# PRAWO I MEDYCYNA

NR 6/7 (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**
**Dr n. praw. Ewa Kulesza**
**Prof. dr hab. n. praw. Eugeniusz Kowalewski**
**Prof. dr hab. n. praw. Mirosław Nesterowicz**
**Dr n. praw. Dorota Safjan**
**Prof. dr hab. n. praw. Marek Safjan**
**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@abacus.edu.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@abacus.edu.pl

**Prenumerata:**

PRENUMERATA MAILING POLSKA Sp. z o.o.
ul. Minerska 2
01-066 Warszawa
tel.: 812-77-20
812-77-21
fax: 812-77-23
812-77-24
e-mail: zamowienie@kolpol.com.pl

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 837-36-92

Druk i oprawa: Multi Print

# PRAWO I MEDYCYNA

## kwartalnik

# Spis treści

Prof. dr hab. prawa Mirosław Nesterowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
**Odpowiedzialność cywilna za ograniczenie dostępności do leczenia i nieuzyskanie świadczenia zdrowotnego w nowym systemie opieki zdrowotnej** . . . . . 5

Dr hab. prawa Teresa Dukiet-Nagórska
Uniwersytet Śląski
**Prawne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej** . . . . . 12

Prof. dr hab. medycyny Jerzy Leowski
Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego
**Rola i miejsce państwa w systemie ochrony zdrowia** . . . . . 21

Mgr prawa Michał Pełka
Uniwersytet Warszawski
**Podstawy prawne i zakres odpowiedzialności cywilnej Kas Chorych** . . . . . 31

Włodzimierz Derczyński
Centrum Badania Opinii Społecznej
**Opinie o dostępności i jakości świadczeń zdrowotnych po wprowadzeniu reformy** . . . . . 48

Dr Krzysztof Makuch
Naczelna Izba Lekarska
**Etyczne problemy lekarzy po wprowadzeniu ustawy o ubezpieczeniach zdrowotnych** . . . . . 55

Prof. dr hab. n. hum. Jacek Hołówka
Uniwersytet Warszawski
**Modele normatywne opieki zdrowotnej** . . . . . 60

Dr hab. prawa Teresa Dukiet-Nagórska
Uniwersytet Śląski
**Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim** . . . . . 78

Dr prawa Hans-Georg Koch
Instytut Maxa Plancka, Fryburg Brezgowijski, Niemcy
**Regulacje czasu pracy lekarzy zatrudnionych w szpitalach w Niemczech** . . . . . 96

Prof. dr hab. prawa Eleonora Zielińska
Uniwersytet Warszawski
**Ogłaszanie się i reklamowanie się lekarzy** . . . . . 105

Min. Ewa Kulesza, Grzegorz Sibiga
Biuro Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych
**Wykonanie obowiązku rejestracji zbiorów danych osobowych przez kasy chorych** . . . . . 124

Dr prawa Maria Boratyńska
Uniwersytet Warszawski
**Zagadnienia prawnomedyczne na VIII Ogólnopolskich Dniach Prawniczych – sprawozdanie z obrad** . . . . . 139

Prof. dr hab. prawa Mirosław Nesterowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1998 r., III CKN 741/98, OSN 6/1999, poz. 112** . . . . . 163

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Mirosław Nesterowicz*

# Odpowiedzialność cywilna za ograniczenie dostępności do leczenia i nieuzyskanie świadczenia zdrowotnego w nowym systemie opieki zdrowotnej

Prawo do ochrony zdrowia jest z pewnością jednym z najważniejszych praw człowieka. Warunkiem realizacji tego prawa jest odpowiedni system opieki zdrowotnej zapewniający dostępność do świadczeń zdrowotnych publicznej służby zdrowia. Poświęca się temu coraz więcej uwagi w krajach europejskich, zarówno podczas debat konferencyjnych[1], jak i w licznych dokumentach międzynarodowych i regulacjach prawnych najwyższego rzędu. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (1948), przyjęta przez ONZ, stanowi, że każdy ma prawo do odpowiedniej opieki medycznej (art. 25). Amsterdamska Deklaracja Światowej Organizacji Zdrowia o Promowaniu Praw Pacjenta w Europie (1994) głosi, że: „Każdy ma prawo do otrzymania takiej opieki zdrowotnej, jaka jest właściwa dla jego potrzeb, włączając w to profilaktykę i promocję zdrowia. Świadczenia zdrowotne powinny być osiągalne stale i dostępne wszystkim równo, bez dyskryminacji i zgodnie z finansowymi, ludzkimi i materialnymi zasobami w danym społeczeństwie" (art. 5 ust. 1). Obowiązek państwa zapewnienia równego dostępu do opieki medycznej o właściwej jakości, przy uwzględnieniu potrzeb zdrowotnych oraz dostępnych środków, przewiduje również tzw. Konwencja Bioetyczna Rady Europy (1997), podpisana przez Polskę. Wymienić tu też trzeba art. 68 nowej Konstytucji RP z 1997 r., który przewiduje: „1. Każdy ma prawo do ochrony zdrowia. 2. Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki

[1] Zob. The Right to Health Care in Several European Countries (ed. Andre den Exter, Herbert Hermans), Haga 1999. Książka zawiera zbiór raportów krajowych, przedstawionych na konferencji w Rotterdamie (27-28 IV 1998), *w tym z* Polski – E. Bagińska, M. Nesterowicz, The Polish Solution to the Problem of Realising the Right to Health Care in View of the Changes in the Political and Social System; K. Tymowska, Changes in Access to the Health Care Services in Poland.

zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa".

I. 1 stycznia 1999 r., weszła w życie ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 ze zm.), wprowadzająca nowy system opieki zdrowotnej. Miała ona zmienić dotychczasowy system powszechnej służby zdrowia, w którym pacjent miał nieograniczone prawo do bezpłatnego leczenia, do uzyskania każdego świadczenia zdrowotnego, choć nie miał prawa wyboru lekarza i szpitala. Zapewniała mu to konstytucja z 1952 r. i odpowiednie ustawy. Ponieważ system był niewydolny, zaczęto wprowadzać pewne ograniczenia ustawowe, dotyczące odpłatności za leki i artykuły sanitarne (ustawa z 27 IX 1991 r., Dz.U. Nr 94, poz. 422) i częściowej odpłatności za sanatoria (ustawa z 17 VI 1966 r. o uzdrowiskach i lecznictwie uzdrowiskowym, Dz.U. Nr 23, poz. 150 ze zm.).

Zasadą jednak było prawo do bezpłatnej opieki zdrowotnej, zapewnianej przez społeczną służbę zdrowia, lecz teoria daleko odbiegała od praktyki. Naruszenia tego prawa były liczne, czego skutkiem były częste interwencje Rzecznika Praw Obywatelskich[2], raporty Najwyższej Izby Kontroli[3], działania Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej oraz wojewodów. Ten stan rzeczy miał ulec zmianie poprzez reformę systemu opieki zdrowotnej. Reforma miała ułatwić pacjentowi dostęp do lekarza, dać mu prawo wyboru lekarza i szpitala, zapewnić równą dostępność do świadczeń zdrowotnych. Reforma była konieczna, gdyż socjalistyczny model powszechnej i bezpłatnej opieki zdrowotnej, finansowanej z budżetu Państwa, okazał się nierealny, zbyt kosztowny i biurokratyczny, i zbankrutował. Rosnące trudności gospodarcze państwa dotykały także dotkliwie budżet Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej, z którego finansowana była głównie opieka zdrowotna. Ponadto państwowe zakłady opieki zdrowotnej zarządzane były nieefektywnie, co często prowadziło do marnotrawstwa i tak niewystarczających środków finansowych, i źle zorganizowane. Na skutek tych okoliczności prawo pacjenta do bezpłatnych i na odpowiednim poziomie świadczeń medycznych było coraz bardziej faktycznie ograniczane. Powstała konieczność głębokich zmian systemowych i organizacyjnych opieki zdrowotnej i powiązania jej finansowania z gospodarką rynkową i ubezpieczeniami zdrowotnymi.

II. 1. Ustawa z 1997 r, o p.u.z. wprowadziła Kasy Chorych, które mają zapewnić ubezpieczonym świadczenia zdrowotne w zakresie ustalonym ustawą. Art. la,ust. 5 ustawy stanowi, że ubezpieczenie zdrowotne jest oparte na zasadach zapewnienia równego dostępu do świadczeń zdrowotnych.

Ubezpieczonym przysługują świadczenia określone w przepisach ustawy, służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, udzielane w przypadku choroby, urazu, ciąży, porodu i połogu oraz w celu zapobiegania chorobom i promocji zdrowia (art. 3 ustawy). Z kolei art. 31 ustawy przewiduje, że: „1. Osobom

[2] Zob. sprawozdania z działalności Rzecznika przedstawione w Sejmie w 1997, 1998, 1999 r. oraz wystąpienia publikowane w Biuletynach RPO.
[3] Zob. raport NIK dotyczący kontroli przestrzegania praw pacjenta w publicznych zakładach opieki zdrowotnej, Warszawa 1997.

ubezpieczonym przysługują, na zasadach określonych w ustawie, świadczenia zdrowotne mające na celu: 1) zachowanie zdrowia oraz zapobieganie chorobom i urazom, 2) wczesne wykrywanie chorób, 3) leczenie, 4) zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie. 2. W celu realizacji uprawnień określonych w ust. 1 Kasa Chorych zapewnia ubezpieczonemu w szczególności: 1) badanie i poradę lekarską, 2) badania diagnostyczne, 3) leczenie (ambulatoryjne, w domu chorego, szpitalne oraz w ramach pomocy doraźnej), 4) rehabilitację leczniczą, 5) świadczenia pielęgniarskie, 6) opiekę nad kobietą w okresie ciąży, porodu i połogu, opiekę prenatalną nad płodem i opiekę nad noworodkiem, 7) opiekę profilaktyczną, 8) zaopatrzenie w leki i materiały medyczne, 9) zaopatrzenie w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze oraz lecznicze środki techniczne, 10) orzekanie o stanie zdrowia, 11) opiekę paliatywno-hospicyjną".

**W tym zakresie wymienionych świadczeń standardowych każdy ubezpieczony ma równe prawo do ich bezpłatnego otrzymania. Żadne limity, które stosuje Kasa Chorych nie mogą go dotyczyć, stwarzałyby bowiem nierówność wobec prawa osób jednakowo ubezpieczonych. Stanowi dyskryminację pacjenta odmowa udzielenia mu świadczeń zdrowotnych, bo „się nie zmieścił w limicie" finansowym czy osobowym.** Ograniczenia mogą istnieć w przypadku wysokospecjalistycznych procedur medycznych finansowanych z budżetu państwa. Wówczas pacjent ma prawo do korzystania z rzetelnej, opartej na kryteriach medycznych procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń (art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z 30 VIII 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej; Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm.; rozporz. MZiOS z 2 XI 1998 r. w sprawie wykazu wysokospecjalistycznych procedur medycznych finansowanych z budżetu państwa oraz zasad i trybu udzielania tych świadczeń Dz.U. Nr 140, poz. 910 ze zm.).

W razie odmowy przyznania pacjentowi przez lekarza skierowania na badanie czy inny zabieg leczniczy, przysługujący mu z ustawy, pacjent może zwrócić się z żądaniem do Kasy Chorych. Od decyzji odmownej Kasy Chorych przysługuje mu odwołanie do Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych o ustalenie prawa do świadczenia zdrowotnego (art. 147 ustawy o p.u.z.) w terminach i na zasadach określonych w przepisach kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu odrębnym w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych. W sytuacjach nagłych pacjent może sam pokryć koszty badania czy zabiegu, a następnie zażądać zwrotu poniesionych wydatków i kosztów od Kasy Chorych. Jeżeli na skutek bezpodstawnej odmowy sfinansowania świadczenia zdrowotnego przez Kasę Chorych ubezpieczony doznał pogorszenia stanu zdrowia albo zmarł, Kasa Chorych może ponieść odpowiedzialność odszkodowawczą. Musi jednak istnieć normalny związek przyczynowy pomiędzy niemożnością uzyskania leczenia a szkodą ubezpieczonego.

Odpowiedzialność Kas Chorych ma charakter kontraktowy (art. 471 i n. k.c.) z tytułu niewykonania swoich zobowiązań wobec ubezpieczonych przy zbiegu z odpowiedzialnością deliktową (art. 415 i n, w zw. z art. 443 k.c.), gdy ubezpieczony doznał szkody na osobie w okolicznościach, za które – jak wskazano wyżej – Kasa Chorych odpowiada. W doktrynie polskiej wyrażono też pogląd, że Kasa Chorych

jako osoba prawna wykonująca władzę publiczną będzie ponosić odpowiedzialność za szkody wyrządzone obywatelom-pacjentom na takich samych zasadach jak Skarb Państwa (art. 417 i n, k.c.), a ze względu na art. 77 Konstytucji RP bez winy, lecz tylko w razie bezprawności działania[4].

Wskazać tu trzeba na liczne wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej. W wystąpieniu z 24 II 1999 r. (RPO 299781/ /99/I)[5], pisze m.in., że „niektóre Kasy Chorych, w drodze umów zawieranych ze świadczeniodawcami, wprowadzają:

– limit skierowań na badania diagnostyczne, konsultacje specjalistyczne oraz leczenie stacjonarne,

– limit, do którego wysokości ponosić będą koszty refundacji ceny leków i materiałów medycznych wydawanych ubezpieczonym na podstawie recept wystawianych przez lekarza na rzecz pacjentów objętych opieką świadczeniodawcy (...).

Powyższe działania Kas Chorych w praktyce oznaczają, że część ubezpieczonych zostanie pozbawiona prawa do korzystania ze świadczeń zdrowotnych, leków, materiałów medycznych oraz innych artykułów na warunkach określonych w ustawie z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 z późn. zm.). Oznacza to również, że dochodzi do dodatkowego ograniczenia dostępu oraz limitowania świadczeń, które podlegają już ograniczeniom wynikającym z powołanej ustawy.

(...) Nie kwestionując zatem celowości oraz prawa Kas Chorych do podejmowania działań mających na celu zrównoważenie wydatków z przychodami Kasy oraz przeprowadzanie kontroli realizacji umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych, trzeba zauważyć, że gdyby praktyka Kas Chorych polegająca na limitowaniu świadczeń z ubezpieczenia zdrowotnego w drodze umów zawieranych ze świadczeniodawcami oraz zakazie wystawiania recept pacjentom wypisywanym ze szpitala, oznaczała administracyjne ograniczanie dostępu obywateli do wspomnianych świadczeń oraz leków, nie znajdowałaby ona oparcia w przepisach obowiązującego prawa, a w szczególności w ustawie o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym. (...). Sytuacja powyższa może wskazywać na pozaustawowe, a zatem niedopuszczalne w świetle postanowień art. 68 Konstytucji RP, regulowanie dostępu obywateli do świadczeń z ubezpieczenia zdrowotnego".

W innym wystąpieniu z 8 I 1999 r. (RPO 296079/99/I)[6], skierowanym do Marszałka Sejmu, Prezydenta RP, Marszałka Senatu i Prezesa Rady Ministrów, Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdza m.in.: „Zapewnienie obywatelom równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (art. 68 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.) jest konstytucyjnym obowiązkiem władz państwowych. Nie można przyjąć, że po wejściu w życie ustawy z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 z późn.

[4] E. Łętowska, Prawo umów konsumenckich, Warszawa 1998, s. 447.
[5] Biuletyn RPO 1-2/1999, poz. 37.
[6] Biuletyn RPO 1-2/1999, poz. 39.

zm.), organy centralne zwolnione zostały z obowiązku zapewnienia realizacji prawa obywateli do ochrony zdrowia, w tym do umożliwienia każdemu korzystania z najwyżej osiągalnego stanu zdrowia (art. 12 ust. i Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych").

Nie można jednak zamykać oczu na fakt, że w praktyce funkcjonowania nowego systemu opieki zdrowotnej prawo rozmija się z rzeczywistością, a ściślej mówiąc z ekonomią, która narzuca zakres finansowania świadczeń zdrowotnych. Dostępności do leczenia nie sprzyja nie tylko ogólna suma środków przeznaczonych na opiekę zdrowotną, lecz zwłaszcza zasady finansowania świadczeń zdrowotnych i sposób wydawania tych środków[7]. Zarówno jednak dla prawnika, jak i dla pacjenta, któremu ustawa gwarantuje świadczenia zdrowotne w ustalonym zakresie, są to okoliczności bez znaczenia. Nie można bowiem tworzyć prawa z założeniem, że nie będzie ono przestrzegane.

2. Świadczenia ponadstandardowe określone w rozporz. MZiOS z 2 XI 1998 r. (Dz.U. Nr 140, poz. 909) oraz inne, wymienione w art. 31a (poza ust. 7) ubezpieczony finansuje ze środków własnych.

3. Art. 35 i in. reguluje kwestie odpłatności za leki i materiały medyczne oraz prawo do bezpłatnego zaopatrzenia. Wysoka odpłatność za wiele drogich leków stanowi dla uboższych pacjentów istotną barierę dostępności do świadczeń zdrowotnych[8]. Z pewnością wymaga to takich rozwiązań prawnych, które by sprawiały, aby prawo do leczenia, choćby w podstawowym stopniu, zapisane w art. 68 Konstytucji, nie stało się dla wielu obywateli fikcją.

4. Art. 58 stanowi: „1. Świadczenia ambulatoryjne z zakresu specjalistycznej opieki zdrowotnej są udzielane ubezpieczonym na podstawie skierowania lekarza ubezpieczenia zdrowotnego, z wyjątkiem świadczeń: 1) ginekologa i położnika, 2) stomatologa, 3) dermatologa i wenerologa, 4) onkologa, 5) psychiatry, 6) lecznictwa odwykowego dla osób uzależnionych od alkoholu, środków odurzających i substancji psychotropowych oraz od tytoniu, 7) dla osób zakażonych wirusem HIV, 8) dla osób chorych na gruźlicę, 9) dla kombatantów w zakresie chorób wojennych i obozowych.

2. Świadczenia, o których mowa w ust. 1, związane z wypadkiem, zatruciem, urazem, stanem zagrożenia życia lub porodem udzielane są bez skierowania lekarza ubezpieczenia zdrowotnego.

3. Świadczenia zdrowotne szpitali są udzielane bez skierowania lekarza ubezpieczenia zdrowotnego w razie wypadków, zatruć, urazów, porodu, stanów zagrożenia życia oraz w razie wydania na podstawie odrębnych przepisów decyzji o przymusowej hospitalizacji.

4. Świadczenia z zakresu diagnostyki, rehabilitacji leczniczej oraz zabiegi ambulatoryjne, a także świadczenia innych niż lekarza świadczeniodawców są udzielane ubezpieczonemu na podstawie skierowania lekarza ubezpieczenia zdrowotnego.

---

[7] Por. K. Tymowska, Zasady finansowania a dostępność, Prawo i Medycyna 4/1999, s. 84 i n.

[8] Zob. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Zdrowia z 15.07.1999 r. – Biuletyn RPO 39/2000 (Interwencja RPO za 1999).

5. Świadczenia zdrowotne udzielone ubezpieczonemu bez skierowania lekarza ubezpieczenia zdrowotnego, jeżeli to skierowanie jest wymagane, opłaca ubezpieczony.

Wydaje się, że powyższe przepisy są nazbyt restryktywne. Aby ułatwić dostępność do świadczeń zdrowotnych powinna zostać rozszerzona lista specjalistów, do których pacjent może udać się bez skierowania lekarza podstawowej opieki zdrowotnej.[9]

III. Z przepisów ustawy o p.u.z. można wnioskować, że osoby nieubezpieczone (nie podlegające obowiązkowemu ubezpieczeniu, które nie zawarły dobrowolnej umowy ubezpieczenia, osoby nie płacące składki ubezpieczeniowej, bezdomni) nie mają z mocy tej ustawy prawa do żadnych świadczeń zdrowotnych. Jednakże należy pamiętać o art. 7 ustawy o z.o.z., który przewiduje, że żadne okoliczności nie mogą stanowić podstawy do odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego, jeżeli osoba zgłaszająca się do zakładu opieki zdrowotnej potrzebuje natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia. Obowiązek ten dotyczy zarówno publicznego, jak i niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej (szpitala, przychodni, pogotowia ratunkowego), bez względu na fakt, czy pacjent ma prawo do leczenia, wywodzące się z ubezpieczenia zdrowotnego, czy nie jest ubezpieczony, czy jest na terenie objętym działalnością „swojej" Kasy Chorych, czy poza tym terenem. Nie można odmówić także przyjęcia do szpitala pacjenta, który nie rokuje wyleczenia, a wymaga pomocy. Odmowa udzielenia pomocy osobie należącej do innej Kasy Chorych, czy np. bezdomnemu nieubezpieczonemu – jest naruszeniem obowiązku prawnego. Ponieważ obowiązek ten wypływa z ustawy, to w przypadku gdy chory jest nieubezpieczony, koszty leczenia musi zwrócić Skarb Państwa (Minister Zdrowia), a gdy kwalifikuje się do pomocy społecznej (np. z powodu bezdomności) – gmina (art. 11 ust. 2 pkt 3 ustawy z 29 XI 1990 r. o pomocy społecznej, Dz.U. jedn.tekst z 1996 r., Nr 64, poz. 414 ze zm.).

Trzeba też wskazać na art. 62 ustawy o p.u.z., który głosi: „1. W razie pobytu ubezpieczonego poza obszarem działania właściwej Kasy Chorych i nagłego zachorowania lub pogorszenia się stanu zdrowia, świadczeń udziela zakład opieki zdrowotnej lub lekarz ubezpieczenia zdrowotnego, z którym Kasa Chorych, właściwa ze względu na miejsce pobytu ubezpieczonego, zawarła umowę o udzielanie świadczeń. 2. Koszty świadczeń o których mowa w ust. 1 są rozliczane bezpośrednio pomiędzy właściwymi kasami".

Zakład opieki zdrowotnej, który odmawia choremu pomocy w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia, może ponieść odpowiedzialność cywilną, jeżeli szkoda, której dozna pacjent (np. śmierć lub pogorszenie stanu zdrowia) pozostaje w związku przyczynowym z zaniechaniem udzielenia mu świadczenia zdrowotnego.[10]

[9] Biuletyn RPO – j.w., s. 134.
[10] Bardziej szczegółowo o odpowiedzialności cywilnej lekarza i zakładu opieki zdrowotnej – M. Nesterowicz, Prawo medyczne, Toruń 2000, s. 27 i n.

IV. Niektóre osoby mają prawo do bezpłatnych świadczeń zdrowotnych udzielanych przez publiczne zakłady opieki zdrowotnej, z mocy przepisów szczególnych. Jeżeli osoby te nie posiadają uprawnień z tytułu ubezpieczenia zdrowotnego, świadczenia te finansowane są z budżetu Państwa (art. 165 ustawy o p.u.z.)[11]. Dotyczy to:

1) żołnierzy w czynnej służbie wojskowej i absolwentów szkół wyższych odbywających przeszkolenie wojskowe oraz członków ich rodzin (ustawa z 21 XI 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1992 r., Nr 4, poz. 16 ze zm.);

2) kandydatów na żołnierzy zawodowych (ustawa z 30 VI 1970 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, Dz.U. z 1997 r., Nr 10, poz. 55);

3) skazanych na karę pozbawienia wolności (ustawa z 6 VI 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. Nr 90, poz. 557 ze zm.);

4) osób poddanych izolacji w zakładzie opieki zdrowotnej zamkniętym lub przymusowemu leczeniu z powodu chorób zakaźnych (ustawa z 13 XI 1963 r. o zwalczaniu chorób zakaźnych, Dz.U. Nr 50, poz. 279 ze zm.);

5) osób uzależnionych od alkoholu w zakresie leczenia odwykowego (ustawa z 26 X 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, Dz.U. Nr 35, poz. 230 ze zm.);

6) osób uzależnionych od środków odurzających lub substancji psychotropowych (ustawa z 24 IV 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, Dz.U. Nr 75, poz. 468);

7) osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo, przebywających w szpitalu psychiatrycznym (ustawa z 19 VIII 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. Nr 111, poz. 535);

8) świadczeń w zakresie zapobiegania, rozpoznawania i leczenia gruźlicy oraz rehabilitacji osób chorych na gruźlicę, ozdrowieńców i inwalidów z powodu gruźlicy (ustawa z 22 IV 1959 r. o zwalczaniu gruźlicy, Dz.U. Nr 27, poz. 170 ze zm.).

Ustawa zachowała w mocy również przepisy o świadczeniach zdrowotnych związanych z ciążą, porodem i połogiem (art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.; art. 7 ust. 1 pkt 16 ustawy z 8 III 1990 r. o samorządzie terytorialnym, Dz.U. Nr 16, poz. 95 ze zm.) oraz zapobieganiem i zwalczaniem chorób wenerycznych (dekret z 16 IV 1946 r. o zwalczaniu chorób wenerycznych, Dz.U. z 1949 r. , Nr 51, poz. 394).

[11] Zob. rozporz. Ministra Zdrowia z 27.10.1999 w sprawie zasad i trybu finansowania z budżetu państwa świadczeń zdrowotnych udzielanych bezpłatnie przez publiczne zakłady opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 1040).

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Teresa Dukiet-Nagórska*

# Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej

Publicysta „Polityki" Aleksander Chećko dał taki oto satyryczny obraz konsekwencji ograniczania świadczeń zdrowotnych poprzez ustalanie tzw. limitów (określanych w kontraktach zawieranych pomiędzy zakładami opieki zdrowotnej a kasami chorych):

„W miejscowości X (...) wyczerpano limit na usługi stomatologiczne. Dentyści siedzieć będą bezczynnie, a następne rwania i borowania planowane są na rok (...) Na terenie Z. skończyły się pieniądze na chirurgię, więc z kolejnymi zabiegami trzeba poczekać. Tak tworzy się – z konieczności, z oszczędności – regionalna polityka zdrowotna. Poza bieżącymi, drobnymi niedogodnościami dla pacjentów, regionalna polityka zdrowotna ma większy sens. Za 20-30 lat mieszkańców kraju nad Wisłą będzie można rozpoznać na pierwszy rzut oka. Przykładowo: ci z Pomorza charakteryzować się będą brakiem zębów. Ci ze Śląska – z nieleczonymi płucami, wyróżniać się będą chronicznym kaszlem i złośliwym pochrumkiwaniem. Lud Mazowsza w większości będzie kulał i maskował otwarte złamania. Na Kujawach normą będzie biała laska, itd. (...) Tymczasem już w centrum stolicy w ministerialnych gmachach – gdzie wymyśla się politykę zdrowotną – obserwuje się osobników bez głowy." (*Polityka nr 41 z 1999 r.).*

Niestety, rzeczywistość przeszła oczekiwania publicysty: pacjentów Gliwickiego Centrum Onkologii, którzy mieli rozpocząć chemioterapię lub skorzystać z poradni, kierowano do Śląskiej Kasy Chorych w celu uzyskania indywidualnej promesy na leczenie w Centrum, gdyż przekroczyło ono już liczbę zakontraktowanych świadczeń zdrowotnych *(Gazeta Wyborcza, Gazeta w Katowicach z dnia 23 maja 2000 r.).*

Zarysowała się zatem zupełnie realna możliwość nieleczenia pacjentów, u których wystąpiły schorzenia wymagające bezzwłocznej interwencji – wszak w onkologii rokowanie jest tym lepsze, im wcześniej podjęte zostaną stosowne formy terapii.

Uogólniając można powiedzieć, że niedostatek środków finansowych może stanowić przyczynę wystąpienia skutku w postaci narażenia życia lub zdrowia pacjenta na niebezpieczeństwo uszczerbku na zdrowiu, a nawet śmierci – gdy w wyniku tego niedostatku pacjent albo nie uzyska w porę niezbędnego mu świadczenia zdrowotnego, albo też uzyska je, ale niewłaściwej jakości (diagnoza lub terapia nie odpowiadają wskazaniom wiedzy medycznej).

Prawdopodobieństwo wystąpienia takich zdarzeń jest wysokie, bowiem jest faktem, że nakłady na lecznictwo nie odpowiadają rzeczywistym w tym względzie potrzebom, które wyznacza poziom zachorowalności oraz standardy leczenia.

Brakuje środków zarówno na świadczenia zdrowotne opłacane przez kasy chorych, jak i wysokospecjalistyczne, finansowane z budżetu centralnego.

Z drugiej wszakże strony nie możemy zapominać, że nigdzie na świecie nie istnieją możliwości leczenia wszystkich pacjentów na najwyższym poziomie.

Przed przystąpieniem do zasadniczego nurtu rozważań trzeba wskazać na występujący obecnie brak dorobku doktryny i orzecznictwa w interesującej nas kwestii. Dotychczas przedmiotem zainteresowania był błąd sztuki lekarskiej i wynikający stąd skutek. Generalnie rzecz biorąc nie zajmowano się zagadnieniem niewłaściwego leczenia wynikającego z braku środków, ten aspekt występował w analizach jedynie dla wykazania, że lekarz działający w konkretnych warunkach nie mógł leczyć lepiej. Innymi słowy: rozpatrywano kwestię możliwości obiektywnych istniejących w konkretnej placówce służby zdrowia dla wykazania braku winy po stronie lekarza.

Diagnostyczne i terapeutyczne możliwości konkretnej placówki służby zdrowia uzależnione są od różnorakich czynników, pośród których niepoślednią (żeby nie powiedzieć zasadniczą) rolę odgrywa wysokość środków finansowych będących w jej dyspozycji. W wyniku reformy zdrowia o ich wysokości decydują w pierwszej kolejności kontrakty zawierane z kasą chorych, w których wskazuje się szacunkową liczbę świadczeń zdrowotnych przewidzianych do wykonania w danym roku oraz określa wartość poszczególnego świadczenia (tę ostatnią określa się poprzez wskazanie przez zamawiającego sposobu kalkulacji albo poprzez przyjęcie stawki ryczałtowej) – por. par. 19 Rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne (Dz. U. Nr 93, poz. 592).

*De facto* więc dostępność świadczenia zdrowotnego i jego jakość wyznaczane są nie tylko postanowieniami prawa, które odwołuje się do wskazań wiedzy medycznej, ale także postanowieniami umów (nawiasem mówiąc, nad rozwiązaniem tym powinni się pochylić konstytucjonaliści, by rozważyć, czy należy dopuszczać sytuację, w której o prawach obywatela decyduje stosunek umowny, którego nie jest on stroną – można tu mówić o umowie na rzecz osoby trzeciej).

Na tym tle oraz mając na względzie sygnały takie jak powyżej opisany, dotyczący Centrum Onkologii w Gliwicach, trzeba postawić pytanie następujące: c z y p o d -

stawą prawnokarnego zarzutu może być odmowa świadczenia zdrowotnego, jeśli wzgląd na zdrowie pacjenta wymaga takiego świadczenia, zaś lekarz go odmawia z tej przyczyny, że wszystkie świadczenia zakontraktowane przez kasę chorych zostały już wykonane (świadczenie przekroczyłoby ustalony limit)?

Rozważając kwestię odpowiedzialności lekarza pamiętać trzeba, **że art. 30 ustawy o zawodzie lekarza nakłada na lekarza obowiązek udzielania pomocy lekarskiej w każdym przypadku nie cierpiącym zwłoki – kiedy to zwłoka mogłaby powodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia. Zatem w sytuacjach urgensowych interwencja, polegająca na wykonaniu świadczenia zdrowotnego, musi być podjęta we właściwym czasie i z taką intensywnością, by opisane niebezpieczeństwo nie nastąpiło. Jeśli dany zakład opieki zdrowotnej nie dysponuje obiektywnymi możliwościami udzielenia pomocy w sposób odpowiadający standardom wiedzy medycznej, zaś lekarz uczynił wszystko, co w danych okolicznościach było możliwe, wówczas interweniujący nie może ponieść odpowiedzialności karnej, gdyż brak podstaw dla uczynienia mu zarzutu.**

**W sytuacji naglącej wyczerpanie limitu w żadnym razie nie stanowi usprawiedliwienia dla odmowy działania lekarskiego. Lekarz odmawiający udzielenia pomocy z tego tylko powodu, że zakład opieki zdrowotnej wykonał już zakontraktowaną liczbę świadczeń zdrowotnych, dopuszcza się zachowania bezprawnego i zawinionego.**

W grę wejść może pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lekarza za nieudzielenie pomocy człowiekowi znajdującemu się w bezpośrednim niebezpieczeństwie dla życia lub zdrowia (art. 162 k.k.).

Nie można wykluczyć przypisania lekarzowi skutków w postaci śmierci pacjenta czy uszczerbku na zdrowiu bądź narażenia życia lub zdrowia na niebezpieczeństwo. Ta ostatnia ewentualność wystąpi, gdy konsekwencją braku świadczenia zdrowotnego lub jego niewłaściwości będzie zdynamizowanie procesów chorobowych w taki sposób, że zaczęły „one bezpośrednio zagrażać życiu pacjenta lub stwarzać bezpośrednie zagrożenie ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu*" [M. Filar: Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy), Prawo i Medycyna 1999, nr 3, s. 42].* W zależności od okoliczności będzie to odpowiedzialność za umyślne lub nieumyślne spowodowanie wymienionych skutków – a w każdym razie *a priori* nie jest zasadne odrzucenie możliwości odpowiedzialności za przestępstwo umyślne.

Powyższa teza o dopuszczalności pociągania lekarza do odpowiedzialności karnej za skutek wynikający z jego zaniechania wiąże się z pełnieniem przez lekarza roli gwaranta: na lekarzu, na mocy art. 30 ustawy o zawodzie lekarza oraz w związku z jego zatrudnieniem w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej (bez względu na to, czy podstawę stanowi umowa o pracę czy też inny stosunek umowny) spoczywa szczególny prawny obowiązek zapobiegnięcia negatywnym skutkom dla życia czy zdrowia pacjenta. Pozwala to przyjąć spełnienie wymogu z art. 2 k.k.

Wyraziwszy powyższą ocenę trzeba się ustosunkować do przedstawianego przez lekarzy dylematu, którzy sygnalizują, że pracodawca – będący w obliczu zagrożenia brakiem zapłaty za wykonane świadczenia zdrowotne – zakazuje pracownikom podejmowania działań lekarskich ponad wielkość ustaloną w umowie z kasą chorych. Ten stan rzeczy ocenić należy przez pryzmat regulacji kodeksowej poświęconej tzw. konfliktowi obowiązków (art. 26 par. 5 k.k.). Unormowanie to nakazuje w omawianej sytuacji stosować odpowiednio postanowienia dotyczące stanu wyższej konieczności – i to zarówno dotyczące kontratypu stanu wyższej konieczności (art. 26 par. l), jak i stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej winę (art. 26 par. 2).

Istotą stanu wyższej konieczności jest poświęcenie jednego dobra prawnie chronionego dla ratowania innego prawnie chronionego dobra. Jednym z podstawowych kryteriów oceny dokonywanej w oparciu o przepis art. 26 k.k. jest wartość dóbr: ratowanego i poświęconego. O stanie wyższej konieczności jako kontratypie (okoliczności wyłączającej bezprawność) mówimy wówczas, gdy dobro poświęcone jest niższej wartości niż ratowane, natomiast stan wyższej konieczności stanowi okoliczność wyłączającą winę wtedy, gdy wartość obydwu dóbr jest jednakowa, bądź też dobro poświęcone jest wprawdzie wyższej wartości niż ratowane, jednakże nie jest to różnica o charakterze oczywistym.

Przywołany przepis art. 26 par. 5 powszechnie odczytywany jest przez komentatorów jako zawierający rozstrzygnięcie sytuacji konfliktowej cechującej się tym, że sprawca może spełnić tylko jeden z prawnokarnie relewantnych obowiązków. Charakterystyczna dla tego kierunku interpretacji jest wypowiedź A.Wąska, który równocześnie stwierdza: „Ponieważ kolizja obowiązków dotyczy w gruncie rzeczy kolizji ochrony określonych dóbr (interesów) prawnych, przyjąć należy, że sprawca winien preferować wykonanie obowiązku dotyczącego bardziej cennego dobra prawnego." (Kodeks karny. Komentarz, Gdańsk 1999, s. 353).

Zastosujmy powyższe postanowienia ustawy oraz towarzyszący im punkt widzenia doktryny do sytuacji lekarza, który z jednej strony podlega obowiązkowi wyrażonemu w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, z drugiej zaś poddany jest presji pracodawcy, który – nie mając zapewnionej zapłaty za wykonane działania – wydaje lekarzom polecenie wstrzymania się od aktywności. Występuje tu kolizja dwóch dóbr: interesu majątkowego zakładu opieki zdrowotnej oraz życia bądź zdrowia pacjenta. Lekarz ma zatem do wyboru: albo zaniechać interwencji wskazanej z uwagi na stan zdrowia pacjenta albo ją podjąć, licząc się z ewentualnością spowodowania szkody majątkowej zakładu opieki zdrowotnej, będącego jego pracodawcą.

Nie ulega wątpliwości, że nawet jeśli weźmiemy pod rozwagę zdrowie – jako to dobro, które ma mniejszą wartość niż życie – to i tak majątkowe interesy pracodawcy uznać trzeba za dobro o istotnie mniejszej wartości. Lekarz powinien więc podjąć działanie na rzecz pacjenta.

**Zatem nawet uwzględnienie kolizji obowiązków, jakiej doświadcza lekarz, któremu pracodawca zakazuje podejmowania interwencji z uwagi na przekroczenie limitu świadczeń zdrowotnych ustalonego w umowie z kasą chorych, nie pozwala**

**na przyjęcie tezy, że zachowanie lekarza nie podejmującego działania w sytuacji nie cierpiącej zwłoki, nie narusza prawa.**

W ślad za dokonaną konstatacją postawić trzeba pytanie o to, czy pracodawca może dochodzić od pracownika pokrycia szkody, jaką poniósł w związku ze spełnieniem świadczenia zdrowotnego ponad umowę z kasą chorych.

Wedle mego przekonania nie może być mowy o odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza w omawianej sytuacji, gdyż jeśli określone postanowienia ustaw nakładają na lekarza obowiązek działania, to w płaszczyźnie prawa cywilnego nie mogą z tego wyniknąć dlań negatywne konsekwencje (trzeba wszakże wskazać, że proces taki nie byłby łatwy z uwagi na to, że stan wyższej konieczności ujęty jest znacznie szerzej w prawie karnym niż w prawie cywilnym – stan wyższej konieczności opisany jest w art. 424 k.c. w taki sposób, że pozwala tylko na zniszczenie lub uszkodzenie cudzej rzeczy lub zabicie cudzego zwierzęcia w celu usunięcia niebezpieczeństwa od nich grożącego).

Konkludując: **jeśli mamy do czynienia z przypadkiem nie cierpiącym zwłoki w rozumieniu art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, wówczas lekarz musi udzielić pomocy lekarskiej nawet wówczas, gdy jest to świadczenie zdrowotne wykraczające poza zakres umowy z kasą chorych – oczywiście w ramach możliwości, jakie istnieją w danej placówce służby zdrowia (chyba że istnieje potrzeba i możliwość przekazania pacjenta do innego zakładu opieki zdrowotnej). Jeśli tego nie uczyni – naraz się na odpowiedzialność karną.**

Rozpatrzmy z kolei sytuację, gdy stan zdrowia pacjenta wymaga wprawdzie podjęcia działań lekarskich, lecz nie zachodzi przypadek nie cierpiący zwłoki.

Podjęcie próby rozwiązania tego zagadnienia wymaga przywołania niektórych postanowień ustawowych określających prawa pacjenta i obowiązki lekarza.

W pierwszej kolejności przywołać trzeba postanowienie art. 68 ust. 2 Konstytucji, w którym stwierdza się: „Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa."

Konstytucja odsyła zatem do ustaw zwykłych, jeśli chodzi o bliższe określenie uprawnień pacjenta wynikających z tego przepisu.

Do ustaw zawierających doprecyzowanie tych postanowień konstytucji zaliczyć należy: ustawę z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zmianami) oraz ustawę z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 z późn. zmianami).

W art. 4 ust. 3 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym stanowi się, że „świadczenia zdrowotne są udzielane ubezpieczonym w ramach środków finansowych posiadanych przez Kasę Chorych i powinny odpowiadać aktualnej wiedzy i praktyce medycznej oraz nie przekraczać granic koniecznej potrzeby". Istotne znaczenie ma także art. 1a pkt 5 tejże ustawy, który wyraża zasadę równego dostępu do świadczeń.

Przywołany przepis art. 4 ust. 3 posługuje się koniunkcją nakazując stosowanie wskazań wiedzy i praktyki medycznej przy równoczesnym nieprzekraczaniu pozio-

mu możliwości finansowych kas chorych – oznacza to, że ustawodawca nie liczył się z ewentualnością prawdziwości jednego tylko członu tej alternatywy. Praktyka dowodzi, że założenie to nie było słuszne, co stanowi przyczynę poważnych perturbacji, o czym dalej.

Szczególne znaczenie dla omawianej tu problematyki ma przepis art. 19 ust. l pkt l ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, w którym statuowane jest prawo pacjenta do „świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej, a w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń – do korzystania z rzetelnej, opartej na kryteriach medycznych procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń".

Przywołane powyżej przepisy w sposób jednoznaczny wyrażają dwie ważne dla prowadzonych tu rozważań zasady:

– zasadę równego dostępu do świadczeń zdrowotnych;

– zasadę nakazującą w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń ustanawiania kolejności dostępu w oparciu o rzetelne kryteria medyczne.

Jednakże kształt trzeciej zasady, a mianowicie zasady świadczenia na rzecz pacjenta zgodnie z wymogami wiedzy medycznej, nie jest już tak oczywisty z dwóch powodów. Po pierwsze dlatego, że ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym odwołuje się na równi do wiedzy i praktyki medycznej, zaś ustawa o zakładach opieki zdrowotnej pomija czynnik zgodności z praktyką medyczną – ten jednakże aspekt sprawy może być pominięty w niniejszym opracowaniu, gdyż nie ma znaczenia dla omawianego tu zagadnienia.

Niestety nie da się tego powiedzieć o drugim przejawie niejednorodności unormowań. Otóż ustawa o zakładach opieki zdrowotnej wprowadza tylko wymóg zgodności świadczenia zdrowotnego z aktualnym stanem wiedzy medycznej, podczas gdy ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym nakazuje równocześnie świadczenie w ramach środków finansowych kasy chorych. Postawione więc musi być pytanie zasadnicze: czy istnieje ustawowe upoważnienie do świadczenia poniżej tego, co dyktuje wiedza medyczna, jeśli środków finansowych kasy chorych nie starcza na zawarcie kontraktów gwarantujących dochowanie tych standardów?

W moim przekonaniu wzajemna relacja pomiędzy wskazanymi przepisami nakazuje przyjąć, **że stan prawny nie daje przyzwolenia na to, by ze względu na brak środków na należyte leczenie wszystkich, stosować wobec pacjentów metody postępowania nie odpowiadające standardom określonym aktualnym stanem wiedzy medycznej.**

Zaprezentowany punkt widzenia znajduje uzasadnienie w treści art. 19 ust. l pkt l ustawy o zakładach opieki zdrowotnej (który to przepis jest usytuowany w rozdziale poświęconym prawom pacjenta, co stanowi argument w ramach wykładni systemowej). Przepis ten odnosi się do wszelakich przypadków ograniczonych możliwości udzielania **odpowiednich** świadczeń zdrowotnych, zatem obejmuje swym

zakresem także przypadek, gdy niemożność udzielenia odpowiedniego świadczenia zdrowotnego ma swoją przyczynę w niedostatku środków finansowych. Zgodnie z zawartym w tym przepisie unormowaniem wobec zaistnienia niemożności świadczenia na wymaganym poziomie, konieczne jest określenie kolejności dostępu do świadczenia zdrowotnego w oparciu o kryteria medycznej natury – ustawa nie dopuszcza tu świadczenia gorszej jakości.

**Innymi słowy: z chwilą podjęcia działań lekarskich wobec konkretnego pacjenta obowiązkiem lekarza jest postępować tak, jak dyktuje wiedza medyczna.**

Oczywiście działania konkretnego lekarza podejmowane są w warunkach określonego zakładu opieki zdrowotnej. Jeśli jego obiektywne warunki z jakichkolwiek przyczyn nie pozwalają lekarzowi na sprostanie wskazaniom aktualnego stanu wiedzy – co obejmuje także sytuację, gdy przyczyną jest niedostatek środków finansowych – wówczas odpowiedzialnością za negatywne tego skutki, które dotknęły pacjenta, nie można obciążyć lekarza, który interweniował.

Nie można wszakże takiej oceny wypowiedzieć, jeśli w danej placówce medycznej istnieje podział pacjentów na lepszych i gorszych, co sprawia że są pacjenci, którzy są leczeni efektywniej niż inni albo też przy zastosowaniu metod postępowania stwarzających mniejsze ryzyko bądź powodujących mniejsze skutki uboczne, podczas gdy inni pacjenci o porównywalnym stanie zdrowia doznają negatywnych skutków stosowania nieoptymalnych metod postępowania.

Rozważenia wymaga kwestia ewentualnej odpowiedzialności osoby, do zadań której należy organizacja działalności danego zakładu opieki zdrowotnej. Jeśli działania lub zaniechania tej osoby stały się przyczyną stosowania niewłaściwych metod diagnozowania lub terapii, wówczas może ona odpowiadać obok lekarza bądź też może stanowić jedyną karnie odpowiedzialną osobę (z uwagi na tzw. błąd organizacyjny) – jest to wszakże zagadnienie wymagające odrębnego omówienia, gdyż rozstrzygnięcia tego tyczące oparte być muszą o dogłębną analizę zasad funkcjonowania zakładów opieki zdrowotnej w rzeczywistości powstałej po wprowadzeniu nowych uregulowań w zakresie ubezpieczeń zdrowotnych.

Niemniej jednak konieczne jest ustosunkowanie się do argumentu, który przez kasy chorych oraz menagerów służby zdrowia jest podnoszony: tak krawiec kraje, jak mu materii staje. Zgodnie z tym poglądem środki finansowe, jakimi dysponują placówki służby zdrowia, po wielokroć nie pozwalają na leczenie odpowiadające standardom postępowania wynikającym z aktualnego stanu wiedzy medycznej. Ten punkt widzenia znalazł nawet wyraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1998 r., wydanym w sprawie cywilnej III CKN 741/98 (OSN 1999, nr 6, poz. 112). Sąd Najwyższy ustosunkował się krytycznie do swego stanowiska zajętego w 1983 roku (wyrok z dnia 28 października 1983 roku, II CR 358/83, OSPiKA 1984, z 9, poz. 187), zgodnie z którym zabieg leczniczy powinien odpowiadać najwyższym standardom opieki medycznej. Obecnie Sąd Najwyższy krytycznie ocenia ten punkt widzenia, gdyż oznacza on tworzenie fikcji najwyższych standardów opieki medycznej. **Zdaniem Sądu Najwyższego w publicznej służbie zdrowia istnieje obowiązek uwzględniania przeciętnego poziomu usług medycznych.** Sąd Najwyższy nawołuje

do dokonywania ocen z umiarem i ostrożnie, ponieważ racje prawne i medyczne nieodłącznie wiążą się z racjami społecznymi (jeśli nie wprost z redystrybucją dochodu narodowego). Jego zdaniem obowiązujące przepisy dają podstawę do stwierdzenia, że **prawo do ochrony zdrowia było i jest limitowane**, choćby ze względów finansowych. Nie może być ono zatem traktowane jak prawo absolutne.

Otóż rzeczywistość jest zaiste taka, jak to przedstawia Sąd Najwyższy, tyle tylko, że jest to niezgodne ze stanem prawnym, który w tym względzie zawiera jednoznaczną regułę: **leczyć w sposób odpowiadający aktualnemu stanowi wiedzy medycznej.** Jeśli zaś ten wymóg ustawowy jest nierealistyczny, to trzeba odpowiednio zmodyfikować regulacje ustawowe, bowiem obecnie ustawa stawia pewne wymogi, którym często nie można sprostać, taki zaś stan rzeczy trudno uznać za zadowalający, gdyż bywa tak, że lekarz postawiony jest wobec alternatywy: albo pacjenta leczyć nie tak, jak to nakazuje wiedza medyczna, albo nie leczyć wcale. Taką sytuację ocenić trzeba przez pryzmat przywołanego już wcześniej przepisu art. 26 par. 5 k.k., który pozwala uznać za nieprzestępny taki wybór lekarza, który nie oznacza poświęcenia dobra oczywiście wyższej wartości.

Zastosowanie tego przepisu do omawianej sytuacji oznacza brak przestępności po stronie lekarza, jeśli zdecyduje się on leczyć, o ile brak leczenia oznaczałby dla pacjenta to samo, co leczenie nie odpowiadające standardom leczenia bądź zaniechanie leczenia stanowiłoby dla kondycji zdrowotnej pacjenta rozwiązanie gorsze (ustawa zezwala nawet na podjęcie interwencji stanowiącej większe zło niż zaniechanie leczenia, jeśli tylko różnica tu występująca nie rzuca się w oczy).

Zmuszanie lekarza do sięgania po tak trudne – nawet dla prawnika – oceny, oznacza obciążanie go rozważaniami, które stoją na przeszkodzie koncentracji na podstawowym jego zadaniu, czyli leczeniu.

Drugi wniosek wypływający ze wskazanych powyżej podstawowych zasad dotyczy kolejności dostępu do świadczeń zdrowotnych w sytuacji ograniczonych możliwości ich udzielenia. Otóż kolejność ta wyznaczana jest wyłącznie względami natury medycznej, co oznacza, że chory będący w gorszym stanie zdrowia powinien uzyskać świadczenie zdrowotne przed osobą znajdującą się w mniej poważnym stanie. Stosowanie tej reguły w praktyce nie jest rzeczą prostą, mogą na tym tle rysować się liczne wątpliwości – ich analizowanie wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

**Zatem jeśli świadczenie zdrowotne zostanie udzielone z pominięciem kolejności ustalonej na podstawie kryteriów medycznych, wówczas w razie wystąpienia u pominiętego pacjenta określonych negatywnych skutków dla zdrowia, lekarz poniesie za nie odpowiedzialność karną.**

Zasada udzielania świadczeń zdrowotnych wedle kolejności ustalanej na podstawie kryteriów medycznych rodzi także określone obowiązki w zakresie informowania pacjenta. Otóż niezależnie od informacji dotyczących stanu zdrowia, powinien on zostać poinformowany o tym, co decyduje o kolejności na liście, od czego zależy przesuwanie się do przodu oraz o tym, jaki jest przewidywany orientacyjny

termin otrzymania świadczenia (podstawą przewidywania jest dotychczasowe doświadczenie). Jeśli realia są takie, że stan zdrowia chorego może sprawić, że nie doczeka on realizacji świadczenia, to powinien o tym wiedzieć, gdyż mając w tym względzie orientację on i jego rodzina mogą podjąć różnorakie działania dla zapewnienia świadczenia zdrowotnego w odpowiednim czasie i odpowiedniej jakości – np. poprzez mobilizację finansową całej rodziny i pokrycie w ten sposób kosztów leczenia za granicą. Tak więc przyjąć należy, że obowiązek lekarza wynikający z art. 31 ustawy o zawodzie lekarza obejmuje poinformowanie także we wskazanym powyżej zakresie.

**Bez względu na to, jakie przyczyny sprawiają, że stosowane wobec pacjenta metody postępowania nie odpowiadają standardom wiedzy medycznej, po stronie lekarza w takiej sytuacji powstaje, zgodnie z art. 31 ustawy o zawodzie lekarza, obowiązek poinformowania go o takim stanie rzeczy. Wedle mojej orientacji praktyka jest odwrotna: nie informuje się pacjenta o tym, jak dalece zastosowane metody diagnozowania lub terapii odbiegają od zalecanego sposobu postępowania zawartego w tzw. standardach leczenia. Pacjent o takim stanie rzeczy powinien wiedzieć, gdyż po pierwsze, jest to istotny wyznacznik wyrażanej przezeń zgody na świadczenie zdrowotne, a po wtóre pacjent mając świadomość istniejącego stanu rzeczy może podjąć rozmaite działania na rzecz zapewnienia sobie właściwych działań lekarskich.**

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Jerzy Leowski*

# Rola i miejsce państwa w systemie ochrony zdrowia

Niniejsza praca jest kontynuacją wcześniej publikowanej pracy autora pt. *„Polityka zdrowotna – dylematy i wyzwania reformy ochrony zdrowia w Polsce i na świecie" (Prawo i Medycyna 2 /vol. 1/, 1999)* i przedstawia rolę i miejsce państwa w zapewnieniu społeczeństwu minimum bezpieczeństwa zdrowotnego. Tym minimum jest, zdaniem autora, pełna odpowiedzialność państwa za podstawowe działania w zakresie zdrowia publicznego, czyli zdrowia ludności ogółem. Wymienione przez autora podstawowe funkcje zdrowia publicznego obejmują działania państwa na rzecz zdrowia ogółu ludności, jak również działania na rzecz zdrowia indywidualnego, których nie da się zapewnić w oparciu o mechanizmy rynkowe, muszą więc pozostawać w sferze odpowiedzialności państwa.

## Wprowadzenie

Zdrowie, edukacja, bezpieczeństwo, kultura to ważne elementy rozwoju społeczno-gospodarczego społeczeństw, przy czym zdrowie pojmowane być musi współcześnie jako zasób: posiadanie go jest warunkiem nie tylko dobrej jakości życia, lecz umożliwia także tworzenie różnorakich dóbr, także dóbr ekonomicznych.

Odpowiedzialność państwa za bezpieczeństwo zdrowotne i właściwe warunki zdrowotne została uwzględniona w większości, jeżeli nie we wszystkich konstytucjach narodowych. System ochrony zdrowia obejmujący działanie na rzecz zdrowia publicznego, tj. działania skierowane na zapewnienie warunków dla zdrowia takich jak zapewnienie zdrowej wody do picia, nadzór nad żywnością, zapewnienie nadzoru profilaktycznego nad matką i dzieckiem, profilaktyka i zwalczanie chorób zakaźnych, edukacja zdrowotna łącznie z zapewnieniem podstawowej opieki medycznej w przypadkach nagłych – to zespół działań, które są akceptowane przez społeczeństwa jako naturalny obowiązek państwa. W mijającym stuleciu wszystkie praktycznie rządy państw świata akceptowały swą odpowiedzialność za stan ochrony

zdrowia obywateli. Współodpowiedzialność rządów za funkcjonowanie i rozwój przyjętego systemu ochrony zdrowia, czy to narodowej służby zdrowia, systemu ubezpieczeń zdrowotnych, systemu centralnie planowanego czy też opartego na świadczeniach prywatnych, miała na celu zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego wszystkim obywatelom. Tymczasem wprowadzana reforma systemu opieki zdrowotnej w Polsce jak i w większości krajów świata zdaje się koncentrować wyłącznie na reformowaniu zasad finansowania opieki medycznej. Pomija się to, co dla stanu zdrowia społeczeństwa najważniejsze, tj. wzmocnienie podstawowych funkcji zdrowia publicznego, które obejmują całokształt działań ograniczających ryzyko utraty zdrowia. Nie negując potrzeby usprawniania zasad finansowania świadczeń medycznych dla chorych, postrzegać należy konieczność zapewnienia przez państwo bezpieczeństwa zdrowotnego wszystkim obywatelom, a tym samym zapewnienia wszystkim prawa do ochrony zdrowia. Przygotowywana aktualnie ustawa o ochronie zdrowia nie może pominąć odpowiedzialności państwa za realizację podstawowych funkcji zdrowia publicznego.

**Rola państwa w zapewnieniu opieki medycznej**

Każdy z funkcjonujących w świecie systemów ochrony zdrowia obejmuje dwie zasadnicze sfery działań:

– opiekę zdrowotną, rozumianą jako medycynę leczniczą, w skład której wchodzą liczne działania indywidualnej prewencji, leczenia, naprawy, rehabilitacji i wzmacniania zdrowia, aż po opiekę terminalną;

– ochronę zdrowia rozumianą jako działania na rzecz zdrowia, realizowane zarówno przez wyspecjalizowane służby zdrowia publicznego, służby medyczne jak i inne sektory życia społeczno-gospodarczego odpowiedzialne za stwarzanie społeczeństwu właściwych warunków zdrowotnych (m.in.: ochrona przed zanieczyszczeniem środowiska naturalnego, żywność i żywienie, transport i komunikacja, odzież, wypoczynek, wykształcenie, zatrudnienie, warunki mieszkaniowe, praca, ubezpieczenie społeczne, swobody obywatelskie itp.).

