowe granice dopuszczalnego działania **bez takiej zgody** oraz konsekwencje prawne przekraczania tych granic, ostatnio w prawie polskim także konsekwencje prawno-karne. Wiąże się z tym ściśle problem przesłanek dopuszczalnego **postępowania przymusowego**, w tym stosowania **przymusu fizycznego** wobec pacjenta. Kwestie te są istotne zwłaszcza w leczeniu psychiatrycznym oraz w leczeniu i profilaktyce chorób zakaźnych, w tym specyficznie chorób wenerycznych.

W relacji: lekarz-pacjent nie można pominąć kwestii **odmowy przez lekarza** udzielenia świadczenia zdrowotnego²⁰, zarówno ze względu na klauzulę sumienia jak też z innych powodów.

W prawie medycznym należy też należycie eksponować szczególne **obowiązki lekarza** w toku wykonywania czynności leczniczych. Chodzi tu o obowiązek działania zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej i dostępnymi metodami, obowiązek wyboru działań o najmniejszej dolegliwości dla pacjenta, należytej staranności, obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej oraz problem obowiązku lekarza narażenia się na niebezpieczeństwo w związku z wykonywaniem zawodu²¹.

Ze sposobem wykonywania tych obowiązków wiąże się problem błędu w sztuce.

Programem prawa medycznego objęte powinny być też aspekty prawne szczególnych metod postępowania medycznego, takich jak transplantacja, eksperyment leczniczy oraz eksperyment badawczy, kliniczne badanie leków i materiałów medycznych, zabiegi sztucznej prokreacji i przerywania ciąży, kwestie związane z alkoholizmem i narkomanią, a także zabiegami kosmetycznymi.

W omawianym programie należy także nadać właściwą rangę roli lekarza jako wystawcy dokumentu. Wystawienie opinii, zaświadczeń i orzeczeń jest jedną z form czynności lekarskich. Należy wskazać na doniosłe obowiązki lekarza z tym związa-

²⁰Por. ciekawe uwagi na ten temat M. Filara w artykule: Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy), „Prawo i Medycyna” nr 3, str. 33 i nast.

²¹Por. na ten temat L. Kubicki: Zasady odpowiedzialności prawnej lekarza w świetle nowej ustawy o zawodzie lekarza, „Prawo i Medycyna” nr 1, s.24-27.

ne. Dotyczy to również relacji zachodzącej między lekarzem a organami wymiaru sprawiedliwości i organami administracji rządowej i samorządowej, a w szczególności statusu lekarza występującego w charakterze biegłego oraz osoby orzekającej w przedmiocie świadczeń z ubezpieczenia społecznego.

Odrębnym w pewnym sensie wewnątrz-zawodowym, działem prawa medycznego powinna być problematyka samego zawodu lekarza oraz innych zawodów medycznych. Mamy tu na myśli takie zagadnienia jak ustawowa definicja zawodu lekarza, warunki uzyskania uprawnień zawodowych, formy wykonywania praktyki lekarskiej, zadania i ustrój izb lekarskich, lekarska odpowiedzialność zawodowa. Należy tu mieć na uwadze analogiczne zagadnienia dotyczące zawodu pielęgniarki i położnej, w pewnym zakresie aptekarza.

Równie ważną kwestią jest infrastruktura ochrony zdrowia. Chodzi tu o zasady organizacji zakładów opieki zdrowotnej, status lekarza w ramach tych zakładów, formy wykonywania świadczeń zdrowotnych przez te zakłady, podstawowe reguły powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego.

Wszystkie te tematy powinny być analizowane w trzech płaszczyznach:

- 1) jako trwałe i uniwersalne problemy prawa medycznego,
- 2) w płaszczyźnie aktualnej regulacji prawnej w Polsce na podstawie ustaw i najważniejszych aktów wykonawczych,
- 3) jako zagadnienia stanowiące przedmiot regulacji w źródłach prawa wydawanych w ramach Rady Europy²², jak też Unii Europejskiej.

Niewątpliwie największe trudności nastręczać będzie omawianie węzłowych zagadnień prawa medycznego w płaszczyźnie drugiej, tzn. w ujęciu aktualnego stanu prawnego w Polsce. Występuje tu bowiem nie tylko wielość źródeł normatywnych, lecz przede wszystkim brak ich należytej synchronizacji, fragmentaryczność regulacji, a także jej wzajemne krzyżowanie się. Rozwój ustawodawstwa medycznego nie tylko nie postępował planowo, lecz rządziła nim wyraźna przypadkowość. Dość wskazać, że ustawę o zawodzie lekarza wydano siedem lat po ustawie o izbach lekarskich i 5 lat po ustawie o zakładach opieki zdrowotnej, dwa lata po ustawie o ochronie zdrowia psychicznego, w której problematyka zgody pacjenta musiała być oczywiście rozbudowana, 5 lat po ustawie o środkach farmaceutycznych i materiałach medycznych, a ustawy o chorobach zakaźnych mają historię kilkudziesięcioletnią. Akty wykonawcze stanowią problem oddzielny.

W tym stanie rzeczy węzłowe zagadnienia polskiego prawa medycznego muszą być rekonstruowane na podstawie wielu aktów normatywnych i zawartych w nich licznych przepisów, zawierających unormowania cząstkowe, nie zawsze zbieżne, w niektórych przypadkach sprzeczne. Występują też regulacje ustawowe oczywiście błędne, jak np. przepisy ustawy o zawodzie lekarza dotyczące eksperymentów. Tworzenie przeto jakiegoś systemu polskiego prawa medycznego przypominać będzie tworzenie układanek z puzzli.

²²Por. Prawa pacjentów i problemy etyczne współczesnej medycyny w dokumentach Rady Europy, pod red. M. Safjana, Warszawa 1994.

Przedstawiony tu zarys katalogu podstawowych zagadnień stanowiących przedmiot prawa medycznego różni się zasadniczo od programu stażu z zakresem tego prawa, jaki zawarto w załączniku do cytowanego rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 24 maja 1999 r. i to nie tylko dlatego, że ów program – jak podkreślono – spełniać ma funkcję dydaktyczną, podczas gdy zarysowany w tym szkicu przedmiot prawa medycznego stanowi próbę ujęcia merytorycznego tej dziedziny prawa.

Różnica jest głębsza. Odnieść można bowiem wrażenie, że ministerialny program oparto na kryteriach raczej czysto formalnych i do tego mało przejrzystych, abstrahując od problematyki rzeczywiście istotnej, której poznanie przez lekarza-stażystę wydaje się być niezbędne. Ta różnica w sposobie patrzenia na to, co powinno być treściowym trzonem prawa medycznego, sprowokowała autora tej wypowiedzi do jej publicznego przedstawienia. Jest więc ona głosem w dyskusji, wyrażnie polemicznym – na temat prezentowania treści prawa medycznego.

Walerian Staszkiwicz

Dylematy medycyny

„Źródłem naszych błędów jest nie tylko brak samej wiedzy, ale również to, że często wydajemy sądy i opinie nie mające rozeznania, jakie elementy są do tego niezbędne”.
Immanuel Kant

Myślę, że ten cytat wielkiego filozofa, powtarzany często przez współczesnego lekarza i humanistę Pana Profesora Stanisława Filipeckiego pomoże w przedstawieniu niektórych dylematów współczesnej medycyny. Lekarze zostali przyzwyczajeni do tego, że ich porażki w walce z chorobą odbierane przez pacjentów jako brak umiejętności, błędy diagnostyczne, czy terapeutyczne były niezwykle surowo osądzone przez prawo. Rolę średniowiecznych władców w ferowaniu wyroków zastąpiły obecnie często środki masowego przekazu bardzo szybko decydujące o winie, karze, a dopiero w dalszej kolejności sądy powszechne i sądy lekarskie. Pacjent końca XX wieku nie chce przyjąć do wiadomości, że pomimo gwałtownego postępu techniki, rozwoju fizyki i chemii, inżynierii genetycznej i biologii, niewiarygodnych wręcz metod diagnostycznych pozwalających na wkraczanie do genów i pojedynczych cząsteczek materii, lekarz dość często jest bezradny wobec choroby powodującej śmierć.

O dylematach medycyny mogę mówić jako pracujący od 30 lat lekarz, wykształcony w Klinice Pana Profesora Jana Nielubowicza, pierwszego prezesa Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie. Jako sędzia Sądu Lekarskiego Okręgowej Izby Lekarskiej i jako Dyrektor Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego – Uczelni organizującej i koordynującej kształcenie podyplomowe lekarzy stwierdzam, że wiedza prawnicza absolwentów naszych uczelni medycznych, lekarzy specjalistów zajmujących często eksponowane stanowiska ordynatorów, czy kierowników klinik jest niestety bardzo mała. Ogranicza się często do szczątkowej wiedzy na temat Kodeksu Etyki Lekarskiej pełniącego funkcję kodeksu dla sądów lekarskich. Niektórzy coś słyszeli o ustawie o zawodzie lekarza i karcie praw pacjenta. Myślę, że czas najwyższy na podjęcie decyzji o wprowadzeniu nauk prawnych do sal seminaryjnych uczelni medycznych, a przygotowana ustawa o kształceniu ustawicz-

nym powinna zobowiązywać lekarzy do aktualizowania swojej wiedzy o elementy prawa.

Według słownika języka polskiego dylemat to sytuacja, okoliczności wymagające trudnego wyboru między dwoma różnymi możliwościami.

W czasie II Forum Prawniczo-Medycznego zostało zaprezentowanych wiele referatów będących wykładnią istniejących aktów prawnych, ale myślę, że istnieje wiele problemów, w których trudno znaleźć odpowiednie odnośniki w obowiązujących przepisach. Na niektóre z nich pragnę zwrócić uwagę dostojnego gremium.

W czasie poprzednich spotkań prawniczo-medycznych dużo uwagi poświęcono aspektom prawnym w relacji lekarz – pacjent, przy czym szczególną uwagę zwrócono na prawa pacjenta. Problem ryzyka związanego z wykonywaniem zawodu lekarza jest jedną ze spraw ciągle niedopowiedzianych. Artykuł 4 ustawy o zawodzie lekarza w sposób jasny stanowi, aby lekarz wykonywał swój zawód zgodnie z aktualną wiedzą, zasadami etyki zawodowej oraz dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób. Już to ostatnie bardzo nieprecyzyjne stwierdzenie budzi cały szereg wątpliwości. Jak ma postępować lekarz dysponujący wiedzą i umiejętnościami w sytuacji, gdy administracja szpitala ogranicza możliwości działania; stwierdzenie „dostępne” powinno zostać zastąpione standardami i rekomendacjami, do których może odwoływać się lekarz, a we wprowadzaniu których powinny pomóc Kasy Chorych, nadzór specjalistyczny i towarzystwa naukowe. Wracając do ryzyka lekarzy związanego z wykonywanym zawodem, nie jest to wyłącznie problem etyczny, czy deontologiczny, ale problem prawny.

Żaden przepis nie reguluje, jakie są granice ryzyka zawodowego. Zakażenia lekarzy wirusami HCV, HBV, czy np. gruźlicy w oddziałach pulmonologicznych traktuje się wyłącznie w kategoriach odszkodowań wynikających z ubezpieczenia pracownika. Ustawa o zawodzie lekarza nakłada na lekarza obowiązek udzielania pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu może stanowić niebezpieczeństwo utraty życia. Jak się ma zachować lekarz w przypadku nosiciela, czy chorego na AIDS lub wirusowe zapalenie wątroby, gdy szpital nie zapewnił odpowiedniej liczby i jakości ubrań ochronnych. Granice ryzyka lekarskiego powinny bezwzględnie być ustalane ustawowo. Nowo powstałym zagadnieniem jest problem nosicieli i chorych na AIDS, którzy zatajają fakt choroby w obawie przed nieudzieleniem im świadczenia zdrowotnego, powodując tym samym zwiększenie ryzyka zachorowania personelu lekarskiego i innych pacjentów. Problem ten nie jest regulowany żadnymi przepisami, a dochodzenie odszkodowania w procesie cywilnym jest często nierealne. Jak zatem mają postępować lekarze wobec pacjentów z grup ryzyka, którzy nie wyrażą zgody na badanie serologiczne, a istnieje uzasadnione domniemanie choroby mogącej mieć wpływ na wybór postępowania leczniczego i ocenę związanego z tym ryzyka oraz realne zagrożenie dla personelu i pacjentów. Pozostawienie tych zagadnień wyłącznie w kategoriach etyczno-deontologicznych uważam za dalece niewystarczające.

Bliski poruszonym zagadnieniom jest nawet codzienny w praktyce lekarskiej problem braku zgody pacjenta będącego pod wpływem alkoholu, czy narkotyków na

wykonanie niezbędnych badań diagnostycznych i podjęcie koniecznych dla ratowania życia działań terapeutycznych. Odmowa zgody na leczenie może wynikać również z pobudek religijnych. To zagadnienia bardzo złożone. Ale obok jest dramat pacjenta, w świadomości którego trwa walka zachowań instynktownych ratowania życia, a sprzecznych z tym nakazów religijnych podtrzymywanych przez rodzinę albo współwyznawców.

Jednym z bardzo ważnych zagadnień stanowiących kolejny bliski przedstawionym poprzednio dylemat jest odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego. W artykule na ten temat w kwartalniku „Prawo i Medycyna” Pan Marian Filar wymienia trzy sytuacje, w których lekarz naraża się na odpowiedzialność karną:

1. gdy nie leczy, choć powinien,
2. gdy leczy, choć nie tak jak powinien,
3. gdy leczy, choć nie powinien.

Dalej następują rozważania na temat ocen prawno-karnych w świetle art. 3 Europejskiej Konwencji o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny z 1998 roku, art. 68 Konstytucji RP z 1997 roku i Ustawy o Zakładach Opieki Zdrowotnej z 1991 roku oraz Ustawy o Zawodzie Lekarza z 1997 roku. Z tych rozważań wynika jasno, że obowiązujące w polskim prawie przepisy stwarzają obywatelom szeroki zakres uprawnień w zakresie ochrony zdrowia oraz dostępności świadczeń zdrowotnych. Oczywiście sytuacja jest pozornie jasna, gdy istnieje bezpośrednio zagrożenie życia i nie obowiązuje żadna rejoni-zacja ani umowa z Kasą Chorych. Ale i tu mogą powstać sytuacje dramatyczne, kończące się nawet śmiercią. Przykładem tego może być nieodpowiednie udzielenie pomocy przez zespół źle wyposażonej karetki pogotowia ratunkowego, którego załogę stanowi młody lekarz stażysta i kierowca, bądź zgłoszenie się pacjenta do miejskiego ośrodka zdrowia, gdyż transport do odległej placówki specjalistycznej służby zdrowia mogącej udzielić pełnego zakresu pomocy niezbędnej dla pacjenta jest niemożliwy lub czasochłonny. Wchodziłem w skład zespołu orzekającego Okręgowego Sądu Lekarskiego w kilku takich sprawach. W niektórych z nich opinie biegłych, najczęściej znanych sław medycznych, ale pracujących wyłącznie w znakomicie wyposażonych ośrodkach klinicznych, były całkowicie ze sobą sprzeczne. Niekiedy w toku rozprawy biegły zmieniał swoją krzywdzącą lekarza opinię dopiero po wysłuchaniu wyjaśnień obwinionego. Sąd Lekarski na szczęście składa się z wielu sędziów i w składzie orzekającym są zawsze specjaliści z dziedziny będącej przedmiotem rozprawy. Medycyna jest tylko do pewnego stopnia nauką. Nauką jest wtedy, gdy chodzi o powtarzalne normy badań diagnostycznych. Przestaje być nauką, gdy chodzi o pacjenta chorego na wiele chorób, z których każda jest precedensem diagnostycznym i terapeutycznym, a od wiedzy i doświadczenia, a niekiedy intuicji lekarza zależy wybór optymalnej metody leczenia.

Kolejnym nowym problemem jest sposób kontraktowania usług medycznych przez Kasy Chorych i ustalenie limitów przyjęć pacjentów do poszczególnych zakładów opieki zdrowotnej. Powszechnie znaną i nagłośnioną przez dziennikarzy była sprawa

wa jednego z oddziałów ortopedycznych, który wyczerpał limit przyjęć przyznany przez administratorów Kasy Chorych wczesną jesienią. O ile wiem, nikt z decydentów podejmujących taką absurdalną decyzję narażając pacjentów, nie poniósł za to konsekwencji prawnych. Należy jednak postawić pytanie, czy w tej sytuacji lekarze powinni zastosować się do decyzji administracyjnej łamiącej prawa pacjenta. Wobec lekarzy akceptujących taką decyzję administracyjną mógłby być postawiony zarzut zaniechania bezprawnego. Przy okazji wprowadzenia reformy systemu ochrony zdrowia okazało się, że tak naprawdę nikt nie jest odpowiedzialny za dostępność i jakość usług medycznych. A o zdrowiu i życiu muszą decydować decyzje ekonomiczne podejmowane przez dyrektorów szpitali. Należy mieć nadzieję, że tego rodzaju działania nie będą miały miejsca wraz z poprawą funkcjonowania Kas Chorych. Reformie systemu opieki zdrowotnej towarzyszy wprowadzenie nowego systemu referencyjności placówek służby zdrowia i nowego systemu specjalizacji. Ze względu na różnice w wyposażeniu oddziałów i kwalifikacji pracujących tam lekarzy dość opornie przebiega wprowadzanie rekomendacji i standardów postępowania.

Standardy i rekomendacje nie stanowią norm prawnych, ale powinny ułatwić, a nie utrudnić relacje lekarz – lekarz, lekarz – pacjent, lekarz – administracja szpitala. Przyzwyczajonych do pełnej swobody w podejmowaniu decyzji lekarzy i administratorów trudno jest przekonać do podporządkowania się regułom i normom ustalonym przez grono specjalistów różnych dziedzin, najczęściej w oparciu o wielośrodkowe badania kliniczne oparte o zasady bioetyczne opracowane pod nadzorem biostatystyków i prawników. Obawy wynikające z niedostosowania organizacyjnego placówek ochrony zdrowia do nowych zadań i możliwości przerzucania odpowiedzialności karną na lekarzy. Dotyczy to tak ważnych zagadnień jak np. zakażenia szpitalne. Oczywiście standardy i rekomendacje muszą być uaktualniane wraz z rozwojem badań i wiedzy medycznej. System referencyjności oddziałów koordynowany przez nadzór regionalny i Kasy Chorych powinien przyczynić się do wprowadzenia tych zasad postępowania lekarskiego.

Przedstawione problemy to drobny fragment dylematów i wątpliwości, które ma codziennie wielu lekarzy. Sygnalizujemy je prawnikom i oczekujemy pomocy w tworzeniu jasnych, jednoznacznych aktów legislacyjnych ułatwiających właściwe, zgodne z prawem decyzje.

W końcu XX wieku, kiedy narasta sceptycyzm terapeutyczny w środowisku lekarskim, kiedy dyskutuje się szeroko o dehumanizacji, kiedy zasady deontologii tracą swą przydatność, a tradycyjne normy postępowania lekarskiego traktowane są w kategoriach historycznych, tylko bardzo rozważne i przemyślane tworzenie norm prawnych może zapobiec dystansowaniu się lekarzy od pacjentów. Przestrzeń pomiędzy pacjentem, a lekarzem wypełniają natychmiast tzw. terapeuci wykorzystujący potrzebę wiary, nadziei i cudownego uzdrowienia. Każde pokolenie określa w perspektywie swoje cele, kierunek dążeń, wartości, które ceni i według których ocenia. Takimi wartościami nadrzędnymi jest ludzkie życie i zdrowie. Prawo ma obowiązek stać na straży tych wartości, ale droga do tego prowadzi przez tworzenie pomostów, a nie barier pomiędzy lekarzem a pacjentem.

Andrzej Zoll

Zaniechanie leczenia – aspekty prawne

Podstawowym obowiązkiem lekarza, zarówno etycznym, jak i prawnym jest niesienie pomocy medycznej człowiekowi choremu, przez co należy rozumieć zarówno pomoc nakierowaną na zwalczenie choroby i tym samym ratowanie życia lub zdrowia jak i pomoc nakierowaną na ulżenie w cierpieniu.¹ Obowiązek wynikający z norm moralnych nie musi pokrywać się z obowiązkiem prawnym. Obowiązek moralny może sięgać dalej, zobowiązywać do działań w sytuacji, gdy nie wynika to już z obowiązku prawnego. W zakresie interesujących nas zagadnień można roboczo przyjąć tezę, że zakresy tych dwóch rodzajów obowiązków będą się pokrywały. W dalszych rozważaniach ograniczę się do omówienia aspektów prawnych.

Obowiązek prawny świadczenia usług leczniczych wynika z normy prawnej mającej na celu ochronę życia lub zdrowia człowieka jako dóbr stanowiących podstawową wartość z punktu widzenia leżących u podstaw systemu prawnego założeń aksjologicznych. Tak jak każda norma wyraża ona dwa aspekty: aspekt wartościujący wskazujący właśnie na przywiązywanie do życia lub zdrowia przez ustawodawcę określonej wartości i aspekt polecający, wyrażający się nakazem zachowania zgodnego z normą lub zakazem zachowania sprzecznego z normą. Oba te aspekty będą miały znaczenie dla wyznaczenia granic obowiązku wynikającego z normy.

Wynikający z normy prawnej obowiązek udzielenia pomocy pacjentowi może mieć charakter ogólny albo szczególny.

W pierwszym wypadku obowiązek lekarza nie jest wynikiem szczególnego stosunku łączącego go z osobą potrzebującą pomocy. Jest raczej obowiązkiem ogólnoludzkim a jedynie szczególne przygotowanie lekarza do udzielenia pomocy potrzebującemu wyróżnia go spośród innych osób zresztą także zobowiązanych do udzielenia pomocy. Jeżeli lekarz jest świadkiem wypadku drogowego lub załamania człowieka na ulicy, to jest on zobowiązany do udzielenia pomocy człowiekowi, któremu zagraża bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Zaniechanie wykonania przez lekarza tego obowiązku po-

¹Por. art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz. U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152) oraz art. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej.

ciąga za sobą odpowiedzialność, na równi z innymi zobowiązanymi, tylko za niewykonanie obowiązku i to bez względu na to, jaki był dalszy los zagrożonego, czy niebezpieczeństwo przerodziło się wskutek w postaci śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, czy też sytuacja niebezpieczna przeminęła, nie prowadząc do naruszenia chronionego normą prawną dobra.

Obowiązek szczególny zachodzi wtedy, gdy lekarz jest gwarantem bezpieczeństwa pacjenta. Źródłem funkcji gwaranta będzie najczęściej dobrowolne przyjęcie przez lekarza na siebie zobowiązania do świadczeń usług medycznych. Zaniechanie wykonania ciążącego na lekarzu obowiązku powoduje wtedy odpowiedzialność za powstały skutek czyli za śmierć pacjenta, uszczerbek na jego zdrowiu albo za bezpośrednie narażenie życia pacjenta na niebezpieczeństwo.

Nie będą zajmował się warunkami przypisania lekarzowi odpowiedzialności karnej za zaniechanie wykonania obowiązku. Reguły tego przypisania są różne w zależności od tego, czy chodzi o obowiązek ogólny, czy o funkcję gwaranta. Chcę się obecnie zająć niejako odwrotną stroną tego zagadnienia tzn. kiedy zaniechanie leczenia nie rodzi odpowiedzialności.

Wyróżnić trzeba znowu dwie sytuacje. Pierwsza zachodzi wtedy, gdy lekarz nie przystępujący do leczenia albo zaprzestający dalszego leczenia nie narusza jednak w rzeczywistości normy prawnej nakazującej mu świadczenie usług leczniczych. Druga sytuacja zachodzi wtedy, gdy obowiązek lekarza świadczenia usług leczniczych stoi w konflikcie z obowiązkiem uszanowania prawa do samostanowienia pacjenta.

W pierwszym wypadku chodzi o ustalenie granic obowiązku wynikającego z normy mającej na celu ochronę życia lub zdrowia człowieka, czyli z normy sankcjonującej. W drugim wypadku chodzi o kolizję dwóch obowiązków.

Zachowanie lekarza tylko wtedy narusza normę prawną, gdy jest w rzeczywistości skierowane przeciwko chronionemu normą dobru prawnemu tzn. powoduje zagrożenie dla tego dobra lub powoduje zwiększenie występującego już zagrożenia. Należy przez to rozumieć także brak neutralizacji lub zmniejszenia występującego zagrożenia. Z tego względu podjęty *lege artis* zabieg operacyjny nigdy nie może być traktowany jako naruszenie normy nakazującej ochronę życia lub zdrowia, skoro obiektywnie służy neutralizacji lub zmniejszeniu niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia. Tak należy ocenić taki zabieg, mimo że prowadzi on do krócej lub dłużej trwającego uszczerbku na zdrowiu, a nawet do kalectwa pacjenta. Amputacja nogi dokonana w wyniku koniecznego dla ratowania życia zabiegu operacyjnego nie może być z tego względu uznana za czyn realizujący przez lekarza znamiona typu czynu zabronionego określonego w art. 156 § 1 k.k., chociaż lekarz umyślnie powoduje trwałe kalectwo. Atak na dobro prawnie chronione przez normę prawną jest warunkiem przyjęcia bezprawności i karalności czynu.

Warunkiem naruszenia normy prawnej chroniącej dobro prawne jest wystąpienie sprzeczności pomiędzy ocenianym zachowaniem a regułami postępowania z dobrem prawnym określonymi przez naszą wiedzę i doświadczenie. W interesującym nas wypadku chodzi oczywiście o wiedzę i doświadczenie medyczne. Jeśli niepodjęcie leczenia lub zaprzestanie jego kontynuacji nie narusza reguł sztuki lekar-

skiej, to tym samym nie mamy do czynienia z wynikającym z normy prawnej obowiązkiem leczenia.

Te zdawałoby się banalne stwierdzenia mają istotne znaczenie praktyczne. Chodzi w szczególności o problem zaniechania stosowania środków reanimacyjnych. Jeśli podjęcie stosowania tych środków daje szansę, z punktu widzenia wiedzy medycznej, na uratowanie życia człowieka, w sensie życia osobniczego, to zaniechanie stosowania reanimacji należy potraktować jako naruszenie normy prawnej. Nie jest natomiast naruszeniem obowiązku wynikającego z normy prawnej rezygnacja z czynności reanimacyjnych, gdy reanimacja może jedynie spowodować przedłużenie agonii². Warto przytoczyć tu stanowisko wyrażone przez Świętą Kongregację do Spraw Wiary w Deklaracji o eutanazji z 5 maja 1980 r. W deklaracji tej stwierdza się, że jest rzeczą godziwą przerwanie stosowania środków nadzwyczajnych, jeżeli rezultaty zawodzą pokładane w nich nadzieje. Decyzja lekarza pozwalająca w takiej sytuacji umrzeć choremu nie stanowi zaniedbania lub zaniechania czegoś, do czego był obowiązany³. Tak samo moralnie i prawnie godziwa jest ingerencja lekarska polegająca na wyłączeniu aparatów reanimacyjnych, po to, by nie przedłużać umierania⁴. Jeśli stojące lekarzowi do dyspozycji środki nie są w stanie uratować życia lub zdrowia ludzkiego albo chociażby zmniejszyć cierpienie pacjenta, to odpaść musi, wynikający z normy prawnej służącej ochronie tych dóbr, obowiązek lekarza świadczenia usług leczniczych. Norma prawna nie może od człowieka wymagać czegoś, co nie jest on w stanie, jako adresat normy wykonać.

Z ustaleniem granicy obowiązku lekarza świadczenia usług leczniczych wiąże się bardzo trudny problem, w jaki sposób ustalać, czy zaniechanie określonych działań jest zgodne z zasadami postępowania (ze sztuką medyczną). Możliwe są w tym wypadku trzy różne punkty widzenia.

Można reprezentować pogląd, że reguły postępowania decydujące o naruszeniu lub nienaruszeniu obowiązku wynikającego z normy prawnej ustala się według najwyższych standardów. Niewykonanie obowiązku wynikającego z takiego standardu postępowania będzie uznane za naruszenie normy prawnej i w zasadzie wystarczające do przyjęcia oceny zaniechania jako bezprawnego. Nie musi to oznaczać jeszcze odpowiedzialności lekarza, w szczególności odpowiedzialności karnej, gdyż dla jej przyjęcia konieczne jest przypisanie lekarzowi winy, a więc ustalenia, że lekarz mógł w danych okolicznościach postąpić zgodnie z nakazem zawartym w normie prawnej. Według tego poglądu zakreślone jest bardzo szeroko pole zachowań (w tym zaniechań) bezprawnych. Temu pogładowi da się postawić zarzut, że norma prawna musi uwzględniać rzeczywiste stosunki społeczne i realne możliwości dania posłuchu nakazowi prawa.

Inne możliwe stanowisko przyjmuje, że reguły postępowania wyznaczone zostają indywidualnie i konkretnie w odniesieniu do sytuacji, w której ma nastąpić wykonanie

²J. Umiastowski: *Prawa pacjenta w stanie terminalnym*, (w) *Prawa pacjenta a postawa lekarza*, PAU, Kraków 1996 s. 59

³S. Kornas: *Współczesne eksperymenty medyczne w ocenie etyki katolickiej*, Częstochowa 1986 s. 233-234.

⁴S. Kornas: *op.cit.* s. 236.

obowiązku wynikającego z normy i w odniesieniu do możliwości indywidualnych lekarza, który jest adresatem skonkretyzowanej normy działania. Brak naruszenia normy ma miejsce wtedy, gdy od lekarza jako zindywidualizowanej, konkretnej osoby nie można było w danej sytuacji wymagać uczynienia czegoś więcej, niż rzeczywiście uczynił. Stanowisko to prowadzi do zatarcia różnicy pomiędzy naruszeniem normy prawnej (bezprawnością zaniechania) i winą. Norma prawna wyznacza pewien wzorzec postępowania, który ma charakter generalny i abstrakcyjny. Wina jest kategorią indywidualną, jest zarzutem stawianym konkretnemu sprawcy niepodporządkowania się nakazowi wynikającemu z normy, mimo możliwości dania posłuchu normie.

Trzecie stanowisko przyjmuje, że reguły postępowania wyznaczane są w odniesieniu do powstałej sytuacji, której elementem są także kwalifikacje lekarza zobowiązanego do działania. Dla takiej sytuacji buduje się standard optymalnego, z punktu widzenia chronionego dobra, postępowania. To rozwiązanie wydaje się najbardziej odpowiadające polskiemu systemowi prawnemu i znajduje np. pełne zastosowanie na gruncie prawa karnego (zob. art. 9 § 2 kodeksu karnego). Wymaga wyjaśnienia problem kwalifikacji zobowiązanego do działania lekarza, jako elementu budowanego dla danej sytuacji standardu optymalnego postępowania. Załóżmy, że dyżur w małym prowincjonalnym szpitalu pełnił lekarz – specjalista przemysłowej służby zdrowia. W czasie dyżuru nastąpił skomplikowany poród. Specjalista położnik był dostępny tylko telefonicznie i dyżurujący lekarz się z nim konsultował. W wyniku komplikacji porodowych kobieta zmarła. Specjaliści od położnictwa stwierdzili, że można byłoby jeszcze zastosować inne określone metody leczenia ale lekarz tego nie uczynił, gdyż metody te nie były mu znane. Dla oceny, czy została naruszona norma prawna ważne jest to, czy lekarz-specjalista przemysłowej służby zdrowia powinien znać te metody. W ten sposób kwalifikacja lekarza zostaje uwzględniona przy konstrukcji standardu postępowania. W dalszym ciągu jednak, w przeciwieństwie do poprzednio przedstawionego stanowiska, chodzi o wzorzec postępowania o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Innym problemem jest zbadanie, czy organizacja dyżurów w tym szpitalu odpowiadała standardom prawidłowego działania służby zdrowia. Przesuwa to jednak problem oceny bezprawności zachowania i odpowiedzialności z oceny zaniechania dyżurującego lekarza na ocenę postępowania osoby kierującej pracą w szpitalu.

Podsumowując można stwierdzić, że lekarz jest zobowiązany do udzielenia świadczenia lekarskiego, jeżeli świadczenie to służy ochronie życia lub zdrowia pacjenta lub prowadzi do ulżenia jego cierpieniu. Sposób udzielenia świadczenia ma być zgodny z ustalonymi przez wiedzę i doświadczenie regułami sztuki lekarskiej.

Jeżeli lekarz nie jest osobą szczególnie zobowiązaną do ochrony życia lub zdrowia danego pacjenta, to nie udzielając świadczenia lekarskiego może odpowiadać karnie tylko w granicach art. 162 k.k., tzn. za zaniechanie udzielenia pomocy, jeżeli potrzebujący pomocy znajdował się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Zaniechanie udzielenia pomocy, w przypadkach nie objętych art. 162 k.k., rodzić może jedynie odpowiedzialność dyscyplinarną lekarza.

Jeżeli lekarz jest osobą szczególnie zobowiązaną do ochrony życia lub zdrowia danego pacjenta, zaniechanie udzielenia pomocy może rodzić odpowiedzialność za skutek w postaci śmierci pacjenta lub uszczerbku na zdrowiu (zob. art. 2 k.k.). Podstawą przypisania skutku lekarzowi będzie zaniechanie czynności, która zgodnie z wiedzą i doświadczeniem medycznym miała zapobiec nastąpieniu skutku na tej drodze, na której on w rzeczywistości nastąpił.

Przechodzę obecnie do sytuacji, w której wypełnienie obowiązku udzielenia pomocy pozostaje w kolizji z innym obowiązkiem. Najczęściej będzie tu wchodził w grę obowiązek uszanowania woli pacjenta lub innej osoby uprawnionej.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza, lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych w zasadzie tylko po uzyskaniu zgody pacjenta. Wolność pacjenta w dysponowaniu swoją osobą jest dobrem chronionym także przez prawo karne. Art. 192 k.k. stanowi, że wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta stanowi czyn zabroniony i pociąga za sobą odpowiedzialność karną. Brak zgody pacjenta na dokonanie koniecznego do ratowania życia lub zdrowia pacjenta zabiegu rodzi więc trudny do rozwiązania dla lekarza konflikt obowiązków. Zawarty w art. 32 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza zakaz dokonywania zabiegów bez zgody pacjenta i potwierdzenie tego zakazu w art. 192 k.k. oznacza, że lekarz nie może w zasadzie powołać się przy rozwiązaniu tego konfliktu na instytucję stanu wyższej konieczności i uznając życie lub zdrowie pacjenta za dobro o wyższej wartości od prawa do samostanowienia, dokonać potrzebnego dla ratowania tych dóbr zabiegu. Stosowanie do tych wypadków instytucji stanu wyższej konieczności prowadziłoby do przekreślenia znaczenia przepisów chroniących prawo do samostanowienia. Z wyżej powołanych przepisów wynika wniosek odwrotny, że zdaniem ustawodawcy prawo do samostanowienia pacjenta, które zresztą daje się wyprowadzić z ochrony jego godności jako prawa przyrodzonego i niepodważalnego (zob. art. 30 Konstytucji RP), stoi w hierarchii dóbr wyżej niż ochrona zdrowia a nawet życia tego pacjenta. W wypadku odmowy wyrażenia zgody na zabieg, nawet jeżeli jest on konieczny do ratowania życia, lekarz jest zobowiązany, po wyjaśnieniu pacjentowi skutków odmowy, na zaniechanie leczenia za pomocą nieaprobowanego przez pacjenta sposobu leczenia. Lekarz ma się ograniczyć wtedy do stosowania środków przydatnych w leczeniu, na które pacjent wyraża zgodę. Dotyczy to jedynie pacjenta dorosłego, przytomnego i nieubezwłasnowolnionego całkowicie. Szczególnego rozważenia wymaga sytuacja, gdy pacjent przytomny odmawia zgody na podjęcie czynności leczniczych i następnie traci przytomność (np. w sytuacji usiłowania samobójstwa). Czy lekarz może, bez narażenia się na odpowiedzialność karną, dokonać zabiegu ratującego życie? Ten konflikt, w którego centrum znalazł się lekarz, może być spotęgowany żądaniem udzielenia pomocy lekarskiej ze strony najbliższych niedoszłego samobójcy. Powstaje pytanie, czy do takich sytuacji ma zastosowanie art. 33 ust. 1 lub art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza. Ewentualna odpowiedź twierdząca nie rozwiązuje do końca problemu. Nie jest bowiem na podstawie tych przepisów jasne, czy lekarz ma wtedy obowiązek udzielenia pomocy, tzn. czy w wypadku jej nieudzielenia naraża się na odpowiedzialność

karną z art. 162 k.k. albo za przestępstwo skutkowe (gdy jest gwarantem), czy też przepisy te wyłączają jedynie odpowiedzialność lekarza za dokonanie zabiegu mimo braku zgody pacjenta. Na pierwsze pytanie dotyczące tego, czy w takich wypadkach ma zastosowanie art. 33 ust. 1 lub 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza należy odpowiedzieć twierdząco. Oba przepisy mają zastosowanie do pacjentów, którzy w momencie konieczności przeprowadzenia zabiegu nie są zdolni, ze względu na stan zdrowia, do wyrażenia zgody na zabieg. Lekarz może więc ratować osobę, która targnęła się na swoje życie nawet wtedy, gdy jeszcze w stanie przytomności sprzeciwiała się udzieleniu jej pomocy. Pozostaje więc pytanie, czy lekarz ma prawny obowiązek do takiego działania, czy też ma prawo uszanowania woli pacjenta wyrażanej przed utratą przytomności. Zarówno art. 33 ust. 1 jak i art. 34 ust. 7 zezwalają na dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody. Nie ma w tych przepisach mowy o obowiązku stosowania zabiegu, na który pacjent nie wyraził zgody. Wydaje się, że nie wszystkie kwestie dadzą się rozstrzygnąć w prawie do końca. Pozostaje pewien „luz” pozostawiony sumieniu lekarza i jego decyzji. Jeżeli np. pacjentowi, który uległ wypadkowi konieczne jest przeprowadzenie transfuzji krwi i pacjent ten przed utratą przytomności oświadcza, że ze względów światopoglądowych nie zgadza się na to, to lekarz, po utracie przez pacjenta przytomności ma się kierować własnym sumieniem. Brak zgody pacjenta wyklucza moim zdaniem odpowiedzialność lekarza za zaniechanie zastosowania transfuzji krwi. Art. 33 ust. 1 lub 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza wyłączają w takim wypadku odpowiedzialność lekarza za zastosowanie transfuzji bez zgody pacjenta.

Inna sytuacja zachodzi wtedy, gdy pacjentem jest osoba małoletnia. Ustawa o zawodzie lekarza wymaga, aby zgodę na zabieg udzielił przedstawiciel ustawowy małoletniego, a jeśli pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub kontakt z nim jest niemożliwy, to zgodę na zabieg ma udzielić sąd opiekuńczy. W wypadku, gdy małoletni ma ukończone 16 lat, wymagana jest także zgoda małoletniego (art. 32 ust. 2 i 5).

Ślusznie ustawa o zawodzie lekarza odstąpiła od formalnego kryterium pełnoletności. Pacjent małoletni, ale po ukończeniu 16 lat może działać z wystarczającym rozeznaniem, aby móc decydować o swojej osobie.

Rozpatrzmy najpierw możliwe wypadki, gdy pacjent nie ukończył 16 lat. Jeżeli pacjent taki nie wyraża zgody na leczenie, a lekarz ma zgodę jego przedstawiciela ustawowego lub sądu opiekuńczego, to lekarz jest zobowiązany do udzielenia pomocy. Zaniechanie po stronie lekarza może powodować jego odpowiedzialność. Brak zgody małoletniego pacjenta poniżej 16 lat nie jest też w takim wypadku podstawą do odpowiedzialności lekarza za przestępstwo z art. 192 k.k.. Lekarz może także w sytuacjach nagłych dokonać zabiegu bez zgody przedstawiciela ustawowego lub sądu opiekuńczego, gdy zwłoka zagrażałaby życiu lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu (art. 34 ust. 7). Zaniechanie w tym przypadku pociąga za sobą także odpowiedzialność karną (praktycznie będzie wchodziła tu w grę odpowiedzialność za skutek, gdyż lekarz będzie pełnił funkcję gwaranta). Trudniejszy jest wypadek, gdy przedstawiciel ustawowy sprzeciwia się przeprowadzeniu zabiegu i

nie jest możliwe ze względów czasowych uzyskanie zgody sądu opiekuńczego. Stosowanie w takich wypadkach art. 34 ust. 7 może wydawać się wątpliwe. Należy jednak przyjąć, że władza przedstawiciela ustawowego nie dotyczy decydowania o życiu poddanego tej władzy małoletniego. Lekarz może przeprowadzić konieczny zabieg nie narażając się na odpowiedzialność z art. 192 k.k. Odmowa przeprowadzenia zabiegu w takich okolicznościach może być - moim zdaniem – podstawą odpowiedzialności karnej lekarza, gdyż należy sprzeciw przedstawiciela ustawowego traktować wtedy za pozbawiony znaczenia prawnego i pozostaje obowiązek niesienia pomocy lekarskiej w sytuacji zagrożenia dla życia lub zagrożenia poważnym uszczerbkiem na zdrowiu.

W sytuacji, gdy pacjent ma ukończone 16 lat wyrażona przez niego zgoda na zabieg jest wystarczająca dla przeprowadzenia takiego zabiegu nawet wtedy, gdy sprzeciwia się mu przedstawiciel ustawowy. Zaniechanie zabiegu z uwagi na sprzeciw przedstawiciela ustawowego rodzić będzie odpowiedzialność lekarza.

Sprzeciw pacjenta, który ukończył 16 lat wymaga do legalności zabiegu zgody sądu opiekuńczego. Mam wątpliwości, czy zgoda sądu może stanowić podstawę dla lekarza przeprowadzenia zabiegu. Zwalnia go ona wprawdzie z odpowiedzialności za dokonanie zabiegu wbrew woli pacjenta (art. 32 ust. 6) ale nie stanowi podstawy do odpowiedzialności karnej w wypadku zaniechania przez lekarza dokonania zabiegu. To znów wypadek, gdy ustawodawca pozostawia lekarzowi i jego sumieniu podjęcie decyzji. Tak samo należy uznać, że sumienie lekarza jest jedynym drogowskazem postępowania, gdy pacjent po ukończeniu 16 lat sprzeciwia się zabiegowi a następnie traci przytomność. Młody wiek pacjenta, tak zresztą, jak w przypadku osób dorosłych jest tylko jednym z czynników, które lekarz musi brać pod uwagę przy podejmowaniu decyzji.

Z problemem zaniechania leczenia wiąże się kwestia odmowy podjęcia koniecznych czynności z uwagi na zagrożenie lekarza związane z akcją ratowniczą.

Art. 162 § 1 k.k. wyłącza obowiązek niesienia pomocy człowiekowi znajdującemu się w bezpośrednim niebezpieczeństwie jeżeli łączyć by się to miało z narażeniem lekarza lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Lekarz nie ma też obowiązku udzielenia pomocy, gdy łączyłoby się to z koniecznością poddania się przez samego lekarza zabiegowi lekarskiemu (np. transfuzji krwi). Jednakże art. 26 § 4 k.k. stanowi, że przepisu o stanie wyższej konieczności (art. 26 § 2 k.k.) nie stosuje się, „jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste”. Powrócić więc należy do problemu „szczególnego obowiązku”. Ten szczególny obowiązek nie wynika z art. 30 ustawy o zawodzie lekarza. Przepis ten statuuje obowiązek ogólny lekarza i nie jest źródłem obowiązku gwaranta, którego niewypełnienie prowadzi do odpowiedzialności karnej za skutek. Art. 26 § 4 k.k. nie odnosi się więc do wszystkich lekarzy, a jedynie do tych, którzy są gwarantami bezpieczeństwa swoich pacjentów. Szczególny obowiązek może wynikać przede wszystkim z przyjętego na siebie zobowiązania. Lekarz zatrudniony w ekipie ratownictwa górniczego nie może odmówić zjazdu na dół do kopalni, nawet jeśli to łączy

się z ryzykiem dla życia lub zdrowia lekarza. Lekarz w szpitalu nie może odmówić zbadania pacjenta, pomimo groźby zarażenia się chorobą zakaźną.

Prawo nakładające na lekarza obowiązek działania, a w szczególności prawo karne łączące z niewykonaniem tego obowiązku sankcje karne musi być czymś wtórnym w stosunku do norm etycznych wiążących lekarza. Słusznie do tych norm odwołuje się obowiązujące prawo (np. art. 4 ustawy o zawodzie lekarza), bo one są przede wszystkim drogowskazem dla sumienia lekarskiego i fundamentem dla podejmowania trafnych decyzji.

Barbara Świątek

Błędy lekarskie w praktyce medyka sądowego

Uwagi wstępne:

Piśmiennictwo na temat „błędu lekarskiego” jest wyjątkowo obszerne i autorami opracowań książkowych i publikacji w czasopismach są zarówno prawnicy jak i lekarze, ale niewątpliwie przeważają autorzy-prawnicy. Lekarze są natomiast bardzo często autorami prac kazuistycznych.

W niniejszym opracowaniu nie zamierzam zajmować się teorią dotyczącą „błędu lekarskiego”, lecz stroną praktyczną tego zagadnienia; upoważnia mnie do tego wieloletnia praktyka medyka sądowego, powoływana bardzo często do opinowania sądowo-lekarskiego w takich sprawach.

Przywoływane powyżej określenie „błąd lekarski” podałam w cudzysłowie. Uważam, że już najwyższy czas, by zaniechać tego określenia na rzecz „błędu medycznego”, nie mówiąc już o uparciu używanym, zwłaszcza przez dziennikarzy określeniu „błąd w sztuce lekarskiej”. Jest to określenie o odcieniu emocjonalnym, ale już przed wielu laty zarówno w orzeczeniach Sądu Najwyższego, jak i praktyce lekarskiej zostało zarzucone.

Natomiast określenie błąd medyczny jest najbardziej adekwatne dla praktyk panujących w służbie zdrowia – lekarz nie działa w osamotnieniu, lecz w zespole, w którym ostatnio wyjątkowe prawa uzyskały pielęgniarki i położne.

Drugim problemem z teorii, który chcę poruszyć jest definicja błędu medycznego. W tym zakresie panuje także duża rozbieżność w poglądach. (1, 3). Dla mnie, jako uczennicy prof. B. Popielskiego (2) najbliższą definicją jest jego pogląd stanowiący : „błąd lekarski jest postępowaniem wbrew podstawowym, powszechnie uznanym zasadom współczesnej (aktualnej) wiedzy lekarskiej”, a upraszczając „każde błędne, a więc nieprawidłowe postępowanie, obejmujące zarówno działanie jak i zaniechanie”.

Pozwoliłam sobie na taki skrót ze względów praktycznych; żadnego pacjenta nie interesuje bowiem teoria, tylko to, czy był leczony prawidłowo.

I coraz częściej w konkretnych sprawach, prokuratury lub sądy żądają od biegłych oceny, czy i w jakim zakresie, w toku postępowania z pacjentem doszło do nieprawidłowości, i o ile miały one miejsce, jakie spowodowały skutki.

Powoływanie biegłych:

Sprawę – jak się mówi powszechnie – „przeciwko lekarzom” wszczyna w sprawie karnej zawiadomienie o przestępstwie, w sprawie cywilnej pozew. Zarzuty są w tych dokumentach formułowane różnie; zależy to od wiedzy, kultury i stanu emocjonalnego pacjenta lub jego rodziny. W każdej sprawie, dla wyjaśnienia zasadności zarzutów muszą być powołani biegli, jako źródła „wiadomości specjalnych”.

Sformułowanie „postanowienia o powołaniu biegłego” ma olbrzymie znaczenie dla dalszego toku sprawy. (9) Prokuratorzy i sędziowie nie mają wiedzy medycznej, dlatego formułowanie konkretnych pytań i zakresu opinii stwarza im niejednokrotnie dużo trudności. Najprostszą formą określenia zakresu opinii jest zlecenie ogólne np. ustalenia, czy w toku leczenia pacjenta doszło do błędu lekarskiego, lub czy leczenie było prawidłowe, a o ile nie, na czym polegały nieprawidłowości i jakie przyniosły skutki.

Inna forma to bardzo szczegółowe pytania (czasami kilkanaście), stanowiące odbicie poszczególnych zarzutów pokrzywdzonego lub powoda.

Ta druga forma ogranicza możliwości opiniodawcy biegłego, nie może on bowiem przekraczać określonego w postanowieniu zakresu opinii. Może stać się to przyczyną, iż biegły, który uważa za bardzo istotne dla sprawy okoliczności, o które zleceniodawca nie pyta, nie może (nie powinien) ich zawrzeć w opinii (5). Zdarzają się postanowienia, które ustalając zakres opinii wyraźnie wykraczają poza kompetencje biegłego np. żądają ustalenia „na czym polega *zawiniony*” błąd podejrzanego (czy błąd był zawiniony może ustalić sąd), lub ustalenia, który z lekarzy naruszył przepisy kodeksu karnego i jakie.

Do spełnienia czynności biegłego może być teoretycznie powołany każdy lekarz, niezależnie od tego, czy wiedza, umiejętność logicznej interpretacji faktów oraz cechy osobowościowe i charakterologiczne predysponują go do tego.

Z mojego doświadczenia wynika, że nie zawsze klinicysta o dużej wiedzy i tytule naukowym, ale bez znajomości reguł orzeczniczych i przy niedostatkach wiedzy prawnej, jest w stanie kompetentnie opiniować. Najbardziej uzasadnionym jest powoływanie do opiniowania „w sprawach lekarskich” instytucji naukowych, jakimi są Zakłady Medycyny Sądowej (6).

Wówczas to specjaliści medycyny sądowej wspólnie z klinicystami tworzą Zespoły Opiniujące, których wspólna ocena zebranego w aktach materiału zapewnia wydanie rzeczowej merytorycznie i orzeczniczo opinii. Obecnie nie ma już prawie prostych opinii, które może opracować jeden specjalista. Sprawy są coraz bardziej skomplikowane i niejednokrotnie prokurator lub sąd określają w postanowieniu specjalności biegłych, którzy winni wziąć udział w opracowaniu opinii. Oczywiście, opracowanie takich opinii należy do zadań bardzo trudnych, odpowiedzialnych, a w swym charakterze – obciążających psychicznie.

Opiniowanie – uwagi ogólne:

Zakres opiniowania i stopień stanowczości (jednoznaczności) wydawanej opinii zależą od dostarczonych biegłym danych. Brak pełnej dokumentacji lekarskiej, ze-

znań świadków, ogólnych danych o organizacji i standardzie danych placówek służby zdrowia ograniczają możliwości opiniodawcze.

Najczęstszym jednak brakiem, rzutującym negatywnie na treść opinii i decydującym o jej niejednoznaczności, jest – w razie śmierci chorego – niewykonanie sekcji zwłok. Uniemożliwia to ustalenie przyczyny śmierci i – co może być bardzo ważne – ogólnego stanu zdrowia. Za ten brak odpowiedzialny jest zazwyczaj lekarz leczący, odstępujący od sekcji patomorfologicznej, ale także niejednokrotnie prokurator nie zlecający sekcji sądowo-lekarskiej, mimo śmierci z przyczyn gwałtownych. Zdarzają się także sprawy, w których opinia musi mieć, w związku z brakiem obiektywnych danych, charakter abstrakcyjny, albo taka, w której podane są alternatywy. Z dokumentów lekarskich i zeznań personelu lekarskiego wyłania się bowiem zupełnie inny obraz schorzenia aniżeli z zeznań bliskich choremu. Odnosi się czasem wrażenie, że mamy do czynienia z różnymi chorymi. Niestety, zazwyczaj obiektywny stan zdrowia, ustalony operacyjnie lub w wyniku sekcji zwłok przylega do obserwacji osób bliskich - świadków, a jest niewytłumaczalny danymi z obserwacji lekarskich.

Rzadko kiedy wydawana jest w sprawie „lekarskiej” opinia przez jeden zespół. Opinie takie są zazwyczaj dwie (o ile są zgodne) lub trzy (o ile dwie pierwsze były ze sobą niezgodne). Niezgodność opinii nie oznacza ich błędności; są one bowiem oparte na wiedzy i doświadczeniu biegłych, które nie muszą być takie same. Ostatecznie prokurator lub sąd opierają się na opinii, która ich zdaniem jest logiczna, spójna w wywodach i nie zawiera sprzeczności.

Analiza „błędów lekarskich” w sprawach opiniowanych przez Katedrę i Zakład Medycyny Sądowej AM we Wrocławiu:

Tradycyjnie, opiniowanie sądowo-lekarskie w sprawach o „błąd lekarski” jest w wymienionej placówce wiodącym przedmiotem zainteresowania nie tylko w kontekście usługi ale także jako przedmiot badań naukowych (8). Ilość tego rodzaju spraw przez wiele lat utrzymywała się na poziomie kilkudziesięciu (40-50) rocznie, choć obserwowało się tendencję wzrostową. Jednakże ostatnie lata przyniosły kolosalne zwiększenie opinii „lekarskich”. Od 4 lat ich ilość przekracza 200 spraw rocznie (karnych i cywilnych).

Dotyczą one różnych specjalności lekarskich, ale najczęściej jest niewątpliwie spraw dotyczących specjalności zabiegowych. Najczęstszymi przyczynami wszczynania spraw przeciwko lekarzom są:

- nagła, niespodziewana śmierć po uważanym powszechnie za prosty zabiegu operacyjnym lub w przebiegu uważanego za „łatwe do wyleczenia” schorzenia,
- wystąpienie ciężkich powikłań, w tym mieszczących się w granicach ryzyka leczniczego, z którymi chory i jego rodzina nie liczyli się. Lekarz informując pacjenta o ryzyku leczenia nie jest w stanie wymienić wszystkich grożących mu powikłań, a nawet jeśli je wymieni, to i tak odnoszone są one do nieprawidłowego postępowania lekarskiego. Bardzo trudno jest osobom pokrzywdzonym i poszkodowanym pogodzić się z faktem, że niekorzystne dla ich zdrowia wyniki leczenia mieszczą się w granicach ryzyka np. operacyjnego lub są skutkiem

wystąpienia niepożądanych objawów przy prawidłowo stosowanych lekach; słowem stanowią niepowodzenie lecznicze, a nie błąd lekarski.

Jako doskonały przykład może służyć zachowanie powódki na jednej z rozpraw : czytała ona ulotki informacyjne różnych leków i powołując się na zapisy w dokumentacji lekarskiej udowadniała, iż wystąpiły u niej objawy niepożądane. Wystąpienie ich było – jej zdaniem – uzasadnioną podstawą żądania odszkodowania,

– optymistyczne, nieuzasadnione obiektywnymi danymi informacje i prognozy co do efektów leczenia,

– brak prawidłowej komunikacji pomiędzy pacjentem a lekarzem, stwarzający wrażenie braku zainteresowania. Pogłębia to odmowa (bez rzeczowego uzasadnienia) przeprowadzenia wskazywanych przez chorego badań lub konsultacji. Nawet sposób bycia lekarza, jego opryskliwość czy brak czasu dla pacjenta, a nawet nie uważnie wypowiedziane słowo mogą zadecydować o wniesieniu skargi,

– nieprawidłowe reakcje Pogotowia Ratunkowego na wezwanie, podobnie przelekły tryb postępowania personelu lekarskiego w przychodniach i izbach przyjęć szpitali. Te przyczyny mają coraz częściej miejsce przy zmianach wynikających z wdrażania reformy,

– brak prawidłowej opieki nad pacjentem hospitalizowanym w czasie świąt lub dni wolnych od pracy. W tych dniach bowiem na kilku oddziałach dyżuruje jeden lekarz, który nie jest w stanie kompetentnie ocenić np. stan pacjenta ortopedycznego i stan pacjentki ginekologicznej, podczas gdy jest internistą.

Wielokrotnie na szkoleniach powtarzam, że wyjątkowo niekorzystnym dla pacjenta jest jego przyjęcie do szpitala w piątek po południu, bo wówczas, niezależnie od ograniczonej obsady lekarskiej, ograniczone są również możliwości przeprowadzenia badań dodatkowych,

– udzielanie „bulwersujących” informacji przez niepowołane do tego osoby z personelu służby zdrowia (pielęgniarki, sanitariusze, salowe) w prywatnych rozmowach z zainteresowanym, niejednokrotnie już po zakończeniu hospitalizacji,

– jako ostatni powód można wymienić osobistą niechęć pacjenta do konkretnego lekarza. Bywają sprawy, że pacjent obciąża wybranego lekarza, podczas gdy analiza dokumentacji wskazuje na nieprawidłowe postępowanie innego np. mającego kontakt z pacjentem w okresie późniejszym.

Ogólna charakterystyka opiniowanych spraw:

Największa ilość spraw dotyczy schorzeń:

- chirurgicznych: pękniętych wrzodów żołądka i dwunastnicy, zapalenia wyrostka robaczkowego, uszkodzeń narządów wewnętrznych jamy brzusznej (np. pęknięć śledziony lub jelit), kamicy pęcherzyka żółciowego, pozostawienia ciała obcego w polu operacyjnym (7),
- neurochirurgicznych (urazy głowy, zazwyczaj u osoby nietrzeźwej, samoistne wylewy podpajęczynówkowe, przewlekłe krwiaki podtwardówkowe),
- położniczych – (poród jest aktem fizjologicznym i każda kobieta idąc do porodu nie liczy się z możliwością wystąpienia powikłań. Każdy zatem przypadek

powikłań okołoporodowych u matki i noworodka budzi podejrzenie błędu położniczego),

- internistycznych (zawały mięśnia sercowego, udary mózgu, schorzenia trzustki),
- pediatrycznych (śródmiaższowe zapalenia płuc, zapalenia opon mózgowych i mózgu),
- neurologicznych (stany padaczkowe, porażenia nerwów obwodowych).

Znacznie rzadziej spotykamy sprawy z dziedziny laryngologii, okulistyki, urologii i innych węższych specjalności. Nowością są sprawy dotyczące chirurgii kosmetycznej i plastycznej. Natomiast problemy anestezyjologiczne występują zazwyczaj w wielu sprawach tj. takich, w których na którymś z etapów leczenia chory znalazł się na OIOM-ie lub był wykonywany zabieg operacyjny. Znamienne jest, że wręcz sporadycznie występują sprawy dotyczące onkologii.

Przyczynę tego upatruję w powszechnym podejściu do takich schorzeń. Powikłania lub śmierć są uważane za normalny, wręcz nieunikniony skutek procesu nowotworowego. Tak oczywiście nie jest i w tych pojedynczych sprawach, które opracowywaliśmy stwierdzaliśmy nieprawidłowości.

Przyczyny popełniania błędów:

a. niewłaściwa interpretacja istniejących, nawet typowych dla danego schorzenia lub stanu pourazowego **objawów**. Można tu mówić o błędzie rozumowania i logicznego łączenia faktów. Dotyczy to szczególnie obserwacji pooperacyjnej, przebiegu porodu, oceny zgłaszanych objawów w trakcie udzielania pomocy dożądanej.

Przykładami mogą być :

- odnoszenie objawów wyłącznie do upojenia alkoholowego, a nie do urazu głowy,
- odnoszenie objawów do współistniejących stanów fizjologicznych, np. krwawienia miesiączkowego (ból brzucha, nudności, złe samopoczucie, osłabienie), a nie do rozwijającego się po zabiegu np. usunięcia wyrostka robaczkowego zapalenia otrzewnej,
- nierozpoznanie pozostawienia ciała obcego w polu operacyjnym,
- nierozpoznanie, a nawet brak podejrzenia zawału mięśnia sercowego ściany dolnej w przypadku „maski brzusznej zawału”,

b. niewykorzystywanie dostępnych, a koniecznych w określonej sytuacji zdrowotnej **możliwości diagnostycznych**.

Przykłady:

– niewykonanie badania rtg czaszki u osoby po urazie głowy, ale w stanie nietrzeźwym. Pobudzenie i agresywne zachowanie się pacjenta jest częstym, choć nieuzasadnionym powodem odstąpienia od tych badań; to zaniechanie ma, niestety niejednokrotnie, decydujący wpływ na dalszy los pacjenta,

– zbyt późne wykonanie lub niewykonanie podstawowych badań dodatkowych - morfologii krwi przy objawach wskazujących na możliwość krwawienia wewnętrznego, oceny układu krzepnięcia przy pierwszych objawach wskazujących na możliwość zaburzeń krzepnięcia krwi,

- brak monitorowania porodu (KTG) mimo takiej możliwości i potrzeby,
- nieprzeprowadzenie koniecznych w określonej sytuacji zdrowotnej konsultacji,
- za niewykorzystanie możliwości można także uznać nie rozebranie pacjenta do badania. Zdarza się to niestety często, zwłaszcza w ramach udzielania doraźnej pomocy i na izbach przyjęć szpitali,

c. podjęcie się świadczeń zdrowotnych mimo braku odpowiednich kompetencji.

Dotyczy to zarówno poszczególnego lekarza jak i placówki służby zdrowia.

Przykłady:

- wykonywanie przez lekarza-ginekologa znieczulenia ogólnego i zabiegu łyżeczkowania. Tu brak kompetencji wynika nie tylko z faktu braku stosownej specjalizacji, ale i z przepisów zawartych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia,

- wykonywanie zabiegów w znieczuleniu ogólnym w gabinetach nie spełniających wymaganych przez przepisy (stosowne rozporządzenie) warunkach,

- wykonywanie zabiegu operacyjnego lub prowadzenie porodu przez lekarza bez specjalizacji (z różnych powodów, w tym zależnych od tego lekarza),

- podjęcie się leczenia pacjenta o bardzo wysokim ryzyku, związanym ze złym ogólnym stanem zdrowia przez ordynatora oddziału, nie mającego możliwości prawidłowego działania w razie wystąpienia (bardzo prawdopodobnego) powikłań,

- wymienić tu należy zabiegi w technice endoskopowej, w trakcie których dochodzi do uszkodzenia dużych naczyń. Powikłania te wymieniam w tym miejscu, gdyż uszkodzenia naczyń bywają nierozpoznane, albo częściowo rozpoznane; budzi to podejrzenie braku u lekarzy stosownych kompetencji co do umiejętności technicznych i znajomości zagrożeń takiego zabiegu,

d. nieuzasadniona zwłoka w przeprowadzeniu zabiegu operacyjnego, najczęściej przesunięcie go z godzin nocnych do rannych.

Przykłady:

- rozpoznanie objawów niedrożności jelit np. wgłobienia jelita u dziecka w godzinach nocnych; wykonanie zabiegu w godzinach rannych,

- mimo objawów wskazujących na zagrożenie wewnątrzmacicznym niedotlenieniem płodu, „normalny” tryb przygotowywania zabiegu, co opóźnia wykonanie cięcia cesarskiego nawet o godziny,

e. nieprawidłowości w leczeniu farmakologicznym.

Przykłady:

- leczenie antybiotykami bez dokonania badań bakteriologicznych i antybiogramu,

- długotrwałe leczenie lekiem bez kontroli jego ubocznego działania, mimo zgłaszanych dolegliwości (np. głuchoty przy stosowaniu gentamycyny),

- stosowanie leków przeciwwskazanych w określonej sytuacji zdrowotnej,

f. nieprawidłowości w organizacji działania całej placówki lub oddziału, za które szeregowy lekarz co prawda nie odpowiada, ale na które się godzi, narażając się na możliwość popełnienia błędów. Oceny, czy w takiej sytuacji jego błąd zostanie uznany za zawiniony (a tylko za taki może odpowiadać) dokona prokurator lub sąd. Przykładem, jakże częstym w praktyce, może być nagła konieczność interwencji na dyżurze, pełnionym przez lekarza o małym doświadczeniu i kompetencjach. Lekarz

musi podjąć czynności zanim przybędzie doświadczony lekarz, jednakże możliwość popełnienia przez niego błędów jest bardzo duża.

Wymienione powyżej przyczyny popełniania błędów przez lekarzy nie wyczerpują oczywiście problemu. Są one najczęstsze i w większości przypadków do uniknięcia przy zachowaniu ostrożności, staranności i umiejętności przewidywania skutków podejmowanych decyzji.

Kwalifikacja karna skutków błędu lekarskiego:

Kwalifikacja karna skutków nieprawidłowego postępowania lekarskiego tj. przyjęcie w akcie oskarżenia przez prokuratora popełnienia czynu przestępnego z konkretnego artykułu kodeksu karnego pozostaje poza kompetencją biegłego, wydającego opinię sędowolekarską (4).