Patrząc wstecz na postępujący na przestrzeni prawie całego mijającego stulecia rozwój systemów ochrony zdrowia należy podkreślić, że w większości krajów świata opieka zdrowotna traktowana była w całości jako dobro publiczne, w związku z czym starano się ograniczać indywidualną odpowiedzialność finansową użytkowników (11, 12, 15, 20).

Uznanie zdrowia za wspólne dobro publiczne oznaczało w praktyce przyjęcie zasady solidaryzmu i współodpowiedzialności wszystkich za finansowanie wydatków na zdrowie z budżetu państwa, bądź poprzez powszechne ubezpieczenia zdrowotne.

W połowie lat 90-tych, według szacunków Banku Światowego (19) produkt krajowy brutto dla świata wyniósł ponad 25,5 bilionów dolarów USA, a wydatki na zdrowie pochłonęły 9% tego dochodu, co w przeliczeniu na jednego mieszkańca globu wyniosło blisko 400 dolarów USA.

Finansowanie wydatków na zdrowie ze środków publicznych, choć nadal jest pochodną rozwoju gospodarczego, systematycznie rośnie. W krajach rozwijających

się środki publiczne pokrywają od 20 do 60% wydatków na zdrowie, podczas gdy w krajach wysoko uprzemysłowionych wynoszą od 70 do 90% tych wydatków. Wyjątek w tej drugiej grupie krajów stanowią jedynie USA, gdzie środki publiczne stanowią około 45% ogółu wydatków na zdrowie, wynoszących 4000 dolarów na osobę rocznie. W wartościach bezwzględnych *per capita* wydatki publiczne na zdrowie w USA wynoszą rocznie 1400 dolarów (14), co jest sumą wyższą, niż ogół wydatków na zdrowie w Wielkiej Brytanii (1350 dolarów USA) i blisko czterokrotnie wyższą, niż ogół wydatków na zdrowie w Polsce. Prywatne wydatki na zdrowie w USA, wynoszące 2600 dolarów *per capita*, są wyższe niż całość wydatków w jakimkolwiek z najbogatszych krajów świata.

Ostatnia dekada mijającego stulecia przyniosła istotne zmiany w filozofii dalszego rozwoju świata, w obowiązujących dotychczas systemach wartości. Na świecie i w Polsce, zmiany te dotyczą głównie sfery polityki społeczno-ekonomicznej. Istotą zmian jest m.in. negowanie regulacyjnych funkcji państwa w rozwiązywaniu problemów socjalnych, w tym roli państwa w zapewnieniu opieki zdrowotnej (11). Zmianę filozofii rozwoju społeczno-ekonomicznego spowodowało wiele czynników. Należą do nich m.in. kryzys ekonomiczny, jaki w połowie lat 80-tych dotknął liczne kraje rozwijające się, a także niektóre kraje rozwinięte, zakończenie „zimnej wojny", którego efektem było załamanie gospodarcze krajów Europy Środkowo-Wschodniej aż po Chiny oraz nie do końca spełnione nadzieje pokładane w strategii WHO „Zdrowie dla wszystkich" (2, 4, 11, 16).

W polityce zdrowotnej zmiany te wyrażają się powszechnym „reformowaniem" systemu ochrony zdrowia. Reformy te, choć uzasadniane szczytnymi hasłami poprawy dostępności i efektywności, ograniczają się w zasadzie do zmniejszania odpowiedzialności państwa za zdrowie na rzecz zwiększania finansowej odpowiedzialności użytkowników świadczeń.

Źródłem i przyczyną decyzji o zmniejszaniu skali finansowej odpowiedzialności państwa za zdrowie jest m.in. szybkie tempo wzrostu kosztów opieki medycznej, które znacznie wyprzedza rozwój ekonomiczny. Nie uwzględnia się jednak przy tym obiektywnych przesłanek warunkujących wzrost kosztów opieki medycznej, jakimi są zmiany struktury demograficznej społeczeństw i postęp technologiczny, który m.in. udostępnił nowoczesne procedury diagnostyczno-lecznicze. W efekcie wprowadzane w wielu krajach „reformy" zasad finansowania opieki zdrowotnej stają się zagrożeniem dla bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli przez ograniczenie dostępności świadczeń czy wprowadzanie limitów świadczeń.

Ograniczanie regulacyjnych funkcji rządów, w tym odpowiedzialności państwa za zdrowie, jest kierunkiem wyraźnie promowanym przez takie instytucje międzynarodowe jak Bank Światowy, Międzynarodowy Fundusz Walutowy czy Międzynarodowa Organizacja Handlu. W przypadku Polski jest to kierunek uznawany przez niektórych za szczególnie atrakcyjny, gdyż przeciwstawia się funkcjom państwa w tzw. systemie centralnego planowania. Aprobata społeczna wprowadzanych ograniczeń odpowiedzialności państwa za zdrowie jest jednak bardzo niska. Wskazują na to wyraźnie wyniki badania opinii publicznej w tym zakresie.

**Prywatyzacja opieki zdrowotnej**

Przedmiotem debat staje się więc w ostatnich latach prywatyzacja opieki zdrowotnej. Zwolennicy prywatyzacji, rzecznicy gospodarki neoliberalnej argumentują, że podobnie jak w innych sferach życia prywatna opieka medyczna poprawi efektywność działań. Społeczeństwo poprzez pełniejsze prawo wyboru stanie się bardziej współodpowiedzialne za sprawy zdrowia, co z kolei przyczyni się do zahamowania wzrostu kosztów opieki zdrowotnej (lub nawet do ich redukcji). Państwa o rządach bardziej liberalnych coraz wyraźniej negują nawet elementarne funkcje regulacyjne państwa na rynku usług zdrowotnych. Wymaga to istotnych zmian obowiązujących uregulowań prawnych (13), a jak wynika z dotychczasowych doświadczeń Polski, nie jest to sprawą prostą. Państwa mniej liberalne uznają swą odpowiedzialność jako „nabywcy" świadczeń dla wybranych grup usług. Pomija się natomiast dyskusję na temat odpowiedzialności państwa za bezpieczeństwo zdrowotne obywateli.

Oponenci prywatyzacji zwracają z kolei uwagę na fakt, że jedynie system finansowania oparty na zasadach zbiorowej odpowiedzialności za zdrowie zapewnia pełną równość i dostęp do opieki zdrowotnej, co jest szczególnie istotne dla warstw ubogich i osób przewlekle chorych.

Utrzymanie zasady zbiorowej odpowiedzialności za zdrowie jest szczególnie istotne dla państw przechodzących głęboką transformację społeczno-gospodarczą, która z samej swej istoty powoduje zaburzenie w dystrybucji dochodu narodowego, a w konsekwencji burzy istniejące dotychczas poczucie bezpieczeństwa socjalnego, w tym zdrowotnego. Problem ten dotyczy zresztą w równej mierze innych dziedzin życia społecznego np. edukacji i szkolnictwa wszystkich szczebli, nauki czy bezpieczeństwa fizycznego obywateli. Potrzeba poczucia bezpieczeństwa zdrowotnego staje się dla wszystkich społeczeństw coraz ważniejsza w związku z osiągnięciami nauk medycznych, które pozwalają m.in. na utrzymanie przy życiu i w miarę sprawne funkcjonowanie osób dawniej skazanych na przedwczesny zgon. Osoby takie, biologicznie słabsze, niekiedy przez całe życie wymagają określonych świadczeń medycznych. Proporcja takich osób rośnie we wszystkich społeczeństwach, a wraz z przedłużaniem przeciętnego trwania życia rośnie również proporcja ludzi starych, wśród których występowanie chorób przewlekłych wymagających stałej fachowej opieki społeczno-medycznej jest niejako zjawiskiem naturalnym. Coraz wyższa proporcja osób w starszych grupach wieku, poza wzrostem skali występowania chorób przewlekłych powoduje konieczność zapewnienia medycznej opieki terminalnej, niekiedy długotrwałej, wymagającej znacznych nakładów sił i środków, zapewnienia komfortu umierania bez nadmiernych cierpień, przy często pełnej świadomości nieuleczalności. Prywatyzacja świadczeń medycznych odcina dostęp do takiej opieki dla zbyt wielu.

**Bezpieczeństwo zdrowotne obywateli a opieka medyczna**

Bezpieczeństwo zdrowotne obywateli uwarunkowane jest wieloma czynnikami, z których najważniejszym jest świadomość powszechnej dostępności skutecznych

świadczeń medycznych. Naturalną tendencją medycyny naprawczej jest z jednej strony stały postęp w zakresie biomedycznych technologii i związana z tym procesem stała eskalacja kosztów, z drugiej zaś strony rosnące potrzeby zdrowotne społeczeństw związane z wydłużaniem przeciętnego trwania życia oraz z faktem, iż współczesne osiągnięcia nauk medycznych pozwalają na utrzymanie przy życiu i w miarę sprawne funkcjonowanie osób, które dawniej skazane były na przedwczesny zgon.

Z faktu dynamicznie rosnących kosztów świadczeń medycznych wynika, iż dla poczucia bezpieczeństwa zdrowotnego konieczne jest także poczucie bezpieczeństwa w kategoriach finansowych, co oznacza w praktyce przeświadczenie o wydolności (skuteczności) funkcjonującego systemu ubezpieczeń (11).

W całościowym ujęciu bezpieczeństwo zdrowotne obywateli zależy zarówno od pełnej dostępności i sprawności funkcjonowania służb medycznych, jak również, a może przede wszystkim, od istnienia sprawnie działających służb zdrowia publicznego. Paradoks sytuacji polega na tym, że pełna dostępność opieki medycznej wytworzyła w społeczeństwach większości krajów naturalną potrzebę korzystania z usług medycznych. Podaż kreuje popyt. Większość popytu wynika z autentycznych potrzeb spowodowanych występowaniem chorób, choć nie ulega wątpliwości, że spora część „konsumowanych" przez społeczeństwo świadczeń zdrowotnych ma z punktu widzenia bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli wartość marginalną, której nie można oczywiście negować, choćby z punktu widzenia komfortu psychicznego w jakości życia, jaki zapewnia pełna dostępność. Czy i na ile jednak komfort pełnej dostępności świadczeń jest osiągalny dla wszystkich, staje się sprawą dyskusyjną, w szczególności w krajach o gospodarce rynkowej, gdzie wszystko lub prawie wszystko ma podlegać prawom rynku, czyli ma być „towarem". Zwolennicy neoliberalnej polityki gospodarczej uważają, że komfort pełnej dostępności świadczeń medycznych nie musi być równoznaczny z konstytucyjną odpowiedzialnością państwa za bezpieczeństwo zdrowotne opłacane ze środków publicznych (podatków bądź obowiązkowych składek ubezpieczeniowych), w warunkach niedoboru tych środków. Niedobór środków publicznych na zdrowie jest zjawiskiem obiektywnym i powszechnym, występującym w społeczeństwach zarówno zamożnych jak i biednych. Kluczem do rozwiązania dylematu pełnej dostępności świadczeń zdrowotnych jest więc próba przeniesienia ciężaru kosztów na użytkowników.

Za utrzymaniem odpowiedzialności państwa za bezpieczeństwo zdrowotne obywateli wypowiada się ostatnio nie tylko Światowa Organizacja Zdrowia, ale również Bank Światowy. Stanowisko Banku Światowego w tym zakresie zdaje się wynikać z faktu pogłębiania się w świecie sfer ubóstwa, niosących za sobą zagrożenia zdrowotne dla wszystkich.

Zgodnie ze stanowiskiem Banku Światowego (19) w każdym kraju, bez względu na poziom rozwoju gospodarczego, administracja centralna, czyli rząd, odgrywa bardzo ważną rolę w zapewnieniu bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli. Rola ta wynika przede wszystkim z faktu uznawania zdrowia przez większość państw za dobro publiczne, dobro przysługujące każdemu obywatelowi (za darmo) (*public*

*goods, merit goods*) na równi z edukacją, bezpieczeństwem itp. Rola państwa wynika również z przesłanek czysto ekonomicznych. Oto one:

a) Znaczna część działań na rzecz zdrowia jako w znacznej części dobra publicznego, a nie tylko indywidualnego kreuje bardzo wymierne uboczne wartości społeczno-ekonomiczne *(externalities*). Mechanizmy rynkowe takich wartości nie kreują lub kreują je w stopniu minimalnym;

b) Warstwy ludności ekonomicznie upośledzonej, warstwy biedne, które w różnej proporcji, z reguły niemałej, istnieją w każdym kraju, są zazwyczaj pozbawione dostępu do opieki zdrowotnej w skali umożliwiającej im wieść społecznie i ekonomicznie wydajne życie. Finansowanie potrzeb zdrowotnych tych warstw społecznych przyczynia się do redukcji skali zjawiska biedy lub co najmniej do znacznego ograniczenia negatywnych konsekwencji tego zjawiska;

c) Ingerencje państwa w opiekę zdrowotną mają istotny pozytywny wpływ na poczucie bezpieczeństwa socjalnego, w tym zdrowotnego, poprzez niwelowanie skali negatywnych skutków rynku świadczeń zdrowotnych, czyli tego, co w ekonomii nazywa się błędami rynku *(market failures*).

**Podstawowe funkcje państwa w ochronie zdrowia**

Choć dostępność świadczeń medycznych w oczywisty sposób decyduje o poczuciu bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli, nie jest jednak czynnikiem wystarczającym do autentycznego zapewnienia tego bezpieczeństwa. Poza dostępnością świadczeń medycznych dla wszystkich, która może być zapewniona przez publiczną służbę zdrowia finansowaną ze środków publicznych (podatki, ubezpieczenia powszechne) bezpieczeństwo zdrowotne obywateli zależy od działań państwa podejmowanych na rzecz zdrowia ogółu ludności, czyli działań zdrowia publicznego, których celem jest tworzenie warunków dla zapewnienia zdrowia wszystkim obywatelom.

Głosy wskazujące na konieczność zapewnienia problematyce zdrowia publicznego należnego jej miejsca w systemie polityki zdrowotnej wynikają głównie z faktu pomijania tych zagadnień w zachodzących w świecie procesach reform w ochronie zdrowia. Reformy koncentrują się na problemach opieki zdrowotnej, medycyny leczniczej, czyli naprawiania zdrowia indywidualnego, a przede wszystkim na finansowaniu świadczeń zdrowotnych. Kierunek reform to przekształcenie zdrowia z kategorii „dobro publiczne" w kategorię „dobro indywidualne" oraz wprowadzenie mechanizmów rynkowych i prywatnego rynku świadczeń zdrowotnych. Naturalną konsekwencją takiego kierunku reform jest coraz dalej idące ograniczanie odpowiedzialności państwa za zdrowie.

Pomijanie kwestii zdrowia publicznego w procesie reform rządy poszczególnych państw, w tym Polski, starają się uzasadniać odrębnością tej problematyki, wprowadzając lub zapewniając wprowadzenie różnych „protez" w formie odrębnych rozwiązań ustawowych np. ustaw o ochronie zdrowia, lub odrębnych programów zdrowotnych, które w praktyce sprowadzają się nadal do programów głównie „medycznych", a nie zdrowia ludności ogółem tj. całokształtu problematyki zdrowia publicznego.

Podjęte w ostatnich latach przez Światową Organizację Zdrowia (1, 8, 9) jak i przez inne organizacje rządowe i ośrodki naukowe (3, 5, 11) prace badawcze i analityczne na temat roli państwa i miejsca zdrowia publicznego w systemie ochrony zdrowia w 21-ym stuleciu doprowadziły do sformułowania podstawowych funkcji zdrowia publicznego *(Essential Public Health Functions, Population-Based Core Functions*). Na liście podstawowych funkcji zdrowia publicznego znajdują się zarówno działania na rzecz bezpieczeństwa zdrowotnego ogółu ludności, jak również działania na rzecz osób indywidualnych, uznanych za najbardziej zagrożone utratą zdrowia lub powodujące potencjalne zagrożenie dla innych.

***Podstawowe funkcje zdrowia publicznego***

Działania na rzecz ogółu ludności

1. Monitorowanie stanu zdrowia populacji. Walka z chorobami o znaczeniu społecznym, wypadkami i urazami.
2. Identyfikacja i zwalczanie zagrożeń zdrowotnych w środowisku, miejscu zamieszkania, pracy, w żywności i wodzie.
3. Nadzór epidemiologiczny, kontrola laboratoryjna chorób zakaźnych, w tym zawleczonych z zagranicy oraz zagrożeń środowiskowych.
4. Promocja zdrowia, organizacja aktywnego współuczestnictwa społeczeństwa w działaniach na rzecz zdrowia, determinanty zdrowia i choroby.
5. Zarządzanie opieką zdrowotną, ekonomika zdrowia, systemy organizacji i finansowania ochrony zdrowia.
6. Ocena jakości świadczeń zdrowotnych, zagadnienia prawne w medycynie, bioetyka, orzecznictwo lekarskie.
7. Ocena sytuacji zdrowotnej świata, międzynarodowe regulacje prawne w ochronie zdrowia, potencjalne zagrożenia, zawleczenia chorób z zagranicy, medycyna katastrof.

Działania na rzecz indywidualnych osób

1. Profilaktyka indywidualna, organizacja służb zapobiegawczych, np. szczepienia ochronne, profilaktyka chorób wenerycznych, planowanie rodziny.
2. Profilaktyka i leczenie chorób o znaczeniu społecznym: AIDS, choroby zakaźne łącznie z gruźlicą, choroby psychiczne, uzależnienia, wybrane choroby cywilizacyjne (np. cukrzyca).
3. Organizacja czynnego poradnictwa dla grup wysokiego ryzyka zachorowania.
4. Podstawowa opieka zdrowotna, pomoc medyczna dla bezdomnych i innych osób pozbawionych dostępu do świadczeń zdrowotnych.
5. Organizacja opieki zdrowotnej finansowanej przez instytucje pozarządowe.

Wymienione podstawowe funkcje zdrowia publicznego zawierają listę działań na rzecz zdrowia, za które odpowiedzialność i których finansowanie spoczywać musi na państwie, bez względu na poziom rozwoju społeczno-ekonomicznego poszcze-

gólnych krajów, czy na przyjęte rozwiązania organizacyjno-finansowe w zakresie świadczeń medycznych. Mechanizmy rynkowe, nawet najsprawniej funkcjonujące, nie są w stanie zapewnić realizacji wymienionych wyżej podstawowych funkcji zdrowia publicznego. Brak bowiem nabywców akceptujących ponoszenie indywidualnych kosztów tej grupy działań.

Należy podkreślić, iż lista podstawowych funkcji zdrowia publicznego zawiera jedynie minimum działań, które muszą pozostać w sferze odpowiedzialności rządów wszystkich państw, minimum tego, co w zakresie zdrowia jest i pozostać musi „dobrem publicznym". Nic nie stoi na przeszkodzie, by poszczególne rządy pojęcie zdrowia jako dobra publicznego traktowały szerzej i obejmowały nim część lub całość świadczeń w zakresie indywidualnej opieki zdrowotnej, co zresztą ma miejsce w wielu wysoko rozwiniętych krajach świata (z wyjątkiem USA).

**Zagrożenia i wyzwania 21-go stulecia**

Uznanie wybranych działań na rzecz zdrowia za podstawowe funkcje państwa staje się, w perspektywie nadchodzącego 21-go stulecia, wyzwaniem mającym na celu przeciwdziałanie już widocznym zagrożeniom. W Polsce, podobnie jak w wielu innych krajach, wprowadzane reformy finansowania opieki zdrowotnej prowadzą do systematycznego ograniczania odpowiedzialności państwa za zdrowie. Zdrowie w coraz większym stopniu staje się towarem (9, 11, 16). W 10 lat po zakończeniu zimnej wojny i upadku gospodarki nakazowo-rozdzielczej coraz liczniejsza grupa krajów „reformuje" swoje systemy opieki zdrowotnej poprzez np. ograniczanie dostępności świadczeń, czy tak jak w Polsce, wprowadzanie limitowania świadczeń. Rozkwita tym samym na nowo gospodarka nakazowo-rozdzielcza, a jedyną różnicą jest to, że rolę państwa w limitowaniu świadczeń przejęły instytucje ubezpieczeniowe lub samorządowe.

W skali świata zagrożeniem dla zdrowia są procesy przemian globalnych, jakie zachodzą we wszystkich dziedzinach życia. Globalizacja procesów społeczno-ekonomicznych świata to fakt już istniejący, a tempo przemian narasta i nie pozostanie bez wpływu na warunki zdrowotne ludności globu w 21-ym stuleciu. Główne procesy przemian globalnych, które mają wpływ na zdrowie, w szczególności zdrowie publiczne, a których wpływ będzie się pogłębiał to:

1. Przemiany demograficzne. Systematyczny wzrost liczby ludności świata, w tym rosnąca proporcja ludzi w starszych grupach wieku (szczególnie w krajach wysoko rozwiniętych) oraz wyraźny wzrost skali procesów migracyjnych.
2. Sytuacja ekologiczna. Rosnące tempo urbanizacji świata z towarzyszącym mu wzrostem zanieczyszczeń środowiskowych w miastach przy równoczesnym pogarszaniu się warunków ekologicznych wsi.
3. Rozwój ekonomiczny. Globalizacja mechanizmów rynkowych, rozwój wolnego handlu i procesów prywatyzacyjnych; rosnący transfer nowych technologii (w tym medycznych), rosnące tendencje konsumeryzmu; wzrost liczby megaprzedsiębiorstw o kapitale wielonarodowym; zmieniający się model rynku zatrudnienia i charakteru pracy, problemy przystosowania i ryzyko potencjalnie rosnącego bezrobocia.

4. Rosnąca sfera ubóstwa. Pogłębiające się rozwarstwienie pomiędzy bogatymi a biednymi, zarówno wewnątrz poszczególnych krajów, jak i pomiędzy krajami; rosnąca porcja ludności żyjącej poniżej poziomu ubóstwa zarówno w krajach rozwijających się jak i rozwiniętych.
5. Zmiany struktury społecznej. Zmiany w systemie funkcjonowania społeczności lokalnych i systemie opieki społecznej, zmieniająca się rola i funkcje kobiet, rosnąca siła globalnych ruchów społecznych, wzrost sieci ruchów samopomocowych oraz organizacji pozarządowych, demokratyzacja wielu społeczeństw. Rosnąca świadomość praw człowieka, w tym prawa do ochrony zdrowia.
6. Rozwój technologiczny. Szybki rozwój technologiczny wszystkich dziedzin życia, w szczególności w informatyce, elektronice, sieci komunikacji masowej, telekomunikacji itd., z istotnym potencjalnym wpływem na skalę i tempo rozpowszechniania i wymiany informacji, jak i na styl życia i zachowania człowieka.
7. Tempo rozwoju, konflikty, zachowanie pokoju. Postępujący proces demokratyzacji wielu społeczności przy rosnącym współudziale społeczeństw, ale równocześnie wzrost zachowań agresywnych, konfliktów i katastrof wywołanych przez ludzi, z rosnącą liczbą ofiar i uchodźców, zarówno w skali społeczności lokalnych jak i na szczeblu międzynarodowym.
8. Podwójne obciążenie – stare i nowe choroby oraz zagrożenia zdrowotne. Utrzymujący się wysoki poziom zachorowań na choroby zakaźne przy równocześnie rosnącym poziomie zachorowań na choroby niezakaźne w krajach rozwijających się, z przybierającym rozmiary pandemii zagrożeniem HIV/AIDS i potencjalnym zagrożeniem innymi, dotychczas nieznanymi chorobami.

**Podsumowanie**

Szacuje się, że w ciągu najbliższych dwóch dekad liczba ludności na świecie może osiągnąć 8-8,5 miliardów, z czego 80% stanowić będzie ludność krajów rozwijających się. Ten szybki wzrost liczby ludności oraz nierównomierne rozmieszczenie geograficzne pociągnie za sobą dalsze narastanie już istniejących problemów społeczno-ekonomicznych i bytowych. Pogłębiającej się degradacji środowiska naturalnego towarzyszyć będą masowe migracje ludności wiejskiej do miast, ludności krajów ubogich do bogatszych, rosnące trudności w zaopatrzeniu w zdrową i bezpieczną żywność i wodę jak i poważne zaburzenia całego ekosystemu globu.

Przewiduje się, że do 2025 r. proporcja ludności powyżej 60 roku życia wzrośnie w krajach uprzemysłowionych z obecnych 17% do 25%. Również w krajach rozwijających się rośnie i będzie narastać proporcja ludzi w starszym wieku. Postępująca w szybkim tempie transformacja demograficzna ludności globu nasilić może już istniejące problemy nierówności społeczno-ekonomicznych, a w ślad za tym – rosnącą proporcję ludzi chorych bez możliwości zaspokojenia potrzeb zdrowotnych, w tym rosnącą liczbę ludzi przewlekle chorych. Już obecnie szacuje się, że 20-25% ludności globu tj. blisko 2 miliardy osób żyje w absolutnym ubóstwie. Ich dochód nie przekracza 1 $ USA dziennie, a dane ONZ wskazują, że wraz ze wzrostem

liczby ludności świata sfera ubóstwa ulega dalszemu pogłębianiu. Zjawiska te, choć z różnym nasileniem, występują również w Polsce.

Jedyną możliwością przeciwdziałania ujemnym skutkom wspomnianych tendencji jest, co najmniej, pełna realizacja przez każde państwo, a tym samym przez świat jako całość podstawowych funkcji zdrowia publicznego. Polska nie może stać się niechlubnym wyjątkiem. Opracowywana aktualnie ustawa o ochronie zdrowia musi uwzględniać i precyzować minimum odpowiedzialności państwa za realizację podstawowych funkcji zdrowia publicznego – tym bardziej, jeżeli nie stać nas na zapewnienie pełnej opieki zdrowotnej.

**Piśmiennictwo**


1. Bettcher D.W., Sapirie S., Goon E.H.T.: Essential public health functions: results of the international Delphi study. World Health Statistics Quarterly. 1998. Vol. 51. No 1. 44-54.
2. Feachem R.G.A.: Poverty and inequity: a proper focus for the new century; Bulletin of the World Health Organization. 2000. Vol. 78. No 1. 1-2.
3. Frank J., Bobadilla J.L., Sepielveda J., Rosenthal J., Ruelas E.: A conceptual model for Public Health Research; PAHO Bulletin. 1988. Vol. 22. No 1. 60-71.
4. Gwatkin D.R.: Health inequalities and the health of the poor: What do we know? What can we do? Bulletin of the World Health Organization. 2000. Vol. 78. No 1. 3-18.
5. Health Care Reform and Public Health: A Paper on Population-Based Core Functions; The Core Functions Project, US Public Health Service. 1993. Journal of Public Health Policy. 1998. Vol. 19. No 4. 394-419.
6. Indulski J.: Rola i znaczenie zdrowia publicznego dla polityki zdrowotnej. Zdrowie Publiczne. 1999. CIX. Supl. 3. 17-22.
7. Kai-Hong Phua.: Comparative Health Care Financing Systems, with Special Reference to East Asian Countries. Research in Healthcare Financial Management. 1999. Vol. 5. No 1. 113-133.
8. Kreisel W. i von Schirnding J.: Intersectoral action for health: a cornerstone for health for all in the 21-st century. World Health Statistics Quarterly. 1998. Vol. 51. No 1. 75-78.
9. Leowski J.: Essential public health functions – their place in the Health-for-All Policy for the 21-st century; World Health Statistics Quarterly. 1998. Vol. 51. No 1. 55.
10. Leowski J.: 50-lecie Światowej Organizacji Zdrowia (1948-1998). Zdrowie Publiczne. 1998. CVIII. Nr 6. 237-242.
11. Leowski J.: Polityka zdrowotna – dylematy i wyzwania reformy ochrony zdrowia w Polsce i na świecie; Prawo i Medycyna. 1999. Vol. 1. Nr 2. 5-15.
12. Lerel L.B., Lopez A.D., Kjellstrom T., Yach D.: Health for all: analyzing health status and determinants. World Health Statistics Quarterly. 1998. Vol. 51. No 1. 7-20.
13. L'hirondel A. i Yach D.: Develop and strengthen public health law. World Health Statistics Quarterly. 1998. Vol. 51. No 1. 79-87.
14. Shalala D.E. i Reinhardt U.E.: Viewing the US Health Care System from Within. Candid Talk from HHS. Health Affairs. 1999. Vol. 18. Nr 3. 47-55.
15. Sidel V.: The Fabric of Public Health. AJPH. 1986. Vol. 76. No 4. 373-378.
16. Terris M.: Epidemiology and Health Policy in the Americas: Meeting the Neoliberal Challenge. Journal of Public Health Policy. 1998. Vol. 19. No 1. 15-24.
17. Visschedijk J. i Simeant S.: Targets for health for all in the 21-st century. World Health Statistics Quarterly. 1998.Vo. 51. No 1. 56-67.
18. Wąsiewicz E.P.: W sprawie nauczania zdrowia publicznego. Zdrowie Publiczne. 2000. CX. Nr 1. 31-34.
19. World Development Report 1997: The State in a Changing World. World Bank. 1997.
20. World Bank Policy Study: Financing Health Services in Developing Countries, an Agenda for Reform; World Bank. 1987.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Michał Pełka*

# Podstawy prawne i zakres odpowiedzialności cywilnej Kas Chorych

## 1. Uwagi ogólne

Wprowadzenie systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego zmienia w istotny sposób model organizacji i metody finansowania opieki zdrowotnej funkcjonujące dotychczas w Polsce. W nowym podziale ról, który stanowi rezultat dokonujących się przeobrażeń, niezbędne staje się sprecyzowanie zakresu kompetencji oraz treści zobowiązań podmiotów uczestniczących w działaniach sektora zdrowotnego. Istnieje wyraźna potrzeba określenia zakresu odpowiedzialności za ogólną politykę zdrowotną, zdrowie publiczne, promocję zdrowia, inwestycje, jak również za rozwój instytucji działających na rzecz ochrony zdrowia i świadczących usługi medyczne[1]. Newralgicznym ogniwem nowego systemu ochrony zdrowia są Kasy Chorych, powołane na mocy ustawy[2] z dnia 6 lutego 1997 r. do realizacji zadań z zakresu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Nadrzędnym celem Kas Chorych jest dostarczanie, w ramach posiadanych środków finansowych, najlepszej opieki medycznej wszystkim ubezpieczonym ze swojego terytorium działania.

Kasy Chorych są głównym organizatorem i koordynatorem procesu udzielania świadczeń zdrowotnych w skali makroekonomicznej. Od ich decyzji uzależnieni są nie tylko świadczeniodawcy[3], którym Kasy przekazują środki finansowe, ale także ubezpieczeni, gdyż wybór miejsca leczenia, dostępności i jakości usług medycznych jest ograniczony poprzez umowy zawierane ze świadczeniodawcami. Prawidłowe rozpoznanie przez Kasę Chorych potrzeb zdrowotnych ubezpieczonych i zadbanie zawczasu o zapewnienie odpowiedniej ilości świadczeń w celu zaspokojenia zapo-

[1] Zob. C. Włodarczyk, Ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, Praca i Zabezpieczenie Społeczne nr 7-8/1997, s. 8.
[2] Dz.U. nr 28 poz. 153 z późn. zm.
[3] Co do pojęcia świadczeniodawcy zob. art. 7 pkt 23 ustawy o p.u.z.

trzebowania będzie miało nierzadko decydujący wpływ na ostateczny wynik leczenia[4]. Z tych względów istotne jest ustalenie, jakiego rodzaju świadczenia objęte są systemem powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego oraz jakie warunki muszą być spełnione, aby koszty udzielania owych świadczeń mogły być sfinansowane i rozliczone przez Kasy Chorych. Umożliwi to sprecyzowanie zakresu obowiązków i analizę zagadnienia odpowiedzialności cywilnej Kas Chorych w razie naruszenia praw ubezpieczonych do świadczeń przysługujących im z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego.

**2. Charakter prawny relacji łączącej Kasę Chorych z ubezpieczonymi**

Ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym powołała do życia Kasy Chorych jako podmioty utworzone w celu realizacji zadań z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego. Najważniejszym instrumentem przyznanym Kasom w celu zapewnienia ubezpieczonym przysługujących im świadczeń zdrowotnych jest zawieranie umów ze świadczeniodawcami (art. 53 oraz art. 72). Kasa Chorych staje się instytucją pośredniczącą w trójpodmiotowej relacji: ubezpieczony – Kasa Chorych – świadczeniodawca (zakład opieki zdrowotnej, lekarz, pielęgniarka i inni). Z jednej strony Kasa jest związana umowami o świadczenie usług medycznych z podmiotami uprawnionymi do ich udzielania, a z drugiej strony – stosunkiem członkostwa z ubezpieczonymi.

Kwestia podstaw odpowiedzialności cywilnej w stosunkach między daną Kasą Chorych a świadczeniodawcami nie nastręcza większych trudności, bowiem z racji istniejącej między stronami umowy znajdą zastosowanie ogólne przepisy o odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 i nast. k.c.).

Natomiast zagadnieniem o większym stopniu komplikacji i nie do końca jednoznacznym jest charakterystyka wzajemnych relacji łączących Kasę z ubezpieczonymi w niej pacjentami.

Analiza stosownych przepisów ustawy o p.u.z. pozwala stwierdzić, iż wprowadza ona podział ubezpieczonych na dwie grupy: osoby podlegające obowiązkowi ubezpieczenia *ex lege* (art. 8) i osoby ubezpieczające się dobrowolnie (art. 9).

Nie ma wątpliwości, że osoby ubezpieczające się dobrowolnie, na podstawie pisemnego wniosku złożonego w Kasie Chorych, łączy z Kasą stosunek umowny, gdyż potwierdzają to odnośne przepisy ustawy. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 9 ust. 3 osoba ubiegająca się o ubezpieczenie zdrowotne zostaje nim objęta z dniem określonym w u m o w i e zawartej przez tę osobę z Kasą Chorych, a przestaje – w dacie rozwiązania umowy lub wskutek nieopłacenia składki w obowiązującym terminie. Jednocześnie z dniem objęcia ubezpieczeniem rozpoczyna się prawo do świadczeń zdrowotnych; wygasa ono po upływie 30 dni od dnia ustania członkostwa w Kasie Chorych (art. 9 ust. 6).

[4] M. Safjan, Współczesne tendencje i dylematy odpowiedzialności cywilnej lekarza, Przegląd Sądowy nr 3/1991, s. 6.

Ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym nie zawiera natomiast konkretnych postanowień charakteryzujących sytuację prawną osób podlegających obowiązkowi ubezpieczenia *ex lege,* wymieniając tylko w art. 8 osoby, które temu ubezpieczeniu podlegają. Jednakże art. 8 nie może stanowić podstawy do zawiązania stosunku ubezpieczenia, gdyż statuując obligatoryjność ubezpieczenia określonych grup osób nie przesądza jeszcze ani o nabyciu prawa do określonych ustawą świadczeń, ani o zakresie i jakości tych świadczeń, ani wreszcie o instytucjach obowiązanych do zapewnienia gwarantowanych usług zdrowotnych. Dopiero powiązanie art. 8 z pozostałymi przepisami ustawy o p.u.z. umożliwia prawidłową ocenę sytuacji prawnej pacjentów.

Kwestię uprawnień z tytułu ubezpieczenia zdrowotnego reguluje zasadniczo rozdział 4 ustawy o p.u.z., który również upoważnia Kasy Chorych do określania warunków dotyczących zapewnienia odpowiedniej jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych. Osoby zamierzające nabyć członkostwo w instytucji realizującej zadania z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego na podstawie dobrowolnego ubezpieczenia nie mają żadnego wpływu na zakres przysługujących im uprawnień, czyli na elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) umowy z Kasą Chorych (poza określeniem podstawy wymiaru płaconej składki), zaś uwzględnienie elementów podmiotowo istotnych (*accidentalia negotii*) mogłoby mieć miejsce tylko w przypadku zawarcia umowy z inną niż Kasa Chorych instytucją ubezpieczenia zdrowotnego, o której mowa w art. 4a. W identycznej sytuacji znajdują się osoby podlegające obowiązkowi ubezpieczenia *ex lege* – również one nie mają wpływu na zakres ani kształt świadczeń, które powinna zapewnić im Kasa Chorych. Ponadto osoby wymienione w art. 8 są obowiązane zgłosić się w wybranej przez nich Kasie Chorych i opłacić składkę w terminie i na zasadach określonych ustawą o p.u.z. (art. 8a ust.1). Osoba taka p o z g ł o s z e n i u w Kasie Chorych staje się jej członkiem i dopiero wówczas wraz z członkami rodziny u z y s k u j e p r a w o d o ś w i a d c z e ń z ubezpieczenia zdrowotnego, przy spełnieniu wymogu przedstawienia karty ubezpieczenia (art. 8 ust. 2 oraz art. 51 ust. 1).

Dokonanie wyboru Kasy Chorych wraz ze stosownym zgłoszeniem są więc niezbędnymi warunkami nabycia uprawnień do świadczeń gwarantowanych ustawą o p.u.z. i są to działania przedsięwzięte w celu wywołania określonego skutku prawnego – nabycia prawa do świadczeń z ubezpieczenia zdrowotnego.

Z uwagi na to, iż wybór Kasy Chorych i w dokonane jego w efekcie zgłoszenie stanowią wyraz woli danej osoby, nakierowany na ustanowienie stosunku ubezpieczenia zdrowotnego pomiędzy nią a Kasą Chorych[5], można uznać, iż zgłoszenie i wybór składają się na **oświadczenie woli**[6] osoby podlegającej obowiązkowi ubez-

[5] Por. J. Jończyk, Prawa pacjenta i odpowiedzialność za szkodę z leczenia, Prawo i Medycyna nr 2/1999, s. 7.

[6] „Oświadczeniem woli (...) jest takie zachowanie się człowieka (...), które wyraża w sposób dostateczny zamiar (wolę) wywołania skutku prawnego tj. ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku cywilnoprawnego" – A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 1970, s. 239. Powyższe określenie można uzupełnić uwagą, iż wola (zamiar) jest koniecznym składnikiem oświadczenia woli, gdyż bez takiego zamiaru określone skutki prawne nie mogłyby w ogóle powstać. Zob. S. Grzybowski [w:] System prawa cywilnego, t. I,Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985, s. 479 i n.

pieczenia, które to oświadczenie jest **przyjęciem oferty** Kasy Chorych skierowanej do ogółu osób, którym ustawa o p.u.z. przyznaje uprawnienie do uzyskania świadczeń z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego.

Wymóg zgłoszenia się w określonej Kasie Chorych nie może być potraktowany jedynie jako warunek prawny (*conditio iuris*), który ustawa nakłada na osoby podlegające obowiązkowi ubezpieczenia i którego spełnienie wywołuje skutek prawny niezależny od woli działającego[7].

Akces do wybranej Kasy Chorych wymaga bowiem **uzewnętrznionego aktu woli, będącego wyrazem chęci przystąpienia do danej instytucji ubezpieczenia zdrowotnego,** co odpowiada przyjętej w doktrynie charakterystyce oświadczenia woli[8].

Niezależnie zatem od tego, czy obywatel podlega obowiązkowi ubezpieczenia *ex lege*, czy też ubezpiecza się dobrowolnie, relacje między nim a Kasą Chorych opierają się na płaszczyźnie kontraktowej.

Akceptacja tezy o umownym charakterze wzajemnych relacji pomiędzy Kasą Chorych a jej członkami sprawia, iż wykonanie oraz skutki niewykonania wzajemnych praw i obowiązków tej umowy podlegają ocenie z punktu widzenia ogólnych przepisów prawa cywilnego dotyczących stosunków zobowiązaniowych.

### 3. Odpowiedzialność kontraktowa Kas Chorych

#### (a) Odpowiedzialność Kas Chorych za niezachowanie należytej staranności

Kasy Chorych jako instytucje wykonujące zadania z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego (art. 4 ust. 1 oraz 65 ust.1 pkt 1 u. o p.u.z.) zapewniają ubezpieczonym wszelkie świadczenia zdrowotne (art. 3 oraz art. 31 u. o p.u.z.) z wyłączeniem tych, których organizację i finansowanie ustawa powierza innym podmiotom lub samym ubezpieczonym (art. 31a). Kasy są głównym koordynatorem procesu udzielania świadczeń zdrowotnych na rzecz ubezpieczonych, odpowiedzialnym za to, by ubezpieczony miał możliwość korzystania ze wszystkich procedur leczniczych przewidzianych ustawą, do których uzyskał uprawnienie na podstawie i zgodnie z ustawą[9].

Obowiązek zapewnienia ubezpieczonym kompleksowych świadczeń oznacza, iż rodzaj, liczba i jakość świadczeń zakontraktowanych powinny odpowiadać rzeczywistemu zapotrzebowaniu pacjentów na danym obszarze działania Kasy Chorych. W tym celu Kasa po rozpoznaniu tego, co jest ubezpieczonym potrzebne z punktu widzenia ich stanu zdrowia, po zasięgnięciu opinii samorządów zawodowych i w oparciu o plan zapewnienia ambulatoryjnej opieki zdrowotnej opracowywany przez organy samorządu terytorialnego, powinna zawierać umowy z tymi świadczeniodawcami, którzy przedstawią oferty najkorzystniejsze z punktu widzenia ubezpieczonych i Kasy Chorych: na świadczenia odpowiadające stanowi zdrowia ubezpieczo-

[7] Zob. A. Wolter..., op.cit., s. 113.
[8] Zob. S. Grzybowski [w] System..., t. I, s. 481 i n.
[9] Por. Komentarz do ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym oraz przepisy wykonawcze (pod red. T. Pęcherza), Warszawa 2000, s. 37.

nych, o wymaganej przez Kasę jakości, w najkrótszym czasie oczekiwania i po możliwie najniższym koszcie.

Kasa Chorych może być zatem adresatem roszczenia odszkodowawczego opartego na płaszczyźnie kontraktowej (art. 471 i nast. k.c.): za wadliwą organizację świadczenia usług medycznych[10], za niewystarczającą liczbę podmiotów i placówek medycznych udzielających świadczeń zdrowotnych[11], za niedostateczną liczbę wykupionych świadczeń, na które jest zapotrzebowanie, za wykupienie w nadmiarze świadczeń zbędnych[12], za nieprzekazanie odpowiedniej ilości środków finansowych na odpowiednią jakość wyposażenia technicznego (aparatów, sprzętu, narzędzi, instrumentów i materiałów) wykorzystywanego w toku stosowania procedur leczniczych[13], za niedomagania związane z niesprawnym funkcjonowaniem organizacji opieki zdrowotnej[14] wynikłe z niewłaściwego wyboru świadczeniodawców lub braku kontroli i nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem świadczeń.

Ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym nakłada na Kasy Chorych obowiązek określania wielu kwestii związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, w tym warunków zapewnienia jakości i dostępności świadczeń, a także obowiązek bieżącej kontroli nad realizacją umowy o udzielanie świadczeń – m.in. pod względem stosowania procedur diagnostycznych i terapeutycznych zgodnie z przyjętymi standardami jakości oraz dostępności, **daje więc tym samym wyraz przekonaniu o istnieniu uniwersalnych miar standardów jakości opieki zdrowotnej**[15], **których naruszenie uruchomi odpowiedzialność odszkodowawczą.**

Udzielane ubezpieczonym świadczenia zdrowotne winny odpowiadać aktualnej wiedzy i praktyce medycznej, a Kasa Chorych jest przy zawieraniu umów obowiązana wybierać tylko tych świadczeniodawców, którzy oferują standard usług nie niższy od odpowiadającego parametrom jakościowym wyznaczanym przez aktualny stan wiedzy i praktyki medycznej. W przypadku zawarcia umowy z podmiotem świadczącym usługi poniżej ustalonego standardu Kasa będzie mogła zostać obciążona odpowiedzialnością odszkodowawczą. Przyjmuje się bowiem w doktrynie, iż szerokie wykorzystanie konstrukcji winy anonimowej umożliwia postawienie zarzutu niewłaściwego postępowania nie tylko w przypadku stwierdzenia winy konkretnej osoby zaangażowanej w proces leczniczy, ale również w razie stwierdzenia braku „wymaganych standardów jakościowych opieki medycznej (podkr. M.P.)[16]. Naruszenie poziomu jakości procedur leczniczych, określonego na podstawie obiektywnych kryteriów jako odpowiedniego do osiągnięcia pożądanego celu medycznego, uchybia prawu pacjenta do leczenia zgodnie z aktualnym stanem

[10] Por. M. Safjan, Współczesne tendencje...., s. 8.; M. Sośniak, Cywilna odpowiedzialność lekarza, Warszawa 1989, s. 44 i n.
[11] Por. A. Rembieliński, Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przez podwładnego, Warszawa 1971, s. 152 i n.
[12] Zob. Komentarz do ustawy o p.u.z...., s. 39.
[13] Por. M. Safjan, Współczesne tendencje..., s. 14.
[14] Ibidem, s. 7.
[15] Zob. M. Safjan, Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny, Warszawa 1998, s. 96 i n.

współczesnej medycyny i – jako przejaw nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu opieki zdrowotnej – może być uznane za bezprawne i w efekcie, uwzględniwszy rozpowszechnione utożsamienie bezprawności z winą anonimową[17], pozwoli na pociągnięcie do odpowiedzialności za niewłaściwą jakość opieki medycznej[18].

Kasa Chorych może więc ponieść odpowiedzialność również wówczas, gdy zawrze umowę o udzielanie świadczeń zdrowotnych na rzecz ubezpieczonych ze świadczeniodawcą, który nie zapewni pacjentom usług medycznych na odpowiednim poziomie (czyli który nie posiada wymaganych kwalifikacji bądź specjalizacji, nie ma stosownych uprawnień, nie dysponuje właściwym lokalem, aparaturą czy sprzętem medycznym, nie zatrudnia dostatecznie wykwalifikowanego personelu medycznego)[19]. Naruszenie standardów leczenia może również mieć miejsce w przypadku wyboru świadczeniodawcy nie posiadającego odpowiedniej wiedzy medycznej, znanego z niedbalstwa i niestaranności, względnie z nieprzestrzegania reguł i zasad etycznych, czy też ze złych warunków sanitarnych i technicznych pomieszczeń przeznaczonych do udzielania świadczeń zdrowotnych[20].

Ponadto Kasa może odpowiadać za niezapewnienie ubezpieczonym świadczeń gwarantowanych ustawą, czyli np. w razie pozbawienia ubezpieczonego prawa do: określonych świadczeń z zakresu specjalistyki medycznej, szczepień ochronnych czy badań profilaktycznych i badań lekarskich w celu wczesnego rozpoznania chorób układu krążenia, chorób nowotworowych oraz innych chorób – przez co pacjent poniósł szkodę.

Przedstawiona powyżej reguła generalna odpowiedzialności odszkodowawczej Kas Chorych, uzupełniona przykładowym wyliczeniem poszczególnych przypadków tej odpowiedzialności wymaga jednak jeszcze dopełnienia ustaleniem charakteru ich zobowiązania. Trzeba bowiem podkreślić z całym naciskiem, iż zobowiązanie Kasy nie tworzy zobowiązania rezultatu[21] i nie poniesie ona odpowiedzialności na podstawie samego jedynie stwierdzenia, że zachodzą nieprawidłowości w organizacji i funkcjonowaniu systemu opieki zdrowotnej. Niezbędne jest ponadto wykazanie, że szkoda poniesiona przez ubezpieczonego w następstwie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (niezapewnienie usługi zdrowotnej na odpowiednim poziomie, w odpowiednim czasie, w odpowiednich warunkach) wystąpiła w rezultacie okoliczności, za którą Kasa Chorych odpowiada, czyli z powodu niedołożenia w tej sprawie należytej staranności.

Poszkodowany zatem, chcąc udowodnić niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez Kasę Chorych powinien wykazać, iż w procesie organizowania dla ubezpieczonych opieki zdrowotnej Kasa nie zachowała staranności należytej dla rozpoznania potrzeb zdrowotnych swoich członków lub przy wyborze świadczeniodawców powołanych do udzielania usług medycznych.

[16] Ibidem, s. 96.
[17] Por. B. Lewaszkiewicz – Petrykowska, Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu, Prawo i Medycyna nr 1/1999, s. 131 i n.; M. Safjan, Prawo i medycyna., s. 93.
[18] Zob. M. Safjan, Współczesne tendencje..., s. 17.
[19] Zob. M. Nesterowicz, Prawo medyczne, Toruń 2000, s. 240.
[20] Ibidem, s. 243.
[21] M. Safjan, Prawo i medycyna, s. 84.

### (b) Odpowiedzialność Kas Chorych za osoby trzecie

Przedstawiona charakterystyka odpowiedzialności kontraktowej Kas Chorych za szkody powstałe przy leczeniu koncentruje się głównej mierze na rozważaniach dotyczących niezachowania należytej staranności jako podstawowej okoliczności, za którą, zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 472 k.c., Kasa (dłużnik) ponosi odpowiedzialność.

Zgodnie z systematyką kodeksu cywilnego (art. 471 i n.) dłużnik, oprócz niezachowania należytej staranności i oznaczonych okoliczności, za które przyjął odpowiedzialność przez umowę (przypadek ten nie dotyczy Kas Chorych) odpowiada również za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, osób którym wykonanie zobowiązania powierza, jak również za swego przedstawiciela ustawowego.

Uregulowanie zawarte w art. 474 k.c. statuujące odpowiedzialność dłużnika za osoby trzecie umożliwia rozciągnięcie odpowiedzialności Kasy Chorych na świadczeniodawców, z którymi Kasa zawarła umowy, jako za podmioty uczestniczące po jej stronie w wykonaniu zobowiązania wobec ubezpieczonych. Art. 31 ust. 2 ustawy o p.u.z. stanowi, iż w celu realizacji uprawnień ubezpieczonych do zachowania zdrowia, zapobiegania chorobom i urazom, wczesnego wykrywania chorób, leczenia, zapobiegania niepełnosprawności i jej ograniczania Kasa Chorych z a p e w n i a ubezpieczonemu szereg świadczeń i usług zdrowotnych, w tym badanie i poradę lekarską, leczenie ambulatoryjne i szpitalne, opiekę profilaktyczną, zaopatrzenie w leki i materiały medyczne oraz inne świadczenia, których przykładową jedynie listę ten przepis zawiera. Ustawa, określając cele udzielania i zakres świadczeń przysługujących ubezpieczonym oraz sytuacje, w których świadczenia te mogą być udzielane, kształtuje w istotnym stopniu treść zobowiązania Kas wobec ubezpieczonych. Kasa wykona należycie swoje zobowiązanie wobec ubezpieczonych tylko wtedy, gdy zapewni usługę medyczną adekwatną do potrzeb konkretnego potrzebującego, dostępną w odpowiednim czasie i miejscu, a także odpowiadającą wymaganym parametrom jakościowym zgodnie z istniejącym stanem wiedzy medycznej i przyjętymi standardami.

Można zatem przyjąć, iż dopiero wówczas, gdy ubezpieczony opuszcza gabinet lekarski, szpital albo inny zakład udzielający świadczeń zdrowotnych, w którym uzyskał zadowalającą go pomoc lub poradę, dana Kasa Chorych z a p e w n i ł a potrzebującemu adekwatną usługę zdrowotną i zasadne jest stwierdzenie, iż Kasa zachowała się zgodnie z treścią zobowiązania czyniąc zadość interesowi swego wierzyciela (ubezpieczonego), czyli w konsekwencji, spełniła świadczenie będące przedmiotem zobowiązania wobec ubezpieczonego[22].

Kasa Chorych nie świadczy jednak usług medycznych na rzecz ogółu obywateli bezpośrednio, w tym sensie, iż nie udziela porad lekarskich, nie przepisuje odpowiedniego leczenia ani nie wykonuje określonych badań diagnostycznych. Jest ona tylko organizatorem finansującym świadczenia zdrowotne ubezpieczonych, gwa-

[22] Zob. T. Dybowski [w:] System prawa cywilnego, t. III cz. 1, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981, s. 71.

rantem zobowiązanym zapewnić potrzebującym adekwatną pomoc, podmiotem odpowiedzialnym za dostępność, odpowiednią jakość i terminowość wykonywanych usług medycznych. Nie posiada natomiast kompetencji ani odpowiednich kwalifikacji do badania, diagnozowania i terapii ubezpieczonych w niej pacjentów. W celu właściwego wykonania swoich obowiązków Kasa Chorych przekazuje techniczną stronę swojego świadczenia czyli faktyczne jego wykonanie podmiotom, które uzyskały po temu fachowe kwalifikacje i mogą udzielać świadczeń zdrowotnych w ramach prowadzonej działalności.

Kasa Chorych jako centralna instytucja realizująca zadania z zakresu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego wykonuje natomiast „normatywną" część świadczenia w zakresie organizacji i finansowania świadczeń zdrowotnych poprzez określanie warunków dotyczących udzielania świadczeń zdrowotnych, ustalanie standardów jakości i dostępności usług medycznych oraz zasad organizacji ich udzielania w drodze decyzji gdzie, w jakim zakresie i pod jakimi warunkami może ubezpieczony się leczyć.

Korzystanie z pomocy innych podmiotów nie oznacza, iż Kasa Chorych przekazuje realizację swojego zobowiązania instytucjom medycznym w całości, gdyż zobowiązanie względem ubezpieczonych pozostaje w ł a s n y m z o b o w i ą z a n i e m Kasy i przy jego wykonaniu spełnia ona ważną funkcję określając „normatywną" część zobowiązania. Dlatego też nie można uznać, iżby Kasa Chorych sama nie uczestniczyła w wykonaniu zobowiązania, a tylko powierzała w całości jego wykonanie innym podmiotom jako wykonawcom.

Obciążenie Kasy Chorych odpowiedzialnością za szkody wyrządzone przez świadczeniodawców powinno spowodować podwyższenie poziomu i staranności świadczenia usług medycznych dzięki uważniejszemu i bardziej wnikliwemu doborowi lekarzy, zakładów opieki zdrowotnej oraz personelu medycznego udzielających usług zdrowotnych ubezpieczonym, a także działać na korzyść sprawniejszej organizacji opieki zdrowotnej, m.in. poprzez zawieranie umów z adekwatną do potrzeb zdrowotnych liczbą świadczeniodawców i nieobciążanie poszczególnych placówek medycznych nadmierną ilością pacjentów, co niewątpliwie sprzyja powstawaniu szkód w procesie leczenia.

Przyjęcie jako podstawy odpowiedzialności cywilnej Kasy Chorych względem ubezpieczonych konstrukcji z art. 474 k.c. oraz uznanie świadczeniodawców za jej pomocników usuwa konieczność rozróżnienia dla potrzeb rozstrzygnięcia o odpowiedzialności odszkodowawczej Kas Chorych na czynności lekarza o charakterze medycznym i o charakterze organizacyjnym. Eliminuje tym samym obszernie dyskutowane w nauce prawa trudności w kwestii ścisłego rozgraniczenia między obowiązkami administracyjnymi lekarza, a jego powinnościami terapeutycznymi[23].

W literaturze wskazywano, że wiele błędów w zakresie czynności fachowych lekarza wynika ze złej organizacji warunków jego pracy, z przeciążenia nadmiarem

[23] Zob. w tej kwestii zwłaszcza: W. Wanatowska, Podstawa odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego za szkody wyrządzone przy leczeniu, Nowe Prawo nr 2/1968, s. 176 i n.; M. Sośniak, Cywilna odpowiedzialność lekarza., s. 44 i n.; tenże: O ile zakład leczniczy odpowiada za szkody wyrządzone przez zatrudnionych w nim lekarzy? [w:] Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego, Kraków 1964, s. 305 i n.

pacjentów, ze zbyt małej liczby personelu pomocniczego, z braku urządzeń potrzebnych do przeprowadzania badań. A przecież, mimo wpływu warunków zewnętrznych, dane postępowanie lekarza „nie przestaje być błędne z punktu widzenia diagnostycznego czy terapeutycznego”[24].

Sztuczność przeciwstawienia szkód wynikających z błędu w zakresie sztuki lekarskiej i szkód powstających jako skutek wadliwej organizacji pracy ma swoje źródło w złożoności i skomplikowaniu zabiegu leczniczego. W procesie leczenia występuje bowiem silne funkcjonalne powiązanie i uwikłanie aspektów organizacyjnych oraz kwestii ściśle medycznych.

Wyobraźmy sobie na przykład sytuację, w której lekarz zaraz po urodzeniu się dziecka stwierdził konieczność skierowania go na dalsze leczenie specjalistyczne z uwagi na stwierdzone nieprawidłowości urologiczne. Okazało się jednak, że w wyniku czy to przeoczenia, czy niewłaściwego rozpoznania potrzeb zdrowotnych ubezpieczonych na danym obszarze działania, Kasa Chorych nie zamówiła wcale lub zakupiła w niewystarczającej ilości świadczenia z zakresu specjalistyki urologicznej i noworodek nie mógł zostać niezwłocznie skierowany na niezbędne badania. W wyniku interwencji, apeli i próśb zainteresowanych, w następnym roku Kasa wykupiła wreszcie dostateczną liczbę świadczeń, więc dziecko z problemami urologicznymi mogło zostać skierowane na odpowiednie badania. Tyle, że mimo usilnych starań lekarzy nie udało się już jednak odwrócić niekorzystnych zmian jakie zaszły w czasie, gdy dziecko nie mogło być leczone specjalistycznie. Prawidłową diagnozę i terapię dodatkowo utrudniały powikłania zaistniałe w rezultacie braku skutecznej interwencji medycznej.

Ustalenie w zaprezentowanym przypadku osoby winnej powikłań w stanie zdrowia dziecka nie będzie z pewnością łatwe, zważywszy że Kasa Chorych będzie bronić się przed zarzutami próbując wykazać, iż noworodek wcale nie wymagał badań specjalistycznych z zakresu urologii i że mógł być leczony innymi metodami.

Przedstawiony kazus stanowi przykład, gdy w procesie leczenia zachodzą na siebie czynniki organizacyjne i medyczne. Zabieg leczniczy stanowi bowiem jedność, na którą składają się zarówno aspekty o charakterze organizacyjnym (administracyjnym), jak i elementy będące wynikiem wewnętrznej, samodzielnej oceny podmiotu udzielającego usługi medycznej. Wzajemny wpływ i przenikanie się warunków zewnętrznych oraz indywidualnej wiedzy i doświadczenia lekarza w procesie leczenia uniemożliwiają przeprowadzenie precyzyjnej linii demarkacyjnej między dwoma dopełniającymi się aspektami leczenia i w efekcie – dyferencjację zasad odpowiedzialności odszkodowawczej w zależności od tego, której sfery odpowiedzialność ta miałaby dotyczyć.

Powrót do rozróżnienia organizacyjnych i ściśle medycznych stron procesu leczenia prowadziłby do niekorzystnych skutków w zakresie sytuacji prawnej poszkodowanych pacjentów. Art. 474 k.c. stanowi, że dłużnik odpowiada za działania i aniechania osób wykonujących jego zobowiązania „jak za swoje własne”. Sformułowa-

[24] M. Sośniak, Cywilna odpowiedzialność lekarza, s. 45.

nie to oznacza, iż dłużnik ponosi odpowiedzialność za osoby trzecie na tych samych zasadach, na jakich w ogóle odpowiada względem wierzyciela w danym stosunku zobowiązaniowym[25], czyli wówczas, gdy działanie lub zaniechanie tych osób uzasadniałoby jego odpowiedzialność za czyn własny.

Ponieważ Kasa Chorych odpowiada za niedołożenie należytej staranności przy wykonywaniu swojego zobowiązania, również świadczeniodawcy są co do zasady obowiązani dochować takiej samej staranności przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Ponadto odpowiedzialność dłużnika obejmuje szkody pozostające w funkcjonalnym związku z wykonywaniem zobowiązania, nie rozciąga się natomiast na szkody powstałe jedynie „przy okazji" wykonania[26].

Przyjęcie koncepcji podziału procesu udzielania świadczeń zdrowotnych na czynności organizacyjne i czynności lecznicze *sensu stricto* prowadziłoby w konsekwencji do sytuacji, w której skierowane do Kasy Chorych roszczenie o naprawienie szkody byłoby oddalane z uwagi na brak związku szkody z zaniedbaniami organizacyjnymi leczenia oraz do prób przerzucania odpowiedzialności odszkodowawczej za skutki wadliwego leczenia na świadczeniodawców. Lekarze i zakłady opieki zdrowotnej dowodząc swoich racji wskazywaliby z kolei na brak powiązania między szkodą a naruszeniem sztuki lekarskiej i w efekcie kwestionowaliby swoją odpowiedzialność, skoro ich zachowanie nie nosiło znamion winy. Konsekwencją wzajemnego wytykania nieprawidłowości i uchybień pomiędzy Kasą Chorych a świadczeniodawcami byłoby wytworzenie się swoistego „pola nieodpowiedzialności" za szkody wyrządzone przy leczeniu i powstania sytuacji szczególnie niekorzystnej dla poszkodowanych pacjentów, którzy wielokrotnie nie mogliby uzyskać rekompensaty za uszczerbki poniesione na zdrowiu.

Dlatego też bardziej zasadne jest, zwłaszcza z punktu widzenia pacjentów, przyjęcie odpowiedzialności za jednolitą szkodę medyczną, przy zachowaniu możliwości wzajemnych wewnętrznych rozliczeń pomiędzy podmiotami współodpowiedzialnymi za szkody powstające przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych.

Na zakończenie rozważań dotyczących odpowiedzialności Kas Chorych wobec ubezpieczonych na podstawie art. 474 k.c. pozostaje jeszcze do rozważenia kwestia roszczeń zwrotnych Kasy przeciwko świadczeniodawcom, którzy przez wadliwe świadczenie usług medycznych narazili ją na odpowiedzialność wobec ubezpieczonych.

Z uwagi na łączący Kasę Chorych ze świadczeniodawcą stosunek umowny, treść roszczeń o naprawienie szkody poniesionej wskutek zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych ubezpieczonego przez Kasę powinna być wyznaczona postanowieniami umowy.

W braku stosownych regulacji umownych co do zakresu roszczeń zwrotnych Kasy Chorych przydatny wydaje się być właśnie podział procesu leczenia na jego stronę organizacyjną i medyczną. Rozróżnienie to, stosowane pomocniczo, może ułatwić ustalenie, kto winien ponieść główny ciężar obowiązku naprawienia szkody względem ubezpieczonego. Jeżeli szkoda była następstwem ewidentnej pomyłki lekarza

[25] Zob. J. Dąbrowa [w:] System... t. III cz. 1, s. 774.
[26] Ibidem, s. 253 i n.

w zakresie diagnozy i terapii, czy zaniedbań organizacyjnych leżących po stronie zakładu opieki zdrowotnej, to w przypadku istnienia możliwości postawienia lekarzowi lub zakładowi zarzutu winy (choćby wysoce zobiektywizowanej) uzasadnione będzie roszczenie Kasy Chorych o zwrot wypłaconych ubezpieczonym odszkodowań skierowane do bezpośrednich sprawców szkody (świadczeniodawców).

W sytuacji, gdy szkoda jest następstwem nieprawidłowego wykonywania zadań z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego przez Kasę Chorych (np. szkoda wynikła z bezpodstawnej odmowy sfinansowania świadczenia przez Kasę Chorych – art. 147 i nast. ustawy o p.u.z.) i niezapewnienia ubezpieczonym gwarantowanych ustawą usług medycznych, Kasa powinna ponieść pełną odpowiedzialność za wynikła stąd szkodę, bez możliwości przerzucenia tej odpowiedzialności na inny podmiot.

Przedstawiona koncepcja odpowiedzialności odszkodowawczej Kas Chorych stanowi kompromis pomiędzy dwoma zaprezentowanymi w literaturze stanowiskami.

Wedle pierwszego z nich, które można określić jako minimalistyczne, postuluje się rozróżnienie dwóch stron procesu leczniczego: organizacyjnej i medycznej. Wobec tego Kasy Chorych mogłyby odpowiadać jedynie za niedołożenie należytej staranności w wyborze odpowiednich instytucji medycznych świadczących usługi zdrowotne ubezpieczonym, w rozpoznaniu rzeczywistych potrzeb zdrowotnych swoich członków i zakupie niewystarczającej ilości świadczeń lub zakupie świadczeń poniżej wymaganego standardu jakości. Nie ponosiłaby natomiast Kasa Chorych odpowiedzialności za szkody wynikłe z błędów czysto medycznych: w zakresie rokowań, diagnozy, prognozy i terapii. Z uwagi na wzajemną zależność, przenikanie i uwikłanie aspektów natury organizacyjnej w kwestie ściśle medyczne, proponowane rozróżnienie mogłoby służyć jedynie jako kryterium pomocnicze przy rozpatrywaniu wzajemnych roszczeń zwrotnych między Kasą Chorych a świadczeniodawcą. Nie może natomiast stanowić generalnej reguły przy rozpatrywaniu odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu z uwagi na niebezpieczeństwo prób przerzucania odpowiedzialności pomiędzy Kasą Chorych a świadczeniodawcami (którego racją byłoby właśnie przyjęte rozróżnienie) i powstania niekorzystnej dla poszkodowanych pacjentów „sfery nieodpowiedzialności" za szkody powstałe w procesie leczenia.

Stanowisko przeciwstawne (maksymalistyczne) postuluje kierowanie obligatoryjnie wszelkich roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z leczenia (w zakresie objętym gwarancjami z ubezpieczenia zdrowotnego) najpierw do Kasy Chorych, jako zobowiązanej do zapewnienia świadczeń zdrowotnych. Przy Kasie powinna działać Komisja Odszkodowawcza, która rozpatrywałaby zasadność roszczenia i ustalała wysokość odszkodowania. W razie kwalifikowanej winy sprawcy szkody Kasa mogłaby wystąpić z regresem w stosunku do zakładu opieki zdrowotnej na zasadach prawa cywilnego. Zakład opieki zdrowotnej miałby w takim przypadku dalszy regres do lekarza lub innego personelu leczniczego na zasadach art. 114 i nast. kodeksu pracy[27]. Pacjent niezadowolony z odszkodowania przyznanego mu w tym trybie mógłby skorzystać z drogi procesu cywilnego.

[27] Por. J. Jończyk, Prawa pacjenta i odpowiedzialność za szkodę z leczenia, Prawo i Medycyna nr 2/1999 r., s. 27 i n..

Przedstawiona koncepcja nie znajduje jednak oparcia na gruncie obowiązującego prawa i jej przyjęcie może być proponowane jedynie jako postulat *de lege ferenda*.

Również w przyszłości należałoby rozważyć możliwość rozwinięcia systemu ubezpieczeniowego w zakresie rekompensowania szkód powstałych przy leczeniu i wprowadzenia ubezpieczenia pacjenta w zakładzie ubezpieczeń na koszt Kasy Chorych[28].

Dlatego też, na gruncie *legis latae,* przyjęcie koncepcji pośredniej, opierającej odpowiedzialność Kas Chorych na płaszczyźnie kontraktowej (art. 471 i nast. k.c.) przy zastosowaniu surowej reguły odpowiedzialności, przewidzianej w art. 474 k.c. za szkody wyrządzone przez świadczeniodawców przy udzielaniu usług medycznych, wydaje się być rozwiązaniem najbardziej korzystnym z punktu widzenia ubezpieczonych, a to z uwagi na ułatwioną drogę w dochodzeniu roszczeń.

### 3. Odpowiedzialność deliktowa Kas Chorych

Odpowiedzialność deliktowa znajduje zastosowanie wówczas, gdy obowiązek naprawienia szkody jest następstwem popełnienia czynu niedozwolonego naruszającego obowiązki ogólne ciążące na każdej osobie, przy czym obowiązek ten stanowi pierwotny przedmiot zobowiązania, bowiem stosunek prawny między poszkodowanym a osobą odpowiedzialną powstaje w momencie popełnienia czynu[29].

Odmiennie niż przy odpowiedzialności kontraktowej, gdzie obowiązek zrekompensowania wyrządzonej szkody pojawia się dopiero jako następstwo niewykonania lub nienależytego wykonania istniejącego już zobowiązania, delikt, czyli zachowanie sprzeczne z nakazem lub zakazem obowiązującym powszechnie bądź inny fakt, z którym przepis prawny wiąże odpowiedzialność określonego podmiotu, jest samoistnym źródłem obowiązku odszkodowawczego powstającego w momencie powstania szkody[30].

Mimo istnienia generalnej reguły odpowiedzialności za czyn niedozwolony, nie stanowi ona jednolitego reżimu, lecz obejmuje różne, czasem odległe od siebie rodzaje odpowiedzialności: za winę własną i cudzą, za szkody legalne, za szkody związane z wykorzystaniem sił przyrody, za zwierzęta i rzeczy[31]. Poszczególne przypadki odpowiedzialności deliktowej uzależnione są od różnych przesłanek, zostały ukształtowane na różnych zasadach, a także charakteryzują się odmiennym rozkładem ciężaru dowodu.

Kasy Chorych nie podlegają szczególnemu reżimowi odpowiedzialności deliktowej Skarbu Państwa oraz państwowych i samorządowych osób prawnych za funkcjonariuszy (art. 417 i nast. k.c.) z uwagi na niemożliwość przypisania Kasie Chorych statusu państwowej ani samorządowej osoby prawnej.

Zgodnie z brzmieniem art. 66 ustawy o p.u.z. Kasy Chorych jako jednostki organizacyjne wyposażone w osobowość prawną są instytucjami samorządnymi, reprezentującymi ubezpieczonych. Zestawienie przepisów art. 69a i 69b z art. 8, 8a i 9

[28] Ibidem., s. 34.
[29] Por. Z. Radwański, Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 1997, s. 153.; A. Szpunar, Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym, [w] Studia Cywilistyczne 1970, t. XV, s. 38.
[30] Por. T Dybowski [w:] System... t. III cz. 1, s. 183.
[31] W. Czachórski [w:] System... t. III cz. 1, s. 528.

ustawy o p.u.z. wskazuje na członkostwo ubezpieczonych jako na niezbędny warunek funkcjonowania Kasy Chorych. Kasa zrzesza bowiem członków zamieszkujących na obszarze jej działania albo deklarujących przynależność do niej. Członkowie ci wnoszą składki na powszechne ubezpieczenie zdrowotne (art. 8a) i to właśnie składki ubezpieczonych stanowią główny majątek Kasy (art. 127). Powyższe uwagi uprawniają do stwierdzenia, iż Kasy Chorych nie mogą być zaliczone do kręgu państwowych osób prawnych. Jeśli by nawet zamiast kryterium formalnego, (przymiot państwowych lub komunalnych osób prawnych nadany przez w ustawę o p.u.z. czy inny akt prawny – które w tym przypadku nie jest spełnione w braku odnośnego przepisu) przyjąć jako decydujące przy ustalaniu statusu prawnego określonego podmiotu kryterium ekonomiczno – właścicielskie[32], to w odniesieniu do Kas Chorych przemawia ono również za odmową przyznania tym instytucjom charakteru państwowych osób prawnych. Jak wynika z przepisów ustawy o p.u.z. i jak trafnie podniesiono w literaturze przedmiotu, ani Skarb Państwa, ani gmina, powiat czy województwo nie jest właścicielem majątku osób prawnych, jakimi są Kasy Chorych[33]. Członkami Kas mogą być bowiem tylko osoby fizyczne – tj. ubezpieczeni i do nich właśnie w znaczeniu ekonomicznym należy majątek Kas Chorych[34].

Nie można także przyjąć odpowiedzialności odszkodowawczej Kas Chorych względem ubezpieczonych w oparciu o konstrukcję z art. 430 k.c. – z uwagi na zawarty w tym przepisie wymóg istnienia relacji zwierzchnictwa i podporządkowania jako niezbędnej przesłanki odpowiedzialności powierzającego czynność za podwładnego.

Zwolennikiem szerokiego ujmowania pojęcia podporządkowania, tak aby wszelkie czynności lekarza, zarówno te o charakterze zewnętrznym (organizacyjnym, porządkowym), jak i w zakresie diagnozy i terapii uznać za mieszczące się w obrębie podległości – jest A. Rembieliński. Autor ten krytykuje przede wszystkim występujące rozróżnienie między zawinionym błędem lekarza w zakresie jego wiedzy i techniki lekarskiej (diagnozy i terapii) a uchybieniami natury organizacyjnej. W zakresie diagnozy i terapii lekarz nie może być uważany za podwładnego w rozumieniu art. 430 k.c., gdyż wykonuje swój zawód samodzielnie i nie jest w tej sferze związany wskazówkami, poleceniami ani instrukcjami przełożonych[35]. A. Rembieliński uważa podział czynności lekarskich na fachowe i organizacyjne za sztuczny, a także niemożliwy do prawidłowego przeprowadzenia w praktyce. Tylko przy ścieśniającej wykładni art. 430 k.c. można bowiem uznać, że lekarz w zakresie diagnozy i terapii nie jest podwładnym, ponieważ nie podlega kierownictwu przełożonych[36]. Przy wykładni szerokiej natomiast pewien stopień niezależności nie powinien wy-

[32] M. Grzybowski, M. Safjan, D. Kaczanowski, M. Panfil, G. Wiaderek, Komentarz do ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, Warszawa 1998 r., s. 43; A. Klein, Własność osób prawnych a zarządzanie nią, Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska, Katowice 1992, s. 120 i n.; Tamże, s. 121; J. Brol, Orzecznictwo Gospodarcze 1992, R. II, z. 4 – cyt. za: Komentarz do ustawy o BFG, s. 43.

[33] Zob. Z. Cybulski, W. Galata, A. Giżejewska, A. Pietraszewska-Macheta, T. Pęcherz, Komentarz do ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym oraz przepisy wykonawcze, Warszawa 2000 r., s. 16.

[34] K. Pietrzykowski, Opinia o stosunku instytucji powołanych w ustawie o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym do ustawy o finansach publicznych (nie publikowana), cyt. za: Komentarz do ustawy o p.u.z...., s. 16.

[35] Zob. M. Nesterowicz, Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za winę lekarza, Nowe Prawo nr 5 1965, s. 485.

[36] A. Rembieliński, op. cit. s. !67.

kluczyć stosunku podporządkowania i lekarz „j a k o p r a c o w n i k podlega kierownictwu zatrudniającego go podmiotu i w tym zakresie ma obowiązek stosowania się do otrzymanych wskazówek”[37]. Powierzenie wykonania czynności to „cały kompleks czynności, ogół obowiązków i zadań, które lekarz wykonuje na co dzień, podlegając ogólnym dyrektywom przełożonego”[38] i działając na jego rachunek[39]. Zdaniem A. Rembielińskiego ogólna zależność organizacyjna nie stoi w sprzeczności ze swobodą i niezależnością lekarza w zakresie wyboru metod oraz sposobu wykonywania powierzonych czynności, nawet czynności ściśle fachowych.

Odnosząc ustalenia przyjęte w przedmiocie rozumienia pojęć „zwierzchnictwa” i „podwładności” na podstawie koncepcji A. Rembielińskiego do możliwości uznania lekarzy i innych świadczeniodawców za podwładnych Kasy Chorych, można poczynić następujące uwagi podsumowujące.

Chociaż A. Rembieliński przyjmuje szeroką wykładnię pojęcia „zwierzchnictwa”, uznając istnienie relacji podległości tam, gdzie pojawia się aspekt choćby organizacyjnej zależności, to jednak w rozważaniach poświęconych kwestii podległości lekarzy, decydującym czynnikiem pozwalającym uznać ich za podwładnych jest warunek istnienia stosunku pracowniczego, który *per se* zakłada elementy podporządkowania. W koncepcji zaproponowanej przez A. Rembielińskiego przesłanką uznania lekarza za podwładnego także w zakresie czynności wykonywanych samodzielnie jest „podleganie kierownictwu pracodawcy na płaszczyźnie podporządkowania organizacyjnego wynikającego ze stosunku pracowniczego”[40].

Zaprezentowana koncepcja nie może jednak służyć jako adekwatny opis relacji łączących Kasę Chorych ze świadczeniodawcami, gdyż nie sposób uznać, gwałtownie nie naruszając przyjętych reguł znaczeniowych, iż lekarz, pielęgniarka, położna czy zakład opieki zdrowotnej podlega k i e r o w n i c t w u i m a o b o w i ą z e k stosować się do wskazówek Kasy przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, choćby tylko w sensie organizacyjnym. Jeśli przyjąć niezależność osoby podporządkowanej w kwestii wyboru metody, sposobu, rodzaju odpowiedniego w danej sytuacji postępowania, to pozostaje problem kierownictwa, choćby ogólnoorganizacyjnego – jednak to ostatnie zakłada możliwość zmiany przez przełożonego decyzji i odwołania wykonania powierzonej czynności lub zmiany jej zakresu[41], a także powierzenie podwładnemu wykonania innej czynności[42]. Ten ostatni rodzaj powiązań między Kasą Chorych a podmiotami udzielającymi świadczeń zdrowotnych nie występuje, zatem nic nie uprawnia do uznania istnienia tutaj stosunku „zwierzchności” i „podwładności” i w konsekwencji uniemożliwia przyjęcie art. 430 k.c. jako podstawy odpowiedzialności Kas Chorych za świadczeniodawców.

Nie ulega wątpliwości, że wobec Kasy świadczeniodawcy mają pozycję samodzielnych wykonawców, a za takich Kasa odpowiada w bardzo wąskim zakresie

[37] Ibidem, s. 168.
[38] Ibidem, s. 170.
[39] Zob. Z. Radwański, Zobowiązania..., s. 171 i n.
[40] A. Rembieliński, op. cit., s. 170.
[41] Ibidem, s. 105 i n.
[42] Por. Słownik języka polskiego – red. M. Szymczak, t. II, s. 868, hasło „powierzyć”.

i w sporadycznych przypadkach na podstawie art. 429 k.c. – tzn. za winę w wyborze niewłaściwych podmiotów udzielających usługi medyczne ubezpieczonym. Przyjmuje się bowiem w literaturze[43], iż fakt powierzenia wykonania czynności profesjonaliście nie stanowi jedynie okoliczności ułatwiającej wykazanie braku winy w wyborze, ale jest traktowany jako samodzielna podstawa wyłączająca odpowiedzialność powierzającego. W celu uwolnienia się od odpowiedzialności nie musi on wykazywać zachowania należytej staranności przy dokonywaniu wyboru, lecz wystarczy powołanie się na formalne kwalifikacje zawodowe wykonawcy, nawet jeśli powierzającemu znana była niesolidność, brak doświadczenia lub brak odpowiedniego sprzętu wykonawcy do prawidłowej realizacji czynności powierzonej.

Zaprezentowana interpretacja art. 429 k.c. poważnie osłabia praktyczne znaczenie tego przepisu i w odniesieniu do odpowiedzialności odszkodowawczej Kas Chorych zacieśnia pole zastosowania przyjętej w nim zasady odpowiedzialności do niezwykle rzadkich przypadków powierzenia świadczenia usług na rzecz ubezpieczonych osobom nie posiadającym prawa wykonywania zawodu lekarza lub pielęgniarki czy położnej albo nie potrafiącym wylegitymować się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania innych świadczeń w określonym obszarze medycyny. Co do zasady Kasy zawierają przecież umowy z podmiotami, które udzielają świadczeń zdrowotnych w ramach swojej działalności profesjonalnej i przynajmniej formalnie potrafią wykazać odpowiednie kwalifikacje zawodowe.

Z drugiej strony nie można wykluczyć *a priori* odpowiedzialności Kasy Chorych na podstawie art. 429 k.c.: w przypadku, gdy podmiot świadczący usługi medyczne na podstawie umowy z Kasą utracił prawo do ich wykonywania – np. lekarz został ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo, wskutek czego utracił prawo wykonywania zawodu albo upłynął już czas, na jaki to prawo mu przyznano. Aczkolwiek Kasa Chorych jest zobowiązana, na mocy art. 61 ust. 1 ustawy i p.u.z., do starannego nadzoru i bieżącej kontroli nad realizacją umów o udzielanie świadczeń, w tym, m.in. pod względem jakości stosowanych procedur diagnostycznych i terapeutycznych oraz ich zgodności z przyjętymi standardami. Utrata prawa wykonywania zawodu przez lekarza, pielęgniarkę, położną czy inny podmiot świadczący usługi medyczne mogłaby być zatem przyczyną niezwłocznego rozwiązania umowy przez Kasę, dla ochrony bezpieczeństwa ubezpieczonych. Jeżeli mimo zaistniałych przesłanek Kasa nie rozwiąże umowy z nieuprawnionym świadczeniodawcą i pacjentowi zostanie wyrządzona szkoda, Kasa Chorych powinna ponieść za powstały uszczerbek pełną odpowiedzialność.

Podstawowe znaczenie dla odpowiedzialności deliktowej Kas Chorych z punktu widzenia poszkodowanych ubezpieczonych będzie mieć art. 416 k.c., z jednoczesną możliwością stosowania art. 415 k.c. w przypadku szkody wyrządzonej z winy własnej Kasy (np. w razie ujawnienia danych osobowych ubezpieczonego przez pracownika Kasy nie będącego jej organem).

Praktyka orzecznicza wykazuje, że konstrukcja przyjęta w art. 416 k.c. nie miała szerszego zastosowania przy orzekaniu o odpowiedzialności odszkodowawczej osoby

[43] W. Czachórski [w:] System... t. III cz. 1, s. 569 i n.

prawnej[44], gdyż sądy częściej zamiast poszukiwać winy organu ograniczały się do stwierdzenia nieprawidłowości w działaniu osoby prawnej i zasądzały odszkodowanie, jeżeli szkoda miała związek z działalnością osoby prawnej. Samo ustalanie winy organu osoby prawnej też bywało upraszczane i sprowadzało się niejednokrotnie do stwierdzenia „niedopełnienia przez organ jego obowiązków ciążących na nim z racji jego miejsca i funkcji w strukturze i działalności osoby prawnej lub też w ogóle naruszenia przestrzeganych i akceptowanych w danym społeczeństwie reguł postępowania i zasad współżycia"[45].

Nie jest zatem wykluczone, że z punktu widzenia ubezpieczonych istotniejsze znaczenie dla dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody będzie mieć art. 415 k.c., zwłaszcza z uwagi na szerokie wykorzystanie w koncepcji „winy bezimiennej" rozumianej jako uchybienia i nieprawidłowości w mechanizmie funkcjonowania osoby prawnej, bez nawiązywania do oceny działania któregoś z jej organów[46]. Przyjmuje się w literaturze, iż „wina anonimowa" umożliwia zasądzenie odszkodowania w razie stwierdzenia wadliwej organizacji pracy danej osoby prawnej, a także w przypadkach „niezachowania przez osobę prawną potrzebnej w danej sytuacji ostrożności, nieprzedsięwzięcia czynności, które by zapobiegły powstaniu szkody, w szczególności na skutek nieszczęśliwego wypadku, n i e d o p e ł n i e n i a o b o w i ą z k ó w o b c i ą ż a j ą c y c h o s o b ę p r a w n ą z u w a g i n a c h a r a k t e r i c e l j e j d z i a ł a l n o ś c i (podkr. – M.P.)"[47].

Przyjęcie konstrukcji winy bezimiennej (organizacyjnej) także w odniesieniu do odpowiedzialności deliktowej Kas Chorych na podstawie art. 415 i 416 k.c. z jednej strony wychodziłoby naprzeciw zgłaszanym w nauce prawa postulatom obiektywizacji odpowiedzialności instytucji medycznych za szkody wyrządzone przy leczeniu[48], z drugiej zaś – ułatwiałoby sytuację procesową osób poszkodowanych nieprawidłowym działaniem Kasy Chorych.

W literaturze uważa się, że wyrządzenie szkody na osobie (czyli uszczerbku wynikającego z uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia, pozbawienia wolności oraz naruszenia innych dóbr osobistych człowieka)[49], niezależnie od tego, że stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, zawsze jest jednocześnie czynem niedozwolonym i dlatego, w razie szkody na osobie zawsze może dojść do zbiegu podstaw odpowiedzialności, o ile między stronami istniała wcześniej więź obligacyjna[50]. W przypadku zaistnienia zbiegu odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej poszkodowanemu służy prawo wyboru między roszczeniami z obu tytułów[51], przy czym wy-

[44] Zob. M. Safjan, Odpowiedzialność deliktowa osób prawnych. Stan obecny i kilka uwag de *lege ferenda*, Studia Iuridica t. XXI, 1994, s. 193.
[45] J. Dąbrowa, Odpowiedzialność deliktowa osoby prawnej za winę własną i cudzą, Studia Cywilistyczne 1970, nr XVI, s. 11.
[46] Por. J. Dąbrowa, Zdolność deliktowa osoby prawnej, Przegląd Prawa i Administracji 1972 t. 1, „Acta Universitatis Wratislaviensis" nr 144, s. 106.
[47] J. Dąbrowa, Odpowiedzialność deliktowa osoby prawnej..., s. 15 i n.
[48] Por. M. Safjan, Prawo i medycyna., s. 85 i n.
[49] Zob. T. Dybowski [w:] System..., t. III cz. 1, s. 226.
[50] Zob. M. Nesterowicz, Podstawy prawne odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego i lekarza, Prawo i Medycyna nr 1/1999 r., s. 111.
[51] Zob. W. Czachórski [w:] System... t. III cz. 1, s. 704.

bór jednego z nich powoduje, że nie przysługują mu roszczenia oparte na tej drugiej podstawie odpowiedzialności, chyba że chodzi o roszczenia, które się wzajemnie nie wykluczają[52]. Dlatego też przyjmuje się, iż pacjent po zaspokojeniu swych roszczeń z umowy może wystąpić z roszczeniem deliktowym, ale tylko o zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę (art. 445 k.c.).

Ponieważ wynagrodzenia szkody niemajątkowej nie można dochodzić z umowy, lecz tylko z deliktu, uzasadnione jest przyznanie poszkodowanemu pacjentowi dwóch niezależnych roszczeń o naprawienie szkody: z umowy – za szkodę majątkową i z czynu niedozwolonego – za krzywdę. Nie oznacza to przyjęcia, iż pacjentowi przysługuje jedno roszczenie mieszane (kontraktowo – deliktowe), lecz dopuszczenie kumulacji tylko tych roszczeń, które się wzajemnie nie wyłączają. Trzeba bowiem zaznaczyć, że pacjent, występując z roszczeniem deliktowym, będzie musiał osobno wykazać przesłanki odpowiedzialności deliktowej; może się przy tym okazać, że roszczenie deliktowe uległo przedawnieniu z powodu upływu terminu określonego w art. 442 k.c..[53].

Stanowisko dopuszczające kumulację roszczeń kontraktowych i deliktowych istniejących obok i niezależnie od siebie daje poszkodowanemu ochronę silniejszą, umożliwiając mu uzyskanie pełnego wynagrodzenia szkody, a jednocześnie pozwala na zachowanie czystości jurydycznej poszczególnych roszczeń.

Przedstawione rozważania koncentrują się wokół umiejscowienia odpowiedzialności odszkodowawczej Kas Chorych w konstrukcjach przyjętych na gruncie prawa obowiązującego. W licznych wypowiedziach doktryny wskazuje się jednakże na nieadekwatność i nieskuteczność dotychczasowego systemu odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu, który nie chroni należycie poszkodowanych i jest bardzo kosztowny.

Dlatego też postuluje się stworzenie bardziej efektywnego mechanizmu naprawiania szkód (zawinionych i niezawinionych) wyrządzonych pacjentom i wprowadzenie nowych systemów ubezpieczeń[54] lub specjalnych funduszy gwarancyjnych wynagradzania szkód poniesionych przez pacjentów[55]. Zmiana modelu odpowiedzialności cywilnej za szkody wynikłe z leczenia jest jednak kwestią przyszłości i wysuwane koncepcje mogą być traktowane tylko jako postulaty *de lege ferenda*.

[52] Tak. M. Nesterowicz, Podstawy prawne..., s. 111.
[53] Ibidem, s. 135.
[54] Zob. J. Jończyk, Między odpowiedzialnością lekarza a ubezpieczeniem pacjenta, Prawo i medycyna nr 3/1999, s. 5 i n.
[55] Zob. M. Nesterowicz, Prawo medyczne, s. 246 i n.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Włodzimierz Derczyński*

# Opinie o dostępności i jakości świadczeń zdrowotnych po wprowadzeniu reformy

Z badań prowadzonych przez Centrum Badania Opinii Społecznej (CBOS) wynika, że z reformą opieki zdrowotnej wiązało się więcej społecznych obaw niż z innymi reformami, a pierwsze tygodnie po wejściu w życie nowych zasad funkcjonowania opieki zdrowotnej spowodowały jeszcze ich wzrost. Ponadto reforma zaczęła się w atmosferze zamieszania i niepokoju. Pierwsze dni jej funkcjonowania przyniosły znaczne zwiększenie się poczucia dezorientacji co do nowych zasad udzielania świadczeń medycznych, a rzeczywista wiedza badanych przedstawiała się nie najlepiej. Powszechne było przekonanie, że reformę źle przygotowano oraz, że wprowadzenie zmian w funkcjonowaniu służby zdrowia wywołało zamieszanie i bałagan w przychodniach i placówkach służby zdrowia, większe niż powinny wywołać tego rodzaju zmiany organizacyjne[1]. Najczęstsze były przy tym opinie, że reforma utrudni pacjentom korzystanie z opieki zdrowotnej i uczyni je bardziej kosztownym albo nie przyniesie zmian na korzyść w porównaniu z okresem wcześniejszym.

W ciągu roku funkcjonowania opieki zdrowotnej na nowych zasadach opinie i oceny dotyczące skutków reformy dla pacjentów nie poprawiły się. Prawie po półroczu działania reformy dominowały w społeczeństwie negatywne opinie o publicznej służbie zdrowia (66%), blisko po roku zaś – na początku grudnia '99 – większość ankietowanych uważała, że dla ludzi takich jak oni reforma jest niekorzystna, a odsetek osób, które doświadczyły rozmaitych trudności w związku z reformą, znacznie wzrósł w porównaniu z okresem początkowym[2]. Po prawie roku napotkanie

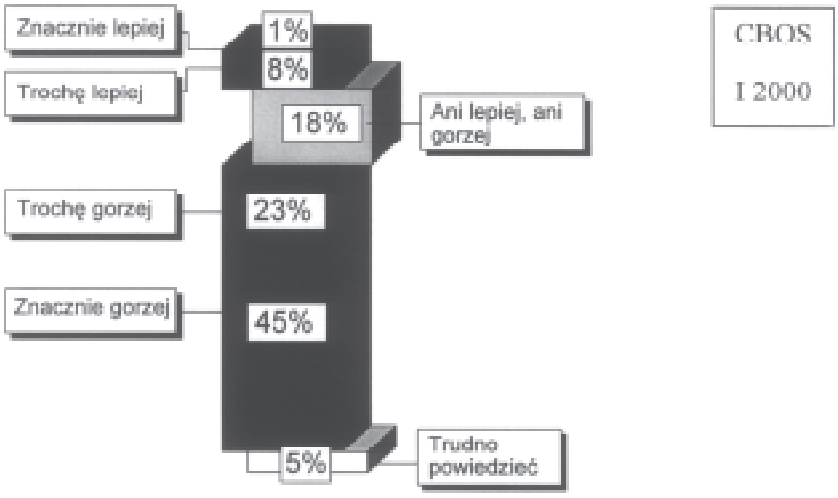
[1] Por. komunikat CBOS „Krajobraz po wprowadzeniu reform", kwiecień '99 (opr. M. Falkowska) oraz W. Derczyński „Reforma ochrony zdrowia i protesty służby zdrowia w opinii społecznej", Prawo i Medycyna, 2, (vol. 1), 1999. Komunikaty można przeczytać i nabyć w Dziale Informacji CBOD, ul. Żurawia 4a, 00-503 Warszawa, tel. 693-58-95, 622-76-23. Są też dostępne w internecie pod adresem: www.cbos.pl.

[2] Por. komunikaty CBOS „Opinie o reformach w rok po ich wprowadzeniu", styczeń 2000 (oprac. M. Falkowska) oraz „Opinie o opiece zdrowotnej po wprowadzeniu reformy", lipiec '99 (oprac. W. Derczyński).

trudności deklarowała połowa spośród osób, które miały styczność z zakładami leczniczymi (38% ogółu ankietowanych).

W styczniu roku 2000 aż 79% (!) ankietowanych uważało, że publiczna służba zdrowia obecnie źle funkcjonuje[3]. Trzeba zaznaczyć, że działanie służby zdrowia nigdy przedtem nie było tak źle oceniane, mimo bardzo krytycznych opinii o jej funkcjonowaniu w okresie całej mijającej dekady.

Wśród społeczeństwa dominuje zdecydowanie negatywna ocena efektów reformy. Zaledwie co setny ankietowany uważa, że po wejściu w życie reformy i wprowadzeniu kas chorych opieka zdrowotna funkcjonuje zdecydowanie lepiej, a co dwunasty sądzi, że trochę lepiej (razem 9%). Prawie jedna piąta badanych nie zauważyła żadnych zmian – ani na lepsze, ani na gorsze.

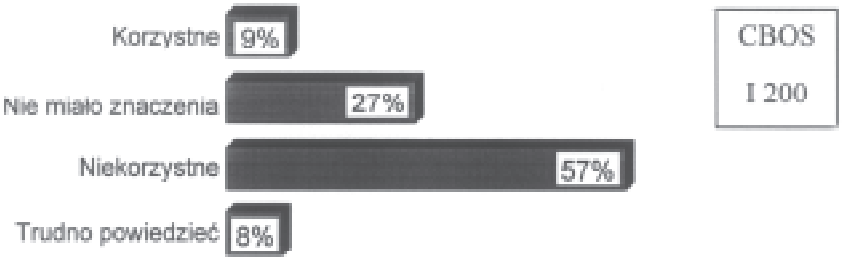



Ryc. 1. Czy, pana(i) zdaniem, opieka zdrowotna w naszym kraju funkcjonuje obecnie lepiej czy też gorzej niż przed wprowadzeniem reformy opieki zdrowotnej i kas chorych?

Ponadto ponad połowa ankietowanych (57%) uważa, że wprowadzenie reformy opieki zdrowotnej było niekorzystne dla ludzi takich jak oni, a więcej niż jedna czwarta jest zdania, że dla nich nie miało to znaczenia. Jedynie co jedenasty respondent sądzi, że reforma była korzystna dla zwykłych obywateli.

Oceniając możliwość swobodnego wyboru lekarza – jednego ze sztandarowych celów reformy – ponad jedna czwarta (29%) ogółu ankietowanych uważa, że takiej możliwości obecnie nie ma i choć przeważa opinia przeciwna (26% – zdecydowanie mam, 40% – raczej mam) fakt ten musi niepokoić. Oznacza to bowiem, że duża grupa pacjentów, mimo reformy, nie korzysta z prawa wyboru lekarza[4].

[3] Por. komunikat CBOS „Opinie o opiece zdrowotnej", luty 2000 (opr. W. Derczyński).
[4] Tamże, s. 5.




Ryc. 2. Jak Pan(i) uważa, czy dla ludzi takich jak Pan(i) wprowadzenie reformy służby zdrowia i opieki zdrowotnej było korzystne czy też niekorzystne?

Szczegółowe opinie ankietowanych o różnych aspektach opieki zdrowotnej dostępnej w ramach kasy chorych składają się na jeszcze bardziej negatywny obraz społecznych skutków reformy[5].

Szczególnie często badani zaprzeczają opinii, że leczenie jest w zasadzie bezpłatne (74%), porady i leczenie specjalistyczne uzyskuje się bez trudności (74%), a organizacja opieki zdrowotnej działa sprawnie (73%).

Zdaniem większości ankietowanych szanse otrzymania pomocy medycznej nie są takie same dla wszystkich (65%), pacjenci nie są równo traktowani (62%). Uzyskanie porady i pomocy wymaga wiele zachodu, starań ze strony pacjenta (65%), nie zawsze też można liczyć na natychmiastową pomoc lekarską (60%), porady i usługi medyczne nie są łatwo dostępne (59%), nie ma sprawnej informacji o tym, gdzie można uzyskać poradę czy pomoc (55%). Ponadto ponad połowa badanych zgadza się ze stwierdzeniem, że warunki leczenia nie są dobre (58%), że pacjenci nie korzystają z nowoczesnych metod leczenia (57%), a lekarze nie poświęcają im dużo uwagi (55%). Pozytywnie oceniane przez większość są tylko kwalifikacje lekarzy.

Warto podkreślić, że choć więcej jest opinii umiarkowanie negatywnych („raczej nie"), to stosunkowo dużo jest opinii zdecydowanie negatywnych: 15% dotyczy warunków leczenia i oceny nowoczesności jego metod, 27% – sprawności organizacyjnej, 29% dostępu do leczenia specjalistycznego, a 34% oceny bezpłatności leczenia, co świadczy o silnie negatywnych reakcjach społecznych na to, co dzieje się w opiece zdrowotnej.

W przypadku większości spraw, o które pytano, dysponujemy wynikami wcześniejszych badań przeprowadzonych przed reformą opieki zdrowotnej. Można zatem prześledzić zmiany opinii i ocen dotyczących funkcjonowania państwowej służby zdrowia. Należy zarazem pamiętać, że obecnie oceniana jest nie tylko działalność placówek państwowych (publicznych), ale całość świadczeń, jakie otrzymuje się w ramach ubezpieczenia zdrowotnego (kasy chorych), także ze strony niepublicznych podmiotów.

**Jak się okazuje, bardzo pogorszyły się opinie dotyczące sprawności organizacji opieki zdrowotnej, bezpłatności leczenia, stosowania nowoczesnych metod le-**

[5] Tamże, s. 8-12.

**czenia oraz możliwości otrzymania szybkiej pomocy lekarskiej. Wyraźnie na gorsze zmieniły się też oceny równości szans otrzymania pomocy, dostępności usług medycznych oraz informacji o tym, gdzie można uzyskać poradę.** Trzeba podkreślić, że w niektórych sprawach – sprawności organizacji, bezpłatnego leczenia, nowoczesności jego metod, możliwości szybkiego otrzymania pomocy, dostępności leczenia i informacji o nim – nigdy dotąd tak często nie wyrażano negatywnych opinii.

Tylko w jednej kwestii nastąpiła istotna, choć niewielka poprawa ocen – obecnie trochę więcej osób (33%) niż przed dwoma laty (28%) uważa, że lekarze poświęcają pacjentom dużo uwagi.

Szczególne znaczenie mają opinie i oceny osób, które leczyły się już po początkowym okresie wprowadzania reformy. Spośród osób, które korzystały w drugim półroczu '99 z jakichś usług medycznych w ramach ubezpieczenia zdrowotnego ze względu na własny stan zdrowia lub stan zdrowia dziecka, więcej niż co trzecia (38%) uważała, że obecnie jakość świadczeń i usług jest gorsza niż była przed reformą, trochę mniej niż połowa (45%) nie dostrzegała żadnych zmian, a jedynie co ósmy (12%) stwierdził, iż są lepsze (głównie: „raczej lepsze").

Jedna czwarta (24%) spośród korzystających w tym czasie ze świadczeń medycznych w ramach ubezpieczenia miała trudności i kłopoty z ich uzyskaniem, związane, ich zdaniem, ze zmianą zasad funkcjonowania opieki zdrowotnej. Jest to odsetek wysoki – jeśli wziąć pod uwagę to, że miały one miejsce już w drugim półroczu, po początkowym, najgorszym okresie wprowadzania reformy. Ponadto można by oczekiwać, że z upływem czasu odsetek mających trudności będzie się zmniejszał, jednak pozostał on taki sam jak w poprzednim pomiarze, w pierwszym półroczu działania reformy[6].

Najczęstszym i chyba najpoważniejszym kłopotem pacjentów było uzyskanie specjalistycznej porady lub przeprowadzenie specjalistycznych badań. Od czerwca ubiegłego roku wzrósł odsetek osób, które nie mogły uzyskać porady specjalisty. Na drugim miejscu są trudności z dostaniem się do lekarza pierwszego kontaktu, nadal należące do najczęstszych, ale obecnie wymieniane przez ankietowanych rzadziej niż pół roku wcześniej[7].

Co jedenasty pacjent skarżący się na trudności – podobnie jak w czerwcu '99 – nie miał dostępu do świadczeń ze względu na istniejące *limity*, a co dziewiąty – więcej niż uprzednio – skarżył się na trudności o charakterze biurokratycznym. Do kwestii limitów i biurokracji należałoby może dodać także odmowy świadczeń ze względu na przynależność do innej kasy bądź brak zgody na pokrycie kosztów przez kasę chorych[8].

---

[6] Por. komunikat CBOS „Leczenie się po wprowadzeniu reformy – opinie o jakości świadczeń", luty 2000 (opr. W. Derczyński).

[7] Warto także zwrócić uwagę na rodzaje trudności występujących w pierwszych tygodniach funkcjonowania reformy, szczegółowo opisane w komunikacie CBOS „Stosunek do reformy służby zdrowia", luty '99 (opr. W. Derczyński).

[8] Szczegółowe dane w komunikacie CBOS „Leczenie się po wprowadzeniu reformy – opinie o jakości świadczeń", cyt. wyd.

Osobną pozycję na liście trudności i kłopotów stanowią różnego rodzaju koszty dodatkowe, ponoszone przez pacjentów objętych ubezpieczeniem zdrowotnym, oraz koszt leków, które wcześniej były bezpłatne. W sumie na tego rodzaju utrudnienia wskazuje co dziesiąty z pacjentów deklarujących trudności.

Na szczególne podkreślenie zasługują wypowiedzi dotyczące lekceważenia i złego traktowania pacjentów (co jedenasty z pacjentów) oraz skargi na niekompetencję lekarzy – pobieżne badanie, niewłaściwą diagnozę, brak rozpoznania choroby.

Należy dodać, że z powodu różnego rodzaju trudności w uzyskaniu świadczeń część spośród ogółu ankietowanych korzysta z usług medycznych na własny koszt, prywatnie. Wśród prywatnie leczących się lub korzystających w ostatnim półroczu (od lipca '99 do stycznia '00) prywatnie z innych usług medycznych aż 30% twierdziło, że uczyniło tak ponieważ miało trudności z uzyskaniem usług w ramach ubezpieczenia zdrowotnego, a 22% wymieniło ten powód obok przekonania, że prywatne usługi zdrowotne są lepsze, co stanowi w sumie ponad połowę leczących się prywatnie.

Dodatkowe koszty spowodowane trudnościami są bardziej odczuwane przez mniej zamożnych – na trudności jako przyczynę korzystania z usług prywatnych częściej wskazują badani oceniający warunki materialne swojego gospodarstwa domowego jako złe (38%) lub średnie (30%) niż ci, którzy uznają je za dobre (24%).

Należy też w tym miejscu wspomnieć, że w części gospodarstw domowych rezygnuje się z leczenia lub innych świadczeń medycznych z powodów finansowych, a reforma wydaje się zwiększać obciążenie pacjentów kosztami leczenia. Co trzeci (34%) spośród ogółu ankietowanych w styczniu 2000 twierdził, iż w poprzedzającym półroczu on sam lub ktoś z jego gospodarstwa domowego zmuszony był zrezygnować z jakichś świadczeń z powodu braku pieniędzy. Najczęściej rezygnowano z kupna leków na receptę lub innych środków zalecanych przez lekarza (21%), następnie z leczenia zębów (14%) oraz z wizyty u lekarza specjalisty (13%). To swoiste „oszczędzanie na zdrowiu" występuje najczęściej w gospodarstwach domowych rencistów i robotników niewykwalifikowanych, najrzadziej natomiast zdarza się wśród kadry kierowniczej i inteligencji oraz pracujących na własny rachunek poza rolnictwem[9].

Na koniec warto podkreślić, że z badań przeprowadzonych w ostatnich miesiącach przez CBOS wynika, że w polskim społeczeństwie nasiliło się przeświadczenie, iż obowiązkiem rządu i państwa powinno być zmniejszenie istniejących różnic społecznych. Zdecydowana większość Polaków opowiada się w tym przypadku za interwencjonizmem[10]. Podobnie jest w kwestii zapewnienia obywatelom wysokiego poziomu świadczeń społecznych, obejmujących opiekę zdrowotną[11].

**Zebrane dane potwierdzają istnienie niemal powszechnego (90%) przekonania, że zapewnienie obywatelom opieki zdrowotnej jest przede wszystkim zadaniem**

[9] Zob. komunikat CBOS „Oszczędzanie na zdrowiu", luty 2000 (opr. W. Derczyński).
[10] Por. komunikat CBOS „Egalitaryzm w społeczeństwie polskim", luty 2000 (opr. M. Falkowska).
[11] W maju '99 opowiadało się za tym 81% ankietowanych. Zob. komunikat CBOS „Opinie o istotnych kwestiach społeczno-politycznych w elektoratach partyjnych", październik '99 (opr. B. Roguska). W sondażu z grudnia '99 („Państwo i obywatel") odsetek zgadzających się z twierdzeniem, że „państwo powinno zapewnić obywatelom wysoki poziom świadczeń społecznych, takich jak opieka zdrowotna, szkolnictwo itp." wzrósł do 86%.

**państwa.** Odsetek osób, które są przeciwnego zdania i uważają, że obywatele sami powinni zadbać o zapewnienie sobie takiej opieki, jest niewielki (7%).

Opierając się na danych zebranych w jednym z poprzednich sondaży[12], można przypuszczać, że ankietowani mają przy tym na myśli powszechną bezpłatną opiekę lekarską, a nie jakieś inne formy zapewnienia obywatelom opieki zdrowotnej. Nasilenie się opinii obarczających państwo obowiązkami w tej sferze wynika przypuszczalnie z negatywnych doświadczeń, związanych z wprowadzeniem w życie reformy ochrony zdrowia. Opinie te wydają się być przede wszystkim wyrazem pragnienia bezpieczeństwa socjalnego, naruszonego reformą opieki zdrowotnej.

*

Najświeższe dane o postrzeganiu reformy opieki zdrowotnej – pochodzące z sondażu przeprowadzonego na początku czerwca 2000 roku[13] – nie zmieniają zarysowanego wyżej obrazu dotyczących jej opinii i ocen społecznych. Mimo, że od wejścia w życie reformy upłynęło już prawie półtora roku, większość osób dorosłych (63%) nadal niewiele wie o nowych zasadach działania opieki zdrowotnej – nie jest zorientowana co, gdzie i jak należy załatwiać. A w ocenie funkcjonowania opieki zdrowotnej zdecydowanie przeważa krytycyzm, znacznie przy tym większy niż w przypadku innych reform: administracyjno-samorządowej, ubezpieczeń czy szkolnictwa[14].

Porównanie ocen ze stycznia i czerwca tego roku pokazuje, że nastawienie wobec tej reformy uległo z czasem jedynie nieznacznej zmianie. Obecnie 12% ankietowanych uważa, że opieka zdrowotna funkcjonuje lepiej niż przed wprowadzeniem reformy (wzrost o 3 punkty procentowe – w granicach błędu statystycznego), 18% – tyle samo co w styczniu – jest zdania, że ani lepiej, ani gorzej, a 66% (o 2 punkty mniej) sądzi, że funkcjonuje gorzej.

Nieco inaczej ułożyły się odpowiedzi respondentów na pytania dotyczące skutków reformy w ich miejscu zamieszkania. Odpowiedź na nie była niewątpliwie trudniejsza, wymagała bowiem pewnej wiedzy i wskazania konkretnych zjawisk występujących w środowisku, w którym żyją respondenci. Można było oczekiwać, że mniej ankietowanych wymieni jakieś skutki negatywne czy pozytywne niż miało określone opinie ogólne o reformie.

Jedynie nieco ponad dwie piąte (44%) spośród ogółu badanych odpowiedziało twierdząco na pytanie „Czy w Pana(i) miejscu zamieszkania, gminie, pojawiły się jakieś problemy, trudności związane z reformą służby zdrowia?". Znaczny odsetek (37%) – większy niż odsetek mających pozytywne opinie ogólne o reformie – nie dostrzegł w swoim miejscu zamieszkania trudności będących następstwem reformy, a blisko jedna piąta (19%) nie miała skrystalizowanej opinii na ten temat.

[12] We wspomnianym w przypisie 3 badaniu CBOS „Państwo i obywatel" 93% ankietowanych uznało, że „obowiązkiem władzy państwowej w Polsce powinno dzisiaj być zapewnienie każdemu bezpłatnej opieki lekarskiej".
[13] Zob. komunikat CBOS „Ocena funkcjonowania reformy opieki zdrowotnej", czerwiec 2000 (opr. W. Derczyński).
[14] Zob. komunikat CBOS „Cztery reformy w opinii społecznej: poinformowanie i ocena" (opr. M. Falkowska), czerwiec 2000.

Wśród wymienianych problemów i trudności najczęściej – podobnie jak w poprzednich sondażach – mówiono o kłopotach związanych ze skierowaniem i uzyskaniem porady specjalisty. Rzadziej niż uprzednio wymieniano trudności uzyskania porady u lekarza pierwszego kontaktu

Na drugim miejscu odczuwanych trudności znajduje się wzrost różnych kosztów leczenia, także kosztów leków, ograniczających możliwości leczenia się.

Znaczące odsetki ankietowanych skarżą się na biurokrację, bałagan organizacyjny i pogorszenie się opieki. Kłopoty dla pacjentów związane są dość często także z likwidacją w związku z reformą różnych placówek służby zdrowia. Należy też zwrócić uwagę na kłopoty związane z uzyskaniem pomocy w szpitalu czy pogotowiu – odmowy, limity i brak pieniędzy na leczenie pacjentów.

Obok pytania o problemy i trudności proszono ankietowanych także o wskazanie dobrych skutków reformy – korzystnych dla pacjentów, personelu medycznego czy placówek medycznych[15]. Okazało się, że tylko jeden na dziesięciu (10%) dostrzega jakieś pozytywne następstwa wprowadzonych zmian. Większość (62%) uważa, że reforma niczego dobrego nie przyniosła, zwraca jednak uwagę wysoki odsetek nie mających zdecydowanej opinii w tej sprawie (28%).

Najczęściej wymienianym skutkiem pozytywnym jest lepsza organizacja pracy w placówkach opieki zdrowotnej, łatwiejszy dostęp do lekarza, brak kolejek. Na drugim miejscu wśród najczęściej wymienianych dobrych skutków znalazło się życzliwe, przyjazne traktowanie pacjentów. Niektórzy uważają również, że w ich miejscu zamieszkania poprawił się dostęp do usług specjalistycznych. Ankietowani wyrażają także zadowolenie z instytucji lekarza rodzinnego i możliwości wyboru lekarza oraz z powstania niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej i poprawy wyposażenia placówek. Widać więc, że choć jest to zjawisko o bardzo ograniczonym zasięgu, część pacjentów odczuła wyraźną poprawę opieki po reformie oraz, że po części zawdzięczają to prywatyzacji placówek i usług.

[15] Pytanie brzmiało: „A może reforma służby zdrowia przyniosła coś dobrego pacjentom, personelowi medycznemu, szpitalom lub przychodniom w Pana(i) miejscu zamieszkania, gminie?".

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Krzysztof Makuch*

# Etyczne problemy lekarzy po wprowadzeniu ubezpieczeń zdrowotnych

Uprawianie zawodu lekarskiego jest nierozerwalnie związane z etyką. Śledząc historię medycyny nie sposób pominąć roli etyki w kształtowaniu postaw adeptów sztuki medycznej. Lekarze od wieków poddawani byli ocenie społeczeństwa a ich postawa moralna była wykładnikiem rangi zawodu.W większości krajów wręczanie dyplomów ukończenia studiów medycznych wiąże się ze złożeniem przez lekarzy uroczystej przysięgi.Jej tekst oparty jest na historycznym przesłaniu przysięgi Hipokratesa zawierającej fundamenty zasad etycznych zawodu lekarza.