Jednakże właśnie treść opinii decyduje o tej kwalifikacji. Mam nadzieję, iż kilka uwag na ten temat, wypływających z długoletniego doświadczenia, nie zostanie uznane za przekroczenie moich kompetencji:

– stosunkowo rzadko skutki błędu lekarskiego są uznawane za przestępstwa przeciwko zdrowiu tj. powodujące ciężki uszczerbek na zdrowiu w rozumieniu art. 156 kk albo inne naruszenie czynności narządów ciała lub rozstrój zdrowia (art. 157 paragraf 1 lub 2), (np. utrata macicy wskutek błędu operatora, pozostawienie ciała obcego w polu operacyjnym z zapaleniem otrzewnej, utrata kończyny wskutek nierozpoznania postępującego niedokrwienia),

– najcięższym, moim zdaniem, jest dla lekarza oskarżenie go o nieumyślne spowodowanie śmierci (art. 155 kk). Właśnie ten artykuł bardzo często widnieje na wokandy i to w sprawach, w których biegli przyjmowali, że stan chorobowy lub pourazowy sam przez się stanowił takie zagrożenie życia, że nawet przy prawidłowym postępowaniu lekarskim mogło dojść do zejścia śmiertelnego, (przy czym stopień tej możliwości mógł być różnie wyrażony). Nieprawidłowe postępowanie lekarskie zmniejszało lub niweczyło tę niewielką szansę na przeżycie. Moim zdaniem w takich przypadkach bardziej uzasadnione jest oskarżenie lekarza o narażenie pacjenta na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 kk). Uważam także, że w największej części spraw „lekarskich” właśnie przyjęcie zrealizowania się przez działania lekarza tego artykułu jest uzasadnione,

– nieporozumieniem wg mnie (potwierdzanym przez komentatorów starego kodeksu karnego) jest oskarżenie lekarza o nieudzielenie pomocy „człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu ...” tj. z art. 162 kk. Czyn ten bowiem popełnić można wyłącznie z winy umyślnej. Oznacza to, że lekarz po stwierdzeniu u chorego bezpośredniego zagrożenia życia nie udziela mu pomocy. Czyn taki nie byłby więc błędem lekarskim, lecz zabójstwem lub jego usiłowaniem. Popełniając błąd diagnostyczny lekarz nie rozpoznaje zagrożenia życia i oskarżenia, przyjmując ten artykuł, są w swych wywodach sprzeczne.

Zacytuję skrótowo uzasadnienie jednego z takich aktów oskarżenia : „... postępowanie lekarzy ... nosiło cechy medycznego błędu diagnostycznego, albowiem błąd-

nie oceniono stan zdrowia pacjenta ... lekarze wyczerpali swoim zachowaniem znamiona czynu określonego w art. 162 paragraf 1 kk.

Mając bowiem świadomość opartą na specjalistycznej wiedzy lekarskiej dotyczącej tego, że znajdował się w stanie grożącym mu bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, nie udzielili mu pomocy ...”.

Co znamienne; w tych sprawach, w których miałam (sądzę, że uzasadnione) wątpliwości co do prawidłowości kwalifikacji karnej czynu lekarza, jego obrońca nie wnosił w tym zakresie zastrzeżeń. Nie czynił tego tym bardziej lekarz, choć właśnie tych kilka cyfr decydować mogło o wyroku i karze.

Błąd lekarski a media:

Jest to problem wyjątkowo ważny, dlatego zasygnalizowanie go uważam za zasadne. Aktualnie atmosfera wokół zawodu lekarza nie jest mu przyjazna, niezależnie od różnych niekorzystnych dla pacjenta sytuacji wynikających z reformy służby zdrowia.

W telewizji pojawiły się programy, zajmujące się „błędami lekarskimi”, powstają stowarzyszenia mające bronić pacjenta przed złymi lekarzami. Naczelny hasłami tych programów i grup jest: każdy niekorzystny wynik leczenia wynika z błędu lekarskiego i solidarność zawodowa nie dopuszcza, by lekarz za swój błąd został ukarany.

Metodą jest nagłaśnianie „na gorąco” konkretnych przypadków, nazywając je bez żadnej wątpliwości błędami lekarskimi. W audycjach telewizyjnych działa się przy tym na emocje ukazując kaleką kobietę, wdowca z dzieckiem, nagrobek. Autorzy audycji nie zadają sobie trudu, choćby próby obiektywizacji przypadku. Pokazują tylko jedną jego stronę. Nawet, jeśli w audycji pojawi się lekarz lub prawnik, to niestety ich wypowiedzi nie zaburzają przewodnich myśli audycji. Najgorsze, że ich wypowiedzi świadczą o małym doświadczeniu orzecznictwym i prawniczym.

Styl, przyjmowany przez autorów różnych audycji i publikacji utrwała u pokrzywdzonego i jego bliskich, a także w widzach, przekonanie o dopuszczeniu się przez lekarza błędu lekarskiego.

Gdy sprawa taka dojdzie do etapu opiniowania sądowo-lekarskiego, każda opinia niezgodna z utrwalonymi już przekonaniem pokrzywdzonych będzie uznana za przejaw solidarności zawodowej.

Nasuwa się pytanie : „czy wolność słowa oznacza zezwolenie na wyrażanie wszelkich, nawet nie ocenionych jeszcze fachowo, ale nośnych poglądów”? Bez komentarza pozostawiam też głoszone hasło, że opinii w „sprawach lekarskich” nie powinni wydawać lekarze.

Piśmiennictwo

1. M. Nesterowicz, „Prawo Medyczne”. Dom Organizatora, Toruń, 1994 r.
2. B. Popielski, „Orzecznictwo Lekarskie”. PZWL, Warszawa, 1981 r., s. 339-343.
3. S. Rejman, „Odpowiedzialność karna lekarza”. Wyd. UW Warszawa, 1991 r.

4. S. Rutkowski, „Wybrane zagadnienia z zakresu odpowiedzialności karnej lekarza”. *Prokuratura i Prawo*, 9, 1999 r., s. 71-91.
5. B. Świątek, „Granice zgody biegłego na zakres zleczonych czynności opiniodawczych”. *Post. Med. Sąd. i Krym.*, T. III, 1997 r., s. 173-176.
6. B. Świątek, „Lekarz – biegły w świetle praktyki medyka sądowego”, *Archiwum Med. Sąd. i Krym.*, 1997 r., XLVII, s. 93-98.
7. B. Świątek, „Obce ciało w polu operacyjnym”. *Post. Med. Sąd. i Kryminologii*, T. III, 1997 r., s. 91-94.
8. B. Świątek, A. Morawski, „Problematyka błędu medycznego w Polsce na przykładzie opinii Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej AM we Wrocławiu”. *Arch. Med. Sąd. i Krym.*, 1994 r., XLIV, 2, s. 230-232.
9. T. Widła, „Ocena dowodu z opinii biegłego”. UŚI, Katowice, 1992 r.

Tadeusz Tołłoczko

Błąd lekarski. Spojrzenie klinicysty

*„nil mirari, nil indignari, sed intellegere”
(nie dziwić się, nie oburzać, ale zrozumieć)*

W więziennej celi Konrad z II Części „Dziadów”, rzuca Panu Bogu wyzwanie: „*A Ty jak zawsze mądrze rządysz, mądrze sądzisz i mówią, że Ty nie błądzisz*”. Uznaje więc wprawdzie Boską mądrość, to jednak równocześnie nie ma jednak pewności, czy ta mądrość jest związana z nieomylnością.

Wspiański tłumaczy się: „*Czynilem co czynić mogą/ ludzie błądziłem ludzka przewiną.*”

W starożytności Teognis z II w. p.n.e. stwierdził, że „*pomyłki są nieuchronne między śmiertelnymi*”.

A teraz? Uznaje się, że wprawdzie pomyłki i błędy wśród śmiertelnych są możliwe, ale popełniają je wyłącznie inni.

Wstęp. Ażeby ubiec zarzuty, że minimalizuję i bagatelizuję znaczenie problemu błędów lekarskich, to już na samym wstępie stwierdzę, że lekarze popełniali, popełniają i niestety nadal popełniać będą szereg błędów diagnostycznych i terapeutycznych. Toteż niech nikt mi nie zarzuca, że problemów związanych z błędem lekarskim nie dostrzegam, że je bagatelizuję, lub że pragnę je ukryć.

Nie zamierzam tu jednak podjąć się roli „*advocatus diaboli*”, lecz zajmę raczej stanowisko „*advocatus angeli*”, bowiem taką właśnie rolę w rzeczywistości spełniają lekarze. Lekarze „*tańczący z trudnościami*”. Pomimo tej służebnej wobec społeczeństwa roli, jakże często właśnie oni stają się adresatem zmasowanych, ale za to bezzasadnych oskarżeń. Zdaję sobie jednak sprawę, że były jednak również i anioły upadłe. To tym właśnie różnimy się między innymi od przedstawicieli wielu innych zawodów, którym wydaje się, że są nieomylni i że mają patent na doskonałość – w szczególności moralną, zwłaszcza gdy nie dotyczy to ich samych.

Środowisko lekarskie jednoznacznie potępia wszelkie przypadki zaniedbania i zaniechania w procesie leczenia. Dlatego też w prezentacji niniejszej zupełnie nie poruszę przypadków kryminalnych, bowiem powinny one z natury rzeczy i bezdy-

skusyjnie podlegać deontologicznej i prawnej ocenie. Przypadki takie powinny być oceniane i karane z całą obiektywnością prawa z istotnym jednak zastrzeżeniem, że błędu w organizacji ochrony zdrowia nie będzie się zwać i traktować jako błąd lekarski, a pomyłkę wynikłą z braku wyposażenia nie oceni się jako zaniedbanie lub zaniechanie. Są to różnice oczywiste, choć dla „niewtajemniczonych” jak się okazuje zupełnie niedostrzegalne.

„Wtajemniczenie” natomiast polega na tym, że tylko lekarze borykający się w swej codziennej pracy z deontologicznymi dylematami związanymi z niedostatkami bardzo dokładnie wiedzą, gdzie przebiega granica między lekarskim, a organizacyjno-finansowym zaniedbaniem i zaniechaniem. Chory tej granicy dostrzegać nie musi, ale osoby kształtujące opinię publiczną choć nie chcą, to jednak powinny włożyć przynajmniej minimum wysiłku by nie mylić skutków z przyczynami. Niektórym dziennikarzom bezpieczniej i łatwiej jest przedstawić problem jako moralne przewinienie lekarza, niż ujawnić błąd organizacyjny i zaniedbanie finansowe ministerialnych i parlamentarnych decydentów.

Jest rzeczą bardzo zastanawiającą jak osoby, które nigdy nawet w charakterze sanitariuszy nie były na sali operacyjnej, nigdy nie pracowały w pogotowiu lub na izbie przyjęć mogą czuć się upoważnione do kreowania opinii na temat sytuacyjnych uwarunkowań pracy lekarskiej i odróżniać to co jest pożądane od tego co jest możliwe, a nieporównywalna jest moralna i prawna odpowiedzialność lekarza i sanitariusza.

Na samym wstępie pragnąłbym ujawnić wszystkim i wszystkim zapewnić, że lekarze znacznie częściej i znacznie surowiej niż prawnicy osądzają sami swoje nie zawsze optymalne rozwiązania problemów lekarskich. Ta własna niedoskonałość staje się wielokrotnie przyczyną dożywotniej, moralnej, psychologicznej, oraz intelektualnej udręki. Wątpliwości i rozterki dotyczące słuszności podjętej lekarskiej decyzji towarzyszą lekarzowi nieraz przez wszystkie dni jego zawodowej pracy.

Oczekiwania chorego i jego rodziny. Ostatnie pokolenia wychowały się na „cudach medycyny”. Niewłaściwa popularyzacja wielkich odkryć wpoila przekonanie, że życie musi być wolne i od bólu i od śmierci, a jeśli już ta śmierć ma nastąpić, to raczej w odległym i do tego w zupełnie nieokreślonym czasie. Ponadto ten nadchodzący krytyczny moment w świadomości ludzkiej w miarę upływu czasu każdorazowo odsuwany jest znów w zupełnie nieokreślonej przyszłość. Wynika to z faktu, że ludzie chcą mieć kontrolę nie tylko nad własnym życiem ale i nad śmiercią. W odniesieniu do rzeczywistości są to jednak żądania co najmniej trochę przesadne.

W sytuacji zagrożenia zdrowia i życia chorego i ich rodziny oczekują od lekarza doskonałości pomimo oczywistości, że lekarze jako ludzie są niedoskonalymi. Toteż wszystko, co znajdzie się w przestrzeni między oczekiwaną doskonałością, a rzeczywistą niedoskonałością z założenia więc oceniane jest jako błąd, zaniedbanie, ignorancję. Codzienna praktyka jakże często potwierdza zasadę, że winą za niespełnione nadzieje i oczekiwania w odniesieniu do chorego obarcza się lekarza.

Toteż z codziennego, praktycznego punktu widzenia chorego i jego rodziny błąd lekarski zdefiniować można by jako niezgodność między rzeczywistością a wyobra-

zeniem o niej. Tak więc wszystko, co nie odpowiada wyobrażeniu i oczekiwaniom w zrozumieniu chorego i jego rodziny stanowić może błąd, a oczekiwania zawsze przewyższają i rzeczywistość i możliwości.

Nagła śmierć lub ciężka choroba kogoś bliskiego, zwłaszcza młodego, jest nie tylko przerażająca, ale i porażająca – porażająca także logiczny tok rozumowania. Za takie nieszczęście ktoś jednak musi być winien. Kto? Pan Bóg, los, układ genów? Te ewentualne przyczyny są nieosiągalne, a więc trudno je obarczyć winą i odpowiedzialnością. Zawsze ktoś jednak musi być winny. Pod ręką jest lekarz, który do chorego się dotykał. A więc to on! Zwłaszcza, że jest bezbronny. Przecież jeszcze do dziś za winnego jakiegoś nieszczęścia uznaje się kogoś, kto krzywo spojrział, rzucił czary, przekleństwo, splunął poza siebie, złorzeczył, a nawet tylko zardrościł.

Zgodnie z powszechną opinią „wy tłumaczoną”, usprawiedliwioną może być tylko śmierć „na serce” i ew. „na raka”. W odniesieniu do innych chorób powikłanie, niekiedy śmiertelne powikłanie, traktuje się tylko jako „błąd techniczny”, lub błąd „z zaniedbania”. W opartym na nadziei rozumowaniu chorych i ich najbliższych, prawa biologii a zwłaszcza patologii powinny być podporządkowane oczekiwaniom.

Stanowisko lekarzy. W tym miejscu poczuwam się do obowiązku ujawnienia stanowiska lekarzy. Otóż lekarze ten tok rozumowania chorych nie tylko pojmują, ale wręcz nawet akceptują. Do takiego merytorycznie nieuzasadnionego toku rozumowania chory ma prawo. Ale tylko chory! Dlatego nieuzasadnione żale i oskarżenia wyrażane przez chorych, (ale tylko chorych, oraz rodziców w odniesieniu do dzieci), lekarze wliczają w ciężar i koszt wykonywania zawodu. Bywa to niekiedy bardzo bolesne, ale jest akceptowane.

Należy również zrozumieć, że agresywny, wulgarny i niekiedy wprost ordynarny sposób wyrażania pretensji przez rodzinę chorego, uwłaczający godności własnej lekarza wywołuje reakcję. W krańcowych przypadkach hiperergiczne z kolei reakcje lekarza należy co najmniej zrozumieć, jeśli nie usprawiedliwić.

Błąd. O „czystym błędzie” popełnianym przez człowieka można mówić tylko w rachunkach. Ktoś kto się myli w dodawaniu i odejmowaniu popełnia oczywisty błąd. Medycyna jednakże to nie matematyka i $2 + 2$ niestety, ale rzadko równa się 4. Czasami równa się 3,999, ale czasami zero. Można powiedzieć, że w miarę postępu i stosowania coraz bardziej precyzyjnych metod diagnostycznych i terapeutycznych $2 + 2$ w medycynie asymptotycznie zbliża się do 4. Toteż różnica pomiędzy wartością oczekiwaną (wyzdrowienie) a rzeczywistą (powikłanie, śmierć) nie stanowi dowodu zaniedbania, zaniechania czy też lekarskiego błędu.

Przyczyny pomyłek w medycynie. Podobnie jak i w innych dziedzinach nauki tak i w medycynie popełniany bywa błąd we wnioskowaniu. Wówczas wniosek nie wynika logicznie z przesłanek, nawet jeśli są one prawdziwe. „*Errare humanum est*” i popełniany bywa błąd w założeniu (*error fundamentalis*), gdy skutek jest niezgodny z oczekiwaniem. Przyjmuje się np., że stwierdzony na zdjęciu radiologicznym gaz pod przeponą dowodzi perforacji jelita lub żołądka. Perforacja jelita jest natomiast bezwzględny wskazaniem do operacji. Niestety, wprawdzie rzadko, ale zdarza się

że pomimo radiologicznego stwierdzenia „gazu pod przeponą”, perforacji podczas operacji nie stwierdza się. Czy w tej sytuacji popełniony został błąd lekarski, a otwarcie jamy brzusznej dowodzi lekarskiego błędu?

Ta sama choroba u różnych chorych zwłaszcza w początkowym okresie jej rozwoju może mieć „poronny”, zupełnie odmienny od opisu książkowego przebieg. Ponadto jednakowy sposób leczenia takiej samej choroby u jednego chorego może być skuteczny, u innego zaś nie spowoduje żadnej poprawy. Ten sam lek u jednego chorego np. z nadciśnieniem tętniczym może doprowadzić do normalizacji ciśnienia, natomiast u innego chorego nie spowoduje żadnego efektu terapeutycznego.

Rozpoznanie i rodzaj zastosowanego leczenia oparte są na uzyskanych wynikach badań diagnostycznych. Wszyscy powszechnie się zgadzają, że istnieją błędy pomiaru. Błąd pomiaru to niezgodność wyniku pomiaru z wartością rzeczywistą. Zupełnie jednak nie dopuszcza się myśli i nie akceptuje się możliwości błędu pomiaru w medycynie. Błąd niezależnego od człowieka. Wszyscy akceptują fakt i nikogo to nie dziwi, że np. na jednych zdjęciach jesteśmy fotogeniczni a na innych „wychodzimy wręcz okropnie”. Dwa zdjęcia radiologiczne wykonane nawet w krótkim odstępie czasu mogą dać odmiennie interpretowane obrazy. Tak więc opracowane standardy metodyki badań mogą w poszczególnych przypadkach nie gwarantować prawidłowego wyniku.

Pamiętać należy, że istnieje również systematyczny błąd pomiaru – gdy błąd się nie zmienia przy wielokrotnym powtarzaniu pomiarów. Zależec on może zarówno od narzędzi pomiarowych jak i czynników zewnętrznych. Z drugiej strony wyniki badań w medycynie klinicznej są przecież zmienne w czasie. To na tych wynikach badań, które mogą być zarówno fałszywie pozytywne jak i fałszywie negatywne lekarz opiera decyzję diagnostyczną i terapeutyczną. Ponieważ za błędny wynik nie można obarczyć odpowiedzialnością instrumentu pomiarowego, to jednak za skutek tego błędu pomiaru w postaci niewłaściwego rozpoznania i niewłaściwie ukierunkowanego leczenia odpowiedzialnością obarcza się lekarza. W takim przypadku chory nie odróżnia, a niektórzy dziennikarze nie chcą odróżnić błędu metody diagnostycznej od błędu lekarza.

Coraz częściej słyszy się o postępowaniu odszkodowawczym za zakażenia szpitalne. Winą obarcza się lekarza nie zadając sobie pytania: kto jest odpowiedzialny za zatłoczone sale szpitalne, a niekiedy i korytarze, dlaczego jest niewystarczająca ilość personelu pomocniczego utrzymującego w szpitalu czystość, dlaczego nie ma klimatyzowanych z odpowiednim nawiewem powietrza sal operacyjnych, dlaczego nie ma możliwości rutynowego stosowania tzw. staplerów (automatycznych zszywek). To właśnie te i wiele innych czynników jest istotną przyczyną zakażenia, a nie chirurg wykonujący operację. A ponadto kto i gdzie jest w stanie rutynowo określić poziom odporności operowanego chorego na zakażenia. Znamiennie dużą liczbę zakażeń stanowią zakażenia endogenne – wywołane florą bakteryjną chorego.

Błąd świadomy. Jakże często dziennikarskie relacje co najmniej sugerują możliwość świadomego popełnienia błędu przez lekarza. W ten sposób dziennikarska relacja nabiera pełnych cech skandalu – a w wielu przypadkach o to przecież tylko

chodzi. Bo skandale dobrze się sprzedaje. Kryminalne przypadki rozmyślnego popełnienia błędu lekarskiego nigdy się u nas nie zdarzyły. Nie poruszając w chwili obecnej problemu aborcji, lekarze w Polsce nigdy na nikogo nie wydali wyroku śmierci. Mogli co najwyżej problem zlekceważyć nie dostrzegając zagrożenia.

Popełnić błąd i błędzić. W praktyce klinicznej odróżnić należy błąd od błędzenia. To są zupełnie odrębne pojęcia, pomimo, że skutek może być w obu tych sytuacjach niepożądanym. Błędzić w wielu przypadkach oznacza poszukiwać – poszukiwać dobrego, właściwego rozwiązania. Konieczność błędzenia - a więc poszukiwania optymalnego rozwiązania terapeutycznego jakże często wynika z faktu, że ustalone rozpoznanie „robocze” jest wyrazem tylko największego prawdopodobieństwa spośród wielu innych możliwości diagnostycznych.

Trudności diagnostyczne wynikają jednak z faktu, że w sytuacjach klinicznych mamy do czynienia z całym ciągiem zmiennych losowych, a do tego zmiennych w czasie. Tak więc w większości przypadków mamy do czynienia z jednym równaniem o nieokreślonej i niezliczonej liczbie niewiadomych. Jak bezbłędnie rozwiązać takie zadanie? „Wybiera” się wówczas rozpoznanie o największym prawdopodobieństwie. Nie oznacza to wcale, że to „robocze”, najbardziej prawdopodobne rozpoznanie jest prawidłowe. Może być ono błędne.

Dla lepszego odzwierciedlenia problemu przytoczę cytaty z wiersza: *„Błądzą ślepi wędrowcy i choć w jednym lesie / każdego błąd przeciwny w inną stronę niesie”*.

Najprostszy przykład. W okresie epidemii grypy zgłasza się do lekarza, w pełni zdrowa do tej pory osoba z powodu kaszlu, podwyższonej temperatury i dreszczy. Lekarz rozpoznaje grypę i przepisuje odpowiednie do rozpoznania leczenie. Choroba jednak postępuje nadal i w końcu ustalone zostaje rozpoznanie np. wirusowego zapalenia wątroby. Najbardziej prawdopodobne pierwotne rozpoznanie robocze okazuje się więc być błędne. Najłagodniejsza natomiast opinia brzmiałaby, że „lekarz się nie poznał”. Co to za lekarz, który nie potrafił rozpoznać wirusowego zapalenia wątroby – napiszą dziennikarze. Jak można? Gdzie on kończył studia?. Życie dostarcza jednak wiele dużo bardziej skomplikowanych przykładów niż ten tak bardzo uproszczony.

Jakże często z kolei ustala się rozpoznanie na drodze wykluczania kolejno najbardziej prawdopodobnych możliwych rozpoznań. W końcu „błądząc” rozpoznaje się właściwe, ale pierwotnie najmniej prawdopodobne schorzenie. W tak łatwej ocenie *a posteriori*, kiedy to wszystko staje się jasne i oczywiste, pierwotne rozpoznanie i zastosowane leczenie uznane zostanie jako błędne. Pamiętać jednak należy, że sądy „a posteriori” przecież też bywają błędne.

Zdarza się jednak i tak, że podobnie jak zagubieni wędrowcy w lesie, lekarze szukają wyjścia – błądzą i błądzą, aż w końcu.... zabłądzą i zupełnie się zagubią. Tak więc błądząc od błędu do błędu nie zawsze można wykryć prawdę. Przez wieki postęp w medycynie oparty był na empirii – a więc na metodzie prób i błędów. W klinicznej medycynie metoda ta coraz rzadziej, ale nadal bywa stosowana.

Błąd organizacyjny i niedostateczne finansowanie. Istnieje w kraju niepisane ale stosowane prawo, że im wyższe stanowisko tym mniejsza odpowiedzialność, ale

za to za wyższe pensje. Wobec „rozmytej” odpowiedzialności za wszelkie błędy organizacyjne, winnymi najczęściej okazują się pracownicy najniższego szczebla zawodowej hierarchii – najczęściej lekarze. To na lekarza pogotowia rzuca się grubiańskie inwektywy za to, że długo trzeba było czekać na karetkę. To lekarz jest winien, że wyznacza długi termin oczekiwania na badanie diagnostyczne. To lekarz jest winien, że nie „załatwił krwi” na operację, która z tego powodu nie mogła być wykonana w zaplanowanym terminie, a dawców krwi już nie tylko „honorowych”, ale również „rodzinnych” jest niewielu.

Zobowiązania moralne lekarzy, tak sprytnie propagandowo wykorzystywane przez polityków w ustalaniu (nie własnych) lekarskich płac, z pewnością nie zastąpią niewystarczającego finansowania i złej organizacji ochrony zdrowia. O tym decydenci doskonale wiedzą, ale odpowiedzialność przerzuca się na słabszych. Wiele było przykładów politycznego zapotrzebowania na rzeczywisty lub spreparowany „błąd” lekarski i nagłośniony proces w celu zrzucenia odpowiedzialności za zaniedbania w ochronie zdrowia. Ktoś kiedyś powiedział, że nie ma takiej niegodziwości, do której nie posunie się rząd, gdy mu zabraknie pieniędzy.

Bardzo typowy i pouczający był przypadek niewysłania karetki do chorego w jednym z terenowych miast. Zgodnie z dziennikarskimi doniesieniami opartymi na wypowiedziach wysokich urzędników Min. Zdrowia i lokalnych władz odpowiedzialność zrzucano typowo na ...najniższy szczebel drabiny organizacyjnej – na dyspozytorkę, bowiem wiadomo, że ona nawet przed nieprawdziwymi zarzutami nie ma możliwości obrony. Zrzućcie odpowiedzialność na jeszcze niższy szczebel hierarchii ważności stanowisk np. na salową, byłoby już nie tylko nieuzasadnione, ale przede wszystkim śmieszne. A o swój prestiż władze muszą dbać. Cudzym kosztem oczywiście. Rejestratorka nie ma przecież uprawnień do korygowania zarządzeń, które powinny być przemyślane i dopracowane do końca, tak by wykonawcy tych zarządzeń nie mieli żadnych wątpliwości jak te opracowane wytyczne realizować.

Błąd organizacyjny może wynikać z niedostatecznego finansowania. Brak środków finansowych nie wystarcza na sprawną organizację pracy w szpitalu i chorzy ze wskazaniami nagłymi do operacji muszą nieraz przez wiele godzin czekać na swoją kolejkę. Kolejność operacji dyktowana jest natomiast stopniem zagrożenia życia, a nie czasem oczekiwania. Za przedłużone oczekiwanie chorego w kolejce na operację rodziny chorych winią oczywiście lekarza. Mają przecież u nas prawo i przywilej bezkarnie za to nawymyślać nie dostrzegając zupełnie związku z niedostatecznym finansowaniem lub zaopatrzeniem.

Przedłużony czas oczekiwania chorego na badanie diagnostyczne i np. operację wobec postępującego, a niekiedy galopującego przebiegu choroby może stać się natomiast rzeczywistą przyczyną istotnego zagrożenia życia i zdrowia chorego.

Nieznane mi są natomiast zupełnie przypadki, aby którakolwiek z Wysokich Instytucji Prawnych dopatrzyła się błędu organizacji ochrony zdrowia, lub niedostatecznego finansowania jako rzeczywistej przyczyny zaistniałego uszczerbku w stanie zdrowia jakiegoś chorego. Osądza się pojedyncze przypadki i zdarzenia a nie system opieki i odpowiedzialnych za braki w organizacji, wyposażeniu i możliwo-

ściach diagnostycznych i leczniczych. Najprościej i najbezpieczniej jest obarczyć winą lekarza ubarwiając oskarżenie sloganami o powinnościach moralnych lekarzy. Błędy w organizacji ochrony zdrowia występują w skali makro - w skali państwa, jak i w skali mikro - w odniesieniu do szpitala czy oddziału. Nikt jednak nie odważy się przyznać, że błąd w skali makro musi ujawnić się w odniesieniu do pojedynczego chorego. W tej skali odpowiedzialność i tak da się sprowadzić do lekarzkiego przewinienia.

Ryzyko. W życiu niewiele jest rzeczy pewnych. Pewne są tylko śmierć i podatki. W medycynie bardzo rzadko mówi się o pewności. Są więc zdarzenia bardzo prawdopodobne, mało prawdopodobne i „takie sobie”, bo reakcje organizmu ludzkiego - tak jak całej przyrody - bywają nieprzewidywalne. Dlatego jesteśmy narażeni właśnie na nieprzewidywalne i niezidentyfikowane ryzyka. Istnieją w medycynie metody zmierzające do identyfikacji, pomiaru, oceny ryzyka i prawdopodobieństwa jego ujawnienia. Działania profilaktyczne i zapobiegawcze starają się to ryzyko wyeliminować lub ograniczyć. Ujawnia się konieczność umiejętności „zarządzania ryzykiem”. Ryzyko stosowania jakiegoś leku czy wykonania operacji może przewyższać odniesione korzyści. Jednakże w medycynie ocena korzyści i ryzyka bywa zwykle opisowa, a nie wymierna - tak więc trudno porównywalna. Wobec nieznanej i nieograniczonej liczby również nieznanymi parametrów mających znaczenie w leczeniu choroby, lekarze zmuszeni są zarządzać tym ryzykiem „intuicyjnie”. Jeśli jednak ta intuicja w szczególnie trudnym i skomplikowanym przypadku zawiedzie, czy oznacza to, że lekarz popełnił błąd?

W oparciu o badania statystyczne można określić jaka jest w danym ośrodku np. śmiertelność po określonej operacji. Statystyka jednakże nie określi, jaki będzie w odniesieniu do konkretnego chorego wynik końcowy planowanej a obciążonej dużym ryzykiem operacji. Pamiętać jednak również należy, że ryzyko nieoperowania może być większe od ryzyka operacji. Tak więc obracamy się w kręgach ryzyka, korzyści i niepewności. Chorzy oczekują „zysku” to jest zdrowia, lekarze skuteczności, adwokaci (niektórzy) pomyłek i błędów, a dziennikarze (niektórzy) skandalu.

Jak zmniejszyć ryzyko? Żadne procesy i telewizyjne audycje ryzyka związanego z leczeniem nie zmieniają. Ryzyko to ulegnie znamienemu zmniejszeniu tylko w przypadku sprawnej i odpowiedzialnej organizacji, oraz racjonalnych nakładów finansowych na niezakłócone i powszechne funkcjonowanie i stałe unowocześnianie ochrony zdrowia.

Dla ilustracji powołam się na rzeczywiste przykłady. Lekarz dyżurny Izby Przyjęć Szpitala w ciągu kilku popołudniowych godzin „załatwić musi” około 50 chorych, w tym pacjentów z drobnymi, ale bolesnymi chorobami, pacjentów z zagrożeniem życia, nieprzytomnych z powodu urazu, choroby lub upojenia alkoholowego. Lekarz musi uodpornić się na pretensje, wyzwiska, prośby, i groźby ze strony chorych i ich rodzin. Pracując w wielkim stresie i w poczuciu odpowiedzialności nade wszystko musi prawidłowo „załatwić” wszystkich chorych. W pewnym momencie w wyniku narastającego przemęczenia i stresu jedna z jego komórek mózgowych ulega zablokowaniu i nie nawiązuje łączności z drugą. W rezultacie lekarz załatwiający

jednocześnie kilku chorych naraz, omyłkowo wręczy mężczyźnie niewłaściwą kartkę ze skierowaniem na konsultację do ginekologa. Wyobrażam sobie ile radości przysporzyłoby to prasie, w której pojawiłyby się tytuły, że lekarze u nas nie umieją rozpoznawać płci.

Przykład drugi. Temperatura na sali operacyjnej latem pod lampą operacyjną sięga nieraz 40°C. Czy w tych warunkach podczas wielogodzinnych operacji można oczekiwać, liczyć na to, że wszystkie podejmowane przez chirurga decyzje i wykonywane ruchy będą optymalne? Logicznie i przyczynowo myśląc nie można, a jednak się żąda.

W 1998 r. w (paryskiej) „Kulturze” ukazał się bardzo inspirujący artykuł Pani Prof. E. Łętowskiej pod znamienym tytułem: „Być sędzią w trudnych czasach...” z którego dowiedziałem się, że *„nowe zadania spotkać się muszą z oporem sądownictwa,.... ludzkiego strachu, przed nowymi i nieznanymi zadaniami... Wszak trzeba mieć wiedzę w zakresie dotąd nieznanym, orientować się w zasadach prawa konstytucyjnego, a to.... nie jest powszechne...”*. Pomyślałem sobie wówczas, że chociażby ilościowo nowych sytuacji klinicznych, którym sprostać musi lekarz jest równie dużo, jeśli nie więcej niż nowych sytuacji prawnych. Czy można więc w lekarskich procesach sądowych oceniać decyzje lekarza praktyka na podstawie opinii „wysoko wyspecjalizowanych specjalistów”, których wiedza „*ex natura*” jest supernowoczesna i jakże często ograniczona do wąskiej dziedziny medycyny w stosunku do wiedzy lekarza praktyka? Wszak lekarze praktycy nie mają żadnych szans by osiągnąć wiedzę i doświadczenie „w zakresie dotąd nieznanym” w każdej dziedzinie medycyny klinicznej, którą uprawiają. Chirurg podczas operacji nie może „zarządzić przerwy” i udać się na naradę, lub przesunąć proces leczenia na dalszy termin. Lekarze nie mają też „przywileju” bezkarnego odmówienia wykonywania zawodowych powinności. Myślę więc, że jeszcze trudniej jest być lekarzem w tych dla medycyny coraz to trudniejszych czasach

Dziennikarze. Problemów życia, choroby i śmierci nie da się umieścić na jedno-, dwu- a nawet trójwymiarowej płaszczyźnie. Problemy te tym bardziej przekraczają granice ocen opierających się na amatorskich objawieniach. Objawienia te z pewnością oparte są na bardzo źródłowym materiale jakim był „Szpital na peryferiach” czy też „Dr Kildare”. Jest rzeczą najważniejszą, aby przy wydawaniu ocen i opinii umieć odróżnić to co się naprawdę wie, od tego co się tylko wydaje.

Szereg pozycji prasowych i telewizyjnych na ten temat odzwierciedlało potęgę dziennikarskiego bajdurzenia. Potęgę wyrażającą się tym, że wobec lekarzy i ochrony zdrowia reporterzy stają się w jednej osobie prokuratorami, sędziami i egzekutorami o amatorskich kwalifikacjach. Kryterium prawdy stają się ich własne wyobrażenia dylematów z jakimi właśnie boryka się w swej codziennej pracy lekarz i cała służba zdrowia. Żadnych wątpliwości, a więc żadnych dociekań i żadnej odpowiedzialności. Zwycięza dobrze opłacana umiejętność skandalizowania bardzo trudnych problemów i dlatego nieraz rzeczywiście błędnie rozpoznawanych i realizowanych.

W tego typu programach trudno jest niejednokrotnie dopatrzeć się śladu myśli na temat rzeczywistych przyczyn chorej sytuacji w ochronie zdrowia i skutków tego

stanu rzeczy dla zwykłego, przeciętnego chorego. Nie ma też w tych programach najmniejszego pomysłu na poprawienie, uzdrowienie sytuacji. Wrzucenie do jednego myślowego worka przyczyn, okoliczności i skutków, ryzyka i trudności, prowadzi do nieprzewidywalnych, albo raczej zgoła do z góry założonych wniosków. Jedyny wniosek jaki wysnuwają autorzy tych reportaży i audycji, to ostrzeżenie, że przedstawione nieszczęście może się zdarzyć każdemu z nas. Innych zagrożeń dla każdego z nas już nie dostrzegają. Tego typu wnioski jako bardzo wnikliwe zaiste warte są nagrody Rady Najwyższej TV.

Trzeba jednak zadać sobie pytanie jaką wartość stanowią redagowane w sposób „skandalizujący” audycje i artykuły. Oczywiście sprawą jest, że chorzy miotają się między strachem a zaufaniem. Jaką korzyść odnoszą chorzy z obejrzenia takiej standardowo skandalizującej audycji? A przecież z założenia chyba miała ona im w czymś pomóc. Tego należałoby się spodziewać. Czy audycja pomaga przezwyciężyć strach? – Nie. Wręcz przeciwnie. A więc może audycja zwiększa zaufanie do lekarza? Nie. Wręcz przeciwnie, bowiem z założenia ma zwiększyć strach. W takich przypadkach dziennikarski sukces polega właśnie na podważeniu zaufania do intencji i poświęcenia lekarzy, a w konsekwencji do wzmożenia poczucia strachu. A strach jest złym doradcą. Dziennikarskie intencje skandalizowania wchodzi więc w kolizję zarówno z interesem chorego jak i interesem społecznym.

Popęnianych błędów lekarskich, przypadków zaniedbania i zaniechania ukrywać nie można i nie wolno. Społeczeństwo powinno być w pełni o tym informowane. Społeczeństwu należy się jednak uczciwa i rzeczowa informacja dotycząca przebiegu i wyniku procesu sądowego, a nie dowolnie zaprogramowana opinia dziennikarza. Zamiast telewizyjnego straszenia społeczeństwa za ich własne pieniądze, z większą korzyścią dla tegoż społeczeństwa byłoby przeznaczenie tych zmarnowanych środków finansowych na wyjaśnienie rzeczywistych przyczyn braku satysfakcji chorych i ich rodzin.

W przypadku rzeczywistego popełnienia zaniedbania lekarskiego osobiście poparłbym natomiast doniesienie o dokonanym ew. przestępstwie do Sądu Lekarskiego czy prokuratury. Zasadę lekarską „*primum non nocere*” w odniesieniu do tego typu dziennikarza zamieniłbym na zasadę „*primum non tangere*” problemów, o których istnieniu w sposób bardzo powierzchowny wie, ale zupełnie nie rozumie. Toteż największy problem jaki w obrębie tego zagadnienia dostrzegam, polega na tym, że (niektórzy) dziennikarze nie wiedzą, że prezentowanego przez siebie problemu zupełnie nie rozumieją.

Powoływanie chorych jako „dowodu” dziennikarskiego wyobrażenia o „lekarским błędzie” jest często zwykłą manipulacją. „Subiektywna rzeczywistość” chorych nie jest bowiem równoznaczna z „rzeczywistością obiektywną”. Jak już stwierdziłem, chorzy do tego mogą mieć prawo, ale nie dziennikarze, którzy nie powinni mieć prawa do świadomego mylenia tych pojęć.

Chorzy i medycyna z pewnością znacznie więcej zawdzięczałyby dziennikarskiej inwencji i pracy, gdyby zbadane i przedstawione zostały błędy systemowe, ujawniające się w pojedynczych przypadkach.

Przyszłość. Największe ryzyko dla przyszłości medycyny i powszechnej ochrony zdrowia tkwi w naukowej i myślowej stagnacji. Aby się rozwijać, tworzyć i iść z postępem nie można uciekać przed problemami, nie można uciekać przed uzasadnionym ryzykiem. Ażeby nauczyć się chodzić musimy narazić się na potknięcie i upadek. Postęp jaki dokonał się w medycynie obfituje w przypadki, które z współczesnego punktu widzenia nie wahałobyśmy się nazwać błędami.

Postęp w medycynie polega na wcześniejszym i bardziej precyzyjnym rozpoznaniu. Lekarz nie uzbrojony w nowoczesną aparaturę skazany jest na błędzenie, a w ocenie chorego – na popełnianie błędów. Nie wyeliminuje to personalizowania żalu chorych w stosunku do lekarzy za niewyleczalną chorobę lub powstałe powikłania. Bez nowoczesnych metod diagnostycznych liczba „zblądzeń” z pewnością nie ulegnie zmniejszeniu.

Wnioski

Rzeczywiste zaniedbania i zaniechania w przebiegu leczenia powinny być oceniane i karane z całą obiektywnością prawa. Jednakże tak jak przedstawiciele innych zawodów również lekarze powinni mieć prawo do normalnej omylności.

Lekarz jednak nie może pod żadnym pozorem odpowiadać za skutki niesprawnej organizacji i niewystarczającego finansowania ochrony zdrowia.

Najbardziej skutecznym sposobem uniknięcia przypadków, często określanych jako „błędy lekarskie”, oraz „zaniedbanie i zaniechanie”, jest finansowanie ochrony zdrowia warunkujące możliwość realizacji światowych standardów.

Niewystarczające finansowanie ochrony zdrowia jest przyczyną szeregu problemów etycznych, za rozwiązanie których odpowiedzialność powinni ponosić i politycy i ekonomiści i lekarze. Ale nie sami tylko lekarze.

Jeśli realizację praw etycznych wymuszać będziemy wyłącznie sankcjami prawnymi i nieodpowiedzialnymi reportażami podważającymi wysiłek i poświęcenie pracowników ochrony zdrowia, to w końcu obowiązywać będzie prawo a nie normy etyczne. W ten sposób zagubiona zostanie istota lekarskiej troski o chorego.

Jeżeli zmusi się lekarzy do bezwzględnego przestrzegania narzuconej im normy prawnej, z założenia opartej przeciw na jakimś systemie etycznym jako obowiązującym, to oznaczałoby to, że zmuszamy wszystkich do podporządkowania się temu systemowi. Będzie to wówczas całkowity totalitaryzm myślowy i pojęciowy. Jeśli nie chcemy wprowadzić chaosu do kryteriów oceny lekarskiego postępowania, to musi być doceniona wartość „klauzuli lekarskiego sumienia”, bowiem obowiązek moralny lekarza idzie znacznie dalej niż obowiązek prawny. Oparcie się lekarzy tylko na kryteriach czysto formalno-prawnych miałyby zgubne skutki i dla chorych i dla medycyny.

Niebezpieczeństwo jakie zagrażać może medycynie i chorym ze strony prawników polega na doprowadzeniu do sytuacji, w której lekarz będzie zmuszony zastanawiać się jak w całym złożonym procesie leczenia obarczonego najwyższym ryzykiem chorego, w pierwszym rzędzie ratować siebie samego, przed niezrozumieniem i brakiem lekarskiej intuicji prawników. Niebezpieczeństwo to, niestety, nie

jest dostrzegane ani przez prawników, ani przez dziennikarzy. W czołówce tych zawodów są już prawnicy-adwokaci. Zastraszeni przez prawników-adwokatów i dziennikarzy-skandalistów lekarze będą się obawiali podjąć obarczony ryzykiem proces leczenia, wielokrotnie ratujący życie ciężko chorym.

W ocenie troski o dobro chorych i ochrony zdrowia największym błędem graniczącym z przestępstwem jest ocena lekarskiego postępowania na podstawie własnych, amatorskich objawień i niemerytorycznego doboru faktów.

Nieuzasadnione, naciągane procesy o odszkodowania sprowadzą układ lekarz – chory do układu handlowego: klient-sprzedawca. Dalsze odhumanizowanie medycyny będzie tego nieuchronnym następstwem. Winą za to oczywiście obarczy się lekarzy.

Lekarz wielokrotnie zmuszony jest pogodzić się z fałszywie negatywną opinią chorego dotyczącą zastosowanego leczenia. Ale tylko chorego.

Marian Filar

Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi

1. Współczesne zdobycze nauk medycznych otwierają przed lekarzem w zakresie jego kompetencji ogromne pole działania. Dawno przekroczyło ono już zakres tradycyjnych w tym względzie *c z y n n o ś c i l e c z n i c z y c h* (określanych w piśmiennictwie także nazwą terapeutycznych zabiegów medycznych¹), tj. takich działań w relacji do pacjenta, które za pomocą środków, metod i technik stosowanych w medycynie podejmowane są w celu ratowania jego życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpienia fizycznych czy psychicznych. Coraz większe znaczenie zaczyna zdobywać sobie bowiem sfera *c z y n n o ś c i l e k a r s k i c h* (zwanych nieterapeutycznymi zabiegami medycznymi), które obejmują swym zakresem każde działanie podjęte z zastosowaniem takich środków, metod i procedur, którego przedmiotem jest wprowadzenie organizmu ludzkiego, jednak motywem ich podjęcia nie jest *c e l l e c z n i c z y*, tj. nie zmierzają one w swym założeniu do ratowania życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpienia fizycznych czy psychicznych osoby, w stosunku do organizmu której zostały one podjęte.

W stosunku do czynności leczniczych legislacja, doktryna i orzecznictwo w sferze prawa karnego osiągnęły już taki stopień zaawansowania, iż wypracowane przezeń rozwiązania i procedury prawne uznać można za wręcz rutynowe. Nie da się tego jednak niestety powiedzieć o stanie tej legislacji, doktryny i orzecznictwa na gruncie problematyki czynności lekarskich (nieterapeutycznych zabiegów medycznych). Nie wnikając bowiem w szczegółowe aspekty zagadnienia, dziś dla żadnego prawnika zdaje się bowiem nie ulegać już wątpliwości, że czynności lecznicze (a więc podejmowane w celu leczniczym) posiadają walor tzw. pierwotnej legalności i niezależnie od swej wewnętrznej dynamiki i ekspresji *ex defincione* nie mogą być uznane za coś, co wyczerpałoby znamiona ustawowe jakiegokolwiek normy prawnokarnej formułującej tzw. przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, jako że nie może stano-

¹Patrz np. E. Zielińska, Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych, *Studia Iuridica* XVI/1988 s. 237 i nast.

wić zamachu na te dobra to, co ze swej natury ma na celu życie i zdrowie chronić.² Odpowiedzialność karna lekarza związana z tego rodzaju czynnościami odnosić się zaś może jedynie do przypadków niepowodzenia w leczeniu i bynajmniej nie ma charakteru automatycznego (niepowodzenia-odpowiedzialność), lecz zależy od dodatkowego stwierdzenia zaistnienia w jego trakcie szeregu dodatkowych warunków, które należy lekarzowi udowodnić w procesie karnym.³

O powyższym „komforcie prawnym” nie ma mowy na gruncie zagadnienia nieterapeutycznych czynności lekarskich. Skoro bowiem u ich podstaw nie leży cel leczniczy, trudno ich prawnokarny status oprzeć na konstrukcji tzw. pierwotnej legalności. Powstaje więc pytanie, na jakich podstawach prawnokarnych ma być on oparty, tj. jakie instytucje znane prawu karnemu pozwolą na wyłączenie ewentualnej odpowiedzialności karnej lekarza czynności takie podejmującego. I nie chodzi tu bynajmniej wyłącznie o pytanie, na jakiej podstawie wyłączyć taką odpowiedzialność odnośnie pewnych niezbędnych składników takich czynności, mogących skądinąd przedmiotowo odpowiadać znamionom niektórych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu (np. naruszenie tkanki ciała podczas zabiegów z zakresu chirurgii kosmetycznej), do czego zdają się ograniczać tę problematykę niektórzy autorzy w starszym nieco piśmiennictwie⁴, lecz i o to, wedle jakich reguł prawnokarnych kształtować się ma ewentualna odpowiedzialność lekarza w przypadku braku zakładanego sukcesu określonej procedury medycznej zastosowanej w ramach takich czynności (np. nieudanego zabiegu z zakresu chirurgii kosmetycznej powodującego w efekcie trwałe zeszpecenie ciała). Trudno podzielić tu występujące niekiedy sporadycznie poglądy, iż problem ten jest po prostu „wydumany” i będący raczej wynikiem charakterystycznej dla prawników-teoretyków tendencji do „dzielenia włosa na czworo”, niż rzeczywistej potrzeby, jako że tak czynności lecznicze (terapeutyczne) jak i czynności lekarskie (nieterapeutyczne) opierają swą pierwotną legalność w jednakowy sposób na tzw. prawie lekarskim, tj. ogólnie rozumianym i domniemywanym uprawnieniu lekarza do działań w zakresie swej profesjonalnej kompetencji. Ewentualna zaś odpowiedzialność karna za niepowodzenie w ich aplikacji opiera się na wspólnych identycznych podstawach (naruszenie prawa *lege artis*, wywołanie określonego przebiegu przyczynowości w związku z tym naruszeniem, zawinienie), a więc nie ma metodologicznego ani merytorycznego sensu ich rozdzielenia (zwłaszcza w przypadkach, w których prawo wprost zezwala na podejmowanie takich czynności jak np. przy przeszczepach w ich aspekcie pobierania narządu *ex vivo*). Zwolennicy powyższego poglądu zdają się nie dostrzegać ewidentnego faktu,

²Stanowisko takie w polskiej doktrynie prawa karnego wydaje się być już powszechne, przynajmniej poczynając od pracy A. Zolla „Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu”, Warszawa 1988. W całej rozciągłości zdaje się je popierać A. Liszewska w najnowszej pracy z zakresu lekarskiego prawa karnego pt.: „Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej”, Zakamycze 1998.

³M.in. warunku wywołania poprzez podjęte przez lekarza czynności określonego przebiegu przyczynowości, która zaowocowała skutkiem w postaci określonego niekorzystnego następstwa w sferze życia i zdrowia pacjenta, naruszenia zasad ostrożności przy podejmowaniu takich czynności (co ujmowane jest niekiedy w kontekście tzw. błędu w sztuce lekarskiej) oraz przypisywalności tego naruszenia owocującego niekorzystnym następstwem w aspekcie zawinienia (tj. przewidywania lub możliwości przewidywania takiego przebiegu).

⁴Patrz E. Zielińska, op. cit., s. 241.

iz w przypadku zabiegów leczniczych przedmiot ochrony prawnokarnej w związku z ich podjęciem nie jest w ogóle naruszony (nie może być bowiem czynem przeciwko życiu i zdrowiu to, co w założeniu dobrom tym służy), zaś w przypadku czynności lekarskich nieterapeutycznych może być ewidentnie naruszony (np. pobranie narządu od człowieka zdrowego). Niezbędny jest tu więc prawny mechanizm wtórnego wyłączenia bezprawności takiego działania, co zasadniczo różni oba te przypadki.

2. Sprawę komplikuje tu dodatkowo fakt, iż czynności takie mogą mieć niekiedy niejednorodny charakter. I tak np. zabieg przeszczepu tkanki czy organu dokonany *ex vivo* w stosunku do biorcy organu ma charakter ewidentnie leczniczy a więc jest pierwotnie legalny, w stosunku jednak do dawcy takiego organu, w sposób równie ewidentny, charakteru leczniczego nie posiada, więc żadną miarą nie może być rozpatrywany prawnie w kontekście reguł pierwotnej legalności. Podobnie zabieg przerywania ciąży z tzw. wskazań medycznych (tj. dla ratowania życia matki) mieć będzie charakter leczniczy, zaś przeprowadzany ze względów społecznych (ciąża jest wynikiem przestępstwa), leczniczego charakteru posiadać już oczywiście nie będzie.

Nie sposób również nie zauważyć, iż w odniesieniu do niektórych zabiegów nieterapeutycznych istnieje szczegółowa regulacja prawna (np. transplantacje, eksperyment badawczy), zaś w stosunku do innych brak jakiegokolwiek regulacji w obowiązującym prawie polskim (np. chirurgiczne zabiegi adoptujące w przypadku transseksualizmu). Nie ułatwia to bynajmniej stworzenia uniwersalnego modelu statusu prawnego tego rodzaju czynności lekarskich.

3. Sprawą o podstawowym znaczeniu dla dalszej analizy jest jednak konieczność jasnego rozgraniczenia sfery czynności leczniczych (a więc posiadających standard pierwotnej legalności) od sfery nieterapeutycznych czynności lekarskich, których ocena na takim statusie oprzeć się już nie może.

Criterium divisionis jest tu rozstrzygnięcie, czy czynność dana służyła ratowaniu życia i zdrowia (wtedy jest czynnością leczniczą), czy też nie służyła temu celowi (wtedy może być jedynie nieterapeutyczną czynnością lekarską). Niemniej samo zdefiniowanie pojęcia zdrowia, które to lec musi u podstaw takiego rozróżnienia, nie jest bynajmniej tak jednoznaczne, jak mogłoby się to wydawać. Na gruncie polskiego stanu normatywnego *de lege lata* brak jakiegokolwiek ustawowej definicji w tym względzie. Nie spotkałem się z nią także na gruncie polskiego orzecznictwa sądowego, tak karnego jak i cywilnego. Wedle definicji zdrowia przyjętej przez WHO jest nim „... stan całkowitego fizycznego, psychicznego oraz socjalnego dobrego samopoczucia (*well being*) a nie jedynie brak choroby lub ułomności”.⁵ Definicja ta dla potrzeb prawnych w omawianym tu względzie jest jednak całkowicie nieprzydatna. Z jednej strony rozszerza bowiem pojęcie zdrowia na rejony niemierzalne w zobiektywizowany sposób, ani w oparciu o kryteria biologiczne, ani tym bardziej

⁵Definicja taka zawarta jest w preambule do tzw. Konstytucji WHO – patrz *International Encyclopedia of Laws Vol. 1 Medical Law*, Kluwer 1998, p. 57. W zawartym tam komentarzu do powyższej definicji czytamy: „A healthy individual is a man who is well balanced bodily and mentally and well adjusted to his physical and social environment” – patrz także zawarte tam ciekawe analizy tego pojęcia.

prawne (psychiczny oraz socjalny), z drugiej zaś odwołuje się do kryterium skrajnie subiektywistycznego (dobre samopoczucie), co uniemożliwia wykorzystanie go jako elementu porządkującego i obiektywizującego dychotomiczną, (tu z konieczności), kategoryzację „zdrowie-choroba”. Wynikałoby z niego bowiem, iż chorym byłby ten, kto w aspekcie psychicznym lub socjalnym czułby się źle, zaś zdrowym, kto w powyższym kontekście czułby się dobrze.

Jednym elementem zawartym w powyższej definicji, na którym można by oprzeć się w interesującym nas tu kontekście prawnym jest jej drugi człon. Takie pojęcia jak choroba czy ułomność mają bowiem charakter bardziej zobiektywizowany i w oparciu o kryteria biologiczno-medyczne dadzą się bardziej precyzyjnie skategoryzować, czego zewnętrżno-formalnym przejawem jest chociażby tworzenie przez systemy prawa różnorodnych formalnych katalogów takich chorób czy ułomności.⁶ Tak więc przy uwzględnieniu powyższego kontekstu czynnością leczniczą będzie jedynie taka czynność, której celem jest zapobieżenie, rozpoznanie, terapia lub rehabilitacja w odniesieniu do tak skategoryzowanych w oparciu o obiektywne kryteria biologiczno-medyczne chorób i ułomności i tylko takim czynnościom przysługiwać będzie cecha pierwotnej lojalności. Inne czynności podejmowane z wykorzystaniem technik i procedur medycznych i adresowane do organizmu ludzkiego, nawet gdy zmierzają do uzyskania przez ich adresata fizycznego, psychicznego czy socjalnego dobrego samopoczucia, mogą być zakwalifikowane jedynie do kategorii nieterapeutycznych czynności lekarskich.⁷ Nie oznacza to oczywiście, by uzyskiwały przez to jakiś „gorszy” status prawny czy też wręcz były prawnie „dwuznaczne”, czy wręcz „podejrzane”, lecz jedynie to, iż ich ewentualna legalność oparta będzie na nieco innych podstawach.

4. Istota omawianego przez nas problemu sprowadza się więc do znalezienia tych podstaw i stworzenia uniwersalnego modelu w tym względzie tak, by po uwzględnieniu specyfiki poszczególnych rodzajów czynności lekarskich nieterapeutycznych dał się on ogólnie odnieść do każdej z nich.

Wydaje się, iż jedynym takim modelem będzie tu znany i od dawna zakorzeniony w prawie karnym model kontratypowy. Jego istota sprowadza się do wyboru między dwoma dobrami chronionymi prawnie, z których jedno musi być poświęcone dla zapewnienia faktycznej ochrony dobru drugiemu, jako że ich równoczesna ochrona w określonej przez dany kontratyp sytuacji dynamicznej jest niemożliwa. Podstawą formułowania tych kontratypów jest społeczno-prawna ocena hierarchii poszczególnych dóbr, przy uwzględnieniu aksjologii i systemu wartości danego społeczeństwa. Ponieważ system ten nie ma charakteru absolutnego i podlega różnorodnym ewolucjom i przewartościowaniom, także i treść kontratypów podlega takiej ewolucji.⁸ Niezmienny pozostaje tylko ich ogólny mechanizm: wybór określonej

⁶Patrz np. Rozporządzenie Rady Min. z 18 XI 1983 r. w sprawie chorób zawodowych i załącznik do tego rozporządzenia – Dz. U. nr 65 poz. 294.

⁷Oczywiście do tej kategorii zaliczymy także czynności lekarskie dokonywane w interesie osób czy podmiotów trzecich, tj. innych, niż te, na których są one dokonywane (np. pobranie organu *ex vivo* dla transplantacji).

⁸Na co słusznie, w kontekście nieterapeutycznych czynności lekarskich zwraca uwagę E. Kujawa, Eksperyment w medycynie, wartości poznawcze i wartości etyczne (w) Wybrane zagadnienia z etyki lekarskiej, socjologii medycznej i antropologii medycznej. Praca zbiorowa, Warszawa 1985.

wartości czy dobra w sytuacji kolizyjnej. Różna jest też aksjologiczna „siła” poszczególnych kontratypów. Jedne opierają się na wyborze, który nie tylko jest przez prawo tolerowany, lecz wręcz „zalecany”, inne zadowolić się muszą jedynie tym, iż prawo je jedynie toleruje, skutek jest jednak zawsze identyczny – po spełnieniu przesłanek danego kontratypu wyłączają one bezprawność czynu podjętego w ramach ich realizowania. Wyłączenie takie ma jednak charakter „wtórny”, tj. powoduje „prawność” tego, co pierwotnie było bezprawne i takim pozostałoby, gdyby nie szczególna sytuacja kontratypowa.

Opisana powyżej sytuacja występować będzie również na gruncie zagadnienia nieterapeutycznych czynności lekarskich. Często zachodzić tu bowiem będzie sytuacja, w której prawo zezwalać będzie na ich podjęcie, mimo że w związku z nim nieuchronnie uszczuplone będzie skądinąd inne dobro chronione prawnie, takie jak np. nietykalność cielesna osoby, jej wolność czy nawet zdrowie. Ważąc jednak te następstwa oraz społeczną wartość dóbr łączących się z pojęciem danej czynności, dochodzimy do wniosku, iż bilans ten przemawia na korzyść ich podjęcia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenie i relatywizując je do występujących w praktyce rodzajów nieterapeutycznych czynności lekarskich, podzielić je można na trzy zasadnicze grupy:

- a) czynności, na których podjęcie prawo wyraźnie zezwala, tworząc dla nich szczegółowo sformułowane reżimy prawne,
- b) czynności, którym brak szczegółowej regulacji w prawie i których kontratypowe usprawiedliwienie da się jedynie uzyskać na drodze ogólnosystemowej wykładni prawa,
- c) czynności mogące przybierać przedmiotowo postać nieterapeutycznych czynności lekarskich, jednak przez prawo wyraźnie zabronione.

5. Do grupy pierwszej *de lege lata* zaliczymy w szczególności takie czynności lekarskie, jak:

Medyczny eksperyment badawczy – kontratypową podstawę jego wtórnej legalności tworzy art. 27 k.k., zaś zgodnie z jego §3, przewidziane w §1 tegoż przepisu ogólne warunki tej legalności „zagęszczają” przepisy art. 21-29 ustawy o zawodzie lekarza z 5 XII 1995 r. (Dz. U. 1997 nr 28 poz. 152) oraz art. 41-50 KEL.

Jest to „najsilniejszy” kontratyp w sferze nieterapeutycznych czynności lekarskich. Posiada on niejako „podwójną” ustawową podstawę – raz w wymiarze ogólnym w art. 27 k.k., drugi raz poprzez szczegółowe opisanie przez prawo jego techniczno-medycznych przesłanek. Pozostałe klasyfikujące się w tej grupie czynności lekarskie mają już tylko „pojedynczą” ustawową podstawę. Prawo lekarskie reguluje bowiem wprawdzie szczegółowo techniczno-medyczne przesłanki ich legalności, brak jednak w prawie karnym normy bezpośrednio ją przesądzającej w oparciu o mechanizm kontratypowy. Taka prawnokarna kontratypowa podstawa musi więc być stworzona w drodze interpretacji (tzw. kontratyp pozaustawowy).

Będzie tu nią kontratyp tzw. szczególnych uprawnień. Opiera się on na założeniu, iż w systemie normatywnym państwa prawnego ujmowanym całościowo, nie do pomyślenia jest sytuacja, w której identyczne przedmiotowo zachowanie będzie

zarówno zabronione, jak i dozwolone. Dlatego też, na zasadzie reguły *lex specialis derogat legi generali* określone zachowania, na które szczegółowe przepisy prawa zezwalają w szczególnych, opisanych w nich okolicznościach i przy założeniu spełnienia szczególnych opisanych w nich warunków, uznawane są przez prawo za legalne, choć skądinąd mieszczą się formalnie w klasie zachowań uznawanych przez prawo za nielegalne i bezprawne.

W kontekście omawianej przez nas problematyki wyliczyć tu należy następujące czynności lekarskie:

Przeszczepy – warunki legalności przeszczepów na gruncie prawa polskiego reguluje przede wszystkim ustawa z 26 X 1995 r. „o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów” (Dz. U. nr 138, poz. 682 z późn. zm.) oraz wydane na jej podstawie przepisy wykonawcze.⁹ Znaczenie uzupełniające mają tu także przepisy art. 32-36 KEL. W omawianym tu kontekście chodzić będzie nam praktycznie o ten aspekt zagadnienia, który dotyczy pobrania tkanek lub narządów *ex vivo*. Jeśli chodzi bowiem o zagadnienia wszczepiania narządów, to ze względu na fakt, iż mają one niekwestionowany charakter czynności leczniczych, ich legalność ma charakter pierwotny, zaś ewentualna odpowiedzialność karna za niepowodzenie w leczeniu prowadzonym tą właśnie metodą rozpatrywana będzie na ogólnych zasadach odpowiedzialności za takie właśnie niepowodzenie. Jeśli chodzi zaś o czynności lekarskie związane z pobieraniem tkanek lub *narządów ex mortuo*, to, jak słusznie zauważa Liszewska¹⁰, w praktyce stanowią one jedynie fragment czynności leczniczej wszczepienia tkanki lub organu. Jeśli bowiem w ramach takiego pobrania nie nastąpi naruszenie przepisu art. 20 ustawy transplantacyjnej¹¹ lub pobierający je lekarz nie naruszy zasad związanych z ustaleniem momentu śmierci dawcy, to o odpowiedzialności karnej nie może być mowy nawet wtedy, gdyby np. pobranie takie nastąpiło z naruszeniem przepisów o woli dawcy. W aktualnie obowiązującym kodeksie karnym brak jest bowiem przepisu przewidującego prawnokarną ochronę nietykalskości zwłok.¹²

Tak więc w omawianym tu aspekcie (nieterapeutycznych czynności lekarskich) w grę wchodzić będzie jedynie problematyka pobrania tkanek *ex vivo*.

Przerwanie ciąży – ustawa z 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w brzmieniu po jej no-

⁹Patrz J. Duda, Polskie prawo transplantacyjne, Zbiór przepisów, Zakamycze 1999.

¹⁰Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, Zakamycze 1998, s. 231.

¹¹„Kto w celu uzyskania korzyści majątkowej nabywa lub zbywa cudze komórki, tkanki lub narządy, pośredniczy w ich nabyciu lub zbyciu lub bierze udział w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów pochodzących od żywego człowieka lub zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Ze względu na konstrukcję tego przepisu, lekarz pobierający nielegalnie takie tkanki, komórki lub narządy mógłby praktycznie odpowiadać, jako pomocnik a nie jako sprawca tego czynu.

¹²Przepis taki zawierał k.k. z 1932 roku. Zbliżone przepisy chroniące w tym aspekcie zwłoki ludzkie zawierają m. in. k.k. austriacki (art. 190 §1) i k.k. niemiecki (§168). Zachowanie polegające na sprzecznym z prawem pobieraniu tkanki ze zwłok ludzkich nie wyczerpuje więc bezpośrednio żadnego ze znamion przestępstw znanych polskiemu systemowi prawa karnego. Czyn taki jest jednak ewidentnie bezprawny i rodzić może następstwa prawne w innych dziedzinach prawa (np. odpowiedzialność cywilna czy deontologiczna).

welizacji z 30 VIII 1996 roku oraz w związku z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 28 V 1997 roku dopuszcza przerwanie ciąży w trzech przypadkach:

- gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej,
- gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu lub nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu,
- zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Pierwsza z wymienionych tu okoliczności ma charakter czynności leczniczej w odniesieniu do matki a więc nie wchodzi w zakres interesującej nas tu problematyki.¹³ Dwie pozostałe mają jednak niewątpliwy charakter nieterapeutycznych czynności lekarskich, gdyż ponad wszelką wątpliwość ich celem nie jest ratowanie zdrowia czy życia (ani dziecka poczętego ani też matki). Tworzą one jednak klasyczne „szczególne uprawnienie”, które w oparciu o schemat kontratypowy uchyla bezprawność czynu podjętego w ramach ich realizacji.

Czynności lekarskie przeprowadzane na polecenie władz – prawo polskie przewiduje niekiedy możliwość podejmowania określonych czynności lekarskich w związku z poleceniem określonych władz i organów. Dotyczy to zwłaszcza poddania się (niekiedy obowiązkowego, a więc niezależnie od woli badanego) określonym badaniom dla celów dowodowych w procesie karnym, cywilnym czy administracyjnym oraz badaniom przeprowadzonym ze względów epidemiologicznych. Przepisy te stwarzają kontratypową podstawę wyłączenia bezprawności takich czynności i to nie tylko w kontekście wyłączenia bezprawności czynu opisanego w art. 192 k.k. (wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, co ma tu zastosowanie marginalne, badania takie nie mają bowiem charakteru leczniczego, lecz czynności lekarskiej, u ich podstaw nie leży bowiem cel leczniczy), lecz w kontekście innych przestępstw (np. naruszenia nietykalności cielesnej czy nawet zmuszania) i rzutują także na inne kwestie związane z oceną takich czynności.