W Polsce zawód lekarza należy do tych zawodów zaufania publicznego, które podlegają szczególnej ocenie społeczeństwa. Jego wysoka pozycja była wielokrotnie potwierdzana badaniami opinii publicznej. W ostatnim okresie wprowadzania w Polsce reform: samorządowej, emerytalnej, oświatowej, ochrony zdrowia, najbardziej krytycznie przyjęto rozwiązania prawne ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym i sposób wprowadzania jej w życie. Towarzyszące tym zmianom protesty pracowników ochrony zdrowia, w tym również lekarzy,opisywane i komentowane szeroko przez media negatywne skutki wprowadzenia ubezpieczeń zdrowotnych, przeniesienie problemów organizacyjnych systemu ochrony zdrowia na szczebel pacjent-lekarz, w sposób negatywny wpłynęły na prestiż zawodu lekarza.

Lekarz, mając w pamięci przysięgę składaną po zakończeniu studiów, otoczony szeregiem wadliwych rozwiązań prawnych i nakazów administracyjnych, poddawany zostaje w swej pracy zawodowej rozlicznym dylematom etycznym, których nasilenie nastąpiło po wejściu w życie ustawy o ubezpieczeniach zdrowotnych.

Ustawa o izbach lekarskich z dnia 17 maja 1989 roku przekazała nadzór nad wykonywaniem zawodu lekarza samorządowi lekarskiemu. Krajowy Zjazd Lekarzy jako najwyższa władza izb lekarskich uchwala kodeks etyki lekarskiej, nad przestrzeganiem którego czuwają wybrani na zjazdach rzecznicy odpowiedzialności zawodowej, oraz sądy lekarskie. III Krajowy Zjazd Lekarzy, obradujący w dniach

12-14 grudnia 1993 roku, ustalił ostateczną wersję Kodeksu Etyki Lekarskiej obowiązującą lekarzy wykonujących zawód na terenie Polski. Uniwersalizm zapisów Kodeksu Etyki Lekarskiej miał z jednej strony postawić wysoką poprzeczkę dla lekarza, z drugiej zaś – chronić przed takimi działaniami, które stawiałyby inne wartości ponad dobro pacjenta (*salus aegroti suprema lex*).

W niedofinansowanej, organizacyjnie słabo przygotowanej do zmian ochronie zdrowia, a szczególnie w pierwszym okresie wdrażania systemu ubezpieczeń zdrowotnych, przestrzeganie zasad kodeksu etyki lekarskiej jest niezwykle trudne do zrealizowania. Potwierdzeniem tej tezy może być analiza zapisów Kodeksu Etyki Lekarskiej w oparciu o rozwiązania przyjęte przez reformatorów administrujących wprowadzanie ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.

Art.4 Kodeksu Etyki Lekarskiej (KEL) stanowi, iż dla wypełniania swoich obowiązków lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych, zgodnie ze swoim sumieniem i współczesną wiedzą medyczną, a art.6 KEL, że lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Tymczasem, wprowadzone ustawą nakłady finansowe na opiekę zdrowotną spowodowały wprowadzenie przez kasy chorych limitów na większość świadczeń medycznych, jako jedną z zasad kontraktu z zakładem opieki zdrowotnej, bądź lekarzem wykonującym indywidualną praktykę lekarską. Narzucone jednostronnie limity przez kasy chorych, które stały się finansowym monopolistą w dystrybucji środków na opiekę zdrowotną, nie zostały poprzedzone analizą potrzeb zdrowotnych społeczeństwa..Spowodowało to ograniczenie efektywności zakładów opieki zdrowotnej, których prawidłowy proces restrukturyzacji jest niemożliwy przy braku przejrzystych kryteriów rywalizacji o środki publiczne oraz trudne do przewidzenia perspektywy. Lekarz, który kierując się dobrem pacjenta przekroczy ustalone limity, naraża się na konflikt z pracodawcą, a jeśli sam jest właścicielem praktyki lekarskiej – na bankructwo. Jest to szczególnie widoczne w podstawowej opiece zdrowotnej, gdzie budżet lekarza rodzinnego skalkulowany został no poziomie 6 złotych miesięcznie na wpisanego na listę, co skutkować musi ograniczeniem badań diagnostycznych i przerzucaniem kosztów na opiekę specjalistyczną bądź szpitalną. Deklaracje polityków obiecujących większą dostępność do świadczeń medycznych, przepływ środków finansowych uzależniony od decyzji wyboru świadczeniodawcy przez pacjenta, poprawę warunków pracy i płacy personelu medycznego po wprowadzeniu ubezpieczeń zdrowotnych – w opinii społeczeństwa i lekarzy rozminęły się z rzeczywistością.

Art. 8 KEL stanowi: „Lekarz powinien przeprowadzać wszelkie postępowanie diagnostyczne i zapobiegawcze z należytą starannością, poświęcając im niezbędny czas". W rzeczywistości natomiast, przy znacznej, spowodowanej niedoborem środków redukcji zatrudnienia, oraz przy braku właściwego umocowania profilaktyki w systemie opieki zdrowotnej – jest to postulat niezmiernie trudny do zrealizowania. Brak standaryzacji świadczeń medycznych sprawił, iż głównym kryterium oceny pracy lekarza stała się ilość udzielonych porad, wykonanych badań lub zabiegów, a nie analiza złożoności i jakości wykonanej pracy. Dodatkowym obciążeniem

uniemożliwiającym właściwą realizację tego artykułu, jest wprowadzona przez kasy chorych rozbudowana ponad miarę sprawozdawczość oraz konieczność wypisywania licznych zaświadczeń, co znacznie ogranicza czas pracy lekarza kosztem bezpośredniego kontaktu z pacjentem.

Brak zagwarantowanych w ustawie budżetowej środków na inwestycje w zakładach opieki zdrowotnej dla samorządu terytorialnego, który stał się organem założycielskim dla tych zakładów a także rozporządzenia ustalającego jakim warunkom mają odpowiadać szpitale oraz brak prawidłowej polityki kredytowej dla prywatnie praktykujących lekarzy – utrudnia realizację art.11 KEL: „Lekarz winien zabiegać o wykonywanie swego zawodu w warunkach, które zapewniają odpowiednią jakość opieki nad pacjentem". Apele lekarzy o niezbędne remonty, wymianę wyeksploatowanej aparatury spotykają się z negatywną, argumentowaną brakiem środków, reakcją administracji.

Art. 12 stanowi, iż relacje między pacjentem a lekarzem a powinny opierać się na wzajemnym zaufaniu, dlatego pacjent powinien mieć prawo do wyboru lekarza. Mimo,iż prawo wolnego wyboru lekarza, przychodni i szpitala miało być fundamentem reformy ochrony zdrowia, to zapisu tego nie udało się w pełni zrealizować. Stworzono wprawdzie pacjentowi możliwość wyboru lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, ale wprowadzenie do obowiązków lekarza rodzinnego zadań ginekologa i pediatry i zapisanie tego w kontraktach – ideę tę wypaczyły. Brak wyobraźni twórców kontraktów uniemożliwił również realizację zapisu art. 20 KEL: „Lekarz podejmujący się opieki nad chorym powinien się starać zapewnić mu ciągłość leczenia, a w razie potrzeby także pomoc innych lekarzy", przerywając w wielu przypadkach dotychczasową opiekę pediatryczną i ginekologiczną. Limity badań diagnostycznych i konsultacji specjalistycznych doprowadziły do często wielomiesięcznych kolejek, zmuszając pacjentów do szukania pomocy w prywatnym sektorze. Z podobnych względów ograniczony został wolny wybór szpitala, a brak rozporządzenia o zasadach opłat przy wyborze szpitala o innym stopniu referencyjnym problem ten pogłębia.

Jednym z najważniejszych uprawnień pacjenta jest zachowanie przez lekarza tajemnicy lekarskiej. Tej kwestii poświęconych jest siedem artykułów kodeksu etyki lekarskiej. Precyzują one warunki, które pozwalają lekarzowi na przekazanie informacji o stanie zdrowia pacjenta innemu lekarzowi, oraz roli zgody pacjenta w przypadku, gdyby informacje te miały być przekazane innym instytucjom bądź osobom. Ta część kodeksu podkreśla również wagę prawidłowo prowadzonej dokumentacji medycznej. Lekarz w trakcie wykonywania swojego zawodu uzyskuje szereg informacji wykraczających poza stan zdrowia pacjenta, stąd jakże ważny jest zapis art. 23, który brzmi: „Lekarz ma obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej. Tajemnicą są objęte wiadomości o pacjencie i jego otoczeniu uzyskane przez lekarza w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi. Śmierć chorego nie zwalnia od dochowania tajemnicy lekarskiej".

Po wprowadzeniu systemu ubezpieczeń zdrowotnych nastąpił wzrost sprawozdawczości, której żądają od lekarzy kasy chorych, oraz wprowadzenie/bądź konty-

nuowanie/ wypisywania przez lekarzy zaświadczeń, które zostały przez środowisko lekarskie zaopiniowane negatywnie. Przykładem może być zaświadczenie o czasowej niezdolności do pracy z powodu choroby (druk L 4), którego zmiany domagali się lekarze od wielu lat kwestionując, między innymi, wymagany przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych symbol umożliwiający osobom trzecim identyfikację rozpoznania choroby. Mimo opinii Trybunału Konstytucyjnego nakazującego zmianę wzoru zaświadczenia na gwarantujące zachowanie tajemnicy lekarskiej, nowe zaświadczenie (ZLA) zostało wydane bez akceptacji środowiska lekarskiego a jego rozbudowana forma znacznie wydłuża lekarzowi czas na wypisanie wymaganych informacji. Podobnym mankamentem obarczone zostały książeczki Rejestru Usług Medycznych (RUM), do wypełniania których, jako warunek kontraktu z kasą chorych, zobligowani zostali lekarze.

Rozbudowana przez kasy chorych sprawozdawczość i zakres żądanych informacji dotyczących pacjenta budzi w lekarzach obawę nie tylko o naruszanie tajemnicy lekarskiej ale także ustawy o ochronie danych osobowych. Rzetelne wypełnianie tych dokumentów stawia przed lekarzem wybór podporządkowania się obowiązującym regułom, bądź rezygnację z pracy lub kontraktu.

Co najmniej problematyczne wydają się być żądania pracodawców w stosunku do kobiet ubiegających się o pracę dostarczenia zaświadczenia stwierdzającego, że nie są w ciąży. Lekarz odmawiający wypisania takiego zaświadczenia, powołując się na instytucję tajemnicy lekarskiej oraz wagę dokumentu, może być postrzegany jako osoba utrudniająca zdobycie pracy.

Jednym z najważniejszych czynników wpływających na jakość opieki zdrowotnej jest ustawiczne kształcenie lekarzy, który to obowiązek został zapisany w art. 56 KEL: „Powinnością każdego lekarza jest stałe uzupełnianie i doskonalenie swej wiedzy i umiejętności zawodowych, a także przekazywanie ich swoim współpracownikom. Lekarze, w miarę swoich możliwości, winni brać udział w pracach towarzystw lekarskich". W rzeczywistości natomiast, w ostatnim okresie pracodawcy w sposób znaczny ograniczyli możliwości lekarzy w kształceniu podyplomowym. Mimo iż do obowiązku kierownika zakładu pracy należy stworzenie możliwości dokształcania się pracowników, pracodawcy tłumacząc się ograniczeniami finansowymi nie pokrywają kosztów wyjazdów lekarzy na szkolenia. Coraz trudniej również lekarzom jest uzyskać zgodę na oddelegowanie w godzinach pracy nie tylko w ramach kształcenia ustawicznego ale nawet i specjalizacji. Brak rozwiązań prawnych i finansowych pozbawił wielu lekarzy rozpoczęcia w terminie obowiązkowego stażu podyplomowego. Dużym utrudnieniem dla lekarzy w realizacji zapisów tego artykułu jest brak możliwości odpisu podatkowego rzeczywistych nakładów finansowych na szkolenia i materiały naukowe a także korzystania z nowoczesnych form dostępu do informacji, jakie stwarza internet. Brak rozwiązania przez ustawodawcę tego problemu nie tylko stanowi problem lekarzy, ale, co oczywiste, również może mieć negatywny wpływ na poziom opieki zdrowotnej w Polsce.

W ostatnich latach doszło do licznych konfliktów w ochronie zdrowia, oraz protestów różnych grup zawodowych, w tym również lekarzy. Proces nowelizacji usta-

wy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym oraz jej wprowadzenie mimo sprzeciwu lekarzy co do przyjętych rozwiązań, doprowadziły do różnych form protestu środowiska lekarskiego Najbardziej spektakularną formą był strajk anestezjologów. Wielu lekarzy stanęło przed poważnym dylematem etycznym między uczestnictwem w strajku a przestrzeganiem zapisu art.73 KEL, który stanowi: „Lekarz decydujący się na uczestniczenie w zorganizowanej formie protestu nie jest zwolniony od obowiązku udzielania pomocy lekarskiej, o ile nie udzielenie tej pomocy może narazić pacjenta na utratę życia lub pogorszenie stanu zdrowia". Wybór między lojalnością w stosunku do związkowych kolegów a trudną do oceny granicą, kiedy odstąpienie od leczenia nie narazi pacjenta na pogorszenie stanu zdrowia zrodził wiele poważnych dylematów. Zabrakło porozumienia miedzy odpowiedzialnymi za reformę ochrony zdrowia a środowiskiem lekarskim.

Problem właściwego usytuowania zawodu lekarza w systemie opieki zdrowotnej i jego roli w społeczeństwie był i jest przedmiotem prac w większości krajów a także organizacji międzynarodowych. Od ustalenia Międzynarodowego Kodeksu Etyki Lekarskiej w Londynie poprzez Sydney, Wenecję, Sztokholm 1994, lekarze tworzyli podstawy relacji między lekarzem a pacjentem, oraz jego zadania wobec państwa. W dniach 17-19 marca 2000 roku w Warszawie została przyjęta przez Europejskie Forum Organizacji Medycznych i Światowej Organizacji Zdrowia Deklaracja Warszawska o Autonomii Lekarza. Podkreśla ona potrzebę uwzględnienia w ustawodawstwie krajów europejskich roli i odpowiedzialności lekarza w społeczeństwie. Wskazując na autonomię lekarza w podejmowaniu decyzji klinicznych, prawo do samodzielnej praktyki, obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej oraz konieczność zagwarantowania pacjentom jednakowego dostępu do efektywnego leczenia – Deklaracja Warszawska o Autonomii Lekarza została przyjęta jako stanowisko Nadzwyczajnego V Krajowego Zjazdu Lekarzy w dniu 28 kwietnia 2000 roku.

Okres wprowadzania systemu ubezpieczeń zdrowotnych w Polsce jest pełen błędów legislacyjnych oraz organizacyjnych. Efektem tych błędów jest spadek autorytetu zawodu lekarza. Utrzymywanie się tych tendencji może prowadzić do frustracji środowiska lekarskiego i dalszego obniżenia jakości w opiece zdrowotnej.

Należy mieć nadzieję, że proces integracyjny Polski z Unią Europejską tworzy szansę dla polskich lekarzy i ich pacjentów na odpowiadające możliwościom naszego państwa zmiany w organizacji i finansowaniu opieki zdrowotnej.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Jacek Hołówka*

# Modele normatywne opieki zdrowotnej*

Istnieje wiele wyjaśnień niewydolności systemów medycznych. Zwraca się uwagę na wysoki koszt opieki zdrowotnej, stale powiększany przez szybki postęp techniczny w medycynie; wskazuje się na wadliwość niemal wszystkich rozwiązań organizacyjnych, na starzenie się społeczeństw i nasilenie się schorzeń chronicznych. Gdy bierzemy wszystkie te czynniki pod uwagę, rośnie obawa, że stworzenie sprawnego systemu jest zadaniem niezwykle trudnym. Zdajemy sobie sprawę, że opieka zdrowotna nie może być jednocześnie powszechna, łatwo dostępna, nowoczesna, skuteczna, heroiczna i tania. Jednak mimo tego, że wyraźnie widzimy jednoczesną nieosiągalność tych celów, niechętnie z któregokolwiek z nich rezygnujemy, i w efekcie okazuje się, że w ogóle nie dysponujemy kryteriami wyboru optymalnego rozwiązania. To zaś powoduje, że przy planowaniu systemu opieki zdrowotnej stajemy się bezradni i chaotyczni. Pragniemy skonstruować idealną utopię, ale godzimy się zadowolić miernymi rozwiązaniami.

Konflikt między wysokimi ambicjami medycyny a ograniczonymi nakładami społecznymi na medycynę rodzi nieusuwalne dylematy. Marc J. Roberts wylicza siedem nierozwiązywalnych problemów w opiece zdrowotnej, zdecydowanie obniżających skuteczność jej działań[1].

(1) W każdym kraju ponoszone są znaczne wydatki na leczenie pacjentów nie mających szans powrotu do zdrowia, wymagających opieki pielęgniarskiej, będących w podeszłym wieku, w stanie terminalnym lub z głębokimi nieodwracalnymi uszkodzeniami. Koszty tej pomocy są wysokie i ograniczają świadczenia dla pacjentów z lepszymi rokowaniami. Na przykład według szacunków Zeckhausera i Zooka, 12% pacjentów w szpitalach zużywa więcej środków niż pozostałe 88% pacjentów[2].

---

*Artykuł stanowi poszerzoną wersję referatu wygłoszonego na seminarium Fundacji „Zdrowie", w Warszawie, 26 lutego 2000 roku.

[1] Roberts 1986: 11.

[2] Zeckhauser 1981: 97.

(2) Podejmuje się kosztowne operacje w stanach powypadkowych z bardzo małym prawdopodobieństwem uratowania życia poszkodowanego. Również w innych przypadkach znaczne środki medyczne są angażowane w leczenie pacjentów w stanie agonalnym[3].

(3) Długość hospitalizacji zależy bardziej od polityki finansowej szpitala, niż od stanu zdrowia pacjenta. Jednak ingerencja w politykę finansową szpitala wywołuje negatywne skutki. Administracja i lekarze sabotują wszelką nieakceptowaną, zewnętrzną kontrolę.

(4) Nie istnieją jasne kryteria tego, za co pacjent powinien sam płacić. Niemal w każdym systemie opieki pewne zabiegi są opłacane bezpośrednio (np. chirurgia kosmetyczna), inne są opłacane z publicznych środków (np. dializa). Te ustalenia nie są jednak oparte na jasnych kryteriach. Z biegiem czasu zakres bezpośrednio opłacanych świadczeń jest dość dowolnie przesuwany w jedną lub drugą stronę, co destabilizuje funkcjonowanie sytemu opieki zdrowotnej.

(5) Środki lecznicze zalecane są bez uwzględnienia ich ceny, co powoduje, że koszt leczenia jest częstokroć bezzasadnie zawyżany. Próby oszacowania nakładów i efektów wywołują jednak protesty oraz oskarżenia o instrumentalne traktowanie chorych i o komercjalizację medycyny.

(6) Nie stosuje się zróżnicowania kosztów leczenia wobec pacjentów nie dbających o swój stan zdrowia, choć wiadomo, że tacy pacjenci stanowią poważne obciążenie dla systemu opieki. W USA stwierdzono, że leczenie pacjentów, którzy mają nadwagę lub stale palą tytoń jest średnio wyższe o $1129 rocznie, a po dziesięciu latach jest wyższe o $3882 od średniej[4].

(7) Pacjenci, którzy świadomie zrezygnowali z wykupienia polisy ubezpieczeniowej są leczeni w ten sam sposób, co osoby, które ponoszą koszty swego leczenia, mimo że źródło finansowania tej opieki pozostaje zwykle niejawne. Zasada równości dominuje nad zasadą osobistej odpowiedzialności.

W każdej z tych spraw dochodzi do konfliktu między racjami ekonomicznymi, zawodowymi, moralnymi i organizacyjnymi. Racje ekonomiczne nakazują minimalizować koszty, racje zawodowe domagają się świadczenia usług wysokiej jakości, racje moralne zabraniają pozostawić kogokolwiek bez opieki, a racje organizacyjne żądają, by działalność instytucji medycznych była przewidywalna, konsekwentna i sprawna. Uporczywość, z jaką podobne trudności dają znać o sobie sugeruje, że nie chcemy jasno zrozumieć, co należy zrobić, by problemy te rozwiązać. Zadowalamy się powierzchownym opisem dysfunkcji w opiece medycznej, akceptujemy krótkowzroczne rozwiązania dla pojedynczych, szczególnie drastycznych przypadków, przyjmujemy nieefektywne ustalenia organizacyjne i unikamy odpowiedzialności za wprowadzenie koniecznych lecz niepopularnych zmian. Ta teoretyczna i praktyczna ostrożność prowadzi do opłakanych skutków. Dysfunkcje systemowe pogłębiają się, a ich usunięcie jest coraz trudniejsze.

[3] Roberts zwraca w tym punkcie głównie uwagę na podtrzymywanie zdrowia więźniów skazanych na śmierć, problem jest jednak ogólniejszy.
[4] Zeckhauser 1981: 103.

Jeśli powyższa diagnoza jest trafna, to za główną przyczynę przyjmowania nieracjonalnych rozwiązań w opiece medycznej trzeba uznać konflikt między kilkoma punktami widzenia, które próbuje się realizować jednocześnie, zamiast wyraźnie odróżnić te stanowiska od siebie i wybrać rozwiązanie jednolite, funkcjonalne i efektywne. Rozważę tu cztery stanowiska, które, jak mi się wydaje, zawierają w sobie wszystkie normatywne żądania stawiane medycynie. W każdym przypadku zwrócę uwagę na:

(1) uzasadnienie wybranego systemu,
(2) sposób sprawowania nadzoru nad jego funkcjonowaniem,
(3) sankcje, które są stosowane, gdy jakieś normy systemu zostaną naruszone
(4) oraz motywację osób realizujących przyjęte *implicite* założenia.

**Model moralny**

*(1) Życie i zdrowie są święte. Instytucje medyczne muszą zapewnić ich ochronę bez względu na koszty i trudności.*

*(2) Ze swej natury medycyna jest zajęciem heroicznym. Maksymalne poświęcenie lekarza i personelu medycznego jest moralnym obowiązkiem we wszystkich okolicznościach.*

*(3) Instytucje korporacyjne, zapewniające wysoki etos zawodowy lekarzy, działają wyłącznie przez stosowanie sankcji moralnych. Zaniedbania zawodowe w medycynie są karane publicznym napiętnowaniem i moralnym potępieniem.*

*(4) Uprawnienia pacjenta mają stanowić wystarczającą podstawę do uzyskania skutecznej opieki. Wybór polityki medycznej w oparciu o czynniki ekonomiczne jest moralnie niedopuszczalny.*

Model moralny narzucany jest służbie zdrowia głównie przez pacjentów i prasę, która bije na alarm, gdy np. ktoś nie może otrzymać kosztownego leku na białaczkę lub unikalnego urządzenia ograniczającego symptomy choroby Parkinsona. W ramach tego modelu praktyka medyczna nie jest traktowana jako jeden z zawodów wykonywanych na zwykłych warunkach, tylko jako powołanie, nakazujące zawsze działać w sposób bezinteresowny i ofiarny[5].

Siła tego stylu myślenia opiera się na demagogii, braku wyobraźni i świadomie podtrzymywanej niejasności żądań. Zwolennik modelu moralnego nie domaga się, by lekarz pracował dosłownie za darmo. Uznaje raczej, że to, ile lekarz zarabia, jest sprawą nie związaną z tym, ile lekarz powinien pracować. Moralisty nie obchodzi, jak lekarz będzie motywowany do wykonania swych zadań ani gdzie znajdą się pieniądze na opłacenie jego wynagrodzenia. Poprzestaje na formułowaniu żądań pod adresem personelu medycznego i pozostaje głuchy na wszelkie wyjaśnienia, że moralny system nakazowy jest teoretycznie bezzasadny i praktycznie nieskuteczny.

[5] Tradycyjna etyka medyczna traktuje indywidualne relacje między lekarzem a pacjentem jako związek oparty wyłącznie na zasadzie ofiarności i żąda, by każdy pacjent otrzymał wszystko, czego potrzebuje. Agich 1986: 24.

Najbardziej jaskrawym wyrazem tej postawy jest ruch na rzecz karty praw pacjentów. Na przykład stowarzyszenie *The American Civil Liberties Union* ogłosiło projekt karty praw pacjenta, zawierający 25 punktów. Punkty 1-4 mówią o tym, że pacjent ma prawo wziąć udział w kompetentnym podejmowaniu decyzji na temat swego programu leczenia, że powinien zostać poinformowany o wynikach badań naukowych, mogących mieć znaczenie w jego przypadku oraz o tym, pod jakim względem placówka, do której trafił, różni się od innych, w których mógłby się znaleźć. Punkt piąty mówi, że w nagłym przypadku pacjent ma prawo do natychmiastowej pomocy. Punkty 6-17 opisują prawa pacjenta przyjętego do szpitala. Pacjent ma prawo liczyć na trafną diagnozę, poprawne rokowanie przebiegu choroby przy różnych wersjach leczenia, ma prawo poznać kwalifikacje i doświadczenie każdego z pracowników, którzy się nim zajmują, może wyznaczyć kogoś, kto będzie za niego podejmować decyzje, gdy sam nie czuje się kompetentny. Ma prawo do dodatkowych konsultacji u specjalisty na swój koszt. Może zrezygnować z testów i procedur, a także, jeśli tak postanowi, z leczenia. Dzieci i pacjenci w stanie terminalnym mają prawo do pomieszczeń, w których ktoś z ich rodziny będzie mógł przebywać z nimi przez 24 godziny. Pozostałe punkty mówią o zobowiązaniach szpitala wobec pacjenta po wypisaniu go z oddziału oraz o tym, że każdy pacjent powinien mieć dostęp przez 24 godziny na dobę do wybranego przez siebie adwokata swoich uprawnień[6].

Trudno zaprzeczyć, że wszystkie te ustalenia dobrze służą interesowi pacjenta i w tym sensie są pożyteczne i słuszne. Jednocześnie trudno nie dostrzec, że karta praw próbuje zastąpić dość powszechny brak środków na leczenie apodyktycznymi żądaniami. Najlepszym przykładem jest punkt piąty, który mówi, że w nagłym przypadku pomoc powinna być natychmiastowa. W każdym systemie medycznym to wymaganie uważa się za podstawowy obowiązek lekarza i jego zaniedbanie stanowi bardzo poważne naruszenie kodeksu etyki zawodowej. Wzmacnianie tego wymagania deklaratywnym żądaniem szybkiej pomocy na mocy uprawnień wygląda więc na próbę wyczarowania pomocy tam, gdzie nie można jej dostarczyć. Mówiąc ogólnie, wymagania stawiane w 25 punktach są nierealistycznie wysokie. Ich egzekwowanie mogłoby skutecznie sparaliżować działanie niemal każdego szpitala, a gdyby nawet do tego impasu nie doszło, to spełnienie uprawnień pacjenta zabierałoby więcej czasu niż jego leczenie. Absolutyzacja praw pacjenta jest następstwem niezrozumienia, że uprawnienia chorych stanowią tzw. normy *prima facie*, czyli zalecenia obowiązujące pod warunkiem, że w tej samej sytuacji nie występują nadrzędne zobowiązania. Ten warunek rzadko bywa spełniony w szpitalu, gdzie wielu chorych wymaga stale intensywnej pomocy. Trudno zaakceptować sytuację, w której lekarz musi wybierać, czy ma opowiedzieć pacjentowi o swych kwalifikacjach, czy powinien raczej zająć się następnym pacjentem, czekającym na badanie. Trudno więc uznać, że prawa pacjentów mogą obowiązywać bezwzględnie. A jeśli nie mogą obowiązywać bezwzględnie, to są nieegzekowalne, czyli w żadnym istotnym sensie nie stanowią uprawnień.

[6] Annas 1989: 9-12.

Powinniśmy raczej uznać, że prawa pacjenta muszą być wynegocjowane między pacjentami, bądź ich rzecznikami, a instytucją medyczną oferującą pacjentom swe usługi, a tym samym, że opierają się na etyce umowy społecznej, a nie na bezwzględnych uniwersalnych nakazach etycznych. To jednocześnie wskazuje, że model moralny próbuje określić sposób funkcjonowania systemu opieki zdrowotnej w sposób utopijny, jednostronnie roszczeniowy i tym samym jawnie nierealistyczny.

Ponadto jest to model niewykonalny z innego powodu. Nie istnieje system opieki zdrowotnej, który byłby w stanie zaspokoić wszystkie potrzeby medyczne pacjentów. W każdym systemie konieczne staje się racjonowanie usług, co wymaga zastosowania zupełnie innej etyki, niż etyka pełnej ofiarności, ponieważ etyka ofiarności odmawia uznania, że ten problem w ogóle istnieje[7].

Problem racjonowania świadczeń pociąga za sobą konieczność zdecydowania, kto zostanie pozbawiony pomocy i dlaczego. Zwykle pozbawia się pomocy tego pacjenta, w którego przypadku deficytowa terapia jest najmniej skuteczna. Np. wyklucza się z dializy osoby cierpiące dodatkowo na nieuleczalne schorzenia lub osoby w podeszłym wieku lub takie, które dawały dowody małej dyscypliny w trakcie leczenia. Gdy skuteczność zabiegów medycznych maleje, powstaje poważny problem – co należy powiedzieć pacjentowi? Mary Ann Baily rozważa kilka strategii: (1) można zażądać dodatkowych opłat od pacjenta w przypadku, gdy medyczna użyteczność zabiegów zaczyna maleć, (2) można pozwolić, by decydował ubezpieczyciel lub instytucja finansująca leczenie, (3) pacjent może być z góry uprzedzony, że nie będzie informowany o wszystkich terapeutycznych i paliatywnych opcjach, i wówczas, w przypadku choroby, odmawia mu się pewnych świadczeń nie informując go o tym, (4) za pacjenta decyduje lekarz.

Żadne z tych rozwiązań nie jest całkiem czyste moralnie, co pokazuje, że racje moralne nie stanowią wystarczającej podstawy do podejmowania decyzji na temat dostępności opieki zdrowotnej. Leczenie zawsze zmusza instytucję opieki medycznej do zaakceptowania jakichś kompromisów moralnych. Jednym z nich jest przyjęcie jasnych zasad selekcji pacjentów i racjonowania skąpych środków. Jawność kryteriów decyzyjnych leży w interesie samych pacjentów, ponieważ pozwala im albo podjąć działania, które im zapewniają dostęp do deficytowych świadczeń, albo pozwala im oswoić się z myślą, że nie zdobędą tego dostępu. Jest to z pewnością rozwiązanie twarde i trudne do zaakceptowania; ale jest lepsze niż gołosłowne zapewnianie chorych, że każdy ma prawo do pełnej opieki. Podżeganie pacjentów do dramatycznego dopominania się o dostęp do ograniczonych środków wprowadza do systemu opieki medycznej zupełnie zbędne napięcia.

Trzeba wreszcie pamiętać, że w każdym systemie opieki – z wyłączeniem jedynie systemu opłat bezpośrednich (*fee-for-service*) – decyzje o użyciu skąpych środków

[7] Lekarze opierają się przed wzięciem na siebie obowiązku racjonowania zasobów społecznych. Taka rola jest im jednak narzucana wbrew ich oporowi. Rozdzielanie szczupłych zasobów między pacjentów, których potrzeb nie da się jednocześnie zaspokoić, jest najwyraźniejsze tam, gdzie ograniczenia te mają charakter fizyczny – gdzie brakuje łóżek na oddziale intensywnej terapii, gdzie jest za mało maszyn do dializy lub organów do transplantacji. W istocie jednak ograniczenia wynikające ze stosowania zasady celowości działania są zjawiskiem powszechnym. Baily 1986: 169.

powodują, że płatnik, który otrzymuje usługę, korzysta ze środków innych płatników, w tym także tych, którym odmówiono deficytowych świadczeń[8].

Widzimy zatem, że w opiece medycznej powstają liczne i swoiste problemy moralne, związane z dostępnością świadczeń, uzasadnieniem roszczeń i uprawnień do opieki oraz z rzetelnym wywiązywaniem się ze swych obowiązków przez personel medyczny. Jednak te realne i konkretne zobowiązania moralne nikną i tracą swą zasadność w modelu moralnym, który nadużywa retoryki moralistycznej i całe funkcjonowanie opieki medycznej podporządkowuje *ad hoc* formułowanym zasadom moralnym. To, moim zdaniem, zdecydowanie dyskwalifikuje moralistyczną metodę racjonalizacji opieki medycznej.

**Model biurokratyczny**

*(1) W systemie opieki zdrowotnej obowiązują obiektywne kryteria, oparte na ustaleniach naukowych. Cele opieki zdrowotnej są jasno zdefiniowane i skwantyfikowane.*

*(2) Opieka medyczna jest realizowana pod jednolitym, centralnym nadzorem administracyjnym. Lokalne różnice w traktowaniu pacjentów są niedopuszczalne.*

*(3) Interakcje między lekarzem a pacjentem nie mogą mieć wpływu na przebieg leczenia, ponieważ utrudniają stosowanie kryteriów naukowych. Lekarz musi być paternalistą.*

*(4) Procedury systemu są uruchamiane przez nakazy prawne, regulaminowe i administracyjne. Opór instytucji medycznych wobec zarządzeń prowadzi do ograniczenia dotacji lub zawieszenia zawodowych uprawnień personelu.*

System biurokratyczny działa tylko pod warunkiem, że jest wspierany przez znaczne nakłady finansowe. Inaczej mówiąc, dobrze funkcjonuje tylko w społeczeństwie bogatym i gotowym wydatkować znaczne sumy na opiekę medyczną. Na granicy spełnienia tego warunku oscylował zawsze *National Health Service* w Wielkiej Brytanii. W krajach komunistycznych i postkomunistycznych narodowe systemy opieki były zawsze niedofinansowane i nigdy nie stworzyły zadowalającego systemu opieki.

Jeśli brakuje wystarczających środków na powszechną opiekę zdrowotną, to rozwój technik medycznych i naukowe badania pozostają kosztowną, intelektualną ciekawostką. Racjonalne zarządzanie metodami biurokratycznymi jest w tej sytuacji fikcją. Gdy brakuje pieniędzy na podstawową opiekę medyczną, biurokratyczne zarządzanie stanowi zbędny balast. Bronią go jednak urzędnicy, dla których możliwość dekretowania jest synonimem racjonalności i porządku. Robią to skutecznie, ponieważ urzędnicy zawsze potrafią absorbować siebie samych fikcyjnymi zajęciami i zachowywać się tak, by ich bezużyteczność nie rzucała się w oczy. W efekcie, niedofinansowany system, którego nie stać na skuteczną opiekę medyczną, utrzymuje olbrzymią armię urzędników, którzy planują, regulują i nadzorują czynności personelu medycznego, obciążając przepracowanych ludzi dodatkowymi, jałowymi zajęciami.

[8] Bezstronny system racjonowania świadczeń leży w interesie wielu pacjentów, gdyż przy jego braku pacjenci wysoko ubezpieczeni ponoszą koszt tego, że świadczenia na ich rzecz zostały ograniczone przez zasadę celowości. Baily 1986: 169.

Praktyka pokazuje, że systemy biurokratyczne działają sprawnie tylko w wyjątkowych okolicznościach – w bogatych szpitalach wojskowych, w lecznicach rządowych lub w klinikach uniwersyteckich. Dostęp do tych dobrze opłacanych placówek jest z zasady ograniczony, a uprzywilejowani pacjenci korzystają z lepiej działającej opieki medycznej tylko dzięki ofiarności podatników, którzy sami muszą się zadowolić znacznie gorszym poziomem leczenia. Przy takim zróżnicowaniu poziomu świadczeń dochodzi do jawnego złamania zasady równości i wyraźnej izolacji uprzywilejowanych placówek. Doświadczenia menedżerskie gromadzone w tych instytucjach nie dają się więc bezpośrednio przenieść do instytucji medycznych obsługujących całe społeczeństwo.

Brak środków nie jest jedynym ograniczeniem praktycznej stosowalności modelu biurokratycznego. Sprawnie działający system, choćby był najbardziej bogaty, musi śledzić koszty i efekty swych działań. W przeciwnym razie narażony jest na korupcję i nieuzasadnione wydatki. Ocena kosztów dokonywana jest w prosty sposób – przez liczenie wydatków. Większą trudność nastręcza ocena efektów, gdyż wymaga przyjęcia jakiegoś wskaźnika poprawy zdrowia pacjenta. Najlepiej opracowany i najbardziej wiarygodny jest wskaźnik QALY (*quality adjusted life years*). Wskaźnik ten pokazuje, ile warte jest świadczenie, które może otrzymać pacjent. Wybraną terapię szacuje się przez liczbę dodatkowych lat życia zapewnianych przez to leczenie. Przedłużenie życia o jeden rok daje wybranej technice leczenia jeden punkt. A zatem, np. uratowanie życia 20-letniemu pacjentowi, który jest ofiarą wypadku, daje w przybliżeniu 55 punktów, przy założeniu, że średnia długość życia wynosi 75 lat. Jeśli jednak nie można przywrócić pacjentowi pełnego zdrowia, każdy rok jego życia szacowany jest odpowiednio niżej[9].

Dodatkowo przyjmuje się, że do 65 roku życia każdy rok jest wart 1 QALY, a później wartość QALY spada liniowo, by osiągnąć 0 dla pacjenta w wieku 90 lat[10]. Użyteczność tej metody szacowania skuteczności zabiegów jest dość oczywista. Jeśli lekarz dysponuje ograniczonymi środkami i musi odmówić leczenia jakiemuś pacjentowi, by zająć się innym – a tak jest zawsze w przypadku kosztownych technik, takich jak dializa lub transplantacja – to może podjąć tę decyzję w sposób racjonalny, otwarty i uczciwy. Szacuje wartość interwencji dla każdego z pacjentów i oferuje zabieg temu, dla którego ma on wyższą wartość QALY. Młody i zdrowy pacjent otrzymuje najpełniejszą pomoc. Osoba stara i schorowana otrzymuje tylko tanie zabiegi, podtrzymujące jej witalność. Starzec mający ponad 90 lat jest teoretycznie pozbawiony wszelkiej pomocy.

Bezduszność tej polityki budzi oczywiste zastrzeżenia moralne. Trudno pogodzić się z twierdzeniem, że starcy nie zasługują na żadną pomoc. Trudno się zgodzić, że w przypadku konfliktu między 25-letnią kobietą z odjętym sutkiem oraz 49-letniem mężczyzną bez ubytków, przy tej samej cenie zabiegów pierwszeństwo

[9] Na przykład, wedle tej metody rok życia pod dializą jest wart jednej trzeciej roku życia ze zdrowymi nerkami, a rok życia po mastektomii spowodowanej rakiem jest wart połowy roku życia w pełnym zdrowiu. Morreim 1986: 59.

[10] Morreim 1986: 60.

ma mężczyzna; natomiast kobieta może liczyć na pełną pomoc, jeśli okaże się, że jej konkurentem do ograniczonych środków jest 51-letni pacjent, ponieważ w jego przypadku przewidywane dalsze życie jest zbyt krótkie, aby potrzebnej mu terapii przypisać dostateczną liczbę punktów QALY. Takie zalecenia muszą się wydawać arbitralne i sztuczne. Zbyt wiele zależy tu od umownie przyjętych założeń i nieprecyzyjnych ustaleń. Widać to nie tylko w kontrastowych porównaniach parami, ale również w skali szpitala. Nie mając dostatecznej liczby łóżek dla wszystkich zgłaszających się pacjentów, szpital powinien przyjąć jakiś punkt odcięcia i na przykład odsyłać chorych, którym nie mógłby zapewnić terapii powyżej 20 punktów QALY. Może się więc na przykład zdarzyć, że w przypadku, gdy do szpitala zostaną dowiezione dwie poparzone osoby w tym samym wieku, szpital przyjmie tylko mniej poparzonego pacjenta i odeśle bardziej poszkodowanego, ponieważ w jego przypadku każda terapia daje niższą proporcję między efektami a nakładami. Nie mamy wątpliwości, że taka polityka jest niedopuszczalna. Musimy jednak pamiętać, że jest to najlepsza metoda szacowania efektywności zabiegów medycznych. Jeśli więc ona budzi wątpliwości, to co najmniej równe wątpliwości musi budzić sam model biurokratyczny, ponieważ nie można zaplanować go tak, by działał w sposób racjonalny, przewidywalny i bezstronny.

Inne miary wartości życia i działań medycznych na rzecz przywrócenia zdrowia są jeszcze bardziej zawodne. Czasem jako alternatywną metodę szacowania wartości usług medycznych dla pacjenta proponuje się gotowość pacjenta do świadomego oszacowania ryzyka utraty zdrowia i zabezpieczenia się przed tym ryzykiem. Ten wskaźnik wymaga jednak przyjęcia, choćby teoretycznie, że pacjenci nie otrzymują opieki medycznej ze wspólnych społecznych zasobów – tak jak to przewiduje model biurokratyczny – ale sami ubezpieczają się przed utratą zdrowia lub przynajmniej prawdziwie deklarują, na jaką sumę chcieliby się ubezpieczyć, gdyby dysponowali odpowiednimi środkami[11].

Trudno jednak przypuścić, by człowiek nie mający pieniędzy na wysokie ubezpieczenie umiał sobie trafnie wyobrazić, jakie kupiłby ubezpieczenie gdyby był bogaty. Ludzie z reguły źle przewidują, co zrobią, gdy poprawi się ich sytuacja finansowa, a nadto deklaracje na ten temat mogą być świadomie fałszowane. Precyzyjne prognozowanie użyteczności poszczególnych procedur medycznych w oparciu o takie deklaracje byłoby bardzo ryzykowne i nie poprawiłoby racjonalności modelu biurokratycznego.

Ponadto warto podkreślić, że model biurokratyczny nie może istnieć bez jasno określonych celów funkcjonowania. Opieka medyczna nie jest przecież świadczona po to, by istniały lecznice i szpitale, lecz ma służyć pacjentom. Przy braku precyzyjnych wskaźników tego, co rzeczywiście służy pacjentom, jedyną wskazówką mogą być ogólnie sformułowane, orientacyjne cele. George J. Algich jest zdania, że celem tym może być: (1) ochrona „kapitału ludzkiego", a więc przywrócenie pacjen-

[11] Jeśli ktoś świadomie z góry wybiera bardziej oszczędny plan, by zaoszczędzić pieniądze na inne cele niż ubezpieczenie zdrowotne, to wyraża jednocześnie zgodę na większe ryzyko utraty zdrowia i wyższe koszty leczenia. Ten fakt staje się ważną częścią społecznego finansowania opieki medycznej. Menzel 1981: 99.

towi zdrowia i zdolności do normalnego funkcjonowania, (2) pełne wykorzystanie posiadanych środków medycznych, bez względu na to, komu zostaną przyznane, (3) maksymalizacja efektywności wykorzystania posiadanych środków[12]. Ten ostatni styl myślenia daje się zastosować tylko w instytucjach niewielkiej skali, które same nie planują swego działania. Jeśli np. dyrektor jakiegoś szpitala nie ma wpływu na to, jakie otrzyma fundusze i sprzęt, to może poprzestać na tym, że posiadane środki wykorzysta najbardziej efektywnie. Nie jest to jednak punkt widzenia, który ma prawo przyjąć minister zdrowia. W skali państwowej lub regionalnej konieczne jest oszacowanie społecznych potrzeb i planowanie takiej polityki rozwoju świadczeń medycznych, która może te potrzeby maksymalnie zaspokoić. Takie planowanie nie jest jednak możliwe bez skwantyfikowania celów, czyli oszacowania efektów opieki medycznej. Znów więc stajemy przed problemem wiarygodności takich wskaźników jak QALY. Uznaliśmy jednak, że nie można na nich zbudować teoretycznie przekonującej polityki racjonowania świadczeń medycznych, a zatem (3) propozycja Agicha: „maksymalizacja efektywności wykorzystania posiadanych środków" musi być traktowana całkiem deklaratywnie, jako orientacyjny cel, którego realizacja nie poddaje się ani kontroli, ani korekcie. Dwa wcześniej wymienione cele, a więc (1) „ochrona kapitału ludzkiego" i (2) pełne wykorzystanie środków też zakładają użycie jakichś wskaźników pozwalających jednoznacznie opisać, w jakim stopniu cel zostaje osiągnięty, a odpowiednich wskaźników nie posiadamy. Odwoływanie się do ogólnych celów w ramach modelu biurokratycznego jest więc zabiegiem propagandowym i nie prowadzi do żadnych rozwiązań zdefiniowanych technicznie. Tym samym wymyka się spod kontroli modelu biurokratycznego.

Wiarygodność tego modelu jest wreszcie podważana przez stały postęp w medycynie. Stałe pojawianie się nowych sposobów leczenia uniemożliwia wprowadzanie standardowych wskaźników dla decyzji administracyjnych[13].

Są to zastrzeżenia wyrażane powszechnie[14].

Stąd wszelkie próby ustalenia standardowych cen, średnich kosztów lub przewidywanych nakładów na leczenie poszczególnych jednostek chorobowych jest zabiegiem nieracjonalnym – albo magicznym, albo propagandowym. W przypadku choroby serca można poprzestać na podawaniu leków ciśnieniowych, można nalegać na zmianę stylu życia pacjenta, można sugerować operację lub transplantację serca. Koszt każdego kolejnego postępowania jest nieporównanie wyższy niż koszt poprzedniego, a kliniczne czynniki nie determinują w sposób jednoznaczny właściwej metody postępowania. Standaryzowanie procedur medycznych prowadzi więc

[12] Agich 1986: 5.

[13] Maleje możliwość wykorzystania standardowych procedur i stałych cen. W leczeniu chorób zakaźnych oraz fizycznych urazów określenie kosztów było łatwiejsze. Obecnie szpitale zajmują się głównie pacjentami, którzy chorują na raka, niewydolność układu krążenia lub trwałe uszkodzenie innych organów. Koszt i okres niezbędnego leczenia zależą zatem od indywidualnego przypadku. Agich 1986: 29.

[14] Niewiele rodzajów świadczeń może się równać z medycyną pod względem złożoności i różnorodności stosowanych procedur. Po pierwsze, rozmaite testy i względnie standardowe procedury stosowane przez szpital są liczone na setki. Po drugie, nawet w wąskim zakresie kategorii diagnostycznej mogą występować wielkie zróżnicowania co do oczekiwanych nakładów w związku z chorobą i leczeniem. Zeckhauser 1981: 97.

bezpośrednio do obniżenia skuteczności leczenia i do niebezpiecznego uproszczenia zabiegów terapeutycznych.

W sumie użyteczność modelu biurokratycznego jest bardzo ograniczona. Model o rzekomo najwyższej racjonalności działania okazuje się niewrażliwy na trudne do zagregowania fakty dotyczące indywidualnych potrzeb medycznych. Jego działanie jest powolne, arbitralne, pracochłonne i kosztowne[15].

W przekonaniu Davida Mechanica model biurokratyczny w naturalny sposób przekształca się w inne formy zarządzania medycyną, jeśli tylko jego administratorzy dostrzegą jego wady i zdecydują się im przeciwdziałać – a więc jeśli tylko nie są zdesperowanymi biurokratami. Mówiąc najprościej, ten model „sam siebie zjada". Nieodpłatne świadczenie usług w obrębie biurokratycznego systemu powoduje lawinowy wzrost popytu na lekarstwa i konsultacje medyczne. To zmusza administratorów do stawiania rządowi coraz wyższych wymagań finansowych lub skłania ich do ograniczenia dostępności świadczeń. Problem ten zawsze pojawia się w państwowej służbie zdrowia i nigdy nie został zadowalająco rozwiązany. Wszystkie proponowane ograniczenia okazywały się nieskuteczne i irytujące. Zdaniem Mechanica istnieją cztery sposoby ograniczenia popytu na usługi medyczne[16]. (1) Można wprowadzić, a następnie stopniowo podnosić opłaty za usługi aż do poziomu, na którym popyt zostaje wyrównany z podażą. Ta polityka daje rozwiązanie hybrydowe, w którym pomieszane zostają elementy modelu biurokratycznego i rynkowego. Brak planowania i kontroli tych połączeń dość szybko prowadzi do degradacji systemu opieki. Model rynkowy rozrasta się coraz bardziej i przemienia w szarą strefę usług medycznych, podczas gdy model biurokratyczny staje się jedynie propagandową fasadą. (2) W systemie praktyki opartej na przedpłatach (*pre-paid group practice*) wprowadza się ograniczenia dostępności świadczeń i wymusza tworzenie kolejek. Zarówno brytyjski NHS, jak i amerykańskie HMOs krytykowane są z tego właśnie powodu i oskarżane o opieszałość i nieefektywność. (3) Można wprowadzać bariery organizacyjne, np. przez wprowadzenie nacisków administracyjnych na lekarza pierwszego kontaktu, by powściągliwie wydawał skierowania do specjalistów. To wyjście, stosowane dość powszechnie w Polsce po wprowadzeniu reformy w 1999 roku, jest szczególnie niebezpieczne, ponieważ powoduje, że lekarzowi pierwszego kontaktu opłaca się bagatelizować dolegliwości pacjenta aż do momentu, gdy choroba przybiera niebezpieczną formę i musi się nią zająć szpital lub specjalista. W medycynie obowiązuje dość prosta zasada: administracyjne sterowanie popytem przeradza się szybko w sterowanie popytem przez skandaliczne obniżenie jakości świadczeń. (4) Wreszcie niektórzy administratorzy systemu odkrywają, że popyt na usługi medyczne zdecydowanie maleje, jeśli urzędnicy przestają zajmować się organizowaniem świad-

[15] Doświadczenie uczy nas stopniowo, że tradycyjne formy regulacji rządowych, np. tego typu, jakie obecnie obowiązują w sektorze opieki medycznej, działają dobrze w pewnych warunkach, ale bardzo niezadowalająco w innych. Deregulacja w przemyśle naftowym, transporcie lotniczym i drogowym świadczy o wzrastającym zrozumieniu, jak ważne jest dopasowanie działań regulacyjnych do sytuacji gospodarczej. Zeckhauser 1981: 96.

[16] Mechanic 1976: 91-96.

czeń i zaczynają je systematycznie dezorganizować, gdy swymi przepisami i zaleceniami zaprowadzają chaos i bałagan[17].

Mamy prawo uznać, że model biurokratyczny służy głównie zaspokojeniu potrzeb jego organizatorów. Nadaje się świetnie do wprowadzania równie licznych, co nieskutecznych reform, pochłania olbrzymie środki materiałowe i finansowe, dezorientuje pacjentów i sankcjonuje demoralizację urzędników.

**Model wolnorynkowy**

*(1) Darwinizm społeczny zwalnia społeczeństwo i instytucje rządowe z troski o stan zdrowia obywateli i o działanie instytucji medycznych. Podaż świadczeń medycznych jest sterowana wyłącznie mechanizmami rynkowymi.*

*(2) Pacjent jest sam odpowiedzialny za stan swego zdrowia. Powinien wykorzystać istniejące instytucje medyczne do oceny swego zdrowia i do uzyskania pomocy medycznej, gdy jest mu potrzebna.*

*(3) Jakość świadczeń pozostaje pod kontrolą instytucji korporacyjnych, które są gwarantem profesjonalnych kwalifikacji lekarza. Jednak relacje między lekarzem a pacjentem są poufne i nie podlegają zewnętrznej ocenie. Ewentualne skargi i roszczenia rozpatruje sąd, a nie medyczna instytucja nadzoru.*

*(4) Lekarz pełni swe funkcje tylko w tym zakresie, w jakim został opłacony. Może zawsze odmówić wykonania świadczeń, jeśli nie otrzymuje zapłaty.*

Model rynkowy ma tę niezaprzeczalną zaletę, że jest bardzo czuły na potrzeby pacjenta. W jego ramach każda potrzeba medyczna jest szybko odnotowana i zaspokojona, ponieważ pacjent sam zgłasza potrzebę pomocy i sam płaci za usługę. Model ten nie nasila hipochondrii – co jest charakterystyczne dla czystej wersji biurokratycznej – ani nie prowadzi do bagatelizowania objawów – co jest charakterystyczne dla wersji hybrydowej. W tym sensie jest to model oszczędny i efektywny[18].

Model oszczędny nie musi być jednak modelem najbardziej racjonalnym. Pacjenci często nie zdają sobie sprawy z potencjalnych zagrożeń swego zdrowia i stąd w modelu rynkowym dość niewielkie kwoty są wydawane na działania profilaktyczne. Jak wiemy, człowiek ze skłonnością do alkoholizmu zaczyna się leczyć dopiero wtedy, gdy jego życie jest już zrujnowane i na leczenie – za późno. Również pacjenci z przewlekłymi chorobami leczą się dość nieskutecznie w systemie wolnorynkowym, ponieważ długotrwała terapia pochłania olbrzymie wydatki, których większość chorych nie jest w stanie udźwignąć.

---

[17] Pomyślmy o pacjencie, który źle się czuje i chce się widzieć z lekarzem. Telefonuje do jego gabinetu, ale tam telefon jest stale zajęty. Wreszcie przełączony zostaje do automatycznej sekretarki, której nagrywa swoją prośbę. Sekretarki jednak nikt nie odsłuchuje regularnie i na prośbę nikt nie odpowiada. A jeśli pacjent postanowi zobaczyć się z określonym lekarzem i nawet dotrze do jego recepcjonistki, recepcjonistka może powiedzieć, że pierwszy wolny termin wizyty jest możliwy dopiero za pięć lub siedem tygodni i na razie nie przyjmuje się zapisów. Mechanic 1976: 96.

[18] Ci, którzy sami płacą za swe leczenie zwykle wydają mniejsze sumy na medycynę niż ci, którzy nie muszą płacić bezpośrednio. A jeśli żyją w nędzy, wydają znacznie mniej lub całkiem rezygnują z opieki medycznej. Olson 1981: 7.

Model rynkowy wywiera jednak korzystny wpływ wychowawczy na pacjentów, wymuszając zachowania roztropne. Uczy umiejętnego przewidywania własnego stanu zdrowia i uprzytamnia wszystkim, jak wielkie znaczenie dla zachowania zdrowia ma profilaktyka. W systemie wolnorynkowym każdy musi gromadzić środki na przyszłe ewentualne leczenie, a później sam pilnuje tego, by te oszczędności zostały dobrze użyte. Racjonalność takiego postępowania jest jednak pozorna, nie istnieje bowiem górny pułap wydatków, jakie można ponieść w procesie leczenia. Każdy człowiek prędzej czy później popada w stan krytycznej utraty zdrowia, a wtedy, jeśli posiada jakiekolwiek oszczędności i zechce je wydać na leczenie, to każdy sprawnie działający szpital znajdzie sposób, by wykorzystać wszystkie zgromadzone fundusze. A to znaczy, że nie istnieje racjonalnie określony, maksymalny pułap gromadzenia środków na leczenie.

Inną wadą modelu wolnorynkowego jest generowanie monopoli. Najpierw z rynku usunięte zostają instytucje świadczące usługi na wysokim poziomie za stosunkowo wysoką cenę. Pacjenci sami nie potrafią z reguły ocenić jakości usług, wybierają więc usługi tańsze i lepiej zareklamowane. Zdaniem pewnych ekonomistów, takie obniżenie jakości i ilości świadczeń jest w sumie zjawiskiem korzystnym[19].

Zdaniem wielu lekarzy jest to jednak tendencja bardzo szkodliwa. Gdy pacjent wybiera gorsze leczenie, traci zdrowie, mimo że nie umie na czas zdać sobie sprawy z konsekwencji dokonywanych oszczędności. Gdy lepsze usługi stopniowo znikają z rynku, konkurencja ogranicza się do walki o ceny. Wtedy pojawiają się korzystne warunki do powstania monopolu. Odbiorcy świadczeń medycznych są już niewybrednymi konsumentami i rynkiem zaczyna rządzić dostawca świadczeń. Może zalać rynek mało wartościowymi, tanimi usługami. Może nawet wymusić system podwójnych cen, niższych dla odbiorców związanych z monopolistą, wyższych dla pozostałych konsumentów. Tak właśnie postępowali administratorzy amerykańskiego programu ubezpieczeniowego *Blue Cross*[20].