Podstawową konsekwencją praktyczną omówionego powyżej typu regulacji prawnej jest kontratypowe wyłączenie bezprawności wszelkich zachowań, które mają miejsce w trakcie realizacji czynności stanowiącej treść danego kontratypu. Oczywiście wyłączenie to uzależnione będzie od spełnienia przez lekarza wszelkich wymogów przewidzianych przez prawa formułujące dany kontratyp (tj. wyczerpanie znamion kontratypu).

Tak więc lekarz dokonujący przeszczepu *ex vivo* przy spełnieniu wszelkich przewidzianych przez prawo jego warunków nigdy nie będzie odpowiadał za uszkodzenie ciała dawcy (choć faktycznie przedmiotowo powoduje takie uszkodzenie), zaś lekarz pobierający w związku z poleceniem sądu określoną tkankę ciała danej osoby dla celów dowodowych, nigdy nie będzie odpowiadał za naruszenie jej nietykalności cielesnej, lekarz internujący osobę na polecenie władz sanitarnych dla obser-

¹³Sprawa skomplikuje się nieco, jeżeli tzw. dziecko poczęte uznamy za samodzielny podmiot ochrony prawno-karnej. Wtedy bowiem powstanie klasyczna sytuacja kolizji dóbr – dobra dziecka poczętego i dobra matki i na tym gruncie trzeba ją będzie rozwiązać.

wacji epidemiologicznej, nigdy nie poniesie odpowiedzialności za pozbawienie jej wolności.

Odrębnym zagadnieniem jest natomiast kwestia jego ewentualnej odpowiedzialności karnej za medyczno-zdrowotne skutki takich czynności. Może się bowiem zdarzyć, iż np. lekarz pobrał wprawdzie organ do przeszczepu *ex vivo* w sposób prawnie prawidłowy (tj. spełnił wszelkie wymogi, które prawo transplantacyjne przewiduje), lecz w wyniku takiego pobrania spowodował u dawcy niekorzystne następstwa zdrowotne, wybiegające *in minus* poza granice przeciętnie przewidywane w związku z takimi pobraniami. W takim przypadku dla oceny prawnokarnej takiego niefortunnego pobrania zastosować trzeba będzie klasyczne zasady oceny odpowiedzialności lekarza za niepowodzenie w leczeniu, tj. praktycznie biorąc rozważyć, czy lekarz działał z należytą ostrożnością (tj. czy nie popełnił tzw. błędu w sztuce) czy ewentualne naruszenie tych zasad (tj. popełnienie błędu w sztuce) spowodowało przebieg przyczynowości, który zaowocował niekorzystnym następstwem zdrowotnym i czy przebieg taki lekarz przewidywał lub przynajmniej mógł przewidzieć.

Gdyby ocena taka w świetle powyższych kryteriów wypadła dla lekarza niekorzystnie, naraziłby się on na odpowiedzialność karną za jedno z nieumyślnych przestępstw skutkowych przeciwko życiu i zdrowiu (w zależności od następstwa, które swym działaniem wywołał za nieumyślne spowodowanie śmierci, uszkodzenie ciała lub rozstroju zdrowia lub sprawdzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia).

Rodzi się tu natomiast pytanie, jak kształtowałyby się odpowiedzialność karna lekarza, który w ramach opisanych powyżej czynności lekarskich naruszyłby zarówno formalne wymogi określonego kontraktotypu (np. niewystarczająco i nienależycie poinformował uczestnika eksperymentu badawczego o potencjalnych płynących zeń niebezpieczeństwach), jak i następnie, w ramach prowadzonych konkretnych czynności lekarskich, naruszył zasady ich prowadzenia (błąd *lege artis*), powodując tym samym niekorzystne następstwa zdrowotne dla uczestniczących w tych czynnościach osób. Czy odpowiadałby wówczas za dwa pozostające w tzw. realnym zbiegu przestępstwa (przeprowadzenie zabiegu bez zgody pacjenta i spowodowanie u niego określonego uszczerbku na zdrowiu), czy też jedynie za to ostatnie, podczas gdy pierwsze byłoby tu tzw. współukarany czynem poprzednim. Wydaje się, że pierwsze z powyższych rozwiązań jest dogmatyczno-prawnie bardziej prawidłowe.

Sytuacja byłaby natomiast bardziej skomplikowana, gdyby lekarz podejmując określoną kontraktypową czynność lekarską naruszył formalne wymogi kontraktotypu, choć w aspekcie techniczno-wykonawczym nie naruszył żadnych zasad *lege artis* w odniesieniu do działań lekarskich, które przedsięwziął, a mimo to osoba uczestnicząca w tych czynnościach doznała uszczerbku na zdrowiu (np. dawca organu do transplantacji, mimo że lekarz przeprowadził zabieg w aspekcie technicznym „*lege artis*”, doznał poważnego rozstroju zdrowia w związku z nieoczekiwanymi komplikacjami, które pojawiły się w związku z pobraniem organu). Powstaje bowiem pytanie, czy sam fakt naruszenia formalnych wymogów kontraktypowych przy czynnościach tego typu powoduje, iż czynność ta traci z góry walor legalności, a mówiąc

dokładniej, uznawana jest za przeprowadzoną sprzecznie z wymogami *lege artis* w odniesieniu do czynności takiego rodzaju nawet wtedy, gdy w aspekcie technicznym przeprowadzone one były prawidłowo. Przyjęcie takiej tezy oznaczałoby praktycznie, że lekarz ponosiłby odpowiedzialność karną za wszelkie następstwa takich czynności, niezależnie od tego, czy zachodziłaby podstawa dla samoistnej odpowiedzialności za naruszenie zasad kontratypu (np. art. 192 k.k.), czy z braku stosownej typizacji w tym względzie o odpowiedzialności takiej nie mogłoby być mowy. Rodzi się tu dodatkowo pytanie, jaki rodzaj odpowiedzialności karnej wchodziłby tu w grę – za przestępstwo umyślne czy też może wręcz za przestępstwo nieumyślne przeciwko życiu i zdrowiu?

Analizująca to zagadnienie na gruncie pobrania narządu do przeszczepu *ex vivo* A. Liszewska wprowadza tu dodatkowy wewnętrzny podział ustawowych przesłanek kontratypowych takiego zabiegu (tj. przesłanek konstytuujących jego ogólną legalność) na dwie grupy:

- przesłanki formalno-prawne;
- przesłanki merytoryczno-lekarskie.

Do pierwszej grupy zalicza np. kontratypową przesłankę zgody należycie poinformowanego o skutkach zabiegu dawcy narządu, do grupy drugiej zaś przesłankę poprzedzenia zabiegu pobrania odpowiednimi badaniami, które pozwoliłyby na ustalenie zasadności i celowości takiego pobrania w oparciu o aktualną wiedzę medyczną.

Naruszenie przez lekarza przesłanek z grupy pierwszej nie stanowiłoby naruszenia wymogu *lege artis*, a więc nie powodowałoby automatycznie odpowiedzialności karnej za medyczne konsekwencje takiego zabiegu. Naruszenie zaś drugiego rodzaju przesłanek powodowałoby automatyczne uznanie zabiegu za sprzeczny z zasadami *lege artis* (nawet gdy w płaszczyźnie czysto techniczno-operacyjnej był on przeprowadzony prawidłowo). W konsekwencji w pierwszym przypadku lekarz narażałby się jedynie na odpowiedzialność karną z art. 192 k.k., w drugim zaś wręcz na odpowiedzialność za umyślne naruszenie nietykalności cielesnej, uszkodzenie ciała lub nawet zabójstwo dawcy organu lub umyślne narażenie na niebezpieczeństwo spowodowania uszczerbku na zdrowiu.¹⁴

Ten interesujący pogląd rodzi szereg wątpliwości. Po pierwsze, pociągnięcie do odpowiedzialności karnej z art. 192 k.k. w wariantcie pierwszym może być wątpliwe, gdyż przepis ten mówi o zabiegu leczniczym bez zgody pacjenta, pobranie narządu nie jest zaś zabiegiem leczniczym lecz lekarskim (brak bowiem celu prozdrowotnego w odniesieniu do dawcy). By ratować politycznokryminalny sens oraz logiczność całego powyższego kontekstu, odpowiedzialność taką można by uzasadnić jedynie w oparciu o wykładnię systemową.

Gdyby bowiem interpretować znamiona art. 192 k.k. ściśle literalnie, oznaczałoby to brak wszelkiej odpowiedzialności karnej lekarza w takim przypadku. Nie wiadać zaś żadnego kryminalnopolitycznego powodu ku temu, by na podstawie art.

¹⁴Patrz A. Liszewska, op. cit., s. 237-239.

192 k.k. odpowiadać miał jedynie lekarz, który bez stosownej zgody podjął czynność leczniczą (terapeutyczną), zaś lekarz, który podjął przy jej braku czynność lekarską (nietarapeutyczną), wolny miałby być od odpowiedzialności karnej z art. 192 k.k. Po drugie, dla skazania za umyślne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu niezbędne jest przecież, by sprawca *chciał* lub przynajmniej *godził się* na spowodowanie tego rodzaju następstw swych działań u pacjenta. Pomijając już nawet to, iż terminologia „sprawca-ofiara” nie pasuje do dziedziny czynności lekarskich, wykazanie tego złego zamiaru w przedmiotowej sytuacji byłoby mało prawdopodobne (choć w skrajnych przypadkach niewykluczone). To bowiem, iż lekarz nie poprzedził pobrania narządu stosownymi badaniami, nie przesądza automatycznie istnienia takiego właśnie zamiaru. Gdybyśmy tezę tę przyjęli, musielibyśmy dojść do absurdalnego w swej istocie wniosku, iż lekarz dopuszczający się podczas zabiegu pobrania organu najpoważniejszego nawet techniczno-operacyjnego błędu w sztuce, mógłby odpowiadać za jego skutki co najwyżej w formule nieumyślności, zaś lekarz, który dokonał pobrania w aspekcie technicznym nienagannie, jednak z naruszeniem kontratypowej przesłanki poprzedzenia pobrania badaniami, odpowiadałby zarówno za sam fakt takiego zabiegu, jak i za jego ewentualne skutki *zawsze* jak za przestępstwo umyślne.

Reasumując powyższe rozważania, stwierdzić należy, co następuje: naruszenie przez lekarza określonej przesłanki kontratypowej nie może być uznane automatycznie za przesądzające o tym, iż cała czynność lekarska podjęta w koincydencji z tym naruszeniem nie spełnia wymogu standardu *lege artis* z wszelkimi konsekwencjami tego faktu, zwłaszcza w płaszczyźnie odpowiedzialności za następstwa tej czynności niezależnie od przewidywalności, czy możliwości przewidzenia takich następstw, a już żadną miarą nie może przesądzać niejako automatycznej odpowiedzialności za przestępstwo umyślne. To bowiem, czy i za co odpowiadał będzie lekarz naruszający przesłankę kontratypową przy lekarskich czynnościach nietarapeutycznych jak i to, za jakie przestępstwa podjęcia takich czynności z naruszeniem tej przesłanki będzie odpowiadał i czy będzie to odpowiedzialność za zawinienie umyślne czy nieumyślne, zależy będzie od szeregu dalszych szczegółowych okoliczności takich, jak np. rodzaj naruszonej przesłanki, rodzaj danej czynności (np. w odniesieniu do pobrania tkanek od tego, czy są to tkanki nieodnawialne czy odnawialne), oceny zawinienia (w szczególności możliwości i powinności przewidywania następstw) itp.

6. Równie złożoną problematykę rodzi ocena czynności lekarskich, w odniesieniu do których brak w prawie polskim (tak lekarskim jak i karnym) jakiegokolwiek szczegółowej regulacji prawnej, wiadomo zaś o nich jedynie tyle, że prawo wprost ich nie zakazuje, oraz, że niektóre z nich są w praktyce rutynowo dokonywane. Kontratypowego zalegalizowania takich czynności (czyli wtórnego wyłączenia ich bezprawności) nie da się więc osiągnąć wprost poprzez bezpośrednie ich umocowanie w prawie pozytywnym, lecz jedynie za pośrednictwem ogólnosystemowej jego wykładni. Do zabiegów tego typu, obok tradycyjnie tu już występujących zabiegów z zakresu chirurgii kosmetycznej, zaliczyć możemy całą grupę zabiegów ze sfery

prokreacyjnej, takich jak sterylizacja, tzw. zmiana płci, wspomagana medycznie prokreacja itp.

W piśmiennictwie polskim odnotowujemy w powyższym względzie dwie grupy poglądów: wedle pierwszej z nich podstawą „wtórnego” wyłączenia ich bezprawności jest pozaustawowy kontratyp tzw. zgody pokrzywdzonego, drugi opiera się zaś na elemencie określonej kolizji dóbr i interesów prawnych, spośród których wybrać należy dobro lub interes prawny o większej społecznie wartości.

W pierwszym przypadku decydujące znaczenie dla wyłączenia bezprawności takich czynności (a właściwie wiążących się z nimi naruszeń integralności cielesnej adresata) ma więc zgoda osoby uprawnionej do dysponowania dobrem naruszonym, zaś jedynymi kryteriami ważności tej zgody są ogólnie przyjęte warunki prawnej ważności zgody. Priorytet zyskuje tu więc autonomia woli dysponenta dobra, zaś takie elementy, jak motyw jej wyrażenia, czy też społeczna ocena takich motywów oraz dóbr nie odgrywa zasadniczej roli.

Wedle drugiej natomiast o wtórnej legalności nieterapeutycznej czynności lekarskiej decyduje ważność interesu, którego realizację ma umożliwić dana czynność. Przy takim ujęciu zgoda „pokrzywdzonego” a więc dysponenta dobra, które doznaje szwanku w związku z zabiegiem jest co prawda warunkiem koniecznym, lecz niewystarczającym dla wtórnej – kontratypowej legalności takiej czynności, gdyż należy dodatkowo stwierdzić istnienie usprawiedliwionego z punktu widzenia oceny społecznej powodu dla jej przyjęcia¹⁵.

Wydaje się, iż dla uznania wtórnej kontratypowej legalności tego rodzaju czynności lekarskich niezbędne jest łączne spełnienie następujących warunków:

– istnienie niewątpliwej i posiadającej walor prawny wedle uznawanych tu przez prawo kryteriów (poinformowanie o skutkach i potencjalnych zagrożeniach łączących się z daną czynnością, należyte rozeznanie informowanego, brak sytuacji działania pod presją lub przymusem) zgody pacjenta,

– pełny zakres „dyspozycyjności” przezeń danym dobrem. To bowiem, iż dana osoba jest swoistym „nośnikiem” danego dobra nie oznacza bowiem automatycznie, iż jest jego wyłącznym dysponentem. Wedle ustalonych już w tej mierze poglądów doktryny, nikt nie może np. podjąć dyspozycji w zakresie zgody na ciężkie uszkodzenie własnego ciała, czy też nawet na wykreowanie sytuacji, która niosłaby ze sobą stworzenie poważnego bezpośredniego niebezpieczeństwa takiego uszkodzenia. Nikt nie może również np. wyrazić skutecznej zgody na spowodowanie u siebie uszkodzeń ciała mających na celu eliminowanie go z możliwości odbycia służby wojskowej czy uniknięcia wymiaru sprawiedliwości (np. operacje plastyczne zmieniające wygląd). W najwyższym stopniu wątpliwa będzie na gruncie polskiego prawa tzw. sterylizacja dla wygody, tj. taka, u której podstaw leżą nie względy zdrowotne (wtedy będzie ona bowiem czynnością leczniczą) lecz inne, zwłaszcza, gdy stery-

¹⁵Szczegóły w tym względzie – patrz E. Zielińska, *Aspekty prawnokarne*, op. cit., s. 242-243. Normatywnymi próbami uwzględnienia tu czynnika społecznoocennego jest np. k.k. RFN (§266 „...gdy czyn, mimo zgody, godzi w dobre obyczaje”) oraz projekt polskiego k.k. z 1963 roku (art. 24 §2 „...gdy wyrażenie zgody jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”).

lizacja taka będzie nieodwracalna. Z podobnych względów wyłączona będzie również możliwość dokonania chirurgicznej kastracji, także gdyby nawet jej motywem były prewencyjne przesłanki kryminalne (chęć zapobieżenia popełniania przestępstw seksualnych).¹⁶

Wyjątkiem będzie tu chirurgiczny zabieg adaptujący do wyglądu płci przeciwnej w przypadkach nie budzącego wątpliwości transseksualizmu. Mimo braku jakichkolwiek uregulowań prawnych w tym względzie, aktualne orzecznictwo Sądu Najwyższego w Polsce dopuszcza takie zabiegi, zdając się uznawać je za czynności lecznicze.¹⁷

Jeśli czynność lekarska nieterapeutyczna, dla której brak bezpośredniego umocowania ustawowego w obowiązujących przepisach, podjęta zostanie przy spełnieniu opisanych powyżej warunków, wyłączona będzie odpowiedzialność karna lekarza, zarówno za czynności stanowiące jej istotę (np. naruszenie powłok ciała łączących się immanentnie z przeprowadzeniem operacji z dziedziny chirurgii kosmetycznej), jak i za ewentualne niepowodzenie w osiągnięciu celu danej czynności (jeśli wyczerpywać ono będzie znamiona określonego czynu zabronionego), jeśli tylko czynność taka przeprowadzona została ogólnie prawidłowo z punktu widzenia wymogów *lege artis* (np. prawidłowo przeprowadzony zabieg ze sfery chirurgii kosmetycznej w związku z nieprzewidywalnym wpływem okoliczności ubocznych nie dał oczekiwanego efektu, powodując trwale uszkodzenie, czy zszpecenie ciała). Gdyby jednak powyższe wymogi danej czynności nie zostały zachowane (tj. lekarz nie zachowując należytej staranności dopuściłby się błędu sztuki), odpowiadałby na zasadach ogólnych za jedno z nieumyślnych przestępstw skutkowych przeciwko życiu i zdrowiu.

Gdyby lekarz podejmujący jedną z omawianych tu czynności lekarskich naruszył zarówno kontratypowe przesłanki jej legalności (np. niewystarczająco poinformował pacjenta o ryzyku zabiegu i w związku z tym uzyskał nań zgodę) a następnie, podejmując w ramach jego wykonania konkretne czynności lekarskie naruszył fachowe zasady ich prowadzenia (błąd sztuki), narazić mógłby się na odpowiedzialność w ramach realnego zbiegu przestępstw (tj. za spowodowanie u pacjenta niekorzystnych następstw zdrowotnych oraz za inne przestępstwo, które wynikałoby z naruszenia zasad kontratypowych).

Co do problemu odpowiedzialności karnej lekarza w sytuacji, w której naruszył on wprawdzie przesłanki kontratypowe decydujące o legalności czynności (np. niezbyt precyzyjnie poinformował o stopniu ryzyka zabiegu), następnie zaś przeprowadził zabieg *lege artis*, ten jednak nie powiódł się powodując u pacjenta określone obrażenia ciała, należy odesłać do analogicznych rozważań na str. 12-15 niniejszego opracowania. Tu jedynie przypomnijmy, że takie naruszenie nie może przesądzać automa-

¹⁶Obszerne omówienie tej problematyki patrz E. Zielińska, Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacji, Państwo i Prawo 1985, nr 9.

¹⁷Zwłaszcza zaś orzeczenie z 22 IX 1995 r. III CZP 118/95, patrz szczegóły M. Filar, Prawne problemy transseksualizmu (w) Pochodzenie dziecka w prawie polskim i obcym oraz jego rejestracja w aktach stanu cywilnego, Materiały Konferencji Stowarzyszenia Urzędników Stanu Cywilnego, Lublin 1999.

tycznie o tym, iż czynność lekarska podjęta następnie nie spełnia wymogu *lege artis* (z wszelkimi konsekwencjami tego faktu w sferze odpowiedzialności).

7. Na zakończenie zajmijmy się prawnymi konsekwencjami podjęcia przez lekarza czynności mieszczących się wprawdzie „technicznie” w standardzie nieterapeutycznych czynności lekarskich, przez prawo polskie jednak zabronionych.

W grę wchodzić tu mogą dwa warianty. W pierwszym określona czynność lekarska zabroniona jest wprost przez konkretny przepis prawa karnego. Ma to np. miejsce w przypadku przerwania ciąży wbrew warunkom dopuszczalności takiego zabiegu przewidzianym przez ustawę z 7 I 1993 roku „o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach przerywania ciąży” (patrz art. 152 §1 k.k.). Z podobną sytuacją mieć będziemy do czynienia w przypadku zabiegu chirurgicznego mającego na celu ułatwienie pacjentowi zwolnienia od obowiązku służby wojskowej poprzez spowodowanie u niego w jego wyniku skutku opisanego w art. 156 §1 k.k. lub 157 §1 k.k. (uszkodzenie ciała – patrz art. 143 §2 k.k.) a także zabiegu z zakresu chirurgii plastycznej, którego celem jest pomoc sprawcy przestępstwa uniknięcia przezeń odpowiedzialności karnej (art. 239 §1 k.k. – poplecznictwo). Zaliczymy do tej grupy także przypadki czynności lekarskiej polegające na uczestniczeniu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów uzyskanych wbrew przepisom ustawy transplantacyjnej z 26 X 1995 roku (patrz art. 20 tejże) a także dokonanie (nawet za zgodą pacjenta) zabiegu kastracji chirurgicznej oraz w zasadzie nieodwracalnej, nie inspirowanej względami zdrowotnymi jego sterylizacji (patrz art. 156 §1 k.k. – ciężkie uszkodzenie ciała w postaci pozbawienia zdolności płodzenia). Do grupy tej zaliczymy również eutanazję (art. 150 k.k.).

W wariacie drugim natomiast w grę wchodzić tu będą czynności lekarskie, których dokonanie nie jest co prawda wprost zabronione przez konkretny przepis prawa karnego (jak to miało miejsce w wariacie pierwszym), lecz których dokonanie jest nielegalne na gruncie innej nieprawnokarnej normy obowiązującego w Polsce prawa (z reguły tzw. prawa lekarskiego). Wymienić tu *de lege lata* można np. przeprowadzenie eksperymentu badawczego z udziałem dziecka poczętego, osób ubezwłasnowolnionych, żołnierzy służby zasadniczej oraz osób pozbawionych wolności (art. 26 p. 3 ustawy o zawodzie lekarza). Katalog takich czynności ulegnie rozszerzeniu w momencie ratyfikowania przez Polskę Europejskiej Konwencji o prawach człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny z 4 IV 1997 roku (tzw. konwencja bioetyczna) jak również protokołu dodatkowego do tej konwencji z 12 I 1998 roku¹⁸ i obejmuje m. in. zakaz wykorzystywania przy tzw. prokreacji wspomaganej technik medycznych dla selekcji płci (art. 14) i zakaz tworzenia embrionów ludzkich dla celów naukowych (art. 18). W przypadku czynności lekarskich opisanych w wariacie pierwszym, dokonujący ich lekarz poniesie zarówno odpowiedzialność za samo ich przeprowadzenie, jak i pozostającą w realnym zbiegu przepisów

¹⁸Konwencję powyższą Polska podpisała 7 V 1999 roku.

ustawy (art. 11 §2 k.k.) odpowiedzialność za ewentualne niekorzystne następstwa zdrowotne takich czynności dla osoby, na których były one przeprowadzane, nawet gdyby w sensie czysto technicznym przeprowadzane one były *lege artis*.

Podobnie w wariantcie drugim natomiast, w przypadku wystąpienia niekorzystnych następstw zdrowotnych u pacjenta będących wynikiem ich podjęcia, lekarz odpowie karnie za te następstwa (w zależności od stopnia ich ciężkości) także i wtedy, gdy technicznie były one przeprowadzone prawidłowo. Samo bowiem ich przeprowadzenie wbrew wyraźnemu zakazowi prawa (w tym przypadku innego, niż prawo karne) będzie naruszeniem zasad sztuki lekarskiej.

W obu wariantach odpowiedzialność za skutek zdrowotny zabiegu zakazanego będzie opierać się jednak na formule zawinienia nieumyślnego. Oparcie jej bowiem na zawinieniu umyślnym wyłącznie w oparciu o argument, iż są one jako takie zabronione przez prawo (co występuje niekiedy w piśmiennictwie polskim), byłoby niedopuszczalnym w prawie karnym przyjęciem domniemania złego zamiaru.

Eleonora Zielińska

Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym

1. W obowiązującym stanie prawnym wątpliwości wydaje się już nie budzić fakt, że warunkiem legalności działania lekarskiego jest zgoda pacjenta odpowiednio poinformowanego (w jęz. angielskim określa się ją jako *informed consent*), lub jej prawny surogat. Dawniejsze próby konstruowania przysługującego lekarzowi z mocy jego stanowiska zawodowego swoistego „prawa do leczenia”, niezależnego od woli pacjenta, zostały dziś całkowicie zarzucone¹.

Niemniej jednak trwające do dzisiaj w doktrynie prawa karnego spory na temat podstaw legalności zabiegów medycznych² stale czynią aktualnym pytanie, czy decydującym kryterium tej oceny powinno być dobro chorego, czy zgoda na interwencję medyczną. Słusznie przy tym podkreśla się, że lekarze w sytuacji, gdy te dobra pozostają w konflikcie, nadal są skłonni za naczelną regułę swego postępowania uznawać zasadę *salus aegroti suprema lex esto* (dobro chorego najwyższym prawem), podczas gdy prawnicy zgodnie z zasadą *voluntas aegroti suprema lex* (wola

¹Por. J. Sawicki, Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa, PZWL Warszawa 1964 s. 41 i n. oraz M. Sośniak, Głosa do orzeczenia II CR 481/71 OSPIKA 1973 z. 4 poz. 77, s. 179 oraz wskazana tam literatura. Wymienieni Autorzy w oparciu o cytowaną literaturę przedstawiają szereg argumentów przeciwko akceptacji takiego prawa lekarza (w niem. literaturze określanego jako *Behandlungsrecht des Arztes*). Poza tradycyjnymi argumentami poszanowania decyzji w sprawach osobistych pacjenta i swobody dysponowania przez niego własnymi dobrami osobistymi podkreśla się szereg względów praktycznych związanych przede wszystkim z tym, że lekarze czy to ze względów ambicjonalnych, altruistycznych czy nawet finansowych mają skłonność do uznawania wielu zabiegów za potrzebne lub konieczne. Wprowadzenie tej zasady zaburzyłoby relacje między pacjentem a lekarzem, który bowiem pacjent poddałby się leczeniu mając świadomość, że lekarz bez pytania go o zgodę może wykonać każdy zabieg. Z kolei, który lekarz szanowałby wolę chorego mając świadomość, że w razie niepowodzenia w leczeniu ten fakt odwróci się przeciwko niemu. Gdyby dopuścić możliwość działania lekarza wbrew woli chorego, sytuacja byłaby porównywalna do interwencji polegającej na wrywaniu papierosów palaczom dla ich dobra, lub biciu szklanek pijącym wódkę A. Wasek, Prawnokarna problematyka samobójstwa, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 181. Por. też A. Liszewska Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, Zakamycze 1994, s. 66 i n.

²Por. A. Eser, Rechtsfertigung und Entschuldigungsprobleme bei medizinischer Tätigkeit (w: Rechtsfertigung und Entschuldigung Rechtsvergleichende Perspektiven, Freiburg 1988, s. 1450-1451).

chorego najwyższym prawem) stale podkreślają iż prawo do samostanowienia pacjenta w procesie leczenia, powinno być w pełni respektowane³.

Obowiązujące prawo w tym przedmiocie wydaje się być jednoznaczne: leczenie bez zgody pacjenta jest dopuszczalne jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie⁴.

O takich przypadkach mówi się w dwóch rodzajach sytuacji.

Pierwsza dotyczy tzw. przymusu leczenia, przez który należy rozumieć obowiązek poddania się leczeniu obwarowany sankcją zastosowania przymusu bezpośredniego (czyli fizycznego)⁵. Wtedy to odstępuje się od respektowania zasady autonomii jednostki w interesie zdrowia publicznego, praw osób trzecich, czy też dla ochrony samych osób niezdolnych do samostanowienia z powodu wieku lub stanu psychicznego podejmując interwencję psychiczną również wobec sprzeciwu osoby bezpośrednio zainteresowanej⁶. W polskim systemie prawa takich przypadków jest tylko kilka i ich krąg podlega zawężaniu⁷. Wymienić tu można art. 74 § 2 i 3 k.p.k. z 1997 r., art. 117 k.k. w z 1997, art. 118 § 2 k.k. w z 1997 r., art. 13 dekretu o zwalczaniu chorób wenerycznych⁸, art. 7 ustawy o zwalczaniu chorób zakaźnych⁹, art. 26 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi¹⁰, art 17 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii¹¹, art. 27 ustawy o powszechnym obowiązku obrotu,¹² art. 18 i 23, 24, 33 i 34 Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego¹³.

³A. Liszewska. Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, Zakamycze 1994, s. 94.

⁴Również w doktrynie prawa karnego i cywilnego oraz w orzecznictwie sądowym nigdy nie budziło wątpliwości, iż jednym z „pierwotnych” warunków legalności zabiegów leczniczych jest zgoda pacjenta. Podkreśla się to zawsze zarówno w starszej jak i nowszej literaturze przedmiotu. Por. np. S. Wolter Prawo karne, Warszawa 1947, s. 229 („Działanie lekarza wbrew woli pacjenta jest zawsze czynnością bezprawną jako zamach na wolność”). M.Safjan, Prawo i medycyna, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Oficyna Naukowa 1998, s. 34 i n.

⁵Obowiązek ten należy odróżnić od obowiązku poddania się świadczeniom zdrowotnym (np. obowiązkowym szczepieniom), którego egzekwowanie może być jedynie wymuszane za pomocą środków przymusu pośredniego w postaci np. nakładania sankcji pieniężnych por. szerzej m.in. M. Nesterowicz, Prawo medyczne, wyd. III, Toruń 1998, s. 66 i in.

⁶W jednym z raportów WHO sporządzonych w 1975 r. dla Komisji Prawa Człowieka Narodów Zjednoczonych, tłumacząc dopuszczalność stosowania takich środków podkreśla się, że prawo do zdrowia ma dwa aspekty: pozytywny i negatywny. W aspekcie pozytywnym oznacza ono prawo każdego do ochrony zdrowia i zabezpieczenia przed chorobami zakaźnymi. W aspekcie negatywnym zaś prawo to oznacza, że każdy obywatel ma obowiązek poddania się dla zabezpieczenia zdrowia innych środkom przymusowym – Human Rights and Scientific and Technological Developments. United Nations, E/CN.4/1173.

⁷Ostatni przykład zawężenia stanowi wyłączenie w art. 74 § 3 kpk z 1997 r. możliwości pobrania krwi lub innych wydzielin dla celów dowodowych bez zgody podejrzanego.

⁸Dz.U. 1949, Nr 51, poz. 279.

⁹Dz.U. 1963, Nr 50, poz. 279.

¹⁰Dz.U. 1982 Nr 35, poz. 230.

¹¹Ustawa z 24.04.1997 r. Dz. U. Nr. 75 poz. 468.

¹²Ustawa z 21.11.1987 r. tekst jednolity Dz. U. z 1984 Nr. 7 poz. 31.

¹³Ustawa z 19. 08.1994 r. Dz. U. Nr. 111 poz. 535. Czynności lecznicze, stwarzające podwyższone ryzyko dla pacjenta, wymagają jednak jego zgody lub przedstawiciela ustawowego. W świetle rozporządzenia Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej z 4.08.1995 r. w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych wymagających odrębnej zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego (Dz. U. nr 100 poz. 503) dotyczy to punkcji podpotylicznej lub lędźwiowej przeprowadzonej w celu pobrania płynu mózgowo-rdzeniowego lub podania leków, leczenie metodami śpiączkowymi, leczenie elektrowstrząsami. Na marginesie warto podkreślić, że tytuł tego rozporządzenia może wprowadzać w błąd. Nie chodzi tu bowiem o „odrębną” zgodę, lecz fakt, że bez zgody wykonanie takich świadczeń zdrowotnych nigdy nie jest dopuszczalne, podczas gdy inne mogą być stosowane.

Druga sytuacja dotyczy tzw. stanów medycznej konieczności. Przepis art. 33 ustawy o zawodzie lekarza przewiduje, że lekarz może podjąć postępowanie medyczne bez zgody pacjenta, gdy pacjent wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej (zabiegu operacyjnego, lub zmiany zakresu zabiegu operacyjnego lub metody leczenia), a ze względu na stan zdrowia oraz wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym, albo gdy przedstawiciel ustawowy nie wyraża zgody, a proces uzyskiwania zgody sądu opiekuńczego groziłby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia (art. 33 i 34 ust. 7, art. 35). Wskazane wyżej dwie podstawy ustawowe legalności stosowania zabiegów medycznych bez zgody pacjenta wzajemnie się wykluczają. Wyraził to m.in. Sąd Najwyższy w tezie orzeczenia z 21 XII 1971 r.,¹⁴ wydanym jeszcze na tle poprzednio obowiązującego stanu prawnego, która nie straciła również obecnie na aktualności. Z treści jej wynika, że poza przypadkami, kiedy ustawa uprawnia lekarza do stosowania przymusu – nie może on przeprowadzić zabiegu operacyjnego wbrew woli pacjenta. Zabieg operacyjny bez zgody pacjenta, który jej w danej chwili nie może wyrazić (np. nieprzytomnego) jest dopuszczalny tylko wtedy, gdy jego dokonanie nie sprzeciwia się wiadomej lekarzowi woli chorego.

Takie unormowanie kwestii zgody pacjenta na świadczenia zdrowotne ma podwójne konsekwencje.

Z jednej strony lekarz, który uszanuje wolę pacjenta sprzeciwiającego się leczeniu, co do zasady, nie będzie mógł być pociągnięty do odpowiedzialności ani za przestępstwo nieudzielenia pomocy człowiekowi znajdującemu się w stanie niebezpieczeństwa (art. 162 k.k.), ani za ewentualny skutek, który w następstwie jego zaniechania nastąpił (wtedy, gdy miał on pozycję gwaranta, którego obowiązkiem było zapobieżenie skutkowi)¹⁵.

Z drugiej strony lekarz, który bez zgody pacjenta udzieli świadczenia medycznego, podlegać będzie odpowiedzialności karnej. Podstawy tej odpowiedzialności mogą być jednak zróżnicowane w zależności od rodzaju wykonanego bez zgody świadczenia. W przypadku zabiegu leczniczego lekarz będzie odpowiadał z przepisu art. 192 k.k. z 1997 r. (o ile pokrzywdzony złoży wniosek o ściganie). W przypadku zaś innego świadczenia medycznego tzn. nie mającego charakteru terapeutycznego, może ponieść odpowiedzialność z jednego z przepisów k.k. za przestępstwo przeciwko

¹⁴II CR 481/71 OSPIKA 1973 z. 4, poz. 77, s. 179. W sprawie tej pacjent domagał się odszkodowania od lekarza udzielającego pierwszej pomocy za to, że szanując jego wolę nie ratował nogi zagrożonej amputacją, lecz po podjęciu niezbędnego zabezpieczenia rany odesłał pacjenta zgodnie z jego życzeniem do bardziej wyspecjalizowanej jednostki. W orzeczeniu tym równocześnie Sąd Najwyższy dopuścił stosowanie przepisu art. 754 *in fine* k.c. dotyczącego prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia, w konsekwencji czego przyjął, że jeżeli wola chorego sprzeciwiałby się ustawie lub zasadom współżycia społecznego (co nie miało miejsca w badanej sprawie), lekarz mógłby podjąć leczenie, zaznaczając równocześnie, że przepis ten nie nakłada obowiązku działania wbrew woli sprzecznej z zasadami współżycia społecznego, lecz jedynie daje upoważnienie.

¹⁵J. Makarewicz gdy twierdził, że przestępstwo z art. 247 k.k. z 1932 r., którego art. 162 z 1997 r. jest odpowiedzialnikiem, pozostaje w związku z zasadą solidaryzmu przyjętą przez kodeks karny przy sformułowaniu pomocy koniecznej. J. Makarewicz Kodeks karny z komentarzem. Lwów 1938 s. 554. Dodać można, że działanie wbrew woli jednostki zasadzie tej przeczy.

wolności lub przeciwko życiu lub zdrowiu i to zwykle niezależnie od woli pacjenta co do wszczęcia postępowania karnego¹⁶.

Warto zwrócić uwagę, że np. w austriackim kodeksie karnym, który zawiera w art. 111 § 1 podobną do art. 192 polskiego k.k. kryminalizację samowolnego leczenia, przepis będący odpowiednikiem art. 33 ustawy o zawodzie znajduje się w samym kodeksie karnym (art. 111 § 2¹⁷). Jednocześnie również w austriackiej doktrynie prawa karnego jest sprawą bezsporną, że na powyższy stan konieczności, nie może powoływać się lekarz podejmujący ratujące życie postępowanie (np. amputację kończyny) w sytuacji, gdy jest świadom tego, iż pacjent wtedy, gdy jeszcze był przytomny, wyraźnie nie wyraził na to zgody. Odpowiedzialność karną z tego przepisu poniesie lekarz również w przypadku, gdy wskutek jego samowolnego działania doszło rzeczywiście do uratowania życia pacjenta¹⁸.

Analogiczne stanowisko, że lekarza co do zasady obowiązuje zakaz przymusowego leczenia, wyrażane jest również w literaturze niemieckiej, pomimo iż brak jest w obowiązującym tam prawie oddzielnej kryminalizacji samowolnego leczenia¹⁹. Podkreśla się tam równocześnie, że zakaz ten obowiązuje także, gdy pacjent poprzez odmowę poddania się zalecanej operacji, zażywania przepisanych mu leków lub przyjmowania pożywienia chce zakończyć swe życie. W takim przypadku lekarz nie może być pociągnięty do odpowiedzialności z art. 323c niemieckiego kodeksu karnego za nieudzielenie pomocy²⁰.

¹⁶Warto na marginesie zaznaczyć, że wprowadzenie tego przepisu spowodowało częściowe rozstrzygnięcie toczących się w poprzednim stanie prawnym sporów, czy wykonanie *lege artis* zabiegu lekarskiego bez zgody pacjenta powinno być kwalifikowane również jako przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Dokładne omówienie poglądów na ten temat wyrażanych w literaturze polskiej i niemieckiej w kontekście rozważań nad problemem pierwotnej lub wtórnej legalności zabiegów lekarskich przedstawia A. Liszewska. Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, Zakamycze 1994, s. 65 i nast. Rozstrzygnięcie to ma charakter tylko częściowy, bowiem przepis art. 192 k.k. dotyczy wyłącznie zabiegu leczniczego. Ponadto podmiotem tego przestępstwa nie musi być lekarz (chory jest pacjentem również dla pielęgniarki lub salowej), a charakter „leczniczy” zabiegu nie wydaje się zależeć od tego, czy dokonuje go lekarz, czy też inna osoba. Problem więc, jak kwalifikować z punktu widzenia prawa karnego, dokonany bez zgody pacjenta zabieg nieterapeutyczny pozostaje nadal otwarty. A. Liszewska, która rozpatruje tę kwestię tylko w odniesieniu do lekarza, skłonna jest uzależniać odpowiedź na to pytanie od tego co uznamy za podstawę legalności nieterapeutycznych zabiegów lekarskich. O ile zajmujemy stanowisko, że takie zabiegi są legalne tylko wtedy, gdy jest ustawowe przyzwolenie, to jej zdaniem wykonanie zabiegu bez zgody będzie podlegało kwalifikacji z przepisów o przestępstwach przeciwko wolności. W przypadku zaś, gdy uznamy, że podstawę legalności zabiegu nieterapeutycznego stanowi pozaustawowy kontrakt, to wówczas brak zgody nie tylko delegalizuje taką czynność, lecz ponadto sprawia, że jej wykonanie w takich warunkach staje się zamachem na inne niż wolność dobra prawne i powinno być kwalifikowane jako przestępstwo przeciwko zdrowiu A. Liszewska. Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, Zakamycze 1994, s. 97. i.nast.

¹⁷Przepis ten różni się od art. 33 ustawy przede wszystkim tym, że przyjmuje, iż na omawiany stan konieczności nie może powoływać się lekarz, gdy niebezpieczeństwo, że zwłoka narazi życie lub zdrowie chorego na niebezpieczeństwo nie istniało, a lekarz przy dołożeniu należytej staranności mógł sobie to uświadomić.

¹⁸Por. O. Leukauf, H. Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3 wyd., Prugg Verlag Eisenstadt 1992 s. 663 oraz wskazana tam literatura.

¹⁹Warto wspomnieć, że już w latach dwudziestych proponowano wprowadzenie kryminalizacji samowolnego leczenia. Por. J. Heimberger Arzt und Strafrecht(w;) księdze pamiątkowej dla R.von Frank, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Tübinger 1930 r. s. 406. i n.

²⁰„Dieses Verbot gilt auch dann, wenn der Patient eine erforderliche Operation, Medikamente oder Nahrung verweigert und auf diese Weise sein Leben beenden will”. Der Arzt kann auch nicht wegen unterlassener Hilfeleistung gemäss par. 323 c StGB bestraft werden. por. G. Brenner, Arzt und Recht. Gustav Fischer Verlag, Stuttgart, New York 1983 s. 41.

Tak więc z punktu widzenia prawa karnego sytuacja wydaje się być jednoznaczna.

2. Należy podkreślić, że pomimo iż w Kodeksie Etyki Lekarskiej wyeksponowana jest zasada *salus aegroti suprema lex* (por. art. 2), problemowi zgody pacjenta na świadczenia zdrowotne zarówno ten kodeks jak i najnowsze ustawy z zakresu prawa medycznego poświęcają szczególnie dużo miejsca²¹. Wiąże się to być może częściowo z potrzebą reakcji na stan prawny poprzednio obowiązujący, związany z niefortunnym uregulowaniem tej kwestii w ustawie o zawodzie lekarza z 1950 r. Wprawdzie na tle tej ustawy nie kwestionowano generalnie potrzeby uzyskiwania zgody na świadczenia medyczne, niemniej utarły się różne, częściowo nieprawidłowe praktyki co do tego, przy jakiego rodzaju świadczeniach wymagana jest oddzielna zgoda oraz jaka powinna być jej forma²².

Prześledźmy obecnie, w jakim kontekście uregulowania dotyczące prawa do samostanowienia pacjenta zawierają obowiązujące przepisy.

Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej z 1991 r. mówi o obowiązku zgody w części dotyczącej uregulowań praw pacjenta. W świetle rozdziału 1a tejże ustawy w brzmieniu ustawy z 20.06.1997 r. (Dz.U. nr 104 poz. 661)²³ pacjent ma m.in. prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji (art. 19 ust. 1 pkt. 3), z wyjątkiem świadczeń zdrowotnych, których udzielanie bez zgody pacjenta regulują odrębne przepisy (art. 19 ust. 2). O zgodzie [pacjenta lub przedstawiciela ustawowego albo opiekuna faktycznego mówi się też w kontekście przyjęcia do szpitala (art. 21 ust. 1 ww. ustawy)]. Ustawa o zawodzie lekarza z 1996 r. przewiduje rozbudowane prze-

²¹Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej z 1991 r. mówi o tym w kontekście praw pacjenta. W świetle rozdziału 1a tejże ustawy w brzmieniu ustawy z 20.06.1997 r. (Dz.U. nr 104 poz. 661) pacjent ma m.in. prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji (art. 19 ust. 1 pkt. 3), z wyjątkiem świadczeń zdrowotnych, których udzielanie bez zgody pacjenta regulują odrębne przepisy (art. 19 ust.2). O zgodzie (pacjenta lub przedstawiciela ustawowego albo opiekuna faktycznego) mówi się też w kontekście przyjęcia do szpitala (art. 21 ust.1 w.w. ustawy). Ustawa o zawodzie lekarza z 1996 r. przewiduje rozbudowane przepisy dotyczące zgody pacjenta (w tym również substytucyjnej i równoległej) w rozdziale o wykonywaniu zawodu lekarza (art. 32, 34) oraz eksperymentach medycznych (art. 25, 27).

²²Ustawa ta w art. 17 *explicitie* przewidywała bowiem obowiązek zgody chorego (lub wypadku gdy jest on małoletni albo dotknięty chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym, zgody ustawowego przedstawiciela bądź opiekuna faktycznego) jedynie na dokonanie zabiegu operacyjnego. Wprawdzie w środowiskach prawniczych nie budziła wątpliwości również konieczność uzyskiwania zgody na innego typu zabiegi, co wynikało z konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia i nietykalności cielesnej (art. 87 pkt.1 Konstytucji z 1952 r. por. m.in. A. Zoll, Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1988, s. 17). Niemniej jednak powołany wyżej przepis ustawy o zawodzie lekarza w środowiskach medycznych był nieraz rozumiany w ten sposób, że uzyskiwanie zgody na inne działania lekarskie nie jest konieczne. Warto przypomnieć, iż na gruncie tej ustawy wytworzyła się także w przypadku leczenia szpitalnego nieprawidłowa praktyka tzw. blankietowej zgody na proponowane leczenie (i ewentualny zabieg operacyjny), bez precyzowania o jakie konkretnie działania diagnostyczne lub lecznicze chodzi. Zgody takiej pacjent udzielał w trakcie przyjmowania go do szpitala w formie podpisu na specjalnym formularzu historii choroby. Formularz ten zawierał zdanie następującej treści: „Zgadzam się na proponowane leczenie i zabieg operacyjny”. Pacjent, który zazwyczaj nie zawsze wczytywał się w treść przedstawionego mu do podpisu formularza, często był przekonany, że wyraża zgodę jedynie na pozostanie w szpitalu. Praktyka zgody blankietowej była krytykowana jako niesłusznie stawiająca znak równości między zgodą na przyjęcie do szpitala, a stosowanym tam leczeniem. Dobitnie podkreślił to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 XI 1972I CR 403/72 wyrażając pogląd, że brak sprzeciwu pacjenta lub złożony przez niego podpis na dokumencie stwierdzającym historię choroby nie może być traktowany jako zgoda na zabieg. Podkreślano ponadto konieczność uzyskiwania dodatkowej zgody na badania diagnostyczne o ponadprzeciętnym ryzyku oraz na proponowaną formę leczenia.

²³Dz. U. Nr 104 poz. 661.

pisy dotyczące zgody pacjenta (w tym również substytucyjnej i równoległej) w rozdziale o wykonywaniu zawodu lekarza (art. 32, 34) oraz eksperymentach medycznych (art. 25, 27).

Należy podkreślić, że również sposób ujęcia obowiązku informowania pacjenta w obowiązującym prawie medycznym wyraźnie wydaje się wskazywać na to, iż zasadniczym celem tych przepisów jest stworzenie pacjentowi warunków do świadomego podejmowania decyzji w procesie leczenia, a nie wyłącznie doprowadzenie do jego współdziałania niezbędnego dla realizacji celów terapeutycznych²⁴. O takim charakterze obowiązku informowania świadczy m.in. treść art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza, a także art. 13 i 16 KEL, z których wynika, że informacja powinna obejmować nie tylko dane o stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych metodach diagnostycznych i leczniczych, lecz również innych możliwych metodach, a także o dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania lub zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu.

O przywiązywaniu dużej wagi przez ustawodawcę i środowisko lekarskie do prawa do samostanowienia pacjenta świadczyć może ponadto fakt warunkowego ujęcia tzw. przywileju terapeutycznego²⁵ w przepisie art. 31 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza oraz art. 17 KEL, z którego wynika, że w sytuacji, gdy rokowanie jest niepomyślne, a pacjent wyraźnie żąda pełnej informacji o stanie zdrowia, lekarz ma obowiązek jej udzielenia, co należy rozumieć w ten sposób, że obowiązek ten istnieje nawet gdyby to mogło niekorzystnie odbić się na stanie jego zdrowia psychicznego.

Warto zwrócić uwagę, że również w Kodeksie Etyki Lekarskiej dużo miejsca poświęca się kwestii zgody pacjenta (art. 15, 16, 17, 42, 43, 44, 50), czy też respektowaniu przez lekarza świadomego udziału pacjenta w podejmowaniu podstawowych decyzji lekarskich dotyczących jego i zdrowia (art. 13).

Niemniej jednak silnie podkreśla się równocześnie prawo do samostanowienia lekarza rozumiane jak konieczność poszanowania jego autonomii zawodowej. W myśl art. 4 tego kodeksu dla wypełniania swoich zadań lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych zgodnie ze swoim sumieniem i współczesną wiedzą medyczną (art. 4). Artykuł 6 stanowi, że lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Podkreśla się także, że decyzja o zaprzestaniu reanimacji należy do lekarza i jest związana z oceną szans leczenia (art. 31), że w swych relacjach z personelem medycznym i pomocniczym lekarz powinien pamiętać, że jedynie on ma prawo podejmowania decyzji związanych z prowadzonym przez niego leczeniem (art. 57), a w przypadku gdy jest lekarzem urzędu państwowego, samorządowego lub jakiegokolwiek innej instytucji pu-

²⁴W niemieckiej literaturze przedmiotu określa się pierwszy rodzaj zgody jako „*Selbestimmungsaufklärung*”, drugi zaś jako „*therapeutischer Aufklärung*”. Por. A. Eser, *Rechtfertigung und Entschuldigungsprobleme bei medizinischer Tätigkeit* (w: *Rechtfertigung und Entschuldigung Rechtsvergleichende Perspektiven*, Freiburg 1988, s. 1450.

²⁵Słusznie podkreśla się, że nazwa „przywilej terapeutyczny” lekarza jest myląca i proponuje się stosować w takich wypadkach nazwę „*Fursorgeprinzip*” Por. A. Eser, *Rechtfertigung und Entschuldigungsprobleme bei medizinischer Tätigkeit* (w: *Rechtfertigung und Entschuldigung Rechtsvergleichende Perspektiven*, Freiburg 1988, s. 1452.

blicznej lub prywatnej, powinien rzetelnie wypełniać zobowiązania zaciągnięte wobec tych instytucji, jednak nie powinien spełniać poleceń pracodawcy sprzecznych z zasadami etyki i deontologii lekarskiej (art. 60).

Klauzulę sumienia zawiera też ustawa o zawodzie lekarza (art. 39), w myśl której lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem wypadków nie cierpiących zwłoki w rozumieniu art. 30.

To akcentowanie wolności lekarza w zakresie decydowania w sprawach leczenia i to nie tylko zgodnie z wymogami wiedzy medycznej ale i własnym sumieniem, nieraz środowisko lekarskie przeciwstawia prawu pacjenta do samostanowienia, wydając się nie dostrzegać złożoności tego zagadnienia.

Prawo pacjenta do samostanowienia ma bowiem dwa aspekty: negatywny i pozytywny. W aspekcie pozytywnym przejawia się ono w kierowaniu pod adresem lekarza żądania wykonania określonego świadczenia medycznego lub zastosowania określonej metody lub środka medycznego. Takie życzenie pacjenta powinno być przez lekarza rozważone ale niekoniecznie uwzględnione, zwłaszcza gdy wg jego osądu pozostawałoby w kolizji ze wskazaniami wynikającymi z wiedzy medycznej.

Odmienne sytuacja przedstawia się w przypadku, gdy mamy do czynienia z prawem do samostanowienia pacjenta w jego aspekcie negatywnym. Lekarz powinien zawsze być związany brakiem zgody pacjenta na określone świadczenie medyczne i poza przypadkami wyraźnie określonymi w ustawie, nie ma prawa działać wbrew jego woli, pod groźbą wspomnianej już odpowiedzialności karnej z art. 192 k.k. lub innego przepisu kodeksu karnego, a także odpowiedzialności zawodowej.

3. O ile nie budzi wątpliwości fakt, że dla pierwotnej legalności świadczenia zdrowotnego konieczna jest, co do zasady, zgoda pacjenta, o tyle duże rozbieżności poglądów można obserwować wobec tego, czy w ogóle, a jeśli tak to na jakiej podstawie prawnej, bezprawność czynności lekarskich przeprowadzonych bez zgody pacjenta może być uchylona. Czyli ewentualnie w jakich warunkach zabieg wbrew woli może być wtórnie zalegalizowany.

W literaturze wiele kontrowersji budzi w szczególności kwestia, czy lekarz podejmujący działania lecznicze wbrew woli pacjenta może zwolnić się od takiej odpowiedzialności karnej w powołaniu się na ogólną instytucję stanu wyższej konieczności lub inną konstrukcję prawną wyłączającą taką odpowiedzialność²⁶. Obecnie wydaje się dominować przekonanie, że odpowiedź na to pytanie powinna być negatywna²⁷, aczkolwiek poglądy na ten temat podlegały charakterystycznej ewolucji, a w swej skrajnej postaci dopuszczały nawet przeprowadzenie opłacalnego społecznego przymusowego zabiegu na rzecz osoby trzeciej²⁸.

²⁶Np. przeważającego interesu (samej osoby odmawiającej zgody lub też interesu osoby trzeciej), normie etycznej, która pozwalałaby nie uwzględnić sprzeciwu pacjenta, *negotium gestio*. Por. szerzej M. Safjan, Prawo medyczne. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Oficyna Naukowa. Warszawa 1998, s. 60 I n. oraz wskazana tam literatura.

²⁷Z ostatnich publikacji por. A. Liszewska, Odpowiedzialność karna a błąd w sztuce lekarskiej. Zakamycze 1998 s. 95. M. Safjan, Prawo medyczne. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Oficyna Naukowa. Warszawa 1998 s.61. oraz wskazana tam literatura.

Z pozoru mogłoby się wydawać, że jeśli pacjent zdolny do wyrażenia ważnej zgody sprzeciwia się zabiegowi medycznemu, to lekarz np. wykonując wbrew jego woli niezbędną dla ratowania jego życia operację może powołać się na ogólny stan wyższej konieczności poświęcając jego prawo do samostanowienia. Obiektywnie rzecz biorąc społecznie opłacalne będzie poświęcenie tego prawa dla ratowania dobra uznawanego za oczywiście większej wartości w postaci życia lub zdrowia.

Takie stanowisko jest nie do zaakceptowania i to z kilku względów różnej natury.

Po pierwsze, jest nie do pogodzenia z potrzebą poszanowania prawa do samostanowienia pacjenta. Słusznie podkreślał J. Sawicki, że uznanie iż art. 22 k.k. (z 1932 r., obecny art. 26 k.k.-EZ) o zasadach dotyczących stanu wyższej konieczności, odnosić się może bez żadnych zastrzeżeń do zabiegów leczniczych, czyni uprawnienie pacjenta do autonomicznej decyzji w praktyce iluzoryczne i fikcyjne²⁹. W jego ocenie przepis szczególnie o „stanie konieczności” zawarty w art. 17 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza z 1950 r. (jego odpowiednikiem jest obecnie art. 33 ustawy o zawodzie lekarza z 1996 r.) wyklucza w innych niż przewidziane tam wypadki możliwość powołania się na ogólną zasadę o stanie wyższej konieczności³⁰.

Po drugie jest nie do przyjęcia z uwagi na ryzyko wystąpienia zjawiska „równi pochyłej”. Przy przeciwnym założeniu – pisze A. Wąsek – przymus leczenia stałby się w praktyce działalnością placówek służby zdrowia regułą, a nie wyjątkiem, który za każdym razem powinien być sankcjonowany przez odnośny akt prawny³¹.

Po trzecie, jest nie do zaakceptowania ze względu na potrzebę ochrony bezpieczeństwa prawnego lekarzy. Gdyby przyjąć możliwość powoływania się przez personel medyczny na stan wyższej konieczności, to lekarz, jak podnosi A. Zoll „decydowałby o losie pacjenta w sposób bezwzględny. Żaden lekarz, nie zechciałby przyjąć na siebie takiej odpowiedzialności. Przeniesienie ciężaru podjęcia decyzji na pacjenta prowadzi do pewnego rozłożenia odpowiedzialności między lekarza i samego pacjenta, a tym samym stanowi odciążenie dla lekarza”³².

Po czwarte, takie stanowisko nie powinno być uznawane, bo stwarza poważne niebezpieczeństwo instrumentalnego traktowania życia i zdrowia osoby chorej, a w konsekwencji może prowadzić do zaburzenia prawidłowych relacji między lekarzem i pacjentem. Traktowanie lekarza jako obrońcy interesu społecznego pisze,

²⁸Zdaniem np. E. Belinga. (wyrażonym w „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme unde Unterlassung operativer Eingriffe”, Zeitschrift für Gesamte Strafrechtswissenschaft, 1924, Nr. 2, s. 236) nie jest sprzeczna z prawem ratująca życie operacja przeprowadzona w sytuacji wyraźnego sprzeciwu pacjenta gdy bez jej przeprowadzenia nieuchronnie nastąpiłaby jego śmierć. Również bez potrzeby uwzględniania zgody pacjenta lub jego sprzeciwu jest dopuszczalny (*statthaft*) zabieg operacyjny (zgodnie z teorią ważenia dóbr *Güterabwägungstheorie*), gdy stanowi on jedyny i równocześnie łagodniejszy środek dla rozwiązania sytuacji stanu konieczności (*Notstand*), np. kiedy w konkretnym przypadku wystąpił stan takiej kolizji interesów, że bez zabiegu lekarskiego dokonanego na jednej osobie druga osoba doznałaby zła, znacznie większego w porównaniu z wynikiem operacji i nie dającego się uniknąć w inny prawnie rozwiązywalny sposób.

²⁹J. Sawicki, Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa, PZWL Warszawa 1964 s. 51.

³⁰J. Sawicki, Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa, PZWL, Warszawa 1964 s. 50.

³¹A. Wąsek, Prawnokarna problematyka samobójstwa, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982 s. 149.

³²A. Zoll, Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1988 s. 18.

A. Zoll, jest bardzo groźne i przypomina wręcz pozycję, jaką przyznano lekarzom niemieckim w III Rzeszy. Jeżeli pacjent widzi w lekarzu rzecznika dobra ogólnego, to takie traktowanie zawodu lekarza przekreśla możliwości oddania się przez jednostkę z pełnym zaufaniem pod opiekę lekarską³³.

Po piąte, przeciwko możliwości powoływania się przez lekarza na stan wyższej konieczności przemawia kilka argumentów odwołujących się do funkcji oraz ujęcia prawnego samej tej instytucji. Zdaniem S. Śliwińskiego ratowanie cudzego dobra nie powinno mieć miejsca, gdy zainteresowany sprzeciwia się temu, bowiem prawo karne nie przyjmuje zasady uszczęśliwiania ludzi wbrew ich woli³⁴. Nie zachodzi działanie w stanie wyższej konieczności, gdy podmiot ratowanego dobra nie życzy sobie utrzymania tego dobra³⁵. Można też spotkać się ze stanowiskiem, że gdy chodzi o dwa kolidujące dobra tej samej osoby, nie można stosować do nich instytucji stanu wyższej konieczności³⁶.

Warto na marginesie zaznaczyć, że podobne stanowisko co do wykluczenia możliwości powoływania na stan wyższej konieczności dla działań medycznych podjętych wbrew woli pacjenta wydaje się też dominować w doktrynie niemieckiej³⁷. Podnosi się przy tym, że państwo nie zabrania nikomu popełnić samobójstwa, okaleczyć się czy nabawić choroby, nie może więc zmuszać nikogo do leczenia³⁸.

4. Przykłady z życia wskazują, że odmowa leczenia może dotyczyć różnych sytuacji. Najczęściej chodzi o niewyrażenie zgody na określoną metodę diagnostyki lub terapii np. poddania się zabiegowi operacyjnemu lub leczeniu krwią jak w przypadku Świadców Jehowy. Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie lekarza normami prawnymi i deontologicznymi w razie niewyrażenia przez pacjenta zgody na proponowane postępowanie, lekarz powinien wolę pacjenta uwzględnić, lecz ma obowiązek nadal, w miarę możliwości, otaczać go opieką lekarską (art. 15 KEL). Należy

³³A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1988 s. 18

³⁴J. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 194.

³⁵S. Śliwiński *Prawo karne*, Warszawa 1946 s. 171

³⁶Tak J. Heimberger cyt. za. Sawicki, *Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa*, PZWL Warszawa 1964 s. 51 przypis 10. Wydaje się, że do tej sytuacji może odnosić się to co W. Wolter w innym kontekście, nazywa „wewnętrzną kolizją interesów” różną od normalnej kolizji gdyż rozgrywa się w obrębie tego samego dzierżyciela. S. Wolter: *Zarys systemu prawa karnego cz. ogólna*, t. 1 Kraków 1933 s. 148. J. Makarewicz dostrzegając specyfikę takich sytuacji krytycznych pozostających w związku z wyższą koniecznością (ale nią nie będących z uwagi na identyczność osoby pokrzywdzonej i ratowanej uznaje za wskazane stworzenie osobnych wyjątków co do karygodności w części szczególnej k.k. J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914 s. 177.

³⁷Chodzi o stan wyższej konieczności określony w art. 34 niemieckiego kodeksu karnego. Jako przykład sytuacji, gdy jest to niedopuszczalne podaje się przerwanie ciąży zagrażającej życiu kobiety w ciąży, wbrew jej woli (wypełniającego ustawowe znamiona par. 218 a) czy też przymusowe umieszczenie w klinice osoby cierpiącej na chorobę zagrażającą jej życiu T. Leuckner (w:) s. 568 oraz A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24 wyd. C.H. Beck, München 1991. Komentarz do par. 34 niemieckiego k.k., s. 568.

³⁸Tak S. Popower, *Lekarz w Encyklopedii Prawa Karnego 1938*, s. 821, Co spotykało się z kontrargumentem, że wola śmierci danej osoby nie jest wiążąca dla osób trzecich E. Beling, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme unde Unterlassung operativer Eingriffe*, „Zeitschrift für Gesamte Strafrechtswissenschaft”, 1924, Nr. 2, s. 236.

przy tym podkreślić, że z wyjątkiem sytuacji, gdy odmowa leczenia przy pomocy określonej metody wynika z zasad religijnych, są zazwyczaj duże szanse na to, że stanowisko pacjenta w sprawie leczenia ulegnie zmianie. Dlatego też rzeczą niezmiernie ważną jest aby lekarz przekonany o tym, że proponowane leczenie leży w najlepiej rozumianym interesie pacjenta, podejmował kolejne próby przekonania go co do zalecanej metody leczniczej. Często bowiem decyzja negatywna pacjenta wynika z braku pełnej informacji co do istoty zalecanej metody, jej zalet i wad w stosunku do metod alternatywnych, z obawy, czy też z braku zaufania do lekarza, które to braki i przeszkody mogą w miarę rozwoju wzajemnych relacji zostać usunięte.

Odmienne częściowo problemy rodzi sytuacja, gdy pacjent odmawia w ogóle leczenia np. po nieudanym zamachu samobójczym lub w stanie terminalnym. Dalsze rozważania ograniczymy do omówienia powinności lekarza w tych dwóch sytuacjach.

W związku z **pacjentem po nieudanym zamachu samobójczym**, nasuwa się następująca refleksja. Zamach samobójczy wydaje się być najbardziej wyraźną manifestacją woli śmierci. Rodzi się więc pytanie, czy znajdująca wyraz w targnięciu się na własne życie wola śmierci powinna być respektowana również wtedy, gdy skutek śmiertelny nie nastąpił. Innymi słowy, jakie są powinności lekarza wobec pacjenta niedosłego samobójcy. Czy i w jakich warunkach lekarz ma obowiązek jego ratowania, a w konsekwencji, czy i ewentualnie w jakim przypadku może być pociągnięty do odpowiedzialności za nieudzielenie mu pomocy.

Należy przypomnieć, iż z punktu widzenia prawnego w przypadku niedosłego samobójcy mamy najczęściej do czynienia z sytuacją, że człowiek znajduje się w położeniu grożącym niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W razie więc zaniechania udzielenia pomocy lekarz (podobnie jak i inna osoba, mogąca tej pomocy udzielić) może być pociągnięty do odpowiedzialności z art. 162 k.k. W przypadku natomiast, gdy osobą nie udzielającą pomocy jest np. lekarz pogotowia ratunkowego, lekarz w szpitalu, lekarz rodzinny lub inny lekarz, którego możemy uznać za gwaranta, to osoba ta będzie pociągnięta do odpowiedzialności za skutek, który wyniknie z jej beczynności (pod warunkiem istnienia więzi przyczynowej pomiędzy jej uchyleniem się od obowiązku zapobieżenia skutkowi, ewentualnie obiektywnego przypisania takiej osobie sprawstwa).

W polskiej literaturze prawniczej silnie reprezentowany jest pogląd, że każdy, a więc również, a nawet w szczególności lekarz, może być pociągnięty do odpowiedzialności za zaniechanie udzielenia pomocy niedosłemu samobójcy nawet gdy ten wyraźnie wyraził wolę nieratowania go³⁹. Wskazuje się przy tym na różne podstawy takiego obowiązku działania (kontratyp działania w ramach uprawnień, zwyczajowo przyjęte zasady współżycia społecznego, dorozumiana zgoda pokrzywdzo-

³⁹Taki pogląd reprezentowany jest również w orzecznictwie sądów niemieckich, do czego krytycznie ustosunkowuje się część przedstawicieli doktryny. Por. szerzej A. Eser oraz wskazana tam literatura i orzecznictwo. A. Eser, *Rechtfertigung und Entschuldigungsprobleme bei medizinischer Tätigkeit (w:) Rechtsfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektive*, red. A. Esert. II., Freiburg 1988, s. 1472 i n.

nego, stan wyższej konieczności⁴⁰. Poważnie rozpatruje się też, jak daleko idący jest obowiązek narażenia życia lub zdrowia lekarza w sytuacji niesienia pomocy samobójcy, który „broni się zaciekle” przeciwko ratowaniu go⁴¹. Dostrzegając niekonsekwencję tego stanowiska wobec zakazu podejmowania przymusowych czynności leczniczych w stosunku do osób chorych, którzy nie poddając się leczeniu, świadomie doprowadzają się do śmierci, podejmuje się mało przekonującą próbę rozgraniczenia czynności leczniczych od ratowniczych i dopuszczenia stosowania instytucji stanu wyższej konieczności dla uzasadnienia prawności tych ostatnich⁴².

Silnie też reprezentowany jest pogląd, że z tą niekonsekwencją trzeba żyć, bowiem każda zmiana dotychczasowego, być może powodującego nieukontentowanie rozwiązania prawnego, przyniosłaby szkodliwe społecznie następstwa w dziedzinie ochrony życia i zdrowia obywateli.⁴³

Z twierdzeniem tym trudno się zgodzić, zwłaszcza, że nikt nie poddaje go weryfikacji. Będąc cynicznym, można by argumentować, że być może świadomość kandydatów na samobójców, że zawsze będą ratowani, ułatwia im podjęcie decyzji, wtedy gdy zamach na życie stanowi formę moralnego szantażu. Być może zmiana stanowiska doktryny i jasny przekaz prawa, że nikt, w tym również lekarz, nie ma obowiązku ratowania samobójcy, przyczyniłby się do eliminacji strategicznych zamachów na życie.

Stwierdzenie to nie oznacza jednak, iż zalecić należy przyjęcie zasady, że w żadnej sytuacji samobójca nie powinien być ratowany. Przede wszystkim nie może to dotyczyć osób małoletnich, chorych psychicznie lub popełniających samobójstwo w stanie zaburzeń psychicznych, w rozumieniu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (tj. wyrażających się w innych zachowaniach niż zamach na życie).

Ponadto w moim przekonaniu w przypadku zamachów samobójczych osób dorosłych lekarz ma obowiązek ratowania im życia zawsze w sytuacji, gdy niedoszły samobójca jest nieprzytomny, a wcześniej nie wyraził jasno swego stanowiska co do tego, czy chce być ratowany. Lekarz nie może bowiem z góry zakładać istnienia znaku równości między targnięciem się na życie, a brakiem zgody na czynności ratownicze.

Jak już wspomniano, nie zawsze targnięcie się na życie jest wyrazem woli śmierci. Nieraz chodzi o zwrócenie na siebie uwagi otoczenia, stanowi dramatyczne wołanie o pomoc i zainteresowanie, bądź próbę szantażu. W takiej sytuacji niedoszły samobójca liczy na to, że zostanie uratowany. Takie przypadki są też z punktu wi-

⁴⁰Pogląd ten w polskiej literaturze przedmiotu reprezentował J. Sawicki, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielania pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 92, A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961 s. 57, a także A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 132 i n, oraz J. Warylewski, *Państwo i Prawo*, W sprawie prawnokarnego postrzegania eutanazji, 1999, Nr. 3.

⁴¹A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 126.

⁴²A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 149.

⁴³A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 151 n, oraz cytowana tam literatura.

dzenia medycyny sądowej (chodzi o techniki popełnienia samobójstwa) stosunkowo łatwe do rozpoznania.

Lekarz więc powinien zmierzać do udzielenia w takich wypadkach niedoszłemu samobójcy pomocy wg swej najlepszej wiedzy, kierując się jednak zawsze zasadą: „dobro pacjenta najwyższym prawem”, która nie zawsze nakazuje ratować życie za wszelką cenę. Można zastanawiać się z związku z tym, czy i ewentualnie w jakich przypadkach, wolno by przyjąć dorozumianą wolę samobójcy nieratowania go. Dotyczyłoby to zwłaszcza sytuacji, z jednej strony tzw. racjonalnych samobójstw np. osób nieuleczalnie chorych, z drugiej zaś strony tych przypadków, w których są wprawdzie duże szanse na to, iż niedoszły samobójca po przeprowadzeniu akcji ratowniczej przeżyje zamach, lecz równocześnie jest nieuniknione jego poważne kalectwo, a zwłaszcza upośledzenie umysłowe (częste np. przy samobójstwie za pomocą nadużycia leków).

Nie powinno natomiast budzić wątpliwości, że w przypadku, gdy po zamachu samobójczym dorosła osoba jest przytomna i wyraża zdecydowaną wolę aby jej nie ratować, lekarz na zasadach ogólnych powinien uszanować jej decyzję i wstrzymać się od jakichkolwiek działań z nią sprzecznych.

Podobnie należy traktować sytuację, gdy niedoszły samobójca jest nieprzytomny lecz przed zamachem na swoje życie wyraził, w sposób nie budzący wątpliwości, swą wolę co do niepodejmowania akcji ratowniczej, w wypadku gdyby przeżył zamach.

Jak już bowiem podkreślano, nikt nie może być karany za nieudzielenie pomocy w sytuacji, gdy osoba znajdująca się w niebezpieczeństwie z takich, czy innych względów świadomie ją odrzuca.

5. Kolejny problem nasuwa się w związku z powinnościami lekarza wobec **pacjenta w stanie terminalnym**.

Słusznie zauważa się, że znane współczesnej medycynie możliwości manipulowania śmiercią oznaczają potrzebę nie tylko ochrony przed umyślnym skróceniem życia lecz również ochrony przed „przymusem jego przedłużania (presją na jego przedłużanie)⁴⁴.

W mojej ocenie determinujące znaczenie dla oceny jego postępowania w świetle przepisów prawno-karnych powinny mieć uregulowania dotyczące praw pacjenta zawarte w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej. Przepisy o zawodzie lekarza oraz uregulowania kodeksu etyki lekarskiej, a w szczególności art. 29-31 tego kodeksu.

Zacznijmy od tych ostatnich przepisów. Dotyczą one trzech sytuacji. Po pierwsze, art. 30 KEL przewiduje, że lekarzowi nie wolno stosować eutanazji. Niestety KEL nie określa, co się pod tym pojęciem rozumie. Termin „eutanazja” nie jest również zdefiniowany w prawie, niemniej jednak funkcjonuje w języku prawniczym określenie „zabójstwo eutanatyczne” dla stanu faktycznego przestępstwa zawartego w art. 150 k.k.

⁴⁴A. Eser, Rechtfertigung und Entschuldigungsprobleme bei medizinischer Tätigkeit (w:) Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektive, red. A. Eser, II., Freiburg 1988, s. 1463.

Również brak jest definicji normatywnej „stanu terminalnego”.

Niemniej jednak nie budzi wątpliwości, że w świetle przepisów KEL nie może być za eutanazję uznane żadne działanie, które kodeks ten dopuszcza. A więc **za eutanazję nie mogą być uważane** w świetle art. 31 KEL następujące zachowania się lekarza:

- **po pierwsze**, niepodjęcie (zaniechanie) wobec pacjenta znajdującego się w stanie terminalnym reanimacji oraz zaprzestanie jej prowadzenia.
- **po drugie**, niepodjęcie lub zaprzestanie prowadzenia w takich warunkach uporczywej terapii,
- **po trzecie**, niezastosowanie środków nadzwyczajnych (np. w postaci sztucznego odżywiania).

Interpretacja tych przepisów nasuwa pewne trudności.

Wiążą się one po pierwsze z faktem, że KEL nie określa, co rozumie pod pojęciem reanimacji, uporczywej terapii oraz środków nadzwyczajnych. W szczególności trudności rodzi rozróżnienie uporczywej terapii oraz środków nadzwyczajnych, co ma istotne znaczenie praktyczne.

Tylko bowiem w przypadku „środków nadzwyczajnych” KEL nie wspomina wyraźnie o prawie lekarza do zaprzestania ich stosowania (określenie „nie ma obowiązku prowadzenia” nie odnosi się do tych środków). Kwestia więc czy np. podtrzymywanie za pomocą sztucznego urządzenia funkcji oddechowych pacjenta uzna się za terapię czy też za stosowanie środków nadzwyczajnych będzie decydowała o nieistnieniu lub o istnieniu obowiązku lekarza do kontynuowania ich stosowania gdyby raz doszło do ich użycia.

Uznanie za terapię podłączenia podtrzymywania funkcji życiowych, oznacza w praktyce, że o ile lekarz uzna w konkretnym wypadku, iż miałyby charakter uporczywy, to nie tylko nie ma obowiązku przeciwdziałania nastąpieniu naturalnej śmierci pacjenta np. znajdującego się w stanie śpiączki⁴⁵ poprzez podłączenie go do urządzeń sztucznie podtrzymujących jego funkcje życiowe (bez ryzyka odpowiedzialności za spowodowanie śmierci pacjenta przez zaniechanie). Ma prawo również odłączenia takiego pacjenta od tej aparatury gdyby doszło do jej zastosowania (bo „nie ma obowiązku prowadzenia”), bez ryzyka odpowiedzialności za spowodowanie śmierci przez pewną aktywność, która jednak w żadnym wypadku nie powinna być utożsamiana ze spowodowaniem śmierci przez działanie⁴⁶.

Gdy uznamy natomiast zastosowanie takiego urządzenia nie za terapię, lecz stosowanie środków nadzwyczajnych, kontrowersyjna będzie, w świetle KEL, kwestia dopuszczalności odłączenia pacjenta od urządzenia.

W przepisie art. 31 KEL mówi się o „braku obowiązku” po stronie lekarza, nie wspominając o potrzebie uwzględniania woli pacjenta.

⁴⁵Chodzi o pacjenta, u którego nie nastąpiła jeszcze śmierć mózgu, gdyż wtedy trzeba by go uznać za osobę zmarłą.

⁴⁶Fakt, że również w tym przypadku mamy do czynienia w istocie rzeczy z zaniechaniem (w sensie braku działania mającego na celu przeciwdziałanie skutkowi) silnie podkreśla się w literaturze niemieckiej.

Interpretacja jednak, zgodnie z którą decyzja miałaby zależeć wyłącznie od uznania lekarza, jest z pewnością nieuzasadniona o ile weźmie się pod uwagę cytowane na wstępie przepisy dotyczące prawa do samostanowienia pacjenta.

Patrząc z ich perspektywy na przepis art. 31 KEL nie powinno budzić wątpliwości, że lekarz jest związany ewentualną wolą pacjenta w sprawie niepodjęcia reanimacji lub uporczywej terapii i nierozpoczynania stosowania środków nadzwyczajnych. Innymi słowy wola pacjenta (przytomnego) lub wcześniej wyrażona przed utratą przytomności aby nie stosować wymienionych wyżej działań ma decydujące znaczenie i oznacza dla lekarza zakaz ich podjęcia⁴⁷.

Jednakże chodzi tu wyłącznie o wolę pacjenta w sensie negatywnym.

W przypadku jednak, gdy wcześniejszego takiego oświadczenia woli pacjenta nie było, a lekarz podjął decyzję o zastosowaniu takich środków wobec pacjenta nieprzytomnego w oparciu o jego dorozumianą zgodę, nasuwa się pytanie, czy może na mocy swej autonomicznej decyzji zaprzestać ich stosowania.

Kodeks etyki lekarskiej daje odpowiedź pozytywną tylko co do zaprzestania reanimacji, wymagając jedynie aby taka decyzja lekarza podyktowana była oceną szans leczniczych. *A contrario* z tego przepisu wynikać by mogło, że decyzja w sprawie zaprzestania stosowania środków nadzwyczajnych i uporczywej terapii nie należy do lekarza albo nie tylko do lekarza.

Pierwsza wykładnia wydaje się pozostawać w jawnej sprzeczności ze stwierdzeniem, że lekarz nie ma obowiązku prowadzenia ww. działań, czego konsekwencją jest, że nikt nie może go pociągnąć do odpowiedzialności za ich zaniechanie. Ponadto, jak już wyżej podkreślano, lekarz w procesie leczenia powinien w miarę możliwości uwzględniać pozytywne życzenia pacjenta (jego wolę pozytywną), ale nie jest nimi ściśle związany. Z tego względu należy w moim przekonaniu przyjąć, że również w przypadku uporczywej terapii intencją twórców KEL było aby ostateczna decyzja o jej zaprzestaniu należała do lekarza. Tylko on bowiem może kompetentnie orzec, czy są jeszcze szanse na poprawę stanu zdrowia, a kiedy należy terapię zakończyć, co oczywiście nie oznacza zakończenia opieki lekarskiej nad pacjentem (która przybiera wtedy formę „towarzyszenia w umieraniu”, co w Niemczech określa się jako „*arztliche Sterbebegleitung*”)⁴⁸.

⁴⁷Podobne stanowisko jest dominujące w orzecznictwie i doktrynie niemieckiej. W tzw. sprawie Myom Związkowy Sąd Najwyższy podkreślił, że nawet w sytuacji zachorowania niebezpiecznego dla życia, chory może mieć istotne i godne poszanowania zarówno z punktu widzenia ludzkiego jak i obyczajowego powody aby nie wyrazić zgody na operację nawet wtedy gdy dzięki niej i tylko dzięki niej może uwolnić się do cierpienia. W tzw. sprawie Stadstreicher, wyraził zaś opinię, że ani ze wspólnoty mieszkaniowej ani też wspólnoty domowej (życiowej nie wynika dla żadnej z osób w niej pozostającej prawny obowiązek przeszkodzenia innemu członkowi w realizacji zamiaru nieprzeciwstawiania się nastąpieniu śmierci o ile takie postanowienie jest wyrazem jego wolnej woli, z czego można wyciągnąć też wniosek, że osoba zainteresowana nie jest też prawnie zobowiązana do maksymalnego przedłużania swego życia. Taka decyzja nie ma nic wspólnego z samobójstwem, bo ten kto pozostawia swą śmierć naturalnemu losowi, nie kładzie ręki na własne życie. cyt. Za H-G.Koch: „Da medizinisch assistierte Sterben” (w.) Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht, pod red. A. Holdereggera, Freiburg, Wien 1999, s. 310.

⁴⁸Pomoc lekarska polega w takim wypadku na łagodzeniu objawów, tłumieniu strachu przed śmiercią, opiece psychologicznej nad pacjentem i jego rodziną. Por. R. Lahti, Probleme im Bereich medizinische Tätig. (w: Rechtsfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektive, red. A. Esert, II., Freiburg 1988, s. 1433.

Podejmując taką decyzję lekarz zawsze powinien jednak brać pod uwagę wolę pacjenta, a gdy jest on nieprzytomny – jego domniemaną wolę, która może być rekonstruowana na podstawie wcześniejszych z nim rozmów, jego wcześniejszego zachowania się i wcześniejszych wypowiedzi, także odtwarzanych na podstawie zeznań krewnych. Należy jednak podkreślić, że z wyjątkiem sytuacji, gdy chodzi o osoby niepełnoletnie lub niepoczytalne, których przedstawicielem ustawowym jest krewny, głos osób z tego kręgu nigdy nie powinien mieć decydującego znaczenia.

Ponadto zwraca się uwagę, że dopiero wtedy, gdy nie da się odtworzyć rzeczywistej woli pacjenta w oparciu o domniemanie, co uważałby on sam, że będzie dla jego dobra najlepsze, lekarz może zdać się na własną ocenę co do tego, co leży w najlepszym interesie pacjenta.

W odniesieniu zaś natomiast do środków nadzwyczajnych najbardziej logiczną wydaje się być interpretacja, w myśl której intencją twórców KEL było, aby decyzji o zaprzestaniu ich stosowania nie pozostawiać wyłącznie lekarzowi.

W kodeksie etyki lekarskiej trudno znaleźć odpowiedź na pytanie, kto poza lekarzem powinien zająć stanowisko w tej sprawie. Innymi słowy, czyja zgoda w szczególności jest potrzebna. Czy prawność działania lekarza w takich przypadkach można by uzasadniać dorozumianą zgodą pacjenta, czy decyzja lekarza w tym przedmiocie powinna być zatwierdzana przez sąd opiekuńczy, czy też może ją podjąć wspólnie z lekarzem upoważniony wcześniej przez pacjenta rzecznik. W wielu krajach pacjent może ustanowić takiego swego rzecznika, któremu udzieli pełnomocnictwa do podejmowania decyzji w sprawach swego zdrowia na wypadek gdyby był nieprzytomny.

Warto podkreślić, że podobne wątpliwości na tle zaprzestania stosowania sztucznego odżywiania pacjentów w stanie śpiączki pojawiły się w niektórych innych krajach, np. w USA lub w Niemczech⁴⁹.

⁴⁹W Niemczech wiele kontrowersji w latach dziewięćdziesiątych wzbudziła sprawa pani Sch., która od dłuższego czasu cierpiała na demencję z podejrzeniem choroby Alzheimera, natomiast wskutek ataku serca, z którego ją skutecznie reanimowano, nastąpiło uszkodzenie mózgu, wskutek którego pozostawała w stanie komy. Stopniowo straciła funkcję połykania tak, że była odżywiana za pomocą sondy donosowej oraz żołądkowej i praktycznie stała się niezdolna do poruszania. Po trzech latach pozostawania w takim stanie opiekujący się nią lekarz w porozumieniu z opiekunem wydał zalecenie aby w razie ustania akcji serca nie podejmować akcji reanimacyjnej, ograniczyć jej odżywianie do podawania herbaty. Podstawą dla tego polecenia w ocenie osób je wydających była domniemana zgoda pacjentki. Polecenie to początkowo nie było respektowane przez personel domu opieki, gdyż wychodzono z założenia że na przerwanie sztucznego odżywiania potrzebna jest zgoda sądu opiekuńczego. Zastosowano się do tego polecenia, kiedy decyzja o wstrzymaniu sztucznego odżywiania została potwierdzona po zbadaniu pacjentki przez krajowego lekarza sądowego. W kilka miesięcy później pacjentka zmarła. Lekarz i opiekun, którzy podjęli decyzję o zaprzestaniu sztucznego oddychania zostali przez sąd I instancji skazani na karę grzywny za przypadek mniejszej wagi usiłowania spowodowania śmierci pacjentki popełnionego we współsprawstwie i w warunkach dającego się uniknąć błędu co do bezprawności. Sąd ten nie przychylił się do stanowiska aby rozmyślne zachowanie się oskarżonych można było potraktować jako dopuszczalną przez Wytoczne Związkowej Izby Lekarskiej pomoc w umieraniu (*Sterbehilfe*) lub towarzyszenie umieraniu (*Sterbebegleitung*), ani też aby uzasadnieniem ich decyzji mogła być wyłącznie dorozumiana zgoda pacjentki. Sąd Najwyższy wyrokiem z 13.09.1994 r. uchylił to orzeczenie do ponownego rozpoznania również uznając, że w danym przypadku nie chodziło o pomoc przy umieraniu lecz o przerwanie stosowania podtrzymujących życie środków. W konsekwencji uznał, iż nie można mówić w tym przypadku o generalnej dorozumianej zgodzie pacjentki, co nie wyklucza jednak przyjęcia, że taka domniemana zgoda istniała, lecz wymogi co do jej udowodnienia są w takim przypadku dalej idące, niż w razie zwykłej pomocy przy umieraniu w danej sprawie nie zostały jednak zachowane. Należy dodać, że rozpoznający ponownie tę sprawę sąd w innym składzie, prawomocnie uniewinnił oskarżonych. Opis sprawy cyt. Za H-G.Koch: Das medizinisch assistierte Ster-

Dalszy problem wiąże się z łagodzeniem cierpień.

W świetle art. 19 pkt. 4 i pkt. 5 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, art. 36 ustawy o zawodzie lekarza oraz art. 29 KEL obowiązkiem lekarza jest zapewnienie pacjentowi poszanowania godności w czasie udzielania świadczeń zdrowotnych, humanitarnej opieki terminalnej i umierania w spokoju i godności, a także **łagodzenia do końca cierpień** chorych w stanach terminalnych oraz utrzymywania w miarę możliwości jakości kończącego się życia (art. 29 KEL).

Dlatego też powyższy przepis moim zdaniem pozwala lekarzowi (bez obawy odpowiedzialności), w miarę pogłębiania się bólu, odpowiednio zwiększać pacjentowi będącemu w stanie terminalnym dawkę środków uśmierzających (np. morfiny) do granic niezbędnych dla wyeliminowania cierpień.

Lekarz ma prawo postąpić w ten sposób nawet ze świadomością, że zwiększenie dawki środka uśmierzającego może spowodować przyspieszenie śmierci pacjenta w wyniku niewydolności oddechowej, zaś gdyby dawki tej nie zwiększono prawdopodobne jest, że żyłby on nieco dłużej, ale w trudnych do zniesienia cierpieniach⁵⁰.

Należy podkreślić, że gdyby nie brać pod uwagę powinności lekarza wobec pacjenta w stanie terminalnym, wynikających z cytowanych wyżej przepisów prawa medycznego oraz KEL, opisane wyżej działania mogłyby zostać uznane za zabójstwo zwykłe (np. gdy pacjent był nieprzytomny) lub zabójstwo eutanatyczne (gdy pacjent żądał usunięcia cierpień nawet kosztem skrócenia życia). Podkreślić jednak należy, że również w takich przypadkach trzeba przyjąć, iż lekarz związany jest wolą pacjenta. Nie można go więc zwolnić od odpowiedzialności, gdy pacjent wyraźnie odmawia łagodzenia cierpień, za wszelką cenę.

ben" (w.) Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht, pod red. A. Holdereggera, Freiburg, Wien 1999, s. 309. Komentujący ten przypadek H-G Koch podniósł, że sztuczne odżywianie pacjenta stanowi formę postępowania lekarskiego i jako takie wymaga legitymacji. Ta legitymacja opiera się na elemencie celowościowym (którym jest indykcja, wskazanie lekarskie) oraz elemencie wolicyjnym (jakim jest zgoda lub jej surogat). W tym przypadku sztuczne odżywianie było konieczne dla utrzymania życia pacjentki tak długo jak długo podtrzymywanie życia służyło jej dobru. Ważna zgoda została początkowo wyrażona przez syna pacjentki jako osobę się nią opiekującą w sprawach zdrowotnych. Nie jest jednak jasne pod jakimi warunkami mógł on ją cofnąć, tak jak i nie jest jasne w jakich okolicznościach opiekun jest w takich sprawach uprawniony podejmować sam decyzję, a w jakich powinien poddać ją zatwierdzeniu sądu opiekuńczego. Na podkreślenie zasługuje fakt, że przerwanie leczenia nie powinno być utożsamiane z całkowitą bezczynnością medyczną. Nawet bowiem w sytuacji gdy pacjent wyraża wolę aby pozwolić mu umrzeć powinna mu być zapewniona paliatywna opieka zmierzająca do minimalizowania cierpienia, cyt. Za H-G.Koch: „Das medizinisch assistierte Sterben" (w.) Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht, pod red. A. Holdereggera, Freiburg, Wien 1999, s. 310.

⁵⁰W literaturze niemieckiej taka sytuacja określana jako *indirekte Sterbehilfe* (pośrednia pomoc w umieraniu), została przez Związkowy Sąd Najwyższy wyraźnie uznana za dopuszczalną. Por BGHS 42 , 30 i n, cyt. Za H-G Koch „Der medizinisch assistierte Tod" Aktuelle Rechtsfragen der Sterbehilfe im deutschen Recht (w: „Das medizinisch Assirte Sterben, Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht, red. A. Holderegger, Freiburg, Wien 1999 s. 307. Doktryna wydaje się również skłaniać ku dopuszczeniu „*indirekt Sterbehilfe*" także w oparciu o domniemaną zgodę nieprzytomnego pacjenta albo na żądanie jego pełnomocnika w sprawach zdrowotnych. H-G.Koch, Inwiewet ist aktive sterbehilfe strafwurdig, Sterbehilfe- Handeln oder Unterlassen, red. F Illhardt, H.Heiss, M. Dornberg, Stuttgart, New York 1998 , s. 137.

Ujęcie bowiem przestępstw zabójstwa w polskim prawie karnym jest dosyć lakoniczne. Zarówno w przypadku zabójstwa zwykłego (148 k.k. z 1997), jak i jego uprzywilejowanego typu zabójstwa: eutanatycznego na żądanie i pod wpływem współczucia (art. 150 k.k. z 1997 r.) znamię czasownikowe jest ujęte ogólnikowo „zabija”. Oznacza to innymi słowy „spowodowanie śmierci, które może nastąpić zarówno przez działanie jak i przez zaniechanie” (warunkiem jednak odpowiedzialności w tym przypadku jest aby sprawca miał pozycję gwaranta, tzn. miał obowiązek zapobieżenia skutkowi). Przestępstwa te mogą być popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim (sprawca chce śmierci człowieka, przez co rozumie się również sytuację, gdy sprawca jest świadom, iż śmierć będzie nieuchronnym następstwem jego zachowania się). Mogą być też popełnione w zamiarze ewentualnym wtedy, gdy sprawca przewiduje możliwość, iż skutek jego zachowania się nastąpi śmierć i na to się godzi.

Zachowanie lekarza opiekującego się pacjentem w stanie terminalnym, który nie podejmuje akcji reanimacyjnej, uporczywej terapii lub środków nadzwyczajnych podtrzymujących życie pacjenta lub zaprzestaje ich stosowania ze świadomością i co najmniej godząc się na to, że skutek niestosowania tych środków może dojść do skrócenia życia pacjenta, mogłoby być oceniane z punktu widzenia przestępstwa zabójstwa lub zabójstwa eutanatycznego (wtedy, gdy lekarz czyni to na żądanie pacjenta i pod wpływem współczucia dla niego).

Podobnie sytuacja przedstawia się w przypadku lekarza zwiększającego w opisanych wyżej warunkach dawkę środków uśmierzających ból.

Niemniej jednak fakt obowiązywania powyższych przepisów „prawa medycznego” oraz omówionych zasad deontologicznych wyklucza moim zdaniem pociągnięcie lekarza do odpowiedzialności z tych przepisów w większości wymienionych przypadków zawsze wtedy, gdy działa on w ramach uprawnień przewidzianych w KEL i nakazuje uznać jego działania za pozbawione znamienia bezprawności.

Wyżej wymienione przepisy prawne oraz KEL, mają więc charakter pozakodeksowego kontraktu skutującego wyłączeniem odpowiedzialności karnej lekarza⁵¹.

Można też dowodzić, że w sytuacjach, o których mówi KEL, mamy do czynienia z pierwotną legalnością działań lekarza. Bowiemy o tym, aby dane działanie było bezprawne, decyduje sprzeczność z normą sankcjonowaną. Sprzeczność ta natomiast zachodzi tylko wtedy, gdy łącznie zostaną spełnione dwa następujące warun-

⁵¹Warto na marginesie zaznaczyć, że w niemieckiej doktrynie prawa karnego uznaje się, że wytyczne Izby Lekarskiej, które m.in. zostały wydane również w sprawie pomocy przy umieraniu (Richtlinien für die Sterbehilfe), za niewiążące prawnie lekarza, w tym sensie, że zawierają wskazówki jak lekarz powinien postępować, decydując jednak co do leczenia lub nieleczenia pozostawiając samemu lekarzowi. W.Uhlenbruck, (w:) Handbuch des Arztes red. A. Lauf, C.H. Beck, München 1992, s. 782. Odmienny wydaje się jednak być charakter polskiego kodeksu etyki lekarskiej, który stanowi podstawę odpowiedzialności prawnej lekarzy w postaci odpowiedzialności zawodowej i wyraźnie określa, kiedy lekarz ma obowiązek określonego działania, a kiedy takiego obowiązku nie ma. Z przepisów tych wynika zaś wynika wyraźnie, że w stanach terminalnych lekarz nie ma obowiązku ochrony życia rozumianej jako przedłużanie życia za wszelką cenę, niedopuszczanie do nastąpienia naturalnej śmierci, ochrona życia bowiem nie może się przeradzać w przymus życia. Przy tej okazji cytuje się Karla Jaspers, który mówi o tym, że nasze życie jest naznaczone podwójnym strachem: przed tym, że przestaniemy egzystować (*Nicht-mehr-existieren*), i przed tym, że nie będziemy mogli umrzeć (*Nicht-sterben-können*).

ki: zachowanie naraża na niebezpieczeństwo lub narusza dobro prawne oraz jednocześnie narusza obowiązujące reguły postępowania z tym dobrem. W przypadku pacjenta w stanie terminalnym można mieć wątpliwości, czy lekarz niepodejmujący nadzwyczajnych środków naraża na niebezpieczeństwo lub narusza dobro prawne, bo ono niezależnie od działań lekarza jest już w niebezpieczeństwie terminalnym, którego lekarz swoim działaniem nie jest w stanie odwrócić. Lekarz nie narusza też obowiązujących reguł postępowania z życiem pacjenta w stanie terminalnym, jeżeli zachowuje się zgodnie z zasadami zawartymi w KEL.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że w polskiej literaturze karnistycznej podejmowano też próby innego uzasadnienia uchylenia bezprawności działań lekarzy w takich i podobnych sytuacjach. Najczęściej odwołując się do stanu wyższej konieczności uchylającego bezprawność⁵² albo winę⁵³, czy też ogólnych podstaw odstąpienia od wymierzenia kary⁵⁴. Podobne próby są czynione w literaturze niemieckiej⁵⁵.

6. Nasuwa się pytanie, czego właściwie lekarzowi nie wolno wobec osoby w stanie terminalnym wyrażającej jasno życzenie zakończenia życia.

Lekarz nie jest uprawniony po pierwsze do zastosowania wobec takiej osoby tzw. bezpośredniej czynnej eutanazji. To znaczy nie może podać pacjentowi z zamiarem bezpośrednim wywołania śmierci środka, który taki skutek spowoduje (art. 150 k.k.).

Po drugie nie może namową lub poprzez udzielenie pomocy doprowadzić takiej osoby do samobójstwa (art. 151 k.k.).

Sytuacje te wymagają dalszego komentarza. Próbuje podsumować stan obecnej dyskusji w Polsce odnośnie aktywnej pomocy w umieraniu przez lekarza, na podkreślenie zasługuje fakt, że zdania co do ewentualnej dopuszczalności aktywnej pomocy lekarza w umieraniu są w społeczeństwie podzielone⁵⁶, czemu towarzyszy odrzucenie jej ze strony środowisk lekarskich⁵⁷. Stanowisko ustawodawcy w tym przedmiocie jest też raczej jednoznaczne: żadna legalizacja, ale możliwość uznania przez sąd braku karygodności. Wyraża się to w utrzymaniu przez kodeks karny z 1997 r. bez zmian typizacji zabójstwa eutanatycznego przy równoczesnym wprowa-

⁵²Por. H-J Hirsch, *Einwilligung und Selbstimmung* (w: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, red. G. Stratenwerth, Berlin 1974, de Gruyter, s. 775 i 776).

⁵³H. Trondle, *Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem*, *Zeitschrift für Gesamte Strafrechtswissenschaft* 1986 s. 35 oraz 41.

⁵⁴D. Dolling, *Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe*, *Medizinrecht* 1987, s. 6 i n.

⁵⁵Uzasadniając brak odpowiedzialności ponadto przez nieprzypisanie mu winy w warunkach działania w sytuacji konfliktu obowiązków (łagodzenia bólu i ochrony życia), czy też uznanie iż nastąpiła okoliczność uchylająca bezprawność w postaci dopuszczalnego ryzyka, Por. A. Eser *Probleme im Bereich medizinische Tätig.* (w:) *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektive*, red. A. Eser, II., Freiburg 1988, s. 1467 oraz wskazana tam literatura.

⁵⁶Za dopuszczalnością wypowiada się zdecydowanie K. Poklewski-Koziół, por. m.in. O eutanazji w świetle nowych koncepcji prawnych, „Państwo i Prawo” 1997 Nr 1 s. 39 i n. oraz tego autora, *Postrzeganie eutanazji: prawnicze, medyczne i etyczne*, „Państwo i Prawo” 1998 Nr 12 s. 87, P. Konieczniak, *W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa*, „Państwo i Prawo” 1999, Nr. 5 s. Przeciwno: M. Szewczyk *Eutanazja – rozważania prawnoporównawcze* (w:) *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani prof. O. Górniok*, Katowice 1996 oraz J. Warylewski, *W sprawie prawnokarnego postrzegania eutanazji*, „Państwo i Prawo” 1999 Nr 3 s. 75 i n.

⁵⁷Świadczyć może o tym wyraźne podkreślenie w Kodeksie Etyki Lekarskiej zakazu eutanazji, które jak już wykazywano, rozumiane jest wąsko, jako aktywna pomoc w umieraniu. Świadczą o tym ponadto wypowiedzi lekarzy por. np. *Eutanazja i Prawo „Prawo i Życie”* z 12.10.1998 r.

dzeniu nie znanej dotychczasowemu polskiemu ustawodawstwu możliwości odstąpienia od wymierzenia kary (art. 150 par. 2 k.k.). Obniżono też dolną granicę sankcji za zabójstwo eutanatyczne (z 6 do 3 miesięcy). Należy dodać, że nowy kodeks nie określa, jakie wypadki mogą być uznane za wyjątkowe. Nie wynika to też z motywów ustawodawczych. W uzasadnieniu podkreśla się tylko z jednej strony, że nowy kodeks zdecydowanie wypowiedział się przeciwko zniesieniu karalności eutanazji, a więc za świętością życia. Z drugiej strony zaś, że możliwość złagodzenia, a nawet odstąpienia od wymierzenia kary została przewidziana ze względu na szczególny charakter tego przestępstwa i wyjątkowe okoliczności, wywierające silny wpływ na psychikę sprawcy, jakie mogą zachodzić w związku z realizacją znamion tego przestępstwa⁵⁸.

Akceptując w pełni tę zmianę legislacyjną należy zauważyć, że podane uzasadnienie nie wydaje się być w pełni przekonujące. Fakt bowiem szczególnego charakteru tego przestępstwa oraz wyjątkowe okoliczności wywierające wpływ na psychikę sprawcy stanowią uzasadnienie dla stworzenia samego typu przestępstwa uprzywilejowanego zabójstwa. Przewidziana zaś duża rozpiętość sankcji pozwala na wybór adekwatnej kary w zależności od charakteru i stopnia oddziaływania tych okoliczności. Dlatego też wydaje się, iż skorzystanie przez sąd z dodatkowych możliwości łagodniejszego potraktowania sprawcy powinno być ograniczone do wystąpienia innych okoliczności go usprawiedliwiających niż te, które decydują o bycie typu uprzywilejowanego przestępstwa⁵⁹. A więc np. wiązać się z faktem, że chodzi o osobę w stanie terminalnym, a przyspieszenie śmierci powoduje opiekującym się pacjentem lekarz, w możliwie najbardziej humanitarny sposób.

Odnosnie drugiej sytuacji udziału w cudzym samobójstwie na podkreślenie zasługuje fakt, że nie we wszystkich ustawodawstwach jest ono karalne. Na przykład karalności takiej nie przewiduje się w Niemczech, we Francji, w Szwecji w Belgii i w niektórych stanach USA. W Polsce przestępstwo to jest ujęte w postaci szczególnego typu sprawczego z wyraźnie określonym skutkiem, którym jest targnięcie się danej osoby na własne życie tj. dokonany lub usiłowany zamach samobójczy. Słusznie podkreśla się, że pomoc w popełnieniu samobójstwa często następuje na wyraźne żądanie niedoszłego samobójcy i może być udzielona pod wpływem współczucia. W takich też najczęściej sytuacjach lekarze udzielają pomocy pacjentom w popełnieniu samobójstwa. Czymś więcej jest jednak zadanie osobiście innej osobie śmierci niż pomoc desperatowi w targnięciu się na własne życie⁶⁰.

⁵⁸Za określeniem warunków, których łączne wystąpienie mogłoby skutkować odstąpieniem od wymierzenia kary wypowiedział się W. Szkotnicki. Za i przeciw legalizacji eutanazji. „Palestra” 1997 Nr. 5-6, s. 18.

⁵⁹Podobnie J. Warylewski, W sprawie karnego postrzegania eutanazji, „Państwo i Prawo” 1999 Nr 3 s. 77.

⁶⁰Ma rację A. Wąsek gdy twierdzi: że zabójstwo eutanatyczne stanowi, generalnie rzecz biorąc, formę zamachu na życie, o wyższym ładunku społecznego niebezpieczeństwa niż współdziałanie przy samobójstwie. W tym kontekście Autor ten nawet rozważa, biorąc pod uwagę jednakowość sankcji z art. 150 i 151 k.k., możliwość bardziej rygorystycznej wykładni przepisów o zabójstwie eutanatycznym w porównaniu z przepisem o współdziałaniu przy samobójstwie, wg której przepis o zabójstwie eutanatycznym nie miałby zastosowania w sytuacji gdy sprawca zabił co prawda powodowany współczuciem do ofiary i na jej żądanie, ale powodem współczucia i żądania był „tylko” zawód miłosny, ruina majątkowa lub inne tego typu życiowe nieszczęścia. A. Wąsek, Prawno-karna problematyka samobójstwa, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982 s. 66 oraz wskazana tam literatura.

Z tego względu nie daje się racjonalnie wytłumaczyć, dlaczego w przypadku zabójstwa eutanatycznego przewiduje się w k.k. możliwość odstąpienia od wymierzenia sprawy kary, natomiast dla sprawcy pomocnictwa do samobójstwa takiej możliwości brak. Należy przy tym dodać, że oba przestępstwa zagrożone są sankcjami w tej samej wysokości. Ten brak logiki ustawodawcy, poza zgłaszanymi propozycjami zmiany tego stanu prawnego *de lege ferenda*⁶¹, dał podstawę do wysunięcia *de lege lata* hipotezy, że intencją ustawodawcy było wykluczenie możliwości skazania z przepisu art. 150 k.k. lekarza, pielęgniarki, czy innej osoby, która udzieliłaby pomocy do samobójstwa pacjentowi w stanie terminalnym, na jego żądanie i pod wpływem współczucia. Kwalifikacja z przepisu art. 150 k.k. powinna być wyłącznie zarezerwowana dla najcięższych przypadków doprowadzania kogoś do samobójstwa „z niecnym pobudek”⁶². Przedstawiona teza została moim zdaniem błędnie odczytana jako propozycja kwalifikowania czynów tych osób z przepisu art. 150 par. 2 (w związku z art. 150 k.k.) k.k. i z tego względu wywołała polemikę⁶³. Wydaje się jednak, że intencją autora powyższej interpretacji przepisu art. 150 k.k. było uznanie, iż czyny polegające na udzieleniu pomocy przez ww. osoby we wskazanych tam warunkach ustawodawca faktycznie chciał zdekriminalizować. Stanowisko to wydaje się być do obrony, na co przytoczę kilka argumentów. Jeszcze przed wejściem w życie nowych kodyfikacji karnych na gruncie art. 152 k.k. z 1999 r. wyrażany był pogląd, że sformułowanie tego przepisu nie wyłącza jego wykładni ścieśniającej, według której nie jest objęte jego znamionami udzielenie trucizny (nawet cyjanku potasu) ciężko i beznadziejnie choremu człowiekowi na jego żądanie umotywowane chęcią skrócenia cierpień. Zdaniem bowiem cytowanego autora nie każde ułatwienie samobójstwa (podobnie jak i nie każde nakłanianie) do popełnienia samobójstwa jest na podstawie art. 152 k.k. karalne, lecz dopiero wyczerpuje znamiona tego przestępstwa „doprowadzenie do zamachu samobójczego namową lub przez udzielenie pomocy”, rozumiane jako kierowanie postępowaniem innej osoby i stanie się przyczyną jej samobójstwa⁶⁴, czyli takie działanie, które pozostaje na styku ze sprawstwem⁶⁵. Starając się zawęzić pole tego zastosowania podkreślano równocześnie, że pomoc w świetle tego przepisu musi stanowić warunek konieczny targnięcia się na własne życie, co wyraźnie odróżnia jego ujęcie od pomocnictwa, o którym mowa w części ogólnej k.k.⁶⁵. Wyrażany był też raczej odosobniony pogląd, że z uwagi na

⁶¹K. Poklewski-Kozieł proponował dodanie odpowiednika obecnego art. 150 § 2 k.k. do art. 151 § 2 k.k., oraz dekriminalizację pomocnictwa do samobójstwa. Por. O eutanazji w świetle nowych koncepcji prawniczych. „Państwo i Prawo” 1997, Nr 1, s. 54.

⁶²K. Poklewski-Kozieł. Postrzeżenie eutanazji: prawnicze, medyczne i etyczne, „Państwo i Prawo” 1998, Nr 12 .97. Propozycję zmiany art. 151 kodeksu karnego z 1969 r. aby obejmował on jednoznacznie moralnie zarzucalne wypadki pomocy proponował A. Wąsek, Prawnokarna problematyka samobójstwa, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 66.

⁶³Por. J. Warylewski, W sprawie prawno-karnego postrzeżenia eutanazji, „Państwo i Prawo” 1999 Nr 3 s. 75 i n. oraz P. Konieczniak, W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa (Na marginesie sporu J. Warylewski, K. Poklewski-Kozieł, „Państwo i Prawo” 1999 Nr 5 s. 72 i n.

⁶⁴I. Andrejew Kodeks karny, krótki komentarz, PWN, Warszawa 1986, s. 134.

⁶⁵W. Wolter (w:) Kodeks karny z komentarzem, I. Andrejew, W. Swida, W. Wolter, Wydawnictwo Prawnicze Warszawa 1973, s. 448.

znanie „doprowadza”, przestępstwo to może być popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim⁶⁶. Ponadto podkreślano, że przestępstwo pomocnictwa z art. 151 może być w odróżnieniu od zwykłego pomocnictwa popełnione jedynie przed zamachem samobójcy na własne życie. Każde współdziałanie w trakcie wykonywania samobójstwa należałoby natomiast traktować jako sprawstwo zabójstwa najczęściej uprzywilejowanego⁶⁷.

W większości opisanych wyżej przypadków, personel medyczny ogranicza się do przepisania lub dostarczenia środków do popełnienia samobójstwa, czyli do prostego ułatwienia jego popełnienia i aczkolwiek jego działanie pozostaje w związku przyczynowym z targnięciem się na życie, odpowiedzialność z tego przepisu powinna być ograniczona wyłącznie do tych przypadków, w których można przypuszczać, że gdyby nie fachowa pomoc lekarza lub jego namowa, to dana osoba nie dokonałaby zamachu na własne życie.

Można pokusić się o wysunięcie tezy, że kodeks karny z 1997 r. wyraźnie stara się w większym stopniu niż poprzednie uregulowania respektować prawo do samostanowienia jednostki. Znajduje to m.in. wyraz w nowej kryminalizacji z art. 192 k.k. Za przejaw tego dążenia można uznać też nowo wprowadzony przepis art. 150 § 2 k.k. uchylający w szczególnym przypadkach karalność czynnego zabójstwa eutanatycznego popełnionego w zamiarze bezpośrednim. Wprowadzenie do KEL wyraźnie określonych obowiązków lekarza wobec osoby w stanie terminalnym powinno być traktowane jako pozaustawowy kontratyp do przestępstwa z art. 162 k.k., 148 k.k. oraz 150 k.k. w przypadku, gdy mamy do czynienia z opisanymi w KEL przypadkami. Brak natomiast logicznego uzasadnienia, dlaczego w 151 k.k. w odniesieniu do pomocnictwa do samobójstwa nie przewidziano klauzuli pozwalającej na nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpienie od jej wymierzenia; może to prowadzić do wniosku, iż intencją ustawodawcy była dekryminalizacja pomocnictwa do samobójstwa dokonanego na żądanie oraz pod wpływem współczucia.

⁶⁶Por. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980 s. 680.

⁶⁷A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 106.

Bogdan Kamiński

Racjonalne granice interwencji lekarskiej – wątpliwości medyczne i moralne

Spory wokół eutanazji są skoncentrowane na słowach. Termin ten jest obciążony odium społecznym, ma też konotacje – poza medycznymi – prawnicze, ekonomiczne, a nawet polityczne. Byłoby może celowe upowszechnienie dwóch dodatkowych określeń, zaproponowanych przez nieżyjącego już krakowskiego profesora anesteziologii profesora Marka Sycha:

– „dystanazji”, czyli odkładania śmierci, do której organizm ratowanego już doszedł; byłaby to sytuacja określana często jako „przedłużanie umierania” zamiast przedłużania życia;

– „ortotanazji”, czyli przyzwolenia na śmierć, kiedy nadeszła jej pora: to z kolei byłby odpowiednik naszej zasady NTR (nie reanimować), o czym będzie jeszcze mowa dalej.

Gdyby zrezygnować ze stosowania odosobnionego terminu „eutanazja”, łatwiej przysłoby mówić o „granicach racjonalnej interwencji lekarskiej”, co w oczywisty sposób oddziela emocje społeczne i problemy moralne od kwestii medycznych, a w tym zakresie dużo łatwiej uzyskać konsens.

Trzeba też ustalić, że problem eutanazji dotyczy dwóch zasadniczo odmiennych obszarów:

– przytomnych i w pełni świadomych ludzi, których cierpienie i choroba skłaniają do prób skrócenia życia;

– ludzi nieprzytomnych lub z ograniczonym kontaktem psychicznym, bądź tych, którzy są fizycznie ubezwłasnowolnieni (np. wskutek porażenia czterokończynowego).

Jak wynika ze sformułowania tematu mojej wypowiedzi, skupię się głównie na tej drugiej kategorii osób.

Granice interwencji lekarskiej wyznacza kilka czynników:

• umiejętności lekarza (czy lekarzy) w danej instytucji; nie trzeba dodawać, jak głębokie są różnice międzypokoleniowe, jak i spowodowane przez często niezadawalający sposób samokształcenia;

- możliwości techniczne i finansowe tej instytucji, tego kraju, tego układu społecznego;
- stan pacjenta (daleko wykraczający poza konkretną chorobę w danym czasie);
- głębokie przekonanie pacjenta, który chce żyć za wszelką cenę lub rezygnuje z walki;
- poglądy lekarza (lub grupy zawodowej, w której pracuje).

Ten ostatni punkt jest ogniwem najsłabszym, gdyż działają tu rozmaite rodzaje tabu (społeczne, religijne, środowiskowe itd.).

Nieprzytomny pacjent w stanie krytycznym

Nie może być mowy o ustaleniu sztywnych zasad składania broni przez lekarza (omówienie to pozwala uniknąć zwrotu o „skracaniu życia”). Nie ma dwóch identycznych sytuacji, w których lekarz powinien się podporządkować regułom prawnym. Nawet podanie określonego leku w określonej dawce jest dyktowane splotem wielu okoliczności, z których część jest nie do zdefiniowania. Wszelkie stereotypy w rodzaju „ludzkiego życia, które nie ma ceny”, „*primum – non nocere*” i „świętości życia” nie mogą stanowić i nie stanowią wytycznych postępowania praktycznego. Są to tylko społecznie chwytliwe hasła, które w zderzeniu z rzeczywistością biologiczną i ekonomiczną tracą znaczenie, gdyż pozostają tylko hasłami i nie mogą dyktować zachowania lekarza. Czy ma to oznaczać, że jego działania nie mają żadnych reguł i ograniczeń prawnych? Oczywiście tak nie jest! Podstawowym zadaniem lekarza jest *przedłużanie życia nie przysparzające choremu niepotrzebnych cierpień i dające szansę na świadome i godne życie*. Tylko tyle i aż tyle.

Przedmiotem rozważań prawników powinno być obudowanie tego zadania instrumentacją prawniczą. Zastanówmy się jednak nad ukrytym znaczeniem tego zadania. Heroiczna walka o życie pacjenta, zdumiewające osiągnięcia techniczne, które mają go ratować, muszą mieć swój kres. Jeśli ktoś chce to nazwać „zaniechaniem”, niech tak będzie, choć naprawdę oznacza to tylko dominację myślenia racjonalnego. Profesor Zoll jest zdania, że rezygnacja ze stosowania środków nadzwyczajnych, gdy pacjent nie ma szans na przeżycie, nie jest zaniechaniem i nie może być tak traktowana. Tymczasem często biorą górę emocje. Myślenie lekarza jest nastawione na „ratowanie”. Żaden lekarz nie godzi się łatwo z porażką. Znajduje to wyraz w zwięzłym – jak to w angielszczyźnie – okrzyku pod adresem pacjenta, który mimo wysiłków lekarza ginie: „How do you dare to die on me!” W wolnym przekładzie: „Jak śmiesz mi umierać!” i przestaje mieć znaczenie, czy pacjent ma szansę żyć, czy chce żyć, czy przeżycie przez niego następnych godzin lub dni nie jest połączone z wyjątkowym bólem i cierpieniami. Śmierć *każdego* pacjenta jest przez przeciętnego lekarza odbierana jako zawodowa porażka. Znajduje to wyraz także i w tym, że zjawiska chorobowe i działania terapeutyczne są często opisywane w kategoriach wojennych, np. jako „walka z bólem”, „zwalczanie objawów”, „leczenie wyprzedzające”, „atak choroby” itp. Już tylko konsekwencją jest „klęska leczenia” czy „poddanie się” lekarza. Nieodżałowany lekarz-filozof Tadeusz Kielanowski cytował ukute dla tej postawy wyrażenie obcojęzyczne, dające się przełożyć jako „zacierzewienie terapeutyczne”.

Postawa taka zdecydowanie dominuje, także w oddziałach intensywnej terapii. Oto na przykład chory z uogólnionymi przerzutami nowotworowymi jest poddawany reanimacji trzy razy z rzędu w kilkugodzinnych odstępach. Wyrażający swe wątpliwości anestezjolog jest „stawiany do kąta” przez chirurga, który oświadcza, że „nie jest zwolennikiem eutanazji” i demonstruje dumę z powodu swej pryncypialności. Pacjent oczywiście kończy życie po kolejnej próbie masażu serca, wielokrotnych defibrylacjach i całym zasobie mało humanitarnych metod ożywiania. Pacjenci z rozległym wylewem do mózgu i udokumentowanym zniszczeniem ważnych dla życia ośrodków są czasem tygodniami utrzymywani przy życiu (?) dzięki sztucznej wentylacji, masywnym dawkom antybiotyków, żywieniu dojelitowemu, przetaczaniu przetworów krwi itd. Przygotowana na najgorsze rodzina dyżuruje pod oddziałem oczekując na wiadomość, że ich bliski odszedł.

Czasem, ale bardzo rzadko, bierze górę mała „racjonalność”. Przed wielu laty w zarządzanym przeze mnie oddziale intensywnej terapii znalazła się ponad 80-letnia pacjentka, która doznała udaru mózgowego – z głęboką nieprzytomnością, ustaniem własnego oddychania, spadkami ciśnienia tętniczego wymagającymi stałego podawania leków je podwyższających. Poinformowana przez mnie o braku nadziei rodzina poprosiła o przyjazd z zagranicy do kraju jednej z córek pacjentki. Upłynął tydzień i nasze wysiłki (jak już o tym była mowa) sprawiły, że w pacjentce tliło się wciąż życie. I wówczas owa „zagraniczna córka” pojawiła się w moim gabinecie z ostrymi wymówkami: „Czy ja wiem, ile ją kosztuje pobyt w kraju?” „Dlaczego nasze prognozy były tak nietrafne?” „A w ogóle, w pełni zaawansowane są już przygotowania do pogrzebu, a my wszystko psujemy!” Postawa niby oburzająca, a w każdym razie niekonwencjonalna, ale czy na pewno godna potępienia? Czy ofiarnie przedłużający życie nieszczęsnej pacjentki nasz zespół był bez skazy? A co miałem zrobić ja, przez wiele dziesięcioleci nauczający tylko, jak ratuje się życie najciężiej chorych?

W oddziale porodowym jednego ze szpitali brytyjskich widniało na ściennej tablicy hasło „Pamiętaj, że pierwsze pięć minut życia to najtrudniejsze i najniebezpieczniejsze chwile istnienia”. Poniżej dopisano ołówkiem: „Ostatnie pięć minut też nie należy do przyjemnych i bezpiecznych”. Większość lekarzy chętnie uchylałaby się od towarzyszenia pacjentowi w czasie tych ostatnich pięciu minut. Większość też nie wie, jak się wtedy zachować, gdzie leży wtedy granica interwencji lekarskiej i czego się po nich spodziewa osoba umierająca. Zaryzykuję twierdzenie, że rola lekarza w tym czasie winna już być tylko rolą towarzysza, świadka. Przejście przez granicę śmierci powinno być możliwie spokojne, nie zakłócone wielkimi emocjami, przypominające zapadanie w sen.

Oczywiście wynika problem młodego lekarza, który przez całe studia uczył się o coraz to efektywniejszych sposobach ratowania życia i chciałby mieć książkę z regulaminami postępowania w każdej sytuacji. Wiele podręczników rzeczywiście wychodzi naprzeciw takim oczekiwaniom (w nadmiarze zamieszczając schematy postępowania, zwane algorytmami, które jednak – jak to schematy – z oczywistych powodów nie mogą uwzględniać wielu ważnych czynników wpływających na decy-

zję lekarza); zawsze istnieje szeroki margines, którego zgłębienie wymaga osobistego życiowego doświadczenia, posiadania własnych przekonań i odwagi podejmowania decyzji na swój rachunek.

Powstrzymanie się od drastycznych metod „ratowania za wszelką cenę” wymaga niemałej odwagi, lecz w oddziałach intensywnej terapii jest to potrzebne na co dzień. Strach przed posądzeniem o stosowanie „eutanzji” powstrzymuje wielu lekarzy od podejmowania racjonalnych decyzji. Dniami i tygodniami oczekuje się, by „natura” rozwiązała problem za nas, by – mówiąc dosadnie – pacjent sam umarł. Sam byłem niestety nieraz współautorem wielomiesięcznego zwlekania z decyzją o zaprzestaniu blokowania śmierci pacjenta. Jest to postępowanie błędne, szkodliwe, rujnące wewnętrzny spokój lekarza, dające złudne nadzieje rodzinie pacjenta, a przede wszystkim zwykle przysparzające mu cierpień.

Największą trudność stanowią przypadki określane jako „*coma dépassée*” albo „stan wegetatywny”. Zachowane jest własne oddychanie, funkcjonuje przewód pokarmowy, występują okresy snu i czuwania, ale organizm można przyrównać do rośliny, bez żadnego kontaktu z otoczeniem (choć nie byłbym pewny, czy porównanie takie nie jest krzywdzące dla roślin). Żyjąca nadzieją rodzina każdego dnia wypatruje choćby minimalnej poprawy („chyba uścisnął mi rękę”, „wodzi za mną oczami”, „szybciej oddycha, gdy mnie usłyszy” itp.). Tymczasem mijają tygodnie i miesiące, pielęgniarki i lekarze wciąż zmieniają antybiotyki, sporządza się wielometrowe zapisy EKG, pilnie prowadzi bilans wydalanych i podawanych płynów, pojawiają się korowody konsultantów, jednym słowem trwa praca personelu szpitalnego z góry spisana na marne. Co wówczas począć?

Życie i rozsądek podpowiadają pewne rozwiązania, jak np. zasada *minimalnej terapii*, tzn. ograniczenia się do podawania płynów i sztucznej wentylacji (choć ta zwykle okazuje się niekonieczna), bez drastycznych i nadzwyczaj kosztownych (bo i o tym trzeba myśleć gospodarząc oddziałem) sposobów postępowania, czy też zlecenie DNR (*do not resuscitate*, nie podejmować reanimacji), wpisywane na karcie pacjenta, wielokrotnie i autorytatywnie uznanego za pozbawionego szans powrotu do normalnego życia. Po pierwsze jednak, cóż to znaczy „normalne życie”? Media dostarczają nam codziennie informacji o rodzicach postanawiających resztę życia poświęcić pielęgnacji swego dziecka czy krewnego, który nie rokuje żadnych nadziei na powrót świadomości i prawie na pewno nie ma żadnego kontaktu z otoczeniem. Po drugie, kto posunie swą odwagę do kontynuacji zlecenia *terapia minima* lub DNR, gdy pojawi się niezłomny lekarz, deklarujący się jako „przeciwnik eutanazji”, albo gdy za drzwiami czuwa rodzina, często z arsenałem cudownych leków, propozycjami „kupienia najdroższych leków za granicą”, a nierzadko również z cudotwórcą, który bez wahania podejmuje się „leczenia” w postaci okadzania, strząsania na ziemię złej energii czy nawet (obserwacja własna) podłożenia liścia surowej kapusty pod głowę pacjenta.

Warto się ustosunkować do preferowanego przez prawników rozróżnienia między *niepodejmowaniem* specjalnych metod ratowniczych a ich *przerwaniem*. W moim przekonaniu takie rozróżnienie jest zbędne, dotyczy bowiem tylko momentu podejmo-

wania decyzji. Często do pełnej oceny stanu pacjenta potrzebny jest szereg badań dodatkowych (biochemicznych, obrazowych itp.). W oczekiwaniu na ich wyniki trzeba kontynuować wysiłki ratownicze, tak jakby istniała szansa uratowania pacjenta. Gdy uzyska się wyniki dowodzące nieodwracalności choroby, poparte stanem klinicznym pacjenta, można odstąpić od dalszych heroiczych prób ratowania.

Jeszcze kilka słów o ważnym zjawisku wspólnego języka prawników i medyków. Z oczywistych względów zakres wiedzy tych dwóch grup zawodowych znacznie się różni, co nieraz prowadzi do wyciągania błędnych wniosków, rzutujących na ostateczne sformułowania. Oto znakomity prawnik oświadcza: „(...) pewne formy opieki paliatywnej udzielanej nieuleczalnie chorym w fazie terminalnej – powodujące ich zgon – (...) zacierają granice między tym co jest uznawane za ogólnie przyjęte działania medycznej a pomocą do samobójstwa”. I dalej „Intencją stosowania środków paliatywnych – generalnie zalecanych – jest uśmierzenie cierpień pacjenta, a rezultatem – przyspieszenie śmierci (...)”. Otóż rezultatem tego błędnego wyводу (środki paliatywne nie są przeznaczone do przyspieszania śmierci i stosowane *lege artis* takiego efektu nie wywołują!) są dalsze rozważania w kwestii intencji lekarza, która się jakoby rozmija z ostatecznym efektem. Błędne założenie początkowe zaowocowało błędnymi wnioskami. Stosowane we właściwy sposób środki przeciwbólowe i depresyjne nie przyspieszają śmierci, gdy zaś stosuje się je w zbyt dużych dawkach albo zaniecha działań niwelujących ich działanie niepożądane, to mowa już nie o leczeniu bólu, ale o zupełnie oczywistej próbie skrócenia życia (i to bez wiedzy i zgody pacjenta). Intensywna terapia jest działem medycyny, który *musi* być obarczony wysoką śmiertelnością rzędu 25-30%, z uwagi na rodzaj leczonych tu pacjentów. Inaczej przestaje to być terapia intensywna. Większość pacjentów otrzymuje tu leki sedacyjne, ale wniosek, że przyspiesza to śmierć, nie jest uzasadniony. To ich ciężka choroba prowadzi do śmierci.

Wprowadzone w wielu regulacjach prawnych pojęcie „eutanzji biernej” uważam za wiodące na manowce, właśnie z powodu niekorzystnych konotacji terminu „eutanzja”. Jeśli racjonalne działania ratownicze w postaci *terapia minima* lub NTR ochrzcić „eutanzją bierną”, to lekarz i nieprzytomny człowiek nie mający szans na powrót do świadomego życia stoją na przegranej pozycji, bo mało kto poważy się na taki czyn. Uważam, że termin „eutanzja” powinien być jednoznaczny i dotyczyć:

- udzielania pomocy w popełnianiu samobójstwa przez przytomnego i świadomego człowieka, prawnie nie pozbawionego decyzji o swoim losie,
- zadawania śmierci na życzenie.

Oczywiście kwestię wątpliwości terminologicznych można odwrócić wskazując na liczne błędy prawnicze w wywodach lekarskich, o czym słyszymy od jurystów i z czego sami zdajemy sobie sprawę.

Przytomna osoba obciążona ciężką chorobą

Konieczne działania medyczne trzeba oddzielić od zamierzonego skracania życia, dyktowanego współczuciem czy przekonaniem, że człowiek ma prawo decydo-

wania o chwili i sposobie swej śmierci. Podział ten nie jest błahy, gdyż chodzi o rolę lekarza w obu tych sytuacjach. W pierwszym przypadku – gdy konieczne jest leczenie – lekarz korzysta ze swej wiedzy i wykonuje swoje obowiązki, w drugim – zamierzonego skracania życia – oczekuje się od lekarzy wykorzystywania umiejętności, angażowania wiedzy w celu sprzecznym z podstawowym kanonem medycyny: ratowania życia i jego przedłużania. Wysuwa się przy tym argument niebagatelny: skoro lekarz ma wiedzę o silnych środkach i ich wpływie na organizm, któż inny miałby udzielać pomocy człowiekowi, który chce z takich środków skorzystać. Argument ważki, ale trudny do obrony. Żaden element wykształcenia lekarza nie daje mu filozoficznej, psychologicznej ani socjologicznej umiejętności stawiania czoła skracaniu życia. Przeciwnie, cały tok nauczania jest nakierowany na *ratowanie życia*, unikanie zagrożeń związanych ze stosowaniem silnych leków, na niedopuszczanie do wyrządzenia pacjentowi szkody, choćby i zawinionej przez tego ostatniego.

Wypada się zgodzić, że przepisy i zasady prawne są tylko kodyfikacją dominujących w danym okresie historycznym poglądów społeczeństwa. Odwrócenie tej kolejności nie przynosi nic poza postępującym rozziwem między fachowcami od prawa a „resztą społeczeństwa” („resztą *przypadkowego* społeczeństwa”, jak to zgrabnie ujęła jedna z pań profesorów prawa). Trudno przewidzieć ostateczny wynik próby sił między zwolennikami twardego kursu zabraniającego wszelkich działań, które mogłyby przyspieszyć śmierć człowieka, a wyznawcami swoistego *laissez faire*, dopuszczającymi paktowanie z pacjentem proszącym o pomoc w przekraczaniu granicy życia. Doświadczenie wielu krajów o wysokim poziomie cywilizacyjnym wskazuje jednak, że to ci drudzy mają rację, iż choćby bierny udział w wykonaniu decyzji pacjenta o zakończeniu życia jest do pomyślenia. Oto 10 sierpnia 1999 holenderski minister zdrowia i minister sprawiedliwości wnieśli do parlamentu projekt ustawy, poszerzającej prawa dotyczące eutanazji i wspomaganego samobójstwa na dzieci w wieku od 12 do 16 lat, nawet gdy nie wyrażają na to zgody rodzice. Ustawa ta miałaby też uznawać pisemną zgodę na zakończenie życia. Eutanazja i wspomagane samobójstwo nadal figurują w holenderskim kodeksie karnym jako przestępstwo zagrożone pozbawieniem wolności do 12 lat – gdy chodzi o eutanazję, a do 3 lat – gdy chodzi o pomoc w popełnieniu samobójstwa. Niemniej jednak obydwa te czyny mogą być przez sąd usprawiedliwione, jeśli lekarz postępuje według ścisłych zasad.

Ta rządowa propozycja wzbudziła wielkie emocje polityczne i społeczne, również poza granicami Holandii. Partia Chrześcijańskich Demokratów i inne ugrupowania prawicowe w parlamencie holenderskim gorąco oponują, jednak trzy partie sprawujące rządy zapewne poprą tę inicjatywę. Rząd holenderski ma nadzieję, że uchwalenie tego prawa **zmniejszy liczbę nie rejestrowanych** przypadków eutanazji i wspomaganego samobójstwa.

Eutanazja (ostatni raz sięgając po to określenie) jest wśród nas, bo oznacza ona „spokojne oblicze śmierci”. Wszystkie religie świata bazują na rozmaicie sformułowanych nadziejach na „życie wieczne”. Lekarze mają obowiązek myślenia racjonalnego, choć oczywiście wezwanie to dociera nie do wszystkich. Kanon tzw. współczesnej medycyny będzie się stopniowo zmieniał. Widać to już w wielu krajach za-

chodnich. Tej fali nie powstrzymają ani prawnicy, ani medycy. Jestem pewien, że i do naszego kraju dotrze ta fala najpierw skrytego, a potem coraz bardziej jawnego popierania zjawiska skracania życia na życzenie.

W podobnych dyskusjach nie sposób pominąć opinii samych pacjentów. Punkt widzenia zależy w znacznym stopniu od punktu leżenia. Można by tu zastosować może niezbyt elegancki, ale skuteczny trick: proszę sobie wyobrazić siebie samego w sytuacji nieodwracalnej choroby, gdy żaden z medyków nie daje nadziei na długie życie, a wszyscy zapowiadają, że choroba będzie się pogłębiać. Niech rzuci kamieniem, kto w tych warunkach nie myśli o wybraniu sobie momentu i sposobu umierania. Religijność i wiara są pewną ochroną, ale niezbyt mocną i to tylko do określonego etapu. Ja sam zacząłbym wówczas przeliczać swoje tabletki i trzeba przyznać, że byłbym w sytuacji niezaskarżonej – wiem co, wiem jak i dysponuję odpowiednimi materiałami.