Nie jest to zjawisko charakterystyczne wyłącznie dla medycyny. Monopole pojawiają się wszędzie. Wolny rynek utrzymuje się tylko tam, gdzie jednocześnie istnieje pełna informacja na temat podaży oraz jakości towaru i gdzie wprowadza się skutecznie działającą regulację prawną przeciwko powstawaniu monopoli. Wdrożenie takich zabezpieczeń w opiece medycznej jest jednak bardzo trudne, kosztowne i niepraktyczne. Ograniczenie swobody działania monopolistom wprowadza elementy modelu biurokratycznego i likwiduje rozwiązania rynkowe. Jeszcze wyraźniej efekt ten daje o sobie znać, gdy w imię walki z monopolem wprowadza się sztywne ceny na usługi. Tak daleko posunięta ingerencja administracyjna szybko paraliżuje działanie wolnego rynku.

---

[19] Jeśli istnieje konkurencja między lekarzami a instytucjami zapewniającymi świadczenia medyczne, to ci, którzy oferują więcej świadczeń niż trzeba, lub których świadczenia są zbyt kosztowne, będą tracili swój udział w rynku na rzecz tych, którzy lepiej służą swym pacjentom. Olson 1981: 5.

[20] Inne ubezpieczalnie nie miały tak wielkiej części rynku. Z tego powodu, a także dlatego, że *Blue Cross* miał specjalne powiązania ze szpitalami, w wielu stanach, gdzie *Blue Cross* prowadził swój program, doprowadzono w praktyce do stosowania podwójnych cen za opiekę szpitalną. Pacjenci ubezpieczeni przez *Blue Cross* otrzymywali niższe rachunki niż pacjenci ubezpieczeni gdzie indziej lub pacjenci pozbawieni ubezpieczenia. Olson 1981: 6.

Nie bez znaczenia przy ocenie modelu rynkowego są też względy moralne. Model rynkowy jest bezduszny i okrutny, ponieważ nie zapewnia opieki odpowiednio do potrzeb pacjenta, ale dostarcza ją wyłącznie za opłatą. Osoby nie mogące zdobyć dostatecznych funduszy na leczenie nie otrzymują wystarczającej opieki. Ta sytuacja rodzi trudne do rozwiązania spory. Zwolennicy medycyny wolnorynkowej mają rację, gdy twierdzą, że żądanie, by społeczeństwo wzięło na siebie pełny obowiązek opiekowania się ludźmi pozbawionymi środków nie jest bynajmniej oczywiste. Nie jest jednak również oczywiste, że społeczeństwo może całkowicie zwolnić siebie z tego obowiązku. Pewne minimum wzajemnej troski jest trwałą cechą wszystkich cywilizowanych wspólnot. Model wolnorynkowy podważa tę tradycję.

**Model ubezpieczeniowy**

*(1) Zakres świadczeń, jakie otrzymuje pacjent uzgadniają trzy strony – pacjent, lekarz i ubezpieczyciel. Instytucja medyczna zabiega o opłatę zaleconych świadczeń, ubezpieczyciel wybiera najtańszy skuteczny sposób leczenia, pacjent ma prawo wyboru zarówno lekarza jak i ubezpieczyciela, otrzymuje wysokiej jakości świadczenia, ale poza stałą składką, bezpośrednio opłaca część ich kosztów (np. 20%).*

*(2) Firmy ubezpieczeniowe kontraktują świadczenia dla swych klientów. Wysokość składek jest kalkulowana w oparciu o tablice aktuarialne. Ubezpieczyciel, jako „trzecia strona", nie tylko finansuje świadczenia, ale również odpowiada za stan zdrowia klientów, prowadzi działalność prewencyjną i prozdrowotną.*

*(3) W sprawach spornych dwie strony stanowią koalicję przeciw trzeciej. Przesadne roszczenia pacjenta są zgodnie odrzucane przez lekarza i ubezpieczyciela; nieskuteczne leczenie wywołuje protest pacjenta i ubezpieczyciela; próby ograniczenia finansowania świadczeń przez firmę ubezpieczeniową spotykają się z połączoną reakcją pacjenta i lekarza.*

*(4) Pacjent może liczyć na skuteczną opiekę medyczną przy rozsądnych kosztach; lekarz otrzymuje wystarczające finansowanie swej pracy i swych świadczeń; firma ubezpieczeniowa może liczyć na stały, choć ograniczony dochód.*

Zasadnicza racjonalność rozwiązań ubezpieczeniowych staje się jasna, gdy patrzymy na potrzeby medyczne w skali społecznej. Spostrzegamy wówczas, że nie warto, by każdy zabezpieczał się na ewentualność ciężkiej choroby, powodującej znaczne wydatki, jeśli wiadomo, że tylko niewielu ludzi spotyka tak dotkliwy los. Znacznie korzystniejsze jest takie rozwiązanie, przy którym każdy wpłaca stosunkowo niewielką sumę do wspólnego funduszu przeznaczonego na leczenie niewielu ciężko chorych pacjentów, a pozostałe pieniądze zatrzymuje w kieszeni i wykorzystuje na inne cele[21].

Przy pluralistycznym rozwiązaniu, gdy istnieje wielu ubezpieczycieli i wiele instytucji medycznych świadczących usługi, model ubezpieczeniowy jest wolny od nie-

[21] Konsumenci otrzymują ubezpieczenie i, gdy tego potrzebują, dostęp do świadczeń objętych ubezpieczeniem za niższą opłatę wnoszoną w momencie otrzymywania świadczeń. Culyer 1981: 149.

mal wszystkich wad wcześniej omówionych systemów. Nie podlega biurokratyzacji, ponieważ reaguje szybko i wrażliwie na pojawienie się potrzeb zdrowotnych. Nie sprzyja samoistnemu wzrostowi cen, ponieważ konkurencja między ubezpieczycielami a świadczeniodawcami utrzymuje ceny na rozsądnym poziomie. Nie napędza postaw hipochondrycznych ani roszczeniowych, ponieważ ubezpieczyciel i lekarz mogą odmówić finansowania świadczeń nie mających klinicznego uzasadnienia. Ponadto model ubezpieczeniowy nie pozostawia ubezpieczonego bez opieki, gdy koszty leczenia przewyższają sumę składek wpłaconych przez pacjenta. Koszty drogiego leczenia pokrywa fundusz ubezpieczeniowy, a nie pacjent. Wreszcie usługi medyczne traktowane są poważnie, jako efekt trudnej pracy, wymagającej wysokich kwalifikacji i zasługującej na właściwe wynagrodzenia, a nie tylko na wdzięczność moralną.

Nie jest to jednak model całkiem bez wad. Jego główną słabością jest to, że może się niepostrzeżenie przekształcić w jeden z wcześniej omówionych modeli, przez ścisłe skojarzenie ubezpieczeń z moralistycznymi roszczeniami ubogiego społeczeństwa, z tendencją biurokratów do kontrolowania życia społecznego lub z upodobaniem lekarzy do rozwiązań rynkowych, które dają im wyższe zarobki. Powstające w takiej sytuacji dysfunkcje są jednak powodowane przez model towarzyszący, a nie przez model ubezpieczeniowy.

Swoistą wadą tego ostatniego jest natomiast pewne przyzwolenie na rozszerzanie się postaw roszczeniowych wśród pacjentów. Pacjent, który nie musi opłacić pełnego kosztu leczenia, ma tendencję do wybierania niepotrzebnie kosztownych form terapii i znajduje świadczeniodawców, którzy spełniają te pragnienia. Jeśli ktoś nie musi płacić za siebie, to woli pójść do eleganckiego, a nie do przeciętnego szpitala[22].

Tendencje te można zahamować podnosząc tę część opłat, którą pacjent wnosi bezpośrednio. Praktyka wskazuje, że dwudziestoprocentowy udział pacjenta stanowi zazwyczaj wystarczającą zaporę przeciw nadużywaniu usług medycznych i przeciw wyborowi kosztownych form opieki z powodów estetycznych lub wygody.

Liczne badania przekonują też, że planowanie usług medycznych jest prowadzone bardziej odpowiedzialnie przez firmy ubezpieczeniowe niż przez agencje rządowe, które chętnie zadowalają się fikcyjnymi rozwiązaniami. Właściwe planowanie wymaga jednak, by firma ubezpieczeniowa nie refundowała kosztu usług (jak to robi np. Blue Cross w USA), ale brała z góry odpowiedzialność za pełny stan zdrowia pacjentów i pokrywała wszystkie koszty jego leczenia, niezależnie od tego, jak okaże się on wysoki (*pre-paid group practice*). Jak ustalono w późnych latach siedemdziesiątych, opieka oparta na przedpłatach zapewnia najlepszy standard usług po najniższych cenach. Z badania Harolda Lufta wynika, że pełna opieka lekarska oferowana przez *Health Maintenance Organizations* była o 13% niższa niż na wol-

[22] Gdy opłatę za świadczenia wnosi „trzecia strona", tak zwana swoboda wyboru lekarza ma zasadniczo inny charakter niż swoboda wyboru, jaką cieszymy się w innych działach gospodarki rynkowej. Jest to swoboda wyboru najbardziej kosztownego świadczenia spośród alternatywnych, bez konieczności poniesienia dodatkowych opłat. Olson 1981: 6.

nym rynku. W niektórych schorzeniach różnica ta sięgała nawet 40%. Cristiansom i MacClure obliczyli koszt leczenia w programie Blue Cross na terenie Minneapolis/St. Paul i porównali wyniki z kosztem leczenia przez HMO. Okazało się, że Blue Cross był średnio dwa razy droższy. C.R. Gaus stwierdził, że w systemie HMO średnio 1000 klientów korzystało z 340 dni hospitalizacji, podczas gdy w grupie płacących bezpośrednio 1000 osób korzystało średnio z 885 dni hospitalizacji. Do podobnych wniosków prowadziło też badanie, które prowadził Alain C. Enthoven. W stanie Washington koszt hospitalizacji jednego pacjenta wynosił średnio $202 w systemie HMO Puget Sound, oraz $365 w otwartym lecznictwie[23].

Trudno jednak zaprzeczyć, że praktyka oparta na przedpłatach też może ulegać degeneracji. Jeśli fundusz jest źle zarządzany albo jeśli w dążeniu do obniżenia kosztów firma ubezpieczeniowa zakontraktuje zbyt mało usług, konieczne staje się wprowadzenie silnych barier ograniczających dostęp do opieki medycznej[24].

By uniknąć tych błędów, potrzebne są profesjonalne instytucje nadzoru, mające dobrą orientację w danych epidemiologicznych i mogące stosować sankcje wobec tych ubezpieczycieli, którzy w walce z konkurencją przesadnie ograniczają koszty opieki zdrowotnej. Najprostszą formą skorygowania takich błędów jest wymuszenie na firmie przesadnie obniżającej koszty, by dokonała wyższej reasekuracji na wypadek, gdy jej środki na leczenie okażą się zbyt szczupłe. Przy takim rozwiązaniu model ubezpieczeniowy oparty na przedpłatach i gwarantujący szeroki zakres opieki medycznej wydaje się najbardziej racjonalnym i praktycznie najsprawniejszym rozwiązaniem.

**Rozwiązanie optymalne**

Dwa pierwsze spośród omówionych wyżej modeli opierają się na działaniach nakazowych, dwa pozostałe na działaniach bodźcowych. Model moralny i biurokratyczny zakładają, że podejmowanie decyzji jest oparte na niekwestionowanych przesłankach – moralnych lub administracyjnych. Model biurokratyczny zakłada ponadto centralizację decyzji. Model wolnorynkowy i ubezpieczeniowy zakładają decentralizację i przyjmują zasadę, że sprawnie działający system musi być wrażliwy na lokalnie występujące bodźce, którymi w przypadku modelu rynkowego jest oferta zakupienia usługi, a w przypadku modelu ubezpieczeniowego – żądanie usługi w zamian za z góry opłacaną składkę. Choć nie można twierdzić, by dwa pierwsze rozwiązania były zawsze gorsze, a dwa pozostałe zawsze lepsze, Zeckhauser podaje jasne kryteria, wedle których powinno się wybierać modele nakazowe bądź reagujące na bodźce.

Modele nakazowe sprawdzają się tam, gdzie występuje (1) niewielu dostarczycieli usług, (2) oferujących prosty towar, (3) gdzie popyt jest nieelastyczny, (4) po-

[23] Zeckhauser 1981: 103.

[24] Choć teoria działania HMO przewiduje, że opieka ambulatoryjna powinna zastępować opiekę szpitalną w celu wypracowania oszczędności i że opieka powinna być zapewniana możliwie wcześnie, by zapobiec rozwijaniu się choroby, nie można mieć pewności, że płatna z góry opieka działa w taki sposób. Zarządzający opieką podlegają pokusie maksymalizowania oszczędności i jednocześnie nakładają ograniczenia na dostęp do przychodni i do szpitala. Mechanic 1976: 88.

tencjalni klienci mają dobrą informację o kosztach, ilości i jakości towaru, (5) społeczeństwo wykazuje niski poziom korupcyjnej adaptacji, (6) gdzie pojawia się konieczność jednolitego działania na dużym obszarze i (7) cele działania zostały jasno określone[25]. Żaden z tych warunków nie jest spełniony w opiece medycznej, gdzie (1) występuje wielu dostarczycieli usług, którzy (2) oferują towar bardzo złożony, (3) gdzie popyt jest elastyczny, ponieważ zamiast wydatków na zdrowie można zawsze dokonać innych zakupów, (4) gdzie potencjalni klienci mają słabą orientację w kosztach, ilości i jakości oferowanego towaru, (5) gdzie społeczeństwo, a przede wszystkim instytucje medyczne, wykazują wysoki poziom korupcyjnej adaptacji, (6) gdzie poza przypadkami epidemii nie ma powodu do podejmowania jednolitych decyzji na rozległym terenie i (7) gdzie w praktyce nie ma jednego, naczelnego celu, ponieważ potrzeby każdego pacjenta muszą być traktowane odrębnie[26]. Centralistyczny system zarządzania nadaje się więc np. do zbierania podatków lub do wprowadzenia reformy ortograficznej; jest natomiast zupełnie nieprzydatny w zarządzaniu opieką medyczną. Wyjątkiem mogą być tylko sytuacje katastrofalne lub dotyczące przyszłości całego społeczeństwa. W przypadku trzęsienia ziemi lub niszczycielskiej powodzi pomoc medyczna powinna być zakontraktowana przez rząd, a nie przez firmy ubezpieczeniowe. Również badania naukowe i studia medyczne powinny być nadzorowane przez rząd, a nie przez ubezpieczycieli lub inne zdecentralizowane instytucje.

Analogicznie wydaje się, że pewne ograniczone zastosowanie powinien też znaleźć model moralny i rynkowy. Po pierwsze, każdy lekarz jest zobowiązany do świadczenia nieodpłatnej pomocy w nagłym wypadku. Taka usługa nie może być w ogóle adekwatnie opłacona, więc należy jej oczekiwać od personelu medycznego, nie proponując w zamian żadnej rekompensaty. Po drugie, pewne zabiegi medyczne nie służą poprawie zdrowia i funkcjonowania chorych, tylko poprawiają ich komfort i samopoczucie. Takie usługi powinny pozostać objęte modelem wolnorynkowym. Natomiast największa część usług medycznych powinna być dostarczana w obrębie modelu ubezpieczeniowego, który najlepiej spełnia wymagania medyczne, ekonomiczne i organizacyjne. W jakiej proporcji poszczególne modele powinny być zastosowane w optymalnym systemie opieki medycznej, to sprawa społecznych preferencji, tradycji, aktualnego doświadczenia i wielkości globalnych nakładów na medycynę. Przy wysokim poziomie finansowania i wysokim poziomie etosu zawodowego wśród lekarzy model biurokratyczny może być najlepszym rozwiązaniem. Przy niskim poziomie globalnych nakładów i znacznej korupcji społeczeństwa oraz zawodów medycznych model ubezpieczeniowy jest najbardziej obiecujący, ponieważ wymusza podwyżkę nakładów oraz racjonalnie równoważy siłę negocjacyjną lekarza z pacjentem.

Postulat upowszechnienia tego modelu uzasadniają następujące argumenty:

(1) Rozwiązanie zakładające występowanie trzech stron – lekarza, pacjenta i ubezpieczyciela, daje najlepsze szanse ustalenia, jaki zakres pomocy medycznej jest właściwy w konkretnych okolicznościach.

[25] Zeckhauser 1981: 100.
[26] Zeckhauser 1981: 100.

(2) Występowanie trzech stron i przyjęcie zasady częściowej odpłatności bezpośredniej (*copayments*) wprowadza możliwość racjonalnego zrównoważenia żądań każdej ze stron.

(3) Wprowadzona zostaje zasada pełnej odpowiedzialności instytucji finansującej za stan zdrowia wyróżnionej grupy klientów, co wymusza wprowadzenie intensywnych działań profilaktycznych i minimalizuje niezbędne nakłady na usługi medyczne.

(4) Konieczność ścisłego rozliczenia się z bieżących kosztów skłania instytucje medyczne do racjonalnych przekształceń – zatrudnienia lepiej kwalifikowanego personelu, korzystania z tańszych lekarstw, skrócenia długości hospitalizacji, itp.

(5) Konkurencja między ubezpieczycielami pozwala klientom wybrać odpowiadający im pakiet świadczeń – przy wyższej składce otrzymuje się prócz niezbędnej opieki szybszy dostęp do specjalisty i bardziej komfortowe warunki pobytu w szpitalu.

(6) Oddzielona zostaje pomoc medyczna od pomocy społecznej. Osoby, których nie stać na opłacenie składki ubezpieczeniowej z własnych dochodów, powinny mieć opłaconą składkę na najniższym poziomie z budżetu państwowego. Oddzielone zostaje finansowanie z pieniędzy podatników od wpłat na własne leczenie.

(7) Wszelkie nieprawidłowości systemu można naprawiać przez zmianę proporcji udziału poszczególnych modeli w świadczeniu usług, bez konieczności reformowania i zasadniczej zmiany całego sytemu.

(8) Badania naukowe, kształcenie i pomoc medyczna w przypadkach wykraczających poza przewidywaną zachorowalność pacjentów są wyłączone z gry rynkowej, co pozwala zachować wysoki profesjonalny poziom tych działań.

(9) Grupy specjalnego ryzyka pozostają objęte modelem biurokratycznym, pacjenci mający wysokie choć klinicznie nieuzasadnione potrzeby mogą korzystać z prywatnej opieki medycznej.

(10) Można się spodziewać powstania nowych form opieki paramedycznej, np. domów starców finansowanych przez ubezpieczenie, odciążających instytucje medyczne od klientów, którym nie jest potrzebny kontakt z wysoko wyspecjalizowaną, efektywnie pracującą medycyną.

Model ubezpieczeniowy stanowi obiecujący punkt wyjścia dla eksperymentalnego ustalenia pożądanej proporcji udziału pozostałych modeli na rynku.

**Piśmiennictwo**

Agich, George J.: Economic Cost and Moral Value w Agich, George J., Charles E. Begley (1986): *The Price of Health*.

Agich, George J., Charles E. Begley (1986): *The Price of Health*, Dordrecht *et al*.: D. Reidel Publ. Co.

Annas, George J. (1989): *The Rights of Patients; The Basic American Civil Liberties Union Guide to Patients Rights*, Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press.

Baily, Mary Ann: Rationing Medical Care: Processes for Defining Adequacy, w: Agich, George J., Charles E. Begley (1986): *The Price of Health*

Culyer, A.J., Alan Maynard, Alan Williams: Alternative Systems of Health Care Provision: An Essay on Motes and Beams, w: Olson, Mancur (red.) (1981): *A New Approach to the Economics of Health Care*.

Ingman, Stanley R., Anthony E. Thomas (1975): *Topias and Utopias in Health*, The Hague and Paris: Mouton Publishers.

Mechanic, David (1976): *The Growth of Bureacratic Medicine*, New York *et at*.: John Wiley and Sons.
Menzel, Paul T.: Prior Consent and Valueing Life, w: Agich, George J., Charles E. Begley (1986): *The Price of Health*
Morreim, E. Haavi: Computing the Quality of Life, w Agich, George J., Charles E. Begley (1986): *The Price of Health*.
Olson, Mancur (red.) (1981): *A New Approach to the Economics of Health Care*, Washington and London: American Enterprise Institute for Public Policy and Research.
Roberts, Marc J.: Economics and the Allocation of Resources to Improve Health, w Agich, George J., Charles E. Begley: *The Price of Health*.
Zeckhauser, Richard, Christopher Zook: Failures to Control Costs: Departures from First Principles, w: Olson, Mancur (red.) (1981): *A New Approach to the Economics of Health Care*.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Teresa Dukiet-Nagórska*

# Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim

## Świadoma zgoda wymaga uprzedniego poinformowania pacjenta w odpowiednim zakresie

Obecnie medycyna odchodzi od modelu paternalistycznego, co skutkuje koniecznością zaakceptowania prawa pacjenta do uzyskiwania przezeń informacji o stanie zdrowia.

W stanie prawnym istniejącym w okresie obowiązywania ustawy o zawodzie lekarza z 1950 roku[1], która wymagała jedynie wyrażenia zgody na zabieg operacyjny – nie było regulacji dotyczących prawa pacjenta do uzyskania informacji. Dało to asumpt do snucia w piśmiennictwie rozważań, w jakim stopniu tajemnica lekarska powinna być dochowana wobec samego pacjenta. Jako charakterystyczną dla tego nurtu wypada uznać taką oto wypowiedź nieżyjącego już znawcy problematyki prof. Mieczysława Sośniaka, który powiedział: *„Nie jest rzeczą najważniejszą, co chory albo jego rodzina pragną wiedzieć o stanie zdrowia i ewentualnych następstwach zabiegu, chodzi o to, co wiedzieć powinni. Zakres powiadomienia to sprawa powinności lekarza".* (Odpowiedzialność cywilna lekarza, Warszawa 1968, s. 50).

Przedstawiony sposób rozumowania wywarł zasadniczy wpływ na sposób podejścia do problemu przez polskich lekarzy i prawników. Teraz obydwie te grupy muszą zrewidować swoje stanowisko, gdyż współczesne stanowisko jest zgoła odmienne. Punkt wyjścia stanowi założenie o autonomii pacjenta. Zgodnie z tym stanowiskiem **pacjent ma prawo do informacji. Blokada informacji może nastąpić wyjątkowo: tylko wówczas, gdy przemawiają za tym względy medyczne lub takie jest życzenie pacjenta.**

Rozwiązanie, jakie znajdujemy w obowiązującej ustawie o zawodzie lekarza[2], odpowiada wskazanej tendencji. Również Europejska Konwencja o Prawach Czło-

[1] Ustawa z 28 października 1950 roku, Dz.U. Nr 50, poz. 458 z późn. zmianami.
[2] Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 roku, Dz.U. 1997 Nr 28, poz. 152 z późn. zmianami.

wieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny (podpisana w Oviedo 4 czerwca 1997 roku) nakazuje poprzedzenie interwencji medycznej wyrażeniem swobodnej i świadomej zgody przez osobę tej interwencji poddaną. W przepisie tym stwierdza się ponadto: „Przed dokonaniem interwencji osoba zainteresowana otrzyma odpowiednie informacje o celu i naturze interwencji, a także jej konsekwencjach i ryzyku" (art. 5).

Ustawa poprzednio obowiązująca wymagała zgody jedynie przy dokonywaniu zabiegu operacyjnego, przy czym zgoda ta nie musiała być wyrażona na piśmie i mogła pochodzić zarówno od przedstawiciela ustawowego, jak i opiekuna faktycznego (zgoda odbierana była od innego niż pacjent podmiotu w przypadku jego małoletniości, choroby psychicznej lub niedorozwoju umysłowego). Obecnie obowiązująca ustawa o zawodzie lekarza w art. 31 ust. 1, jak również ustawa o zakładach opieki zdrowotnej w art. 19 ust. 1 pkt 2[3] zawiera postanowienia tyczące udzielania pacjentowi informacji, w myśl których **pacjent ma prawo do uzyskania przystępnej informacji o swoim stanie zdrowia. Pacjentowi służy również uprawnienie do wglądu w dokumentację medyczną** (art. 18 ust. 2 pkt 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej).

Postanowienia tych nowych ustaw, aczkolwiek opierają się na prawidłowym założeniu poszanowania prawa pacjenta do samostanowienia, nie są sformułowane w sposób wolny od wad. W szczególności zarzuty postawić trzeba warstwie terminologicznej, gdyż jest niejednolita, a niektóre podstawowe pojęcia nie są zdefiniowane. W szczególności odczuwa się brak określenia w ustawie pojęcia, odgrywającego w jej postanowieniach bardzo istotną rolę, a mianowicie pojęcia „badania", brak również określenia relacji pomiędzy „niezdolnością do zrozumienia znaczenia informacji" a „dysponowaniem dostatecznym rozeznaniem" oraz „niezdolnością do świadomego wyrażenia zgody". W ustawie zauważyć można również niespójności.

Krótko mówiąc, tzw. ustawy medyczne nie stanowią szczytowego osiągnięcia naszych legislatorów. Dobitnie taką ocenę wyraża M. Safjan pisząc*: „Istotną wadliwością nowych regulacji jest (...) brak przejrzystości, niekonsekwencja, a nawet niespójność rozwiązań i nadmierne skomplikowanie ujęcia, które staje się w konsekwencji mało czytelne (...)"*[4].

Mankamenty te sprawiają, że szczególnego znaczenia nabiera gromadzenie materiału krytycznego, który stanowić powinien podstawę nowelizacji ustawy. Ustawa o zawodzie lekarza zawiera niekiedy na tyle niejednoznaczne regulacje, że mogą one być pożywką różnorakich interpretacji. Zaistnienie takiego stanu rzeczy jest tym bardziej prawdopodobne, że nie można jeszcze mówić o istnieniu ugruntowanego dorobku doktryny i orzecznictwa. Dotyczy to zwłaszcza zagadnień złożonych i trudnych – o czym w dalszym toku wywodów.

Uprawnieniu do uzyskania informacji po stronie pacjenta odpowiada obowiązek po stronie lekarza. Uchylenie tego obowiązku spoczywa w rękach pacjenta,

[3] Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 roku, Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zmianami.
[4] Prawo i medycyna, Warszawa 1998, s. 40.

który może złożyć oświadczenie, że nie chce, by udzielano mu informacji. Jeżeli takiemu oświadczeniu nie towarzyszy wskazanie osoby upoważnionej do uzyskiwania informacji, to znaczy to, że lekarz musi wszelkie uzyskane informacje zachować dla siebie. Taki stan rzeczy ma oczywiście wpływ na sprawę uzyskiwania zgody pacjenta na świadczenie medyczne. Nie widzę tu dobrego rozwiązania, gdyż rezygnacja przez pacjenta z uzyskiwania informacji praktycznie przekreśla możliwość wyrażenia przezeń świadomej zgody.

**Ograniczenie informacji udzielanej pacjentowi może być także podyktowane względem na dobro pacjenta: art. 31 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza zezwala na to lekarzowi, jeżeli rokowanie jest niepomyślne, zaś, wedle oceny lekarza, dobro pacjenta przemawia za ograniczeniem. Ale nawet w takiej sytuacji na żądanie pacjenta informacja musi być pełna.**

Regułą jest przekazywanie pacjentowi wszystkiego, co wie lekarz. To stwierdzenie oczywiście nie oznacza konieczności prowadzenia na rzecz pacjentów szczegółowych wykładów o skomplikowanych zagadnieniach medycznych. Niemniej nie ma najmniejszej wątpliwości, że pacjent musi uzyskać podstawowe informacje o tym, co wyznacza jego decyzję. Trzeba przy tym pamiętać, że pacjent po wielekroć wie tak niewiele o istocie decyzji, przed którą staje, że nie potrafi nawet sformułować odpowiedniego pytania.

Rozmowy niezbędne dla odpowiedniego wprowadzenia pacjenta w istotę problemu mogą okazać się czasochłonne. Jak sądzę niedogodność tę można, przynajmniej częściowo, ograniczyć poprzez podjęcie stosownych działań.

**Proponuję, by w ramach określonych specjalności medycznych, a nawet w ramach poszczególnych klinik, katedr i oddziałów szpitalnych – z uwagi na stosowane w nich sposoby diagnostyki i terapii – wypracować standardy postępowania w relacji pacjent – lekarz, które określałyby, jakie kwestie i w jaki sposób omawiać z pacjentem oraz w jakich sytuacjach odbierać zgodę na piśmie.**

W poszczególnych placówkach w określonych sytuacjach stosowane są pewne metody lecznicze, co pozwala na wyodrębnienie tych form działania, które powinny zostać omówione z pacjentem. Wyrażona tu propozycja oznacza sugestię przyjęcia rozwiązania analogicznego do funkcjonującego już w medycynie w zakresie standardów leczenia.

Sądzę także, że byłoby możliwe częściowe zastępowanie indywidualnych rozmów z pacjentami swego rodzaju szkoleniami pacjentów, pogadankami dotyczącymi tych problemów, które pojawiają się w odniesieniu do niemal każdego pacjenta. Zapewne w pewnym zakresie można się posiłkować także broszurkami napisanymi w przystępnej formie (postać powiadamiania spotykana w praktyce szpitali amerykańskich). Ten sposób postępowania oczywiście nie może zastąpić intymnej rozmowy lekarza z pacjentem, niemniej wydaje się, że na tej drodze można uprzystępnić pacjentowi przynajmniej część zagadnień. Być może wskazane byłoby stosowanie tych form przed „zasadniczą" rozmową lekarza z pacjentem.

Postawmy z kolei pytanie o to, jakie elementy powinny się znaleźć w informacji udzielanej pacjentowi. Ustawa nakazuje informować o stanie zdrowia, rozpozna-

niu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych oraz leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu (*art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza*). Właściwie stwierdzenia, jakie tu padają są dość oczywiste, jednak trzeba zwrócić uwagę na niektóre zagadnienia.

W przepisie wskazuje się, że obowiązkiem lekarza jest zwrócić uwagę na normalne, przeciętne, typowe komplikacje. Powstaje pytanie, czy to stwierdzenie ma charakter uniwersalny, czy też w pewnych przypadkach nie byłoby wskazane, by wspomnieć o komplikacjach mało prawdopodobnych – już chociażby po to, by wywiadem objąć okoliczności, na które pacjent nie zwróciłby uwagi nie wiedząc o możliwości ich wystąpienia. Jako przykład sytuacji, w której taka potrzeba występuje, wskazuje się w piśmiennictwie podawanie środków kontrastujących przy diagnostyce radiologicznej[5].

W literaturze i orzecznictwie zasygnalizowano także kwestię związku pomiędzy charakterem interwencji lekarskiej a zakresem informacji udzielanej pacjentowi. Sąd Najwyższy stwierdził: „Obowiązek lekarza uprzedzania chorego o możliwych komplikacjach zamierzonej operacji inaczej przedstawia się w sytuacji, gdy chodzi o operację mającą na celu poprawę stanu zdrowia, a inaczej gdy operacja jest niezbędna dla ratowania życia chorego. W tym drugim przypadku lekarz nie może udzielać pacjentowi tego rodzaju informacji o możliwych powikłaniach pooperacyjnych, które mogłyby wpłynąć ujemnie na psychikę chorego, a tym samym zwiększyć ryzyko operacji”[6]. Taki sam punkt widzenia spotykamy u M. Nesterowicza[7].

Rodzi się także wątpliwość, czy obecnie zasadne jest przedstawianie pacjentowi alternatywnych sposobów diagnozowania i terapii, skoro we współczesnej medycynie obowiązują określone standardy leczenia, stanowiące kanon postępowania, który jest niekwestionowalny.

Mam przekonanie o istnieniu takiej potrzeby, przy czym stanowisko to wynika nie tylko stąd, że pogląd przeciwny nakazywałby przyjąć, iż jakieś ustawowe sformułowanie jest zbędne. Ma ono swą przyczynę także w dwojakiego rodzaju racjach. Pierwsza z nich wiąże się z wyodrębnieniem szpitali o różnym poziomie referencji[8]. Pacjent powinien wiedzieć, jakie możliwości w zakresie diagnozy i terapii wiążą się z podjęciem działań przez szpital o wyższym poziomie referencji. Ponadto niektóre ośrodki medyczne, choć zaliczane, jeśli idzie o poziom referencji, do takiej samej kategorii co pozostałe placówki, stwarzają większe możliwości, gdyż działające w nich osoby lub zespoły zyskały szczególnie wysoką pozycję dzięki swym umiejętnościom. Nie możemy też zapominać o tym, że niedobór środków materialnych w ochronie zdrowia stawia problem ograniczonego dostępu pacjenta do pewnych świadczeń medycznych. Jeśli skutkuje to np. wyborem mniej efektywnej me-

[5] Przywołuję za M. Sośniakiem: Odpowiedzialność cywilna lekarza, Warszawa 1989, s. 142-143.
[6] Orzeczenie SN z 11.I.1974 r., II CR 732/73, OSPiKA 1975, nr 1 poz. 6.
[7] Por. Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy, Warszawa-Poznań 1972, s. 27.
[8] Art. 7 pkt 27 ustawy z dnia 6 lutego 1997 roku o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, Dz.U. Nr 75, poz. 468 z późn. zmianami.

tody lub metody powodującej rozleglejsze skutki uboczne, pacjent powinien o tym wiedzieć.

Zachodzi także potrzeba przedstawiania pacjentowi ujemnych skutków określonych form diagnozowania lub terapii, nawet jeśli są one optymalne – a to dlatego, że pacjent ma prawo do podjęcia decyzji o niepoddawaniu się działaniom medycznym (gwarantuje mu to art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej).

Ustawa nie przewiduje jakiejkolwiek procedury informowania pacjenta ani też nie nakazuje zastosowania określonej formy dla dokumentowania tego faktu. Wydaje się jednak, że jakaś postać dokumentowania powinna mieć miejsce (np. poprzez dokonanie adnotacji w dokumentacji medycznej, podpisanej przez lekarza i pacjenta). Nie ma takiej potrzeby w odniesieniu do prostych i nieryzykownych zabiegów.

Poczyniwszy pewne ustalenia co do istoty regulacji ustawowych należy przedstawić ich praktyczne implikacje, co oznacza próbę sformułowania odpowiedzi na pytanie, co i kiedy pacjentowi mówić. W szczególności rozstrzygnąć trzeba zagadnienie informowania pacjenta o niepomyślnym rokowaniu – np. czy pacjent, który ma niewielką wydolność serca i w warunkach polskich nikłe szanse na przeszczep powinien znać prawdę? Takie samo pytanie należy postawić w przypadku rozsianej choroby nowotworowej ze złym rokowaniem, jak również w odniesieniu do pacjenta z rozległym zawałem. Ustawa jako zasadę przyjmuje podawanie pacjentowi pełnej informacji. Rozwiązanie to uznać należy za prawidłowe, gdyż **pacjent, który nie ma pełnej informacji, nie może wyrazić świadomej zgody.** Od tej zasady możliwy jest tylko jeden wyjątek: jeśli w razie rokowania niepomyślnego za przemilczeniem przemawia dobro pacjenta (art. 31 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza). Ma to miejsce wówczas, gdy wedle oceny lekarza świadomość rzeczywistego stanu rzeczy może zniweczyć czy tylko pogorszyć wyniki leczenia. Nawet w takiej sytuacji powinno się pacjentowi ujawnić całokształt informacji, jeśli pacjent tego zażąda (art. 31 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza).

Sądzę, że sprawa wymaga każdorazowo wszechstronnego, dogłębnego przeanalizowania i rozważenia, gdyż pacjent nie posiadając pełnej orientacji może nie mieć motywacji do poddania się formom terapii bardziej inwazyjnym, czy obciążonym ryzykiem – na co byłby skłonny się zdecydować gdyby miał pełny wgląd w dokonane rozpoznanie. Jest bowiem rzeczą niewątpliwą, że zgoda na określone posunięcia w przeważającej mierze zależy od postawionej diagnozy. Przypuszczalnie wzgląd na te kwestie spowodował, że lekarze w krajach europejskich zmienili swe przekonanie na temat zasadności informowania chorego na chorobę nowotworową. W Wielkiej Brytanii obecnie 98% lekarzy jest zdania, że pacjenta należy informować o diagnozie (podczas gdy w 1961 roku lekarze tacy stanowili ledwie 12%). Wedle ich przekonania **istnieje nie tyle problem, czy informować pacjenta, lecz jak go informować**[9]. Inny, choć podobny problem, wiązać się może z ujawnieniem wystąpienia rozległego zawału, gdyż pacjent nie mając świadomości, na ile poważny

[9] Podaję za M. Safjanem: op. cit., s. 127.

jest jego stan, po zniesieniu bólu nie będzie skłonny podporządkować się zaleceniom lekarzy co do sposobu postępowania.

**Przykłady, jakie się nasuwają, stanowią argument na rzecz tezy o potrzebie pełnego informowania nawet w przypadku złych rokowań**[10].

**W przypadku ograniczenia zakresu informacji podawanych pacjentowi, ustawa przewiduje informowanie w sposób pełny przedstawiciela ustawowego lub osoby upoważnionej przez pacjenta** (art. 31 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza). Kolejny problem, jaki wymaga rozpatrzenia, to określenie podmiotu, któremu należy udzielić informacji. W tym względzie ustawa wyraża jednoznaczną regułę: – **osobą, której należy udzielać informacji, jest pacjent** – dotyczy to także pacjenta małoletniego jeśli ukończył 16 lat (informacja kierowana jest także do przedstawiciela ustawowego, o czym bliżej w toku dalszych wywodów) – art. 31 ust. 1 i 5 ustawy o zawodzie lekarza. Informacji można udzielić innym osobom tylko na zasadzie wyjątku w następujących sytuacjach. Po pierwsze, wówczas, gdy osobę taką wskaże pacjent (art. 31 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Jeśli pacjent w sposób świadomy wskazał osobę upoważnioną do udzielania informacji albo też określił krąg osób, którym nie należy udzielać informacji, to jest to dla lekarza wiążące – nawet gdyby osoby, którym pacjent zakazuje podawania wiadomości należałyby do kręgu najbliższych. Jednoznacznie wyrażona wola pacjenta musi być respektowana. Zatem pacjent, który żyje w konkubinacie i sprzeciwia się informowaniu żony o swoim stanie zdrowia, zaś wyraża wolę co do informowania konkubiny, obliguje lekarza do rygorystycznego przestrzegania swoich żądań.

Po wtóre wtedy, gdy pacjent nie ukończył 16 lat, jest nieprzytomny lub niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji. Wtedy informacja jest kierowana do przedstawiciela ustawowego, a w razie jego braku lub gdy porozumienie z nim jest niemożliwe, informacji można udzielić opiekunowi faktycznemu (art. 31 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza). Użyte w tym przepisie określenia nie nasuwają wątpliwości poza jednym wyjątkiem: nie jest oczywiste, jakie treści przyporządkować określeniu **„niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji”.** Jeśli, co zrozumiałe, wyłączymy te przypadki, w których niemożność zrozumienia informacji ma swą przyczyną w niedojrzałości spowodowanej młodym wiekiem lub stanem nieprzytomności, trzeba przyjąć, że idzie tu o **taki stan zdrowia pacjenta, który stoi na przeszkodzie odbieraniu przezeń bodźców z otoczenia i reagowaniu w sposób adekwatny.** Zatem tytułem przykładu wskazać można osobę nietrzeźwą, pozostającą w stanie odurzenia narkotycznego, odczuwającą silny ból, będącą pod wypływem leków upośledzających sprawność psychiczną, cierpiącą na schorzenia, które ograniczają sprawność intelektualną.

Przedstawicielem ustawowym małoletniego są jego rodzice (art. 98 par. 1 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – zwanego dalej w skrócie „kriop”). Jeśli rodzice zostaną pozbawieni władzy rodzicielskiej (art. 111 par. 1 kriop), dochodzi do ustanowienia nad małoletnim opieki (art. 145 kriop). Opiekę sprawuje osoba wskazana

[10] Por. wypowiedź G. Rejman: Odpowiedzialność karna lekarza, Warszawa 1991, s. 58.

przez sąd. W wyniku pozbawienia rodziców władzy rodzicielskiej może dojść do umieszczenia małoletniego w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej. Wówczas rodzicom zastępczym bądź placówce opiekuńczo-wychowawczej służy prawo reprezentowania małoletniego. Przedstawicielem ustawowym osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie, czyli nie posiadającej zdolności do czynności prawnych, jest jej opiekun ustanowiony przez sąd (art. 175 kriop) – w praktyce opiekunem najczęściej ustanawia się osobę z kręgu osób najbliższych. Dla osoby ubezwłasnowolnionej częściowo ustanawia się kuratora – który jednakże reprezentuje podopiecznego tylko wtedy, gdy sąd jednoznacznie tak postanowi (art. 181 par. 1 kriop).

Opiekunem faktycznym ustawa o zawodzie lekarza nazywa osobę, która bez obowiązku ustawowego sprawuje stałą pieczę nad pacjentem, który ze względu na swój wiek, stan zdrowia lub stan psychiczny opieki takiej wymaga (art. 31 ust. 8 ustawy o zawodzie lekarza).

Trzeba powiedzieć, że to ujęcie ustawowe nie jest w pełni jednoznaczne. Z jednej bowiem strony słusznie akcentuje się w nim, że to nie więzy krwi, lecz stan faktycznego sprawowania pieczy nad pacjentem ma znaczenie. Z drugiej wszakże strony nie jest oczywiste, jak rozumieć element stałości. Wydaje się, że spośród występujących w języku polskim znaczeń tego terminu wybrać należy ujęte następująco: „nie ulegający zmianom, wahaniom; niezmienny (w danym okresie)”[11]. Przy takim sposobie jego pojmowania o stałej pieczy można mówić wówczas, gdy dana osoba sprawuje ją przez cały czas występowania okoliczności ją usprawiedliwiającej (taką okolicznością jest wiek, stan zdrowia oraz stan psychiczny – nawiasem mówiąc to ostatnie rozróżnienie nie wydaje się być fortunne, gdyż ogólne pojęcie „stan zdrowia” obejmuje także „zdrowie psychiczne”). Może być zatem spełniony wymóg stałości pieczy, pomimo że nie wystąpi długotrwałość jej sprawowania. Przywołane postanowienia kodeksu rodzinnego i opiekuńczego skłaniają do odpowiedniego ukształtowania treści i zakresu wywiadu zbieranego przed podjęciem działań leczniczych, tak by lekarz miał orientację co do tego, komu udzielać informacji. Nie wydaje się, by ustalenia w tym zakresie można było powierzać personelowi pomocniczemu, a tak właśnie dzieje się w praktyce – np. najczęściej przy przyjęciu do szpitala dokonuje tego rejestratorka.

W świetle zaprezentowanych rozwiązań ustawowych zdaje się nie ulegać wątpliwości, że **o pacjencie nieprzytomnym lub będącym w stanie nie pozwalającym na przyjęcie informacji ze zrozumieniem, który nie ma przedstawiciela ustawowego ani też nie wskazał osób upoważnionych do zasięgania o nim informacji, udzielać ich można tylko wtedy, gdy zgłasza się po nią osoba sprawująca pieczę nad pacjentem w sposób stały.** Taką osobą może być nawet ktoś, kto nie jest spokrewniony z pacjentem, jednakże opiekuje się nim w sposób nie okazjonalny, lecz stały. Także nauczyciel przywożący ze szkoły ucznia z urazem może być uznany opiekunem faktycznym, to samo trzeba powiedzieć o kolonijnym wychowawcy. Nie jest nim świa-

[11] „Słownik języka polskiego” pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1981, s. 317.

dek wypadku drogowego, który przywozi ofiarę swoim samochodem do szpitala. Nie jest nim także taki krewny (nawet pozostający w bliskim pokrewieństwie), który z pacjentem ma kontakt okazjonalny.

Mając powyżej przytoczone stanowisko ustawy na względzie postawić trzeba pytanie, czy można udzielać informacji dorosłym dzieciom, które przywożą do szpitala ojca z otępieniem starczym, albo czy można informować męża, jeśli żona jest nieprzytomna. Przyjęty powyżej sposób pojmowania stałości pieczy skłania do udzielenia na postawione pytania odpowiedzi twierdzącej, pod tym wszakże warunkiem, że osoba, której udziela się informacji, nie przejawia aktywności względem pacjenta sporadycznie, lecz działa na jego rzecz przez cały okres utrzymywania się przyczyny uniemożliwiającej zrozumienie informacji. W obydwu opisanych sytuacjach lekarz udzielający informacji winien ustalić w rozmowie ze zgłaszającymi się osobami okoliczności, które pozwolą mu na domniemanie, że osoby te rzeczywiście pozostają z pacjentem w relacji, która stanowić może podstawę dla sprawowania stałej pieczy (nie może to być np. syn, który przez długi czas nie interesował się ojcem w podeszłym wieku i zaktywizował się dopiero na wiadomość o ciężkiej chorobie ojca i perspektywie objęcia spadku).

Określony poziom informacji udzielany jest także pacjentowi, który nie ukończył 16 lat – ma to miejsce wówczas, gdy jest to niezbędne dla prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego – przy czym lekarz w takim wypadku nie odbiera zgody, lecz wysłuchuje zdania pacjenta (art. 31 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza).

Z omówionych powyżej postanowień polskiego ustawodawstwa wynika, że **jeśli stan pacjenta pozwala na przyjęcie informacji ze zrozumieniem, zaś nie upoważnił on lekarza do udzielania członkom rodziny informacji o swoim stanie zdrowia, to lekarz nie ma prawa udzielać im jakichkolwiek informacji. Zatem dość powszechna praktyka przeprowadzania rozmów z najbliższą rodziną pacjenta bez uprzedniego uzyskania od niego akceptacji takiego stanu rzeczy, jest z punktu widzenia normatywnego do zakwestionowania.**

Rozpatrzmy teraz sytuację, gdy pacjent wskazuje określone osoby jako uprawnione do uzyskiwania o nim informacji, zaś lekarz żywi przekonanie, że mają one negatywne nastawienie do pacjenta i z tego powodu niekorzystnie na niego oddziałują. Czy po stronie lekarza powstaje uprawnienie do blokowania informacji? W ustawie nie znajdujemy postanowień na ten temat. Wydaje się jednak, że w drodze wykładni da się takie uprawnienie wywieść. Jeśli bowiem kierując się względami na dobro pacjenta wolno lekarzowi ograniczyć informowanie samego pacjenta, to z tych samych względów wolno odciąć od pełnej informacji rodzinę pacjenta. Skoro bowiem ustawa – ze wszech miar słusznie – daje prymat względowi na dobro pacjenta, to aspekt ten nie powinien być pomijany przy dokonywaniu interpretacji ustawy w omawianym zakresie.

Z dotychczasowych uwag zdaje się wypływać **praktyczna wskazówka co do zasadności odbierania od pacjenta – w momencie, gdy może on to uczynić świadomie – instrukcji o tym, kogo i w jakiej sytuacji informować, bądź też nie informować.**

Prawo nie wymaga dochowywania żadnej szczególnej formy dla oświadczeń tej kwestii tyczących, w szczególności nie jest tu wymagana forma pisemna. Toteż jest wystarczające zamanifestowanie w jakikolwiek sposób aprobaty dla udzielania określonej osobie informacji: może to być gest, a nawet trzeba dopuścić milczącą akceptację takiego stanu rzeczy. Toteż jeśli rozmowa z pacjentem na temat jego stanu zdrowia jest prowadzona w obecności jego najbliższych i on się temu nie sprzeciwia – można przyjąć istnienie jego zgody na informowanie tych osób.

Zbliżając się ku końcowi uwag poświęconych informowaniu pacjenta, trzeba wskazać na istnienie art. 266 par. 1 k.k., który opisuje przestępstwo ujawnienia tajemnicy. Jego istota obejmuje ujawnienie tajemnicy lekarskiej, polegające na udzieleniu osobie nieuprawnionej informacji o stanie zdrowia pacjenta.

Omówiwszy, warunkujący skuteczność zgody, czynnik informacji, przejdźmy z kolei do zagadnienia zgody. **Na mocy art. 32 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza oraz art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, pacjent ma prawo do wyrażania zgody na wszelkie świadczenia zdrowotne, poczynając od badania. Pacjent ma także prawo odmówić poddania się świadczeniu zdrowotnemu. Także przyjęcie do szpitala wymaga zgody pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego** – art. 21 ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Odpowiednikiem tego uprawnienia jest obowiązek uzyskiwania przez lekarza zgody pacjenta na dokonanie świadczenia zdrowotnego bądź obowiązek powstrzymywania się od działań, które zaleca medycyna, gdy pacjent nie ma woli poddawania się im. Zgoda pacjenta jest jednostronnym oświadczeniem woli. Nie jest to czynność prawna, gdyż może skutecznie ją wyrażać osoba ubezwłasnowolniona, jeśli tylko znajduje się w stanie pozwalającym na jej świadome wyrażenie, ponadto zgoda może być w każdym czasie odwołana[12].

Skuteczność wyrażonej zgody jest uzależniona od spełnienia pewnych wymogów, pośród których szczególne znaczenie ma poprzedzenie jej stosowną informacją – o czym była już mowa.

Kolejnym warunkiem skuteczności zgody jest wyrażenie jej przez pacjenta posiadającego zdolność po temu. **Zgodę może wyrazić tylko pacjent, którego stan zdrowia pozwala na przyjęcie ze zrozumieniem informacji udzielanej mu przez lekarza i podjęcie, odpowiednio do uzyskanej informacji, decyzji co do poddania się określonym działaniom medycznym lub co do odmowy poddania się im. Do lekarza należy ocena co do tego, czy pacjent znajduje się w odpowiednim stanie zdrowia fizycznego i psychicznego, by móc wyrazić zgodę w sposób świadomy.**

M. Safjan jest zdania, że ustawa powinna być w tym punkcie interpretowana możliwie restrykcyjnie, a więc „brak zdolności do świadomego wyrażenia zgody należy rozumieć jako stan w zasadzie pełnego braku świadomości, a nie tylko utrudnionego kontaktu ze światem zewnętrznym lub ograniczonej percepcji”[13]. Mam wątpliwości, czy ten punkt widzenia da się pogodzić z wymogiem świadomości zgody.

[12] Por. M. Safjan: op. cit., s. 34-35.
[13] Op. cit., s. 43.

**Samodzielnie zgodę wyrazić może tylko osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych.**

Oczywiście powstaje pytanie, na co pacjent musi wyrazić zgodę? Czy są takie czynności lekarza, które zgody nie wymagają? Sformułowanie ustawy, które wyraźnie nakazuje odbieranie zgody nawet na badanie, zdaje się nie pozostawiać lekarzowi żadnego marginesu swobody, ustawa przewiduje jedynie możliwość nieuzyskiwania zgody w pewnych sytuacjach o charakterze nadzwyczajnym, kiedy to wzgląd na dobro, jakim jest życie i zdrowie pacjenta, pozwala naruszyć jego inne dobro, jakim jest prawo do samostanowienia – o czym poniżej. Należy z całą mocą podkreślić, że zgoda musi dotyczyć konkretnego działania, nie ma prawnego znaczenia zgoda blankietowa – np. taka, jaka bywa odbierana przy przyjęciu do szpitala, w ramach której pacjent składa oświadczenie, że zgadza się na leczenie[14]. Generalnie należy odrzucić także tzw. milczącą zgodę. Jednakże w literaturze podkreśla się, że ten sposób jej wyrażenia jest dopuszczalny w przypadku działań lekarskich nie obciążonych ryzykiem[15].

Posiłkowanie się przepisami ustawy dotyczącymi wyrażania zgody zmusza do określenia definicji badania, gdyż ustawa nie określa jego istoty, jednakże różnicuje wymogi w zależności od tego, czy w grę wchodzi zgoda na badanie, czy też idzie o inne świadczenie zdrowotne. W szczególności lekarz w określonej sytuacji może, nie uzyskując uprzednio zgody, sam podjąć decyzję o badaniu, jednakże przeprowadzenie innego świadczenia medycznego wymaga zgody sądu opiekuńczego. Ma to miejsce w sytuacji, gdy pacjent z racji stanu zdrowia lub małoletniości jest niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, zaś porozumienie z przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym jest niemożliwe (art. 32 ust. 8 ustawy o zawodzie lekarza). Na badanie takiej osoby zgodę może wyrazić opiekun faktyczny (art. 32 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza).

Lekarze są skłonni pod pojęciem badania rozumieć wszelkie działania zmierzające do ustalenia rozpoznania – z wyłączeniem tych metod diagnozowania, które wiążą się z podwyższonym poziomem ryzyka. Ten sposób podejścia pozwala na przeprowadzenie niezbędnych zabiegów diagnostycznych bez uzyskiwania zgody (art. 32 ust. 8) nawet w przypadku, gdy nie istnieje niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia. Nie wydaje się, by ten punkt widzenia dało się bez zastrzeżeń pogodzić ze stanowiskiem ustawodawcy. Zarówno w ustawie o zawodzie lekarza, jak i w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej, znajdujemy określenie istoty świadczeń zdrowotnych, które wprawdzie tożsame nie są i z tego powodu powstać może wiele zamętu, jednakże w obydwu ustawach wymienia się badanie jako jedną z postaci świadczeń zdrowotnych i odróżnia od pozostałych. Ustawa o zawodzie lekarza w art. 2 ust. 1 mówi o „badaniu stanu zdrowia", które odróżnia się od „rozpoznawania chorób" i „leczenia". W interesujących nas tutaj przepisach ustawa ta używa nazwy „badanie" bez jakichkolwiek bliższych określeń. W ustawie o zakładach opieki zdro-

[14] Por. A. Zoll: Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Warszawa 1988, s. 22.
[15] Por. M. Nesterowicz: op. cit., s. 32.

wotnej znajdujemy, oprócz ogólnego określenia świadczenia zdrowotnego, wyliczenie (tylko przykładowe) postaci świadczeń zdrowotnych (art. 3). Wyliczenie to obejmuje m.in. „badanie i poradę lekarską", „badanie i terapię psychologiczną", „badanie diagnostyczne, w tym analitykę medyczną". Zatem, pomijając szczegóły, należy stwierdzić, że obydwa akty prawne odróżniają badanie od diagnozowania (rozpoznawania). Wydaje się więc, że **pojęcie „badania" w rozumieniu ustawy o zawodzie lekarza należy wiązać z najbardziej podstawową postacią czynności lekarza, polegającą na oględzinach ciała i badaniu fizykalnym.** Taki sam sposób pojmowania terminu badanie spotykamy u M. Safjana, który pisze, że badanie polega na co najwyżej rutynowych i nie stwarzających ryzyka czynnościach medycznych[16]. Za takim rozumieniem tego terminu przemawia kontekst, w którym on występuje (oprócz samej ogólnej definicji z art. 2 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza). Otóż pojawia się on tam, gdzie następuje pewna minimalizacja wymogów dotyczących zgody lub nawet zgoda nie jest wymagana. **Istniejące obecnie brzmienie ustawy nakazuje przyjąć, że oględziny ciała i badanie fizykalne stanowią „badanie" w jej rozumieniu. Wobec tego jest oczywistym, że wszelkie podejmowane przez lekarza działania, poza czysto werbalnymi, wymagają zgody pacjenta.** Być może istniejący w prawie stan rzeczy kłóci się z potrzebami praktyki. Jeśli tak jest, to trzeba zainicjować nowelizację ustawy – tak, by rozwiązania przystawały do potrzeb praktycznych.

Konieczność odbierania zgody pacjenta dotyczy także farmakoterapii. Praktyka w tym względzie jest taka, że kierowana przez lekarza do pacjenta informacja ogranicza się najczęściej do wyrażenia oczekiwania poprawy stanu zdrowia oraz instrukcji co do sposobu pobierania leku. Zazwyczaj nie informuje się pacjenta o możliwych skutkach ubocznych leku, jego interakcjach z innymi lekami, nie wskazuje się na możliwe upośledzenie określonych funkcji w czasie pobierania specyfiku. W konsekwencji nie uzyskuje się świadomej zgody. Wprawdzie pacjent przystępując do zażywania leku manifestuje w ten sposób zgodę na propozycję lekarza co do jego zastosowania, jednakże zgoda taka nie jest świadoma. W przypadku farmakoterapii pacjent powinien móc rozważyć, czy spodziewane efekty terapeutyczne są dla niego na tyle znaczące, iż jest skłonny pogodzić się z ujemnymi stronami proponowanej terapii – nie można zapominać, że uprawnieniem pacjenta jest odmowa poddania się leczeniu.