Gdy jednak chodzi o ludzi spoza medycyny, nieuchronnie popadamy w konflikt, dotyczący roli lekarza. Tu moje stanowisko nie jest zbyt konsekwentne. W moim przekonaniu lekarze nie są wprawdzie przygotowani ani teoretycznie, ani formalnie do uczestniczenia w procesie skracania sobie życia przez pacjenta, ale przecież dysponują stosownymi umiejętnościami praktycznymi. Zatem wybieranie sobie momentu śmierci – **tak**, ale udział w tym procesie lekarzy – raczej **nie**! Natychmiast pojawia się pytanie – jeśli nie my, to kto? Nie znam na nie odpowiedzi.

Znam więcej argumentów przeciwko angażowaniu lekarzy do tej roli niż argumentów za ich udziałem:

- czy udział, powiedzmy, w poniedziałki w procesie kończenia życia drastycznie nie podważy wiary w lekarza, który w pozostałe dni tygodnia ma ratować życie?
- czy konieczny zapewne proces kilkakrotnych wizyt i rozmów lekarza, a i wypełnianie stosownych formularzy i dokumentów nie stanie się trudnym do przeżycia okresem, podobnym do oczekiwania w celi śmierci na wykonanie wyroku?
- czy uda się w sposób nie budzący wątpliwości zapobiec przestępstwom (jak np. zadanie śmierci na życzenie rodziny, dla zwolnienia brakujących miejsc w domu opieki lub dla osobistych korzyści lekarza)?
- czy pacjent uwolniony od bólu nie zmieniłby zdania, ale jest już za późno?

* * *

Im wcześniej będzie się o tym mówić w gronie prawników i lekarzy, tym lepiej dla nas wszystkich. Nie należy się jednak łudzić, że wkrótce dojdzie do sformułowania jeśli nie praw, to przynajmniej „reguł, zasad, przepisów czy wytycznych”, według których powinno się pozwalać lekarzowi na współudział w kończeniu życia osób, które się tego domagają. Proces osiągania społecznej akceptacji takiego poglądu będzie przebiegał z różną szybkością w różnych krajach i w poszczególnych środowiskach. Trzeba się z tym pogodzić nie żałując czasu na dyskusje, uściślenia, a także publikacje przeznaczone dla szerszego odbiorcy. Ten bowiem dotychczas otrzymuje informacje z drugiej ręki, przygotowywane przez wielu dziennikarzy i publicystów, z reguły posługujących się nieprecyzyjnymi definicjami i poszukujących swych rozmówców wśród osób nie zawsze kompetentnych.

Ewa Kulesza

Ochrona danych o stanie zdrowia w świetle ustawodawstwa europejskiego i polskiej ustawy o ochronie danych osobowych

Dane o stanie zdrowia należą do tych informacji o osobach, których przetwarzanie prowadzone jest w szerokim zakresie i w różnych celach przez wiele podmiotów. Jednakże zakres i znaczenie informacji zawartych w danych medycznych sprawia, że wymagają one szczególnej ochrony. Owa szczególna ochrona stała się tym ważniejsza w momencie, gdy postęp techniczny umożliwił przetwarzanie danych – w tym danych o stanie zdrowia – w szerokim zakresie w systemach informatycznych. Systemy te dają bowiem nie tylko możliwość gromadzenia danych, ale ich szybkie opracowywanie, a także nieporównanie szerszy dostęp do danych w porównaniu z sytuacją, gdy przetwarzanie odbywa się w systemach tradycyjnych (kartotekach, zbiorach akt).

Z tego względu prawo każdego do zachowania w tajemnicy danych o stanie zdrowia sformułowane zostało przez Trybunał Europejski na gruncie art. 8 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i obywatela¹ i z tego też względu ochrona danych o stanie zdrowia stanowiła przedmiot szczególnego zainteresowania i licznych aktów normatywnych instytucji europejskich, datujących się od początków lat 80-tych. Ochrona danych o stanie zdrowia uwzględniona została zarówno w fundamentalnym akcie regulującym zagadnienia ochrony danych osobowych, jakim jest Konwencja nr 108 z 1981 r.², w Dyrektywie Nr 95 /46/, jak i w licznych rekomendacjach poświęconych poszczególnym zagadnieniom szczegółowym³. Celem prawodawstwa europejskiego było zagwarantowanie jakości, rzetelności i do-

¹ Orzeczenie Trybunału z 5.10.1994 r.

² Konwencja Rady Europy o ochronie osób przed zautomatyzowanym przetwarzaniem danych o charakterze osobistym z 28 stycznia 1981 r.

³ Por. Zalecenie nr R (81) 1, dotyczące uregulowań stosujących się do banków zautomatyzowanych danych medycznych (z 23 stycznia 1981 r.); Zalecenie nr R (97) 5 przyjęte przez komitet Ministrów Rady Europy 13 lutego 1997 r. w sprawie ochrony danych medycznych.

stępności danych medycznych dla określonych podmiotów, z jednoczesnym zagwarantowaniem poufności i zabezpieczeniem danych oraz zapewnieniem, że ich przetwarzanie będzie się odbywać zgodnie z podstawowymi prawami i wolnościami człowieka, w szczególności z zagwarantowaniem prawa do prywatności⁴.

O wadze problemu związanego z koniecznością przestrzegania ściśle określonych zasad przy przetwarzaniu danych o stanie zdrowia w systemach informatycznych świadczy fakt wydania w 1983 r.⁵ specjalnego oświadczenia Światowego Stowarzyszenia Lekarskiego w sprawie wykorzystywania komputerów w medycynie, w którym została wskazana konieczność podjęcia wszelkich możliwych kroków dla zapewnienia prywatności, bezpieczeństwa oraz poufności informacji o pacjentach. Zdaniem Światowego Stowarzyszenia Lekarskiego, nie byłoby naruszeniem poufności, czy przekazaniem poufnej informacji z zakresu opieki zdrowotnej wykorzystanie danych dla prowadzenia badań naukowych, kontroli zarządzania lub finansów placówek opieki zdrowotnej, jeśli przekazane informacje nie pozwalałyby na zidentyfikowanie – bezpośrednio lub pośrednio – żadnego z pacjentów w żadnym sprawozdaniu z tego rodzaju badań czy kontroli. Jednocześnie Światowe Stowarzyszenie zwróciło uwagę na to, iż krajowe stowarzyszenia powinny przeciwstawiać się jakiegokolwiek próbie wprowadzania ustawodawstwa dotyczącego elektronicznego przetwarzania danych o stanie zdrowia, które mogłoby zagrozić prawu pacjenta do prywatności, bezpieczeństwa i poufności, w szczególności zaś banki danych medycznych nigdy nie powinny być połączone z innymi centralnymi bankami danych.

Niniejsze opracowanie jest próbą przedstawienia podstawowych norm ustawodawstwa europejskiego regulujących ochronę danych medycznych i regulację tych zagadnień w polskiej ustawie o ochronie danych osobowych.

1. Normy prawa europejskiego

1.1. Konieczność szczególnej ochrony danych o stanie zdrowia podkreślona została w Konwencji Nr 108 o ochronie osób w kontekście automatycznego przetwarzania danych osobowych w systemach informatycznych⁶. Konwencja, z racji swego ogólnego charakteru, nie zawiera rozwiązań szczegółowych, wymienia jedynie specjalne kategorie danych wymagających szczególnej ochrony, wśród których znajdują się dane dotyczące stanu zdrowia. W zakresie tych danych Konwencja wymaga, aby nie podlegały automatycznemu przetwarzaniu, chyba że prawo krajowe gwarantuje ich właściwe zabezpieczenie.

1.2. Szczegółowe zasady przetwarzania danych, w tym specjalnych kategorii danych zwanych w literaturze danymi sensytywnymi, zawiera Dyrektywa 46 / 95 doty-

⁴ Por. zapisy Zalecenia nr R (97)5 .

⁵ Oświadczenie wydane 28 października 1983 r.

⁶ Konwencja Rady Europy z dnia 28 stycznia 1981 r. (podpisana przez Polskę – w trakcie ratyfikacji). Szczegółowe omówienie Konwencji, patrz: G. Szpor: Ochrona danych osobowych w ubezpieczeniach społecznych (w:) Społeczno-ekonomiczne uwarunkowania ubezpieczeń społecznych. Materiały z międzynarodowej konferencji naukowej Bystra Śląska 15-17 listopada 1996 r. pod red. A. Rączaszka, Katowice 1997, s.56 i n.

cząca ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych oraz wolnego przepływu danych⁷. Dyrektywa 46/95 wskazała zasady przetwarzania danych osobowych, w tym obowiązki administratorów danych i prawa osób, których dane dotyczą, wyróżniając i nakazując objęciem szczególną ochroną niektórych kategorii danych (danych sensytywnych) jako tych, których nieuprawnione ujawnienie mogłoby w szczególny sposób narazić na szkodę osobę, której dane dotyczą. Wśród danych tych wlicza się także dane o stanie zdrowia.

Podkreślenia wymaga, iż Dyrektywa posługuje się jednolitym terminem „dane o stanie zdrowia”, obejmując tym pojęciem wszystkie dane, w tym np. dane genetyczne, czy dane o nałogach⁸.

Generalnie Dyrektywa zabrania przetwarzania danych sensytywnych, dopuszczając taką możliwość jedynie w ściśle wyliczonych przypadkach. W odniesieniu do danych medycznych zakaz nie ma zastosowania, gdy przetwarzanie danych jest wymagane dla celów medycyny prewencyjnej, diagnostyki medycznej, świadczenia opieki lub leczenia, albo też zarządzania opieką zdrowotną, jak również, gdy dane są przetwarzane przez uprawnionego pracownika służby zdrowia zgodnie z przepisami krajowymi lub zasadami ustalonymi przez właściwe krajowe instytucje, z zastrzeżeniem obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez właściwego pracownika służby zdrowia lub przez inną osobę również zobowiązaną do zachowania tajemnicy. Ponadto przetwarzanie danych o stanie zdrowia jest dopuszczalne w przypadku wyraźnej udzielonej zgody na ich przetwarzanie (chyba, że regulacja prawa krajowego nie dopuszcza uchylecia zakazu przetwarzania tych danych zgodą osoby, której dane dotyczą), bądź też, gdy przetwarzanie jest konieczne dla wykonania obowiązków i szczególnych uprawnień kontrolera (administratora) w dziedzinie prawa pracy, pod warunkiem, iż prawo krajowe tego dozwala. Dyrektywa dopuszcza również przetwarzanie danych o stanie zdrowia, gdy przetwarzanie jest konieczne dla ochrony żywotnych interesów podmiotu danych lub innej osoby, w przypadku, gdy podmiot danych jest fizycznie lub prawnie niezdolny do udzielenia zgody.

Państwa członkowskie mogą ponadto, ze względu na istotny interes publiczny, ustalić dodatkowe zwolnienia z zakazu przetwarzania danych wymagających szczególnej ochrony, poza tymi, które zostały wymienione w powoływanym przepisie Dyrektywy, pod warunkiem zachowania odpowiednich zabezpieczeń.

Jak podkreśla się w komentarzach do Dyrektywy, szczególna ochrona niektórych kategorii danych, w tym danych o stanie zdrowia, wynika z faktu, iż przetworzenie tych danych w określonym kontekście może całkowicie zniszczyć prywatność osób⁹.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego wydana wspólnie z Radą Unii Europejskiej 24.10.1995 r.

⁸ Jak podkreśla się w literaturze, dane o stanie zdrowia obejmują – jakkolwiek Dyrektywa tego nie wyszczególnia – wcześniejsze, obecne i przyszłe dane także o zdrowiu psychicznym i upośledzeniu umysłowym, informacje o uzależnieniu od narkotyków i alkoholu, jak też dane genetyczne. Por. U.Dammann, S.Simitis: EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar, Baden-Baden 1997, s. 156-157.

⁹ Por. U.Dammann, S.Spiros: EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar, Baden-Baden 1997, s. 161-162; Także: E.Ehmann, M.Helfrich: EG-Datenschutzrichtlinie. Kurzkomentar, Köln 1999, s. 130-131.

1.3. Wartości owe, w szczególności prawo do prywatności i prawo do informacyjnego samookreślenia, podkreślane są w aktach europejskich dotyczących w jakimkolwiek zakresie danych o stanie zdrowia pacjentów. Relatywnie najnowsza w tym zestawie aktów prawnych Europejska Konwencja Bioetyczna z 1997 r.¹⁰, podkreślając w art. 1 obowiązek państw – stron Konwencji zagwarantowania każdej osobie ochrony godności i tożsamości człowieka oraz poszanowania integralności każdego oraz innych podstawowych wolności w kontekście zastosowań biologii i medycyny, poświęca osobny rozdział prawu każdego do prywatności i do informacji. Zgodnie z art. 10 Konwencji, każda osoba ma prawo do poszanowania jej życia prywatnego w zakresie informacji dotyczących jej zdrowia. Oznacza to – jak wynika ze sprawozdania wyjaśniającego do Konwencji – iż przepis ten podkreśla prawo do poszanowania życia prywatnego, zwłaszcza do poddania szczególnej ochronie informacji o stanie zdrowia, jako szczególnej kategorii danych, które jako takie w ramach tej Konwencji podlegają specjalnemu reżimowi ochrony.

1.4. Potrzeba ochrony danych o stanie zdrowia, czy szczególnych kategorii danych zdrowotnych, znalazła odzwierciedlenie również w aktach europejskich niższego rzędu: rekomendacjach, które są wydawane w celu zwrócenia uwagi na określone zagadnienia, wymagające szczególnej pieczy w ustawodawstwach wewnętrznych państw członkowskich Unii.

Szczególne znaczenie w tym zakresie ma Zalecenie nr R (97) 5 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotyczące ochrony danych medycznych¹¹. Zalecenie zawiera wskazówki co do zasad przetwarzania danych medycznych, uprawnień osób, których dane dotyczą, obowiązków podmiotów przetwarzających dane oraz zasad zabezpieczenia danych.

Zalecenie jest o tyle jeszcze interesujące, że w art. 1 Załącznik zawiera dookreślenie pojęć: dane medyczne („wyrażenie *dane medyczne* odnosi się do jakichkolwiek danych o charakterze osobowym odnoszących się do stanu zdrowia osoby; odnosi się ono także do danych mających wyraźny i ścisły związek ze stanem zdrowia oraz danymi genetycznymi”) i dane genetyczne („wyrażenie *dane genetyczne* - odnosi się do wszystkich danych, bez względu na ich rodzaj, dotyczących cech dziedzicznych osoby lub związanych z takimi cechami, stanowiącymi dziedzictwo grupy osób spowinowaconych”).

Zalecenie nakazuje, aby zbieranie i przetwarzanie danych medycznych odbywało się w sposób „lojalny” i dozwolony prawem. Dane medyczne winny być w zasadzie zbierane od osoby, której dotyczą. Jeśli natomiast są zbierane z innych źródeł, ich gromadzenie winno wynikać z konieczności zbierania takich danych, zgodnie z zasadami określonymi w zaleceniu oraz pod warunkiem, że jest to niezbędne dla realizowania celu przetwarzania. Dane medyczne mogą być przetwarzane jeśli jest to przewidziane w ustawie i w zakresie, na jaki ustawa zezwala, bądź też jeśli osoba, której dane dotyczą – bądź jej przedstawiciel ustawowy – wyrazi na to zgodę.

¹⁰ Konwencja o ochronie praw i godności człowieka w odniesieniu do zastosowania w biologii i medycynie Rady Europy z 4 kwietnia 1997 r.

¹¹ Zalecenie przyjęte 13 lutego 1997 r.

Zalecenie posiada szczególne znaczenie z tego względu, iż zawiera szczegółowe zasady zbierania i przetwarzania danych medycznych. Zgodnie z normami zawartymi w Zaleceniu, ma ono zastosowanie do zbierania i automatycznego przetwarzania danych medycznych, o ile ustawodawstwo wewnętrzne nie przewiduje właściwych gwarancji, określając szczegółowo zasady w zakresie ochrony praw osób, których dane dotyczą, obowiązków administratorów w zakresie zabezpieczenia danych, przepływu transgranicznego, przechowywania danych czy badań naukowych.

1.5. Szczególne miejsce wśród aktów, których celem jest ochrona danych o stanie zdrowia są rekomendacje i rezolucje określające zalecane standardy bioetyczne.

Wymienić tu można choćby Rekomendację 818 (1977) dotyczącą osób psychicznie chorych¹², Rezolucję Komitetu Ministrów Rady Europy z maja 1978 r. dotyczącą harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich związanego z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich tkanek i organów¹³, Rekomendację Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 1982 r. dotyczącą inżynierii genetycznej¹⁴ czy Rekomendację 1116 (1989) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy „AIDS a prawa człowieka”¹⁵.

We wszystkich tych dokumentach bardzo silnie podkreślana jest konieczność ochrony tajemnicy lekarskiej oraz zagwarantowanie prawa do ochrony prywatności bądź zapewnienie anonimowości osób, wobec których podejmowane są działania medyczne.

Ochrona danych o stanie zdrowia rozpatrywana i regulowana jest również w kontekście przetwarzania danych dla innych celów, aniżeli świadczenia medyczne.

Przykładem w tym zakresie może być: Zalecenie Nr R/89/2 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich Rady Europy ustalające zasady rejestracji danych dotyczących stanu zdrowia pracownika, objętych tajemnicą lekarską (nakazujące np. aby dane o stanie zdrowia pracownika, przetwarzane np. przez pracodawcę były oddzielone od innych danych posiadanych przez pracodawcę oraz aby dla tych danych były zastosowane odpowiednie środki zabezpieczające przed dostępem do nich osób nie należących do służb lekarskich).

2. Ochrona danych o stanie zdrowia w polskiej ustawie o ochronie danych osobowych

2.1. Obowiązująca od 30 kwietnia 1998 r. polska ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹⁶ wymienia dane o stanie zdrowia wśród danych szczególnie chronionych.

Jednakże polski ustawodawca szerzej, niż Dyrektywa określił dane, które można zaliczyć do danych o stanie zdrowia. Art. 27 ustawy o ochronie danych zabrania

¹² Rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy dotycząca sytuacji osób chorych psychicznie z 8 października 1977 r.

¹³ Rezolucja Nr (78)29 z 11 maja 1978 r.

¹⁴ Rekomendacja 934 (1982)

¹⁵ Rekomendacja z 29 września 1989 r.

¹⁶ Dz.U. Nr 133, poz. 883.

przetwarzania danych m.in. ujawniających „dane o stanie zdrowia, kodzie genetycznym i nałogach”. Jak podkreśla się w literaturze „nałogi stanowią wprawdzie swego rodzaju informację związaną ze stanem zdrowia, niemniej jednak w nomenklaturze medycznej nie można ich uznać za jednostkę chorobową i dlatego zostały wyodrębnione jako osobna kategoria danych objętych zakazem przetwarzania”¹⁷. Z kolei kod genetyczny został wyodrębniony wśród danych wymagających szczególnej ochrony, „ponieważ informacja genetyczna ujawnia nie tylko stan zdrowia osoby, ale także inne dane, np. skłonności osoby do określonych zachowań, w tym zachowań przestępczych”¹⁸. Zdaniem przedstawicieli Unii Europejskiej analizujących polskie ustawodawstwo o ochronie danych osobowych z punktu widzenia zgodności z Dyrektywą 46/95, ustawodawca polski poszedł za daleko wyodrębniając dodatkowo dwa rodzaje danych, gdyż postanowienia Dyrektywy, jako aktu harmonizacyjnego, powinny być w odniesieniu do danych sensytywnych wprost przeniesione do ustawodawstw krajowych. Zgodnie z Dyrektywą, art. 27 polskiej ustawy powinien wymieniać jedynie dane o stanie zdrowia¹⁹.

Przyznać trzeba, iż inne ustawodawstwa europejskie nie poszerzają pojęcia chronionych danych o stanie zdrowia o owe dodatkowe elementy wprowadzone do art. 27 polskiej ustawy o ochronie danych osobowych.

Podobnie, jak w Dyrektywie, przy generalnym zakazie przetwarzania danych sensytywnych, ustawa dopuszcza przetwarzanie w ściśle wyliczonych przypadkach. Dopuszczalne jest zatem przetwarzanie²⁰ danych szczególnie chronionych, w tym danych o stanie zdrowia – jeżeli osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę na piśmie (pkt. 1); jeżeli przepis szczególny innej ustawy zezwala na przetwarzanie takich danych bez zgody osoby, której dotyczą i stwarza pełne gwarancje ich ochrony (pkt. 2); jeżeli przetwarzanie takich danych jest niezbędne dla ochrony żywotnych interesów osoby, której 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 (pkt. 3); gdy przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadań administratora danych odnoszących się do zatrudnienia pracowników i innych osób, a zakres przetwarzanych danych jest określony w ustawie (pkt. 6); gdy 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, zarządzaniem, udzielaniem usług medycznych i są stworzone pełne gwarancje ochrony danych osobowych (pkt. 7); wreszcie, gdy przetwarzanie dotyczy danych, które zostały podane do publicznej wiado-

¹⁷ A. Mednis: Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 1999, s.82;

¹⁸ A. Mednis: Ustawa..., op.cit. s. 82;

¹⁹ W związku z zarzutem ze strony organów unijnych, zapis art. 27 ustawy o ochronie danych osobowych zostanie zmieniony w trakcie przygotowywanej nowelizacji ustawy.

²⁰ Pod pojęciem przetwarzania danych, zgodnie z art. 7 ustawy, rozumie się 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.

mości przez osobę, której dotyczą (pkt. 8)²¹. Każda z wyliczonych przesłanek stanowi odrębną podstawę przetwarzania danych, co oznacza, że jeśli np. przepis szczególny innej ustawy zezwala na przetwarzanie takich danych, bądź też, jeśli spełnione są przesłanki przetwarzania danych o stanie zdrowia, opisane w pkt. 7 powołowanego przepisu art. 27 ust. 2, zbędne jest już żądanie zgody od osoby, której dane dotyczą²².

Ustawodawca ustalił w art. 27 wyższe standardy ochrony, niż ma to miejsce w przepisach określających przetwarzanie danych umownie zwanych „zwykłymi”. I tak, zgoda osoby, której dane dotyczą, na przetwarzanie danych sensorywnych, musi być wyrażona na piśmie, podczas gdy w przypadku przetwarzania danych „zwykłych” wystarczy zgoda wyrażona w jakiegokolwiek formie (także ustnie). W obu przypadkach musi być to oświadczenie woli, którego treścią jest zgoda na przetwarzanie danych osobowych tego, kto składa oświadczenie i nie może być domniemane lub dorozumiane z oświadczenia woli o innej treści. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż zgoda pacjenta musi obejmować określony cel i zakres ujawnianych danych, nie może to być zatem zgoda niejako *in blanco* w niedookreślonym zakresie i celu udostępnienia danych. Przypomnieć należy, że ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza²³ stawia dalej idące warunki, bowiem nakłada na lekarza generalnie obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu (art. 40). Informacje dotyczące stanu zdrowia pacjenta udzielane są przez lekarza temuż pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi, natomiast innym osobom mogą być udzielane tylko za zgodą pacjenta, gdy pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża na to zgodę (art. 31 ust. 3), a ponadto ujawnienie może nastąpić dopiero po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach ujawnienia jego danych o stanie zdrowia. Zapis ten oznacza, iż pacjent może wyrazić zgodę na udostępnienie danych osobom trzecim, jednakże każde udostępnienie danych przez lekarza powinno być poprzedzone indywidualną informacją pacjenta o skutkach ujawnienia danych.

²¹ W wyliczeniu pominięte zostały przesłanki przetwarzania danych osobowych szczególnie chronionych, nie wykorzystywane jako podstawy przetwarzania danych o stanie zdrowia. Art. 27 ust. 2 określa ponadto, jako przesłanki przetwarzania sytuacje, gdy przetwarzanie danych jest 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 (pkt. 4) a także, gdy przetwarzanie dotyczy danych, które są niezbędne do dochodzenia praw przed sądem (pkt. 5).

²² Powszechną praktyką w zakładach opieki zdrowotnej jest żądanie udzielenia zgody na przetwarzanie danych o stanie zdrowia, podczas gdy ZOZ-y prowadząc działalność w celu ochrony zdrowia, świadczenia usług medycznych, leczenia pacjentów, spełniają już przesłankę opisaną w art. 27 ust. 2 pkt. 7 ustawy. Owo zbędne w świetle przepisów ustawy o ochronie danych osobowych żądanie wyrażenia zgody przyjmowane jest przez pacjentów z nieufnością, podejrzewają bowiem, że ich dane będą wykorzystywane nie tylko w celu leczenia, bądź też, że jest to rodzaj szantażu: albo podpisują zgodę i świadczenie jest im udzielane, albo nie podpisują i otrzymają odmowę np. skierowania do sanatorium;

²³ Tj. Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152. Wcześniej analogiczne przepisy nakładające na lekarzy obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej, zawierała ustawa z 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 50, poz. 458 z późn. zm.), zgodnie z którą lekarz obowiązany był do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym powziął wiadomość w związku z wykonywaniem zawodu (art. 14).

Tymczasem z praktyki w zakresie ochrony danych osobowych wynika, iż pacjenci, będący klientami np. firm ubezpieczeniowych zmuszani są – pod rygorem niezawarcia umowy ubezpieczeniowej – do wyrażenia zgody na zbieranie danych o ich stanie zdrowia „...od wszystkich osób, które mnie kiedykolwiek leczyły lub badały, a także od osób trzecich/.../”. Wydaje się, iż jest to klauzula zbyt szeroka. O ile klauzula ta byłaby dopuszczalna w przypadku zbierania danych od lekarza, ponieważ ten związany jest regułami udostępniania danych o stanie zdrowia pacjenta, określonymi w ustawie o zawodzie lekarza, o tyle ryzykowne jest wyrażenie zgody na zbieranie danych od „osób trzecich” bez dookreślenia, od jakich jeszcze „osób trzecich” i w jakim trybie dane miałyby być uzyskiwane.

W przypadku drugiej przesłanki przetwarzania danych wrażliwych, w postaci podstawy ustawowej, art. 27 ust. 2 wymaga, aby przepis szczególny innej ustawy, a nie jakiegokolwiek innego aktu prawnego zezwalał na przetwarzanie takich danych bez zgody osoby, której dane dotyczą. Oznacza to, iż wyłącznie ustawa może stanowić podstawę przetwarzania danych o stanie zdrowia, wskazując na zakres przetwarzanych danych, nie może natomiast stanowić takiej podstawy np. akt wykonawczy do ustawy (rozporządzenie) lub akty prawa miejscowego²⁴. Również do ustaw odsyła art. 27 ust. 2 pkt. 6 w zakresie przetwarzania danych, w tym o stanie zdrowia, na potrzeby zatrudnienia²⁵.

Przykładem ustawowej podstawy przetwarzania danych o stanie zdrowia jest ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym²⁶, która szczegółowo wylicza w art. 141a, jakie dane osób ubezpieczonych mogą być przetwarzane przez kasy chorych lub też upoważniając np. kasę chorych do przeprowadzania lub zlecania kontroli bieżącej realizacji umowy o udzielanie świadczeń, wskazuje, w jakim zakresie – co do przedmiotu kontroli i dokumentacji – kontrola może być przeprowadzana. W przepisach upoważniających do kontrolowania m.in. stosowania procedur diagnostycznych i terapeutycznych pod względem jakości i zgodności z przyjętymi standardami, sposobu korzystania ze świadczeń specjalistycznych i stosowania technologii medycznych, zasadności wyboru leków i materiałów medycznych oraz przedmiotów ortopedycznych i środków pomocniczych stosowanych w diagnostyce, leczeniu i rehabilitacji, zasad wystawiania recept, znajduje się zastrzeżenie, iż kontrole dokumentacji medycznej i jakości udzielanych świadczeń mogą być przeprowadzane tylko przez upoważnionych przez kasę chorych lekarzy, pielęgniarki, położne lub przedstawicieli innych zawodów medycznych. Innym przykładem ustawowego upoważnienia do przetwarzania danych o stanie zdrowia może być ustawa o pomocy społecznej, zgodnie z którą niepełnosprawność, długotrwała choroba, alkoholizm lub narkomania stanowią przesłanki udzielenia świadczenia, co ozna-

²⁴ Wydane przez organy samorządu lokalnego np. na podstawie ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 1996 r., Nr 13, poz. 74 z późn. zmianami);

²⁵ W przypadku tej przesłanki zapis o ustawowej podstawie przetwarzania danych na potrzeby zatrudnienia wydaje się zbędny. Generalnie bowiem, zgodnie z pkt. 2, przetwarzanie danych o stanie zdrowia może nastąpić na podstawie ustawy, natomiast cel przetwarzania może być różny – także np. zatrudnienie pracowników.

²⁶ Ustawa z dnia 6 lutego 1997 r., Dz.U. Nr 28, poz.153 z późn. zmianami.

cza, że organy pomocy społecznej są ustawowo upoważnione do przetwarzania danych o stanie zdrowia czy nałogach²⁷.

Na marginesie należy wspomnieć, iż w przypadku przetwarzania danych na podstawie przepisów prawa, jeśli przepisy wskazują zakres przetwarzania danych np. poprzez ich wyliczenie, podmioty działające na ich podstawie nie mają prawa do dowolnego ustalania zakresu przetwarzanych danych²⁸.

Niezwykle interesująca jest przesłanka przetwarzania danych w celu ochrony stanu zdrowia, świadczenia usług medycznych lub leczenia pacjentów przez osoby trudniące się zawodowo leczeniem lub świadczeniem innych usług medycznych, zarządzanie udzielaniem usług medycznych i są stworzone pełne gwarancje ochrony danych osobowych (art. 27 ust. 2 pkt. 7). Zacytowany wyżej przepis daje szerokie podstawy przetwarzania danych o stanie zdrowia, nie ograniczając ich jedynie do świadczeń usług medycznych. Wydaje się iż ustawodawca szeroko ujmując ową odrębną podstawę przetwarzania danych, kierował się definicją świadczeń zdrowotnych zawartą w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej. Zgodnie bowiem z art. 3 owej ustawy świadczeniem zdrowotnym jest działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub z przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania, w szczególności związane z badaniem i poradą lekarską, leczeniem, badaniem i terapią psychologiczną, rehabilitacją leczniczą, opieką nad kobietą ciężarną i jej płodem w czasie porodu, położu oraz nad noworodkiem, opieką nad zdrowym dzieckiem, badaniem diagnostycznym, w tym z analityką medyczną, pielęgnacją chorych, orzekaniem i opiniowaniem o stanie zdrowia, w tym orzekaniem o stopniu niepełnosprawności, zapobieganiem powstawaniu urazów i chorób poprzez działania profilaktyczne czy szczepienia ochronne i inne działania. Owa szeroka przesłanka uzupełniona jest dodatkową okolicznością upoważniającą do przetwarzania danych – jaką jest zarządzanie udzielaniem usług medycznych.

Jest rzeczą oczywistą, iż działania związane z szeroko rozumianym udzielaniem usług medycznych związane muszą być z prowadzeniem stosownej dokumentacji, która służy w całym procesie leczenia, profilaktyki czy rehabilitacji. Nie byłoby zatem celowe wprowadzanie jakichkolwiek ograniczeń w przetwarzaniu danych zawartych w dokumentach, jeśli służą temu właśnie celowi.

2.2. Administrator, przetwarzający dane o stanie zdrowia, jest obowiązany do przestrzegania wszystkich zasad przetwarzania danych. Jest zatem zobowiązany do

²⁷ Ustawa z dnia 29 listopada 1990 r. o pomocy społecznej, t.j. Dz.U. z 1993 r. Nr 13, poz. 60 z późn. zmianami. Nie wchodząc szerzej w zagadnienie przetwarzania danych o stanie zdrowia przez jednostki organizacyjne pomocy społecznej zasignalizować należy problem zbędności potrzeby znajomości dokładnej diagnozy lekarskiej przez pracowników pomocy społecznej; wydaje się, iż należałoby dążyć do zmiany przepisów w kierunku wystawiania przez lekarza ogólnego zaświadczenia np. o stopniu niepełnosprawności, czy potrzebie zapewnienia określonego rodzaju opieki.

²⁸ Nie są działaniami zgodnymi z prawem żądania kas chorych udostępniania innych danych, wykraczających poza zakres określony w przepisach ustawy o ubezpieczeniach zdrowotnych i aktach wykonawczych do niej, jak też żądanie np. na potrzeby zawieranych kontraktów z zakładami opieki zdrowotnej dokumentów osobowych pracowników zatrudnionych w zoz.

dołożenia szczególnej staranności w celu ochrony interesów osób, których dane dotyczą, a w szczególności jest obowiązany zapewnić, aby dane przetwarzane były zgodnie z prawem zbierane dla oznaczonych, zgodnym z prawem celów i nie poddawane dalszemu przetwarzaniu niezgodnemu z tymi celami, merytorycznie poprawne i adekwatne do celów, w jakich są przetwarzane oraz przechowywane w postaci umożliwiającej identyfikację osób nie dłużej, niż jest to niezbędne do osiągnięcia celu.

Ustawodawca nie zwolnił administratorów danych z żadnego z obowiązków, wręcz przeciwnie, z filozofii ustawy wynika, iż wykonywanie tych obowiązków winno być specjalnie staranne w odniesieniu do danych szczególnie chronionych. Nie omawiając szczegółowo ustawy podkreślić jednak należy, iż niewątpliwie jednym z najważniejszych obowiązków administratora danych, wynikających z ustawy, jest obowiązek zabezpieczenia danych, w szczególności wówczas, gdy przetwarzanie odbywa się w systemach informatycznych. W tym zakresie administrator danych jest zobowiązany do poddania się wszystkim rygorom w zakresie zabezpieczenia zbioru, wynikającym z ustawy o ochronie danych osobowych i przepisów wykonawczych do ustawy²⁹.

Administrator zobowiązany jest ponadto do respektowania w pełni praw osoby, której dane dotyczą, w tym prawa do uzyskania informacji. W szczególności osoba, której dane dotyczą powinna być – w momencie zbierania danych – poinformowana o celu zbierania, prawie wglądu do danych oraz ich poprawiania, dobrowolności albo obowiązku podania danych, a jeżeli taki obowiązek istnieje, o jego podstawie prawnej (art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie danych). W przypadku zbierania danych nie od osoby, której dane dotyczą, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy, administrator danych winien poinformować osobę, której dane dotyczą o swojej nazwie i adresie siedziby, celu i zakresie zbierania danych, źródle danych, prawie wglądu oraz prawie poprawiania danych, a także o uprawnienia określone w art. 32 ust. 1 pkt. 7 i 8 ustawy³⁰. Nie ma takiego obowiązku jedynie wówczas, gdy przepis szczególny innej ustawy przewiduje lub dopuszcza zbieranie danych bez wiedzy osoby, której dane dotyczą, jeśli dane są ogólnie dostępne, jeśli są one niezbędne do badań naukowych, dydaktycznych, historycznych, statystycznych lub badania opinii publicznej, ich przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dotyczą, a spełnienie obowiązku informacyjnego wymagałoby nadmiernych nakładów lub zagrażałoby realizacji celu badania, bądź też, jeśli administrator nie przetwarza dalej zebranych danych po ich jednorazowym wykorzystaniu (art. 25 ust. 2).

²⁹ Por. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 czerwca 1998 r. w sprawie określenia podstawowych warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz.U. Nr 80, poz. 521).

³⁰ Wymóg dopełnienia obowiązku informacyjnego, wynikającego z art. 25 ust. 1 ustawy o ochronie danych, budzi wątpliwości w odniesieniu do podmiotów sektora publicznego, w tym placówek służby zdrowia. Polska ustawa o ochronie danych osobowych nie zawiera bowiem słusznego, istniejącego w Dyrektywie 46/95, zastrzeżenia, iż nie ma konieczności nakładania obowiązku informacyjnego, kiedy podmiot danych (osoba, której dane dotyczą), posiada już tę informację (por. pkt. 40 wstępu do Dyrektywy).

Ustawa wprowadza natomiast ograniczenia co do możliwości udostępniania danych szczególnie chronionych. Ustawodawca zobowiązując administratora danych do udostępniania danych podmiotom uprawnionym na mocy przepisów prawa, wyraźnie wyłączył taką możliwość w odniesieniu do udostępniania danych na indywidualny wniosek w oparciu o uznaniową decyzję podmiotu publicznego (art. 29 ust. 1 i 2). Takie ograniczenie dostępu do danych szczególnie chronionych jest w pełni zasadne, bowiem w przypadku umożliwienia dostępu do danych na podstawie uznaniowej decyzji administratora danych, ich ochrona byłaby iluzoryczna i nie korespondowała z przepisami określającymi szczególne przesłanki przetwarzania danych sensytywnych. Jednocześnie ustawodawca dopuścił przetwarzanie danych w innym celu niż ten, dla którego zostały zebrane, jeśli to nie narusza praw i wolności osoby, której dotyczą i wykorzystywane są w celach badań naukowych, dydaktycznych, historycznych lub statystycznych³¹.

2.4. Zwolnienie z obowiązku rejestracyjnego.

Administratorzy danych o stanie zdrowia zwolnieni zostali z obowiązku rejestracji zbiorów. Nie jest to jednak zwolnienie dotyczące danych w takim zakresie, o jakim mówi art. 27 ust. 2 pkt. ustawy o ochronie danych osobowych.

Art. 43 ust. 1 pkt. 5 mówi, iż z obowiązku rejestracji zbioru danych zwolnieni są administratorzy danych dotyczących „osób korzystających z ich usług medycznych”. Literalnie odczytując art. 43 ust. 1 pkt. 5 przyjąć należy, że zwolnienie z obowiązku rejestracji dotyczy wyłącznie podmiotów przetwarzających dane, w związku z udzielaniem przez te podmioty usług medycznych. Zwolnione z obowiązku rejestracji będą zatem zarówno zakłady opieki zdrowotnej, bez względu na ich status, jak i np. apteki i inne podmioty udzielające świadczeń medycznych. Nie wszystkie jednak podmioty, które upoważnione zostały do przetwarzania danych medycznych na podstawie art. 27 ust. 2 pkt. 7, są zwolnione z obowiązku rejestracji zbiorów. Nie będą zatem zwolnione z obowiązku rejestracyjnego kasy chorych, które nie udzielają usług medycznych, jakkolwiek zarządzają udzielaniem usług medycznych i w związku z tym w szerokim zakresie przetwarzają dane o stanie zdrowia osób ubezpieczonych. Rejestracji podlegają również wszelkie zbiory tworzone przez inne, niż świadczące usługi medyczne, podmioty, np. podmioty administracji publicznej prowadzące rejestry usług medycznych.

2.5. Ustawa o ochronie danych osobowych zawiera przepisy karne, wśród których przewiduje szczególnie surowe sankcje za naruszenie dobra chronionego prawem, jakim są dane osobowe, w tym szczególnie chronione np. dane o stanie zdrowia, kodzie genetycznym lub nałogach. Jak podkreśla się w literaturze, podstawowym celem przepisów karnych jest danie przez ustawodawcę wyrazu temu, jaką wagę przywiązuje on do ochrony danego dobra prawnego³²; wysokość sankcji prze-

³¹ Por. T.M. Zielonka: Tajemnica lekarska – święta powinność czy przestarzały wymóg?, Prawo i Medycyna, 1999, nr 4, s. 80 in.

³² Szerzej na temat odpowiedzialności prawnokarnej w zakresie ochrony danych osobowych: W. Kulesza: Ochrona danych osobowych a nowa kodyfikacja prawa karnego w Polsce (w:) Ochrona danych osobowych, pod red. M. Wyrzykowskiego, Warszawa 1999, s. 89 i n.

widzianych w przepisach karnych ustawy o ochronie danych osobowych – aż do trzech lat pozbawienia wolności – wskazuje, iż ustawodawca dużą wagę przywiązuje do ochrony danych osobowych.

Zakres podmiotowy odpowiedzialności karnej z ustawy o ochronie danych osobowych jest szeroki. Odpowiedzialność ponosić będzie każdy, kto przetwarza dane osobowe w sposób naruszający postanowienia ustawy.

Nie rozwijając szerzej zagadnienia odpowiedzialności prawnokarnej³³ podkreślić należy, iż ustawodawca przewidział w art. 49 ust. 2 surowszą niż w ust. 1, bo zagrożoną karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3 odpowiedzialność każdego sprawcy, który przetwarza dane osobowe szczególnie chronione, choć ich przetwarzanie nie jest dopuszczalne albo do których przetwarzania nie jest uprawniony. Oznacza to odpowiedzialność każdego – zarówno tego, kto udostępnia dane ze zbioru, jak i tego, kto takie dane gromadzi w zbiorze – za niedopuszczalne lub nieuprawnione przetwarzanie danych, a zatem za przetwarzanie danych bez spełnienia którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 27 ust. 2 ustawy³⁴.

Odpowiedzialność za niezgodne z prawem przetwarzanie danych nie ogranicza się do powołanego art. 49 ust. 2. Kolejne przepisy sankcjonują odpowiedzialność osoby administrującej zbiorem danych, która „przechowuje w zbiorze dane osobowe niezgodnie z celem utworzenia zbioru”³⁵, czy „która – choćby nieumyślnie – narusza obowiązek zabezpieczenia zbioru przed zabraniem przez osobę nieuprawnioną, uszkodzeniem lub zniszczeniem”³⁶. W tych przypadkach przepisy przewidują kary grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do roku. Ustawa sankcjonuje również działanie osoby administrującej zbiorem danych lub zobowiązanej do ochrony danych, która udostępnia je lub umożliwia dostęp do nich osobom nieupoważnionym, przewidując karę grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2.

Przestępstwa określone w ustawie o ochronie danych osobowych ścigane są z oskarżenia publicznego. Każde zatem zawiadomienie organów ścigania winno sta-

³³ Ogólne omówienie odpowiedzialności karnej w: B. Kurzępa: *Przestępstwa z ustawy o ochronie danych osobowych*, Prokuratura i prawo, 1999, nr 6, s. 44 i n.

³⁴ W sygnalizowanym w czasie Forum Prawno-Medycznego przypadku ujawnienia przez lekarza pierwszego kontaktu danych o stanie zdrowia pacjenta lekarzowi ze szpitala, z którym pacjent prowadził spór, wydaje się spełniać przesłanki odpowiedzialności karnej z tego właśnie przepisu. W przedstawianej sytuacji brak było przesłanek ujawnienia danych: lekarz pierwszego kontaktu ujawniając dane pacjenta nie mógł powołać się na konkretny przepis prawa, ani na inną przesłankę, np. udzielanie świadczeń medycznych. Obojętna z punktu widzenia przepisu prawa jest natomiast forma (telefoniczna) udostępnienia danych.

³⁵ Osoba administrująca zbiorem nie może przechowywać w zbiorze dowolnych danych. Jak podkreślano, jeszcze przed wejściem w życie ustawy o ochronie danych, zarówno w innych zapisach ustawy, jak i w przepisach zawierających sankcje karne, niewątpliwie chodziło o wyeliminowanie sytuacji włączania do akt spraw informacji nie mających związku ze sprawą. Por. B. Banaszak, K. Wygoda: *Regulacja prawna ochrony danych osobowych w Polsce w świetle ustawy z 29 sierpnia 1997 r. i standardów europejskich (w): Ochrona danych osobowych*, op.cit. s. 69.

³⁶ Jak podkreśla się w literaturze, tajemnica danych osobowych w świetle ustawy o ochronie danych osobowych „staje się więc jakimś szczególnym rodzajem tajemnicy, której udostępnienie lub samo tylko umożliwienie dostępu nieuprawnionemu, na skutek niezachowania przez sprawcę ostrożności, uzasadnia odpowiedzialność karną”. W. Kulesza: *Ochrona danych...*, op.cit. s. 94 i n.

nowić podstawę do podjęcia postępowania karnego, jeśli zachodzą przesłanki odpowiedzialności karnej. Przypomnieć należy, że generalny inspektor ochrony danych osobowych zobowiązany jest do zawiadomienia organów ścigania w razie stwierdzenia, że działanie lub zaniechanie kierownika jednostki organizacyjnej, jej pracownika lub innej osoby fizycznej będącej administratorem danych wyczerpuje znamiona przestępstwa określonego w ustawie.

Uwagi końcowe

Dane o stanie zdrowia, ze względu na swe znaczenie, zawsze były przedmiotem szczególnej uwagi i ochrony, czego wyrazem jest tajemnica lekarska traktowana od czasów starożytnych jako jedna z najważniejszych tajemnic zawodowych.

Obecnie wprowadzane, zarówno w prawodawstwach międzynarodowych, jak i krajowych, rozwiązania prawne rozszerzają zakres podmiotów zobowiązanych do ochrony danych, w tym danych o stanie zdrowia. Ochrona danych o stanie zdrowia nie jest już bowiem wyłącznie problemem zachowania tajemnicy lekarskiej, ale generalnie zabezpieczenia danych przed nieuprawnionym ich ujawnieniem przez wszystkie osoby i podmioty przetwarzające dane, zwłaszcza w systemach informatycznych, zarówno z uwagi na postęp w rozwoju medycyny, dzięki któremu możliwe jest zbieranie szczegółowych informacji o człowieku na podstawie wyników badań i diagnoz, jak też ze względu na łatwość dowolnego ich zestawiania i przekazywania za pomocą systemów informatycznych. Z tego względu ważne jest ustawodawstwo z zakresu ochrony danych osobowych. Polska ustawa o ochronie danych osobowych, jakkolwiek niedoskonała, już w chwili obecnej stanowi istotny instrument ochrony danych, w tym danych medycznych, na co wskazuje ilość i jakość sygnalizowanych Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych spraw dotyczących ochrony danych o stanie zdrowia.

Franciszek Gajek

Gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie danych – relacja pomiędzy szpitalem a Kasami Chorych

Gromadzenie danych osobowych odbywa się w szpitalach od dawna. Zawsze leczeniu pacjentów towarzyszyły różne ewidencje zawierające dane osobowe. W szpitalach gromadzono głównie:

- Dane pracowników (dział kadr).
- Dane pacjentów:
 - hospitalizowanych – izba przyjęć, statystyka medyczna, dział rozliczeń z płatnikami,
 - ambulatoryjnych – rejestracja, poradnie, pracownie diagnostyczne.

Uwaga:

Zasady gromadzenia (prowadzenia dokumentacji medycznej), przetwarzania, przekazywania i ochrony danych pacjentów reguluje art. 18 Ustawy o zakładach opieki zdrowotnej.

Dane o pacjentach hospitalizowanych:

(Przyjmowani do szpitala w trybie nagłym)

– Nazwisko i imię; PESEL; Data urodzenia; Adres; Miejsce pracy; Kontakt z rodziną; Ubezpieczyciel; Kasa Chorych.

(Przyjmowanych w trybie planowym – dodatkowo)

– Płeć; Stan cywilny; Wykształcenie; Dane osoby upoważnionej do uzyskiwania informacji o stanie zdrowia pacjenta; Zgoda pacjenta na leczenie.

Dane o pacjentach ambulatoryjnych:

– Nazwisko i imię; PESEL; Data urodzenia; Adres; Miejsce pracy; Ubezpieczyciel; Kasa Chorych.

Nowy wymiar gromadzeniu danych osobowych nadały dwa fakty:

- pojawienie się przepisów w sprawie ochrony danych osobowych,
- powstanie systemu ubezpieczeń zdrowotnych.

Główne zmiany w zakresie gromadzenia i przetwarzania danych osobowych w relacji pomiędzy świadczeniodawcami (np. szpitalami) a płatnikami (Kasy Chorych) oraz nowe regulacje zawarto w:

Rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 15 stycznia 1999 r. w sprawie ustalenia zakresu niezbędnych danych gromadzonych przez świadczeniodawców oraz w systemach informatycznych Kas Chorych, a także zakresu i procedury wymiany danych pomiędzy Kasami Chorych oraz Kasami Chorych a świadczeniodawcami, Urzędem Nadzoru Ubezpieczeń Zdrowotnych i Krajowym Związkiem Kas Chorych (Dz. U nr 7/99).

W rozporządzeniu określono zasady gromadzenia danych osobowych, ich przetwarzania i wymiany pomiędzy podmiotami systemu ochrony zdrowia.

Świadczeniodawcy zobowiązani są do gromadzenia następujących danych związanych z każdym udzielonym świadczeniem zdrowotnym :

1. W zakresie dotyczącym pacjenta: nazwisko; imię (imiona); PESEL; data urodzenia, płeć.

2. W zakresie dotyczącym Kasy Chorych: symbol Kasy Chorych, numer karty ubezpieczenia, numer służący do potwierdzenia wykonania świadczenia.

3. Charakteryzujące wykonane świadczenie: kod rodzaju świadczenia; kod rozpoznania medycznego związanego z udzielonym świadczeniem według międzynarodowej klasyfikacji chorób, urazów i zatruc; opłata wniesiona przez pacjenta; dopłata ze strony Kasy Chorych.

4. Charakteryzujące fazę wykonania świadczenia: REGON świadczeniodawcy wykonującego świadczenie; typ komórki organizacyjnej świadczeniodawcy, w której udzielono świadczenia; data początku wykonania świadczenia; data wykonania (końca wykonania) świadczenia.

5. Charakteryzujące fazę zlecenia wykonanego świadczenia: REGON świadczeniodawcy zlecającego; typ komórki organizacyjnej świadczeniodawcy, w której wypisano zlecenie; numer prawa wykonywania zawodu lekarza zlecającego; data zlecenia.

Świadczeniodawcy przekazują Kasom Chorych, z którymi mają zawarte umowy, następujące dane dotyczące świadczeń wykonywanych na rzecz ubezpieczonych w nich osób:

1. Dotyczące umów: identyfikator umowy; okres rozliczeniowy; typ komórki organizacyjnych wykonujących świadczenia; liczba wykonanych jednostek kalkulacyjnych; kwota do zapłacenia przez Kasę Chorych.

2. Na wniosek Kasy Chorych następuje przekazywanie następujących danych: PESEL; numer karty ubezpieczenia; numer służący do potwierdzenia wykonania świadczenia; kod rodzaju świadczenia; kod rozpoznania medycznego związanego z udzielonym świadczeniem według międzynarodowej klasyfikacji chorób, urazów i zatruc; opłata wniesiona przez pacjenta; dopłata ze strony Kasy Chorych; REGON świadczeniodawcy wykonującego świadczenie; typ komórki organizacyjnej świadczeniodawcy, w której udzielono świadczenia; data początku wykonania świadczenia; data wykonania (końca wykonania) świadczenia; REGON świadczeniodawcy zlecającego; typ komórki organizacyjnej świadczeniodawcy, zlecającego; REGON

świadczeniodawcy zlecającego; typ komórki organizacyjnej świadczeniodawcy, w której wypisano zlecenie; numer prawa wykonywania zawodu lekarza zlecającego; data zlecenia.

Świadczeniodawcy przekazują regionalnej Kasie Chorych, na której obszarze prowadzą działalność, następujące dane dotyczące świadczeń wykonywanych na rzecz ubezpieczonych w Kasach Chorych, z którymi nie mają zawartej umowy:

– symbol Kasy Chorych, w której ubezpieczony jest pacjent; PESEL; numer karty ubezpieczenia; numer służący do potwierdzenia wykonania świadczenia; kod rodzaju świadczenia; kod rozpoznania medycznego związanego z udzielonym świadczeniem według międzynarodowej klasyfikacji chorób, urazów i zatruc; opłata wniesiona przez pacjenta; dopłata ze strony Kasy Chorych; REGON świadczeniodawcy wykonującego; typ komórki organizacyjnej świadczeniodawcy, w której wykonano świadczenie; data początku wykonania świadczenia; data wykonania (końca wykonania) świadczenia; REGON świadczeniodawcy zlecającego; typ komórki organizacyjnej świadczeniodawcy, zlecającego świadczenie; numer prawa wykonywania zawodu lekarza zlecającego; data zlecenia.

W zakresie przekazywania ww. danych występuje wiele nieprawidłowości. Do najczęstszych należą:

1. Wymuszanie (głównie w umowach „kontraktowych”) przez Kasy Chorych przekazywania danych o pacjentach w szerszym zakresie niż przewidują to przepisy wymienionego wyżej rozporządzenia (przykładowo wymusza się zestawiania obok siebie danych takich jak: Imię i nazwisko, PESEL i kod jednostki chorobowej).

2. Przekazywanie danych na niezabezpieczonych formularzach pisemnych oraz w wersji elektronicznej bez wymaganych w tym zakresie zabezpieczeń (np. Arkusze Microsoft Excel).

3. Wymuszanie dokumentowania kwalifikacji personelu kserokopiami umów o pracę, dyplomów itp.

Wszystkie wymienione w rozporządzeniu dane w momencie wymiany podlegają określonym zasadom wymiany:

- Wymiana danych pomiędzy poszczególnymi podmiotami odbywa się na dowolnym, uzgodnionym między stronami nośniku informacji (Kasy Chorych narzuciły system elektroniczny, arkusz Microsoft Excel – co wygenerowało wśród lekarzy konieczność zakupu sprzętu komputerowego lub zakupienie odpowiedniej usługi w tym zakresie).

- Wyjątek stanowią dane przekazywane przez świadczeniodawców Kasom Chorych oraz dane przekazywane pomiędzy Kasami, które są przekazywane w formie elektronicznej.

- Podmioty wymieniające dane powinny ustalić organizacyjne i techniczne metody ochrony przekazywanych danych odpowiednie do stopnia zagrożenia związanego z ich zniszczeniem, utratą, dostępem osób nieupoważnionych lub możliwością zmiany przekazywanych danych.

Procedura wymiany danych między poszczególnymi podmiotami, niezależnie od stosowanego nośnika danych powinna składać się z następujących faz:

1. Rejestracja faktu wysłania dokumentu przez podmiot wysyłający.
2. Przekazanie dokumentu z danymi.
3. Rejestracja faktu otrzymania dokumentu przez podmiot odbierający.
4. Potwierdzenie odbioru przez podmiot odbierający.

W praktyce nie wszystkie fazy są przestrzegane. Głównie faza 4, polegająca na potwierdzeniu odbioru danych w przypadku dyskietek z arkuszem kalkulacyjnym, nie jest odpowiednio kodowana i potwierdzana, co stwarza możliwość zmian i uszkodzeń bez wiedzy świadczeniodawcy.

Większość gromadzonych w szpitalu danych dotyczących pacjentów podlega przetworzeniu w celu uzyskania informacji oraz przygotowania odpowiedniej sprawozdawczości i dokumentacji medycznej. Dane te są głównie przetwarzane w celu:

1. Sporządzania ewidencji:

– Księga Główna pacjentów szpitala; Historia choroby; Księga przyjęć i odmów Izby Przyjęć; Skorowidze przyjęć do szpitala (ambulatoryjnych porad); Księga zgonów; Karta statystyczna; Karty procedur medycznych (Medyczna Karta Pacjenta); Rejestr zakażeń szpitalnych (karta i ewidencja); Księga depozytów; Księga magazynu rzeczy pacjentów; Zaświadczenia o pobycie w szpitalu.

2. Sporządzania sprawozdawczości medycznej.

3. Rozliczenia z płatnikami:

– Wykazy pacjentów leczonych w szpitalu.

Dane o pacjentach po przetworzeniu przekazywane są do odbiorców wewnętrznych i zewnętrznych w celach statystycznych, rozliczeniowych i informacyjnych. Główni odbiorcy to: wśród odbiorców wewnętrznych:

Oddziały szpitalne:

– Działy i pracownie diagnostyczne; Sekcja Dokumentacji i Rejestracji Chorych; Sekcja Statystyki Medycznej i Rozliczeń Ekonomicznych; Zespół Zakażeń Wewnętrznych; Archiwum.

1. Wśród odbiorców zewnętrznych (w zakresie odpowiednich przepisów):

– Policja; Prokuratura; Sądy; ZUS; Inne ZOZ (szpitale i przychodnie lub lekarz POZ); Lekarskie Korporacje Zawodowe; Kasa Chorych; Towarzystwa Ubezpieczeniowe; Pacjent (lub osoba upoważniona przez niego); RUM.

Jan Jończyk

Odpowiedzialność personelu medycznego według Kodeksu Pracy

1. Uwagi wstępne

Przedmiotem naszego zainteresowania jest odpowiedzialność, charakteryzowana często jako pracownicza, która dotyczy personelu medycznego. Chodzi w szczególności o lekarzy i pielęgniarki i tylko o te osoby, które są pracownikami w rozumieniu kodeksu pracy. O tym zastrzeżeniu trzeba pamiętać, gdyż odpowiedzialności według kodeksu pracy nie można stosować do coraz liczniej zatrudnionych lekarzy i pielęgniarek na podstawie prawnej innej niż stosunek pracy.

Druga ogólna uwaga dotyczy pojęcia odpowiedzialności. Jest ono wieloznaczne, na przykład używa się go także jako synonimu obowiązku lub zadania. Podstawowe jednak znaczenie tego pojęcia ma związek z sankcją prawną jako skutkiem naruszenia (tj. niewykonania lub nienależytego wykonania) obowiązku prawnego, który w naszym przypadku jest obowiązkiem pracowniczym. Podstawą tego obowiązku jest stosunek pracy, którego treść (w tym obowiązki) wynika nie tylko z umowy, nominacji lub powołania na stanowisko, ale także z ustawowych uregulowań, m.in. tych, które dotyczą wykonywania określonych zawodów. Jeżeli zawód wykonywany jest na podstawie stosunku pracy, to wiążące się z nim obowiązki zawodowe stają się obowiązkami pracowniczymi.

Na koniec trzeba wspomnieć o dwóch podstawowych typach odpowiedzialności: represyjnym i kompensacyjnym (karnym, cywilnym), które z modyfikacjami odnoszą się także do odpowiedzialności według kodeksu pracy. W pierwszym typie na czoło wysuwają się zagadnienia winy i kary oraz osoba sprawcy, w drugim natomiast chodzi głównie o pojęcia szkody i kompensacji szkody, czyli obowiązku naprawienia szkody, a także więcej uwagi poświęca się osobie poszkodowanej. To rozróżnienie nie pozostaje bez wpływu na pojmowanie treści i funkcji odpowiedzialności, a nadto trzeba mieć na uwadze specyfikę odpowiedzialności według kodeksu pracy. Ta sprawa wymaga szerszego omówienia.

2. Odpowiedzialność pracownicza

Odpowiedzialność pracownicza (według kodeksu pracy) składa się z dwóch instytucji: odpowiedzialności porządkowej, zwanej też niekiedy nietrafnie dyscyplinarną (nie mylić jej z dyscyplinarną odpowiedzialnością zawodową) i odpowiedzialności materialnej, jako modyfikacji odpowiedzialności cywilnej za wyrządzenie szkody. Pierwsza uregulowana jest w art. 108-113 kodeksu pracy, druga w art. 114-127 tego kodeksu. Są one traktowane odrębnie, o czym świadczy m.in. to, że pierwsza jest częścią działu IV kodeksu pracy o obowiązkach pracodawcy i pracownika, druga zaś jest przedmiotem osobnego działu (szóstego) kodeksu pt. ***Odpowiedzialność materialna pracowników.***

Na pierwsze wejście wydaje się, że do odpowiedzialności pracowniczej można odnieść wspomniany podział na typy, że mianowicie odpowiedzialność porządkową można uznać bez zastrzeżeń za typ odpowiedzialności represyjnej, odpowiedzialność zaś materialną za typ odpowiedzialności kompensacyjnej. Okazuje się jednak, że specyfika odpowiedzialności pracowniczej polega m.in. na tym, że nie jest to w pełni, odpowiednio, ani odpowiedzialność represyjna, ani kompensacyjna. Odpowiedzialność porządkowa ma bowiem związek z zarządzaniem zakładem pracy, a w stosowanych środkach prawnych nad elementami winy i kary oraz prewencji zdaje się górować zagadnienie (nie)przydatności pracownika do celu i potrzeb danego zakładu pracy. W praktyce i potocznej świadomości prawnej bywa jednak inaczej, bo wiele uwagi poświęca się (zapewne pod wpływem prawa karnego) zagadnieniu sprawiedliwości kary, nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od karania. Nawet wypowiedzenie stosunku pracy, które nie jest częścią odpowiedzialności porządkowej, jest traktowane jako kara, więcej, w warunkach bezrobocia, jako kara dotkliwa. Przenoszenie indywidualnych i społecznych skutków zwolnień z pracy na instytucje odpowiedzialności porządkowej nie ma w kodeksie pracy uzasadnienia.

Odpowiedzialność materialna z kolei wywodzi się wprawdzie z odpowiedzialności cywilnej, ale, inaczej niż w tamtej, w wysokim stopniu uwzględnia się w niej interes pracownika – sprawcy szkody, co wyraża się m.in. w tym, że odpowiada on w sposób ograniczony, jako że według k.p. odszkodowanie nie może przewyższać trzymiesięcznego zarobku pracownika. W wielu wypadkach maksymalne odszkodowanie stanowi wynagrodzenie tylko części poniesionej przez pracodawcę szkody. Za całą szkodę pracownik odpowiada tylko wtedy, gdy wyrządził ją umyślnie, lub gdy szkoda powstała w powierzonym mu mieniu z obowiązkiem zwrotu albo wyliczenia się.

Mamy więc do czynienia z ograniczoną odpowiedzialnością materialną, w której, w założeniu i z reguły, dopuszcza się w ustawie częściową tylko kompensację szkody, a nadto zawarte w k.p. oraz wykształcone przez praktykę sądową reguły dotyczące winy, ciężaru dowodu, przyczynienia się pracodawcy, miarkowania odszkodowania i inne sprawiają, że jest ona daleka od rygoryzmu odpowiedzialności cywilnej i dominującej w niej formuły odpowiedzialności deliktowej: kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia (art. 415 k.c.). Sens odpowiedzialności materialnej sprowadza się więc w znacznym stopniu do

tego, o czym była już mowa przy odpowiedzialności porządkowej: chodzi o sankcję w razie naruszenia obowiązków pracowniczych, z którego wynikła szkoda; taką sankcję, która dosięga interesu majątkowego pracownika, a w każdym razie dotyka go w stopniu wyższym, niż dopuszcza się to w odpowiedzialności porządkowej, w której stopniowo zminimalizowano właśnie rolę kar pieniężnych.

W ogólnym ujęciu można powiedzieć, że kary porządkowe dotyczą bardziej interesu osobistego (niemajątkowego), odpowiedzialność materialna zaś – bardziej interesu majątkowego pracownika. Obie uzupełniają się zatem, ale przesłanki jednej i drugiej są różne, łącznie zaś, jak już powiedziano, mają związek z oceną (nie)przydatności pracownika do pracy u danego pracodawcy, dokonywaną z punktu widzenia (nie)wykonania pracowniczych obowiązków i wynikłej stąd szkody.

Przedstawione uwagi o pracowniczej odpowiedzialności świadczą, z jednej strony, o jej swoistości, z drugiej – wskazują na jej odrębność, zwłaszcza w zestawieniu z odpowiedzialnością karną i zawodową (dyscyplinarną). Bliższe wyjaśnienie tych różnic nie jest w tym miejscu niezbędne. Pozostawmy zatem przy jej specyfice.

3. Odpowiedzialność pracownicza personelu medycznego w zakładzie opieki zdrowotnej

W sytuacji, gdy pracownikiem jest lekarz lub pielęgniarka, a pracodawcą zakład opieki zdrowotnej, pracownicza odpowiedzialność ma inne jeszcze aspekty, które wymagają omówienia.

Zacznijmy od tego, że w praktyce jest rzadko stosowana. Uzyskane przez Leszka Konieckiego wyniki pilotażowego badania we wrocławskich zakładach opieki zdrowotnej¹ są w tym względzie zgodne i dość jednoznaczne: odpowiedzialność porządkowa traktowana jest jako instytucja, która w zasadzie dotyczy personelu pomocniczego i administracyjnego, a nie fachowego (tzn. lekarzy i pielęgniarek). W latach 1989-99 nałożono 459 kar, z których 18 (4%) dotyczyło lekarzy, a 28 (6%) pielęgniarek, przy czym najczęstszym powodem stosowania kary, zwłaszcza wobec pielęgniarek, było naruszenie dyscypliny czasu pracy, a nie tzw. delikty zawodowe, czyli dotyczące bezpośrednio udzielania świadczeń zdrowotnych. Częste są poza-kodeksowe, niesformalizowane upomnienia ustne, a gdy ma dojść do zwolnienia z pracy, to stanowczo preferowane jest porozumienie stron, zamiast wypowiedzenia z powodu naruszenia obowiązków albo rozwiązania umowy bez wypowiedzenia. W niektórych zakładach w ogóle nie stosuje się kar porządkowych wobec personelu fachowego. Problem odpowiedzialności materialnej w zakładach opieki zdrowotnej praktycznie nie występuje i w zasadzie nie jest traktowany jako część odpowiedzialności pracownicznej.

W opinii prowadzącego te badania przyczyny tego stanu rzeczy są różne, a wśród nich najważniejsze: z jednej strony, obawa pracodawcy, że zastosowanie kodekso-

¹Mgr Leszek Koniecki, doktorant w Instytucie Prawa Cywilnego UWr, prowadził takie badania w połowie 1999 r. w 17 zakładach opieki zdrowotnej. Materiał o stosowaniu odpowiedzialności pracownicznej uzyskał w 10 tylko zakładach, w pozostałych odmówiono udzielenia informacji w tym przedmiocie.

wej kary porządkowej (z odnotowaniem w aktach personalnych) zostanie przez pracownika zakwestionowane i może doprowadzić do uciążliwego procesu sądowego, z drugiej – niskie wynagrodzenia w opiece zdrowotnej, które stosowanie kar porządkowych (ze skutkami materialnymi) i odpowiedzialności materialnej stawia pod znakiem zapytania.

Poprzestanie na tej tylko, skądinąd trafnej, ocenie stawiałoby też pod znakiem zapytania dyskusję o odpowiedzialności personelu medycznego wedle kodeksu pracy i na tej konstatacji można by rzecz zakończyć. Wydaje się jednak, że sprawa jest bardziej złożona i że zasługuje ona na analizę i dyskusję, a na pewno nie należy jej pozostawić bez komentarza. Otóż, moim zdaniem, głębsze powody obecnego stanu rzeczy są natury historycznej i prawnej: wiążą się, z jednej strony, z pozycją personelu fachowego w systemie służby zdrowia w PRL, z drugiej – ze specyfiką zawodu medycznego w związku z formułą kodeksu pracy: „pracownik jest obowiązany wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy” (art. 100 kodeksu pracy). Zajmiemy się tu pierwszą sprawą, o drugiej zaś będzie mowa w następnym punkcie.

Opieka zdrowotna w PRL miała nazwę „służby zdrowia”, przez co rozumiano nie tylko służbę jako ideę, zadanie i obowiązek, ale także jako organizację, budżetowe finansowanie oraz kształtowanie stosunków pracy na podobieństwo stosunków służbowych, opartych, jak w większości działów państwowej administracji, na umowie o pracę. Jedną z właściwości stosunków służbowych jest przedkładanie odpowiedzialności dyscyplinarnej (zawodowej, służbowej) nad odpowiedzialność porządkową, jako wykształconą w stosunkach pracy robotników. W sytuacjach drastycznego naruszenia obowiązków, stanowiącego przestępstwo, w grę mogła wchodzić odpowiedzialność karna. Odpowiedzialność cywilną zaś ukształtowano jako odpowiedzialność państwa za funkcjonariusza. Ten schemat odnosił się w szczególności do lekarzy, mniej zaś do pielęgniarek, ale za ich działania w pewnym sensie odpowiadali lekarze, więc funkcjonowanie tego schematu obejmowało w praktyce cały personel medyczny.

W III RP, zwłaszcza w związku z przekształceniami własnościowymi i organizacyjnymi zakładów opieki zdrowotnej i po wejściu w życie ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, zanika dawny model odpowiedzialności, a nowego jeszcze nie widać. Nie należy przewidywać jakichś istotnych zmian w odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej:² pierwsza, z natury rzeczy, nie dotyczy pospolitych deliktów pracowniczych i może mieć zastosowanie niezbyt częste. Dotychczasowa linia orzecznictwa sądowego w sprawach karnych przeciw lekarzom i pielęgniarkom zostanie chyba utrzymana. Druga, dyscyplinarna, jest w rękach personelu medycznego i praktyka świadczy o tym, że spraw i skazujących orzeczeń jest mało, może za mało, co krytykom tego stanu rzeczy przywodzi na myśl przysłowie: kruk krukowi oka nie wykole.

²Por. E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza a odpowiedzialność karna*, „Prawo i Medycyna” nr 1/1999.

Interesujące natomiast zmiany zachodzą w odpowiedzialności cywilnej.³ Zarówno w nowych przepisach w kwestii pieniężnego zadośćuczynienia jak i w samej deliktowej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przy udzielaniu świadczenia zdrowotnego chce się widzieć skuteczny środek nie tylko w interesie poszkodowanego, ale także w aspekcie prewencji, czyli jako sposób na podniesienie jakości świadczeń zdrowotnych. W mediach podejmuje się chętnie ten temat rozbudzając oczekiwania wśród poszkodowanych pacjentów.

W ocenie odpowiedzialności cywilnej trzeba pamiętać o dwóch zastrzeżeniach. Po pierwsze, odszkodowania i koszty ich uzyskania są w ostatecznym rachunku finansowane ze składki na ubezpieczenie zdrowotne, czyli: więcej środków na odszkodowania oznacza w praktyce mniej środków na właściwe świadczenia zdrowotne, co wobec niskiego poziomu finansowania opieki zdrowotnej stawia każdego wobec trudnego wyboru. Po drugie, odpowiedzialność cywilna nie ma dotąd dobrego przełożenia na odpowiedzialność pracowniczą, a próby przeniesienia modelu odpowiedzialności Skarbu Państwa na zakłady opieki zdrowotnej i nowych ich właścicieli budzą wątpliwości.

Stwierdzamy zatem, że z wielu przyczyn różnej natury odpowiedzialność personelu medycznego jest w impasie, a wyprowadzenie jej z niego wymaga refleksji. To właśnie skłania do podjęcia tematu odpowiedzialności personelu medycznego według kodeksu pracy i do próby nowego spojrzenia na instytucje odpowiedzialności porządkowej i materialnej.

4. Odpowiedzialność porządkowa

Z przepisów kodeksu pracy nie wynika jasno i jednoznacznie, czy odpowiedzialność porządkowa może być stosowana także wówczas, gdy naruszenie obowiązku polega na wykonywaniu pracy bez wymaganej sumienności i staranności, albo na niewykonaniu polecenia przełożonego, które dotyczy pracy. Kodeksowe kary upomnienia i nagany mogą być stosowane za nieprzestrzeganie ustalonego porządku i regulaminu pracy, a tamte kary oraz kara pieniężna za nieprzestrzeganie przepisów bhp i przeciwpożarowych, opuszczanie pracy bez usprawiedliwienia, stawienia się do pracy w stanie nietrzeźwości oraz spożywanie alkoholu w czasie pracy.

To wyliczenie sprawia wrażenie, że mamy do czynienia z zamkniętą listą deliktów zagrożonych odpowiedzialnością porządkową. Praktyka zdaje się także przemawiać za ścisłą interpretacją art. 108 kodeksu pracy, a więc przeciw stosowaniu odpowiedzialności porządkowej w zakresie, by tak rzec, dyscypliny jakości pracy. Zauważmy jednak, że kodeks nie wyłącza takiej możliwości i są pewne przesłanki do jej dopuszczenia. W art. 108 k.p. jest mianowicie mowa o nieprzestrzeganiu regulaminu pracy i ustalonego w nim porządku, ale obok tego i osobno, w pierwszej zresztą kolejności, mowa jest też o nieprzestrzeganiu porządku, czyli porządku pracy w jakimś ogólniejszym sensie, niż „organizacja i porządek w procesie pracy”

³ Por. M. Nesterowicz, *Podstawy prawne odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego i lekarza*, „Prawo i Medycyna” nr 1/1999; tenże, *Ewolucja odpowiedzialności publicznego zakładu leczniczego za szkody wyrządzone przy leczeniu*, „Prawo i Medycyna” nr 2/1999.

jako przedmiot regulaminu pracy. Ten ogólniejszy porządek pracy odnosi się niewątpliwie do świadczenia pracy zgodnie z posiadanymi przez pracownika kwalifikacjami zawodowymi i zajmowanym stanowiskiem, a jego istotą jest obowiązek sumiennej i starannej pracy oraz wykonywania poleceń przełożonego, które dotyczą pracy, czyli czynności związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych.

Moim zdaniem należy przyjąć ten szerszy zakres odpowiedzialności porządkowej. Oczywiście, naruszenia, o których jest mowa *expressis verbis* w kodeksie pracy stanowią także poważne zagrożenie dyscypliny jakości pracy, a ich zwalczanie za pomocą odpowiedzialności porządkowej ma pełne uzasadnienie. Uwaga ta odnosi się w pełni także do zakładów opieki zdrowotnej, a w nich – do lekarzy i pielęgniarek. Jak wynika z przytoczonych wyników badań, jest w tym zakresie sporo do zrobienia. Ale interesuje nas owa szersza interpretacja odpowiedzialności porządkowej. Zauważmy na początek, że wbrew pozorom, nie jest ona dla pracownika niekorzystna. Gdybyśmy bowiem wyłączyli z zakresu odpowiedzialności porządkowej niesumienne i niesttaranne wykonywanie pracy oraz niestosowanie się do poleceń przełożonego, które dotyczą pracy (co skądinąd byłoby dość dziwne), to w przypadku takiego pracowniczego deliktu pozostaje ocena w kontekście przydatności pracownika do pracy u danego pracodawcy, z widokiem na rozwiązanie stosunku pracy z powodu naruszenia podstawowego obowiązku.

Sugestia, że odpowiedzialność porządkowa dotyczy także naruszenia obowiązków z art. 100 k.p. wymaga uzupełnienia i zasygnalizowania dwóch problemów, które wiążą się z wykonywaniem zawodu medycznego. Trzeba w szczególności wyjaśnić, w odniesieniu do pracowników medycznych, co znaczy: wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonego, które dotyczą pracy. Istotne jest także to, kto ma merytorycznie oceniać, czy nastąpiło naruszenie obowiązku i, w szczególności, czy takiej oceny może dokonać pracodawca (kierownik zakładu pracy).

Dotykamy tu obszernej i skomplikowanej problematyki, której w tym miejscu nie możemy szerzej przedstawić. Ograniczę się zatem do zwięzłego tylko zajęcia stanowiska w sprawie.

Kodeksowe pojęcia sumiennosci i staranności odsyłają do norm pozaprawnych – mówiąc potocznie i technicznie: do sumienia i „technologii pracy”. Za normy sumienia, w kontekście art. 100 k.p., można uznać te, które zawiera Kodeks etyki lekarskiej (i odpowiednio etyki pielęgniarskiej).⁴ Przy ocenie (nie)sumiennosci w pracy medycznej trzeba przedstawić uzasadnienie takiego czy innego wniosku z powołaniem się na normy etyki zawodowej.

Co się tyczy staranności, czyli aspektu technologicznego, to miarodajne w tym względzie będą standardy określone przez wiedzę i sztukę medyczną. Standardy mają zwykle różne poziomy: najwyższy, przeciętny, abstrakcyjny, relatywny itd. W

⁴ Leszek Kubicki (*Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, „Prawo i Medycyna” nr 4/1999) przedstawia to zagadnienie w szerszym kontekście, w aspekcie wykonywania zawodu oraz odpowiedzialności zawodowej i karnej. Pewne wątki tej analizy można odnieść także do odpowiedzialności porządkowej.

niektórych przepisach szeroko rozumianego prawa medycznego zauważa się skłonność do zawyżania standardów abstrakcyjnych, ale ostatnio w orzecznictwie SN (na tle odpowiedzialności cywilnej) podkreślono, że chodzi o standardy przeciętne, w danych warunkach (w których trzeba mieć na uwadze także poziom finansowania świadczeń zdrowotnych).⁵ Widać więc nową, realistyczną tendencję w orzecznictwie, którą można wykorzystać także w wykładni odpowiedzialności porządkowej.

Zagadnienie stosowania się do poleceń przełożonego, które dotyczą pracy (medycznej) wymaga nieco innego podejścia. Podstawowym warunkiem stosowania art. 100 k.p. i odpowiedzialności porządkowej w razie naruszenia tego obowiązku jest to, aby polecenie takie pochodziło od przełożonego, który ma odpowiednie kwalifikacje zawodowe i upoważnienie pracodawcy do wydawania takich poleceń. Jest to w znacznym stopniu sprawa organizacji pracy, która powinna być uwzględniona w wewnętrznych aktach normatywnych zakładu opieki zdrowotnej.

Przedstawiona tu wykładnia art. 100 k.p. i odpowiedzialności porządkowej nie rozwiązuje jednak podstawowego problemu, jakim jest sposób ustalenia faktów i dokonania ich oceny (prawnej kwalifikacji, z uwzględnieniem norm pozaprawnych), co formalnie należy do pracodawcy jako tego, który stosuje kary przewidziane w przepisach o odpowiedzialności porządkowej. Tu trudności są poważne, a ich waga rośnie w razie przejścia sprawy na drogę postępowania sądowego.

Podstawowa przyczyna kłopotu tkwi w lekceważącym na ogół traktowaniu tego, co można określić jako przygotowanie sprawy (wniosku, pozwu). Niedbałe ustalenie faktów i powierzchowna ich ocena prowadzi często albo do wątpliwości i odstąpienia od sprawy, albo do przewlekłego i uciążliwego oraz kosztownego postępowania, a w konsekwencji także do niekorzystnego dla pracodawcy wyniku procesu. Jest to chyba ogólna cecha naszej kultury prawnej w różnych dziedzinach prawa, więc sprawy z tytułu odpowiedzialności pracowniczej są, można rzec, w polskiej normie. Można to jednak (i moim zdaniem trzeba) zmienić, a oto propozycja, która, jak się wydaje, warta jest dyskusji.

Przygotowanie każdej sprawy, w której wchodzi w grę stosowanie pracowniczej odpowiedzialności wobec lekarza lub pielęgniarki, powinno należeć do 3-5-osobowego stałego zespołu, działającego z upoważnienia i polecenia kierownika zakładu pracy w celu ustalenia faktów i wstępnej ich oceny oraz sporządzenia protokołu w sprawie stanu faktycznego sprawy. Nasuwa się analogia z zakładowym zespołem do ustalenia okoliczności i przyczyn wypadku przy pracy (powołanie tej instytucji wybitnie uprościło i przyspieszyło załatwianie tych spraw w zakładzie pracy i w sądzie). Proponowany zespół powinien być złożony co najmniej z trzech osób, reprezentujących mianowicie kierownika zakładu pracy, daną grupę zawodową (samorząd zawodowy) oraz załogę zakładu pracy (związek zawodowy). Powołanie takiego zespołu nie wymaga ustawowego upoważnienia – może to uczynić kierownik zakładu w ra-

⁵ Wyrok SN z 1 grudnia 1998 r., III CKN 741/98, OSNC 1999, nr 6, poz. 112. Omówienie wyroku i jego uzasadnienia por.: B. Czech, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za szkody wyrządzone przy leczeniu w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Prawo i Medycyna” nr 4/1999.

mach swojej kompetencji, ale nie zawadzi stworzenie oparcia dla takiej instytucji w statucie lub regulaminie porządkowym zakładu opieki zdrowotnej.⁶ Dokonane przez zespół ustalenia co do okoliczności i przyczyn konkretnego naruszenia obowiązku z art. 100 k.p. i obowiązków przewidzianych w regulaminie porządkowym, o którym mowa jest w art. 18a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej⁷, stanowiłoby mocne oparcie dla zastosowania przez kierownika tej czy innej kary porządkowej i nieoceniony materiał dowodowy dla stron i sądu w ewentualnym procesie. Materiał taki miałby podobne znaczenie w sprawie o odpowiedzialność materialną. Podkreślam, nie chodzi o zakładową komisję dyscyplinarną czy odszkodowawczą – taka wymagałaby ustawowego uregulowania, lecz o kompetentne pod każdym względem (prawnym, etycznym, zawodowym) i sprawiedliwe przygotowanie materiału na użytek kierownika zakładu pracy. Nie trzeba dodawać, jak wielką rolę mógłby odegrać taki zespół (i dokonane przezeń ustalenia i oceny) także z punktu widzenia ochrony praw pracownika i godności zawodu przed pochopnym czy wręcz fałszywym zarzutem ze strony kierownika zakładu opieki zdrowotnej lub innych działających w jego imieniu osób.

5. Regresowa odpowiedzialność materialna

W uzupełnieniu przedstawionych już uwag o odpowiedzialności cywilnej i odpowiedzialności materialnej należy dodać (i podkreślić), że odpowiedzialność materialna jako instytucja prawa pracy nie jest ani częścią odpowiedzialności cywilnej, ani też jej alternatywą. Jej funkcja jest specyficzna. Chodzi w niej także, oczywiście, o funkcję kompensacyjną (w przypadku małych szkód może ona być realizowana w pełni), ale jej specyfika polega na tym, że przesłanki odpowiedzialności, by tak rzec, sprzyjają sprawcy (a nie poszkodowanemu). Naprawienie (nawet częściowe) szkody przez sprawcę kończy sprawę: nie ma charakteru kary na osobie, nie jest odnotowane w aktach osobowych, ale ma znaczenie dla oceny (nie)przydatności pracownika do pracy u danego pracodawcy i np. nie jest okolicznością przemawiającą przeciwko umieszczeniu pracownika wśród tych, z którymi pracodawca, na przykład w razie konieczności redukcji zatrudnienia, zamierza rozwiązać stosunek pracy.

Chciałbym zwrócić uwagę na inne jeszcze funkcje odpowiedzialności materialnej, które uwydatniają się na tle procesów cywilnych prowadzonych przez pacjentów przeciw zakładom opieki zdrowotnej, ich właścicielom i ewentualnie także przeciw kasom chorych o wynagrodzenie szkody i zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę. Chodzi mianowicie o regresową odpowiedzialność materialną (art. 120 par. 2

⁶ Według art. 11 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej ustroj oraz inne sprawy dotyczące funkcjonowania z.o.z., nieuregulowane w ustawie, określa statut. Wskazany w tekście zespół można uznać bądź za element ustroju z.o.z., bądź też zaliczyć do „innych spraw dotyczących funkcjonowania z.o.z.”, mających statutową podstawę prawną. Lepsze jednak rozwiązanie łączy się z art. 18a tej ustawy, wedle którego organizację i porządek udzielania świadczeń zdrowotnych w z.o.z. określa „regulamin porządkowy z.o.z.” (który podlega zatwierdzeniu przez radę społeczną z.o.z. – art. 46 ustawy). Regulamin porządkowy z.o.z. jest więc swoistym aktem normatywnym, odrębnym od statutu i regulaminu pracy, w którym można sprecyzować obowiązki personelu medycznego oraz ustanowić zespół i procedurę do ustalenia okoliczności i przyczyn naruszenia tych obowiązków.

⁷ Por. poprzedni przypis.

k.p.), która, po pierwsze, umożliwiła rozłożenie ciężaru odszkodowania na wiele podmiotów i m.in. zwiększa przez to szansę na kompensację szkody oraz, po drugie, prowadzi do identyfikacji okoliczności i sprawcy szkody, co z punktu widzenia prewencji i polityki kadrowej ma duże znaczenie.

W istniejącym w PRL systemie służby zdrowia ukształtowano zasadę odpowiedzialności skarbu państwa za szkodę wyrządzoną pacjentowi przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych (art. 417 i nast. k.c.). Skomplikowany problem winy (jako podstawowej przesłanki odpowiedzialności) rozwiązano w sposób mocno uproszczony, pragmatyczny: wielką karierę zrobiły mianowicie kategorie winy organizacyjnej i winy anonimowej.⁸ W praktyce podstawowe znaczenie uzyskało ustalenie szkody i jej związku z udzielonym świadczeniem w zakładzie społecznej służby zdrowia, bo, w razie potrzeby, można się było posłużyć właśnie enigmatycznymi kategoriami winy organizacyjnej i winy anonimowej i uznać, że przesłanki odpowiedzialności za szkodę są spełnione. Takie „uelastycznienie” przesłanki winy nie wywołało jednak wielkiej liczby procesów i łatwo zasądzonych odszkodowań, bo interesów Skarbu Państwa bronił cały system odpowiedzialności, trzymany w ryzach przez służbę zdrowia i sądy. W tej sytuacji rzeczywisty sprawca szkody mógł pozostać anonimowy albo schowany za organizacją opieki zdrowotnej.

Obecnie sprawy mają się zgoła inaczej: z jednej strony mamy bowiem wyraźnie słabszą pozycję: wojewody jako reprezentanta Skarbu Państwa, zakładów opieki zdrowotnej, ich organów założycielskich i nowych właścicieli, z drugiej zaś – wyraźny wzrost oczekiwań odszkodowawczych, pobudzany przez pełnomocników procesowych i media, a do tego sądy uwolnione od wytycznych Sądu Najwyższego i wpływu na orzecznictwo pozainstancyjnego nadzoru oraz uchylające się od wszelkiej odpowiedzialności Kasy Chorych. W tych warunkach stosowanie kategorii winy organizacyjnej i winy anonimowej jako przesłanek odpowiedzialności za szkody z leczenia stwarza niebezpieczeństwo poważnego wzrostu wydatków na odszkodowania i związane z procesem sądowym koszty oraz na opłacanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.⁹

Uruchomienie zatem regresowej odpowiedzialności materialnej według k.p. miałooby na uwadze nie tyle odzyskanie części poniesionych na odszkodowania i koszty wydatków, ile podniesienie rangi i roli indywidualnej (a nie zbiorowej) odpowiedzialności za szkodę, a przez to podniesienie jakości „porządku udzielania świadczeń zdrowotnych” oraz podstawowy cel, jakim jest zapobieganie szkodom z leczenia.

Każdy sygnał, że szykuje się sprawa o wynagrodzenie szkody i zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę (może to być zgłoszenie przez pacjenta roszczenia, skarga do organów odpowiedzialności zawodowej, wytoczenie sprawy sądowej i in.) powinien być okazją do zatrudnienia zespołu powołanego do ustalenia okoliczności i przyczyn naruszenia obowiązków pracowniczych, celem zebrania i udokumentowania materiału także z myślą o ewentualnej regresowej odpowiedzialności materialnej według k.p.

⁸ Zwięzłe ujęcie tej kwestii, w związku z nowszym orzecznictwem sądowym, por.: B. Czech, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za szkody wyrządzone przy leczeniu w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Prawo i Medycyna” nr 3/1999.

⁹ O tych problemach dyskutuje się w wielu krajach. Por. J. Jończyk, *Między odpowiedzialnością lekarza a ubezpieczeniem pacjenta*, „Prawo i Medycyna” nr 3/1999.

Zdzisław Kubot

Formy zatrudniania lekarzy w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej

1. Nowe aspekty świadczenia usług medycznych

Reforma opieki zdrowotnej powoduje nowe zjawiska na rynku usług medycznych. Coraz silniejsza jest tendencja do różnicowania i wzbogacania podstaw prawnych świadczenia pracy (usług) przez lekarzy. Coraz częściej lekarze świadczą swoje usługi nie w ramach stosunku pracy, ale na podstawie umów cywilnoprawnych (jako zatrudnieni bądź jako osoby samodzielnie zarobkujące). Różnicuje się status prawny lekarzy świadczących usługi (pracę) w zakładach opieki zdrowotnej.

Coraz szerzej usługi medyczne świadczone są na podstawie umów cywilnoprawnych, zamiast stosowanych wcześniej umów o pracę. W niektórych zakładach opieki zdrowotnej wielu lekarzy świadczy usługi medyczne wyłącznie w oparciu o umowy cywilnoprawne.

Uwagę zwraca praktyka polegająca na stosowaniu umowy cywilnoprawnej obok umowy o pracę. Umowa cywilnoprawna staje się tu drugą czy trzecią podstawą prawną wykonywania pracy przez danego lekarza. Zdarzają się przypadki, w których lekarzom samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej udzielane są urlopy bezpłatne, a na świadczenie pracy (usług) tego samego lub podobnego rodzaju zawierane są umowy cywilnoprawne.

W ostatnim czasie w dość szerokim zakresie umowy cywilnoprawne pojawiły się też zamiast dyżurów lekarskich. Świadczenie usług medycznych na podstawie umowy cywilnoprawnej stało się alternatywą wobec wyznaczania lekarzowi pracy w wymiarze ponadnormatywnym. Co więcej, popularyzowane jest zapatrywanie zgodnie z którym połączenie umowy o pracę z kontraktami cywilnoprawnymi na dyżury stanowić ma optymalne rozwiązanie problemu nadgodzin¹.

¹ E. Szewerniak-Milewska, *Kontrakty zamiast dyżurów*, „Gazeta Medyczna” nr 12, 16 listopada 1999 r.

Nowe zjawiska na rynku usług medycznych polegają nie tylko na coraz szerszym świadczeniu takich usług na podstawie umów cywilnoprawnych, ale współistnieniu w zakresie wykonywania usług medycznych w zakładach opieki zdrowotnej z zatrudnienia pracowniczego, zatrudnienia niepracowniczego oraz działalności prowadzonej na własny rachunek. Co więcej, w przypadku wielu lekarzy dochodzi do świadczenia usług medycznych przy kumulowaniu stanowisk i zadań. Wiąże się to z interesującym zjawiskiem kumulowania przez jedną osobę różnych umów (umów o pracę, umów dodatkowych – klauzul autonomicznych, umów cywilnoprawnych).

Nowe aspekty świadczenia usług medycznych wymagają szerokich i wnikliwych analiz uwzględniających regulacje prawne, zawierane w praktyce umowy stanowiące podstawę świadczenia takich usług medycznych oraz faktyczną pozycję lekarzy, pielęgniarek i położnych wobec podmiotów zamawiających usługi medyczne.

2. Wybór rodzaju umowy

Istotne znaczenie teoretyczne i praktyczne ma to, czy strony (zakład opieki zdrowotnej oraz lekarz) mają swobodę wyboru umowy o pracę bądź umowy cywilnoprawnej.

Kwestia swobody wyboru umowy o pracę oraz umowy cywilnoprawnej jako podstawy wykonywania pracy przez lekarza na rzecz publicznego zakładu opieki zdrowotnej wymaga analizy w aspekcie art. 22 § 1¹ kodeksu pracy oraz art. 35a ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki społecznej. Zgodnie z tym pierwszym przepisem zatrudnienie w warunkach wykonywania pracy określonego rodzaju pod kierownictwem, jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Oznacza to, iż wykonywanie przez lekarza oraz pielęgniarkę pracy określonego rodzaju na rzecz zakładu opieki zdrowotnej i pod kierownictwem tego zakładu powinno mieć formę umowy o pracę, a nie umowy cywilnoprawnej. Umowa cywilnoprawna z lekarzem wykonującym na rzecz zakładu opieki zdrowotnej pracę w warunkach podporządkowania może bowiem zostać uznana za umowę pozorną, ukrywającą umowę o pracę.

Kwestia kwalifikacji umowy o świadczenie usług medycznych wykonywanych przez lekarza na rzecz zakładu opieki zdrowotnej nie przedstawia się w istocie tak prosto jak wskazuje na to brzmienie art. 22 § 1¹ kodeksu pracy oraz powszechnie przyjmowane rozumienie pojęć: „kierownictwo pracodawcy”, „podporządkowanie pracownika”.

Określając zakres zastosowania art. 22 § 1¹ kodeksu pracy należy uwzględnić art. 35 ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, na podstawie którego samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej może udzielać zamówienia na świadczenia zdrowotne: a) niepublicznemu zakładowi opieki zdrowotnej w zakresie zadań określonych w statucie tego zakładu, b) osobie wykonującej zawód medyczny w ramach indywidualnej praktyki lub indywidualnej specjalistycznej praktyki na zasadach określonych w odrębnych przepisach, c) grupowej praktyce lekarskiej i grupowej praktyce pielęgniarek i położnych prowadzących działalność na zasadach określo-

nych w przepisach odrębnych. Wymienione podmioty przyjmując zamówienie na świadczenie zdrowotne zobowiązują się do wykonania zadań publicznego zakładu opieki zdrowotnej w zakresie udzielonego zamówienia i na zasadach określonych w umowie, a zakład opieki zdrowotnej, jako udzielający zamówienia do zapłacenia ze środków publicznych, za wykonanie zamówienia.

Ustawowe uregulowanie możliwości wykonywania na rzecz samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej usług medycznych na podstawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne stanowi alternatywną podstawę prawną angażowania przez wymienione zakłady lekarzy, pielęgniarek i położnych. Zawieranie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne odbywa się z lekarzami, pielęgniarkami i położnymi wykonującymi zawód medyczny w ramach indywidualnej praktyki (indywidualnej specjalistycznej praktyki) lub występujących w formie grupowej praktyki lekarskiej i grupowej praktyki pielęgniarek, położnych. Co więcej, stroną umowy może być tu też niepubliczny zakład opieki zdrowotnej. Oznacza to, iż w konkurencji o zawieranie umów o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne zapewnia się równy dostęp nie tylko osób fizycznych, ale także jednostek organizacyjnych (por. art. 2, ust. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej).

3. Podobieństwo warunków świadczenia pracy lekarzy-pracowników i lekarzy o statusie cywilnoprawnym

Realizacja usług medycznych na rzecz zakładu opieki zdrowotnej przez lekarzy na podstawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie będzie na ogół wiązała się z zasadniczą zmianą warunków wykonywania pracy w porównaniu z warunkami świadczenia pracy przez pracowników. Na ogół będzie to bowiem praca w tych samych jednostkach organizacyjnych i zespołach personelu medycznego, technicznego i gospodarczego oraz w ramach organizacji i porządku procesu udzielania świadczeń zdrowotnych w danym zakładzie opieki społecznej.

W takich uwarunkowaniach lekarze świadczący usługi medyczne na podstawie umowy cywilnoprawnej będą w wielu aspektach podlegali ograniczeniom i rygorom, które dotyczą również pracowników. Organizacja i porządek procesu udzielania świadczeń zdrowotnych w zakładzie opieki zdrowotnej określone w regulaminie porządkowym zakładu opieki zdrowotnej obowiązują lekarzy i pielęgniarki także wówczas, gdy świadczą w danym zakładzie usługi na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Organizacja i porządek procesu udzielania świadczeń zdrowotnych w zakładzie opieki zdrowotnej będą implikować konieczność ustalenia lekarzowi wykonującemu usługi medyczne na podstawie umowy cywilnoprawnej – określonych godzin pracy oraz miejsca jej świadczenia. W sytuacji personelu medycznego, którego usługi na rzecz zakładu opieki zdrowotnej uregulowane są w umowie cywilnoprawnej, pojawiać się będą elementy o charakterze organizacyjnego podporządkowania identyczne lub zbliżone do podporządkowania pracownika. Nie powinno to jednak uzasadniać oceny, iż lekarze świadczący na rzecz zakładu opieki zdrowotnej usługi na podstawie umowy cywilnoprawnej, podlegają kierownictwu tego zakładu jako kie-

rownictwu pracodawcy, a w konsekwencji umowy takie ukrywają umowę o pracę, stając się przez to umowami pozornymi.

Sens uregulowania umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie może być sprowadzony do stosowania takich umów tylko w sytuacji braku organizacyjnego podporządkowania przyjmującego zamówienie wobec zakładu opieki zdrowotnej. Przeciwnie, istota regulacji, o której mowa, polega na możliwości posługiwania się umowami o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne w sytuacji występowania wielu elementów organizacyjnego podporządkowania przyjmującego zamówienie wobec zakładu opieki zdrowotnej. Art. 35 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, stanowiący podstawę zawierania przez samodzielne zakłady opieki zdrowotnej umów o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, należy traktować jako przepis modyfikujący zakres zastosowania art. 22 § 1¹ k o d e k s u p r a c y . Oznacza to, iż umowy o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne będą pojawiały się w sferach działalności publicznych zakładów opieki zdrowotnej, w których wcześniej dane usługi medyczne wykonywali lekarze jako pracownicy wymienionych zakładów.

Okazuje się, iż ustawowe uregulowanie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne powodować będzie ograniczenie zastosowania stosunku pracy. Zjawisko „kurczenia się” prawa pracy w odniesieniu do personelu medycznego zakładów opieki zdrowotnej odbywać się przy tym może przy niewielkich zmianach warunków świadczenia usług medycznych, jak też przy utrzymaniu organizacyjnego podporządkowania wykonawcy takich usług.

4. Specyfika pracy lekarzy

Wskazując na zjawisko ograniczenia zatrudnienia pracowniczego lekarzy na rzecz angażowania ich przez zakłady opieki zdrowotnej na podstawie umów cywilnoprawnych należy zaznaczyć, iż lekarze należą do kategorii pracowników, którzy korzystają ze znacznej obiektywnej niezależności w wykonywaniu obowiązków z tytułu posiadanych kwalifikacji. W tej sytuacji władza kierownicza nie działa w samym centrum świadczenia pracy, ale na jego peryferiach, w stosunku do warunków wykonywania świadczenia². Przyjmuje się nawet, iż lekarze należą do kategorii wyspecjalizowanych pracowników, których praca nie może być kontrolowana przez pracodawcę ani *de facto*, ani *in iure*; lekarze zatrudnieni na wysokich szczeblach hierarchii szpitalnej mogą ordynować stosowne leczenie bez widocznej kontroli ze strony pracodawcy³.

To ostatnie ujęcie samodzielności lekarza-pracownika wydaje się być uproszczone. Samodzielność lekarza-pracownika należy rozpatrywać w ramach niejednolitych obowiązków świadczenia pracy⁴. Samodzielność lekarza-pracownika odnosi

² A. Supoit, *Zatrudnienie pracownika i zatrudnienie niezależne*, [w:] Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego, Warszawa, 13-17 września 1999, s. 144.

³ P.L. Davies, *Zatrudnienie pracownicze i samozatrudnienie w systemie „common law”*, [w:] Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego, Warszawa, 13-17 września 1999, s. 00.

⁴ Na temat takich obowiązków por. A. Chobot, *Regulacja prawna twórczej pracy badawczej w stosunkach pracy*, Warszawa 1975, s. 85 i n.

się zasadniczo do sfery czynności zawodowych: leczenia, diagnozy, zapobiegania chorobom oraz wydawania orzeczeń lekarskich. W zakresie czynności (obowiązków) organizacyjnych lekarz-pracownik podlega kierownictwu pracodawcy na powszechnych zasadach. Wykonywanie czynności medycznych podlega kontroli i nadzorowi pracodawcy. Można tu mówić o zależności nadzorczej czy podporządkowaniu nadzorczym⁵.

Oczywiste jest, iż samodzielność lekarza w zakresie wykonywania czynności zawodowych zależy od pełnionej funkcji czy stanowiska zajmowanego w hierarchii (strukturze) danego zakładu leczniczego (zakładu opieki zdrowotnej). Największą samodzielność mają lekarze zajmujący najwyższe stanowiska (ordynator oddziału szpitala itp.). Ich sytuacji zawodowej nie można uogólniać na wszystkich lekarzy-pracowników⁶.

Samodzielność lekarza w zakresie wykonywania czynności zawodowych utrudnia przeprowadzenie granicy między świadczeniem przez lekarza pracy w ramach stosunku pracy, a świadczeniem usług medycznych na podstawie umowy cywilnoprawnej. W wielu sytuacjach zakład opieki zdrowotnej oraz lekarz będą mieli swobodę wyboru rodzaju umowy stanowiącej podstawę świadczenia usług medycznych (umowa o pracę, umowy cywilnoprawne). W przypadku zaś zawarcia umowy cywilnoprawnej o świadczenie usług medycznych trudno będzie wykazać, że umowa taka jest umową pozorną, ukrywającą umowę o pracę.

5. Wybór umowy o świadczenie usług medycznych jako umowy o zatrudnienie

W kwestii wyboru rodzaju umowy stanowiącej podstawę świadczenia na rzecz samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej usług medycznych należy rozważyć, czy poza umową o pracę oraz umową o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, mogą być z lekarzami zawierane umowy cywilnoprawne o świadczenie usług medycznych jako nienazwane umowy cywilnoprawne. Chodzi o to, czy pomiędzy samodzielnym zakładem opieki zdrowotnej z jednej strony, a lekarzem z drugiej mogą być zawierane umowy cywilnoprawne o świadczenie usług medycznych poza trybem udzielania zamówień obejmujących konkurs ofert.

Rozważając wskazaną kwestię należy zaznaczyć, iż nie ma przepisów zakazujących zawierania z lekarzami umów cywilnoprawnych o świadczenie usług medycznych, poza trybem zamówień określonym w rozporządzeniu z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne. Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej może więc zawierać z lekarzami umowy o świadczenie usług medycznych jako umowy nienazwane na podstawie ogólnych przepisów kodeksu cywilnego o zobowiązaniach. Będą to umowy cywilnoprawne o zatrudnienie, podczas gdy zawarte z lekarzem umowy o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne należy ujmować w kategorii „samozatrudnienia”, czy umów

⁵ Szerzej Z. Kubot, *Podporządkowanie lekarza w państwowym zakładzie leczniczym*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjalny*, 1979, z. 4.

⁶ *Ibidem*.

z osobami samodzielnie zarobkującymi⁷. Dodać warto, iż w odniesieniu do form wykonywania zawodu przez lekarzy nie ma takiego ograniczenia, jakie wprowadzono odnośnie rzeczników patentowych. Otóż według art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 9 stycznia 1993 r. o rzecznikach patentowych zawód rzecznika patentowego może być wykonywany w ramach stosunku pracy lub samodzielnie na własny rachunek.

W piśmiennictwie prawniczym, jak też orzecznictwie sądowym dopuszcza się zawieranie z lekarzem umowy-zlecenia lub umowy o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 kodeksu cywilnego stosuje się przepisy o zleceniu⁸. W niektórych publikacjach traktujących o konsekwencjach „przejścia” lekarza świadczącego pracę w zakładzie opieki zdrowotnej z umowy o pracę na kontrakt cywilnoprawny nie uwzględnia się podziału umów cywilnoprawnych na umowę zlecenia, umowę o świadczenie usług medycznych jako umowę nienazwaną (art. 750 kodeksu cywilnego) oraz umowę o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne.⁹

Ogólna dopuszczalność prawna zawierania przez samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej z lekarzami umów cywilnoprawnych o świadczenie usług medycznych, poza trybem określonym w rozporządzeniu z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne, nie oznacza iż praktyka taka nie może spotkać się z zarzutami natury prawnej. Uregulowanie trybu i warunków zawierania umów o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne oznacza, iż ustawodawca uznaje stosowanie takiego trybu za właściwe w sytuacji angażowania lekarzy w oparciu o umowy cywilnoprawne. Stąd odmienna praktyka stosowania przy zawieraniu przez samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej z lekarzami umów cywilnoprawnych o świadczenie medyczne może rodzić zarzut omijania konkursu ofert, jak też zarzut niegospodarności działań. Nie oznacza to, iż zarzuty takie będą uzasadnione w każdym przypadku pominięcia konkursu ofert uregulowanego w rozporządzeniu z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne. Mogą się bowiem zdarzać sytuacje, w których konieczne będzie tak szybkie zawarcie umowy cywilnoprawnej, iż zastosowanie procedury określonej w wymienionym rozporządzeniu prowadziłyby do rozwiązań spóźnionych lub wręcz niepotrzebnych. Praktyka zawierania umów cywilnoprawnych poza konkursem ofert może być nawet nieodzowna w przypadkach umów zawieranych na krótki okres i w szczególnych sytuacjach wymagających szybkiego zatrudnienia lekarza. Naganne będzie jednak obchodzenie trybu dotyczącego zawierania umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w sytuacjach, gdy tryb taki mógł być stosowany i nie występowały wyjątkowe okoliczności uzasadniające niezwłoczne zawarcie umowy cywilnoprawnej.

⁷ Na temat „samozatrudnienia” i osób samodzielnie zarobkujących por. m.in. A. Supoit, *op. cit.*, s. 137-154; P.L. Davies, *op. cit.*, s. 191-196; A. Chobot, *Nowe formy zatrudnienia*, Warszawa 1997, s. 168-170; Z. Kubot, *Kontrakty menedżerskie średnich kadr kierowniczych*, Wrocław 1999, s. 144-145.

⁸ Por. m.in. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 32-33; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 1998 r. II UKN 229/28 OSNAP 1999/19/627.

⁹ Por. m.in. E. Łętowska, *Pacjent staje się konsumentem usług medycznych*, „Rzeczpospolita” nr 276, 25 listopada 1998 r.

6. Umowa o udzielanie zamówienia na świadczenia zdrowotne

Jak już zaznaczono, podstawę prawną zawierania umowy o udzielanie zamówienia na świadczenia zdrowotne przez samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej stanowią art. 35-35a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Zdrowotnej z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne.

Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne podlega szerokiej i dość ścisłej regulacji prawnej, co wiąże się z tym, iż służy realizacji zadań publicznych, a wykonanie świadczeń zdrowotnych finansowane jest ze środków publicznych.

Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jest u s t a w o w o w y o d r ę b n i o n y m t y p e m u m o w y i należy do kategorii u m ó w u n o r m o w a n y c h p o z a k o d e k s e m p r a c y. Umowa, o której mowa, jest typem umowy podobnym do zawieranej z kasą chorych o udzielanie świadczeń zdrowotnych z tytułu ubezpieczenia zdrowotnego.¹⁰

7. Miejsce wykonywania pracy przez lekarza świadczącego usługi medyczne na podstawie umowy cywilnoprawnej

W umowie cywilnoprawnej o świadczenie usług medycznych przez lekarza na rzecz zakładu opieki zdrowotnej nieodzowne jest wskazanie miejsca wykonywania pracy. Jak wiadomo, w umowie o pracę jako miejsce wykonywania pracy ustala się na ogół siedzibę pracodawcy bądź określoną jednostkę organizacyjną poza tą siedzibą. Z uwagi na to, iż przepisy prawa pracy w zasadzie nie ograniczają stron co do sposobu określenia miejsca, w umowie o pracę można ustalić miejsce pracy poprzez wskazanie określonego obszaru (w tym kontekście mówi się o ruchomym miejscu pracy¹¹). W umowie cywilnoprawnej o świadczenie usług medycznych przez lekarza na rzecz zakładu opieki zdrowotnej możliwe jest wskazanie jako miejsca wykonywania pracy siedziby takiego zakładu. W praktyce ustalenie, o którym mowa, może okazać się zbyt ogólne. Często bowiem umowa o świadczenie usług medycznych będzie zawierana w celu wykonywania przez lekarza pracy w określonej jednostce organizacyjnej zakładu opieki zdrowotnej. W szpitalu będzie to oddział szpitala, izba przyjęć, ambulatorium itp.

Określenie pracy przez lekarza angażowanego na podstawie umowy cywilnoprawnej należy rozpatrywać w aspekcie organizacji i porządku procesu udzielania świadczeń zdrowotnych w zakładzie opieki zdrowotnej. W zależności od tego, miejscem pracy może być konkretna jednostka organizacyjna zakładu opieki zdrowotnej, siedziba takiego zakładu lub też określony obszar poza takim zakładem.

Ustalenie w umowie cywilnoprawnej o świadczenie usług medycznych miejsca wykonywania pracy w taki sposób jak ustala się miejsce wykonywania pracy w umowie o pracę, zbliżając wymienione rodzaje umów, nie podważa bynajmniej cywilno-

¹⁰ Tak też sądzi P. Stańczyk, *Umowa o udzielenie świadczeń zdrowotnych z tytułu ubezpieczenia społecznego*, Rzeczpospolita, nr 60 z 12 marca 1999 r.

¹¹ L. Florek, T. Zieliński, *Prawo pracy*, Warszawa 1996, s. 53.

prawnego statusu lekarza wynikającego z tej pierwszej umowy. Wiele stosunków pracy wykazuje niektóre cechy typowe w zatrudnianiu pracowników, nie stając się przez to stosunkami pracy. Pewne podobieństwa do stosunków cywilnoprawnych, czy nawet występowanie w stosunku cywilnoprawnym lekarza pewnych drugorzędnych cech występujących także w stosunku pracy, nie powoduje przekształcenia stosunku cywilnoprawnego w stosunek pracy i nie czyni lekarza, który zawarł umowę cywilnoprawną, pracownikiem¹².

8. Czas opieki medycznej w umowie cywilnoprawnej o świadczenie usług medycznych

Organizacja i porządek procesu udzielania świadczeń zdrowotnych w zakładzie opieki zdrowotnej wymagają, aby lekarze angażowani na podstawie umów cywilnoprawnych, mieli określony wymiar i rozkład świadczonych usług. W praktyce nieodzowne jest, aby w odniesieniu do takich osób, podobnie jak wobec pracowników, ustalać określoną liczbą godzin wykonywania usług w poszczególnych dniach. W szczególności jest to niezbędne wówczas, gdy na podstawie umowy cywilnoprawnej angażuje się „obcy” personel medyczny do świadczenia usług zamiast wyznaczania pracowników zakładu opieki zdrowotnej na dyżury.

Z wymienionych względów w umowach cywilnoprawnych o świadczenie usług medycznych ustala się dzienny wymiar godzin sprawowania opieki medycznej. Z uwagi na to, iż czas sprawowania opieki medycznej na podstawie umowy cywilnoprawnej nie jest czasem pracy w rozumieniu art. 128 kodeksu pracy, nie obowiązują tu normy czasu pracy określone w przepisach prawa pracy. Ustalony w umowie cywilnoprawnej o świadczenie usług medycznych czas sprawowania opieki zależy od konkretnych potrzeb danego zakładu opieki zdrowotnej oraz woli stron. Czas pracy lekarza zaangażowanego na podstawie umowy cywilnoprawnej może odbiegać od dziennej, jak i tygodniowej normy czasu pracy lekarza mającego status pracowniczy.

Elastyczność w kształtowaniu wymiaru, jak i rozkładu czasu opieki medycznej w umowach cywilnoprawnych, stanowi niewątpliwie zaletę z punktu widzenia potrzeb zakładu opieki zdrowotnej, jednak dla lekarza może stwarzać różne niedogodności, a nawet naruszać ich istotne interesy i aspiracje.

W praktyce angażowania lekarzy w oparciu o umowy cywilnoprawne, wymiar i rozkład godzin sprawowania opieki medycznej ustala się dość standardowo, powielając godziny normalnej pracy oraz godziny dyżuru pracowników zakładu opieki zdrowotnej.

W wielu umowach wprowadzających cywilnoprawne usługi medyczne, zamiast dyżurów pracowników medycznych, ustala się dzienny wymiar sprawowania opieki w liczbie 17 bądź 24 godzin. Ustalenie takiego dziennego wymiaru godzin wykonywania usług medycznych nie napotyka na bariery prawne z uwagi na cywilnopraw-

¹² Takie stanowisko odnośnie agenta wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 stycznia 1979 r. OSPiKA 1979, nr 9, poz. 168.

ny charakter umowy. Rodzą się jednak wątpliwości z uwagi na jakość usług, bezpieczeństwo ich wykonywania oraz dobro pacjentów podlegających opiece medycznej.

Rozważając wskazane wątpliwości należy wziąć pod uwagę konkretne warunki sprawowania opieki medycznej. Czy wymagają one stałej aktywności i znacznej intensywności działań ze strony lekarza, czy też obejmują godziny, w których wykonawca usług może pozwolić sobie na odpoczynek.

Warto zaznaczyć, iż na podstawie art. 142 kodeksu pracy dzienna norma czasu pracy może być wydłużona w poszczególnych dniach i tygodniach nawet do 24 godzin. Warunkiem jest tu jednak, aby dotyczyło to prac polegających na dozorze urządzeń lub związanych z częściowym pozostawianiem w pogotowiu do pracy, a dłuższy czas pracy był wyrównywany skróceniem czasu pracy w innych dniach lub tygodniach w okresie nie przekraczającym jednego miesiąca.

Zaznaczyć należy, iż w praktyce dyżur lekarski trwał na ogół 17 godzin w dniu roboczym i 24 godziny w niedziele, święta i dni dodatkowo wolne od pracy. Praktyka stosowania całodobowych dyżurów akceptowana jest w orzecznictwie sądowym¹³. Związane jest to z istotą dyżuru, w czasie którego mogą występować godziny odpoczynku. Specyfiką dyżuru lekarskiego jest jednak to, iż często nie da się tu wyodrębnić godzin efektywnie wykonywanej pracy i godzin odpoczynku, gdyż wzajemnie się one przeplatają i nakładają na siebie¹⁴.

9. Różnicowanie prawnych form angażowania lekarzy

Świadczenie usług medycznych przez lekarzy może odbywać się na podstawie różnych umów. Istotą regulacji dotyczących samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej jest wprowadzenie, poza umowami o pracę, umowy o udzielenie zamówień na świadczenia zdrowotne. Zawieranie takich umów powoduje pojawienie się w samodzielnym publicznym zakładzie opieki zdrowotnej poza lekarzami-pracownikami, także lekarzy samodzielnie zarobkujących. Ponadto w zakładach opieki zdrowotnej lekarze mogą też świadczyć usługi medyczne na podstawie cywilnoprawnych umów o zatrudnienie (zatrudnienie niepracownicze). Ogólnie należy więc stwierdzić, iż w samodzielnym zakładzie opieki zdrowotnej lekarze mogą mieć różny status prawny, a w konsekwencji różny status ubezpieczeniowy.

Proces różnicowania prawnych form angażowania lekarzy nie przebiega równomiernie. Przeciwnie, praktyka wykazuje duże zróżnicowanie co do wprowadzania w zakładach opieki zdrowotnej innych podstaw angażowania lekarzy niż umowa o pracę. Nadal w znaczącej liczbie zakładów opieki zdrowotnej świadczenie pracy przez personel medyczny odbywa się wyłącznie w ramach stosunku pracy.

Wyraźne ustawowe uregulowanie umów o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne oznacza zmianę aksjologicznych założeń dotyczących prawnych form angażowania lekarzy i pielęgniarek. Ustawodawca przyjął, iż stosowanie takich umów stanowi typową podstawę świadczenia usług przez lekarzy na rzecz samodzielnego

¹³ Por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 września 1977 r., syg. akt I PRN 137/77.

¹⁴ Por. uzasadnienie do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 1995 r., syg. akt I PZP 6/95.

publicznego zakładu opieki zdrowotnej. W istocie oznacza to, iż ograniczenie zatrudnienia pracowniczego lekarzy na rzecz angażowania ich na podstawie umów cywilnoprawnych, mieści się w założeniach ustawowych.

Oczywiste jest, iż rozwój umów cywilnoprawnych jako podstawy wykonywania usług na rzecz zakładu opieki zdrowotnej nie wiąże się tylko z wprowadzeniem stosownej regulacji w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej. Przyczyn rozpowszechniania się umów, o których mowa, jest wiele. Zasadnicze znaczenie sprowadza się do poszukiwania form prawnych pozwalających zwiększyć elastyczność i efektywność świadczenia usług zdrowotnych przez zakłady opieki zdrowotnej, a jednocześnie ograniczyć ryzyko powstające na tle angażowania personelu medycznego.

Coraz szersze stosowanie umów cywilnoprawnych jako podstawy angażowania personelu medycznego stanowi wyraz ogólniejszej globalnej tendencji ograniczania zakresu stosowania umów o pracę na rzecz umów prawa cywilnego. Zjawisko odchodzenia od pracowniczego statusu osób wykonujących pracę i niejako „zastępowania” tego statusu pozycją strony umowy cywilnoprawnej wykazuje specyfikę w zależności od zawodów czy rodzaju działalności. I tak, przykładowo, swoistości wykazuje sektor dystrybucji handlowej, jak i sfera usług transportowych.¹⁵ Swoistości występują też w zakresie sposobów angażowania menedżerów, zarówno menedżerów najwyższego szczebla, jak i średniego personelu kierowniczego¹⁶. Niewątpliwie proces ograniczania w opiece zdrowotnej zatrudnienia pracowniczego na rzecz zatrudnienia niepracowniczego oraz samozatrudnienia wykazuje swoistości związane z osobliwościami usług medycznych¹⁷.

Pojawienie się w zakładach opieki zdrowotnej cywilnoprawnych form świadczenia pracy przez lekarzy należy też rozpatrywać w aspekcie nowych sposobów sprawowania władzy w organizacji. Umowy cywilnoprawne pozwalają nie tylko zwiększyć elastyczność świadczenia usług zdrowotnych przez zakład opieki społecznej, ale też przenieść na wykonawcę pracy (usług) znaczny zakres ryzyka, a w przypadku umów o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, również rozliczenia i obciążenia w zakresie podatków, składek na ubezpieczenia społeczne i składki na ubezpieczenie zdrowotne. Co więcej, umowy cywilnoprawne nie podlegają takim ograniczeniom w zakresie rozwiązania, jak umowy o pracę. W związku z tym zakład opieki zdrowotnej stosując umowy cywilnoprawne ma ułatwioną możliwość rozstania się z wykonawcą usługi (pracy) bez narażania się na typowe dla stosunku pracy roszczenie o uznanie wypowiedzenia za bezskuteczne czy roszczenie o przywrócenie do pracy.

W sumie należy stwierdzić, iż umowy cywilnoprawne o świadczenie usług medycznych ułatwiają zarządzanie zakładem opieki zdrowotnej i zwiększają władzę

¹⁵ A. Supoit, op.cit., s.157

¹⁶ Z. Kubot, *Kontrakty menedżerskie średniej kadry kierowniczej*, Wrocław 1999; tenże, *Umowy o zarządzanie członków zarządu spółek kapitałowych*, Warszawa-Zielona Góra 1998

¹⁷ Osobliwości usług medycznych są ostatnio coraz częściej akcentowane, por. m.in. L. Balcerowicz, *Państwo w przebudowie*, Kraków 1999, s. 144-147.

naczelnym menedżerów nad wykonawcami usług medycznych. Zwiększanie władzy menedżerskiej wiąże się z eliminowaniem, a przynajmniej znacznym ograniczeniem wpływu i kontroli ze strony zakładowych organizacji związkowych. Szerokie kompetencje takich organizacji odnoszą się w zasadzie tylko do zbiorowych i indywidualnych spraw pracowników. Zwiększanie władzy najwyższych menedżerów wobec cywilnoprawnych wykonawców usług medycznych przejawia się też w większej zależności tych ostatnich co do kontynuowania umowy, jak też zawarcia nowej umowy. Odmowa zawarcia takiej umowy oznacza w praktyce ukryte zwolnienie z pracy¹⁸. W konsekwencji umowy cywilnoprawne o świadczenie usług medycznych pozwalają na większe uzależnienie lekarzy aniżeli umowy o pracę, mimo iż cywilnoprawny status wyłącza możliwość bieżącego kierowania za pomocą poleceń.

Umowy cywilnoprawne o świadczenie usług medycznych pozwalają na odmienne ukształtowanie pozycji, w tym zależności lekarza jako wykonawcy usług medycznych, aniżeli umowy o pracę. Umowy cywilnoprawne są dogodniejsze w realizacji strategii zwiększenia elastyczności działania w zakładzie opieki zdrowotnej oraz zmniejszenia jego kosztów.

Szerokie stosowanie umów cywilnoprawnych o zróżnicowanych zakresach usług i różnym okresie obowiązywania umowy, oznacza zasadnicze odejście od tradycyjnych form władzy pracodawcy na rzecz zależności opartych na swobodzie rozstania się z wykonawcami usług, obciążenia ich większym niż w stosunku pracy ryzykiem związanym z pracą, przy ograniczeniach co do czasu i miejsca wykonywania pracy zbliżonych do ograniczeń pracownika. Umowy cywilnoprawne o świadczenie usług medycznych rodzą układy praw i obowiązków oraz odpowiedzialności wykazujące w pewnych aspektach zasadnicze podobieństwo do sytuacji pracownika, a w innych – istotne różnice. Uproszczeniem jest więc sprowadzanie umów cywilnoprawnych o świadczenie usług medycznych do kategorii quasi-umów o pracę. Umowy cywilnoprawne, o których mowa, mimo iż nie zmieniają sytuacji lekarza w zakresie wykonywania przez niego czynności zawodowych, stwarzają często odmienne zależności, implikując w dużym zakresie nowe sposoby zarządzania personelem medycznym zakładów opieki zdrowotnej.

¹⁸ Problem ten ma istotne znaczenie w stosowaniu współczesnych form zatrudnienia niepracowniczego oraz samozatrudnienia. Por. P.L. Davies, *op. cit.*, s. 183.

Katarzyna Tymowska

Prywatyzacja opieki zdrowotnej w teorii i w praktyce

Przekształcenia własnościowe dokonują się w opiece zdrowotnej w Polsce już od wielu lat. Jedne z nich są wynikiem zamierzonego, świadomego procesu, z regulacjami tworzonymi na szczeblu centralnym i ze stymulowaniem tego procesu ze szczebla centralnego. Przykładem takich przekształceń jest podjęta na początku lat 90. prywatyzacja hurtowni farmaceutycznych i aptek, a ostatnio – prywatyzacja przedsiębiorstw uzdrowiskowych. Są również przykłady przekształceń własnościowych, które zostały podjęte przez lokalne środowiska; w prywatnej formie własności dostrzegły one szanse dla zmiany zachowań instytucji zdrowotnych zapewniających świadczenia dla osób uprawnionych oraz szanse dla wprowadzania nowych zasad alokacji publicznych środków. Tak się stało wszędzie tam, gdzie jeszcze przed wprowadzeniem systemu powszechnych ubezpieczeń zdrowotnych sprzyjano tworzeniu niepublicznych zakładów oraz indywidualnych praktyk lekarskich, które wynajmowały publiczne lokale i podpisywały kontrakty. Te nowe instytucje zdrowotne nie przejmowały pełnych praw własności, bowiem wynajmowały pomieszczenia i sprzęt, nie miały prawa sprzedania go innemu podmiotowi. Ale były to prywatne podmioty, które w znacząco inny sposób gospodarowały posiadaniem i wynajętym majątkiem. Podobnie zachowują się te podmioty, które wynajęły majątek po 1999 r.

Stosunki własności – to ekonomiczne i społeczne relacje determinujące prawa poszczególnych podmiotów do użytkowania zasobów. W nowoczesnej ekonomii instytucjonalnej zwraca się uwagę, że analiza praw własności to przede wszystkim analiza zasad alokacji i użytkowania zasobów zdeterminowanych przez te własnościowe uprawnienia (Furubton, 1997). Przekształcenia własnościowe zmieniają tę alokację i zachowania, na co mamy liczne dowody w sektorze zdrowia. Dylemat czy przyspieszyć prywatyzację majątku użytkowanego dotąd przez podmioty publiczne, czy też nie, jest w istocie zapytaniem o uzasadnienie dla zmiany zachowań podmiotów gospodarczych i pytaniem o zmianę zasad alokacji zasobów, którymi dysponuje społeczeństwo.

Pojęcie „prywatyzacja” odnoszone jest do bardzo różnych procesów zachodzących w opiece zdrowotnej (zob. opis niektórych znaczeń w: Tymowska, System, 1999). **W tym opracowaniu przez prywatyzację rozumiem przeniesienie uprawnień własnościowych od podmiotu publicznego do podmiotu prywatnego.** Nie zajmuję się procesem tworzenia niepublicznych szpitali przez związki wyznaniowe, które odzyskały odebrany im kiedyś majątek. W przypadku tych szpitali mamy do czynienia z reprivatyzacją.

Przy pełnych uprawnieniach własnościowych właściciel ma trzy rodzaje uprawnień: **usus** – prawo użytkowania zasobów, (np. budynku, aparatury medycznej, innego majątku trwałego) **ususfructus** – prawo do czerpania korzyści z tytułu użytkowania tych zasobów i **abusus** – prawo do zmiany postaci przedmiotu własności (np. do sprzedania, wynajmu, oddania komuś w nieodpłatne użytkowanie).

Prywatyzacja w szerokim tego słowa znaczeniu oznacza proces zwiększania udziału prywatnych instytucji zdrowotnych wśród świadczeniodawców zapewniających opiekę zdrowotną. Ten wzrost udziału można osiągnąć dwoma sposobami: poprzez tworzenie instytucji o prywatnej własności, które wchodzi na rynek podaży świadczeń oraz poprzez sprywatyzowanie podmiotów, które dotychczas już funkcjonowały, a które po przeniesieniu uprawnień własnościowych nadal będą dostarczały świadczeń zdrowotnych.

Zwracam uwagę na takie rozumienie słowa „prywatyzacja” dlatego, że niekiedy publiczny dotąd majątek może być wynajęty lub sprzedany podmiotom, które zdecydują się na wytwarzanie innych produktów, aniżeli świadczenia zdrowotne. Może też być tak, że nadal będzie wytwarzany produkt należący do świadczeń zdrowotnych w rozumieniu ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, ale nabywcą produktu nie będzie dysponent środków publicznych. Nowy podmiot, który powstanie po sprywatyzowaniu publicznego może, ale nie musi pozostać wśród tych, które zapewniają świadczenia dla osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym. Jeżeli z uwagi na realizację jakiś celów polityki zdrowotnej (np. równości dostępu do świadczeń) byłoby uzasadnienie dla tego, aby nadal był on dostawcą świadczeń dla osób ubezpieczonych, procedury przekształceń własnościowych muszą być inne aniżeli wtedy, gdy nie ma takiego uzasadnienia. Można np. przekazać majątek w użytkowanie na wiele lat, ale pod warunkiem, że użytkowany jest on w celu wytwarzania świadczeń dla osób ubezpieczonych (choć mogą tu powstać problemy rekompensowania nieopłacalności wytwarzania niektórych świadczeń). W dalszej części opracowania przyjmuję założenie, że podmioty prywatne, które powstają w rezultacie przeniesienia uprawnień własnościowych od podmiotu publicznego do prywatnego są zainteresowane tym, aby pozostać w systemie zapewniającym świadczenia dla osób ubezpieczonych. Uzasadnienie dla prywatyzacji, oczekiwania, opis obecnie przebiegającego procesu prywatyzacji będą więc przedstawione przy podanym wyżej założeniu. W opracowaniu zwracam uwagę na występującą gdzieś słabość motywacji do przekształceń własnościowych wynikających z aktualnych zasad systemu umów. Zasady nabywania uprawnień do zapewniania świadczeń dla osób ubezpieczonych, a także zasady ustalania należności w umo-

wach z kasami tworzą pole do ogromnego subiektywizmu w postępowaniu kas chorych oraz nie zapewniają stabilnych reguł funkcjonowania systemu, co może zniechęcać tych, którzy chcieliby zainwestować swój kapitał i uczestniczyć w prywatyzacji wielu zakładów.

Argumenty na rzecz prywatyzacji

Poniżej podaję listę uzasadnień na rzecz przekształcenia instytucji publicznych w instytucję o własności prywatnej. Długa lista argumentów nie oznacza, że opowiadam się za tym, aby sprywatyzować wszystkie zakłady. Opinie o tym, że w przyszłości wszystkie zakłady opieki zdrowotnej będą prywatne, uważam za nieuzasadnione i zaliczam je do mitów na temat prywatyzacji (zob. Tymowska, Prywatyzacja, 1999).

Wśród uzasadnień dla prywatyzacji nie ma argumentu mówiącego o tym, że pożądanym zjawiskiem jest wzrost liczby umów podpisanych przez kasy chorych z podmiotami prywatnymi. Nie podzielam opinii wyrażonej przez Pełnomocnika Rządu ds. Wprowadzenia Powszechnego Ubezpieczenia Zdrowotnego, jakoby wzrost liczby takich umów (z 4 tys. w 1999 r. do 14 tys. na rok 2000) był „bardzo pozytywnym zjawiskiem” (Pierwsze, 2000). System, który w takim tempie generuje wzrost liczby umów, będzie miał ogromne koszty transakcji i wcześniej czy później stanie się niewydolny. Wzrostowi udziału sektora prywatnego wcale nie musi towarzyszyć wzrost liczby umów z tymi podmiotami. Obecny wzrost tej liczby jest pochodną dekompozycji instytucji publicznych na liczne prywatne, których umowy są kontynuacją umów, zawartych przez poprzednie publiczne zakłady podzielone obecnie niekiedy na dziesiątki małych. Systemy finansowania powinny zachęcać do konsolidacji podmiotów. Być może kiedyś to nastąpi, ale gdy miarą sukcesu jest wzrost liczby umów z podmiotami prywatnymi, może to oznaczać brak zrozumienia dla potrzeby konsolidacji podmiotów.