Powyższa konstatacja nie oznacza konieczności odbierania przy każdej najbardziej błahej czynności pisemnej zgody pacjenta, bowiem w tym zakresie wymagania ustawy nie są zbyt sformalizowane. Ustawa stawia wymóg odbierania zgody pisemnej tylko w przypadku zabiegu operacyjnego bądź stosowania zabiegu diagnostycznego lub leczniczego o podwyższonym stopniu ryzyka (art. 34 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza). W pozostałych sytuacjach możliwe jest wyrażanie zgody przez czynności konkludentne bądź ustnie (art. 32 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza). Tzw. zgoda konkludentna, to zgoda wyrażana poprzez takie zachowanie pacjenta, które

[16] Op. cit., 45.

wskazuje jednoznacznie na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym. Toteż od pacjenta, któremu w trakcie wizyty lekarskiej proponuje się badanie, na co on reaguje zdjęciem garderoby, nie trzeba odbierać odrębnego oświadczenia woli wyrażającego zgodę na to. Jeśli w trakcie wizyty na sali chorych ordynator pod adresem pacjenta wyraził propozycję zmiany leku i wskazał mu racje za tym stojące, a następnie pacjent przystąpił do zażywania leku – to mamy tu do czynienia z wystarczającą manifestacją jego zgody.

Nie ma wszakże zgody, jeśli ordynator po odbyciu wizyty w sali chorego siada w dyżurce do pisania zleceń, pielęgniarka wykonuje je w ten sposób, że podaje pacjentowi kieliszek z lekarstwami – a pacjent leki zażywa.

**Nie można w żadnym razie twierdzić, że niewyrażenie sprzeciwu stanowi zgodę – zwłaszcza jeśli pacjent nie uzyskał niezbędnej informacji.**

Oczywiście staje problem zdefiniowania sytuacji, w których konieczne jest odbieranie pisemnej zgody. W szczególności musi zostać ukształtowana wykładnia pojęcia „metoda leczenia lub diagnostyki stwarzająca podwyższone ryzyko dla pacjenta". Jak się wydaje, w tym względzie powinny być dokonane takie ustalenia, które z jednej strony będą odpowiadały stanowisku medycyny, z drugiej zaś muszą pozostawać w zgodzie z podstawowym trzonem ustawowej regulacji – przesądza to o konieczności współdziałania w tym względzie lekarzy i prawników.

Wymagania dotyczące zgody na zabieg operacyjny lub zastosowanie metody diagnostyki bądź leczenia o podwyższonym ryzyku są ukształtowane nieco odmiennie niż w pozostałych sytuacjach, gdyż w grę wchodzi w tym przypadku zgoda w formie pisemnej. To zaś sprawia, że nie mogą jej wyrazić nie tylko kategorie osób uprzednio wskazanych jako niezdolne do zrozumienia informacji, ale również takie, które posiadają należyte rozeznanie, lecz wyrażeniu zgody stoi na przeszkodzie niemożność pisania.

**Ustawa o zawodzie lekarza w art. 34 ust. 3 nakazuje uzyskanie zgody przedstawiciela ustawowego na przeprowadzenie zabiegu operacyjnego, zastosowanie metody diagnostyki lub leczenia o podwyższonym stopniu ryzyka jeśli pacjent jest małoletni, ubezwłasnowolniony bądź niezdolny do świadomego wyrażenia zgody pisemnej.** Postanowienie to zawiera właściwe rozwiązanie problemu wyrażania zgody dotyczącej małoletniego lub ubezwłasnowolnionego, budzi jednak zastrzeżenia jeśli idzie o zgodę na działanie wobec osoby w pełni sprawnej psychicznie, umiejącej czytać, lecz nie mogącej pisać. Osobie takiej należy dać prawo do niczym nieograniczonego stanowienia o sobie. Regulację w pełni przystającą do potrzeb tej sytuacji zawiera art. 79 kodeksu cywilnego (dalej zwanego w skrócie „kc"), który opisuje składanie oświadczenia woli przez osobę czytającą, a nie mogącą pisać. W myśl tego przepisu osoba nie pisząca składa tuszowy odcisk palca, zaś inna osoba wypisuje jej imię i nazwisko, umieszczając równocześnie swój podpis bądź też zamiast składającego oświadczenie podpisuje je inna osoba, a jej podpis jest poświadczany przez notariusza lub przewodniczącego zarządu gminy. Natomiast osoba nie umiejąca czytać składa oświadczenie woli w formie aktu notarialnego (art. 80 k.c.).

Wzmianka w przepisie art. 34 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza o osobie ubezwłasnowolnionej oznacza, że nawet wówczas, gdy osoba ubezwłasnowolniona posiada odpowiedni stopień rozeznania, zgoda musi być wyrażona przez przedstawiciela ustawowego – co rzecz jasna może zrodzić sytuacje konfliktowe, o których będzie niebawem mowa.

Ustawa wprowadza wymóg formy pisemnej tylko w określonych sytuacjach, jednakże z uwagi na trudności dowodowe w ewentualnym procesie, wskazane jest stosowanie tej formy, ilekroć z jakichkolwiek powodów przyjęty sposób postępowania z pacjentem może spowodować komplikacje lub ujemne następstwa.

Ustawa oprócz zgody pacjenta przewiduje wyrażanie tzw. zgody zastępczej czyli zgody wyrażanej przez inną niż pacjent osobę, a to z uwagi na jego niezdolność do samodzielnego wyrażenia zgody. Niekiedy wymagana jest zgoda więcej niż jednego podmiotu. W pewnych zaś sytuacjach usprawiedliwione jest podjęcie interwencji przez lekarza pomimo niewyrażenia zgody, a nawet wbrew sprzeciwowi przedstawiciela ustawowego (opiekuna faktycznego w zakresie badania). Przejdźmy do przedstawienia tych sytuacji.

**Jeśli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wówczas zgodę na badanie lub inne świadczenie zdrowotne wyraża jego przedstawiciel ustawowy, a jeśli go nie ma lub też porozumienie z nim jest niemożliwe, zgodę wyraża sąd opiekuńczy** (art. 32 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Jednakże **jeśli w grę wchodzi tylko badanie, zgoda może być wyrażona przez opiekuna faktycznego** (art. 32 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza). **Przedstawiciel ustawowy wyraża także zgodę na podjęcie opisanych działań lekarskich wobec osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie** (art. 32 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza).

Analogiczne, co do zasady, rozstrzygnięcie spotykamy w odniesieniu do zabiegu operacyjnego oraz metody leczenia lub diagnostyki o podwyższonym ryzyku (art. 34 ust. 1 i 3 ustawy o zawodzie lekarza). Termin „małoletni" rozumieć należy jako negację pełnoletności, którą określa kodeks cywilny, stanowiąc w art. 10 par. 1, że pełnoletnim jest ten, kto ukończył lat 18, zaś w par. 2 tegoż przepisu wskazuje się, że pełnoletność uzyskuje się także przez zawarcie małżeństwa. Nie wydaje się więc, by określenie to mogło stanowić źródło jakichkolwiek wątpliwości.

Nie da się, niestety, tego samego powiedzieć o „niezdolności do świadomego wyrażenia zgody". W szczególności trzeba postawić pytanie o stosunek omawianego określenia do sformułowania występującego w przepisie art. 31 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza, nakazującym kierować informację medyczną do przedstawiciela ustawowego (lub opiekuna faktycznego), jeśli pacjent jest nieprzytomny lub „niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji". Treść tego ostatniego pojęcia została wcześniej opisana. Uwzględniając to ustalenie można stwierdzić, że nazwa „niezdolny do świadomego wyrażenia zgody" ma zakres szerszy niż nazwa „niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji", gdyż może się zdarzyć, że pacjent właściwie rozumie kierowane doń informacje, ale – z różnych przyczyn – nie jest w stanie dać wyraz swojemu do nich stosunkowi. Pacjentem niezdolnym do świadomego wyrażenia zgody może być osoba ubezwłasnowolniona, częściowo ubez-

własnowolniona, ale także osoba, w stosunku do której postępowanie mające na celu takie ograniczenie nie zostało przeprowadzone, lecz jej stan zdrowia fizycznego lub psychicznego stoi na przeszkodzie wyrażeniu zgody świadomej.

Pomimo zgody wyrażanej przez przedstawiciela ustawowego niekiedy ustawa nakazuje odebranie zgody także od pacjenta. Ma to miejsce wtedy, gdy:

1. małoletni ukończył lat 16 (art. 32 ust. 5 ustawy o zawodzie lekarza);

2. pacjent jest całkowicie ubezwłasnowolniony, ale może z rozeznaniem wypowiedzieć się w kwestii badania (art. 32 ust. 4 zdanie drugie ustawy o zawodzie lekarza).

Sformułowanie zawarte w art. 32 ust. 4 wymaga pewnych uwag komentujących, gdyż nie jest ono najfortunniej ujęte. Po pierwsze, w przepisie tym mówi się o wypowiedzeniu opinii w sprawie badania. Rodzi się wobec tego pytanie, czy wymóg ten w grę wchodzi tylko w przypadku badania, zaś nie musi być dochowany w razie podejmowania innych świadczeń zdrowotnych. Taki sposób odczytywania ustawy należy odrzucić, trzeba przyjąć w myśl *argumentum a minori ad maius*, że tym bardziej przy świadczeniach zdrowotnych o intensywniejszym charakterze zachodzi konieczność odbierania zgody nie tylko od przedstawiciela ustawowego, ale także od pacjenta ubezwłasnowolnionego.

Po wtóre, w przepisie tym mówi się o osobie całkowicie ubezwłasnowolnionej, wobec czego w pełni usprawiedliwione jest postawienie pytania, czy wymóg ten jest aktualny w odniesieniu do osoby ubezwłasnowolnionej częściowo (której kurator został zobowiązany do jej reprezentowania). Zdaje się nie ulegać wątpliwości, że przyznanie określonego uprawnienia osobie całkowicie ubezwłasnowolnionej skutkować musi tym samym w odniesieniu do osoby, której psychiczne możliwości są większe, czyli ubezwłasnowolnionej częściowo.

Ustawa uzależnia niekiedy działanie lekarza od zgody sądu opiekuńczego:

1. Zgoda sądu opiekuńczego na świadczenie zdrowotne jest wymagana, gdy pacjent jest małoletni lub znajduje się w stanie uniemożliwiającym świadome wyrażenie zgody, a nie ma przedstawiciela ustawowego albo też porozumienie z nim jest niemożliwe (art. 32 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Analogiczne rozwiązanie – odnoszące się do zgody pisemnej – znajdujemy w art. 34 ust. 3, regulującym uzyskiwanie zgody na zabieg operacyjny lub zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki o podwyższonym ryzyku. Nie jest możliwe odbieranie w takiej sytuacji zgody od przedstawicieli nawet najbliższej rodziny – chyba że w związku z ubezwłasnowolnieniem pacjenta członek rodziny został ustanowiony przez sąd opiekunem lub też w okresie, gdy sprawność mentalna była zachowana, pacjent umocował określoną osobę do wyrażania zgody w jego imieniu. Zatem praktykę odbierania od męża zgody na świadczenie zdrowotne tyczące nieprzytomnej żony uznać należy za nieprawidłową: mąż nie jest przedstawicielem ustawowym żony, zaś potraktowanie go jako opiekuna faktycznego pozwala jedynie na przyjęcie jego uprawnienia do wyrażenia zgody na badanie w znaczeniu powyżej przyjętym. Należy zwrócić uwagę, że lekarz może sam podjąć decyzję co do badania pacjenta będącego w stanie nakazującym uzyskanie zgody na badanie od przedstawiciela ustawowego lub opiekuna

faktycznego – jeśli nie ma on ani przedstawiciela ustawowego, ani opiekuna faktycznego, bądź też porozumienie z nimi jest niemożliwe (art. 32 ust. 8 ustawy o zawodzie lekarza).

2. Uzyskanie zgody sądu opiekuńczego jest konieczne także wówczas, gdy przedstawiciel ustawowy (lub w zakresie badania opiekun faktyczny) wyraził zgodę na świadczenie zdrowotne, zaś pacjent – małoletni, który ukończył 16 lat, ubezwłasnowolniony całkowicie, chory psychicznie lub upośledzony umysłowo lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem – sprzeciwia się czynnościom medycznym (art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza). Rozwiązanie tu przyjęte trzeba uznać za niepoprawne w części dotyczącej chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo, co do których nie orzeczono ubezwłasnowolnienia, bowiem nie mogą oni równocześnie być niezdolni do wyrażenia świadomej zgody i działać z dostatecznym rozeznaniem (chory psychicznie lub upośledzony umysłowo nie może równocześnie spełniać przesłanki z art. 32 ust. 2 i 6 ustawy o zawodzie lekarza). W pozostałym zakresie przepis ten zasługuje na aprobatę, gdyż przyznaje określony stopień autonomii pacjentowi nie w pełni sprawnemu psychicznie. Analizowany przepis nakazuje ingerencję sądu opiekuńczego w następujących sytuacjach:

1) pacjent sprzeciwia się podjęciu działania przez lekarza, zaś przedstawiciel ustawowy (opiekun faktyczny w zakresie badania) się zgadza;

2) pacjent wyraża zgodę na czynności medyczne, natomiast przedstawiciel ustawowy (opiekun faktyczny w zakresie badania) się sprzeciwia – tej sytuacji ustawa wyraźnie nie przewiduje, lecz, w myśl *argumentum a maiori ad minus*, trzeba ją dopuścić, skoro ustawa odwołuje się do decyzji sądu opiekuńczego przy podwójnym sprzeciwie;

3) działaniu lekarskiemu sprzeciwia się zarówno pacjent, jak i przedstawiciel ustawowy (opiekun faktyczny w zakresie badania).

Te dwie ostatnie sytuacje przewidziano w art. 32 ust. 6 *in fin*e ustawy o zawodzie lekarza.

Z powyższego wynika, że **sąd opiekuńczy musi rozstrzygnąć konflikt pomiędzy przedstawicielem ustawowym a pacjentem, działającym z rozeznaniem choć posiadającym pewien defekt psychiczny.** Ponadto ingerencja sądu opiekuńczego jest przewidziana również wtedy, gdy działaniom medycznym sprzeciwia się zarówno pacjent, jak i jego przedstawiciel ustawowy (opiekun faktyczny w zakresie badania). W literaturze rozwiązanie to spotkało się z krytyką M. Safjana. Jest on zdania, że nie wiadomo dlaczego przyznano sądowi uprawnienie do zakwestionowania podwójnego sprzeciwu, a na dodatek nie wskazano w ustawie przesłanek takiej oceny sądu[17]. Wedle mego przekonania podejście ustawodawcy, co do zasady uznać trzeba za słuszne: Sąd opiekuńczy powinien mieć możność skontrolowania zawsze, ilekroć rodzi się podejrzenie co do tego, czy przedstawiciel ustawowy działa zgodnie z interesem podopiecznego – taka zaś wątpliwość powstaje, gdy lekarz widzi potrzebę interwencji, zaś przedstawiciel ustawowy zgody na to nie daje. Ten punkt

[17] Op. cit,. s. 53.

widzenia powoduje krytyczną ocenę ustawy, która powinna poddawać kontroli sądu opiekuńczego każdy przypadek odmowy ze strony przedstawiciela ustawowego zgody na działania medyczne – takiego zaś rozwiązania wyrażonego w ustawie wprost nie znajdujemy. Wprawdzie można końcowej części art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza przypisać znaczenie bardziej generalne – wtedy regulacja ta dotyczy nie tylko sytuacji wyrażania zgody przez dwa podmioty (pacjenta oraz przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego), ale także wszystkich przypadków braku zgody ze strony przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego – wtedy jednakże trzeba uznać, że regulacja zawarta w art. 34 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza normuje to, co opisano już w przepisie ogólnym art. 32 ust. 6.

3. Zgoda sądu opiekuńczego, na mocy art. 34 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza musi zostać wyrażona w sytuacji, gdy przedstawiciel ustawowy odmawia zgody na zabieg operacyjny lub metodę leczenia lub diagnozowania o podwyższonym ryzyku, zaś podjęcie działania lekarskiego o takim charakterze jest niezbędne dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź rozstroju zdrowia. Zatem ewentualność podjęcia przez sąd opiekuńczy decyzji odmiennej niż ta, którą podjął przedstawiciel ustawowy, wchodzi w grę dopiero wtedy, gdy zaistniało co najmniej poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia pacjenta. Innymi słowy: **działanie, polegające na interwencji chirurgicznej lub postępowaniu o podwyższonym ryzyku wbrew woli przedstawiciela ustawowego, jest możliwe na podstawie decyzji sądu opiekuńczego, podjętej w związku z koniecznością usunięcia co najmniej poważnego niebezpieczeństwa dla zdrowia.** Jak się wydaje, regulacja ta nie jest prawidłowo skonstruowana. Rodzi się pytanie, czy sądowa kontrola prawidłowości postępowania przedstawiciela ustawowego powinna następować dopiero z chwilą zaistnienia poważnego niebezpieczeństwa dla zdrowia podopiecznego. Postawienie tego pytania jest tym bardziej usprawiedliwione, że art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza pozwala na ingerencję sądu w razie sprzeciwu pochodzącego zarówno od pacjenta, jak i jego przedstawiciela ustawowego. Jestem zdania, że niekwestionowalność stanowiska przedstawiciela ustawowego wchodzi w grę tylko tak długo, jak długo nie ma podstaw do podejrzenia, że działa na niekorzyść pacjenta. Wszędzie tam, gdzie ocena lekarza o potrzebie interwencji medycznej rozmija się ze stanowiskiem przedstawiciela ustawowego, mamy do czynienia z takim podejrzeniem – a więc sąd opiekuńczy powinien być uprawniony do podejmowania decyzji. W konsekwencji uznaję, że **relację pomiędzy art. 32 ust. 6 a art. 34 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza należy rozumieć następująco: każdy sprzeciw przedstawiciela ustawowego na propozycję lekarza co do podjęcia określonych czynności powinien być poddany ocenie sądu, jednakże sąd ten może zadecydować o zabiegu chirurgicznym lub metodzie postępowania o podwyższonym ryzyku tylko w razie wystąpienia co najmniej niebezpieczeństwa dla zdrowia pacjenta.** Niestety, nawet przy takim podejściu nie udaje się uzyskać prawidłowego rozwiązania wszystkich problemów (np. gdy rodzice nie wyrażają zgody na chirurgiczne usunięcie kalectwa dziecka istniejącego od urodzenia).

4. Zgoda sądu opiekuńczego musi być wyrażona także wtedy, gdy przedstawiciel ustawowy żąda wypisania ze szpitala osoby, której stan zdrowia wymaga leczenia

szpitalnego. W takiej sytuacji szpital może odmówić wypisania pacjenta, o czym niezwłocznie powiadamia się sąd opiekuńczy, wskazując na przyczyny odmowy (art. 22 ust. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej).

Ustawa zawiera również uregulowania o charakterze wyjątkowym, związane z wystąpieniem stanu wyższej konieczności, którego istotą jest to, że nie sposób udzielić pacjentowi pomocy w takiej postaci, jaka jest wymagana z uwagi na jego stan zdrowia, bez naruszenia jego prawa do samostanowienia, czyli bez naruszenia jego prawa do podejmowania decyzji względem samego siebie. Omawiane regulacje dotyczą także tzw. zgody zastępczej. Ustawa przewiduje dwie sytuacje o charakterze stanu wyższej konieczności:

1. Badanie lub udzielenie świadczenia zdrowotnego jest możliwe, jeśli pacjent nie jest w stanie wyrazić świadomej zgody ze względu na stan zdrowia lub wiek, zaś **wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej** – o ile nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym (art. 33 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza). Rzecz jasna to postanowienie obejmuje także przypadek braku przedstawiciela ustawowego czy opiekuna faktycznego. Wykładnia tej normy wymaga określenia istoty sytuacji wymagającej niezwłocznej pomocy lekarskiej. Jak się wydaje, jest to pojęcie o stosunkowo szerokim zakresie, obejmujące zarówno stany zagrożenia dla życia i zdrowia, jak i sytuacje nie wykazujące takiego niebezpieczeństwa, lecz uzasadniające podjęcie interwencji lekarskiej w krótkim okresie, bowiem zwłoka może spowodować utrudnienie procesu diagnozowania bądź skomplikować leczenie. Decyzję taką lekarz powinien, w miarę możliwości, skonsultować z innym lekarzem i uczynić stosowną adnotację w dokumentacji lekarskiej.

2. Opisana powyżej regulacja nie obejmuje uprawnienia lekarza do przeprowadzenia zabiegu operacyjnego lub też zastosowania metody diagnostycznej lub terapeutycznej o podwyższonym ryzyku, gdyż tą kwestią zajmuje się przepis szczegółowy: podjęcie takich działań bez uzyskania uprzedniej zgody przedstawiciela ustawowego lub sądu opiekuńczego jest usprawiedliwione tylko wtedy, gdy **zwłoka spowodowana postępowaniem związanym z uzyskiwaniem zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia** (art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza). Zatem w sytuacji, w której oczekiwanie na wyrażenie zgody zagraża co najmniej poważnym niebezpieczeństwem dla zdrowia pacjenta, ustawodawca przyjmuje domniemanie, że powołane do tego podmioty (przedstawiciel ustawowy lub sąd) wyraziłyby zgodę, gdyby miały pełną orientację co do zaistniałej sytuacji. Przepis nakazuje lekarzowi zasięgnięcie, w miarę możliwości, opinii drugiego lekarza. O ile to możliwe, powinien to być lekarz tej samej specjalności. Oczywiście opisane okoliczności powinny znaleźć odzwierciedlenie w dokumentacji medycznej.

W pierwszej z omawianych sytuacji mówi się o „skonsultowaniu", zaś w drugiej o „zasięganiu" opinii. Co się za tym zróżnicowaniem kryje, trudno powiedzieć. Wedle mego przekonania, należy przyjąć tożsamość znaczeniową tych dwóch terminów.

Powstaje pytanie, jak rozumieć pojęcie będące podstawą wyodrębnienia dwóch omawianych sytuacji: kiedy pacjent jedynie wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej, kiedy zaś sytuacja jest na tyle nagląca, że zwłoka spowodować może niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia. Ustawa nie daje tu żadnych wskazówek. Sądzę, że trzeba we wspólnym działaniu lekarzy i prawników wypracować jakiś sposób dookreślenia treści i zakresu występujących tu pojęć.

Jaki jest praktyczny sens przywołanych regulacji, prześledźmy na przykładzie następującego stanu faktycznego: istnieje zagrożenie dla życia dziecka, które może być usunięte poprzez niezwłocznie przeprowadzoną interwencję chirurgiczną, na którą rodzice nie wyrażają zgody. W moim przekonaniu omówione postanowienia ustawowe upoważniają lekarza do podjęcia takich działań, jakie są wskazane ze względów medycznych. Moje rozumowanie jest następujące: w omawianym przepisie zwalnia się lekarza od obowiązku uzyskiwania zgody sądu opiekuńczego w razie, gdy zwłoka związana z jej uzyskiwaniem mogłaby grozić przynajmniej poważnym niebezpieczeństwem dla zdrowia pacjenta (niebezpieczeństwem ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia). Skoro więc nie znajdujemy tu odesłania do konkretnej sytuacji uzyskiwania zgody sądu opiekuńczego, przepis ma na uwadze wszelkie przypadki, w których decyzja jest przez sąd opiekuńczy podejmowana, a więc i taką sytuację, gdy przedstawiciel ustawowy odmawia zgody. Na tej podstawie twierdzę, że **pomimo braku zgody przedstawiciela ustawowego na zabieg chirurgiczny lub metodę postępowania o podwyższonym ryzyku, lekarz jest uprawniony do ich podjęcia, jeśli procedura uzyskiwania zgody groziłaby co najmniej poważnym niebezpieczeństwem dla zdrowia pacjenta.** Przedstawiony kierunek interpretacji nie jest bezdyskusyjny. Można mianowicie twierdzić, że art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza dotyczy wyłącznie sytuacji cechującej się tym, że ani przedstawiciel ustawowy, ani sąd nie zajmowały stanowiska, nie obejmuje zaś swoim zakresem sytuacji, w której przedstawiciel ustawowy sprzeciwił się interwencji lekarskiej, zaś sąd jeszcze nie zajął stanowiska. Należy w związku z tym niedopowiedzeniem ustawy ubolewać, gdyż zbyt ważne są to sprawy, by można było dopuścić wielość interpretacji. W tym zakresie ustawa powinna ulec zmianie w pierwszej kolejności.

Kończąc uwagi na temat zgody pacjenta trzeba wskazać na istnienie w nowym kodeksie karnym art. 192, który opisuje przestępstwo polegające na wykonaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Hans-Georg Koch*

# Regulacje czasu pracy lekarzy zatrudnionych w szpitalach w Niemczech

## A. Wprowadzenie

W Niemczech obowiązuje wiele regulacji dotyczących czasu pracy. Generalnie rozróżnia się dwa rodzaje norm w tym zakresie: należące do dziedziny prawa publicznego oraz do dziedziny prawa prywatnego.

*Publicznoprawne* regulacje czasu pracy stanowią część państwowego prawa ochrony czasu pracy. Ogłaszane są w formie ustaw lub rozporządzeń. Mają charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących zarówno pracowników, jak i pracodawców, a odbiegające od nich postanowienia umowne nie mają mocy prawnej. Dla kontroli ich przestrzegania powołane są odpowiednie urzędy państwowe.

Najważniejsze regulacje czasu pracy w obszarze prawa publicznego znajdują się w ustawie O czasie pracy Republiki Federalnej (ArbZG), która weszła w życie 1 lipca 1994 roku.

Poza tym czas pracy uregulowany jest w różnego rodzaju układach zbiorowych pracy lub umowach zawieranych między pracodawcami a radami zakładowymi (regulują one wzajemne prawa i obowiązki stron).

Oprócz tego regulacje czasu pracy występują w indywidualnych umowach o pracę i mają wtedy charakter *prywatnoprawny.* Zobowiązania takie powstają na gruncie zgodnego oświadczenia woli pracownika i pracodawcy, względnie związku zawodowego lub innego związku osób fizycznych albo osób prawnych. Realizacja tych zobowiązań co do zasady wyłączona jest spod nadzoru państwowego[1].

Dla unormowania czasu pracy lekarzy zatrudnionych w szpitalach istotne znaczenie ma Zbiorowy Układ Pracy dla Pracowników Służby Publicznej Republiki Federalnej (BAT).

[1] Por. *K.Reinders*, Das neue Arbeitzeitrecht, Bonn 1994, Rdnr. 1-8.

Sfery regulacji ustawowych oraz umownych pozostają w ścisłej zależności i są wzajemnie powiązane w związku z tym, że Ustawa o czasie pracy (ArbZG) pozostawia możliwość uregulowania wielu kwestii w układach zbiorowych lub innych umowach.

## B. Regulacje czasu pracy lekarzy zatrudnionych w szpitalach

Czas pracy lekarzy zatrudnionych w szpitalach jest regulowany zarówno przez normy prawa publicznego, jak i prywatnego. Pod względem adresatów tych norm można z jednej strony wyodrębnić, ze względu na rodzaj stosunku zatrudnienia, *lekarzy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (Angestellte) oraz lekarzy-urzędników (Beamte)*, a z drugiej strony ze względu na pełnioną funkcję *lekarzy* – lekarzy naczelnych (Chefärzte) i lekarzy im *podporządkowanych* – ordynatorów i asystentów (Oberärzte i Assistenzärzte).

Zdecydowana większość lekarzy pracujących w szpitalach w Niemczech nie ma statusu urzędnika, zatem poniższy opis w głównej mierze dotyczyć będzie *lekarzy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.*

### *1. Regulacje czasu pracy dla lekarzy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę*

W przypadku *zatrudnionych na podstawie umowy o pracę lekarzy pełniących funkcje kierownicze* (angestellte Chefärzte) brak jest publicznoprawnych regulacji dotyczących ich czasu pracy. Są oni w myśl przepisu § 18 ust. 1 pkt. 3 Ustawy o czasie pracy (ArbZG), wyraźnie wyłączeni z zakresu jej stosowania, co powoduje, że formalnie rzecz biorąc, w ich przypadku nie ma ustawowego ograniczenia czasu pracy.

Niemniej dyrektor/administrator ***szpitala*** *(Krankenhaustrager)* może być pociągnięty do odpowiedzialności ***jako pracodawca*** za niedopełnienie obowiązku należytego nadzoru i troski, jeżeli zdarzy się iż zatrudniony przez niego lekarz tej kategorii, wskutek nadmiernego przeciążenia pracą, popełni błąd w sztuce.

Do obowiązków bowiem pracodawcy należy zagwarantowanie, by wszyscy lekarze, w tym również pełniący funkcje kierownicze, mogli skorzystać z prawa do minimalnego czasu wypoczynku[2]. Jak wynika z orzeczenia Sądu Pracy w Wilhelmshaven, lekarzowi naczelnemu po 36-godzinnej regularnej pracy, pracy na dyżurze czy w ramach systemu gotowości do pracy, przysługuje przerwa regeneracyjna o minimalnym wymiarze 12 godzin[3].

Prawa więc i obowiązki obu stron zawarte w umowie o zatrudnieniu lekarza naczelnego (Chefärztvertrag), należącej do sfery prawa prywatnego, powinny odpowiadać również tej zasadzie. Natomiast regulacje BAT stosuje się do takiego lekarza tylko wtedy, gdy umowa o pracę tak stanowi[4].

**2**. W odniesieniu do *ordynatorów i asystentów zatrudnionych na podstawie umowy o pracę* (Oberärzte[5] i Assistenzärzte) obowiązują natomiast zarówno przepisy pu-

[2] Por. H.-*J. Rieger*, Lexikon des Arztrechts, 1984, Rdns. 514.
[3] Sąd Pracy w Wilhelmshaven, Arztrecht 1979, S.320 f.
[4] Porównaj § 3 lit. I) BAT.
[5] Zatrudniony ordynator w rozumieniu § 5 ust. 3 ustawy O ustroju zakładów pracy (dotyczącej współuczestnictwa rad zakładowych w zarządzaniu niektórymi zakładami wielkoprzemysłowymi) nie jest zatrudniony na stanowisku kierowniczym w rozumieniu tej ustawy, więc wyłączenie, o którym mowa w przepisie § 18 ust. 1 pkt 1 ustawy O czasie pracy, jego nie dotyczy.

blicznoprawne o czasie pracy (ArbZG) jak również w niektórych sytuacjach przepisy układów zbiorowych lub innych umów modyfikujących regulacje ustawowe.

Zasadnicze założenia ww. ustawy o czasie pracy (ArbZG) gwarantują pracownikowi zatrudnionemu w szpitalu ochronę na cztery różne sposoby, a mianowicie poprzez:

(1) wskazanie górnej granicy dziennego czasu pracy,

(2) ustanowienie minimalnej gwarantowanej przerwy w czasie pracy, najkrótszej minimalnej gwarantowanej przerwy pomiędzy zakończeniem pracy, a kolejnym podjęciem pracy,

(3) stosowne regulacje dotyczące podziału czasu pracy w nocy, podczas dyżurów i w dni świąteczne (4, 5).

Od tych przepisów ochronnych, zgodnie z treścią przepisu § 14 ArbZG, dopuszcza się wyjątki dotyczące sytuacji szczególnych związanych ze świadczeniem w określonych dniach, nie cierpiących zwłoki czynności leczniczych, pielęgniacyjnych oraz opiekuńczych.

Powyższe wyjątkowe przepisy nie zwalniają dyrektora/administratora szpitala (Krankenhausträger) z powinności właściwego zorganizowania pracy w zakresie udzielania przez szpital rutynowej pomocy medycznej w nagłych wypadkach.

1) Zgodnie z treścią przepisu § 3 ust. 1 (ArbZG) czas pracy lekarza w normalnych dniach roboczych nie powinien przekraczać 8 godzin. Jednak możliwe jest przedłużenie czasu pracy do 10 godzin, jeśli w przedziale 6 miesięcy lub 24 tygodni zostanie to zrównoważone przez dni, w których praca była wykonywana w wymiarze poniżej ośmiogodzinnego czasu pracy (§ 3 ust. 2 ArbZG). Z tego wyliczenia wynika, że najwyższy dopuszczalny tygodniowy czas pracy musi zamknąć się w zasadzie w wymiarze 48 godzin, względnie przy przedłużeniu do 10 godzin i późniejszym wyrównaniu – 60 godzin. Ustawa nie stanowi, kiedy rozpoczyna się zwykły (roboczy) dzień pracy. Wynika z tego, że nie musi się on pokrywać z początkiem dnia kalendarzowego lecz każdorazowo rozpoczyna się po co najmniej 24-godzinnej przerwie od czasu zakończenia pracy w poprzednim tygodniu roboczym[6].

2) Paragraf 4 ArtZG stanowi, że w czasie pracy wykonywanej od 6 do 9 godzin gwarantowana jest przerwa wypoczynkowa w minimalnym wymiarze 30 minut, a w przypadku czasu pracy przekraczającym 9 godzin w minimalnym wymiarze 45 minut.

Dopuszcza się możliwość podziału powyższych przerw na kilka krótszych, lecz co najmniej piętnastominutowych.

Omawiany przepis § 4 ArtZG ponadto stanowi, że nie można pracować dłużej niż 6 godzin bez przerwy. Może to prowadzić do problemów natury organizacyjnej, szczególnie w przypadku operacji[7].

3) Zgodnie z przepisem § 5 ust. 1 ArtZG pracownikowi po zakończeniu dnia pracy przysługuje prawo do nieprzerwanej przerwy regeneracyjnej (czasu wolnego

[6] Por. *L. Hammerschlag,* Verunsicherung statt verbesserter Arbeitschutz, Deutches Ärztblatt 1996.
[7] *H. Genzel* in A. Laufs/W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrecht, 2. Aufl., München 1999, § 90 Rdnr.40 g.

od pracy), nie krótszej niż 11 godzin; w przypadku szpitali przerwa ta może zostać skrócona do 10 godzin.

Należy jednak pamiętać, że skrócenie przerwy wypoczynkowej musi zostać zrekompensowane przedłużeniem innej przerwy regeneracyjnej do przynajmniej 12 godzin (§ 5 ust. 2 ArbZG).

W świetle przepisu § 5 ust. 3 ArbZG dopuszczalne jest skrócenie przerwy na wypoczynek dla lekarzy pracujących w szpitalach podczas stanu „*pogotowia lekarskiego*" (Bereitsschaftsdienst) lub „*pogotowia na wezwanie*"(Rufbereitschaft), (nie więcej jednak niż o połowę) pod warunkiem stworzenia możliwości jej wykorzystania w innym czasie.

Wiąże się to z faktem, iż zasadniczo zarówno pogotowie lekarskie, jak i pogotowie na wezwanie[8] [w przeciwieństwie do instytucji *gotowości do pracy* (Arbeitsbereitschaft*)* w rozumieniu przepisu § 7 ust. 1 Nr 1 a ArbZG] są traktowane jako przerwy w pracy w rozumieniu tej ustawy, dopóki w czasie ich trwania nie są faktycznie wykonywane obowiązki pracownicze. Dlatego też dopuszczalne jest przyłączenie wspomnianych dyżurów do regulaminowego dziennego czasu pracy[9].

Z praktycznego punktu widzenia nadal jest sporna, niezwykle istotna z punktu widzenia zasad ustalania weekendowych dyżurów lekarskich kwestia, czy ustanowienie wspomnianej wyżej górnej granicy („połowy") powinno nastąpić zgodnie z gwarantowaną **ustawowo** minimalną przerwą na wypoczynek, czy też może być ustalane w każdym przypadku indywidualnie.

W literaturze przedmiotu dominuje opinia, że lekarz może, niezależnie od całkowitego czasu trwania pogotowia lekarskiego lub pogotowia na wezwanie, wliczyć ten czas do całkowitego czasu pracy, jeżeli faktycznie przepracował minimum 5,5 godziny[10].

Jeżeli faktyczny czas pracy wynosi więcej niż 5,5 godziny, to przewidziany początek regulaminowego czasu pracy zostaje tak przesunięty (od ostatniego wykonywania obowiązków pracowniczych), aby została zachowana przerwa regeneracyjna trwająca minimum 11, względnie 10 godzin[11].

Powyższe regulacje wywołują trudne do usunięcia trudności zarówno w codziennej praktyce szpitalnej jak i organizacji pracy pogotowia lekarskiego oraz pogotowia na wezwanie. Z tego względu uznaje się za dopuszczalne wprowadzanie w drodze zbiorowych układów pracy i umów zakładowych, odmiennych uregulowań podyktowanych specyfiką wymagań poszczególnych jednostek organizacyjnych [patrz poniżej b) (1)].

(4) Zgodnie z przepisem § 6 Abs. 2 ArbZG dzień pracy *pracowników nocnych (Nachtsarbeitsnahmer),* to znaczy takich*,* którzy zgodnie z definicją ustawową za-

---

[8] *Pogotowie lekarskie* rozumiane będzie jako zobowiąznie lekarza, powstające w wyniku zarządzenia pracodawcy, występujące poza regulaminowym czasem pracy, a polegające na zajmowaniu określonego stanowiska i podjęciu pracy w razie potrzeby. Pod pojęciem *pogotowia na wezwanie* rozumiany będzie obowiązek lekarza wynikający z zarządzenia pracodawcy, a polegający na objęciu wskazanego stanowiska i gotowości do podjęcia pracy na wezwanie. Definicje te wynikają z pkt. 8 specjalnej regulacji 2 c dotyczącej BAT, jednak mieszczą się się w ramach ArbZG.

[9] *H. Genzel* (fn 7), Rdnr.40 h.

[10] W tym znaczeniu więcej *H. Genzel* (fn 7), Rdnr.40 h.; *L. Hammerschlag* Deutches Ärztblatt 1996., S. C– 1011.

[11] Porównaj: *L. Hammerschlag* Deutches Ärztblatt 1996., S. C– 1010 f.

wartą w § 2 ust. 5 Nr. 2 ArbZG, co najmniej przez 48 dni roboczych w ciągu roku kalendarzowego wykonują pracę w godzinach nocnych – nie może przekraczać 8 godzin.

Na podstawie przepisu § 6 ust. 2 pkt. 2 ArbZG dopuszcza się przedłużenie czasu pracy do 10 godzin. W takim jednak przypadku w ciągu jednego miesiąca kalendarzowego (lub czterech tygodni) nastąpić powinno wyrównanie czasu pracy, tak aby czas pracy jednego roboczego dnia pracy nie przekraczał 8 godzin. Zgodnie z badaniami medycyny pracy dodatkowe koszty związane z ryzykiem pracy w nocy ponosić powinni pracodawcy.

(5) Do pracowników pracujących w niedziele i dni świąteczne stosuje się przepis § 11 ust.1 ArbZG, w myśl którego przynajmniej 15 niedziel w roku powinno pozostawać wolnych. Za każdą przepracowaną niedzielę lub święto pracownikowi przysługuje, zgodnie z treścią ust. 3 § 11 ArbZG, zastępczy dzień wolny od pracy, który należy wykorzystać w ciągu dwóch tygodni.

W przypadku zatrudnienia w dzień świąteczny przypadający w roboczy dzień pracy, zastępczy dzień pracy powinien zostać wykorzystany w ciągu ośmiu tygodni.

W pewnym stopniu dopuszcza się modyfikację tych przepisów poprzez regulacje zawarte w układach zbiorowych pracy względnie umowach zakładowych (porównaj § 12 Nr 1 i 2 ArbZG).

b) Duże znaczenie praktyczne ma przewidziana w ArbZG możliwość odstępstw od wyżej wymienionych zasad w formie tzw. *klauzul otwierających taryfy (Tarifsoffnungsklauseln),* co faktycznie oznacza dopuszczalność zwiększenia przez pracodawcę obciążenia pracą pracownika. W konsekwencji przepisy ArbZG obowiązywać będą tylko w takim zakresie, w jakim nie zostaną zmienione przez zbiorowe układy pracy lub inne klauzule otwierające.

Zarówno przepis § 7 ArbZG jak i § 12 ArbZG umożliwiają w zbiorowych układach pracy lub umowach dostosowywanie regulacji dotyczących czasu pracy pracowników do specjalnych wymogów poszczególnych zakładów pracy. O ile uczyniony zostanie użytek z takich klauzul, ich postanowienia będą określać czas pracy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę lekarzy szpitalnych[12]. Dlatego też należy każdorazowo ustalić, które regulacje czasu pracy zakładów opieki medycznej obowiązują w danym przypadku, czy i w jakim kierunku uległy one modyfikacji na podstawie zbiorowych układów pracy lub w drodze umownej, a w szczególności skoro większość lekarzy zatrudnionych w szpitalach jest pracownikami służby publicznej, które konkretnie przepisy BAT lub inne przepisy szczególne mogą mieć w danej sytuacji zastosowanie[13].

(1) Jak już wspomniano, zgodnie z § 7 ust. 2 Nr. 3 ArbZG szpitale mogą dostosowywać regulacje tej ustawy do potrzeb organizacyjnych danego zakładu pracy,

[12] BAT obowiązuje zasadniczo tylko lekarzy szpitalnych zatrudnionych w służbie publicznej i tylko wtedy, kiedy lekarz jest członkiem związku zawodowego. Także w umowach indywidualnych można spotkać odstępstwa od omawianej tu ustawy. W każdym wypadku dla lekarzy tych nie są obowiązujące daleko idące klauzule otwierające. Obok BAT występują inne regulacje zawarte w układach zbiorowych pracy dla lekarzy zatrudnionych w prywatnych zakładach oraz specjalne umowy dla instytucji kościelnych.

[13] Specjalna regulacja 2 c dotycząca BAT.

pod warunkiem jednak zagwarantowania odpowiedniej ochrony zdrowia zatrudnionych pracowników.

W szczególności dopuszcza się odstępstwa w odniesieniu do trwania czasu pracy, długości czasu trwania przerw regeneracyjnych, czasu wolnego od pracy oraz czasu pracy nocnej, z zachowaniem jednak następujących zasad. Zgodnie z przepisem § 15 BAT regularny tygodniowy czas pracy, z wyłączeniem przerw, wynosi przeciętnie 38,5 godziny. W świetle przepisu § 17 ust. 1 BAT pracodawca może wprowadzić planowo pracę w godzinach nadliczbowych tzn. przekraczających ramy regulaminowego tygodniowego wymiaru czasu pracy. Nadgodziny są zasadniczo wyrównywane przez przydzielanie dnia wolnego. Każda jednak niewyrównana nadgodzina opłacana jest wynagrodzeniem należnym za nadgodziny.

W odniesieniu do czasu pracy lekarzy w ramach pogotowia lekarskiego (Bereitschaftsdienst) i pogotowia na wezwanie (Rufbereitschaft) obowiązują następujące zasady:

Lekarz, który pełni dyżur w ramach pogotowia na wezwanie, a równocześnie nie podejmuje pracy w ramach pogotowia lekarskiego, może w ciągu jednego miesiąca kalendarzowego wziąć maksymalnie 12 wspomnianych dyżurów. Więcej takich dyżurów może być przydzielonych jednemu lekarzowi tylko w wyjątkowych wypadkach, gdy nie można zapewnić inaczej bezpiecznej opieki pacjentom (BAT cyfr. 2 C Nr. 8 ust. 6).

Dyżury w pogotowiu lekarskim stosownie do BAT cyfr 2C Nr. 8 ust. 2a podzielone zostały na różne stopnie oznaczone literami od A do D. Podział ten opracowany został na podstawie stawek procentowych faktycznego obciążenia obowiązkami pracy lekarza podczas pełnienia dyżuru, opracowanych na podstawie aktualnych doświadczeń praktycznych[14]. W ramach pogotowania lekarskiego zakwalifikowanego do grupy A i B lekarz może pełnić nie więcej niż 7, a do grupy C i D nie więcej jak 6 dyżurów w ciągu jednego miesiąca kalendarzowego (BAT cyfr. 2 C Nr. 8 ust. 7). Wyjątkowo ilość dyżurów miesięcznych może być przejściowo zwiększona, gdy nie można zapewnić pacjentom bezpiecznej opieki inaczej.

Ponadto przepis BAT cyfr. 2 c Nr. 8 ust. 7 stanowi, że ten sam lekarz nie może jednocześnie pełnić dyżurów weekendowych zakwalifikowanych do grupy C lub D. Natomiast po połączeniu dyżurów z grupy A i B lub innych odpowiednio długich dyżurów pogotowia lekarskiego przewidziana być musi w planie dyżurów minimalna przerwa regeneracyjna w wymiarze 12 godzin. Jeżeli lekarz w jednym dniu kalendarzowym był obciążony normalną pracą przez co najmniej 7,5 godziny, a następnie został zobowiązany do pracy w pogotowiu lekarskim zakwalifikowanym do grupy C lub D trwającej minimum 12 godzin [15], należy przyznać mu czas na wypoczynek wynoszący co najmniej 8 godzin, chyba że nie można w inny sposób zapewnić bezpiecznej opieki pacjentom.

Jednakże ze względu na brzmienie przepisu § 7 ust. 2 Nr. 3 ArbZG w związku z przepisem § 5 ust. 3 ArbZG jest kwestią sporną, czy możliwe są również w tym

[14] A:0 – 105; B: 10 – 25%; C: 25 – 40%; D: 40 – 49%.
[15] Za *L. Hammerschlag* Deutches Ärztblatt 1996., S. C– 1010 ff, C – 1012.

przypadku na podstawie zbiorowych układów pracy, odstępstwa od regulacji zawartych w § 5 ust. 3 ArbZG (gwarantujące wyrównanie czasu wolnego w innym czasie, podczas dyżuru pogotowia lekarskiego lub dyżuru pogotowia na wezwanie).

Chociaż wydaje się dominować opinia, że nie jest to możliwe, kwestia ta nie ma większego znaczenia praktycznego dla zakresu stosowania BAT, gdyż nadal obowiązują, na podstawie § 25 ArbZG, wyjątki wynikające z innych zbiorowych układów pracy. W praktyce stosowane więc będą nadal dotychczasowe regulacje układów zbiorowych[16].

(2) Przepis § 12 ust. 1 Nr. 1 ArbZG zezwala na zmniejszenie w zbiorowych układach pracy liczby niedziel wolnych od pracy do 10.

W świetle § 12 ust. 1 Nr. 2 ArbZG dopuszczalne jest ustalanie wolnych dni zastępczych za dni świąteczne przypadające w dni robocze. Z kolei przepis cyfr. 2 C Nr. 7 BAT stanowi odpowiednio, że lekarze, którzy regularnie pracują w niedzielę i dni świąteczne, muszą w ciągu dwóch tygodni otrzymać dwa dni wolne od pracy. Jeden z tych dni wolnych powinien przypaść w niedzielę.

## II. Regulacje czasu pracy lekarzy urzędników

1. Do *lekarzy-urzędników zajmujących funkcje kierownicze (Beamtete Chefartze)* mają zastosowanie odpowiednie przepisy ogólnego prawa urzędniczego, niemniej urzędnicze regulacje dotyczące czasu pracy nie znajdują w ich przypadku zastosowania.

a. W odniesieniu do *lekarzy pracujących, jako wykładowcy w szkołach wyższych (arztliche Hochschullehrer) obowiązują* uregulowania zawarte w ustawach o szkołach wyższych (§ 50 Abs. 1 S. 3 Ustawy federalnej o ustroju szkolnictwa wyższego; § 61 Abs. 2 S. 2 Ustawy uniwersyteckiej Badenii-Wirtembergii)[17].

Wyjątek zachodzi w sytuacji gdy zakres zadań w szpitalu wymaga regularnego i etatowego czasu pracy[18]. W takim przypadku urzędnicze przepisy dotyczące czasu pracy mogą mieć zastosowanie również do profesorów klinik uniwersyteckich[19]. Z uwagi jednak na fakt, że praktyczne znaczenie tych przepisów jest małe w związku z niewielką liczbą lekarzy, których mogą dotyczyć, nie wydaje się celowe ich bliższe omawianie w tym miejscu.

b. Do *innych lekarzy-urzędników, zajmujących funkcje kierownicze (Chefarzte),* którzy nie są zatrudnieni jako profesorowie, wyłączenie możliwości stosowania urzędniczych przepisów regulujących czas pracy wynika z charakteru obowiązków i zajęć, które wykonuje lekarz naczelny. Nie do pogodzenia bowiem jest ustalenie określonego czasu pracy w powiązaniu ze stałym obowiązkiem gotowości do pracy lekarza pełniącego funkcję kierowniczą [20].

---

[16] Porównaj *H. Hoffmann*, Auswirkungen des neuen Arbeitszeitgesetzes auf den ärztlicheen Dienst im Krankenhaus, Arzt und Krankenhaus 1995, S. 366 ff., 369; *U. Baur*, Arbeitszeitrechtsgesetz, Arzt und Krankenhaus 1996, S. 25 F., 26: anderer Ansicht *H. Kamps*, Arbeitszeitgesetz, Ärztblatt Baden-Württenberg 1996, S. 98.

[17] Porównać do *H.J. Rieger* Lexikon des Arztrechts, 1984, Rndr. 517.

[18] Porównać do *H.J. Rieger* Lexikon des Arztrechts, 1984, Rndr. 880.

[19] Tak miało to miejsce w Badenii-Württenbergii na podstawie Zarządzenia dotyczącego czasu pracy profesorów urzędniczych w klinikach uniwersyteckich (21.10.1980, GBI. 1980 str. 577).

[20] Porównać do *H.J. Rieger* Lexikon des Arztrechts, 1984, Rndr. 514.

Jednakże obowiązek nadzoru i troski o pracownika po stronie pracodawcy dyktuje ograniczenia obciążeń, jakie mogą być nałożone na lekarza naczelnego będącego urzędnikiem.

2. W stosunku do *będących urzędnikami ordynatorów i lekarzy asystentów (beamtete Oberarzte und Assistantenarzte)* obowiązują ustawowe urzędnicze regulacje czasu pracy w połączeniu ze specjalnymi przepisami dotyczącymi lekarzy urzędników.

Zasadniczy kierunek regulacji czasu pracy lekarzy urzędników nadają przepisy zbiorowych układów pracy, jednak w tym miejscu ograniczymy się tylko do wskazania podstawowych ustawowych regulacji urzędniczych w tym zakresie.

W szczególności więc obowiązują postanowienia dotyczące czasu pracy zawarte w § 44 ramowej ustawy o prawach urzędników i w § 72 Urzędniczej ustawy federalnej oraz przepisy poszczególnych urzędniczych ustaw krajowych (np. §§ 90 ff. Urzędniczej ustawy krajowej Badenii-Wirtembergii)[21].

**C. Uwagi końcowe**

Ustawa ArbZG przewiduje minimalne standardy czasu pracy i koniecznego czasu na wypoczynek oraz zasady prowadzenia związanej z tym dokumentacji (porównaj § 16 ust. 2 ArbZG). Jednakże w codziennym funkcjonowaniu szpitali daje się zauważyć częste ich lekceważenie, względnie obchodzenie (z uwagi na objętość artykułu brak jest możliwość rozwinięcia tego tematu).

Dyrektor/Administrator szpitala stoi często przed trudnym do rozwiązania dylematem, jak godzić cele związane z funkcjami ochronnymi prawa pracy z myśleniem i działaniami w kategoriach ekonomicznych wymuszanymi przez ustawę o ubezpieczeniu zdrowotnym.

Badania ankietowe przeprowadzone w październiku 1996 r. w Monachium wykazały, iż 62% badanych lekarzy pracowało więcej niż 6 godzin bez przerwy, a 71% lekarzy podczas dyżuru pogotowia lekarskiego pracowało dłużej niż 5,5 godziny[22]. Fakt ten jest wart podkreślenia, zważywszy, że naruszenie przepisów ustawy o czasie pracy skutkuje nałożeniem na pracodawcę grzywny, a ponadto, jak już wspomniano, administrator szpitala w przypadku błędu popełnionego przez zatrudnionego przez niego lekarza pozostającego w związku z przemęczeniem pracą, ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

Najlepsze odzwierciedlenie faktycznej realizacji w Niemczech ustawowych regulacji dotyczących czasu pracy, stanowią konkluzje sto drugich Dni Lekarzy Niemieckich, które miały miejsce w Cottbus w 1999, w których to m.in. stwierdzono:

- „Zgromadzeni delegaci na Dni Lekarzy Niemiec napominają pracodawców, aby przestrzegali obowiązujących zbiorowych układów pracy, wytycznych dotyczą-

[21] *H.J. Rieger* Lexikon des Arztrechts, 1984, Rndr. 298.
[22] *H-T. Kienzle, C. Janson* Das Arbeitszeitgesetz – Realität oder Fiktion?, Deutsches Ärztblatt 1997, S. C. – 1863 ff., 1863.

cych umów o pracę oraz przepisów ustawy o czasie pracy w szpitalach i nie obchodzili ich poprzez wprowadzanie dodatkowych zastrzeżeń umownych".

• „Zarząd Izby Lekarskiej... powinien działać w taki sposób, aby lekarze naczelni przestrzegali przepisów Ustawy o czasie pracy na oddziałach, za które są odpowiedzialni"[23].

Tłumaczenie: *Magdalenia Szafranek i Sławomir Arczewski*

[23] Deutsches Ärztblatt 1999, S. C – 1177 und 1190.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Eleonora Zielińska*

# Ogłaszanie i reklamowanie się lekarzy

Problem, czy i ewentualnie pod jakimi warunkami wolne zawody szczególnego zaufania publicznego, a zwłaszcza lekarze i adwokaci mogą się reklamować, jest przedmiotem licznych kontrowersji. Regulacje w tym zakresie różnią się w poszczególnych krajach. Wiele wątpliwości budzi też kwestia jak, odróżnić zakazaną zazwyczaj reklamę od dopuszczalnego z reguły ogłaszania się lekarzy lub adwokatów, a ponadto jakie formy publicznych wypowiedzi przedstawicieli tych zawodów lub wypowiedzi o nich lub ich działalności osób trzecich należy uznać za niedozwolone. Z uwagi na pewne podobieństwa zawodu lekarza i adwokata oraz obowiązujących norm prawnych i deontologicznych celowe wydaje się śledzenie ewolucji poglądów odnośnie – obu wymienionych zawodów.

Najbardziej liberalne zasady co do reklamowania się zarówno adwokatów jak i lekarzy obowiązują w USA. Charakterystyczne jest przy tym, że ewolucja poglądów na temat, co w tym zakresie jest dozwolone adwokatom, a co lekarzom, dokonywała się tam równocześnie. W innych krajach np. w Niemczech uregulowania zasad reklamowania się i ogłaszania lekarzy oraz adwokatów wykazują charakterystyczne odmienności; zakaz ten w niewielkim stopniu obowiązuje adwokatów, został natomiast w pełni utrzymany w odniesieniu do lekarzy. W niniejszym opracowaniu zarysowo przedstawione zostaną wybrane modele regulacji oraz orzecznictwo organów sądowych w tym przedmiocie, a także uregulowania w tym zakresie obowiązujące w Polsce.

W USA do początku lat 70 obowiązywał bezwzględny zakaz reklamy zarówno adwokatów jak i lekarzy. Później jednak stopniowo te zakazy uległy rozluźnieniu przede wszystkim pod wpływem powództw antytrustowych jak i decyzji Sądu Najwyższego USA[1], który w jednym z orzeczeń z rezygnacją stwierdził, że wiele form

[1] W szczególności SN USA uznał, że wypowiedzi komercyjne stanowią przedmiot ochrony konstytucyjnej i odrzucił argument, że reklama szkodzi zawodowi, uznając za wysoce nieprawdopodobne by opinia adwokatów zależała od tego, czy będą się oni reklamować, czy też nie. Uznał też za niezasadny argument, że wskutek reklamy wzrośnie cena usług prawniczych i że jej wysokie koszty utrudnią start w zawodzie młodym adwokatom.

ogłaszania się i reklamy adwokatów „pozostawało konstytucyjnie odpornych na regulacje rządowe”[2]. Niemniej pomimo obowiązywania liberalnych zasad większość prawników i lekarzy, zwłaszcza tych nastawionych na obsługę kompleksową stałego klienta (lub pacjenta) nie korzysta z reklamy[3].