Za sprywatyzowaniem zakładów publicznych przemawiają następujące argumenty:

1. **Ucieczka od słabości nadzoru właścicielskiego sprawowanego przez podmioty publiczne;** do podstawowych słabości należą: biurokratyzacja nadzoru, realizacja pozaefektywnościowych funkcji własności, np. ochrona miejsc pracy dla wybranych osób czy ochrona „związkokracji”, zła selekcja menedżerów i traktowanie obsady stanowisk kierowniczych w publicznych zakładach jako łupów politycznych, moralny hazard publicznego właściciela, który może przerzucić długi zakładu na podatników;

2. **Konieczność pozyskania kapitału (publiczny jest niewystarczający) oraz osób o odpowiednich umiejętnościach menedżerskich (godziwie wynagradzanych, reprezentujących interes właściciela)** dla zapewnienia rozwoju instytucji zdrowotnych. Kapitał jest potrzebny dla konkurowania jakością (w medycynie jest ona bardzo kosztowna), dla zmiany zakresu i struktury produktów (dostosowanie do popytu i rozwoju medycyny), dla tworzenia warunków leczenia pacjentów, którzy są gotowi płacić za wyższą jakość i szybki dostęp i chcą to robić oficjalnie, a nie w szarej strefie;

3. Potrzeba przeciwdziałania powstawaniu koalicji dystrybucyjnych tworzonych przez przedstawicieli publicznego nadzoru właścicielskiego, lokalnych polityków, menedżerów zachęcanych do ochrony pozaefektywnościowych interesów właścicieli oraz przez dysponentów środków publicznych. Ekonomiczna teoria wyborów publicznych zwraca uwagę na to, że takie koalicje powstają szczególnie łatwo wtedy, gdy własność publiczna w opiece zdrowotnej jest dominująca, a publiczne agencje są dysponentami środków na finansowanie opieki zdrowotnej. Koalicje dystrybucyjne tworząc silny monopol władzy publicznej pozwalają niektórym grupom uzyskiwać szczególne korzyści mające charakter renty od pozycji w monopolu (zob. np. Preker, 1999). Gdy zasady alokacji publicznych środków są nieczytelne i niejawne oraz gdy nie ma odpowiednich regulacji po stronie podaży, tym więcej jest takich koalicji. Istnieją liczne dowody na funkcjonowanie takich koalicji obecnie w Polsce. Prywatyzacja służyłaby ich osłabieniu, ale aby w ich miejsce nie powstały inne, konieczna jest zmiana zasad podpisywania umów (w tym ustalenie taryf, wprowadzenie kontraktów w części niedomkniętych) oraz dopuszczenie wszystkich podmiotów spełniających warunki do konkutowania o ubezpieczonego pacjenta. Publiczni dostawcy powinni zostać tam, gdzie wytwarzane są dobra zwane w ekonomii publicznymi, gdzie istnieją silne efekty zewnętrzne danego świadczenia oraz tam, gdzie istnieje ryzyko pojawienia się słabości rynku (Preker, 1999; Tymowska, System, 1999; Furubotn, 1997);

4. Tworzenie warunków dla budowania sieci powiązań między instytucjami zdrowotnymi. Wiele wskazuje na to, że w wielu regionach załamały się powiązania stworzone poprzednio drogą decyzji administracyjnych, zapewniające wytwarzanie tak złożonych produktów jakimi są świadczenia zdrowotne. Jest to następstwo wprowadzenia wyboru miejsca leczenia, zmiany struktury świadczeń w następstwie umów z kasami oraz dekompozycji publicznych zakładów. Można przypuszczać, że podmioty prywatne lepiej poradzą sobie ze zbudowaniem na nowo tych powiązań, niż podmioty publiczne. Przedsiębiorczość może nie być jednak wystarczającym czynnikiem dla tworzenia sieci wzajemnie ufających sobie i współpracujących ze sobą instytucji. Jeśli nie wprowadzi się finansowania opieki wg zasad typowych dla koordynowanej opieki zdrowotnej z finansową odpowiedzialnością za duże pakiety świadczeń, same przekształcenia własnościowe nie wystarczą dla konsolidacji instytucji zdrowotnych;

5. Tworzenie konkurencyjnej struktury po stronie podaży świadczeń. Prywatyzacja może temu sprzyjać, ponieważ ograniczy monopolistyczną pozycję tych świadczeniodawców, gdzie utrzymywanie monopolu nie jest ekonomicznie zasadne. Ale jednocześnie sama prywatyzacja nie będzie czynnikiem wystarczającym, jeśli nie zostaną zmienione zasady nabywania uprawnień do zapewnienia świadczeń dla osób ubezpieczonych i nie zostaną wprowadzone niedomknięte umowy tam, gdzie nie będzie umów kapitałowych na duże pakiety świadczeń;

6. Wprowadzenie profesjonalnego zarządzania instytucjami zdrowotnymi, sprzyjającego ich rozwojowi, efektywnemu wykorzystaniu zasobów i ograniczeniu dominacji związków zawodowych; profesjonalne zarządzanie wymaga zatrudnienia menedżerów

wg zasad innych niż dominujące obecnie powołanie na stanowisko kierownicze przez publicznego właściciela, a także wynagradzania sprzyjającego pozyskaniu dobrych menedżerów. Prywatny właściciel ma silniejszą motywację do właściwej selekcji menedżerów jako rzecznika interesów kapitału aniżeli właściciel publiczny, szczególnie w sytuacji dużej nieprofesjonalności ciągle zmieniających się władz publicznych;

7. **Ograniczenie moralnego hazardu lekarzy** polegającego na przerzucaniu części kosztów leczenia prywatnego pacjenta na budżet publicznych zakładów. Zjawisko to jest powiązane z gospodarką prowadzoną w tzw. drugim obiegu (prowadzenie działalności dochodowej nie objętej podatkami), ale ma i wymiar inny (pacjent płaci oficjalnie za usługę w prywatnym gabinecie lub nieoficjalnie w publicznym, co często jest jedynie opłatą za wejście wg uprzywilejowanych zasad do zakładu publicznego). Ten system opłacania usług daje pacjentom korzyści bez rujnującego gospodarstwo domowe obciążania dochodów, pracownikom daje dodatkowe dochody, ale jednocześnie różnicuje dostęp do świadczeń, wypycha i pacjenta i lekarza w układy nieformalne. A dodatkowo poprzez przerzucanie części kosztów nie generuje takich ryzyk, które zachęcałyby do zakupienia polisy dobrowolnych ubezpieczeń. Uważam, że prywatyzacja szpitali ograniczyłaby zjawisko drugiego obiegu i sprzyjałaby rozwojowi prywatnych dobrowolnych ubezpieczeń zdrowotnych. Roczny koszt polisy byłby w wielu przypadkach wyższy aniżeli wydatki ponoszone przez społeczeństwo dla zapewnienia sobie preferencyjnych zasad korzystania z usług finansowych ze źródeł publicznych (Tymowska, Reforma, 1999); może to być przyczyną negatywnych postaw niektórych grup społecznych wobec prywatyzacji;

8. **Przez wiele lokalnych samorządów prywatyzacja zakładów im podległych jest postrzegana jako pozbycie się kłopotów** związanych ze sprawowaniem nadzoru właścicielskiego, kłopotów wynikających z braku środków na inwestycje i kłopotów wynikających z istnienia niekiedy dużych zobowiązań wymaganych w publicznych zakładach. Niektóre obecnie stosowane formy prywatyzacji sprzyjają przerzuceniu zobowiązań na organ założycielski, który musi je spłacić (będzie o tym mowa dalej). Prywatyzacja może być niekiedy postrzegana jako ostatnia szansa na przerzucenie długów zakładów na dysponentów środków budżetowych, a pośrednio – na podatników.

Prywatyzacja w praktyce

Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej określa procedurę postępowania w przypadku likwidacji lub przekształcenia publicznego zakładu. Niektóre samorządy lokalne przyjęły uchwały określające:

1. szczegółową procedurę postępowania dla uzyskania zgody organu założycielskiego na wynajem i dzierżawę;
2. zasady funkcjonowania komisji rozpatrującej oferty;
3. kryteria, które należy uwzględnić przy rozpatrywaniu ofert; przykładowo – gospodarność oraz preferowanie instytucji utworzonych przez dotychczas zatrudnionych w publicznym zakładzie, pod hasłem zapewnienia ciągłości opieki i niepogarszania dostępu do świadczeń, do czego obliguje ustawa o zakładach w przypadku likwidacji publicznego zakładu lub jego przekształcenia.

Powyższe zapisy i ich interpretacja są wykorzystywane dla tworzenia preferencji dla pewnej grupy osób (tj. dla dotychczas zatrudnionych) w uzyskiwaniu prawa użytkownika publicznego majątku. Są nawet takie miejsca, gdzie dla zachęcenia do wynajmu i podpisywania umów wg niskich stawek zaproponowanych przez kasę chorych, lokalna władza najpierw wyremontowała pomieszczenia, a dopiero potem wynajęła spółkom pracowniczym, dzięki czemu ochroniła je przed koniecznością wykładania w pierwszym okresie funkcjonowania własnego kapitału na podniesienie jakości warunków leczenia. Są również takie miejsca, gdzie w pierwszym okresie przyznano spółkom pracowniczym prawo nieodpłatnego użytkownika pomieszczeń. Tam, gdzie dokonywano prywatyzacji poprzez wynajem, jedynie w sporadycznych sytuacjach oferty składały podmioty inne niż utworzone przez pracowników. W znanych mi przypadkach takie oferty nie zyskały akceptacji, a próby poszerzenia udziałowców w spółce zabiegającej o wynajem o osoby z zewnątrz budziły niepokoje („obcy chcą mieć prawo do naszej przychodni”).

Nie stawiam tezy o niegospodarności z tytułu preferowania ofert złożonych przez spółki założone przez pracowników. Wynajem majątku spółkom założonym przez pracowników i podpisanie przez nich umów z kasami chorych zapewniło pacjentom ciągłość leczenia, a spółki bardzo często zainwestowały własny kapitał, poprawiając jakość leczenia. Pragnę jedynie zwrócić uwagę, że brak regulacji prawnej dopuszczającej preferencje dla spółek pracowniczych rodzi i będzie rodził konflikty. O ile w przypadku wynajmowania pomieszczeń dla podmiotów zapewniających podstawową opiekę zdrowotną te konflikty są rzadkie, bo nie ma wielu chętnych do takiego wynajmu, to zastosowanie takich preferencji dla spółek pracowniczych zabiegających o wynajem czy sprzedaż szpitali będzie niezwykle konfliktogenne.

Nie można przyjmować tezy o charakterze politycznym, że preferowanie dotychczas zatrudnionych jest realizacją swoście pojmowanej idei sprawiedliwości społecznej – prawo do korzyści z tytułu preferencyjnego najmu dla tych, którzy w danej przychodni pracowali przy niskich wynagrodzeniach. Podzielam opinię, że preferencje dla pracowników mogą niekiedy sprzyjać prywatyzacji, tworząc wokół niej pozytywną atmosferę. Ale jeśli jest taka wola polityczna, to powinna ona zostać wyrażona w odpowiednich aktach prawnych, regulujących zasady uczestniczenia w tym procesie spółek pracowniczych i innych podmiotów. Taką regulację stworzono dla prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych czy komunalnych. Niektóre z zastosowanych tam rozwiązań można by przenieść do ustawy o prywatyzacji zakładów opieki zdrowotnej.

Głównym celem prywatyzacji powinno być poszukiwanie bardziej efektywnego wykorzystania zasobów. Przysłuchując się niektórym dyskusjom o prywatyzacji można odnieść wrażenie, że w niektórych środowiskach prywatyzacja uważana jest jedynie za sposób na „wyrównanie krzywd”. Preferencyjnie wynajęty lub wykupiony majątek postrzegany jest niekiedy jako źródło dochodów z tytułu dalszego sprzedania czy wynajęcia. Niektóre środowiska nie są świadome tego, że samo utworzenie spółki pracowniczej wg preferencyjnych zasad nie daje gwarancji dochodu. Obawiam się, że **gdyby masowo zastosowano do tej dziedziny zasady prywatyzacji uwłas-**

czeniowej, wiele zakładów i gabinetów upadłoby z powodu braku kapitału na inwestycje, na ochronę jakości świadczeń oraz z powodu braku umiejętności profesjonalnego zarządzania.

Wspomniane wyżej uchwały organów władzy samorządowej określające procedurę wynajmu i kryteria oceny ofert niekiedy zawierają również zalecenia odnośnie warunków najmu (nie jest mi znana żadna uchwała określająca zasady sprzedaży). Za pozytywne zjawisko należy uznać to, że niektóre samorządy zalecają ochronę majątku przed przeznaczaniem na inne cele aniżeli wytwarzanie świadczeń zdrowotnych dla osób ubezpieczonych (tylko wtedy warunki najmu czy innego użytkowania są preferencyjne, a niekiedy ważność umowy w sprawie lokali wygasa, jeśli dany podmiot nie podpisze umowy z kasą chorych). Pozytywnie należy oceniać również zapisy, które motywują do inwestowania prywatnego kapitału w wynajmowanych pomieszczeniach. Właściciel zobowiązuje się do zwrotu sumy, o którą została podniesiona przez wynajmującego wartość lokalu, jeśli umowa w sprawie zasad użytkowania lokalu zostanie rozwiązana. **Należy jednak zwrócić uwagę, że przyznanie spółce prywatnej prawa do użytkowania majątku z taką ochroną dodatkowych inwestycji jest do zaakceptowania w przypadku ambulatoryjnej opieki zdrowotnej. Jeśli jakiś prywatny podmiot chciałby uczestniczyć w prywatyzacji specjalistycznych szpitali, niepełne prawa własnościowe mogą być istotną przeszkodą.** Używając języka ekonomii instytucjonalnej można powiedzieć, że gdy zasoby kapitałowe niezbędne dla wytwarzania danego produktu czy wiązki produktów są wyspecjalizowane, tzn. nie można ich przenieść do produkcji innych dóbr czy usług bez istotnych strat, niepełne uprawnienia własnościowe w stosunku do majątku trwałego są gorszym rozwiązaniem aniżeli pełne. Tę słabość można oczywiście łagodzić np. podpisując umowy na kilkadziesiąt lat. Ale takie umowy są cenne w kraju politycznie i ekonomicznie stabilnym, a takim krajem nie jest jeszcze Polska.

W obecnym stanie prawnym istnieją różne formy prywatyzowania majątku użytkowanego dotąd przez zakłady publiczne.

1. Przeniesienie prawa użytkowania części majątku do firmy prywatnej, odpłatnie lub nieodpłatnie, ale bez pełnych uprawnień własnościowych (firma nie może użytkowanego majątku sprzedać), **z zachowaniem dotychczasowych zadań publicznego zakładu.** Decyzję podejmuje dyrektor za zgodą organu założycielskiego. Firma prywatna prowadzi działalność medyczną (tak działa np. wiele przychodni utworzonych przez fundacje) albo prowadzi działalność inną (np. kwiaciarnię, kiosk, bufet, czy apteka otwarta w holu szpitala). Dochody z najmu czy dzierżawy wpływają na konto publicznego zakładu.

2. Przeniesienie prawa użytkowania wg zasad analogicznych jak wyżej, ale z wyłączeniem niektórych jednostek ze struktury organizacyjnej publicznego zakładu i przeniesieniem ich zadań do firmy prywatnej. Ta ostatnia może być poddostawcą usług czy dóbr dla zakładu publicznego wg zasad kontraktowych, a może też działać zupełnie niezależnie np. podpisując umowę z kasą chorych na dostarczenie określonego rodzaju świadczeń zdrowotnych, których obecnie nie ma już ani w statucie ani w umowie z kasą zakładu publicznego. Jednostki wyłączane ze struktury pu-

blicznego zakładu mogą dostarczać albo usług pomocniczych (pralnia, kuchnia itp.) albo usług podstawowych.

3. Przeniesienie prawa użytkowania wg zasad jak w p.1, z wyłączeniem większości jednostek organizacyjnych ze struktury publicznego zakładu. W tym ostatnim zostaje jeszcze jakaś forma działalności związanej z wytwarzaniem świadczeń, ale niekiedy jest to jedynie administrowanie związane z obsługą umów najmu. Ponieważ zakład publiczny nie realizuje działalności statutowej, następuje jego wykreślenie z rejestru (niekiedy i dlatego, że już nie spełnia wymagań). Firma prywatna (często kilka firm utworzonych przez byłych pracowników) ma niepełne uprawnienia własnościowe w stosunku do majątku trwałego. Trybem określonym w umowach z kasą chorych dostarczają one świadczeń takiego rodzaju, jakie poprzednio zapewniał zakład publiczny. Po zlikwidowaniu zakładu publicznego stroną umowy w sprawie użytkowania majątku staje się przedstawiciel organu władzy samorządowej lub administracji państwowej, jeśli to byłaby np. klinika. Mogą tu powstać niekiedy ogromne problemy, bo należy po zlikwidowaniu zakładu zorganizować przetarg i niekiedy dotychczasowi najemcy mogą złożyć najlepsze oferty. A ponadto, jeśli zakład miał długi, to w momencie likwidacji nieruchomości w pierwszej kolejności powinny być przeznaczone na spłatę zobowiązań. Mogą to być i te nieruchomości, które wcześniej wynajęła np. spółka pracownicza. Środowiska medyczne rzadko mają świadomość tego faktu.

4. Likwidacja publicznego zakładu i wynajęcie majątku ruchomego i nieruchomości (dla tego ostatniego – niekiedy sprzedaż) firmom prywatnym, z zasadą preferencji dla spółek pracowniczych. Te ostatnie podpisują umowy z kasami chorych, zapewniając pacjentom ciągłość leczenia. Jeśli majątek był dotychczas wykorzystywany na podstawową opiekę zdrowotną, rzadko oferty w sprawie najmu składają firmy inne, aniżeli utworzone przez byłych pracowników. Ale gdyby zastosowano taką zasadę prywatyzacji wobec szpitali, oferty mogą złożyć inwestorzy zewnętrzni, wcale nie związani z opieką medyczną. Mogą tutaj powstać ogromne konflikty. Aby ich uniknąć, należy pilnie stworzyć ustawowe regulacje ustalające zasady udziału spółek pracowniczych, tzw. inwestorów branżowych innych niż spółki pracownicze i inwestorów zewnętrznych.

5. Likwidacja publicznego zakładu i sprzedaż majątku firmom prywatnym. Ta forma obecnie jeszcze nie występuje, choć jest już zainteresowanie ze strony takich firm i pracowników chcących dopiero zarejestrować spółkę. Wobec braku odpowiednich regulacji mogą tu powstać ogromne konflikty w sytuacji, gdy organ publiczny sam ustali preferencje dla spółek pracowniczych. Wiele organów publicznych boi się tych konfliktów i nie zamierza sprzedawać majątku zakładów. Istnieją też obawy, czy nowy zakład utrzyma ten dotychczasowy zakres świadczeń, który mieszkańcom dawał możliwość bliskiego dostępu. Prywatny zakład (np. szpital) może zmienić strukturę świadczeń na taką, która zapewni mu wyższą rentowność i zwrot poniesionych nakładów. Nie ma publicznych środków na finansowanie np. różnicy między kosztami a stawką ustaloną przez kasę w umowie z prywatnym szpitalem. Zamiast prywatyzować szpital, dla uzyskania spokoju społecznego samo-

rząd będzie w takiej sytuacji w ukryty sposób dopłacał do publicznego, albo w dłuższym okresie doprowadzi do bankructwa i sprzedaży majątku w celu spłaty długów. Gdyby była dobra regulacja prywatyzacji i gdyby istniały taryfy, sprzyjające m.in. analizie rentowności świadczeń przed podpisaniem umów z kasami, można by takich sytuacji uniknąć. Obawiam się, że polityczne lęki polityków przed prywatyzacją przez sprzedaż, związane m.in. z brakiem dobrego prawa dla tej części gospodarki, doprowadzą w przyszłości do licznych bankructw i wzrostu bezrobocia wśród kadr medycznych. Aby temu zapobiec, trzeba szybko przygotować ustawę o prywatyzacji publicznych zakładów, ustalić taryfy i zmienić zasady pozyskiwania środków od kas chorych na leczenia ubezpieczonych.

6. Likwidacja publicznego zakładu i wniesienie majątku w formie aportu do spółek prawa handlowego tworzonych wspólnie przez organy władzy publicznej oraz przez firmy prywatne. Zastosowano gdzieś taką procedurę, ale ową firmą prywatną były spółki pracownicze. Istnieją tu dwa zagrożenia. Pierwsze – to niechęć niektórych spółek pracowniczych do prowadzenia jakiejkolwiek działalności wspólnie z podmiotem publicznym. Drugie – to preferowanie spółek pracowniczych na podstawie decyzji władz samorządowych, co może być uznane za naruszenie równości praw różnych podmiotów gospodarczych. Tę drugą słabość można eliminować drogą odpowiednich zapisów w ustawie o prywatyzacji publicznych zakładów.

Zakończenie

Uważam, że stosując obecne prawo można było przeprowadzić prywatyzację wielu zakładów opieki ambulatoryjnej w sposób, który nie pogorszył dostępu do świadczeń, pozwolił lepiej wykorzystać wiele zasobów, nie generował wielu konfliktów społecznych i uprzywilejował dotychczas zatrudnionych w tych zakładach. Ale według tych zasad nie uda się sprywatyzować szpitali.

W wielu regionach prywatyzacja byłaby pożądana z uwagi na te uzasadnienia, które podałam w pierwszej części opracowania. Jest też zainteresowanie pracowników małych i średnich szpitali, gotowych do wykupienia majątku, do wniesienia udziałów do spółek. W wielu miejscach jest również zainteresowanie inwestorów zewnętrznych, gotowych tworzyć spółki z pracownikami. **Należy pilnie przygotować nową prawną regulację dotyczącą prywatyzacji. Ale dla przyspieszenia wzrostu udziału sektora prywatnego w systemie opieki zdrowotnej należy ponadto zmienić regulację dotyczącą zasad podpisywania umów, regulacje dotyczące nabywania uprawnień do zapewniania świadczeń dla osób uprawnionych i wprowadzić nową regulację dotyczącą finansowania inwestycji w zakładach włączonych do systemu ubezpieczeń.** Jeśli te nowe unormowania nie zostaną opracowane, prywatyzacja szpitali nie będzie miała miejsca. Zapowiadany przez resort zdrowia pilotowy program prywatyzacji jedynie dla małej grupy subiektywnie wybranych podmiotów stanie się okazją do ucieczki od słabości publicznego nadzoru właścicielskiego. Skorzystają jedynie ci, którzy trybem procedur administracyjno-biurokratycznych zostaną włączeni do jakiegoś centralnego ministerialnego programu prywatyzacji zakładów podległych nie owej centralnej władzy, lecz gminom, powiatom i samorzą-

dowym województwom. Być może, że pomysł z takim programem jest jedynie bardzo potrzebnym sygnałem politycznego poparcia dla idei prywatyzacji. Ale jeśli nie zostaną stworzone regulacje zapewniające instytucjonalny ład dla przekształceń własnościowych w opiece zdrowotnej, zainteresowani prywatyzacją będą mieli tylko jedno wyjście: zabiegać o względy polityków i jeśli nie obejmie ich pierwszy program pilotowy, zachęcić centralną władzę do ogłoszenia programu następnego. Paradoksalnie więc przy tak realizowanej prywatyzacji uwalnianie się od słabości publicznej władzy wymagać będzie wcześniejszego „układania” się z tą władzą. Takie działania nie rokują dobrej atmosfery wokół prywatyzacji.

Bibliografia

1. Furuboton E.G., Richter R., *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, The University of Michigan Press, 1997 r.
2. Pierwsze rezultaty konkursu ofert, sygnowane przez SOL, Rzeczpospolita, 18 stycznia 2000 r.
3. Preker A. S., Harding A., Girishankar N., *The Economics of Private Participation in Health Care: New Insight from Institutional Economics*, draft presented at the IHEA Conference, Rotterdam, 1999 r.
4. Tymowska K., *Sektor prywatny w systemie opieki zdrowotnej*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 1999 r.
5. Tymowska K., *Prywatyzacja opieki zdrowotnej – kolejny mit czy szansa*, *Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych* nr 12, 1999 r.
6. Tymowska K., *Założenia i rzeczywistość w reformowaniu służby zdrowia*, *Nowe Życie Gospodarcze* nr 49, 1999 r.

Marek Balicki

Wypowiedź w dyskusji panelowej „Prywatyzacja majątku w publicznych zakładach opieki zdrowotnej”

Trudno jest w krótkim czasie odpowiedzieć w sposób wyczerpujący na postawione w debacie kwestie związane z prywatyzacją¹ w ochronie zdrowia. Istnieje tu wiele problemów prawnych, ekonomicznych czy socjalnych. Na dodatek proces prywatyzacji publicznych zakładów opieki zdrowotnej, a zwłaszcza szpitali, wyzwalać może znacznie większe emocje społeczne niż prywatyzacja przemysłu, banków czy usług komunalnych. Jest to więc kwestia o dużym ładunku politycznym. Nie ułatwia także racjonalnej dyskusji nieudany, jak dotąd, przebieg reformy publicznego systemu opieki zdrowotnej. Uwagi, które pokrótce przedstawię, wynikają głównie z przebiegu konferencji Instytutu Spraw Publicznych zatytułowanej „Prywatyzacja w ochronie zdrowia – kolejny mit, czy szansa?”², która odbyła się 04. 10. 1999 r. w Warszawie.

1. Pierwsze pytanie zadane dzisiaj przez prowadzącego dyskusję, dotyczy uzasadnienia dla przekształceń własnościowych. Wynikałoby z tego, że potrzeba przeprowadzenia szerokiej prywatyzacji podmiotów dostarczających świadczenia zdrowotne nie budzi już poważniejszych wątpliwości i poszukujemy jedynie najlepszej argumentacji. Sądzę, że sprawa prywatyzacji w ochronie zdrowia nie jest wcale taka oczywista. Nie można, opierając się na doświadczeniach innych krajów, wykazać w sposób bezsporny, że dominująca prywatna własność podmiotów dostarczających usługi zdrowotne jest istotnie lepsza od własności publicznej. Mamy przykłady na to, że tam

¹ Zgodnie z Nową Encyklopedią Powszechną PWN „prywatyzacja” to: zmiana stosunków własnościowych polegająca na zwiększeniu udziału osób prywatnych w procesie gospodarowania, czyli uzyskanie prawa własności składników majątku państwowego, samorządowego, jego zorganizowanych części (np. przedsiębiorstw) przez osoby fizyczne lub prawne (z ponad 50-procentowym udziałem kapitałowym osób fizycznych).

² Forum Reformy Opieki Zdrowotnej, Instytut Spraw Publicznych. Konferencja: „Prywatyzacja w ochronie zdrowia – kolejny mit czy szansa”, Warszawa, 26 października 1999 r. Udział wzięli: Ryszard Bugaj, Józefina Hryniewicz, Krzysztof Madej, Krzysztof Lis, Katarzyna Tymowska, Irena Wóycicka; prowadzenie Marek Balicki.

gdzie dominuje własność publiczna, dobrze realizowane są cele nowoczesnej polityki zdrowotnej przy jednocześnie dobrych ocenach opinii publicznej. Mamy też przykłady nieracjonalnie funkcjonujących systemów z przewagą własności prywatnej. Jeśli więc jest tak, że nie ma w literaturze argumentów jednoznacznie przedstawiających wyższość prywatnej własności „producentów” świadczeń zdrowotnych, to należałoby zadać pytanie, jakie argumenty przemawiają na rzecz przekształceń własnościowych w Polsce, a także jaki powinien być ich zakres i tempo wprowadzania.

Jaki zatem miałyby być główny cel prywatyzacji, jakie korzyści może ona przynieść? Jednym z poważniejszych problemów wskazywanym przez ekspertów (K. Tymowska³ i in.) jest występująca obecnie słabość nadzoru właścicielskiego. Nowi właściciele publicznych zakładów opieki zdrowotnej, czyli samorządy różnego szczebla (powiaty, województwa), w większości okazały się nieprzygotowane do tej roli. Można doszukiwać się różnych przyczyn tego zjawiska. Wiele z nich ma jednak charakter immanentny. Wynika z „naturalnych” ograniczeń własności publicznej. Ze słabością nadzoru właścicielskiego łączy się słabość zarządzania, jego upolitycznienie, pozamerytoryczne kryteria oceny menedżerów itd. Jeśli prywatyzacja miałaby poprawić tę sytuację, wzmocnić nadzór właścicielski – byłby to istotny argument na jej rzecz. Poza polepszeniem nadzoru właścicielskiego wśród celów prywatyzacji wskazuje się wzmocnienie zarządzania, zwiększenie produktywności, konkurencji, stworzenie warunków do lepszej jakości opieki. Ważnym celem może być pozyskiwanie kapitału na sfinansowanie inwestycji związanych z rozwojem technologii medycznych. W najbliższych latach trudno się spodziewać, aby samorządowi właściciele zakładów opieki zdrowotnej dysponowali takimi środkami, skoro ich brak na bieżące remonty. Żłudne wydaje się natomiast oczekiwanie, że prywatyzacja może pozwolić na w miarę powszechne zaspokojenie roszczeń pracowników służby zdrowia. Może to być kolejne rozczarowanie, po ubiegłorocznym pogorszeniu się sytuacji płacowej, po wprowadzeniu ubezpieczeń zdrowotnych.

2. Druga, postawiona przez prowadzącego kwestia, to podstawy prawne dla prywatyzacji i ich ocena. Nie jestem prawnikiem, w związku z tym nie będę poruszał kwestii szczegółowych. Podkreślić chciałbym, co następuje: jeśli proces prywatyzacji w opiece zdrowotnej ma przebiegać dalej w sposób korzystny z punktu widzenia interesu publicznego, jak również poszczególnych podmiotów – pacjenta, usługodawcy i płatnika, konieczne są dobre regulacje ustawowe. Jest to niezwykle istotna kwestia. W Polsce dzisiaj nie ma szczególnych regulacji prawnych zapewniających właściwy przebieg prywatyzacji publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Konieczne jest nie tylko uregulowanie ścieżek prywatyzacji, ale również (na co z dużym naciskiem wskazuje K. Tymowska) zasad wchodzenia do systemu ubezpieczeń zdrowotnych podmiotów prywatnych. Obecny konkurs ofert i roczne okresy zawierania umów nie stanowią wystarczającego zapewnienia dla finansowania w przyszłości i nie pozwalają na długofalowe planowanie. Państwo musi pozostać „regula-

³ Tymowska K.: „Sektor prywatny w systemie opieki zdrowotnej, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa, 1999.

torem”, i to silnym regulatorem, tym silniejszym, im więcej podmiotów będzie mieć prywatnych właścicieli.

3. Prywatyzacja w praktyce lat dziewięćdziesiątych. Polska tym odróżniała się od innych byłych tzw. krajów socjalistycznych, że prywatne gabinety lekarskie i spółdzielnie od lat funkcjonowały na nieporównywalną skalę z innymi krajami tej grupy. Prywatne leczenie finansowane jest głównie wprost z kieszeni pacjenta. W latach dziewięćdziesiątych nastąpił jego dynamiczny rozwój, powstały nowe formy własności prywatnej. Jest to zjawisko korzystne, zwiększa pacjentowi możliwości wyboru. Niepokoi natomiast fakt, że to przede wszystkim słabości systemu publicznego skłaniają, czy wręcz zmuszają coraz większą liczbę osób do korzystania z usług prywatnych placówek (działających poza systemem ubezpieczeń zdrowotnych). Nie wydaje się dzisiaj możliwe, aby przy obecnym poziomie środków, jakimi dysponują Kasy Chorych i bez wprowadzenia dopłat, było możliwe szersze włączenie tych podmiotów w system ubezpieczeń zdrowotnych – poza podstawową opieką zdrowotną – bez pogorszenia jakości.

Jednocześnie dokonuje się proces przekształceń własnościowych podmiotów publicznych. Mimo braku odpowiednich regulacji i bierności ministerstwa – prywatyzacja postępuje. Owocuje to czasem używanymi w mediach określeniami „dzikiej prywatyzacji”. Ekspertci nazywają obecny proces dryfem prywatyzacyjnym (K. Lis – pełnomocnik ds. prywatyzacji w rządzie T. Mazowieckiego). Trudno nie zgodzić się z K. Lisem – radykalnym zwolennikiem prywatyzacji w opiece zdrowotnej – z tym, że proces ten, jeśli ma być sensownie prowadzony, wymaga dobrych regulacji prawnych. Natomiast odczuwalna obecnie oddolna presja i zamiary niektórych polityków w kierunku prywatyzacji szybkiej i głębokiej celem rozwiązania dzisiejszych problemów są, moim zdaniem, bardzo niebezpieczne. Proces ten nie może pozostać niekontrolowany.

4. Jeśli chodzi o pytanie dotyczące społecznych nastrojów, oczekiwań, lęków i nadziei związanych z prywatyzacją – dostrzegam pewien niepokój. Opinia publiczna w Polsce rozumie pod hasłem „prywatyzacji” kolejną próbę sięgania do kieszeni pacjentów. Pytania o prywatyzację, jakie zadają dziennikarze na co dzień nie zajmujący się ochroną zdrowia, sprowadzają się do słów: to ile będziemy płacić, kiedy będzie prywatyzacja? Konieczne jest więc ustawowe określenie zasad korzystania ze świadczeń finansowanych przez kasy chorych, jak również wprowadzenie czytelnych reguł pobierania dopłat.

Przede wszystkim jednak proces prywatyzacji wymaga publicznej debaty z udziałem ekspertów oraz określenia polityki władz centralnych. W dziedzinie ochrony zdrowia potrzebna jest aktywna rola państwa. Natomiast zasady funkcjonowania publicznego systemu opieki zdrowotnej wymagają akceptacji społecznej. Nasilające się obecne tendencje związane z obniżaniem nakładów publicznych i powstawaniem dwuklasowego systemu opieki zdrowotnej, odrębnego dla biednych i bogatych, takiej akceptacji nie mają. Wskazują na to wyniki sondaży opinii publicznej. Sytuacja taka pogłębia niepokoje i obawy związane z prywatyzacją i nie sprzyja rozsądnie prowadzonemu procesowi przekształceń własnościowych w dziedzinie opieki zdrowotnej.

Mirosław Nesterowicz

Wyrok Cour Administrative d'Appel de Paris z 9. 06. 1998 (D. 1999. J. 277)*

Obowiązek lekarza poszanowania woli chorego, który jest w stanie ją wyrazić, mającej podstawę w zasadach nienaruszalności i integralności ciała ludzkiego, znajduje granice w obowiązku, który ma również lekarz, zgodnie z celem jego działania, ochrony zdrowia i życia jednostki.

Wskutek tego nie może być kwalifikowane jako zawinione postępowanie lekarzy, którzy w sytuacji nagłości, gdy chodzi o życie pacjenta i przy braku alternatywnej metody terapeutycznej przedsięwzięli czynności niezbędne dla uratowania życia i odpowiednio do jego stanu, nawet działając niezgodnie z uprzednio wyrażoną przez niego wolą.

GŁOSA

W tej sprawie Mme X była przyjęta dnia 14.11.1990 r. do szpitala uniwersyteckiego w Creteil w celu dokonania zabiegu z zakresu chirurgii estetycznej po amputacji sutka i wstawienia protezy. Nazajutrz po zabiegu nastąpiło zapalenie żył prawej łydki, pacjentka została więc poddana leczeniu antykoagulacyjnemu, przerwanoemu dwie doby później, gdy pojawił się krwotok w ranie operacyjnej prawej piersi. Przed nasileniem tego krwotoku, który pociągnął za sobą utratę w ciągu godziny więcej niż trzeciej części krwi pacjentki i znaczne obniżenie ciśnienia tętniczego, przedsięwzięta została nowa, konieczna z powodu nagłości interwencja chirurgiczna, podczas której lekarze zdecydowali o transfuzji krwi. Pacjentka po dziewięciu dniach opuściła szpital. Następnie wniosła powództwo przeciwko szpitalowi o odszkodowanie w kwocie 100 000 FF tytułem naprawienia szkody moralnej, której doznała na skutek transfuzji krwi. Twierdziła, że jako Świadek Jehowy jasno wyraziła swoją wolę na piśmie odmawiając zgody na każdą interwencję terapeutyczną, w której byłaby stosowana krew w jakiegokolwiek formie, czego lekarze mieli świadomość.

* Problem podniesiony w orzeczeniu sądu francuskiego i glosie prof. M. Nesterowicza redakcja „Prawa i Medycyny” uznaje za otwarty i zapowiada dalszą wymianę poglądów.

Ponieważ pozwany szpital jest szpitalem publicznym (*Assistance publique – Hôpitaux de Paris*) – sprawę tę rozstrzygnęły sądy administracyjne. W I instancji *Tribunal Administratif de Paris* oddalił powództwo. Apelację powódki *Cour Administrative d'Appel de Paris* w pełnym składzie zgromadzenia sędziów również oddalił, ustalając tezę, że ochrona życia ludzkiego stanowi dobro wyższej wartości aniżeli wola indywidualna pacjenta, co usprawiedliwia działania podjęte przez lekarzy. Sąd postawił więc granice woli indywidualnej.

Powódka zarzucała lekarzom, że działając wbrew jej woli naruszyli art. 7 kodeksu deontologii medycznej („W miarę wszystkich możliwości wola chorego musi być zawsze respektowana”), art. 16-1 („Każdy ma prawo do poszanowania jego ciała”) i art. 16-3 kodeksu cywilnego („Nie wolno naruszać integralności ciała ludzkiego, jak tylko w przypadku konieczności terapeutycznej dla danej osoby. Zgoda zainteresowanego musi być uzyskana uprzednio poza przypadkiem, gdy znajduje się on w stanie wymagającym koniecznej interwencji medycznej, na którą nie jest zdolny wyrazić zgodę.”). Sąd Apelacyjny zarzutów tych nie uwzględnił uznając, że obowiązek lekarza poszanowania woli chorego znajduje granice w obowiązku, który ma również lekarz zgodnie z celem jego działania, tj. ochrony zdrowia i życia jednostki. Zdaniem Sądu, postępowania lekarzy, którzy w sytuacji nagłości dokonali transfuzji krwi dla ratowania życia powódki, gdy nie było innej alternatywnej metody terapeutycznej - nie można kwalifikować jako zawinionego, nawet przy działaniu wbrew woli pacjentki. Sąd odrzucił także zarzuty powódki oparte na naruszeniu art. 3, 5 i 9 „Konwencji europejskiej o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”. Orzekł, że transfuzja krwi nie stanowi traktowania nieludzkiego lub poniżającego w znaczeniu art. 3 Konwencji, ani pozbawienia wolności, której ochronę gwarantuje art. 5 Konwencji, ani – w danym przypadku, gdy lekarze realizowali swój obowiązek ochrony zdrowia i ratowania życia pacjentki – transfuzja krwi nie tworzy naruszenia swobody wyrażania religii i przekonań, o których mówi art. 9 Konwencji. W konsekwencji Sąd Apelacyjny przyjął, że orzeczenie sądu administracyjnego oddalające powództwo odszkodowawcze było słuszne.

W doktrynie francuskiej orzeczenie Sądu Apelacyjnego zostało ocenione jako precedensowe. Dotyczy ono jednej z najtrudniejszych kwestii, jaka stoi przed sędziami, a implikacje orzeczenia są niezmiernie głębokie tak z punktu widzenia wyboru etycznego, jak i oddziaływania prawnego na podobne sprawy. Nie negując zasady prawnej respektowania woli pacjenta akceptuje się jej granice uznając ochronę życia jako wartość wyższą aniżeli wyraz woli indywidualnej. Ochrona życia ma walor porządku publicznego, ma charakter normatywny, dlatego więc działania osób trzecich skierowane przeciwko życiu podlegają odpowiedzialności karnej (np. w przypadku eutanazji¹).

Jestem zdania, że orzeczenie Sadu Apelacyjnego w Paryżu może mieć większe znaczenie aniżeli tylko dla francuskiego systemu prawnego. Z pewnością będzie

¹ G.Pellisier, glosa do cyt. orzeczenia *Cour Administrative d'Appel de Paris*, D.1999. J. 278.

powoływane w prawie porównawczym, gdyż wszędzie tego typu sprawy mają miejsce. Podobne sprawy mogą się pojawić także przed polskimi sądami i powinny zostać podobnie rozstrzygnięte. Art. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej stanowi wyraźnie, że: „Powołaniem lekarza jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego...” Nie może wprawdzie działać wbrew woli chorego ani, poza wyjątkami, bez jego zgody, lecz w szczególnej sytuacji, gdy w trakcie zabiegu operacyjnego niedokonanie transfuzji krwi groziłoby pacjentowi śmiercią, lekarz ma nie tylko prawo, ale i obowiązek działania.

Świadek Jehowy, tak jak każdy, ma prawo umrzeć nie poddając się koniecznej dla zachowania życia interwencji lekarskiej. Może też żądać przeniesienia do innego szpitala, gdzie – jak twierdzi – stosuje się alternatywne metody leczenia. Jeżeli jednak wyraża zgodę na operację czy inny zabieg, to lekarz szanując jego przekonania religijne powinien w danych okolicznościach ustalić, czy ryzyko interwencji bez dokonania transfuzji krwi nie jest zbyt wielkie.² Jeżeli to ryzyko istnieje lub może zaistnieć w nieprzewidzianych okolicznościach, które przy poważnym zabiegu mogą się zdarzyć, Świadek Jehowy nie może oczekiwać od lekarza, aby ten ze względów formalno-prawnych nie niósł mu pomocy takiej, jaka w danej sytuacji jest jedynie konieczna i godził się przez to na śmierć pacjenta. Byłoby to sprzeczne z obowiązkami lekarza wynikającymi z istoty zawodu i z przepisów prawnych. W takiej sytuacji tzw. oświadczenie dla służby zdrowia, w którym chory nie zgadza się na żadną transfuzję krwi³ jest, moim zdaniem, pozbawione jakiegokolwiek znaczenia prawnego. Oświadczenie, że „uwalniam lekarzy, anestezjologów oraz szpitale wraz z ich personelem od odpowiedzialności za wszelkie szkody, jakie mogłyby wyniknąć z mojej odmowy, pomimo ich odpowiedniej opieki, dopełnionej pod każdym innym względem”,⁴ może co najwyżej zwolnić lekarzy (i szpital) od odpowiedzialności cywilnej, lecz nie od odpowiedzialności karnej i zawodowej.

Odmowę zgody na transfuzję krwi, skoro Świadek Jehowy poddaje się operacji związanej z ryzykiem dokonania transfuzji w razie poważnego zagrożenia zdrowia lub życia, należy uznać za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (art. 58 §2 k.c.) a działanie lekarzy za uprawnione z mocy art. 35 Ustawy z 05.012.1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997r. Nr 28, poz. 152 z późn. zm.), która dozwala na przekroczenie zakresu zgody pacjenta w szczególnych okolicznościach.

Nie naruszy to także, podpisanej już przez Polskę, Europejskiej Konwencji Bioetycznej, która w art. 9 stanowi, że: „Należy brać pod uwagę wcześniej wyrażone życzenia osoby zainteresowanej co do interwencji medycznej, jeżeli w chwili jej przeprowadzenia nie jest ona w stanie wyrazić swojej woli.” Nie jest to bowiem nakaz bezwzględny, podczas gdy sama interwencja medyczna odbywa się za zgodą chorego (co stanowi spełnienie wymagania z art. 5 Konwencji).

Nie neguję przy tym twierdzenia, że krew może nie być bezpieczna i przenosić różne choroby. Transfuzja krwi nie może być więc stosowana jako metoda rutynowa

² por. T. Vansweevel, *La responsabilité civile du medecin et de l'hôpital*, Bruksela 1995, s. 314-315.

³ zob. T. Wiwatowski, A. Karwat, U. Chmielewska, *Prawo wyboru metody leczenia – stanowisko Świadców Jehowy w sprawie transfuzji krwi*, *Prawo i Medycyna*, 4/1999, s.22.

⁴ ibidem.

wa, lecz wyjątkowa. Lecz czasami innej możliwości nie ma. Dlatego Światowa Organizacja Zdrowia (WHO) zaleca, aby był to środek ostateczny, stosowany w przypadkach zagrożenia życia.

Na marginesie tej sprawy trzeba podnieść kwestie odmowy zgody Świadków Jehowy na transfuzję krwi konieczną dla ratowania życia ich dzieci. Zgadzam się, że wtedy, gdy istnieją alternatywne metody leczenia, wolę rodziców trzeba uszanować. Jeżeli jednak takiej możliwości nie ma lub brak jest na to czasu, a niedokona- nie operacji połączonej z transfuzją krwi groziłoby dziecku śmiercią, należy pamiętać, że rodzice nie mają wobec swoich dzieci, jak w prawie rzymskim *pater familias* „prawa życia i śmierci” (*ius vitae ac necis*). Skoro władza rodziców co do majątku dziecka jest ograniczona (nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu – art. 101, §3 k.r.i op.), to tym bardziej nie mogą mieć nieograniczonej władzy nad osobą dziecka. Dla prównania, w USA Sąd Najwyższy Massachusetts w sprawie *Prince v. Massachusetts* (1944) powiedział, że: „Prawo do swobody praktyk religijnych nie zawiera w sobie wolności wystawienia dziecka na śmierć”, a Sąd Federalny w Illinois w sprawie *Staelens v. Yoke* (1980) orzekł: „Rodzice nie chcący się poddać leczeniu mogą stać się męczennikami, lecz nie mają takiego prawa wobec dzieci.”

W Polsce, jeżeli rodzice odmawiają zgody na zabieg operacyjny dziecka ze względu na choćby możliwość transfuzji krwi, a dziecku grozi przez to niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia, kolizję woli przedstawiciela ustawowego dziecka i stanowiska lekarza powinien rozstrzygnąć sąd opiekuńczy, który wyda na podstawie art. 109 kr.i op. odpowiednie postanowienie po przeprowadzeniu rozprawy (art. 579 k.p.c.), a w przypadkach nagłych – odpowiednie zarządzenie w trybie uproszczonym, bez przeprowadzania rozprawy (art. 569, §2 k.p.c.). Do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez sąd lekarz ma prawo zatrzymać dziecko w szpitalu. Art. 22, ust. 2 Ustawy z 30.08.1991 o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. nr 91, poz. 408 z późn. zm.) głosi: „Jeżeli przedstawiciel ustawowy żąda wypisania ze szpitala osoby, której stan zdrowia wymaga leczenia w szpitalu, kierownik zakładu opieki zdrowotnej lub lekarz przez niego upoważniony mogą odmówić wypisania do czasu wydania w tej sprawie orzeczenia przez właściwy ze względu na siedzibę zakładu sąd opiekuńczy, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Właściwy sąd opiekuńczy zawiadamiany jest niezwłocznie o odmowie wypisania ze szpitala i przyczynach odmowy.” Natomiast w sytuacji, gdy każda chwila zwłoki w dokonaniu zabiegu groziłaby dziecku znajdującemu się w szpitalu niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, a rodzice odmawiają zgody na zabieg, może o tym zdecydować sam lekarz (art. 34, ust. 7 ustawy o zzwodzie lekarza, art. 15, p.3 KEL). Ma on wówczas obowiązek, o ile to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości, tej samej specjalności.

Urszula Chmielewska, Anna Karnas

Głos w sprawie uznania wyroku Apelacyjnego Trybunału Administracyjnego (Cour Administrative d'Appel de Paris) z dnia 9 czerwca 1998 r., jako wyznacznika kierunku przemian polskiego prawa medycznego.*

Dyskusja, jaka miała miejsce na II Ogólnopolskim Forum Prawniczo-Medycznym (2-3 grudnia 1999 r.) wykazała, że prawo medyczne w Polsce oddala się od paternalistycznego modelu medycyny. Mając na uwadze akty prawa międzynarodowego, przedstawiciele nauki polskiej dostrzegają słuszność i nieuchronność zmian polskiego prawa w kierunku partnerskiego modelu medycyny, wyrażającego się w prymacie indywidualnej woli jednostki nad bezwzględnym obowiązkiem lekarza ochrony jej życia i zdrowia.

Wprowadzenie nowych rozwiązań prawno-etycznych, związanych ściśle z życiem i zdrowiem człowieka, może budzić kontrowersje i polemikę. Zarówno w Polsce, jak i w Europie pojawiają się głosy stawiające ochronę życia jednostki ponad jej indywidualną wolę w hierarchii dóbr. Przykładem orzeczenia kontynuującego tradycje paternalistyczne jest wyrok Administracyjnego Sądu Apelacyjnego (**Cour Administrative d'Appel de Paris**) w Paryżu z 9 czerwca 1998 r., w którym sąd ten orzekł, że w sytuacji ratowania życia lekarz nie zawinił stosując wobec pełnoletniego pacjenta metodę leczenia, o której wiedział, że jest sprzeczna z wolą chorego.

Orzeczenie to wzbudziło pewne kontrowersje we Francji¹, jak również zostało zauważone i przedstawione w czasie dyskusji na II ogólnopolskim Forum Prawniczo-Medycznym w Warszawie 02.02. 1999 r. Niezależnie od ostatecznego rozstrzygnię-

* Problem podniesiony w orzeczeniu sądu francuskiego i wypowiedzi U. Chmielewskiej i A. Karnas redakcja *Prawa i Medycyny* uznaje za otwarty i zapowiada dalszą wymianę poglądów.

¹ A.Garay, *A propos de la realisation de transfusions sanguines contre la volonte des patients*, AFAR (Annales francaises d'anesthesie et de reanimation) luty 2000, tom 19, s. 39-41.

cia tej kwestii przez francuską Radę Stanu (10 sierpnia 1998 r. strona skarżąca wniosła odwołanie do Rady Stanu) uznanie tego wyroku jako wyznacznika kierunku przemian w prawie medycznym należy uznać za chybione z następujących względów:

1. rozstrzygnięcie to zostało oparte na subiektywnej hierarchii wartości, że zdrowie pacjenta jest synonimem jego najwyższego dobra;
2. obowiązek zawodowy lekarza został postawiony ponad normę konstytucyjną, gwarantującą szeroko rozumianą wolność człowieka;
3. może to prowadzić do zaistnienia zjawiska „równi pochyłej”, przez co nierepektowanie woli pacjenta, traktowane jako wyjątek, z czasem stanie się regułą;
4. jest to krokiem wstecz w stosunku do europejskiej myśli prawno-etycznej opartej na poszanowaniu autonomii jednostki.

Podsumowując, należy podkreślić, że nieprawomocny wyrok sądu francuskiego trudno traktować jako istotny głos w dyskusji nad zasadami prawa medycznego. Na ostateczne rozstrzygnięcie francuskiej Rady Stanu wypadnie jeszcze poczekać. Niezależnie jednak od wyniku tego jednostkowego orzeczenia nie powinno ono zahamować aktualnych przemian prawa polskiego, idącego w kierunku poszanowania pełnej autonomii pacjenta, i spowodować powrotu do doktryny paternalizmu.

Ewa Kulesza

W odpowiedzi na pytania ...

Zagadnienie ochrony danych osobowych, w kontekście funkcjonowania instytucji opieki medycznej, spotyka się z ogromnym zainteresowaniem zarówno ze strony pacjentów, jak i personelu medycznego. Powstaje tu bowiem szereg pytań dotyczących zarówno ochrony danych o stanie zdrowia pacjentów, jak i danych osób, które udzielają pomocy.

Rozważanie ochrony danych osobowych wymaga przypomnienia zasad przetwarzania danych, określonych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹.

Ustawa określa przesłanki przetwarzania danych w trzech przepisach. Art.23 ustawy wymienia przesłanki dotyczące danych „zwykłych”, a zatem danych nie objętych szczególną ochroną, na podstawie których jednakże można dookreślić tożsamość osoby. Powoływany przepis dopuszcza przetwarzanie danych m.in. tylko wtedy, gdy: 1) osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę (chyba, że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych), 2) zezwalają na to przepisy prawa.

Należy przy tym podkreślić, że w odniesieniu do przetwarzania danych „zwykłych”, przesłanki przetwarzania określone zostały w sposób ogólny, a ustawa nie przewiduje szczególnych rygorów, które musiałyby być spełnione. A zatem zgoda osoby może mieć dowolną formę (może to być również zgoda ustna), byleby treścią oświadczenia woli była zgoda na przetwarzanie danych osobowych tego, kto składa oświadczenie i nie była to domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Natomiast w odniesieniu do podstawy prawnej (ust.1 pkt.2 art. 23), do przetwarzania danych wymagana jest jakakolwiek podstawa istniejąca w prawie powszechnie obowiązującym (a zatem nie tylko podstawa ustawowa, ale również podstawa zawarta w przepisach wykonawczych do ustawodawstwa, jak również w innych przepisach, np. prawa lokalnego, pod warunkiem, że przepisy te zostały wydane z zachowaniem zasad określonych w Konstytucji RP).

¹ Dz.U. Nr 133, poz. 883.

Inaczej ustawa określa przesłanki przetwarzania danych szczególnie chronionych. Art. 27 generalnie zabrania przetwarzania danych ujawniających m.in. dane o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach, dopuszczając jednak przetwarzanie takich danych w ściśle określonych, wymienionych w 8 punktach, przypadkach, z których przynajmniej niektóre wprost odnoszą się do danych medycznych. A zatem dopuszczalne jest przetwarzanie danych szczególnie chronionych na podstawie: pisemnej zgody osoby, której dane dotyczą, gdy przepis szczególny innej ustawy (a zatem nie jakiegokolwiek przepisu prawa) zezwala na przetwarzanie tych danych bez zgody osoby, której dotyczą i stwarza pełne gwarancje ich ochrony, gdy przetwarzanie danych jest prowadzone w celu ochrony stanu zdrowia, świadczenia usług medycznych lub leczenia pacjentów przez osoby trudniące się zawodowo leczeniem lub świadczeniem usług medycznych, zarządzania udzielaniem usług medycznych i są stworzone pełne gwarancje ochrony danych osobowych.

Podkreślenia wymaga fakt, iż każda z przesłanek, wymienionych zarówno w art. 23, jak i w 27, jest odrębną podstawą przetwarzania danych. A zatem jeśli istnieją podstawy prawne zbierania danych w postaci np. przepisu wykonawczego do ustawy, bądź przepisu samej ustawy, nie jest wymagana zgoda osoby, której dane dotyczą. Przepis prawa bowiem jest wówczas przesłanką wystarczającą do zbierania i wykorzystywania danych w określonym celu i to ustawodawca przesądza i decyduje, kto i w jakim zakresie musi udostępnić swoje dane osobowe.

Dlatego też odpowiadając na pytania postawione w trakcie Forum Prawniczo-Medycznego: *„Czy żądanie, by na każdej receptce wypisywanej pacjentowi lekarz stawiał swoją pieczęć z prywatnym adresem i telefonem (obok numeru statystycznego), a na drukach zwolnień lekarskich dodatkowo numer NIP, stoi w sprzeczności z ustawą o ochronie danych osobowych?”*

Stwierdzić należy, że: podstawą do żądania, by na każdej receptce znajdował się odcisk pieczęci lekarza jest rozporządzenie MZiOS z dnia 30 grudnia 1998 r. w sprawie recept lekarskich (Dz.U. Nr 164, poz. 1195 z późn. zmianą). Zgodnie z § 1 pkt. 8 rozporządzenia recepta powinna zawierać „odcisk pieczęci lekarza wystawiającego receptę, zawierającej: imię i nazwisko, posiadaną specjalność, jego adres i numer telefonu (jeżeli go posiada) oraz oznaczenie o prawie wykonywania zawodu wyrażone symbolem lub kodem paskowym; na receptce wystawionej przez lekarza psychiatrę, lekarza zatrudnionego w poradni zdrowia psychicznego lub lekarza zatrudnionego w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej dla osób pozbawionych wolności pieczęć lekarza wystawiającego receptę może nie zawierać adresu i numeru telefonu”.

W odniesieniu do zaświadczeń lekarskich, formularz zaświadczenia określony został jako załącznik do rozporządzenia MPiPS z dnia 27 lipca 1999 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu wystawiania zaświadczeń lekarskich, wzoru zaświadczenia lekarskiego i zaświadczenia lekarskiego wydanego w wyniku kontroli lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. Nr 65, poz. 99). Oprócz imienia i nazwiska lekarza, pieczęci lekarza, zaświadczenie powinno zawierać „NIP Zakładu Opieki Zdrowotnej” (rubryka 21).

Ujawnianie danych lekarza wystawiającego receptę lub zwolnienie lekarskie odbywa się na podstawie przepisów prawa, spełniona jest zatem przesłanka przetwarzania danych określona w art. 23 ust. 1 pkt. 2 ustawy o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych nie jest w związku z tym naruszana.

„Lubelska Kasa Chorych wykorzystuje wydruk wniosku sanatoryjnego, w którym znajduje się formuła: wyrażam zgodę na przetwarzanie moich danych osobowych; czy to jest prawidłowe, wygląda to na zwykły szantaż: albo podpiszę i dostanę wniosek, albo nie podpiszę i nie dostanę.”

Formularze wniosków sanatoryjnych stanowią załącznik do rozporządzenia MZiOS z 30 grudnia 1998 r. w sprawie sposobu i warunków wystawiania skierowania na leczenie uzdrowiskowe przez lekarza ubezpieczenia zdrowotnego oraz potwierdzenia tego skierowania przez Kasę Chorych (Dz.U. Nr 166, poz. 1262). W treści formularza znajduje się cytowany zapis.

Przetwarzanie danych osób kierowanych na leczenie uzdrowiskowe odbywa się na podstawie przepisów prawa oraz ogólnej przesłanki opisanej w art. 27 ust. 2, zgodnie z którą „przetwarzanie jest prowadzone w celu ochrony stanu zdrowia, świadczenia usług medycznych ...”. Zatem z uwagi na istnienie innych przesłanek przetwarzania danych żądanie wyrażenia zgody jest zbędne, wprowadza pacjenta w błąd i prowadzi do sytuacji konfliktowych, gdy pacjent nie wyraża zgody na przetwarzanie jego danych. Z tego względu Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych wystąpił do Ministra Zdrowia o zmianę rozporządzenia i załącznika do rozporządzenia.

Z tego względu też nie będzie miało znaczenie wyrażenie zgody na udostępnienie danych Kasie Chorych, w przypadku rozliczania wykonanych usług przez zakład opieki zdrowotnej, w sytuacji opisanej w pytaniu: **„Wielkopolska Kasa Chorych wymaga na druku, załączniku do rachunku od lekarza specjalisty: imienia, nazwiska, adresu, PESEL, daty urodzenia, kodu choroby, kodu świadczenia i ceny. Druk opatrzony jest zastrzeżeniem, że niezamieszczenie którejs z tych danych będzie skutkowało nie zapłaceniem za usługę?”**

Zakres przekazywanych przez świadczeniodawców danych osobowych ubezpieczonych pacjentów kasom chorych określony został w rozporządzeniu MZiOS z dnia 15 stycznia 1999 r. w sprawie ustalenia zakresu niezbędnych danych gromadzonych przez świadczeniodawców oraz w systemach informatycznych Kas Chorych, a także zakresu i procedury wymiany danych pomiędzy Kasami Chorych oraz Kasami Chorych a świadczeniodawcami, Urzędem Nadzoru Ubezpieczeń Zdrowotnych i Krajowym Związkiem Kas Chorych (Dz.U. Nr 7, poz.66). Przepisy rozporządzenia wskazują, iż kasy chorych mają prawo żądać danych osób ubezpieczonych, na rzecz których świadczenie zdrowotne zostało wykonane, zawierających: nr ewidencyjny PESEL pacjenta, numer karty ubezpieczenia, numer służący do potwierdzenia wykonania świadczenia, uzyskany z karty ubezpieczenia – w przypadku, gdy karta jest stosowana do potwierdzania świadczeń, kod rodzaju świadczenia, kod rozpoznania medycznego związanego z udzielonym świadczeniem według międzynarodowej klasyfikacji chorób, urazów i zatruc, opłata wniesiona przez pacjenta, dopłata ze strony kasy chorych.

„Jak będzie wyglądać dochodzenie roszczeń przez pacjenta, którego dane osobowe zostały przetworzone przez lekarza pierwszego kontaktu wbrew wiedzy, woli i interesom tego pacjenta, ale zostały przekazane ustnie? Przykład: pacjent był poddany zabiegowi operacyjnemu w jednym ze szpitali. Kilka tygodni po zabiegu stwierdzono u niego wirus żółtaczkowy. Pacjent zwrócił się z roszczeniem wobec szpitala o odszkodowanie. W związku z tym szpital zaczął interesować się wcześniejszym stanem zdrowia pacjenta i zasięgnął informacji u lekarza pierwszego kontaktu – lekarz ze szpitala, gdzie był operowany pacjent zdobył telefonicznie wszelkie dane o tym pacjencie: przebieg leczenia w szpitalu zakaźnym, choroby, stan obecny. Wpłynęło to na stanowisko szpitala, który znając stan zdrowia pacjenta, odrzucił jego roszczenie”

Na podstawie przekazanych informacji można dojść do wniosku, że lekarz pierwszego kontaktu naruszył tajemnicę lekarską, określoną w ustawie o zawodzie lekarza oraz ustawę o ochronie danych osobowych. Jego działanie powinno zatem stanowić przedmiot postępowania organów ścigania.

Natomiast pacjent może ewentualnie na drodze cywilnej dochodzić odszkodowania za naruszenie dóbr osobistych, na podstawie art. 23 i 24 k.c.

Sprawa udzielenia informacji o stanie zdrowia telefonicznie ma jedynie znaczenie dowodowe.

Czy pacjent może uzyskać kopię historii choroby?

Zagadnienie to nie należy do sfery ochrony danych osobowych, ale jest to zagadnienie związane z udostępnianiem dokumentacji medycznej, które jest regulowane przepisami dotyczącymi działalności placówek służby zdrowia. Obecnie przygotowane są projekty rozporządzeń Ministra Zdrowia: rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów indywidualnej dokumentacji medycznej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania, w których uregulowane zostały zagadnienia udostępniania dokumentacji medycznej.

„Czy deklaracja osoby zmarłej wyrażającej zgodę na przetwarzanie jej danych osobowych przez firmę ubezpieczeniową w momencie zawarcia umowy, posiada moc prawną po jej śmierci i w związku z tym, czy placówka służby zdrowia ma obowiązek udostępnienia firmie ubezpieczeniowej historii choroby?”

Oświadczenie woli, o którym mówi ustawa o ochronie danych osobowych, podlega przepisom kodeksu cywilnego. Zatem jeśli w momencie składania brak było zastrzeżenia o mocy oświadczenia po śmierci osoby, która oświadczenie składała, wygasa ono z chwilą śmierci.

Natomiast jeśli chodzi o dostęp do dokumentacji medycznej w związku z prowadzonym przez zakład ubezpieczeniowy postępowaniem, zezwala na to art. 18 ust. 2 pkt. 6 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zmianami).

„Czy dawca krwi, który nie jest pacjentem, ale jego dane są przetwarzane w obrębie służby zdrowia, musi wyrażać zgodę na przetwarzanie tych danych, tym bardziej, że w zależności od wyników badań kwalifikacyjnych dane te są przekazywane

– zgodnie z innymi przepisami – zarówno służbom sanitarno-epidemiologicznym, szpitalom itd.?”

Zasady pobierania, przechowywania i przetwarzania krwi ludzkiej określa ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz.U. Nr 106, poz. 681 z późn. zmianami). Art. 13 tejże ustawy wprowadza zasadę, iż publiczna służba krwi zapewnia anonimowość dawcy krwi, w związku z czym oznakowanie opakowań krwi i preparatów krwiopochodnych nie może zawierać danych umożliwiających identyfikację dawcy krwi przez biorcę bądź jednostkę organizacyjną inną, niż jednostka organizacyjna publicznej służby krwi. Przekazywanie danych osobowych dawcy, w świetle powyższego unormowania, jest sprzeczne z prawem, chyba, że przekazywanie danych odbywa się na podstawie innych przepisów prawa; wówczas zgoda dawcy krwi nie jest wymagana.

Natomiast brak jest podstawy prawnej do badania krwi, (także w kierunku HIV), w sytuacji opisanej następująco: *„Wypadek komunikacyjny w wyniku którego uszkodzony w wypadku umiera; osoba udzielająca pomocy uszkodzowanemu na miejscu wypadku, która rani się w dłoń i brudzi ranę krwią ofiary obawia się, że ofiara była nosicielem wirusa. Czy po śmierci człowieka można przeprowadzić badanie jego krwi w kierunku HIV?”*

Tadeusz Maria Zielonka

Czy potrzebne jest prawo w medycynie? – komentarz lekarza, uczestnika obrad Forum

Niezwykle ciekawe i różnorodne tematycznie II Forum prawniczo-medyczne miało dwie odsłony. Wymiana poglądów pomiędzy prawnikami a lekarzami wykazała, że kręgi medyczne w dużej mierze nie znają, nie rozumieją, a nawet ignorują i wręcz podważają zasadność tworzenia prawa medycznego. Równocześnie wskazywano, że w stosunku do środowisk medycznych władze nieustannie wykazują arogancję tworząc demoralizujący system, nie zawsze zgodny z prawem i obowiązującymi normami społecznymi. Oba problemy są ze sobą silnie związane. Lekarze od dłuższego czasu postrzegają prawo jako instrument monopolistycznych praktyk państwa, które wykorzystując uprzywilejowaną pozycję narzuca krzywdzące rozwiązania, nie szanując przy tym ich praw, wiedzy, trudnej i odpowiedzialnej pracy. Lekceważący stosunek resortu zdrowia i Kas Chorych do środowisk medycznych wpływa na poszanowanie prawa przez lekarzy i budzi ich opór przeciwko prawnym ingerencjom w zasady wykonywania zawodu. Zjawiska te są bardzo niebezpieczne zarówno dla społeczeństwa jak i dla lekarzy, gdyż przyznane pacjentom prawa nie są w praktyce respektowane, co z kolei naraża środowiska medyczne na konsekwencje związane z nieprzestrzeganiem prawa. Warto, by w przyszłości Forum, oprócz prezentacji oficjalnych stanowisk prawników i lekarzy, zajęło się poszukiwaniem sposobów lepszego poszanowania prawa i etyki przez środowiska medyczne. Konieczne jest usuwanie przepaści, jaka powstała między prawem a medycyną. Pomimo obustronnych kurtuazji, obrady wykazały istotne różnice stanowisk, a hermetyczny język obu specjalności i brak starań, by zgłębić istotę drugiej profesji potęgują wzajemne niezrozumienie. O ile prawnicy mogą sobie pozwolić na nieznajomość medycyny, bo ucierpi na tym tylko „sprawiedliwość”, o tyle lekarze nie mogą nie znać prawnych aspektów wykonywania swego zawodu. Medycy próbują zasłaniać swoją prawniczą ignorancję uzalaniem się nad warunkami, w jakich muszą pracować. Bardzo to niebezpieczna droga, gdyż Temida może być ślepa na taką argumentację. Obowiązkiem lekarzy jest tak kształtować warunki pracy, aby nie sprzyjały powstawaniu błędów, nie zaś usprawiedliwiać popełnione błędy polityką zdrowotną państwa.

Wystąpienie prof. Tołłoczki było przykładem trwania „w okopach Świętej Trójcy”. Choć wynikało z chęci obrony społeczności lekarskiej przed mnożącymi się napaściami w mass-mediach i rosnącą presją społeczną, to jednak, mimo poklasku ze strony kolegów, nie poprawiło wizerunku lekarzy w kręgach pozamedycznych. Co gorsza, zastosowanie pewnych twierdzeń w praktyce może być niebezpieczne dla środowiska. Profesor Tołłoczko błyskotliwie i zręcznie argumentował, że nikt nie jest doskonały, lekarze nie mogą być nieomylni, że błędy są, były i zawsze będą. Problem jednak nie w tym, aby lekarz był doskonały i nieomylny, lecz żeby był profesjonalny. Sztuka lekarska opiera się na dwóch filarach: z jednej strony na wiedzy i umiejętnościach, a z drugiej – na odpowiedniej postawie etycznej i relacji z chorym.

Profesjonalizm medyczny opiera się na standardach postępowania diagnostyczno-terapeutycznego. Prof. Tołłoczko zadeklarował się jako przeciwnik standardów twierdząc, że w chwili powstania są już nienowoczesne. Ze standardami jest natomiast tak jak z demokracją, choć tak niedoskonała, to jednak nie wymyślono jeszcze nic lepszego. Dlaczego polskie elity medyczne nie wywiązują się z obowiązku, jakim jest opracowanie niezbędnych dla środowiska standardów postępowania, które poprawią jakość usług i obronią przed nieuzasadnionymi roszczeniami ze strony pacjentów? Profesor Tołłoczko uważa, że nie stać nas na ich stworzenie. Może jednak właśnie z powodu dyktatu Kas Chorych i niskich nakładów na ochronę zdrowia trzeba precyzyjnie określić, co jest europejską normą w medycynie. Mogłoby to wykazać wadliwość systemu, ukazując obłudność stwierdzeń, że państwo zapewnia społeczeństwu niezbędne środki na potrzebne świadczenia zdrowotne i tylko „mafia lekarska” utrudnia do nich dostęp. Paradoksalnie zwolennikami standardów w medycynie okazali się prawnicy i w pełni trzeba się zgodzić z argumentacją prof. Kubickiego w tej sprawie. Brak standardów niebezpieczny jest dla lekarzy praktyków, których posądzać się będzie o nieuctwo i partactwo, natomiast profesorów nikt nie oskarży nawet o niestandardowe postępowanie.

Znacznie gorzej w polskim środowisku lekarskim jest z profesjonalizmem etyczno-prawnym. W przeciwieństwie do Europy Zachodniej, w naszym kraju gruntowne zmiany przepisów prawnych i etycznych nastąpiły w krótkim czasie, a środowisko nie zostało do tego odpowiednio przygotowane. Powstała groźna dla lekarzy dysproporcja pomiędzy stanem prawnym a panującymi obyczajami. Problem nie polega na złej woli lekarzy, ale na nieznajomości przemian, jakie dokonały się w ramach zbliżania prawodawstwa polskiego do norm europejskich. Konieczna jest tego świadomość i szybkie opracowanie systemu edukacji lekarzy w zakresie prawa medycznego i bioetyki oraz znalezienie skutecznych sposobów kreowania postaw zgodnych z obowiązującymi normami. Pan Rektor Tołłoczko stwierdził, że medycyny nie można kodyfikować, bo to przecież nie nauka tylko sztuka, a sztuki nie można mierzyć kategoriami matematycznymi. To bałamutne stwierdzenie może utwierdzać lekarzy w poczuciu bezkarności i powodować, że nie znają ani *Ustawy o zawodzie lekarza*, ani *Kodeksu Etyki Lekarskiej*, a odpowiedzialność za to ponoszą władze Akademii Medycznych, które nie zadbały by wiedza taka została przekazana studentom medycyny i była wymagana podczas kształcenia podyplomowego. Lekarze wspierani argumentacją prof.

Tołłoczki mają nadzieję, że działając zgodnie z sumieniem nie będą o nic posądzeni. Rzeczywistość pokazuje, że tak nie jest. Pacjenci, stymulowani przez adwokatów i dziennikarzy, coraz częściej skarżą lekarzy i wygrywiają, gdyż nieznamość prawa nie zwalnia od odpowiedzialności.

Duże zainteresowanie wzbudziła sesja poświęcona prawu pracy w medycynie. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego w sprawie dyżurów spowodowało, że problematyka ta stała się bliska środowiskom medycznym, czego wyrazem była ożywiona dyskusja. Okazało się, że interpretacja prawnych pojęć w medycynie wymaga uprecyznienia. Lekarze „są poniekąd sobie winni”, gdyż traktując swoją profesję jako posłannictwo, przedkładając potrzeby chorego człowieka nad sztywny czas pracy czy regulamin spowodowali, że władze skwapliwie wykorzystały altruistyczne pobudki środowiska do stworzenia niesprawiedliwego systemu pracy i płacy. Wielu lekarzy oburza teraz bezwzględne egzekwowanie prawnych zapisów, nie uwzględniające faktu, że wielokrotnie wykonywali oni bez żadnej rekompensaty znacznie więcej niż byli formalnie zobowiązani. Taką postawą, wynikającą z poczucia odpowiedzialności za losy chorych, środowiska medyczne „rozzuchwałyły” administrację państwową, która nie szanuje teraz ich pracy. Nowa rzeczywistość wskazuje, że medycy nie mogą liczyć na żadne ulgi czy rzetelną zapłatę i przyjdzie im twardo walczyć o byt. Istnieje pilna potrzeba prawnego uporządkowania zasad wykonywania zawodu lekarza, a zwłaszcza konieczne jest zaprzestanie monopolistycznych praktyk ze strony pracodawców, bezwzględnie i krzywdząco wykorzystujących środowiska medyczne.

Bardzo niepokojący pogląd wygłosił prof. Jończyk, który uważa, że zgodnie z Kodeksem Prawa Pracy pracodawca, czyli dyrektor szpitala, a być może też Kasa Chorych jako świadczeniodawca, mogą oceniać staranność pracy lekarzy i wymierzać kary z tytułu stwierdzonych wykroczeń. Ponieważ dyrektorzy tych placówek nie zawsze są lekarzami, stąd fachowość lekarza może być przedmiotem oceny osób niekompetentnych. Jest to sprzeczne z *Ustawą o Izbach Lekarskich* i stanowi zamach na prawa przyznane samorządowi lekarskiemu. Środowisko musi kategorycznie przeciwstawić się takiemu stanowisku. Rozsądnym rozwiązaniem byłoby kierowanie przez dyrektora wniosku o zbadanie sprawy do rzecznika odpowiedzialności zawodowej. Obecny system rodzi nowe moralne dylematy. Nierozstrzygniętym zagadnieniem pozostaje konflikt między poleceniem służbowym wynikającym np. z kondycji finansowej szpitala a zasadami sztuki. Czy posłuchać przełożonego nakazującego oszczędzać na kosztach, czy zastosować nowoczesne metody umożliwiające ustalenie rozpoznania lub drogie środki ratujące życie? Co ma zrobić lekarz zmuszony do wykonania polecenia stojącego w konflikcie z zasadami sztuki lekarskiej lub z własnym sumieniem?

Wykład Pani Minister Kuleszy przybliżył zebranych polskie normy prawne w zakresie ochrony danych osobowych na tle rozwiązań europejskich, ale dyskusja wykazała, że wielu nie zna tekstu ustawy, mimo że z racji wykonywanych obowiązków służbowych są oni odpowiedzialni za jej realizację. W pewnych kwestiach szczegółowych nawet szef Urzędu ds. ochrony danych osobowych nie potrafił zająć stanowiska i zaprezentować wykładni obowiązujących zapisów.

Dość bulwersujące jest nierównomierne potraktowanie przez ustawodawców Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Towarzystw Ubezpieczeń na Życie w zakresie dostępu do danych zdrowotnych. Dlaczego ZUS wykorzystując monopolistyczną pozycję, państwowy i obowiązkowy charakter ubezpieczenia, który raczej jest formą podatku niż ubezpieczeniem społecznym, ma zagwarantowany dostęp do danych medycznych nawet bez udzielania zgody ze strony zainteresowanych? Równocześnie towarzystwo ubezpieczeniowe, które zawiera z klientem dobrowolną umowę cywilnoprawną, zdaniem Pani Minister Kuleszy przekracza swoje uprawnienia prosząc przed zawarciem umowy o zgodę na zwrócenie się do lekarzy prowadzących o udzielenie informacji niezbędnych do orzeczenia oceny ryzyka. ZUS może kontrolować pracę lekarzy, a konsultanci medyczni towarzystw ubezpieczeniowych przy podejrzeniu nadużyć nie mogą prosić o wyjaśnienia. Pomimo europejskiej *Ustawy o ochronie danych osobowych*, interpretacje jej zapisów pozostają nadal w duchu państwa totalitarnego. Państwowy podmiot ma bowiem nieograniczone prawo wglądu do dokumentacji medycznej, a równocześnie uniemożliwia się sprawne i rentowne działanie podmiotów prywatnych, utrudniając lekarzom wydawanie rzetelnych orzeczeń z powodu braku wiarygodnych danych.

Duże wątpliwości budzi także stanowisko pani Minister, że informacji dotyczących stanu zdrowia można udzielić w różnej formie, w tym również telefonicznie. Trudno zgodzić się z taką interpretacją, gdyż wbrew intencjom ustawodawcy mogłoby to przyczynić się do ujawniania danych objętych tajemnicą. Lekarz nie jest bowiem w stanie sprawdzić, czy dana osoba jest rzeczywiście tą, za którą się podaje, a równocześnie mógłby zasłaniać swoje niedyskrecje usprawiedliwieniem, że udzielił informacji przez telefon w dobrej wierze. Wbrew pogładowi głoszonemu przez Panią Minister lekarze powinni zachować dużą powściągliwość udzielając informacji przez telefon.

W prezentacji dyrektora Gajka na temat ochrony danych medycznych istniało wyraźne przeciwstawienie dwóch światów „*my i oni*”. Kiedyś informacje mieliśmy tylko „*my*”, a teraz trzeba przekazywać je innym, co powoduje dodatkowe koszty i kłopoty. Wystąpienie to odbiegało od oczekiwań. Pominęto bowiem sprawę zgodności wewnętrznego i zewnętrznego obiegu informacji z Ustawą. Trudno zgodzić się ze zdaniem dyrektora, że przed wprowadzeniem Kas Chorych rzetelnie przestrzegano tajemnicy lekarskiej w szpitalach. W medycynie często dochodzi do naruszenia *Ustawy o ochronie danych osobowych*, o czym mówiła Minister Kulesza. Dyrektorzy powinni zainteresować się obiegiem danych medycznych w ich placówkach i policzyć, ile osób dysponuje informacjami bez uzasadnienia. Prawo mówi, że dostęp do danych mogą mieć tylko ci, którzy potrzebują ich z racji wykonywanych obowiązków służbowych i trzeba do minimum ograniczyć liczbę osób mających wgląd w dokumentację pacjenta. Dyrektor Gajek narzekał na uciążliwe żądania Kas Chorych dotyczące sprawozdawczości. Istotnym jednak problemem jest, czy Kasy Chorych uzyskują dane zgodnie z prawem i czy nie przekraczają swych kompetencji? Podczas dyskusji jednoznacznie stwierdzono, że Kasy naruszają *Ustawę o ubezpieczeniach zdrowotnych* i *O ochronie*

danych osobowych. Choć Minister Kulesza zwracała uwagę Minister Knysok i Minister Cegielskiej na nieprawidłowości w przestrzeganiu prawa w ich resorcie, nie zmieniło to stanowiska Kas Chorych nadal bezkarnie naruszających prawo. Trudno o bardziej jaskrawy przykład arogancji władzy. Prawo jest dla obywateli, nie zaś dla instytucji państwowych. Ta wciąż spotykana w Polsce postawa władz jest bardzo niebezpieczna dla poszanowania prawa w państwie. Nie dziwnym się niechęci, jakie wzbudza prawo wśród lekarzy, jeśli wciąż postrzegają je jako narzędzie do wymuszania dogodnych dla administracji rozwiązań. Aby świat lekarski zaczął inaczej traktować prawo w medycynie, konieczna jest zmiana stosunku władzy do środowisk medycznych i stworzenie partnerskich relacji opartych na wzajemnym poszanowaniu. Potrzebne jest to przede wszystkim społeczeństwu, które musi znaleźć w służbie zdrowia oparcie, pomoc, zrozumienie i profesjonalizm.

Wanda Stojanowska

Uwagi do Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R(92)1 w sprawie wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym

1. Wprowadzenie

Przedmiotem rozważań będzie przyjęta w dniu 10 lutego 1992 r. Rekomendacja No. R(92)1 Rady Europy „w sprawie analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA) w postępowaniu karnym” łącznie z Komentarzem¹. Analiza DNA jest wykorzystywana jako dowód nie tylko w sprawach karnych, ale również w sprawach cywilnych o ustalenie i zaprzeczenie ojcostwa lub macierzyństwa oraz o unieważnienie uznania. Jakkolwiek Rekomendacja odnosi się - jak sam jej tytuł wskazuje - do spraw karnych, to jednak zawarte w niej postanowienia oraz wyjaśnienia znajdujące się w Komentarzu dotyczą obu postępowań. Nie do przyjęcia byłby pogląd odmienny, gdyż oznaczałoby to, że oskarżony podlega ochronie za pomocą środków przewidzianych w Rekomendacji, a pozwany w procesie o sporne ojcostwo jest takiej ochrony pozbawiony, np. w zakresie zasad dotyczących pobierania próbek do analizy DNA, przechowywania próbek i ochrony danych, standaryzacji analizy DNA.

¹ Przedmiotowa Rekomendacja została opublikowana w zbiorze pt. „Prawa pacjentów i problemy etyczne współczesnej medycyny w dokumentach Rady Europy”, Warszawa 1994, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Biblioteka Komitetu Helsińskiego w Polsce (s. 64-68). Tekst Komentarza do Rekomendacji został przetłumaczony na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości. Dotychczas nie był publikowany w języku polskim. W niniejszym opracowaniu pomijana będzie pełna nazwa rekomendacji. Słowo „Rekomendacja” będzie oznaczało: „Rekomendacja No. R(92)1 w sprawie wykorzystywania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA) w postępowaniu karnym (Przyjęta w dniu 10 lutego 1992 r. na 470 posiedzeniu Zastępców Ministrów)”. Używany będzie tylko skrót „DNA”. Słowo „Komentarz” będzie odnosiło się do omawianej Rekomendacji. Zarówno Rekomendacja jak i Komentarz nie będą podawane w przypisach jako źródło, jeśli ich fragmenty będą cytowane w tekście. Jeżeli informacja pochodzi z innego źródła niż omawiana Rekomendacja lub Komentarz do niej, źródło to będzie podane w przypisie. Dla ułatwienia ewentualnego porównania powołanej treści Komentarza w tekście będą podawane w nawiasie numery poszczególnych jego punktów (przyjęto w Komentarzu numerację ciągłą). Brak oznaczenia przy cytowanych fragmentach oznacza, że pochodzą z omawianej Rekomendacji.

Rekomendacja składa się z preambuły i merytorycznej części nazwanej „Zasady i zalecenia”, obejmującej 12 punktów, których tytuły brzmią następująco:

1. Definicje.
2. Zakres stosowania i ograniczenia.
3. Wykorzystywanie próbek i uzyskanych informacji.
4. Pobieranie próbek do analizy DNA.
5. Dopuszczalność analizy DNA.
6. Udzielanie upoważnień laboratoriom lub innym instytucjom oraz kontrola analiz DNA.
7. Ochrona danych.
8. Przechowywanie próbek i danych.
9. Równość stron procesowych.
10. Standardy techniczne.
11. Własność intelektualna.
12. Międzynarodowa wymiana informacji.

Poniżej będą rozważane poszczególne punkty z zachowaniem wskazanej wyżej numeracji, co ułatwi konfrontację tekstu Rekomendacji z Komentarzem.

W polskim piśmiennictwie jest niewiele pozycji na temat analizy DNA. Dotyczą one przeważnie wyników badań przeprowadzonych w krajach zachodnich, gdzie zaczęto dopiero w latach 80-tych stosować ten dowód w postępowaniu sądowym. Badania te obejmują głównie aspekt biologiczno-medyczny odnoszący się do stopnia pewności tego dowodu, co wiąże się oczywiście z jego przydatnością w rozpoznawaniu spraw karnych i cywilnych przez sąd oraz jego oceną dokonywaną przez sędziów orzekających.

Jakkolwiek Rekomendacja nie obejmuje problemu oceny dowodu z analizy DNA, koncentrując się głównie na zabezpieczeniu osób, od których pobrano próbki do badania pod względem wykorzystania tych próbek i uzyskanych informacji, to jednak z preambuły² i z Komentarza wynika wysoka ocena tego dowodu oraz prognoza doskonalenia metod prowadzących do stuprocentowej pewności uzyskanych wyników.

2. Rozważania dotyczące DNA na podstawie preambuły do Rekomendacji

Preambuła zawierająca cele, dla których powstała Rekomendacja, jest zwięzła, natomiast Komentarz do niej można by nazwać wykładem na temat metody analizy DNA łącznie z mechanizmem dziedziczenia i zarysem techniki.

W preambule wyszczególniono następujące cele:

- potrzeba stworzenia wspólnej polityki kryminalnej dla ochrony społeczeństwa,
- pomoc dla wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych przy ustalaniu winy lub niewinności,
- troska, aby wprowadzenie oraz wykorzystywanie technik analizy DNA odbywało się z uwzględnieniem podstawowych zasad poszanowania ciała ludzkiego i godności każdej jednostki oraz prawa oskarżonego do obrony.

² W preambule zaznaczono: „Mając jednak na uwadze, że stałe doskonalenie tych technik powoduje, iż powinny być przeprowadzane w sposób niezawodny ...”.

Zestaw celów mających związek z charakterem dowodu z analizy DNA został poprzedzony odwołaniem się do Konwencji w następujący sposób: „*Mając na uwadze Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz Konwencję o ochronie praw jednostki w aspekcie automatycznego przetwarzania danych osobowych z dnia 28 stycznia 1981 r. (Konwencja o ochronie danych)*”.

Zanim przejdziemy do omawiania poszczególnych zasad i zaleceń zawartych w Rekomendacji, warto przytoczyć niektóre wyjaśnienia z Komentarza na temat metody analizy DNA. Można je streścić, ograniczając się do najbardziej istotnych stwierdzeń.

Po raz pierwszy wykorzystano wyniki analizy DNA w postępowaniu karnym sądowym w Wielkiej Brytanii w 1985 r. (tzw. analiza *multi locus*³). Technika ta może być szczególnie przydatna dla identyfikacji osoby, pozwalając na stwierdzenie winy sprawcy albo niewinności podejrzanego. Jednakże wykorzystywanie jej niesie ze sobą pewne ryzyko w szczególności z punktu widzenia ochrony podstawowych praw człowieka, „*w tym prawa do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego, prawa do sprawiedliwego procesu i szacunku dla ciała ludzkiego*” (pkt 2 Kom.). Technikami analizy DNA zajął się Nadzwyczajny Komitet Ekspertów do Spraw Bioetyki (CAH-BI), który zaproponował Europejskiemu Komitetowi Problematyki Przystępczości (CDCJ) utworzenie grupy roboczej do badania kwestii wykorzystywania analizy DNA jako dowodu w postępowaniu karnym. W taki sposób w 1990 r. powstała grupa robocza do spraw testów genetycznych przeprowadzanych dla potrzeb policji i organów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, która zadecydowała o ostatecznej wersji Rekomendacji. W rezultacie Komitet Ministrów na 470 posiedzeniu Zastępców Ministrów w dniu 10 lutego 1992 r. przyjął Rekomendację i zezwolił na publikację Komentarza.

Zwalczanie przestępczości stanowi przedmiot troski i zadanie dla wszystkich państw członkowskich Rady Europy. Pomocą w wykonywaniu tego zadania są wyniki najnowszych badań naukowych w różnych dziedzinach, w szczególności w dziedzinie kryminalistyki, a konkretnie wynalezienie i opracowanie technik analiz DNA. „*Przy wprowadzeniu do systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych narzędzia tak potężnego jak analiza DNA, należy także przewidzieć pewne gwarancje prawidłowego jego stosowania. Rada Europy, posiadająca przegląd działalności w jej wielu państwach członkowskich, wydaje się być właściwym organem do wydania wytycznych gwarantujących właściwe stosowanie tych procedur*” (pkt 9 Kom.). Skomplikowany charakter analiz DNA stwarza konieczność stosowania technik w laboratoriach podejmujących się takich badań na wysokim poziomie. „*Rządy państw członkowskich muszą być przekonane nie tylko o wiarygodności wyników badań przeprowadzonych w laboratoriach na ich terytorium, ale też o równie wysokim poziomie podobnych badań wykonywanych w sąsiednich krajach członkowskich, jako że granice państwowe nie powstrzymują przestępczości*” (pkt 10 Kom.).

³ W piśmiennictwie polskim por. przykładowo: R. Słomski, H. Janiszewska, H. Chlebowska, J. Kwiatkowska, M. Słomska: Porównanie analizy *multi locus* i pojedynczego *locus* w dochodzeniu spornego ojcostwa, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminalistyki*, 1994 XLIV, 2, s. 239 i nast.

Chociaż podstawowe prawa człowieka są przestrzegane we wszystkich państwach członkowskich, to jednak przepisy prawa wewnętrznego różnią się, np. sposób pobierania krwi do badania. Rekomendacja określa ogólne zasady, pozostawiając uregulowanie szczegółów prawu wewnętrznemu.

Analiza DNA pozwala na wykluczenie sprawstwa konkretnej osoby. *„Nie można zatem tego pomijać w kontekście prawa do obrony: dostępność analizy DNA oraz informacja o tej metodzie powinna być równa tak dla oskarżyciela, jak i dla obrońcy”* (pkt 12 Kom.). Jednakże zastosowanie tej metody wymaga czasu i jest kosztowne, a zatem nie powinna być ona wykorzystywana w sprawach mniejszej wagi. Komentatorzy nie podają jednak kryterium oceny spraw określanych przez nich jako sprawy „mniejszej wagi”.

Analiza DNA określana inaczej jako „analiza profilu genetycznego” jest niesłusznie porównywana z „genetycznymi odciskami palców”. Analogia ta nie jest poprawna. Wynik analizy DNA *„zależy od wielu czynników, między innymi od zastosowanej metody badania, a przede wszystkim od jakości badanego materiału ...”*. Pozwala ustalić *„z prawdopodobieństwem rzędu kilku milionów do jednego, że badana próbka nie pochodzi od konkretnej osoby. Jednak ten stopień prawdopodobieństwa może być daleko mniejszy w innych przypadkach. Dlatego też nie jest możliwe przesądzenie w ogólny sposób, czy analiza DNA może być podstawą skazania: ocenę tę trzeba pozostawić sądowi w konkretnej sprawie”* (pkt 13 Kom.).

Przytoczony wyżej pogląd zawarty w Rekomendacji świadczy o tym, że dowód z analizy DNA nie odbiera sądowi karnemu prawa do swobodnej oceny dowodów zgromadzonych w sprawie, biorąc pod uwagę obecny stan wiedzy na temat pewności stosowanych technik w czasie korzystania z tej metody.

Jakkolwiek Rekomendacja dotyczy spraw karnych, to jednak w Komentarzu zawarta jest wzmianka dotycząca wykorzystywania dowodu z analizy DNA w sprawach o sporne ojcostwo: *„Ponieważ grupa krwi należy do czynników dziedziczonych po obojgu rodzicach, jej ustalenie może być użyteczne przy ustalaniu kwestionowanego ojcostwa. Na przykład, badanie grup obecnych we krwi dziecka, matki i domniemanego ojca, może dostarczyć dowodu na pochodzenie dziecka od mężczyzny”* (pkt 16 Kom.).

Warto także wspomnieć o nazwie „kod kreskowy”, określającej analizę DNA. Komentatorzy tak to wyjaśniają: *„Profile genetyczne tworzone na wcześniejszych etapach rozwoju metody wyglądały jak kod kreskowy, podobny do kodu używanego do oznaczania towarów w handlu detalicznym. Każda <<kreska>> odpowiadała skoncentrowanemu kompleksowi DNA o określonej wielkości ... (-) To właśnie technika porównywania położenia różnych punktów na profilach wywołała skojarzenie z badaniem odcisków palców i spowodowała powstanie określenia <<daktyloskopia DNA>>. Analiza DNA nie ma jednak nic wspólnego z daktyloskopią, tak więc termin ten jest mylący i lepiej go nie używać”* (pkt 28 Kom.).

Istnieje współzależność między stanem nauki zajmującej się analizą DNA a oceną tego dowodu w postępowaniu sądowym przez sąd orzekający. Brak aktualnej informacji na temat oceny najnowszych technik analizy DNA może niesłusznie

„degradować” ten dowód w ocenie sędziowskiej ze szkodą dla możliwości ustalenia stanu faktycznego zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej, np. w procesach o sporne ojcostwo.

3. Zasady i zalecenia zawarte w Rekomendacji

3.1. Definicje

W Rekomendacji zdefiniowano te wyrażenia, których wyjaśnienie prowadzi do prawidłowego zrozumienia jej przepisów. Ze względu na precyzję i zwięzłość tych definicji warto zacytować je tu w dosłownym brzmieniu:

„Pojęcie <<analiza DNA>> obejmuje każdą metodę mającą zastosowanie w procesie analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA), podstawowego materiału genetycznego istoty ludzkiej lub innych organizmów żyjących. Termin <<próbki>> oznacza każdą substancję pochodzącą od żywego organizmu, która może być wykorzystana do celów analizy DNA. Pojęcie <<karta DNA>> oznacza jakikolwiek strukturalny zbiór wyników analizy DNA, utworzony w formie materialnej, jak np. w postaci kartoteki albo komputerowej bazy danych”. W Komentarzu (na końcu) zamieszczony jest „Słowniczek wyrażeń” (przykładowo takich jak: chromosomy, gen, kod genetyczny, locus, profil genetyczny, sonda). Autorzy Rekomendacji i Komentarza doszli do wniosku, że opracowanie takiego słowniczka jest konieczne „biorąc pod uwagę fakt, że skierowany on ma być do innego kręgu odbiorców: sędziów, adwokatów, prawodawców i innych <<laików>>, którzy w publikacji Rady Europy po raz pierwszy, być może, zetkną się z analizą DNA i którzy generalnie nie znają wysoce specjalistycznej terminologii używanej przez ekspertów” (pkt 37 Kom.).

W Komentarzu wyjaśniono, że zdecydowano się na zamieszczenie w Rekomendacji określenia „Karta DNA” zamiast „rejestr DNA” na wniosek specjalistów z dziedziny ochrony danych. Uważali oni, że „rejestr DNA” może oznaczać przechowywanie danych przez dłuższy czas. „<<Karta DNA>> wskazuje, że dane nie będą przechowywane przez długi okres, nie będą też traktowane jako dane dotyczące większych grup społeczeństwa” (pkt 37 Kom.).

Nasuwa się pewne spostrzeżenie, że już na etapie formułowania pewnych określeń i tworzenia definicji realizowana jest ochrona danych zawartych w wynikach analizy DNA.

W Komentarzu przedstawiono również historię tworzenia terminu „analiza DNA”, określając go jako „wyrażenie neutralne” w porównaniu z poprzednimi - jak np. „profilowanie DNA”, „test DNA”, „identyfikacja DNA” (pkt 37 Kom.).

Podkreślenie ważności znaczenia terminów specjalistycznych przez zamieszczenie w Rekomendacji definicji niektórych z nich oraz zawarty w Komentarzu „Słowniczek wyrażeń” świadczy o tym, że osoby korzystające z wyników analizy DNA, a chodzi tu o pracowników wymiaru sprawiedliwości (sędziów, prokuratorów) i adwokatów, powinny posiadać wiedzę z tych dziedzin nauki, które obejmuje ta metoda. Ignorancja bowiem może prowadzić do błędnej oceny wyników i błędnych orzeczeń sądowych. Z tego wypływa wniosek, że osoby wykorzystujące dowód z analizy

DNA powinny być odpowiednio przeszkolone, aby mogły zdobyć tę specjalistyczną wiedzę.

W Rekomendacji zdefiniowano również określenie „próbka”, istotne i często używane w jej treści. „*Termin <<próbki>> oznacza każdą substancję pochodzącą od żywego organizmu, która może być wykorzystana do celów analizy DNA*”.

3.2. Zakres stosowania i ograniczenia

Zasada nr 2 brzmi: „*Rekomendacja niniejsza znajduje zastosowanie do pobierania próbek i przeprowadzania analizy DNA dla celów identyfikacji podejrzanego lub innej osoby w ramach prowadzonego postępowania karnego*”.

W Komentarzu (pkt 38) wyjaśniono: „*Oznacza to, że Rekomendacja nie obejmuje przypadków identyfikacji osób dla innych celów, takich jak cele zdrowotne czy imigracyjne*”. To wyjaśnienie jest bardzo istotne, gdyż likwiduje ewentualną wątpliwość i prowadzi do ustalenia, że postanowienia omawianej Rekomendacji dotyczą również wykorzystania wyników analizy DNA w postępowaniu cywilnym w sprawach o sporne ojcostwo lub macierzyństwo.

Komentatorzy wyjaśnili jeszcze jedną ewentualną, a bardzo istotną wątpliwość stwierdzając, że „*Zakres stosowania Rekomendacji nie ogranicza się wyłącznie do podejrzanego, ale obejmuje także inne osoby, których może dotyczyć postępowanie karne, na przykład pokrzywdzonych*” (pkt 38 Kom.).

Skoro wymieniono pokrzywdzonych w ramach przykładu, to należałoby dopowiedzieć, uzupełniając wyjaśnienia komentatorów, że przewidziane w Rekomendacji „zasady i zalecenia” dotyczą wszystkich osób, od których pobrano próbki w celu przeprowadzenia analizy DNA wykorzystywanej jako dowód w postępowaniu sądowym. Rozszerzając przykład z Komentarza mogą to być poza pokrzywdzonymi również krewni podejrzanego lub oskarżonego, a w postępowaniu cywilnym o ustalenie ojcostwa, dziecko i domniemany ojciec oraz jego rodzice.

3.3. Wykorzystanie próbek i uzyskanych informacji

W Rekomendacji sformułowano kategoryczne zalecenie: „*Próbki pobrane do analizy DNA i wyniki analizy, uzyskane dla potrzeb postępowania karnego, nie mogą być wykorzystywane w innym celu. Wyjątek stanowi taka sytuacja, gdy informacji żąda osoba, od której pobrano próbki*”.

Rozwiązano również problem próbek pobranych do analizy DNA od osób żyjących dla celów medycznych. Uznano, że wyniki takiej analizy nie mogą być wykorzystane w postępowaniu karnym, „*chyba że prawo wewnętrzne określa okoliczności, w jakich jest to dopuszczalne*”.

Wskazane wyżej zakazy dotyczą również postępowania cywilnego.

W Rekomendacji (zasada nr 3) przewidziano dopuszczalność wykorzystania pobranych próbek i wyników analizy DNA do celów naukowych lub statystycznych pod warunkiem wykluczenia możliwości ustalenia tożsamości osób, od których próbki zostały pobrane. W tym celu „*przed wykorzystaniem próbek, należy usunąć z nich nazwisko i inne cechy identyfikujące*”.

3.4. Pobieranie próbek do analizy DNA

W sprawie sposobu pobierania próbek w Rekomendacji zawarte jest zalecenie o następującej treści: „*Pobieranie próbek do analizy DNA może się odbywać wyłącznie w warunkach określonych w prawie wewnętrznym; uznaje się, że w niektórych państwach może być konieczne uzyskanie zgody sądu. Jeżeli prawo wewnętrzne zezwala na pobieranie próbek bez zgody podejrzanego, ich pobranie może nastąpić wyłącznie w okolicznościach sprawy uzasadniających takie postępowanie*”.

To krótkie, zacytowane wyżej, zalecenie zostało dokładnie omówione w Komentarzu, gdzie przedstawiono wyniki badań porównawczych przeprowadzonych w państwach członkowskich w celu ustalenia, jak ten problem jest uregulowany w prawie wewnętrznym. Po pierwsze, „*badania wykazały, że problematyka ta jest tak nowa, że w niektórych państwach nie wykształciły się jeszcze ani przepisy prawne ani doktryna*” (pkt 40 Kom.). Po drugie, stwierdzono różnice w prawie wewnętrznym między państwami systemu anglosaskiego, a państwami systemu kontynentalnego. W tych pierwszych wymagana jest zgoda zainteresowanej osoby, natomiast w państwach tego drugiego systemu dopuszczalny jest przymus dla uzyskania próbek krwi. „*Decyzja o pobraniu próbki jest zwykle związana z pewnymi gwarancjami procesowymi, albo też może ono nastąpić jedynie w określonych warunkach lub przypadkach, takich jak: istnienie poważnych przyczyn by przypuszczać, że podejrzany popełnił przestępstwo, zagrożenie czynu karą pozbawienia wolności ... (-) albo ustawowe określenie przestępstwa jako ciężkiego, istnienie podstaw do przekonania, że analiza będzie miała istotne znaczenie dla śledztwa, brak ryzyka lub znacznego cierpienia związanego z pobraniem i analizą próbki, wymagania interesu publicznego, ...*”. Ponadto „*sytuacja prawna różni się w odniesieniu do próbek o charakterze <<intymnym>> (krew, nasienie) i innych (włosy, paznokcie) ... (-) odmowa pisemnego wyrażenia zgody przez podejrzanego może być w sądzie użyta przeciwko niemu jako poszlaka. Uzasadniony stopień przymusu może być zastosowany przy pobieraniu próbek innych niż <<intymne>>, jeżeli podejrzany jest zatrzymany, a zgodę na pobranie wydał przełożony funkcjonariuszowi policji ... (-) Pobieranie próbek od pokrzywdzonych i osób trzecich w zasadzie zawsze wymaga zgody tych osób*” (pkt 40 Kom.).

Komentatorzy informują jedynie o rozwiązaniach legislacyjnych w poszczególnych krajach członkowskich, nie promując żadnego z nich.

W Komentarzu (pkt 41) zawarta jest istotna informacja następującej treści: „*Grupa robocza (autorzy Komentarza - przypis mój W.S.) zapoznała się z niektórymi decyzjami Europejskiej Komisji Praw Człowieka ... (-) dotyczącymi skarg osób poddanych badaniom krwi w sprawie o ustalenie ojcostwa i o popełnienie przestępstwa, prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości ... (-) Komisja stwierdziła, że jakakolwiek przymusowa interwencja medyczna, nawet o niewielkim znaczeniu, musi być uznana za naruszającą prawo do poszanowania prywatności życia, gwarantowanej przez art. 8 Konwencji ... (-)*”. Ustęp 2 stanowi, że ingerencja w prawo do poszanowania życia prywatnego musi być przewidziana w ustawie i konieczna w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na określone cele, takie jak ochrona porządku lub zapobieganie przestępstwom, albo ochrona praw i wolności innych osób. Przykładowo poda-

no prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości, zagrażające zdrowiu innych osób i uzasadniająca odstępianie od wspomnianej zasady zawartej w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (pkt 41 Kom.).

Komentatorzy (pkt 41) konkludują: „*Pobieranie próbek zgodnie z opiniami Europejskiej Komisji (Praw Człowieka – przypis mój W.S.) musi być określone w ustawie i uzasadnione przyczynami wskazanymi w Europejskiej Konwencji (Praw Człowieka - przypis mój W.S.) ... /-/ Rzeczą każdego z państw będzie określenie konsekwencji związanych z odmową poddania się badaniu krwi*” (podkreślenie moje – W.S.).

3.5. Dopuszczalność analizy DNA

Omawiana zasada (nr 5) zawiera tylko jedno zdanie: „*Analiza DNA powinna być dopuszczona we wszystkich stosownych przypadkach, bez względu na wagę popełnionego czynu*”.

W Komentarzu wyjaśniono, że: „*Celem zasady 5 jest wskazanie, że przeprowadzenie badań DNA powinno być w praktyce dopuszczalne we wszelkiego rodzaju sprawach, nie tylko tych najpoważniejszych. Jest to szczególnie ważne dla obrony, która - być może dzięki analizie DNA - będzie w stanie udowodnić niewinność podejrzanego ... (-). W praktyce przeprowadzenie takiej analizy, zwłaszcza na wniosek oskarżenia, będzie miało miejsce tylko w sprawach najpoważniejszych*” (pkt 44 Kom.).

3.6. Udzielanie upoważnień laboratoriom lub innym instytucjom oraz kontrola analiz DNA

W Rekomendacji zawarte są (zasada nr 6) kryteria oceny przydatności laboratoriów do wykonywania badań – analiz DNA z podkreśleniem, że powinny one posiadać odpowiednie wyposażenie i doświadczenie oraz zalecenie pod adresem państw członkowskich ustalenia wykazu tych laboratoriów.

Do tego ogólnego kryterium, sprowadzającego się do dwóch elementów: odpowiednie wyposażenie i doświadczenie, dołączony jest cały szereg szczegółowych wymagań:

„– *wysoki stopień wiedzy zawodowej i praktycznej, połączony z odpowiednimi procedurami kontroli wykonywanych badań;*

– *nieskazitelność naukowa;*

– *właściwe zabezpieczenie urządzeń i badanej substancji;*

– *odpowiednie środki gwarantujące całkowitą poufność co do tożsamości osób, których dotyczą wyniki analizy DNA; oraz*

– *gwarancje przestrzegania postanowień niniejszej Rekomendacji.*

Państwa członkowskie powinny zapewnić regularną kontrolę upoważnionych laboratoriów”.

3.7. Ochrona danych

Zalecenie (nr 7) dotyczące ochrony danych zostało sformułowane w Rekomendacji następująco: „*Pobieranie próbek i przeprowadzanie analizy DNA muszą pozostawać w zgodności ze standardami ochrony danych Rady Europy, zawartymi w Kon-*

wencji o ochronie danych oraz w rekomendacjach w sprawie ochrony danych, w szczególności w Rekomendacji Nr R(87)15 regulującej wykorzystanie danych osobowych przez policję”.

W Komentarzu (pkt 46) wyjaśniono, że „Zbiór próbek nie stanowi sam w sobie danych osobowych podlegających przepisom o ochronie danych. Mogą być one najwyżej uznane za takie po przeprowadzeniu analizy i po uzyskaniu z nich informacji. Dlatego też samo pobieranie próbek nie podlega przepisom o ochronie danych ... (-) Przechowywanie danych i wykorzystanie informacji powinno jednak podlegać przepisom o ochronie danych”.

3.8. Przechowywanie próbek i danych

Zasada nr 8 stanowi konkretyzację ogólnie sformułowanej zasady nr 7 o ochronie danych. Wskazuje ona sposób przechowywania próbek i uzyskanych wyników analizy DNA oraz uzyskanych na jej podstawie informacji, jak również warunki dopuszczalności przechowywania ich przez czas dłuższy niż powinny. Zasada ta zawiera nakaz, aby prawo wewnętrzne określiło dokładny okres ich przechowywania.

W Rekomendacji (zasada nr 8) przewidziano dwie przyczyny, dla których można przechowywać „próbki lub inne tkanki ludzkie, albo informacje uzyskane na ich podstawie ... (-), a mianowicie jeżeli:

- żąda tego osoba, której to dotyczy;
- kiedy próbki nie można przypisać do konkretnej osoby, np. jeżeli znaleziono ją na miejscu popełnienia przestępstwa”.

Ponadto przewidziano dopuszczalność dłuższego przechowywania próbek DNA w sprawach dotyczących bezpieczeństwa państwa, „nawet jeżeli osoba, której to dotyczy nie została oskarżona lub skazana za przestępstwo. W takim przypadku prawo wewnętrzne powinno określać dokładny okres ich przechowywania”.

W Rekomendacji zawarte jest również zalecenie, aby prawo wewnętrzne uregulowało „zasady zakładania i postępowania z kartotekami DNA, tworzonymi dla celów postępowania karnego”.

Jak już wcześniej wspomniano, Rekomendacja dotyczy również wykorzystywania dowodu z analizy DNA w postępowaniu cywilnym, a więc w sprawach dotyczących pochodzenia dziecka.

W Komentarzu (pkt 47) podkreślono, że przewidziane w Rekomendacji wyjątki od zasady dotyczącej przechowywania próbek i informacji pochodzących z analizy DNA, „dopuszczalne są tylko w takim stopniu, w jakim jest to konieczne w społeczeństwie demokratycznym”. Wyjaśniono ponadto (pkt 49 Kom.), że skoro „podstawowym celem pobierania próbek i przeprowadzania analizy DNA jest identyfikacja sprawcy lub wykluczenie innych podejrzanych, dane te powinny zostać zniszczone, gdy tylko dana osoba zostanie oczyszczona z zarzutu”. Sformułowano pytanie: „jak długo należy przechowywać wyniki badań DNA i próbki, na podstawie których je przeprowadzono w przypadku stwierdzenia winy oskarżonego?”, jednakże nie udzielono na nie odpowiedzi, co może budzić zdziwienie, gdyż Komentarz powinien wyjaśniać wszelkie wątpliwości, a nie stawiać pytania bez jednoznacznej odpowiedzi.

Z kontekstu innych postanowień Rekomendacji i wyjaśnień zawartych w Komentarzu wynika, że na postawione pytania powinien odpowiedzieć ustawodawca krajów członkowskich z uwzględnieniem zawartych w Rekomendacji zasad i zaleceń.

W Komentarzu zawarte jest inne wyjaśnienie (pkt 50), które można wykorzystać do uzyskania odpowiedzi na zacytowane wyżej pytanie zawarte w Komentarzu. Sformułowano je w sposób następujący: „Podstawową zasadą jest, że dane należy zniszczyć, jeżeli nie są już dłużej potrzebne w celu, w jakim je zebrano i wykorzystano. W szczególności będzie to się odnosiło do przypadku wydania prawomocnego wyroku co do winy oskarżonego. Komitet CAHBI (autorzy Rekomendacji – przypis mój W.S.) uznał, że <<prawomocny wyrok>> będzie zazwyczaj (podkreślenie moje – W.S.) oznaczał, zgodnie z prawem wewnętrznym, ostateczne orzeczenie sądu”. Należy zwrócić uwagę na zwrot „zazwyczaj”, który na pewno wyklucza kategoryczność sformułowanego zalecenia, zakładając dopuszczalność swobodnej oceny i decyzji ustawodawcy.

Nie wdając się w szczegółowe rozważania stwierdzić jednak należy, że należałoby zachować pewną ostrożność przy podejmowaniu decyzji zniszczenia próbek i wyników analizy DNA, korzystając z innej formy zabezpieczenia w postaci zakazu korzystania z danych z ewentualnymi, ściśle określonymi, wyjątkami.

Istotne jest stwierdzenie, zawarte w Komentarzu (pkt 50): „Komitet uznał jednak, że istnieje potrzeba stworzenia baz danych dotyczących określonych przypadków lub niektórych kategorii przestępstw, które można uznać za okoliczności uzasadniające przyjęcie innego rozwiązania ze względu na wagę tych przestępstw. Grupa robocza (autorzy Komentarza - przypis mój W.S.) doszła do tego wniosku po dokładnej analizie przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Konwencji o Ochronie Danych i innych dokumentów powstałych w ramach Rady Europy”.

Z powyższego fragmentu Komentarza wynika pewna tendencja do ograniczania nakazu niszczenia wyników analizy DNA. Komentatorzy wskazują warunki dopuszczalności odstąpienia od tego nakazu, wymieniając następujące okoliczności, a więc sytuacje kiedy:

- „– nastąpiło skazanie;
- skazanie dotyczy przestępstwa przeciwko życiu, integralności lub bezpieczeństwu osoby;
- okres przechowywania danych jest ściśle określony;
- przechowywanie jest określone w ustawie;
- przechowywanie podlega kontroli ze strony parlamentu lub niezależnego organu nadzorczego”.

Brakuje odpowiedzi na istotne pytanie, czy te wszystkie wymienione warunki muszą być spełnione łącznie. Należy przypuszczać, że wystarczy jeden z nich.

Ponadto bez odpowiedzi pozostaje również pytanie, w jakim zakresie obowiązuje nakaz niszczenia danych uzyskanych na podstawie analizy DNA przeprowadzonej na potrzeby sądu rozpoznającego sprawę o ustalenie ojcostwa lub inną dotyczącą pochodzenia dziecka. Należy przyjąć, że przedmiotowy nakaz obejmuje również dowód z analizy DNA przeprowadzony w postępowaniu cywilnym z tym, że rozważenia wymaga problem dopuszczalności odstąpienia od obowiązku zniszczenia uży-

skanych wyników badań tą metodą i próbek oraz ewentualnego ustalenia wyjątków. Wydaje się, że można by skorzystać z kolejnego wyjaśnienia odnoszącego się do zasady nr 8 Rekomendacji zawartego w Komentarzu, treści następującej: „*Grupa robocza (autorzy Komentarza – przypis mój W.S.) zwróciła uwagę na potrzebę stworzenia wyjątków od zasady. Jeżeli żąda tego osoba, której to dotyczy, próbki lub tkanki mogą być przechowywane przez czas dłuższy, na przykład, aby umożliwić udowodnienie pomyłki sądowej*” (pkt 52).

Wydaje się, że ten wzgląd, wymieniony w powyższym wyjaśnieniu w kolejności jako ostatni, jest dość istotny i powinien funkcjonować samodzielnie bez warunku żądania lub zgody osoby zainteresowanej. Może nastąpić nie tylko „pomyłka sądowa”, jak to określają komentatorzy, ale również pomyłka w toku badań laboratoryjnych. Zachowanie danych ułatwia wykrycie błędu. Można by ją nazwać „pomyłką laboratoryjną” w odróżnieniu od „pomyłki sądowej”.

W Rekomendacji i w wyjaśnieniach zawartych w Komentarzu wyczuwa się pewne niezdecydowanie, jeżeli chodzi o zakres sformułowanych wyjątków od nakazu niszczenia danych uzyskanych na podstawie analizy DNA. Daje to pewną swobodę ustawodawcy krajów członkowskich.

3.9. Równość stron procesowych

Omawiana zasada (nr 9) zawarta w Rekomendacji głosi ochronę prawa do obrony i podkreśla równość stron procesowych. W dosłownym brzmieniu treść jej jest następująca: „*Państwa powinny zapewnić, aby analiza DNA, jako szczególny środek dowodowy była w równym stopniu dostępna dla obrony, bądź na podstawie decyzji organu sądowego, bądź poprzez ekspertyzę niezależnego biegłego. W przypadku ograniczonej ilości substancji nadającej się do analizy, należy zwrócić uwagę na to, aby nie naruszyć praw obrony*”.

Po zapoznaniu się z treścią Komentarza do zasady nr 9 rysuje się jasno motywacja sposobu jej sformułowania. Chodzi przede wszystkim o te kraje członkowskie, w których badania DNA wykonują jedynie laboratoria policyjne i ważne jest, aby dowód z analizy DNA był dostępny także dla obrony. W Komentarzu (pkt 53) podkreśla się, że: „*Rekomendacja uwzględnia fakt, że kodeksy postępowania karnego różnią się w państwach członkowskich, przy czym różnice te są widoczne zwłaszcza pomiędzy systemem kontradyktoryjnym a inkwizycyjnym, w zakresie ścigania i oskarżania ... (-) Zasadę, że to sąd decyduje o dopuszczalności dowodu z badań DNA, należy interpretować w taki sposób, aby nie była ona sprzeczna z tym prawem (prawem do obrony – dopisek mój W.S.)*”.

Powyższe stwierdzenia dotyczące obrony oskarżonego należy odnieść do stron procesowych w postępowaniu cywilnym w sprawach o sporne ojcostwo. Mężczyzna niesłusznie pozwany musi obalić domniemanie określone w art. 85 k.r.o., aby uwolnić się od „podejrzenia”, że jest biologicznym ojcem dziecka. Musi – podobnie jak oskarżony w procesie karnym – bronić się przed niesłusznym podejrzeniem, korzystając z „broni”, jaką jest dowód z analizy DNA. Zważywszy, że udowodnienie podstawy domniemania, tj. faktu obcowania matki dziecka z pozwanym mężczyzną w

okresie koncepcyjnym, z reguły jest bardzo łatwe, gdyż wystarczą zeznania matki dziecka i ewentualnie świadków⁴ – „broń” w postaci ekspertyzy serologicznej lub wyników badań DNA wykluczającej ojcostwo – ma kapitalne znaczenie dla obrony pozwanego i obalenia domniemania ojcostwa (art. 85 k.r.o.).

Przedstawiona sytuacja łącznie z zasadą nr 9 zawartą w Rekomendacji daje podstawę do konkluzji, że sąd w procesie o sporne ojcostwo nie ma prawa odmówić przeprowadzenia dowodu z badań DNA.⁵

3.10. Standardy techniczne

Omawiana zasada nr 10 zawarta w Rekomendacji ma następujące brzmienie: „Państwa członkowskie powinny popierać standaryzację metod analizy DNA zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym. Może ona prowadzić do współpracy laboratoriów w zatwierdzaniu odpowiednich procedur analitycznych i kontrolnych”.

W Komentarzu (pkt 55) zawarte jest krótkie wyjaśnienie do tej zasady, że „podjęto już prace, tak na szczeblu krajowym jak i europejskim, zmierzające do standaryzacji metod analizy DNA”. Wymieniono jako przykład Szwajcarię, która działa „wspólnie z 15 laboratoriami z różnych państw”. Wspomina się o współpracy w tej mierze z Międzynarodowym Stowarzyszeniem Hematogenetyki Sądowej.

Po głębszym zastanowieniu się nad treścią omawianej zasady stwierdzić należy, że ma ona ogromne znaczenie nie tylko dla przepływu informacji naukowej i wykorzystania najnowszych wyników badań w zakresie analizy DNA przez laboratoria we wszystkich krajach członkowskich, ale również dla ustalenia jednolitej praktyki w toku sporządzania ekspertyz. Ta jednolitość jest niezbędna, gdyż pewne rozbieżności wynikające z odmiennego stylu pracy i formułowania wniosków końcowych dla sądu mogą budzić wątpliwości i powodować osłabienie zaufania w ocenie aparatu wymiaru sprawiedliwości, stron procesowych, ich obrońców i pełnomocników.

Przykładowo, w jednej z badanych przeze mnie spraw⁶ o ustalenie ojcostwa został przeprowadzony dowód z badań DNA, na podstawie której ustalono, że pozwany jest ojcem dziecka. Pozwany miał jednak nadal poważne wątpliwości co do swego ojcostwa, domagając się powtórzenia badań. Zakład, który przeprowadzał badanie w korespondencji na ten temat przyznał, że w chwili badania nie zastosował pełnego zestawu środków. Dysponował tylko „9 pasmami potwierdzającymi ojcostwo, ale obecnie (po upływie roku od pierwszego badania - dopisek mój W.S.) dysponuje znacznie szerszymi możliwościami badawczymi i może uzupełnić badanie o dodatkowe 10 pasmo, które poprzednio próbował zastąpić inną techniką przypomina-

⁴ Na temat obrony pozwanego w procesie o ustalenie ojcostwa i wytaczaniu powództw przeciwko tym, którzy nie są biologicznymi ojcami dzieci por. W.Stojanowska: *Exceptio plurium concumbentium* w prawie polskim, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1974, s. 75 i nast., również przypis nr 22 na s. 80.

⁵ Tamże (łącznie z podaną tam literaturą).

⁶ Informacje dotyczące sądu, który wydał orzeczenie na podstawie dowodu z badań DNA oraz sygnatura akt tej sprawy znajdują się w dokumentacji badawczej. Dowód ten został przeprowadzony w grudniu 1992 r., a wyrok zapadł w maju 1993 r. Niniejsza sprawa została poddana analizie w ramach przeprowadzonych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości badań na temat dowodu z badań DNA w sprawach o ustalenie ojcostwa. Obszerniejsza wzmianka na temat tych badań znajduje się w pkt. 4 niniejszego opracowania.

jącą zwykle badania HLA”. Tego rodzaju wyjaśnienia nie tylko nie likwidują wątpliwości co do tego konkretnego przypadku, ale u nefachowców, jakimi są wszyscy biorący udział w postępowaniu, mogą budzić wątpliwości co do samej metody i pewności uzyskanego przy jej pomocy wyniku. Nasuwa się pytanie, czy to dziesiąte pasmo mogłoby wpłynąć na końcowy wynik, zmieniając poprzedni.

Wydaje się, że zawarte w Rekomendacji zalecenie standaryzacji metod analizy DNA jest w pełni uzasadnione i niezbędne.

3.11. Własność intelektualna

Zalecenie nr 11 Rekomendacji brzmi: *„Uznając, że prawo własności intelektualnej związane z określonymi metodami analizy DNA może przysługiwać określonym laboratoriom, państwa członkowskie powinny zapewnić, aby nie stwarzało to przeszkód w dostępie do analizy DNA”*.

Komentarz (pkt 56) wyjaśnia, że celem zacytowanego wyżej zalecenia jest zapewnienie dostępności do wyników badań, w szczególności zapewnienie możliwości korzystania z prawa do obrony bez żadnych ograniczeń. Dotyczy to w szczególności tych krajów członkowskich, gdzie dominują monopolistyczne formy biomedyczne i laboratoria policyjne.

3.12. Międzynarodowa wymiana informacji

Zasada nr 12 zawiera podstawowy warunek korzystania z wyników analizy DNA przeprowadzonej w innym kraju. Warunkiem tym jest spełnienie wymagań przewidzianych w omawianej Rekomendacji. Stwierdza się, że: *„Przekazywanie za granicę wniosków z analizy DNA może mieć miejsce wyłącznie pomiędzy państwami stosującymi postanowienia niniejszej Rekomendacji oraz, w szczególności, postanowienia umów międzynarodowych dotyczących wymiany informacji w sprawach karnych i postanowienia art. 12 Konwencji o ochronie danych”*.

W Komentarzu wyjaśniono (pkt 57), że zasada ta dotyczy również państw nie będących członkami Rady Europy, a najważniejszym warunkiem jest standaryzacja metod analizy DNA i kryteria określone w zasadzie nr 6, jakim powinno odpowiadać laboratorium wykonujące badania. Podkreślono, że *„jeżeli laboratoria nie spełniają określonych standardów, nie powinno się zlecać badań w takich państwach”*.

Komentatorzy (pkt 58 Kom.) doprecyzowują omawianą zasadę nr 12 wyjaśniając, że *„Przekazywanie wyników badań za granicę, albo przekazywanie próbek w celu przeprowadzenia analizy, może się odbywać na podstawie porozumień międzynarodowych przewidujących wymianę informacji dla potrzeb postępowania karnego, na przykład w trybie Europejskiej Konwencji o Pomocy Prawnej w Sprawach Karnych”*.

4. Informacje dotyczące wyników badań na temat wykorzystania DNA jako środka dowodowego w procesach o ustalenie ojcostwa

Głównym celem niniejszego opracowania jest wprawdzie analiza przedmiotowej Rekomendacji i Komentarza do niej, jednakże warto przytoczyć kilka informacji o wynikach badań na temat DNA przeprowadzonych w Instytucie Wymiaru Sprawiedli-

wości i zakończonych w 1998 r.⁷ Informacje te będą zwiastunem obszernej publikacji obejmującej całość wyników. Godne zasygnalizowania są pewne bardzo interesujące, a nawet zaskakujące spostrzeżenia. Skrótowa forma tej prezentacji może budzić niedosyt, a nawet pewne wątpliwości, ale jest to chyba lepsze rozwiązanie niż zrezygnowanie z niej w ogóle zwłaszcza, że te wyniki badań wiążą się z omawianą Rekomendacją.

Warto zwrócić szczególną uwagę na pewne dane, które dostarczyły przeprowadzone badania. Dają one podstawę, a nawet wręcz zmuszają, do refleksji i sformułowania wniosków o charakterze raczej alarmującym.

Wyniki badań aktowych i ankietowych (ankiety wypełniane przez sędziów) oraz analiza orzecznictwa, dająca obraz jego ewolucji, świadczą o tym, że prawnicy, biorący udział w procesach o ustalenie ojcostwa powinni zdobyć odpowiedni zasób wiedzy z zakresu nauk przyrodniczych, obejmujący badania DNA. Dotyczy to zarówno sędziów orzekających, jak i adwokatów. Ci ostatni swoją ignorancję objawili w badanych sprawach w postaci wniosków o przeprowadzenie dowodu z badań antropologicznych po uzyskaniu wyniku badań DNA. Potrzeba szkolenia odnosi się również do sędziów Sądu Najwyższego, nie umniejszając ich autorytetu co do wysokiego poziomu ich wiedzy prawniczej i doświadczenia w zakresie praktyki sądowej w aspekcie jurydycznym. Jako prawnicy, podobnie jak sędziowie sądów niższych instancji, nie posiadają oni wiedzy z zakresu nauk przyrodniczych, w szczególności na temat badań DNA, z racji kierunku swego wykształcenia i pod tym względem nie mogą stanowić autorytetu tylko dlatego, że są sędziami Sądu Najwyższego. Z analizy orzecznictwa wynika, że sędziowie ci, będąc autorami rozważanych orzeczeń, nie rozumieją istoty, charakteru i wartości dowodowej wyników badań DNA (np. pozytywna ocena tylko wyników wykluczających ojcostwo pozwanego lub niewłaściwa interpretacja przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w sytuacji rozpoznawania wniosku o ponowne przeprowadzenie dowodu z badań DNA). Postulat organizowania szkoleń, zgłaszany przez sędziów - respondentów, powinien objąć również sędziów Sądu Najwyższego zwłaszcza dlatego, że to oni kształtują praktykę sądową w całym kraju i wpływają na poziom orzecznictwa. Chodzi o to, aby wspomniane „kształtowanie” nie szło w złym kierunku, niezgodnym z postępowaniem nauki biologii. Przedstawiona w raporcie z badań ewolucja orzecznictwa Sądu Najwyższego w odniesieniu do innych dowodów biologicznych wskazuje, że ocena ich wiąże się z upływem czasu. Przykładowo dowód z grupowego badania krwi powoli zyskiwał akceptację prawników. Nie można dopuścić do tego, aby również dowód z badań DNA musiał długo oczekiwać na pełną akceptację i zastosowanie w sposób właściwy w

⁷ Badania te były finansowane przez Komitet Badań Naukowych. Projekt badawczy pt. „Dowód z badań opartych na analizie DNA a inne dowody biologiczne w sprawach sądowych dotyczących spornego ojcostwa” był realizowany w trzech aspektach: 1) prawnym (analiza praktyki sądowej – badania aktowe); 2) medycznym (ocena wartości dowodu z badań DNA z teoretycznego punktu widzenia i na podstawie ekspertyz zawartych w badanych aktach spraw sądowych oraz ocena zaspokojenia potrzeb sądów przez funkcjonujące pracownie wykonujące te ekspertyzy); 3) socjologicznym (badania ankietowe sędziów). Jako kierownik tego projektu badawczego, opracowałam – razem z zespołem realizatorów – raport z tych badań. Maszynopis książki pt. „Dowód z badań DNA w procesach o ustalenie ojcostwa”, która powstała na podstawie tego raportu, jest przygotowywany do druku w Wydawnictwie Prawniczym.

procesach o sporne ojcostwo na miarę XXI wieku, w który niebawem wejdziemy. Wejście do Europy zobowiązuje również do odpowiednio wysokiego poziomu orzecznictwa we wszystkich sprawach.

Wyniki omawianych badań wskazują na błędy po obu stronach: prawników i medyków. Pewnego rodzaju usprawiedliwieniem dla wspomnianych błędów jest stosunkowo krótki okres pozostawania dowodu z badań DNA do dyspozycji sądu, co wiąże się z jednej strony (sędziowie, adwokaci) z nienadążaniem w zdobywaniu wiedzy o tym dowodzie, a z drugiej strony (medycy sporządzający ekspertyzy) z brakiem doświadczenia i warunków do prowadzenia tych badań. Nadszedł jednak już czas, aby powiedzieć, że z usprawiedliwienia tego nie wypada dalej korzystać. Rozwiązanie tego problemu jest wspólne dla obu stron (sądu i ekspertów) i ma na imię „szkolenie sędziów” (a może nawet szerzej „szkolenie prawników”, bo objąć szkoleniem należałoby – jak już wspomniano – również adwokatów). To spowoduje możliwość formułowania wymagań i krytycznego spojrzenia sędziów na ekspertyzy, a co za tym idzie, korzystanie tylko z tych ośrodków, które wykonują badania i formułują ich wyniki w sposób prawidłowy oraz taniej ze względu na zastosowanie nowoczesnych metod. Łańcuch przyczyn i skutków biegnie dalej i powoduje usunięcie głównej bariery, zgłaszanej w badaniu ankietowym sędziów, a mianowicie wysoki koszt dowodu z badań DNA. Jeżeli bilans kosztów przeprowadzenia dowodu z grupowego badania krwi i HLA zrówna się z kosztem dowodu z badań DNA, to wspomniane dowody nie będą wykorzystywane w procesach o ustalenie ojcostwa, co zresztą przewidują autorzy części medycznej wspomnianego raportu z badań. Pozostanie do dyspozycji sądu jeden pewny dowód biologiczny, tj. dowód z badań DNA, bez żadnych ograniczeń w postaci oczekiwania, aby dziecko ukończyło trzeci rok życia, jak tego wymaga badanie układu HLA, co wiąże się z koniecznością zawieszenia postępowania. Zaznaczyć należy, że dopuszczenie tych dwóch dowodów biologicznych przypomina loterię lub grę w ruletkę, ze względu na element ryzyka, gdyż w przypadku niewykluczenia ojcostwa koszty przeprowadzenia tych dowodów „przepadają”, jak to wynika z badanych spraw i dochodzi do tego nieuchronnie koszt dowodu z badań DNA, który staje się jedynym „ratunkiem”, tj. podstawą rozstrzygnięcia, przewlekającego się w czasie ze względu na niewłaściwą decyzję sędziego w zakresie doboru środka dowodowego. Z badanych spraw wynika jak gdyby „brak odwagi” sądu do podjęcia decyzji oddalenia bezsensownego wniosku dowodowego zgłaszanego przez strony. Przepis art. 3 k.p.c., kreujący zasadę prawdy i art. 232 k.p.c., wespół z zasadą koncentracji materiału dowodowego, daje sądowi uprawnienie do krytycznej oceny inicjatyw stron co do koncepcji stosowania odpowiednich środków dowodowych w procesie.

Z badań wynika konieczność uregulowania dowodu z badań DNA wyraźnym przepisem, podobnie jak w art. 305 k.p.c. został przewidziany dowód z grupowego badania krwi. Można by w tym nowym przepisie uregulować pewne kwestie szczegółowe. Dotyczy to również nowelizacji art. 290 k.p.c., który *de lege lata* można by interpretować, wprowadzając atestację jako kryterium.

Na zakończenie należy z całym naciskiem podkreślić, że jakość środka dowodowego, jakim jest dowód z badań DNA, jest zupełnie inna niż pozostałych do-

wodów biologicznych i pełne oraz właściwe zrozumienie tej prawidłowości stanowi warunek rozwiązania wszystkich problemów dotyczących omawianego dowodu. Dodać należy, że tę jakość należy rozumieć dwojako i nie mylić tych dwu pojęć. Pierwsze pojęcie jakości to efekt postępu w nauce, gwarantujący wiarygodność tego dowodu pod warunkiem, że jest on prawidłowo przeprowadzony z zastosowaniem właściwych metod i technik badawczych oraz właściwej metody obliczania prawdopodobieństwa ojcostwa i podawania wyniku tych obliczeń, korzystając z właściwej formuły treści wyniku końcowego badań. Ten warunek stanowi jakość, którą przyporządkowujemy temu drugiemu pojęciu⁸.

W odniesieniu do omawianej tu Rekomendacji stwierdzić należy, że jej postanowienia – w świetle opisanych wyżej badań – nie są w pełni realizowane, a w szczególności w odniesieniu do funkcjonowania laboratoriów wykonujących badania oparte na analizie DNA i sporządzających ekspertyzy na podstawie tych badań.

Wyniki badań dały podstawę do weryfikacji całego szeregu sformułowanych uprzednio hipotez badawczych.

Na zakończenie należy dodać, że nowoczesny środek dowodowy w postaci badań DNA dokonał swoistego przewrotu w procesach o sporne ojcostwo, a w szczególności w sprawach o ustalenie ojcostwa, co niewątpliwie musi stać się przełomem w ewolucji orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów orzekających w tego rodzaju sprawach. W raporcie z omawianych badań dokonano szczegółowej analizy wspomnianej ewolucji do chwili obecnej, kończąc wywody na ten temat propozycjami *de lege lata* i *de lege ferenda*. Dokonano prezentacji konstrukcji postulowanego modelu nowoczesnego procesu o ustalenie ojcostwa w świetle obowiązujących przepisów, orzecznictwa Sądu Najwyższego i wyników badań. Przyjęcie tej koncepcji pośrednio może się przyczynić do realizacji niektórych postanowień zawartych w omawianej Rekomendacji Nr R(92)1.

⁸ Przedstawione wyżej podsumowanie omawianych badań stanowi fragment konkluzji zawartych w przygotowywanej do druku książce, o której wspomniano w poprzednim przypisie.