W poszczególnych krajach europejskich uregulowania prawne kwestii reklamy i ogłaszania się adwokatów oraz lekarzy wykazują duże odmienności.

Należy przy tym podkreślić, że próba obalenia ograniczeń w zakresie ogłaszania się i reklamy adwokatów przed Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu jako nie do pogodzenia z wolnością wypowiedzi gwarantowaną w art. 10 Europejskiej Konwencji Podstawowych Wolności i Praw Człowieka, zakończyła się niepowodzeniem[4].

Wprawdzie wyrażono przekonanie, że absolutny zakaz jakiejkolwiek reklamy (ogłaszania się) adwokatów wydaje się być nie do pogodzenia z prawem do wolności wypowiedzi rozumianej jako prawo do przekazywania i otrzymywania informacji. Jednak państwa strony Konwencji posiadają pewien margines swobody odnośnie uznania, co stanowi konieczną ingerencję w prawa i wolności obywatelskie, w szczególności w tak złożonej i stale zmieniającej się kwestii jak nieuczciwa konkurencja i związany z nią problem reklamy. Zadaniem więc Trybunału w tym przypadku jest tylko badanie, czy środki przedsięwzięte na poziomie krajowym są co do swej istoty uzasadnione i czy mają charakter proporcjonalny. Reklama stanowi wprawdzie dla obywatela środek pozwalający mu poznać cechy usług i przedmiotów, które są mu oferowane. Niemniej może stać się przedmiotem ograniczeń mających w szczególności na celu zapobieganie nieuczciwej konkurencji oraz reklamie mylącej lub nieprawdziwej. W niektórych przepadkach również publikowanie informacji reklamowych obiektywnych i prawdziwych może stać się przedmiotem ograniczeń podyktowanych potrzebą respektowania praw innych lub wynikać ze specyfiki działalności handlowej lub określonego zawodu. Ograniczenia te jednak wymagają uważnej kontroli Trybunału pod kątem zachowania równowagi. Biorąc

---

W jego ocenie brak konkurencji pozwala właśnie utrzymywać ceny usług prawniczych na stosunkowo wysokim poziomie, a argument o reklamie jako barierze finansowej pozyskiwania klienteli przez nowo wchodzących do zawodu sugeruje, że są inne tańsze formy przyciągania klientów przez młodych adwokatów, co nie odpowiada prawdzie gdyż zakaz obejmuje wszystkie podobne formy bezpośredniego zachęcania klientów do korzystania z usług adwokatów. Równocześnie jednak Sąd uznał, że niektóre wyraźnie określone ograniczenia w zakresie reklamy mogą być uznane za zgodne z doktryną wolności wypowiedzi. Rozsądne ograniczenia np. co do czasu, miejsca i sposobu reklamy będą uznane za zgodne z konstytucją. Ponadto reklama nieprawdziwa, wprowadzająca w błąd i podstępna powinna być przedmiotem ograniczeń, przy czym w tej dziedzinie wymogi co do dokładności mogą być ściślejsze niż byłyby tolerowane w innych niekomercyjnych sferach wolności wypowiedzi. Zakazana musi być też reklama usług nielegalnych. Por. sprawa Bates przeciwko Arizonie. 422 U.S. 350, 97 S. Ct. 2691, 53 L.Ed.2d 810 (1977). cyt. za Ch.W. Wolfram. Modern Legal Ethics. West Publishing CO. St. Paul, Minn. 1986, s. 778-780.

[2] „...many forms of lawyer advertising were constitutionally immune from governmental regulations”. Por. Ch.W. Wolfram, op. cit. s. 776.

[3] Por. Ch.W. Wolfram. op. cit. s. 776.

[4] Orzeczenie w sprawie Casado Coca v. Hiszpanii (8/1993/403/481). Sprawa ta dotyczyła jednego z adwokatów hiszpańskich, który po otworzeniu kancelarii adwokackiej dawał regularnie na różnych stronach kilku dzienników ogłoszenia reklamowe w nieprzepisowych rozmiarach, które ukazywały się obok reklam szkoły jazdy konnej oraz prywatnego domu starców. Ponadto wysłał do różnych przedsiębiorstw listy proponujące jego usługi. Miejscowe izby lekarskie wszczęły w stosunku do niego cztery dochodzenia dyscyplinarne, zakończone w dwóch wypadkach orzeczeniem upomnienia i w dwóch nagany. Od tych orzeczeń skazany adwokat odwołał się na drodze wewnętrznej, lecz nie zostały one rozpatrzone w trybie sądowym.

pod uwagę wszystkie przytoczone w sprawie argumenty, a w szczególności fakt, że obowiązujący w Hiszpanii zakaz reklamy (ogłaszania się) nie był absolutny, a ponadto że przepisy hiszpańskie w tym zakresie są analogiczne do obowiązujących w innych krajach europejskich, uwzględniając ponadto okoliczność, że wszędzie te przepisy z jednej strony utrzymują co do zasady zakaz reklamy, z drugiej jednak równocześnie pod wpływem rosnącego znaczenia mediów, stale rozszerzają granice wyjątków od tego zakazu, Trybunał w badanym przypadku nie dopatrzył się naruszenia art. 10 Konwencji.

Przykładem odmiennego traktowania reklamy adwokatów i lekarzy są Niemcy.

Od 1996 r. na mocy orzeczenia Związkowego Trybunału Konstytucyjnego reklamowanie się adwokatów stało się w tym kraju w określonych warunkach dopuszczalne[5], podczas gdy zakaz reklamy nadal obowiązuje lekarzy.

W świetle par. 43 b Bundesrechtsanwaldordnung (Związkowego uregulowania adwokatury) reklama (Werbung) jest w adwokaturze dozwolona pod warunkiem, że zarówno co do treści jak i formy informuje o działalności zawodowej, nie jest zaś skierowana na uzyskanie zlecenia od konkretnej osoby[6]. W literaturze podkreśla się, że przepis ten zawiera wyraźne potwierdzenie prawa do reklamy adwokatów, które wywodzi się z zawartej w art. 12 Konstytucji wolności wykonywania zawodu i w związku z tym nie powinien być interpretowany restryktywnie (zwężająco)[7]. Zwraca się przy tym uwagę, że wyjątek od gwarantowanego przez konstytucję prawa jest dopuszczalny tylko z zachowaniem zasady proporcjonalności. Jeżeli więc chciałoby się wprowadzić zakaz reklamy, to musiałby on być uznany za odpowiedni i potrzebny środek dla ochrony wspólnego dobra w postaci prawidłowego funkcjonowania opieki prawnej. W związku z tym zakazana powinna być tylko reklama szkodząca ogółowi lub interesom indywidualnych osób; natomiast prawa konstytucyjne nie mogą chronić przed konkurencją lub służyć jej przeciwdziałaniu. Ponadto dla uzasadnienia zakazu musi wystąpić pewna ważkość (waga) zachowania reklamowego. Z tego względu należy zaniechać dotychczasowych sporów o tak drobne sprawy jak wielkość szyldów czy też dopuszczalność umieszczania emblematów na papierach

[5] Warto zaznaczyć, że propozycja zniesienia zakazu reklamy adwokatów, a nawet poddania ich pracy weryfikacji wolnego rynku była zgłaszana na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych w W. Brytanii, pod hasłem „Konkurencja zamiast tradycji". Upatrywano w tym środka do podniesienia jakości obsługi prawnej i obniżenia jej kosztów. Była to propozycja Lorda Kanclerza Mackay przedstawiona w trzech tzw. Green papers. Por. Green Paper, Cm.570.1989, par. 1.2. cyt. za: F.R. Remmertx, Anwaltschaft zwischen Tradition unde Wettbewerb, The Berufs-Standesrecht der Rechtsanwälte in England und Deutschland, Deutscher AnwaltVerlag, Bonn1996, s. 55. Por. też Law Report Statute s 1990 II, 41, 2167 i n.

[6] Reklamę definiuje się jako zachowanie się (działanie), które podejmowane jest po to, żeby przekonać inną osobę do wzięcia pod uwagę dokonań i skorzystania z usług tego, na czyją rzecz stosowana jest reklama. Równocześnie podkreśla się, że problem, czy dane zachowanie spełnia znamiona tej definicji ocenia się obiektywnie, z punktu widzenia obrotu (towarowego), nie zaś wg intencji osoby reklamującej. Por. „Neue Justiz Wochenschrift" 1992, z. 1, s. 45.

[7] Za tym, że intencją było rozszerzenie prawa do reklamy adwokatów, przemawia uzasadnienie rządowe projektu ustawy, w którym m.in. stwierdzono „Tak jak i wszyscy inni obywatele również wykonujący wolny zawód adwokaci uprawnieni są do informowania społeczeństwa. Adwokat może publicznie wypowiadać się w sposób rzeczowy, obiektywny i sprawdzalny o swojej działalności zawodowej. Aby zahamować spadek roli adwokatów na rynku usług prawnych, zwłaszcza w porównaniu z innymi zawodami takie usługi świadczącymi, adwokaci powinni mieć możliwość zaprezentowania się klientom. Również w interesie potencjalnych klientów leży możliwość dowiedzenia się, jak mogą znaleźć specjalistę dla podjęcia próby rozwiązania swoich problemów prawnych. M. Kleine-Cosack, Bundesrechts Anwaldsordnung, 2 Auflage, C.H. Beck Verlag, München 1996, s. 185. s. 184.

listowych [8]. Nie powinno się też kwestionować praktyki pisania listów okólnych do byłych lub potencjalnych klientów z informacjami na temat kancelarii czy też informacjami o ostatnich zmianach w ustawodawstwie lub orzecznictwie sądowym. To samo dotyczy broszur, folderów o kancelarii zawierających informacje na temat dni i godzin przyjęć, stawek honorariów za godzinę itp. Można też rozsyłać listę adwokatów z nazwiskami i dziedzinami specjalizacji. Brak jest również obecnie podstaw prawnych do wprowadzania ograniczeń co do sposobu ogłaszania się adwokatów w gazetach. Dopuszczalna jest także wspólna reklama zarówno kilku adwokatów jak również adwokatów z przedstawicielami innych zawodów, których wykonywanie polega na udzielaniu porad. Adwokaci mogą też występować publicznie i mówić na temat własnej praktyki w prasie, radiu i telewizji oraz mogą stać się bohaterami publikacji innych osób[9].

Jak już wspomniano, zmiana stanowiska wobec reklamy adwokatów nie doprowadziła jeszcze w Niemczech do takiej zmiany w odniesieniu do lekarzy.

W ich przypadku reklama nadal pozostaje zakazana i nic nie wskazuje na to, żeby sytuacja miała się zmienić w najbliższym czasie, chociaż dyskusje na ten temat w środowiskach lekarskich stale trwają. Świadczy o tym chociażby fakt, że w 1997 r. lekarze zebrani w Eisenach na 100-nych Dniach Lekarza podjęli uchwałę, że zakaz reklamy zachęcającej do korzystania z usług powinien być utrzymany również w przyszłości[10].

Niemniej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego również w kontekście lekarzy pojawiają się stwierdzenia nawiązujące do wolności wykonywania zawodu i warunków, w jakich powinna ona ustąpić ochronie innych dóbr.

Warto wspomnieć, że przepis par. 21 wzorcowej regulacji zawodu lekarza (Musterberufsordnung dalej: MuBO) obowiązującej z niewielkimi modyfikacjami w Niemczech we wszystkich landach (krajach), zakazuje lekarzom autoreklamy jak również reklamowania kolegów. Z przepisów tych wynika, że lekarz nie powinien nie tylko inicjować prowadzenia zakazanej reklamy przez inne osoby, lecz także jej tolerować (znosić).

Powyższe zasady obowiązują również lekarzy, których osoba lub działalność będzie zachwalana przez sanatoria, kliniki, instytucje lub inne przedsiębiorstwa. Stwierdza się mianowicie wyraźnie, że obowiązkiem lekarza jest przeciwdziałanie rozpowszechnianiu informacji o jego działalności o charakterze reklamowym, tzn. w których użyto jego nazwiska, fotografii lub adresu i to niezależnie od tego, czy ma ona formę pisemną, czy też formę obrazu.

Równocześnie w dodanej w 1985 r. literze „a" do przepisu par. 21 MuBO zezwala się lekarzowi informować innych lekarzy o oferowanym przez siebie zakresie usług. Informacja ta powinna ograniczać się jednak pod względem terytorialnym do danej miejscowości lub okolic, na których lekarz ma prawo praktykowania, a ponadto pod względem rzeczowym do informacji o zakresie i formach świadczonych

[8] M. Kleine-Cosack, Bundesrechts Anwaltsordnung, 2 Auflage, C.H. Beck Verlag, München1996 r. s. 186-187.
[9] M. Kleine-Cosack, Bundesrechts Anwaltsordnung, 2 Auflage, C.H. Beck Verlag, München1996 r. s. 199-200.
[10] G. Klinkhammer, Werbeverbot für Ärzte bleibt bestehen. Deutsches Ärztebaltt 93, z. 35, 1996 s. C-1176

usług. Ponadto zaznacza się, że reklamowe stwierdzenia w odniesieniu do własnej działalności są w takich informacjach zakazane. Co więcej, informacje – nie powinny być dostarczane kolegom częściej niż raz do roku.

Nie dotyczy to zasad informowania o otwarciu praktyki, w przypadku których stosuje się odmienne reguły określone w par. 26 ust. 1 zd. 1 MuBO.

W przepisie par. 22 MuBO zatytułowanym „lekarz a społeczeństwo" dopuszcza się co do zasady możliwość osobistego udziału praktykujących lekarzy w informacyjnych publikacjach w prasie lub audycjach medycznych w radiu lub telewizji pod warunkiem, że ich współdziałanie będzie ograniczone do udzielania fachowych wiadomości, a osoba danego lekarza nie będzie przedstawiana w sposób go reklamujący. Przy tym lekarz biorący udział w takiej audycji zobowiązany jest do „świadomego odpowiedzialności obiektywizmu".

W opracowanych w 1979 r. przez Związkową Izbę Lekarską „Wytycznych w sprawie działalności publicystycznej lekarzy" podkreśla się wymóg prezentowania na pierwszym planie problemu. Wprawdzie zwraca się uwagę, że obowiązkiem lekarza jest przede wszystkim informowanie w literaturze fachowej o nowych odkryciach medycznych, metodach lub możliwościach technicznych. Niemniej, dostrzegając potrzebę obiektywnego informowania opinii publicznej poprzez upowszechnianie w sposób fachowy informacji medycznej w środkach masowego przekazu, a zwłaszcza w publikacjach lub audycjach o charakterze edukacyjnym i profilaktycznym, podkreśla się potrzebę udziału lekarzy w takiej działalności, zastrzegając jednak, że nie powinni eksponować własnej osoby lub działalności.

Często jako forma reklamy postrzegane jest udzielanie przez lekarzy wywiadów w prasie lub ilustrowanych magazynach. Zwraca się przy tym uwagę na potrzebę zachowania przy udzielaniu takich wywiadów szczególnej ostrożności. Zdarzały się bowiem wypadki, że lekarze uprzedzali dziennikarza o obowiązującym ich zakazie reklamy, nie zawsze jednak było to przez prasę respektowane, a dziennikarze w swej obronie powoływali się na wolność wypowiedzi i środków masowego przekazu.

Dlatego też w omawianych wytycznych podkreśla się, że lekarz udzielający wywiadu zawsze powinien żądać autoryzacji tekstu. W każdym bowiem wypadku jest odpowiedzialny za jego treść w tym sensie, że jeśli znajdą się w nim cechy reklamowe może być pociągnięty do odpowiedzialności zawodowej. W szczególności zaleca się ostrożność, gdy obok artykułu dziennikarz zamieszcza zdjęcie lekarza, gdyż już ten sam fakt może nadać publikacji charakter reklamowy. Niemniej ze wspomnianych wytycznych oraz z orzecznictwa sądów zawodowych wynika, że zasadniczo dopuszczalne jest podanie przez dziennikarza w publikacji nazwiska lekarza, miejsca i zakresu jego działalności zawodowej, chyba że nazwisko to będzie wielokrotnie powtarzane i tak eksponowane w treści, że nasuwać się będzie podejrzenie o reklamę[11].

W tym kontekście warto wspomnieć o sprawie, która stała się przedmiotem orzeczenia sądu związkowego z 30.04.1997 r. Skargę złożyła bawarska izba lekarska,

[11] Laufs: w: Handbuch des Ärztes, red. A. Laufs, C.H. Beck, München 1992 s. 119.

a jej przedmiotem była publikacja w jednej ze znanych gazet, w której pod tytułem „500 najlepszych lekarzy niemieckich. Część I – Kardiolodzy" przedstawiono z nazwiska i miejsca działalności 46 lekarzy tej specjalności. Powstał problem, czy publikację tę można potraktować jako reklamę wymienionych w niej lekarzy. Sądy zawodowe I i II instacji uznały, że artykuł ten miał na celu promowanie wymienionych lekarzy kardiologów, a równocześnie ich przeciwstawienie pozostałym. Co więcej, publikacja ta zawierała informację podaną bez przekonującego jej uzasadnienia: dokonano bowiem rankingu (wartościowania) lekarzy przy braku sprawdzalnych kryteriów oceny. W ten sposób doszło do naruszenia zakazu reklamy lekarzy oraz nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[12].

W doktrynie niemieckiej podjęto próbę zdefiniowania tego, co jest reklamą w przypadku lekarza. I tak jest nią każdy komunikat skierowany do osoby trzeciej, który bezpośrednio lub pośrednio ma służyć zdobyciu pacjenta lub spowodowaniu intensyfikacji jego kontaktów z lekarzem. Charakter reklamowy mają tylko takie wypowiedzi, w których podnosi się szczególne zasługi jednego lekarza w porównaniu z innymi albo stara się wywołać wrażenie, że tylko on jest w stanie przeprowadzić określone leczenie[13].

Przy czym podkreśla się, że żadne odstępstwo od zakazu jakiejkolwiek reklamy lub zachwalania nie jest dopuszczalne, chyba że zostało to wyraźnie, na zasadzie wyjątku, przewidziane w prawie o wykonywaniu zawodu, który to wyjątek powinien być dodatkowo restryktywnie interpretowany[14].

Do tych wyjątków zalicza się uregulowania dotyczące szyldu lekarskiego, specjalnego papieru listowego, druków recept, stempli, ogłoszeń o otwarciu praktyki[15].

W praktyce, w Niemczech często dochodzi do spraw sądowych o reklamowanie się lekarzy. Najczęściej lekarze oskarżani o reklamę tłumaczyli ten fakt nieświadomością zakazu, co jak podkreśla się w literaturze, nie stanowi usprawiedliwienia, gdyż każda osoba przystępująca do wykonywania danego zawodu musi zapoznać się z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami prawnymi.

Jako przykłady niedozwolonej reklamy podaje się w literaturze przedmiotu: sytuację, gdy opublikowano w gazecie zdjęcie z okazji jubileuszu lekarza przedstawiające jego z pacjentem, który przy okazji życzeń składa mu także podziękowanie za opiekę. Inna wskazywana sytuacja niedozwolonych praktyk dotyczyła lekarza, który w poczekalni swego gabinetu prywatnego wyłożył drukowane informacje, z których wynikało, z jak wielkim sukcesem leczy on różne choroby, stosując przy tym

[12] Medizinrecht 1998, z. 3, s. 131
[13] A. Laufs: w: Handbuch des Ärztes, red. A. Laufs, C.H. Beck, München 1992 s. 118.
[14] W.M. Nentwig, R.J. Gläser, Ärztliche Werbung – zulässig? Bremer Ärtzeblatt 1992 nr, 1 s. 7.
[15] MuBO w par. 26-29 szczegółowo określa, co może być zamieszczone w informacjach prasowych o otwarciu praktyki, zastrzegając, że taka informacja może ukazać się w danej gazecie trzykrotnie w ciągu pierwszych trzech miesięcy po otwarciu praktyki lub uznaniu lekarza za uprawnionego do świadczeń pokrywanych z kasy chorych. Informacja o ponownym otworzeniu praktyki, jej przedłużeniu, zmianie godzin przyjęć lub numeru telefonu może być w gazecie zamieszczona tylko dwukrotnie (par. 26). Par. 27 określa szczegółowo, co może być umieszczone na szyldzie, w jakich sytuacjach można używać tytułu profesora itp. Treść druków i stempli powinna odpowiadać wymogom dla szyldów (par. 29).

specjalne metody. Za przewinienia zawodowe uznawane były także przypadki, w których lekarze dawali bezpośrednio pacjentom lub wykładali w miejscach ogólnodostępnych specjalne karty wizytowe gabinetu lekarskiego (tzw. Praxiskarten) swojego lub kolegi, na których znajdowała się poza imieniem i nazwiskiem lekarza oraz pouczeniem o formach zapisywania się na wizytę, informacja o zakresie usług, jakie świadczy gabinet, o posiadanej aparaturze, która może być wykorzystana przy leczeniu, nieraz także dokładna informacja jak trafić do gabinetu, nawet z podaniem środków publicznego transportu. Podkreśla się też, że częste są sytuacje, że lekarzy reklamują np. dyrektorzy klinik ich zatrudniających. Najpowszedniejszą formą jest urządzenie konferencji prasowej, na której np. jeden z zatrudnionych w szpitalu specjalistów demonstruje nowe urządzenie i mówi o dotychczasowych sukcesach w jego stosowaniu. Lekarze biorący udział w takich konferencjach usprawiedliwiają się koniecznością zastosowania się do polecenia pracodawcy. Niemniej uznaje się, że lekarze zatrudnieni w szpitalu mają te same obowiązki co inni lekarze, w związku z czym muszą też przestrzegać zakazu reklamy.

Inną kategorię bardzo rozpowszechnionych wykroczeń dyscyplinarnych stanowią naruszenia zasad ogłaszania się w postaci niezgodnych z przepisami szyldów czy informacji w prasie[16].

Bogate jest również orzecznictwo sądowe na ten temat. Kilkakrotnie w sprawie reklamy lekarzy zabierał głos Związkowy Trybunał Konstytucyjny, którego węzłowe orzeczenia w tym zakresie warto przedstawić. Jedno z orzeczeń Związkowego Trybunału Konstytucyjnego z 19.11.1985 r. wiązało się ze skargą lekarza prowadzącego prywatne sanatorium specjalizujące się leczeniu świeżymi komórkami, który w dwóch gazetach zamieścił ze swoim nazwiskiem i numerem telefonu ogłoszenie następującej treści: „ prywatne sanatorium leczenia świeżymi komórkami dr med... tu: imię i nazwisko), przy wszystkich objawach wyczerpania oraz chorobach z tego wynikających – 6-dniowa kuracja”. Trybunał Konstytucyjny dopatrzył się w tym ogłoszeniu naruszenia zakazu reklamy obowiązującego lekarzy zawartego w par. 21 MuBO w redakcji z 1985 r., jak również naruszenia art. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UWG). Uznał bowiem, że skarżący się lekarz-właściciel sanatorium, nie może, jak długo funkcjonuje ono pod jego nazwiskiem, podawać nic więcej niż swoje nazwisko, oznaczenie, że jest lekarzem i główny obszar specjalizacji.

Należy dodać, że uzasadniając to orzeczenie Trybunał nie ograniczył się do tego stwierdzenia, lecz dokonał dalszej interpretacji przepisów obowiązujących w zakresie reklamy, zmierzającej do rozluźnienia zakazu. A mianowicie w ocenie Trybunału przepis par. 21 ust. 2 MuBO może być w pewnych przypadkach uznany za naruszający konstytucyjną wolność wykonywania zawodu przewidzianą w art. 12 niemieckiej Ustawy Zasadniczej, a w konsekwencji za nieobowiązujący. To poważne bowiem ograniczenie wolności wykonywania zawodu powinno być uznane za dopuszczalne tylko wtedy, gdy znajduje wystarczające uzasadnienie w woli ogółu oraz

[16] D. Rahn, Über das Werbeverbot in der Berufsordnung, Hessisches Ärzteblatt 1991 nr. 10 s. 488 i n.

pod warunkiem zachowania zasad współmierności (między celem, który się chce osiągnąć, a środkiem do jego osiągnięcia)[17]. Zdaniem Trybunału teza, że gdy sanatorium prowadzi lekarz pod własnym nazwiskiem, to można w ogłoszeniu podać tylko jeden, główny obszar specjalizacji, nie zaś dalej idące informacje np. o stosowanych metodach terapeutycznych, nie daje się w sposób nie budzący wątpliwości wywieść z generalnego zakazu reklamowania się lekarzy, wynikającego z woli ogółu. Nie da się ona też przekonująco uzasadnić, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że zakaz reklamowania się lekarzy ma stanąć na przeszkodzie nie tylko niefachowej lub narzucającej się (natrętnej) reklamie, lecz również takiej reklamie rzeczowej, która więcej zamiesza niż wyjaśni laikowi. Przy uwzględnieniu tej okoliczności trudno wytłumaczyć, dlaczego w badanym przypadku należy ograniczyć się tylko do wymienienia jednego, głównego obszaru specjalizacji. Wystarczające dla tego celu byłoby nakazanie posługiwania się powszechnie stosowanymi i zrozumiałymi oznaczeniami przy równoczesnym zakazaniu gromadzenia mylących (wprowadzających zamęt) jednostkowych informacji. Zawarty w orzeczeniu nakaz ograniczenia się do głównego obszaru specjalizacji wywodzi się z czasu, w którym również lekarz, nawet jeśli posiadał kilka specjalizacji, mógł wyraźnie wskazać tylko jedną. Powody, dla których nie można podać rzeczowo i zgodnie z prawdą informować na temat kilku obszarów wskazań, w których prowadzi się kuracje jak i co do stosowanych w nich metodach leczenia, dają się uzasadnić interesem ogólnym w równie niewielkim stopniu jak kiedyś zakaz podawania przez lekarza kilku uzyskanych zgodnie z prawem specjalizacji. Wprost przeciwnie: tak jak i kiedyś, tak i teraz uzyskanie tych informacji leży w dobrze rozumianym interesie pacjenta, który chciałby dowiedzieć się np. o ofertach leczniczych konkurujących ze sobą sanatoriów.

Nawet jeśli uznać, że przedstawione racje nie są do końca przekonujące, to zdaniem Trybunału należy przyjąć, biorąc pod uwagę ciężar gatunkowy naruszenia w zestawieniu z wagą powodów uzasadniających wprowadzenia ograniczeń, że przekroczone zostały granice ingerencji. Z jednej strony bowiem strony nie można dopatrzyć się tego, by istniało zagrożenie dla interesu ogólnego w sytuacji, gdy zamiast wskazania jednego głównego obszaru będą podane w sposób wiarygodny i rzeczowy inne wskazania i metody leczenia. Z drugiej jednak strony szczególnie wyraźnie widać nieadekwatność obecnego uregulowania, kiedy porówna się sytuację dwóch bezpośrednio konkurujących ze sobą sanatoriów, które nie różnią się ofertą leczniczą proponowaną kuracjuszom. Jedno sanatorium będzie informowało o całym wachlarzu oferowanych usług, drugie zaś będzie mogło jedynie wskazać nazwisko lekarza-właściciela. Pomimo podobieństw faktycznych będą różnie traktowane przez prawo, co w konsekwencji może prowadzić do naruszenia zakazu nieuczciwej konkurencji. Bowiem lekarz prowadzący pod własnym nazwiskiem sanatorium będzie musiał zrezygnować z informowania szerzej albo o sanatorium, albo z podawania własnego nazwiska. Nieprzystawalność spornego uregulowania nie da się

[17] H-J. Rieger, Lockerung des berufserechtlichen Werbeverbots durch das Buhdesverfassubgsgericht, DMW 1986, 111 jg, nr, 12 s. 472

wytłumaczyć tym, że lekarz ma wolność wyboru między wskazaniem przedmiotowego zakresu usług swego sanatorium a firmowaniem go własnym nazwiskiem. Bowiem prawo wykonywania zawodu pod własnym nazwiskiem jest prawem podmiotowym gwarantowanym przez art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 Konstytucji[18].

Druga ważna sprawa, która stała się przedmiotem tego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, dotyczyła m.in. publikacji książki o treści autobiograficznej. Skarżący się do Trybunału lekarz został ukarany karą grzywny w postępowaniu dyscyplinarnym za to, że w 1978 r. opublikował książkę zatytułowaną „Zwycięstwo nad starością. Leczenie za pomocą świeżych komórek – dzisiaj". Książka, która w sklepie kosztowała 30 DM, zawierała opis drogi życiowej autora jako lekarza i badacza, poczynając od dzieciństwa przez okres studiów, jego doświadczenia jako lekarza frontowego, przeżycia z amerykańskiego obozu dla jeńców wojennych, skończywszy na jego doznaniach w życiu prywatnym jako męża i ojca rodziny. Sąd zawodowy uznał tę książkę za niegodną przedstawiciela zawodu lekarza, bowiem jej autor wielokrotnie przedstawiał swoją osobę, własne osiągnięcia jako lekarza, jak również stosowaną przez siebie terapię świeżymi komórkami w sposób zachwalający, a ponadto cytował pochlebne wypowiedzi wielu prominentnych pacjentów, którzy mówili o osiągniętych sukcesach w leczeniu.

Drugi zarzut dotyczył tego, że zajmujący się sprzedażą książki kierownik jego sanatorium zwrócił się do agencji reklamowej o przygotowanie w 300 egzemplarzach informacji prasowej dla dziennikarzy. W informacji tej lekarz przedstawiany był jako światowej sławy terapeuta stosujący leczenie świeżymi komórkami, znany opinii publicznej nie tylko dzięki wspaniałym rezultatom leczenia, lecz również jako odnoszący sukcesy autor książki. Co więcej, tenże jego pracownik wymyślił też, że dwa razy do roku ma się ukazywać gazetka sanatoryjna „Leczenie świeżymi komórkami". Pierwszy zeszyt wydany w 12 tys. egzemplarzy w 1980 r. został rozesłany do byłych pacjentów oraz osób, które wyraziły zainteresowanie prospektem reklamowym. Na jego treść składał się m.in. artykuł pt.: „Gazeta przedstawia: Znany artysta w sanatorium X." zaopatrzony w kolorowe zdjęcia znanego pacjenta, niektóre wykonane były wspólnie ze skarżącym się lekarzem. W innym miejscu tej gazetki znajdowały się kopie odręcznych zapisów z księgi gości-pacjentów pod tytułem: „Piękne podziękowania z wielu krajów świata", zawierające wylewne podziękowania dla lekarza i jego współpracowników.

Trybunał Konstytucyjny w swym orzeczeniu uznał fakt ukarania lekarza dyscyplinarnie z powodu wydania książki za naruszenie przez sąd zawodowy gwarantowanego konstytucyjnie prawa lekarza do wolności wypowiedzi. Uzasadniając swoje orzeczenie w tej części Trybunał m.in. podkreślił, że skarżący lekarz potraktował książkę jako środek dla upowszechnienia pewnej idei medycznej, która w ostatnim dziesięcioleciu stała się faktem, tzn. terapii za pomocą świeżych komórek. Wiedział, że jego książka, jak przedtem zresztą sama metoda leczenia, znajdzie zwolen-

[18] Orzeczenie Związkowego Trybunału Konstytucyjnego z 19.11.1985 cyt. za streszczeniem H-J. Rieger, Lockerung des berufserechtlichen Werbeverbots durch das Bubdesverfassubgsgericht, DMW 1986, 111, nr, 12 s. 472.

ników i przeciwników. Pragnął podjąć polemikę z przeciwnikami tej metody i osłabić ich argumenty. Jego ujawnionym celem było przekonanie opinii publicznej o słuszności własnych argumentów. Za pośrednictwem swojej książki skarżący się lekarz zajął stanowisko w tym sporze. Treść książki mówiąca o jego przeszłości, edukacji, zakładaniu sanatorium, o sporach wokół prezentowanej metody leczniczej oraz jej sukcesach, również wtedy gdy przedstawiały to osoby trzecie, służyła przekonaniu czytelnika do jego metody leczenia. Charakterystyczne dla tej książki jest pewne przemieszanie rzeczowych i cennych argumentów z wątkiem autobiograficznym. Przy ocenianiu autobiografii jako przejawu wolności wypowiedzi nie można zdaniem Trybunału nie brać pod uwagę faktu, że przepis art. 5 Konstytucji chroni także poglądy, które odbiegają od aktualnie dominujących. W przypadku lekarza, który stosuje jedną z nie akceptowanych powszechnie przez naukę medyczną metod leczenia, walka o jej uznanie oznacza równocześnie walkę o uznanie własnej osoby. W tym przypadku również odtwarzanie pochlebnych wypowiedzi pacjentów miało służyć przekonaniu opinii publicznej o własnej wiarygodności. Podobnie reprodukowane w książce fotografie przedstawiające w części stosowanie metody leczenia świeżymi komórkami, w części zaś lekarza w otoczeniu rodziny lub pacjentów, mogą być odbierane jako środek perswazji zwolenników tej metody, jakim też chce być sama książka. Zdjęcia rodzinne mają dowodzić, że skarżący się lekarz w swojej walce na rzecz terapii świeżymi komórkami może również liczyć na poparcie własnej rodziny.

Jeżeli rozważać będziemy par. 21 ust. 1 MuBO w świetle konstytucyjnej gwarancji wolności wypowiedzi, to nie można będzie uznać za prawidłowe przyjęcia, że zakaz reklamy obowiązuje bez różnicy w każdej sytuacji, bez ważenia kolidujących ze sobą dóbr. W przedmiotowym przypadku akurat można mieć wątpliwości, czy opublikowanie spornej książki w ogóle może być potraktowane jako reklama w rozumieniu tego przepisu. W rzeczywistości bowiem zawartość (treść) książki świadczy o tym, że w pierwszej kolejności nie chodziło o zachęcenie potencjalnych pacjentów do poddania się leczeniu w sanatorium skarżącego się lekarza. W znacznie większym stopniu chciał on upowszechnić w świadomości, chociażby laików, lekceważoną lub nieraz wręcz nie uznawaną przez naukę medyczną metodę leczenia i zapewnić jej stałe miejsce obok tradycyjnych metod leczenia. W tej sytuacji nawet wtedy gdyby sądy zawodowe ustaliły, że książka poprzez swoje niektóre ustępy wywołała efekt reklamowy dla skarżącego się lekarza lub jego sanatorium, brak byłoby wystarczającego uzasadnienia dla stosowania zakazu reklamy. Zastosowanie tego zakazu w przypadku książki autobiograficznej oznacza poważną ingerencję w wolność wypowiedzi, która mogłaby powstrzymywać innych lekarzy przed wydawaniem publikacji na temat ich życia zawodowego, w wybrany przez nich sposób. Innymi słowy tego rodzaju ingerencja nie jest godna zalecenia, aby osiągnąć cele zakazu reklamowania się przez lekarzy.

Warto na marginesie dodać, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego w tej części było poddane krytyce przez komentatorów jako naiwne i otwierające drogę do nadużyć. Podkreślano, że istnieje obawa, iż również inni lekarze zaczną publiko-

wać książki agitujące za nowymi metodami leczenia. Problem polega na tym, że nie przyczyni się to do upowszechniania obiektywnych informacji wśród szukających pomocy chorych ani lepszej ochrony zdrowia indywidualnego i publicznego, czemu ma m.in. służyć zakaz reklamy[19].

Dla ilustracji problematyki, którą zajmował się Trybunał Konstytucyjny Niemiec, warto jeszcze przytoczyć konkluzje dwóch kolejnych jego werdyktów.

W orzeczeniu z 22 stycznia 1992 r. Związkowy Trybunał Konstytucyjny uznał, że nie stanowi naruszenia gwarantowanej w art. 12 Ustawy Zasadniczej wolności wykonywania zawodu przewidziany w MuBO zakaz umieszczania przez lekarza na używanym w praktyce papierze listowym rysunków i innych przedstawień graficznych. Uzasadniając swoją decyzję Trybunał podniósł, iż zakaz ten służy „zapobieżeniu zafałszowywania" obrazu zawodu lekarza poprzez stosowanie komercyjnych metod reklamowych. Ponadto przyczynia się do utrzymania zaufania pacjenta co do tego, że lekarz będzie wykonywał swój zawód, stosował daną metodę diagnostyki lub leczenia jedynie w sytuacji medycznej konieczności, a nie ze względów komercyjnych, dla pomnożenia swych zysków[20].

W innym orzeczeniu z dnia 13 listopada 1997 r. Trybunał Konstytucyjny rozstrzygnął, że lekarz kardiolog, który daleko poza miejscem swojej praktyki lekarskiej przeprowadza u pacjentów badania serca przy wykorzystaniu specjalistycznego kateteru, ma prawo dać na „ żółtych stronach" książki telefonicznej ogłoszenie zawierające poza adresem i numerem telefonu swojej praktyki również adres i numer telefonu ambulatorium, gdzie badania są przeprowadzane wraz z informacją o stosowanej pod tym adresem metodzie diagnostycznej. W uzasadnieniu Trybunał podkreślił iż na wolność wykonywania zawodu gwarantowaną w art. 12 Ustawy Zasadniczej składa się nie tylko sama praktyka zawodowa, lecz również każda działalność, która wiąże się z wykonywaniem zawodu i jemu służy[21]. Należy dodać, że w orzecznictwie sądów zawodowych generalnie uznawano za niedopuszczalne podawanie przez lekarza dodatkowych informacji o posiadanych możliwościach diagnostycznych, w szczególności chodziło o podawanie informacji o prowadzonych badaniach radiologicznych, komputerowych, mammograficznych, z zakresu medycyny nuklearnej i usg. Uzasadniając ten zakaz sądy podkreślały, że istnieje niebezpieczeństwo, iż taka informacja może się niekorzystnie odbić na relacji lekarz-pacjent powodując, że mniej ważna stanie się rozmowa lekarza z pacjentem i wynikający z niej stosunek zaufania, lecz o wyborze lekarza decydować będą rzeczywiste lub rzekome bardziej efektywne metody lecznicze stosowane przez danego lekarza lub stojące do dyspozycji jego pacjentów wyposażenie techniczne. Informacja o możliwościach diagnostycznych może natomiast być przekazywana innym lekarzom[22]. Również za niedopuszczalne uznano podanie obok normalnego dozwolonego pra-

[19] H-J. Rieger, Lockerung des berufserechtlichen Werbeverbots durch das Bubdesverfassubgsgericht, DMW 1986, 111 jg, nr, 12 s. 474.
[20] Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 22.01.1992, 1 BvR 1096/90 cyt. za Medizinrecht 1993, z. 12 s. 470.
[21] Neue Justiz Wochenschrift 1998 z. 17 s. 2759.
[22] Wyrok Krajowego Sądu Zawodowego dla Lekarzy w Muenster z 10.07.1992, cyt. za Westfalisches Ärteblatt 1993, z. 6 s. 276-277.

wem szyldu gabinetu lekarskiego dodatkowej informacji „Ambulatoryjne leczenie bólu" pomimo, że tłumaczono potrzebę takiej dodatkowej informacji odmiennym trybem umawiania się na wizytę[23].

Jako fakt nieuczciwej konkurencji potraktowano też ogłoszenie, zredagowane przez lekarza dysponującego pewną ilością łóżek w jednym ze szpitali, gdzie użyto nazwy: „Klinika prywatna prowadząca, oszczędzające pacjentów (chroniące pacjentów) postępowanie (Privatknilinik fur patientenchonende Verfahren)". Sąd zawodowy w Norymberdze potraktował tę nazwę i załączaną przez klinikę broszurę mówiącą o ubezpieczeniu odszkodowawczym jako chwyt reklamowy, który z jednej strony podkreślał, że nie chodzi tu o zwykły zakład leczniczy, lecz klinikę, która oferuje pod pewnymi warunkami pacjentom określone przywileje np. w dziedzinie odpowiedzialności cywilnej. Ponadto sąd uznał określenie „patientenschonenden Verfahren" jako wprowadzające w błąd. Bowiem na mocy prawa zawodowego i zasad deontologicznych każdy lekarz jest zobowiązany do wyboru takiego postępowania, które najbardziej oszczędza pacjenta. Nie można więc tego traktować jako szczególnej zalety reklamowanej kliniki. Nawet jeśli intencją tego zapisu było podkreślenie, że w klinice tej stosuje się najmniej inwazyjne metody diagnostyczno-terapeutyczne to i tak wydaje się, że pacjenci nie mający pojęcia o tych metodach inaczej by rozumieli określenie „postępowania oszczędzające pacjentów"[24].

W orzecznictwie sądów zawodowych uznano też za niedopuszczalną reklamę lekarza w internecie[25], jako naruszenie zakazu reklamy potraktowano przyzwolenie przez lekarza na zamieszczenie w gazecie jego fotografii z drużyną sportową, nad którą sprawował opiekę lekarską, pod którą to fotografią widniał podpis, w którym wymieniają jego nazwisko i pochlebną informację o jego zasługach dla graczy i drużyny[26].

Odmiennie natomiast przedstawia się w Niemczech sytuacja z reklamą sanatoriów lub innych zakładów opieki zdrowotnej. Przyjmuje się, że jako instytucje gospodarcze mogą być one reklamowane w takim zakresie, w jakim nie ograniczają wolności wykonywania zawodu i nie naruszają przepisów prawnych. Ani ustawa zakazująca nieuczciwej konkurencji (UWG) ani ustawa o reklamie leków (HWG) nie zawiera zakazu podawania w reklamie nazwisk lekarzy, czy więcej niż jednego obszaru indykacji (wskazań), w którym prowadzi się działalność jak również ograniczeń co do wskazania metody leczniczej. W praktyce więc wiele sanatoriów podaje w reklamie powyższe dane, bowiem leży to w ich interesie gospodarczym jak również ważne jest dla pacjenta, który może poinformować się o tym, w jakich dziedzinach i metodach leczenia dane sanatorium się specjalizuje.

Zakładów kuracyjnych, do których zalicza się też sanatoria, nie dotyczy także bezwzględny zakaz przewidziany w art. 12 ustawy o reklamie leków, którego celem

[23] Medizinrecht 1989, z. 5, s. 202
[24] Mezinrecht 1988, z 3, s 133, OLG Nürnberg wyrok z 12.02.1997 – 3 U 2096/96.
[25] Bild der Wissenchaft 1997 nr. 6, s. 72
[26] Orzeczenie sądu okręgowego dla lekarzy w Tybindze z 15.11.1994 r. cyt. za Medizinrecht 1995, z. 6 s. 252.

jest przeciwdziałanie tendencji do leczenia się przez samych chorych, a który z drobnymi wyraźnie przewidzianymi wyjątkami, praktycznie rzecz biorąc zakazuje prowadzenia reklamy leków poza kręgami fachowymi. Ta szczególna sytuacja zakładów leczniczych daje się uzasadnić tym, że prowadzone w nich zabiegi lecznicze są zawsze ordynowane przez lekarza i nadzorowane przez personel leczniczy i z tego względu potrzeba przeszkodzenia samoleczeniu się nie wydaje się być tak wyraźna.

Należy podkreślić, że w świetle par. 25 MuBO, lekarz ma zakaz wygłaszania reklamowych prezentacji lub wykładów na temat środków medycznych, leków, środków pielęgnacyjnych i tym podobnych ani też nie ma prawa wystawiać opinii lub świadectw jakości dla środków medycznych, które będą używane w kampaniach reklamowych. Jeżeli w ogóle przygotowuje takie ekspertyzy musi wyraźnie zastrzec, że nie wyraża zgody na używanie ich dla celów reklamowych. Ponadto jest zakazane, aby lekarz użyczał w nieuczciwy sposób swego nazwiska w połączeniu z tytułem zawodowym dla celów reklamowych np. dla oznaczenia (określenia nazwy) firmy lub jakiegoś specyfiku. Często takiej rekomendacji lekarskiej, w celu zwiększenia sprzedaży produktu, poszukują zwłaszcza firmy kosmetyczne. Nasuwa się pytanie o granicę między rzeczową informacją na temat jakiegoś produktu, a jego reklamą. W doktrynie podkreśla się, że ta pierwsza jest niezależna od sukcesów w sprzedaży, natomiast reklama zawsze ma na celu wzrost sprzedaży i warstwa informacyjna pozostaje na dalszym planie[27].

Obowiązujące w Polsce przepisy dotyczące reklamy lekarzy i adwokatów wydają się być najbardziej zbliżone do obowiązujących w Hiszpanii, a mianowicie zarówno adwokat jak i lekarz nie może się w zasadzie reklamować, aczkolwiek na przestrzeni ostatnich lat przeszły one charakterystyczną ewolucję.

Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu z 26.09.1993 r. poświęca kwestii reklamy dużo miejsca stanowiąc w par. 23, że adwokata obowiązuje zakaz korzystania z reklamy w jakiejkolwiek formie, jak również zakaz pozyskiwania sobie klienteli w sposób sprzeczny z godnością zawodu[28]. Należy dodać, że na tle poprzednio obowiązujących zasad etyki adwokackiej z 10.01.1970 r. dominował pogląd, iż zakaz zdobywania klienteli w sposób niegodny dotyczy także zespołów adwokackich. Przyjmowano, że zespoły nie mogą rozsyłać drukowanych reklam, w których proponuje się usługi prawne[29].

---

[27] Por. A. Laufs, Handbuch des Ärztrecht, Beck, München 1992, s. 120.

[28] W kolejnym ustępie wymienia się, że niektóre zachowania uznawane są za niedopuszczalne z powodu sprzeczności z godnością zawodu. Na liście tej znalazło się: korzystanie z usług pośredników, narzucanie komukolwiek swej pomocy prawnej, pozyskiwanie klienteli w sposób niezgodny z zasadami lojalności wobec kolegów, umieszczanie reklam w prasie lub innych środkach masowego przekazu, redagowanie relacji prasowej ze sprawy, w której adwokat występował, inspirowanie przez adwokata audycji w środkach masowego przekazu lub komentowanie w nich prowadzonej przez siebie sprawy, reklamowanie swej działalności zawodowej w czasie występowania w środkach masowego przekazu, umieszczanie szyldu, którego forma lub wielkość są sprzeczne z uchwałą właściwego organu samorządowego, umieszczanie na szyldzie danych dotyczących specjalizacji adwokata. Tylko okręgowe rady adwokackie oraz Naczelna Rada Adwokacka są upoważnione do informowania w prasie i innych środkach masowego przekazu lub w innej formie o działalności zawodowej członków adwokatury oraz adresach adwokatów.

[29] Por. Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński. Odpowiedzialność dyscyplinarna adwokatów. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971, s. 124 oraz cytowane tam orzecznictwo organów dyscyplinarnych.

Równocześnie w zbiorze zasad przewiduje się wyjaśnienia, czego nie uważa się za reklamę i co w związku z tym jest dozwolone. I tak adwokat ma prawo podać informację w prasie o rozpoczęciu działalności adwokackiej, adresie, numerze telefonu, telefaksu, faksu, zmianie nazwiska – w formie i treści uzgodnionej z właściwą okręgową radą adwokacką. Ponadto adwokat ma prawo zamieszczać w książce telefonicznej informację zawierającą zawód, imię, nazwisko, tytuł naukowy, adres i numer telefonu (faksu, telefaksu) pod warunkiem, że informacja ta nie będzie wyróżniać się spośród innych standardowych.

Ustawa z 1950 o zawodzie lekarza[30] nie wyrażała wprawdzie wprost zakazu reklamowania się lekarzy, jednak zawierała upoważnienie dla Ministra Zdrowia do ustalenia w drodze rozporządzenia m.in. sposobu ogłaszania się lekarzy, którzy wykonują zawód poza społecznymi zakładami służby zdrowia, awizując w ten sposób istnienie pewnych ograniczeń (art. 21 pkt. 1 w.w. ustawy). Ponadto w przepisie art. 26 ust. 5 przewidywano odpowiedzialność lekarza za wykroczenie polegające na naruszeniu przepisów ustawy, a więc również za niestosowanie się do obowiązujących zasad ogłaszania się. Ustawa ta zawierała ponadto oddzielny przepis art. 26 ust. 6, w myśl którego każdemu, kto w zamiarze osiągnięcia korzyści majątkowej dla siebie lub lekarza rozpowszechnia w jakikolwiek sposób wiadomości mające na celu jego reklamę w związku z wykonywaniem zawodu poza zakładami społecznymi służby zdrowia, groziła kara grzywny.

Pierwsze rozporządzenie wykonawcze Ministra Zdrowia z 1958 r.[31] pozwalało na ogłaszanie się lekarzom w czasopismach oraz umieszczanie tablic na drzwiach pomieszczeń lub budynkach, w których znajduje się zakład, ze wskazaniem imienia, nazwiska, adresu, tytułu lub stopnia naukowego, określenia zawodu, specjalizacji i godzin przyjęć. Zastrzeżono równocześnie, że w ogłoszeniach lub na tablicach nie może być pominięte imię i nazwisko ogłaszającego się.

Drugie rozporządzenie z 1977[32] r. ograniczyło możliwości ogłaszania się lekarzy tylko do tablic na drzwiach pomieszczeń oraz na budynkach, w których wykonują zawód.

Natomiast w rozporządzeniu z dnia w 14 listopada 1988[33] Minister Zdrowia pominął określenie miejsca, gdzie lekarze lub lekarze dentyści mogą się ogłaszać, ograniczając się do wskazania, jakie dane w tych ogłoszeniach mogą podawać (imię, nazwisko, tytuł lub stopień naukowy, określenie zawodu, stopień i dziedzinę specjalizacji oraz godziny przyjęć). Trudno dociec, co miała oznaczać ta zmiana. Można by sądzić, że przez pominięcie miejsca dopuszczalnego ogłaszania się chciano rozszerzyć dotychczas istniejące możliwości poprzez zezwolenie na ogłaszanie się w gazetach. Z drugiej jednak strony można co do tego nabrać wątpliwości, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że w wymienieniu danych, jakie można podawać, nie znalazł się ani adres, ani numer telefonu lekarza.

[30] Dz.U. 1950 Nr 50 poz. 458.
[31] Dz.U. 1958 Nr 44 poz. 220.
[32] Dz.U. 1977 Nr 20 poz. 84.
[33] Dz.U. 1988 Nr 39 poz. 312.

Na mocy art. 67 ustawy o zawodzie lekarza z 1996 r. przepisy rozporządzenia utraciły moc obowiązującą 1 października 1998 (tzn. po roku od wejścia w życie ustawy z 1996 r.).

Ustawa o zawodzie lekarza z 1996 r. nie zawiera żadnego przepisu odnoszącego się wprost do reklamy. Natomiast w przepisie art. 56 uprawnia się lekarza do podawania do publicznej wiadomości informacji o udzielaniu świadczeń zdrowotnych (o których mowa w art. 2) w ramach indywidualnej praktyki lekarskiej. Przepis ten budzi niejasności związane z faktem, że w powołanym tam przepisie art. 2 ustawy brak jest wyczerpującego wymienienia świadczeń zdrowotnych, które lekarz jest uprawniony wykonywać, lecz tylko podano „w szczególności" kilka typów takich świadczeń. Nasuwa się pytanie, czy intencją ustawodawcy było, by lekarz mógł w ogłoszeniu podać do wiadomości tylko wyraźnie określone w art. 2 ustawy świadczenia zdrowotne[34], czy również inne, które nie zostały tam wymienione. Wydaje się, że w sytuacji, gdy brak uzasadnienia, dlaczego ustawodawca miałby dokonywać tu jakichkolwiek wyłączeń, należy raczej sądzić, iż przyświecał mu cel zasygnalizowania, iż przedmiotem ogłoszenia mogą być wyłącznie te świadczenia zdrowotne, które składają się na istotę zawodu lekarza. Niemniej wydaje się celowe pominięcie *de lege ferenda* powołania się na ten przepis.

Ustawa zawiera ponadto normę kompetencyjną dla Naczelnej Rady Lekarskiej do określenia szczegółowych zasad podawania do wiadomości informacji o udzielaniu przez lekarzy świadczeń zdrowotnych w ramach indywidualnej praktyki lekarskiej (art. 56 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Warto podkreślić, że przyznanie tych uprawnień samorządowi lekarskiemu (dawniej określał je Minister Zdrowia) oznacza rozszerzenie uprawnień korporacyjnych na nowe obszary, dotychczas zastrzeżone dla organów administracji państwowej.

Uchwała Naczelnej Rady Lekarskiej z kwietnia 1998 r.[35] przewiduje zarówno formy, w jakich lekarz jest uprawniony do informowania o udzielaniu świadczeń zdrowotnych (par. 3), jak i dane, która taka informacja powinna zawierać (par. 2). Zastrzegając, że informacja ta nie może nosić cech reklamy, podaje się również przykładowo, czego taka informacja nie może zawierać (par. 4). I tak lekarz jest uprawniony do informowania o udzielaniu świadczeń zdrowotnych w 4 formach. Po pierwsze, tablic ogłoszeniowych, przy czym w uchwale określa się, jakie mają być ich rozmiary, zasadnicza treść, jaka jest dopuszczalna ilość i w jakim miejscu mogą być usytuowane (upoważnia się dodatkowo okręgowe rady lekarskie do określenia szczegółowego wzoru takiej tablicy). Po drugie, ogłoszeń prasowych w rubrykach dotyczących usług lekarskich. Po trzecie, informacji zawartych w książkach telefonicznych i informatorach o usługach medycznych w dziale dotyczącym usług lekarskich. Po czwarte, informacji elektronicznej (w internecie lub specjalnych telefonach informacyjnych).

---

[34] Czyli polegające na badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu, rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich.

[35] Opublikowana w Biuletynie Naczelnej Rady Lekarskiej 1998 r. nr. 3 s. 1. Uchwala obowiązuje od 1 stycznia 1999, z tym że lekarze i lekarze stomatolodzy, którzy prowadzą już praktykę lekarską w dniu podjęcia uchwały obowiązani są dostosować tablice ogłoszeniowe do wymogów określonych par. 3 ust. 2 w terminie trzech miesięcy od dnia uzyskania wpisu do rejestru indywidualnych (specjalistycznych) praktyk lekarskich. Na marginesie należy zaznaczyć, że nie jest jasne, dlaczego w tym przepisie powołano też par. 5 ust.1.

Wyliczenie form, w jakich informacja o świadczonych świadczeniach zdrowotnych może być udostępniana, jest wyczerpujące, z tego względu inne postacie upowszechniania takiej informacji, a w szczególności np. foldery informacyjne na temat indywidualnej praktyki, ulotki, listy informacyjne wysyłane do potencjalnych pacjentów itp. są niedopuszczalne.

Uchwała określa ponadto, jakie informacje powinny lub tylko mogą znaleźć się w takiej informacji o udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Tak więc informacja ta „powinna" zawierać dane lekarza (imię, nazwisko) jego tytuł zawodowy[36], miejsce i godziny przyjęć. Można natomiast w niej zamieścić: stopień naukowy, tytuł naukowy, specjalizację, umiejętności z zakresu węższych dziedzin medycyny lub udzielania określonych świadczeń zdrowotnych, szczególne uprawnienia, numer telefonu. Zastrzega się równocześnie, że wszystkie dane o posiadanych stopniach, tytułach, specjalizacjach, umiejętnościach lub uprawnieniach powinny być zamieszczone zgodnie z dokumentem je stwierdzającym. Ponadto przewiduje się możliwość, aby takie ogłoszenie zawierało dane o szczególnym zakresie i rodzaju udzielanych świadczeń zdrowotnych (par. 2 par. 4). Takie wyszczególnienie jest jednak możliwe tylko pod warunkiem, że lekarz do wykonywania danego rodzaju świadczeń zdrowotnych posiada potwierdzone dokumentem kwalifikacje, a ponadto uzyska zgodę właściwej terytorialnie okręgowej rady lekarskiej (par. 2 ust. 5). Nie jest jasne, jaki jest cel mnożenia warunków w tym przypadku, a w szczególności jakie przesłanki powinny stanowić podstawę udzielenia zgody okręgowej rady lekarskiej (lub odmowy takiej zgody). Nie wydaje się, aby konieczność uzyskania takiej zgody wynikała z potrzeby sprawdzenia, czy lekarz ma kwalifikacje do wykonywania świadczeń zdrowotnych, w których chce się specjalizować, skoro podanie w ogłoszeniu samych umiejętności nie jest uzależnione od takiego sprawdzenia przez okręgową radę. Można sądzić, że zadaniem okręgowej rady lekarskiej ma być raczej czuwanie nad tym, żeby na jednym terenie nie otwierano zbyt wielu indywidualnych praktyk lekarskich z podobną, wąską specjalizacją. Jeżeli jednak takie były intencje wprowadzenia tego przepisu, to należy go skrytykować, gdyż koliduje z wolnością wykonywania zawodu lekarza i uniemożliwia uczciwą konkurencję między lekarzami danej specjalności.

Nie wolno umieszczać w ogłoszeniu informacji o jakości sprzętu medycznego, określenia cen i sposobu płatności, potocznych określeń, obietnic, informacji o metodach i czasie leczenia, a także zachęt do korzystania ze świadczeń zdrowotnych w żadnej formie (par. 4). Jak już wspomniano, wymienienie to ma charakter przykładowy, gdyż ponadto zastrzeżono, że informacja ta nie może nosić cech reklamy. Przepis ten nasuwa kilka wątpliwości, w szczególności związanych z tym, jak się ma zakaz udzielania informacji o metodach leczenia, czy też jakości sprzętu medycznego (przewidziany w par. 4) do dopuszczalnego podawania danych o szczególnym zakresie i rodzaju udzielanych świadczeń lub umiejętności (o których mowa w par. 2).

[36] Z ustawy o zawodzie lekarza wydaje się wynikać, aczkolwiek nigdzie nie zostało to powiedziane wprost, że tytuły zawodowe w przypadku lekarza, nie stomatologa to lekarz oraz lekarz stomatolog.

Oczywiste jest, że w świetle tego przepisu lekarz nie może informować, że posiada np. laser, usg, czy też tomograf najnowszej generacji. Jednakże nasuwa się pytanie, czy w ogóle lekarz może w informacji podać, że prowadzi badania usg, tomografię komputerową, laparoskopię albo też laserowanie (bo to wskazuje jednoznacznie na fakt posiadania sprzętu, a równocześnie na stosowane metody diagnostyczne lub lecznicze), zakładając że jest w stanie wykazać się świadectwem posiadania wymaganych umiejętności w tym zakresie.

Należy dodać, że o reklamie traktuje również kodeks etyki lekarskiej, który zawiera dwa przepisy odnoszące się do tej kwestii. Po pierwsze, z przepisu art. 61 wynika, że lekarz tworzy swoją zawodową opinię jedynie w oparciu o efekty swojej pracy, co skutkuje zakazem wszelkiego reklamowania się. Ponadto podkreśla się, że nie jest dozwolone, aby lekarz używał swego nazwiska dla celów komercyjnych. Drugim przepisem, który wiąże się z zakazem reklamy, a właściwie zakazem nieuczciwej konkurencji, jest art. 64, który zawiera normę zakazującą lekarzowi narzucania swych usług chorym lub pozyskiwania pacjentów w sposób niezgodny z zasadami etyki i deontologii lekarskiej.

W ustawie o zawodzie lekarza brak jest sankcji za naruszenie zasad ogłaszania się lekarzy. Należy więc przyjąć, że podobnie jak i w przypadku złamania zakazu reklamy lub użyczania swego nazwiska dla celów komercyjnych lekarz może być pociągnięty tylko do odpowiedzialności zawodowej.

W praktyce orzeczniczej sądów lekarskich niewiele było spraw o naruszanie ww. przepisów. Komentator kodeksu etyki lekarskiej z braku aktualnego materiału sięgał do międzywojennych przykładów działalności werbowników pacjentów dla niektórych lekarzy. Do rzecznika odpowiedzialności zawodowej trafiały skargi na lekarzy, którzy nie przestrzegali zasad ogłaszania się przewidzianych w poprzednio obowiązującym rozporządzeniu Ministra Zdrowia, podając dodatkowe informacje poza tymi, które zostały dozwolone o wykonywanych usługach. Na przykład prasa roi się od ogłoszeń gabinetów lekarskich oferujących usługi medyczne w zakresie odtruwania poalkoholowego. Zazwyczaj nie wskazują one jednak nazwiska lekarza, lecz jedynie adres i telefon kontaktowy zakładu opieki zdrowotnej lub indywidualnej praktyki lekarskiej. Zdarzają się też ogłoszenia wskazujące na stosowane przez danego lekarza metody lecznicze lub diagnostyczne np. leczenie laserem, laparoskopia, usg. Dyskomfort związany ze ściganiem takich przewinień wiąże się z faktem, że brak jest ograniczeń dotyczących ogłaszania się zakładów opieki zdrowotnej, które również mogą mieć charakter niepubliczny. Problem odpowiedzialności pojawia się tylko wówczas, gdy dodatkowe informacje występują w połączeniu z nazwiskiem konkretnego lekarza. Podobnie jak i w Niemczech nasuwają się wątpliwości, czy nierówne potraktowanie różnych podmiotów świadczących podobne świadczenia zdrowotne (tzn. indywidualnych lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej) jest uzasadnione.

Kolejny problem występujący również w Polsce wiąże się z występowaniem lekarzy w mediach oraz publikacjami na ich temat, a zwłaszcza użyczaniem przez lekarzy nazwiska i tytułu dla promocji leków, kosmetyków, środków pielęgnacyjnych

itp. Rzecznik odpowiedzialności zawodowej odmawiał wszczęcia postępowania w sytuacjach, gdy brak było dowodów na to, że lekarz np. inicjował publikacje na swój temat albo, że przy ich redagowaniu w sposób czynny uczestniczył.

Zdarzały się również skargi na fakt, że w niektórych reklamach zwłaszcza pasty do zębów czy środków higienicznych dla dzieci, występują konkretni lekarze lub pielęgniarki albo też ich autorzy odwołują się w nich do autorytetu grup zawodowych pracowników medycznych (lekarzy, pielęgniarek), konkretnych stowarzyszeń medycznych (np. stomatologów) oraz do ich samorządów zawodowych (np. samorządu pielęgniarek i położnych). W pierwszym wypadku mamy do czynienia z ewidentnym naruszeniem art. 63 ust. 2 kodeksu etyki lekarskiej (Lekarz nie powinien wyrażać zgody na używanie swego nazwiska dla celów komercyjnych). W drugim przypadku brak jest w przepisach wyraźnego zakazu. Niemniej odwoływanie się do medycznych grup, stowarzyszeń lub korporacji zawodowych, a więc grona osób kompetentnych w zakresie leczenia i profilaktyki zdrowotnej może sprawiać wrażenie, że osoby te lub ich samorządy polecają jednogłośnie i popierają określone produkty, a przez to wprowadzać nabywcę w błąd.

Za dopuszczalnością takiej reklamy wysuwany jest argument, że organizacje te mogą przecież angażować się w promowanie zachowań prozdrowotnych, mogą też wspierać reklamę społeczną. Jednak rozróżnienia wymaga angażowanie się w problem i wspieranie pożądanych jego rozwiązań od reklamowania konkretnych środków, nawet jeśli dobrze służą one jego rozwiązaniu. Wyrażenie zgody przez np. korporację na odwołanie się do jej autorytetu przy reklamie określonego specyfiku stwarza, często błędne, wrażenie iż jest on jedynym lub co najmniej najlepszym środkiem do osiągnięcia określonego celu, a tego osoby, do której autorytetu producent się odwołuje, z reguły do końca nie wiedzą. Jest więc aktem nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych producentów podobnych produktów. W tych warunkach angażowanie swego autorytetu przez przedstawicieli medycyny w celu zwiększenia sprzedaży jakiegoś produktu, należy uznać za nie do pogodzenia z godnością zawodu.

Warto dodać, że w niektórych krajach przepisy dotyczące zakazu uczestniczenia przedstawicieli profesji medycznych w reklamie produktów medycznych są rozbudowane i wskazują na wiele obszarów korupcjogennych na styku zwłaszcza profesji medycznej z przemysłem farmaceutycznym. Na przykład francuski kodeks zdrowia publicznego w art. L. 364 zakazuje lekarzowi, chirurgowi dentyście oraz położnej udzielania konsultacji w miejscach lub w pobliżu miejsc handlowych, gdzie sprzedawane są środki, które przepisują lub których używają. Zakazuje się ponadto jakichkolwiek umów (porozumień) z aptekarzami[37].

W kodeksie tym jest ponadto przewidziany wyraźny zakaz otrzymywania korzyści w naturze lub w przyszłości (*en espece*), w jakiejkolwiek formie, w sposób bezpośredni lub pośredni ze strony przedsiębiorstw zaopatrujących lekarzy, produkują-

[37] Rada Państwa w jednym z orzeczeń uznała, że nie doszło do naruszenia prawa poprzez fakt, że farmaceutka otworzyła aptekę w miejscowości gdzie jej mąż wykonuje zawód. Por. Orzecznictwo cytowane do art. L.364 Kodeksu zdrowia publicznego. Dalloz, Paris 1995 s. 183.

cych lub handlujących produktami finansowanymi z ubezpieczenia społecznego. Ograniczenie to nie dotyczy zawieranych między tymi podmiotami umów, których wyraźnym i rzeczywistym celem jest prowadzenie badań lub naukowej oceny (ewaluacji) pod warunkiem, że taka umowa przed jej realizacją zostanie przedstawiona do zaopiniowania radzie departamentalnej odpowiednich izb lekarskich, i jeżeli będzie realizowana w zakładzie opieki zdrowotnej, zostanie o tym powiadomiony dyrektor, natomiast wynagrodzenia nie będą kalkulowane w sposób proporcjonalny do ilości przetestowanych, zapisanych lub dostarczonych produktów.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Ewa Kulesza, Grzegorz Sibiga*

# Wykonanie obowiązku rejestracji zbiorów danych osobowych przez kasy chorych

Ubezpieczenie zdrowotne, wprowadzone ustawą z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym[1], realizowane jest przez kasy chorych. Te nowe w polskim powojennym porządku prawnym instytucje ubezpieczeniowe[2] zobowiązane zostały m.in. do zapewnienia ubezpieczonym świadczeń określonych ustawą, zawierania umów ze świadczeniodawcami czy zawierania umów ubezpieczeniowych. W celu wykonania zadań określonych ustawą, dla ich działalności niezbędne jest gromadzenie danych osobowych osób ubezpieczonych.

W związku z przetwarzaniem danych osobowych kasy chorych, jak każdy podmiot przetwarzający dane osobowe, zobowiązane są do wykonania obowiązków wynikających z ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych[3], w tym obowiązku zgłoszenia do zarejestrowania zbiorów danych.

Niniejsze opracowanie przedstawia podstawy i zakres danych osobowych przetwarzanych przez kasy chorych, zakres obowiązków wynikających z ustawy o ochronie danych oraz wykonanie przez te podmioty obowiązku rejestracyjnego[4].

---

[1] Dz.U. Nr 28 poz. 153 z późn. zmianami; ustawa o ubezpieczeniu zdrowotnym będzie nazywana dalej ustawą ubezpieczeniową.

[2] Kasy chorych funkcjonowały wcześniej na terytorium II Rzeczypospolitej. Podstawą ich organizacji i działania była ustawa z 19 maja 1920 r. o obowiązkowym ubezpieczeniu na wypadek choroby (Dz.U. Nr 44, poz. 272), poprzedzona dekretem z 11 stycznia 1919 r. o obowiązkowym ubezpieczeniu na wypadek choroby. Organizacja ubezpieczenia oparta została na sieci terytorialnych kas chorych, do której dostosowywano stopniowo strukturę kas działających w b. zaborze niemieckim i austriackim, a na pozostałym obszarze kraju tworzono je od nowa. Ustrój kas opierał się na zasadzie samorządności. Kasy chorych zlikwidowane zostały w wyniku reformy ubezpieczenia społecznego na podstawie ustawy o ubezpieczeniu społecznym z 28 marca 1933 r. o ubezpieczeniu społecznym (Dz.U. 33, poz. 396) (tzw. ustawa scaleniowa); w ich miejsce zostały powołane tzw. ubezpieczalnie społeczne (o przekształceniu kas chorych na ubezpieczalnie społeczne i ustaleniu ich okręgów i siedzib przesądziło rozporządzenie MOS z 30 grudnia 1933 r.). Por. szczegółowo na ten temat: K. Kumaniecki, J. Langrod, S. Wachholz: *Zarys ustroju, postępowania i prawa administracyjnego w Polsce,* 1939 r., s. 445 i n. Por. także: W. Szubert: *Ubezpieczenie społeczne. Zarys systemu*, Warszawa 1987, s. 28 i n.

[3] Dz.U. Nr 133, poz. 883 z późn. zmianą. Ustawa o ochronie danych osobowych będzie nazywana w dalszej części tekstu ustawą o ochronie danych.

[4] Analiza dokonana na podstawie materiałów zgromadzonych w Departamencie Rejestracji Zbiorów Danych Osobowych Biura Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych.

## I. Obowiązek zgłoszenia zbioru danych do rejestracji i jego znaczenie dla oceny prawidłowości przetwarzania danych osobowych

Ustawa o ochronie danych w art. 40 nakłada na administratora danych obowiązek zgłoszenia zbioru danych do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych. Pomimo, że pojęcie administratora danych zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 4 ustawy, wymaga ono dodatkowego komentarza, jeżeli chodzi o podmioty ze sfery publicznej, które przetwarzają dane osobowe. Ustawa dokonuje bowiem w art. 3 podziału na sferę prywatną i publiczną, a w przypadku tej drugiej za administratora danych należy uważać podmioty, które łącznie spełniają dwa warunki:

– mają status „organów państwowych oraz samorządu terytorialnego, a także państwowych i komunalnych jednostek organizacyjnych oraz podmiotów niepaństwowych realizujących zadania publiczne",

– decydują o celach i środkach przetwarzania danych osobowych z tym zastrzeżeniem, że administratorzy danych mogą decydować o celu przetwarzania jedynie w granicach zakreślonych przez przepisy prawa określające zadania, dla realizacji których następuje przetwarzanie danych osobowych. Rola administratora w sferze publicznej sprowadza się więc do konkretyzacji wyznaczonego prawem celu w ten sposób, aby odpowiadał potrzebom wykonania konkretnego zadania publicznego[5].

Kasy chorych spełniają przedstawione powyżej kryteria, ponieważ mają status państwowych jednostek organizacyjnych, które realizują ustawowe zadania z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego. W związku z tym należy je uznać za administratorów danych w rozumieniu art. 7 pkt 4 ustawy.

Wyjaśnienia wymaga również przedmiot obowiązku rejestracyjnego – zbiór danych. Zgodnie z definicją legalną tego pojęcia jest nim „każdy posiadający strukturę zestaw informacji osobowych dostępnych według określonych kryteriów, niezależnie od tego, czy zestaw ten jest rozproszony lub podzielony funkcjonalnie" (art. 7 pkt 1 ustawy). Ustawodawca w art. 2 ust. 2 rozróżnia systemy przetwarzania danych na informatyczne i tzw. tradycyjne. W tym drugim przypadku używa terminu „zbiory ewidencyjne" i przykładowo wylicza ich kategorie (kartoteka, skorowidz, księga, wykaz[6]). Dla automatycznego przetwarzania danych najbliższe definicji zbioru danych jest pojęcie bazy danych[7]. Z punktu widzenia tej definicji ze zbiorem danych mamy do czynienia niezależnie od tego, czy jest on rozproszony

[5] R. Hauser: *Przetwarzanie danych osobowych: cel i środki*, *Rzeczpospolita* z dnia 6 kwietnia 1999 r.

[6] Powszechnie przyjęte lub słownikowe znaczenia poszczególnych terminów przytacza A. Szewc *Z problematyki ochrony danych osobowych. Cz. I*, *Radca Prawny* 3/99, str. 21. Jak podaje autor, kartoteką nazywa się uporządkowany zbiór kart jednakowego formatu, zawierający informację określonego rodzaju, zarejestrowanych według jednolitych zasad, skorowidz to spis pomocniczy ułatwiający szybkie odnalezienie potrzebnych informacji, księga – odpowiednio złożone, zbroszurowane i oprawione arkusze papieru przeznaczone do prowadzenia jakichś zapisów (np. księga inwentarzowa), natomiast wykaz jest uporządkowanym wyliczeniem czegoś na piśmie (np. wykaz pacjentów).

[7] A. Kaczmarek: *Obowiązki administratorów danych osobowych przetwarzających dane osobowe w systemach informatycznych rejestrujących usługi medyczne (w:) Ochrona danych medycznych i ich przetwarzanie*, Warszawa 2000 r., str. 88-90. Autor definiuje bazę danych jako plik lub zbiór plików, gdzie w uporządkowanym formacie przechowywane są dane pewnego rodzaju.

lub podzielony funkcjonalnie. W systemie informatycznym taka sytuacja występuje, gdy w ramach jednolicie zarządzanego systemu mogą funkcjonować dwie lub więcej bazy danych, które zlokalizowane są w jednym lub kilku dowolnie oddalonych od siebie komputerach i tworzą całość w sensie jednego modelu danych i koordynacji wykonywanych operacji. Przykładem podziału funkcjonalnego jest system działający w oparciu o odpowiednie moduły odpowiedzialne za sprawowanie określonych funkcji[8].

Co prawda, jako zasadę ustawodawca przyjął powszechny charakter obowiązku zgłoszenia zbiorów danych do rejestracji, jednak w art. 43 ust. 1 wylicza 11 rodzajów danych osobowych, w przypadku przetwarzania których administratorzy są zwolnieni z obowiązku. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania szczególną uwagę należy zwrócić na wyłączenia zbiorów danych osób zatrudnionych, zrzeszonych lub uczących się u administratora danych oraz korzystających z jego usług medycznych. Zwolnieniu podlegają również administratorzy zbiorów danych powszechnie dostępnych, prowadzonych w zakresie drobnych bieżących spraw życia codziennego, przetwarzanych w celu przygotowania rozprawy wymaganej do uzyskania dyplomu ukończenia szkoły wyższej lub stopnia naukowego, a także przetwarzanych wyłącznie w celu wystawienia faktury, rachunku lub prowadzenia sprawozdawczości finansowej.

Ustawa w art. 46 określa termin, w którym administrator zobowiązany jest zgłosić swój zbiór do rejestracji. Stosownie do treści powołanego przepisu administrator ma prawo rozpocząć przetwarzanie danych w zbiorze po jego zgłoszeniu Generalnemu Inspektowi, co oznacza, że obowiązek powinien zostać dopełniony jeszcze na etapie planowania zbioru, tj. przed rozpoczęciem zbierania danych, które jest pierwszą operacją w tworzonym zbiorze[9].

W art. 61 ustawy przewidziano wyjątek w przypadku zbiorów danych prowadzonych w systemach informatycznych w dniu wejścia w życie ustawy o ochronie danych osobowych (tj. 30 kwietnia 1998 r.). Administratorzy prowadzący takie zbiory mieli obowiązek zgłosić je do rejestracji w terminie 18 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, a więc do 30 października br. Do czasu rejestracji tego typu zbiory mogą być przetwarzane bez wpisu do rejestru. Dodatkowo administratorzy danych są zobowiązani do zawiadamiania Generalnego Inspektora o każdej zmianie w zbiorze danych w stosunku do informacji zawartych w zgłoszeniu, w terminie 30 dni od daty dokonania tej zmiany (art. 41 ust. 2 ustawy).

Elementy zgłoszenia zostały określone w art. 41 ust. 1 ustawy, a obowiązujący formularz stanowi załącznik nr 2 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 czerwca 1998 r. w sprawie określenia wzorów wniosku o udostępnienie danych, zgłoszenia zbioru danych do rejestracji oraz imiennego upoważnienia i legitymacji służbowej inspektora Biura Generalnego Inspektora Ochrony

[8] *Op. cit*., str. 90.

[9] Tak też A. Szewc: *Z problematyki ochrony danych osobowych. Cz. III, Radca Prawny* 5/1999 r., str. 19, który podkreśla, że administratorzy są zobowiązani do zgłoszenia przed dokonaniem pierwszej operacji przetwarzania, tzn. przed wdrożeniem systemu do praktyki.

Danych Osobowych (Dz.U. Nr 80, poz. 522 z późn.zm.). Istotnie zmodyfikowała go nowelizacja wspomnianego rozporządzenia z dnia 2 listopada 1999 r. (Dz.U. Nr 93, poz. 1081).

Składający się z sześciu części formularz (od A do F) zawiera pola do wypełnienia lub zakreślenia odpowiednich wariantów dotyczących: identyfikacji wnioskodawcy (nazwa, adres siedziby, NIP, REGON), warunków legalności przetwarzania danych osobowych, zakresu i celu przetwarzania danych, sposobu zbierania i udostępniania danych, a także technicznych i organizacyjnych aspektów prowadzenia zbioru. Do zgłoszenia obowiązkowo należy załączyć odpis z właściwego rejestru sądowego, a w sytuacji, gdy zbiór prowadzony jest w systemie informatycznym również dwie instrukcje: zarządzania systemem informatycznym i postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych osobowych. Wniosek rejestracyjny zawiera więc informacje o podmiocie, który przetwarza dane oraz o warunkach i samym procesie przetwarzania. Zgłoszeniu nie podlega natomiast treść zbioru danych, tzn. konkretne dane osobowe przetwarzane w zbiorze.

Wszczynane w wyniku zgłoszenia postępowanie rejestracyjne prowadzi się według zasad Kodeksu postępowania administracyjnego, z odmiennościami wynikającymi z ustawy o ochronie danych osobowych. Postępowanie w sprawie rejestracji zbiorów danych nie jest jednak typowym postępowaniem administracyjnym, ponieważ z wyjątkiem przypadków odmowy rejestracji sprawa nie jest załatwiana w drodze decyzji administracyjnej. Rejestracja ma bowiem charakter czynności materialno-technicznej (konstrukcja prawna znana w polskim prawodawstwie, np. wpis do ewidencji działalności gospodarczej)[10]. Prawidłowe zgłoszenie zbioru danych obliguje Generalnego Inspektora do dokonania czynności wpisu do ogólnokrajowego, jawnego rejestru zbiorów danych osobowych. Jednocześnie należy dodać, iż za prawidłowe należy uznać zgłoszenie, które nie spełnia przesłanek wydania decyzji odmownej, a co się z tym wiąże, weryfikacja wniosku dotyczyć będzie sprawdzenia, czy zachodzą negatywne przesłanki, o których będzie mowa poniżej. Po zarejestrowaniu przepisy nie przewidują obowiązku automatycznego poinformowania o tym wnioskodawcy, zaświadczenie w tym zakresie może być wydane jedynie na wniosek osoby zainteresowanej.

Generalny Inspektor odmawia natomiast rejestracji w trzech sytuacjach przewidzianych w art. 44 ust. 1 ustawy. Po pierwsze, w przypadku niespełnienia ustawowo określonych wymogów formalnych zgłoszenia. W związku z tym nie można zastosować konstrukcji z art. 64 § 2 k.p.a. i pozostawić zgłoszenia bez rozpoznania, jeżeli wnioskodawca w wyznaczonym terminie nie usunie wskazanych braków formalnych. Pozostałe przesłanki mają charakter merytoryczny, ponieważ Generalny Inspektor wydaje decyzję odmowną, jeżeli przetwarzanie danych naruszałoby zasady zawarte w art. 23-30 ustawy oraz, gdy urządzenia i systemy informatyczne nie spełniają wymogów wyliczonych w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 czerwca 1998 r. w sprawie określenia pod-

[10] B. Adamiak, J. Borkowski: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz.*, Warszawa 1998 r., str. 495. A. Szewc: *Z problematyki ochrony danych osobowych. Część III,* str. 19. W kwestii formy wpisu do ewidencji działalności gospodarczej por. wyrok NSA z dnia 29 marca 1992 r., SA/Gd 3/92, Wokanda nr 10/1992 r.

stawowych warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz.U. Nr 80, poz. 521).

Jednocześnie z odmową Generalny Inspektor wydaje nakaz wstrzymania dalszego przetwarzania danych w zbiorze danych lub ich usunięcia z tego zbioru. Nakaz ten, na podstawie art. 44 ust. 3 ustawy o ochronie danych osobowych podlega natychmiastowemu wykonaniu.

W przypadku decyzji odmownej zgłoszeniodawcy przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, natomiast „na decyzję Generalnego Inspektora w przedmiocie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy stronie przysługuje skarga do NSA" (art. 21 ust. 2 ustawy). Jednocześnie ustawa o ochronie danych osobowych przewiduje instytucję „ponownego zgłoszenia zbioru danych do rejestracji"(tzw. postępowanie naprawcze). Stosownie do treści art. 44 ust. 4 ustawy administrator danych może powtórnie zgłosić do rejestracji zbiór danych, w przedmiocie którego wydano decyzję odmowną. Przesłanką dopuszczalności ponownego zgłoszenia jest jednak uprzednie usunięcie wad, które były powodem odmowy. Rozpocząć przetwarzanie danych w tym zbiorze administrator danych może dopiero po zarejestrowaniu zbioru, a nie, jak w przypadku „pierwotnego" wniosku rejestracyjnego, już po dokonaniu samej czynności zgłoszenia.

Należy zauważyć jednak, że zarówno złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, jak i ponowne zgłoszenie zbioru danych do rejestracji nie wstrzymuje wykonalności nakazu Generalnego Inspektora. Oznacza on również zakaz prowadzenia zbioru danych do czasu ewentualnego uchylenia decyzji przez organ rejestracyjny, zarejestrowania zbioru po jego ponownym zgłoszeniu lub odpowiedniego orzeczenia NSA.

Ustawodawca nie przewidział dla Generalnego Inspektora uprawnienia wykreślenia zbioru danych z rejestru. Ściśle wiąże się z tym brak uprawnień organu rejestracyjnego do wydania decyzji o wyrejestrowaniu zbioru danych. Generalny Inspektor ma oczywiście prawo, na podstawie art. 18 ust.1 ustawy, w sposób władczy (w drodze decyzji administracyjnej) nakazywać administratorowi danych przywrócenie stanu zgodnego z prawem, w tym nawet nakazać usunięcie danych osobowych ze zbioru. Wszelkie decyzje administracyjne dotyczyć będą jednak wyłącznie zarejestrowanego zbioru danych. Inną konsekwencją obecnego stanu prawnego jest brak możliwości wykreślenia zbioru danych w sytuacji poinformowania Generalnego Inspektora o zaprzestaniu prowadzenia zbioru (tj. usunięcia i dalszego nieprzetwarzania danych osobowych).

Docelowym efektem przeprowadzenia procesu rejestracyjnego jest stworzenie ogólnopolskiego, jawnego rejestru zbiorów danych osobowych, w którym znajdują się informacje zawarte we wnioskach. Zaniechanie przez administratora danych wykonania obowiązku zgłoszenia stanowi występek określony w art. 53 ustawy, którego popełnienie zagrożone jest grzywną, karą ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do roku. W sytuacji stwierdzenia przez Generalnego Inspektora braku wykonania tego obowiązku, ustawa o ochronie danych osobowych w art. 19 obliguje go do zawiadomienia o przestępstwie organów ścigania.

Z dokonanej powyżej analizy instytucji rejestracji zbiorów danych wynika, że spełnia ona z punktu widzenia kontroli przestrzegania prawa dwie podstawowe funkcje:

1. Konstrukcja odmowy rejestracji zbioru danych pozwala Generalnemu Inspektorowi przeciwdziałać naruszaniu przepisów o ochronie danych w zgłoszonych zbiorach, jeszcze przed rozpoczęciem przetwarzania w nich danych osobowych lub przynajmniej we wstępnym etapie prowadzenia zbioru. Weryfikacja zgłoszenia dokonywana jest z punktu widzenia spełnienia przez wnioskodawcę podstawowych zasad ochrony danych osobowych oraz właściwego zabezpieczania technicznego i organizacyjnego systemu informatycznego. Stwierdzenie przez organ rejestracyjny niedopełnienia wymienionych powyżej warunków wpisu do rejestracji oznacza konieczność natychmiastowego zaprzestania prowadzenia zbioru po otrzymaniu decyzji odmawiającej rejestracji. Sankcja ta dotyczy również podmiotów z sektora publicznego, co nie jest rozwiązaniem precedensowym w skali europejskiej[11].

2. Informacje znajdujące się w zgłoszeniach stanowią podstawę do analizy dotyczącej stanu przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych i świadomości prawnej w tym zakresie. Jak trafnie zauważyli autorzy jednego z pierwszych projektów ustawy, funkcją rejestracji jest „stworzenie możliwości kontroli przez Generalnego Inspektora, kto i jakie dane zbiera, aby w konsekwencji zapewnić autentyczną ochronę dóbr osobistych obywateli[12]". Praktycy zwracają również uwagę, iż wniosek rejestracyjny „wymusza przyswojenie minimalnej wiedzy na temat reguł ustawowych – jego wypełnienie oznacza konieczność odpowiedzenia sobie na szereg pytań, które w intencji miały pobudzić do pozytywnego przeglądu planowanego przetwarzania pod kątem jego legalności"[13]. Potrzeba wypełnienia może stanowić więc czynnik mobilizujący administratorów do zaznajomienia się z problematyką oraz podjęcia odpowiednich działań.

Wyniki wspomnianej analizy będą służyły zarówno na potrzeby konkretnych inspekcji i ewentualnych działań władczych wobec administratorów danych, jak i dla opracowania generalnych wniosków wynikających ze stanu przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych, które powinny wyznaczyć kierunki działania organu w przyszłości.

## II. Przesłanki i zakres przetwarzania danych osobowych przez kasy chorych

Kasy chorych prowadzą różne rodzaje zbiorów danych, jednakże przedmiotem niniejszej analizy będą tylko zbiory tworzone w ramach merytorycznej działalności kas jako instytucji ubezpieczenia zdrowotnego, na podstawie przepisów nakładających na kasy obowiązek prowadzenia tychże zbiorów [14].

[11] Por. art. 49 hiszpańskiej ustawy z dnia 13 grudnia 1999 r. o ochronie danych osobowych.
[12] „Uzasadnienie do projektu ustawy o ochronie danych osobowych – 11 sierpnia 1999 r.", nie publ., str. 4.
[13] W. Zimny: *Zbieram dane moich klientów i pierwszy raz usłyszałem coś o ustawowej ochronie danych osobowych – czy to mnie dotyczy?, Biuletyn Administratorów Bezpieczeństwa Informacji – Ochrona Danych Osobowych* nr 5/2000, str. 7.
[14] Kasy chorych, jak wszyscy pracodawcy, prowadzą np. zbiory osób zatrudnionych. Zbiory te jednakże, prowadzone na podstawie przepisów prawa pracy, są wyłączone z obowiązku rejestracyjnego na podstawie art. 43 ust. 1 pkt. 4 ustawy o ochronie danych.

Podstawą prawną przetwarzania danych przez kasy chorych jest ustawa z dnia 6 lutego 1997 r. o ubezpieczeniu zdrowotnym.

**1.1.** Cele przetwarzania danych osobowych przez kasy chorych zostały enumeratywnie wyliczone w art. 141a. Zgodnie z powołanym przepisem przetwarzanie, a zatem m.in. gromadzenie i wykorzystywanie danych osobowych osób ubezpieczonych, jest niezbędne zarówno w celu stwierdzenia obowiązku ubezpieczenia i członkostwa, jak i w celu wystawiania dokumentów uprawniających do korzystania ze świadczeń kas chorych, stwierdzania obowiązku płacenia składki i ustalenia kwoty składki, kontroli rodzaju, zakresu i przyczyny udzielanych świadczeń, rozliczenia ze świadczeniobiorcami, rozliczania z innymi instytucjami lub osobami w zakresie ich zobowiązań wobec kas chorych, kontroli przestrzegania zasad gospodarności oraz monitorowania stanu zdrowia i zapotrzebowania na świadczenia zdrowotne ubezpieczonych w danej populacji.

Dla realizacji zadań wymienionych w art.141a ust.1, kasy chorych – zgodnie z art. 141 a ust. 2 a – upoważnione zostały do przetwarzania danych osobowych osób ubezpieczonych, obejmujących: **imię i nazwisko, numer PESEL, datę urodzenia, płeć, stopień pokrewieństwa z opłacającym składkę, adres zamieszkania, stopień niepełnosprawności (jeżeli dziecko ukończyło 26 lat), udzielone ubezpieczonemu świadczenia zdrowotne, w tym m.in. rodzaj udzielonego świadczenia, świadczeniodawcę wykonującego usługę, świadczeniodawcę zlecającego usługę, rozpoznanie według międzynarodowej klasyfikacji chorób, urazów i zatruć związane z wykonaną usługą (art. 141 a ust. 2).**

Enumeratywne wyliczenie danych osobowych w ustawie oznacza, iż podmiot publiczny wykonujący tę ustawę nie może dowolnie, w zakresie ustalonym przez siebie, gromadzić danych, w tym żądać od osoby, na którą nałożony został obowiązek ubezpieczeniowy, innych jeszcze danych aniżeli wymienione w ustawie. Określenie w ustawie zakresu danych osobowych oznacza jednocześnie, iż osoba, której dane dotyczą, nie może zabronić przetwarzania dotyczących jej danych osobowych jak też nie może wyznaczać zakresu przetwarzanych danych.

Zatem wyliczenie w sposób enumeratywny danych osobowych osób ubezpieczonych, do których przetwarzania upoważniona jest kasa chorych sprawia, że zbiory danych osobowych osób ubezpieczonych nie mogą zawierać innych danych, jakkolwiek zarówno praktyka kas chorych, jak i konstrukcja przepisów ustawy o ubezpieczeniach zdrowotnych mogłyby sugerować, iż zbiory danych osób ubezpieczonych prowadzone przez kasy chorych zawierają także inne dane. Sugestia taka nasuwa się w kontekście tych przepisów ustawy ubezpieczeniowej, które określają treść zgłoszenia do ubezpieczenia zdrowotnego.

Dane osobowe dotyczące osoby ubezpieczonej gromadzone są na podstawie zgłoszeń do kasy chorych, kierowanych za pośrednictwem odpowiednich instytucji, w zależności od statusu osoby ubezpieczonej bądź w wyniku zgłoszenia do ubezpieczenia przez osobę ubezpieczającą się dobrowolnie.

I tak m.in. zgłoszenia osób objętych ubezpieczeniem społecznym kierowane są za pośrednictwem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubez-

pieczenia Społecznego. W świetle przepisów ustawy ubezpieczeniowej zgłoszenie powinno zawierać: wskazanie kasy chorych, nazwisko, pierwsze i drugie imię, nazwisko rodowe, płeć, adres zamieszkania, numer PESEL, datę urodzenia oraz numer NIP w przypadku osób, którym nadano ten numer. Gdy osoba zgłaszająca się do ubezpieczenia zdrowotnego nie ma nadanego numeru PESEL ani numeru NIP, zgłoszenie powinno zawierać rodzaj i numer dowodu tożsamości. W zgłoszeniu powinny być zawarte również dane dotyczące członków rodziny objętej ubezpieczeniem: nazwisko, pierwsze i drugie imię, nazwisko rodowe, płeć, stopień pokrewieństwa, datę urodzenia, adres zamieszkania, stopień niepełnosprawności, numer PESEL oraz numer NIP w przypadku osób, którym nadano ten numer.

Kasa chorych w swoich zbiorach danych nie gromadzi zatem wszystkich informacji o osobie ubezpieczonej, zawartych w zgłoszeniu. Nie analizując bliżej zagadnienia zakresu danych zawartych w zgłoszeniu do ubezpieczenia w kontekście zakresu danych, do których przetwarzania uprawniona jest kasa chorych, świadczącego o niespójności wewnętrznej ustawy o ubezpieczeniach zdrowotnych[15], należy jedynie zwrócić uwagę na to, iż zgłoszenie do ubezpieczenia zawiera więcej danych, aniżeli zakres danych, do których przetwarzania upoważnia kasę chorych art. 141 a ust. 2 ustawy o ubezpieczeniach zdrowotnych. Porównanie przepisu art. 16 dotyczącego zgłoszenia do ubezpieczenia z art. 141 a ust. 2, który określa, jakie dane może przetwarzać kasa chorych wskazuje, iż poza zbiorem danych przetwarzanych przez kasę chorych pozostają następujące dane: drugie imię, nazwisko rodowe, numer NIP (a także rodzaj i numer dowodu tożsamości, które to informacje są podawane, gdy osoba zgłaszana do ubezpieczenia nie ma nadanego numeru NIP i PESEL).

Wątpliwości co do zakresu danych gromadzonych przez kasy chorych pogłębia zapis art. 18 ustawy ubezpieczeniowej, zgodnie z którym kasa chorych wydaje – jako dowód objęcia ubezpieczeniem zdrowotnym – tzw. kartę ubezpieczenia. Karta ubezpieczenia zawiera (co najmniej) nazwę kasy chorych oraz następujące dane osobowe ubezpieczonego: imię (imiona) i nazwisko, numer PESEL, datę urodzenia. Karta ubezpieczenia może ponadto zawierać adres zamieszkania, numer karty ubezpieczenia oraz zdjęcie ubezpieczonego, mimo iż przepisy określające zakres danych zawartych w zbiorze danych osób ubezpieczonych nie przewidują możliwości przetwarzania wizerunku osoby ubezpieczonej.

Podkreślenia wymaga, iż zbiory osób ubezpieczonych, prowadzone przez Kasy Chorych są jednymi z największych w państwie z uwagi na ustawowo określony zakres podmiotowy ubezpieczenia zdrowotnego.

Obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego – zgodnie z art. 8 ustawy o ubezpieczeniach zdrowotnych – podlegają osoby objęte ubezpieczeniem społecznym lub

[15] Nie tylko ustawa o ubezpieczeniach zdrowotnych jest wewnętrznie niespójna, ale także nie są z nią spójne przepisy wykonawcze do niej, m.in. rozporządzenie 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).

ubezpieczeniem społecznym rolników[16], żołnierze zawodowi oraz żołnierze odbywający okresową lub nadterminową zasadniczą służbę wojskową, policjanci, funkcjonariusze tzw. służb mundurowych [17], posłowie i senatorowie, sędziowie i prokuratorzy, osoby pobierające emeryturę lub rentę [18], dzieci, uczniowie i studenci, bezrobotni [19], osoby pobierające zasiłek przedemerytalny lub świadczenie przedemerytalne, osoby pobierające niektóre świadczenia z pomocy społecznej [20], kombatanci nie podlegający ubezpieczeniu społecznemu lub nie pobierający emerytury lub renty w RP, osoby korzystające z urlopu wychowawczego nie pozostające na wyłącznym utrzymaniu osoby podlegającej ubezpieczeniu, rolnicy i ich domownicy, którzy nie podlegają ubezpieczeniu społecznemu rolników z mocy ustawy, cudzoziemcy, którzy przebywają na terytorium RP na podstawie karty stałego pobytu lub karty czasowego pobytu wydanej im w związku z udzieleniem im statusu uchodźcy. Objęcie obowiązkiem ubezpieczenia zdrowotnego jest równoznaczne z objęciem ubezpieczeniem członków rodziny osoby ubezpieczonej.

Art. 9 ustawy stwarza ponadto możliwość ubezpieczenia się dobrowolnego na podstawie pisemnego wniosku złożonego w Kasie Chorych przez każdą osobę nie wymienioną wśród zobowiązanych do ubezpieczenia w systemie ubezpieczenia zdrowotnego. Zawarcie umowy ubezpieczenia zdrowotnego takiej osoby oznacza równoczesne ubezpieczenie członków jej rodziny.

Wyliczenie osób podlegających ubezpieczeniu zdrowotnemu zawarte w art. 8 oraz stworzenie możliwości ubezpieczenia dobrowolnego (art. 9) wskazuje, iż krąg osób objętych tym ubezpieczeniem jest bardzo szeroki. Oznacza to również, iż zbiory danych osobowych prowadzone przez Kasy Chorych są niezwykle obszerne i zawierają dane znacznej części mieszkańców Polski.

**1.2.** Drugim rodzajem zbioru danych osobowych prowadzonego przez kasy chorych w wykonaniu obowiązku nałożonego przez przepisy prawa, co do którego istnieje obowiązek zgłoszenia do zarejestrowania, jest rejestr usług medycznych.

W pierwotnej wersji prowadzenie rejestru usług medycznych powierzono zakładom opieki zdrowotnej, natomiast kasy chorych przejęły prowadzenie rejestrów na podstawie ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. o zmianie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz o zmianie niektórych innych ustaw[21].

Wątpliwości powstają co do zakresu danych przetwarzanych w rejestrze usług medycznych, ponieważ nie jest on określony przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

---

[16] W tym m.in. osoby będące pracownikami, rolnikami lub ich domownikami, osobami wykonującymi pracę nakładczą, pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub będące osobami z nimi współpracującymi, osobami duchownymi, członkami rolniczych spółdzielni produkcyjnych, spółdzielni kółek rolniczych lub członkami ich rodzin.

[17] W tym funkcjonariusze UOP, Straży Granicznej, Służby Celnej, Służby Więziennej, Państwowej Straży Pożarnej.

[18] Z wyjątkiem dzieci uprawnionych do renty rodzinnej (art. 7 pkt. 21a).

[19] W rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu (tj. Dz.U. z 1997 r. Nr 25, poz. 128).

[20] Pobierające rentę socjalną, zasiłek stały, zasiłek stały wyrównawczy lub gwarantowany zasiłek okresowy z pomocy społecznej.

[21] Por. art. 16 powoływanej ustawy (Dz.U. Nr 194, poz. 661 z późn. zmianami).

Zakresu danych osobowych przetwarzanych w rejestrze nie zawierają pierwotne przepisy stanowiące podstawę prowadzenia rejestru usług medycznych, tj. ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej [22]. Ustawa ta nakazuje jedynie rejestrowanie i monitorowanie świadczeń zdrowotnych i związanych z ich udzielaniem usług w publicznych zakładach opieki zdrowotnej oraz przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych na zasadach określonych w ustawie, w systemie ewidencyjno-informacyjnym, zwanym „ rejestrem usług medycznych"(art. 32e ust. 1).Według ust. 8 tegoż przepisu, w rejestrach usług medycznych zamieszcza się wykaz osób objętych rejestrem, wykaz podmiotów udzielających usługi medyczne oraz wykaz osób zlecających te usługi, natomiast książeczka usług medycznych, wydawana pacjentowi, zawiera numer identyfikacyjny pacjenta. Przepisy ustawy o ZOZ nie zawierają jednakże – poza powołanymi, ogólnymi sformułowaniami – konkretnego wyliczenia danych osobowych, jakie powinny znaleźć się w rejestrze usług medycznych.

Zakresu danych osobowych przetwarzanych w rejestrze usług medycznych, czy sposobu prowadzenia rejestru, nie zawierają także same przepisy ustawy ubezpieczeniowej mimo, iż przynajmniej niektóre z kas chorych takie rejestry prowadzą.

Brak jakiegokolwiek ustawowego określenia zakresu danych osobowych zawartych w rejestrach usług medycznych wskazuje na brak należytej staranności w przygotowaniu przepisów, stanowiących podstawę przetwarzania danych przez kasy chorych. Stanowi także naruszenie ustawy o ochronie danych, z uwagi na wymogi stawiane przez tę ustawę.

**2.** Ścisłe i wyczerpujące wyliczenie danych osobowych, a zwłaszcza niektórych ich kategorii (danych szczególnie chronionych) w ustawie o ubezpieczeniach zdrowotnych jest niezbędne ze względu na przepisy ustawy o ochronie danych osobowych.

Wśród danych wyliczanych w art. 141 a ust. 2 ustawy o ubezpieczeniach zdrowotnych, przetwarzanych przez kasy chorych w odniesieniu do konkretnego ubezpieczonego, znajdują się dane „zwykłe" dookreślające tożsamość osoby ubezpieczonej (np. imię i nazwisko, adres, numer PESEL), ale także dane dotyczące udzielonego ubezpieczonemu świadczenia zdrowotnego, w tym m.in. rodzaj udzielonego świadczenia oraz rozpoznanie według międzynarodowej klasyfikacji chorób, urazów i zatruć związane z wykonaną usługą. Dane te niewątpliwie są danymi o stanie zdrowia osoby ubezpieczonej, czyli danymi podlegającymi szczególnej ochronie w świetle ustawy o ochronie danych osobowych. W szczególności w odniesieniu do tych danych ustawa o ochronie danych osobowych wymaga, aby ich przetwarzanie odbywało się na podstawie jednej z wymienionych w art. 27 tejże ustawy przesłanek. W odniesieniu do danych szczególnie chronionych, ustawa o ochronie danych osobowych dopuszcza przetwarzanie takich danych, jeżeli „przepis szczególny innej ustawy zezwala na przetwarzanie takich danych bez zgody osoby, której dane dotyczą, i stwarza pełne gwarancje ich ochrony". Zgodnie z powoływanym przepi-

[22] Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zmianami.

sem jedynie ustawa, nie zaś przepis prawa niższej rangi może stanowić podstawę przetwarzania danych szczególnie chronionych. I ten wymóg spełniony jest w ustawie ubezpieczeniowej, która wprost daje podstawę do przetwarzania (w tym gromadzenia w zbiorze prowadzonym przez kasę chorych) danych o stanie zdrowia.

Te same zasady powinny odnosić się do danych zawartych w rejestrze usług medycznych, jednakże – jak zostało to wcześniej podkreślone – w żadnym przepisie nie został określony zakres danych przetwarzanych w rejestrze usług medycznych. Brak prawnych regulacji zakresu danych osobowych przetwarzanych w rejestrze usług medycznych stanowi niewątpliwie naruszenie ustawy o ochronie danych.

### III. Dotychczasowa praktyka wykonywania obowiązku rejestracyjnego

**1.** Do dnia 1 czerwca 2000 r. 14 Kas Chorych (13 regionalnych i Branżowa Kasa Chorych dla Służb Mundurowych) zgłosiło do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych 54 zbiory danych. Do tego dnia żadnych zbiorów nie zgłosiły 3 Kasy Chorych (Lubuska, Podlaska, Mazursko-Warmińska), natomiast Kujawsko-Pomorska Regionalna Kasa Chorych nie złożyła wniosku o rejestrację ewidencji osób ubezpieczonych (zgłoszenia dotyczyły wyłącznie zbiorów: pracowników i skierowań do sanatoriów). Realizując ustawowy obowiązek Generalny Inspektor zawiadomił właściwe prokuratury o popełnieniu przez osoby sprawujące zarząd wymienionych Kas Chorych przestępstwa określonego w art. 53 ustawy.

**2.** Ponieważ Kasy Chorych rozpoczęły działalność po dniu wejścia w życie ustawy o ochronie danych osobowych, nie przysługiwał im okres przejściowy, o którym mowa w art. 61 ust. 1 ustawy. W ich przypadku zgłoszenie powinno nastąpić w terminie określonym w art. 46 ustawy. W związku z powyższym Kasy Chorych zobligowane były do zgłoszenia swoich zbiorów danych przed rozpoczęciem przetwarzania w nich danych osobowych, a nie do końca października 1999 r., jak administratorzy prowadzący zbiory danych w systemie informatycznym w dniu wejścia w życie ustawy. Ponieważ Kasy Chorych z mocy prawa w dniu 1 stycznia 1999 r. rozpoczęły realizację zadań określonych w ustawie o ubezpieczeniach zdrowotnych, która nie przewidziała jakichkolwiek terminów przejściowych na wykonanie obowiązków wynikających z innych przepisów, to wymóg zgłoszenia powinien zostać dopełniony przed rozpoczęciem faktycznego przetwarzania informacji w zbiorach.

W praktyce pierwszy zbiór danych osobowych został zgłoszony w dniu 26 marca 1999 r. przez Łódzką Regionalną Kasę Chorych, natomiast do 1 września ubiegłego roku do Biura Generalnego Inspektora wpłynęło zaledwie 5 wniosków rejestracyjnych. Najwięcej, 34 zbiorów danych zostało zgłoszonych w okresie 30.09 – 5.11.1999 r. Śląska Regionalna Kasa Chorych zgłosiła prowadzone zbiory dopiero 9 grudnia, a kolejne 11 zgłoszeń już w lutym 2000 r. Kasy Chorych błędnie zinterpretowały więc art. 61 ust. 1 ustawy, a Śląska Regionalna Kasa Chorych nawet w ten sposób nie może argumentować momentu wykonania obowiązku. Naruszenie terminu z art. 46 ustawy uniemożliwiło Generalnemu Inspektorowi w początkowym etapie przetwarzania zbiorów danych ich weryfikację z punktu widzenia przestrzegania podstawowych zasad przetwarzania danych i właściwego zabezpieczenia systemu informatycznego.

**3.** Problemy dla wnioskodawców stwarzało już prawidłowe określenie administratora danych. Dyrektor koszalińskiego oddziału Zachodniopomorskiej Regionalnej Kasy Chorych zgłosił do rejestracji pięć zbiorów danych. Dopiero na żądanie Generalnego Inspektora, kwestia właściwej realizacji obowiązku rejestracyjnego została ponownie przeanalizowana przez Kasę Chorych, wnioski złożyła osoba uprawniona do jej reprezentowania, a jako wnioskodawcę wskazano ZRKS. Wnioski Branżowej Kasy Chorych dla Służb Mundurowych co prawda zostały złożone prawidłowo, ale w każdym zgłoszeniu jako administratora wymieniono inny oddział kasy. W tej sprawie Generalny Inspektor również podjął działania wyjaśniające. Przedmiotem zgłoszenia Kujawsko-Pomorskiej Kasy Chorych był natomiast zbiór osób zatrudnionych w kasie, w przypadku którego administrator danych został zwolniony z obowiązku rejestracyjnego na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 4 ustawy[23].

**4.** Znacznie większe problemy spowodowała konieczność wyodrębnienia poszczególnych zbiorów danych. Sześć regionalnych kas chorych zgłosiło po jednym zbiorze danych osób objętych ubezpieczeniem zdrowotnym. Oznacza to, że wszelkie operacje przetwarzania danych ubezpieczonych dokonywane są w jednym zbiorze i kasa nie prowadzi innych (np. skarg i wniosków, świadczeń medycznych itp.), albo też nie został prawidłowo wykonany obowiązek rejestracyjny. Tylko trzy kasy chorych (Opolska, Zachodniopomorska i Śląska) zgłosiły, jako odrębne zbiory – rejestry usług medycznych.

Branżowa Kasa Chorych dla Służb Mundurowych zastosowała terytorialne kryterium wyodrębnienia i przyjęła, iż każdy oddział kasy prowadzi oddzielny zbiór. Śląska Regionalna Kasa Chorych zgłosiła aż 16 zbiorów danych, stosując kryteria: terytorialne (np. zgłoszenie „Zbiór danych – kupony Rejestru Usług Medycznych w Powiecie Cieszyńskim"), funkcjonalne („Baza danych systemu START") i związane z techniką przetwarzania („Kupony RUM – zbiór papierowy"), a także kryteria mieszane („Zbiór danych – kartoteki ludności powiatów: myszkowskiego, bielskiego i cieszyńskiego").

Z góry nie można jednak uznać takich interpretacji za nieprawidłowe, ponieważ pierwotna ocena, czy mamy do czynienia ze zbiorem danych, należy do administratora danych i dopiero kontrola inspektorów Biura Generalnego Inspektora pozwoli jednoznacznie ustalić stan faktyczny i ocenić trafność analiz administratorów. Już w chwili obecnej trzeba jednak postawić pytanie, czy administratorzy danych wzięli pod uwagę, że całokształt operacji na danych osobowych w jednostce organizacyjnej nie zawsze może być utożsamiany z jednym zbiorem danych, a z drugiej strony, iż istnieje ewentualność rozproszenia lub funkcjonalnego podzielenia zbioru danych.

**5.** W pojedynczych zgłoszeniach kasy chorych podawały odmienny zakres przetwarzanych danych osób ubezpieczonych, niż wynika to z art. 141 a ust. 2 ustawy ubezpieczeniowej. Jednocześnie wnioskodawcy najczęściej, jako podstawę prawną

[23] Odpowiednią informację o braku właściwości do rozpatrzenia tego zgłoszenia w trybie postępowania rejestracyjnego przesłano wnioskodawcy.

prowadzenia zbioru podawali właśnie ten przepis. W zgłoszeniu „Rejestr Ubezpieczonych w Łódzkiej Regionalnej Kasie Chorych" wskazano, iż oprócz danych ujawniających stan zdrowia przetwarzane są jedynie informacje w zakresie: imię i nazwisko, data urodzenia, adres zamieszkania/pobytu oraz PESEL. Z drugiej strony Małopolska Kasa Chorych zgłosiła, iż przetwarza dane osobowe w szerszym zakresie w porównaniu do katalogu z art. 141 a ust. 2. Rozszerzenie nie dotyczy danych medycznych, ale obejmuje tylko tzw. dane zwykłe (numer telefonu, adres poczty elektronicznej, seria i numer paszportu, wykształcenie, miejsce pracy)[24].

**6.** Informacje o bezpieczeństwie technicznym i organizacyjnym zbioru danych są jednym z najważniejszych elementów zgłoszenia: na sześć części wzoru wniosku rejestracyjnego aż dwie dotyczą tego aspektu przetwarzania danych osobowych. W szczególności część F zawiera informacje o wykonaniu w systemie informatycznym obowiązków wynikających z rozporządzenia MSWiA z dnia 3 czerwca 1998 r. Pomimo, że rozporządzenie określa jedynie minimalne, podstawowe wymogi bezpieczeństwa, w dziewięciu zgłoszeniach stwierdzono istotne naruszenia w tym zakresie. Braki dotyczą m.in. wykonania obowiązków: opracowania instrukcji zarządzania systemem informatycznym oraz instrukcji postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych osobowych, a także zabezpieczenia danych przed utratą w wyniku awarii zasilania. Szczególnie niepokoi brak funkcjonowania automatycznego mechanizmu odnotowywania historii przetwarzania danych osobowych każdej osoby, tj. informacji o dacie pierwszego wprowadzenia danych, źródle ich pochodzenia, udostępnieniu innym podmiotom („kiedy, komu i w jakim zakresie") i złożonych przez osobę, której dane dotyczą sprzeciwach, o których mowa w art. 32 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy o ochronie danych. Odnotowywanie wymienionych danych umożliwia m.in. kontrolę procesu przetwarzania przez uprawnione podmioty zewnętrzne oraz samego administratora danych. Tego typu mechanizm nie został jednak wzięty pod uwagę przez kasy chorych przy planowaniu systemu informatycznego, a na etapie eksploatacji systemu jego wprowadzenie jest znacznie utrudnione z technicznego punktu widzenia.

Analiza opisu zabezpieczeń w zgłoszonych zbiorach prowadzi do poważniejszego wniosku, iż nie opracowano uniwersalnej polityki bezpieczeństwa przetwarzanych danych w kasach chorych. Każda z kas podejmuje działania we własnym zakresie, najczęściej realizując tylko niezbędne, określone przepisami, minimum. Nie wypracowano jednolitych standardów bezpieczeństwa danych medycznych, w szczególności w zakresie teletransmisji informacji.

**7.** Do dnia 1 czerwca br. tylko Łódzka Regionalna Kasa Chorych dokonała, w trybie art. 41 ust. 2 ustawy o ochronie danych, aktualizacji jednego zgłoszenia. Oznacza to, że od momentu zgłoszeń nie dokonano w innych zbiorach danych zmian w stosunku do informacji zawartych we wnioskach rejestracyjnych lub też kasy chorych nie wykonują ustawowego obowiązku aktualizacji zgłoszeń[25]. Sytuację w tym zakresie ostatecznie wyjaśnią inspekcje poszczególnych kas chorych.

[24] W chwili obecnej w tej sprawie Generalny Inspektor prowadzi postępowanie wyjaśniające.
[25] Sytuacje w tym zakresie ostatecznie wyjaśnią inspekcje w poszczególnych kasach chorych, zaplanowane na II połowę b.r.

**Wnioski końcowe**

Mimo, iż kasy chorych, z uwagi na powszechność obowiązku ubezpieczenia zdrowotnego, prowadzą ogromne zbiory danych osobowych, obejmujące dane nieomal wszystkich obywateli, ocena wykonania przez nie obowiązku rejestracyjnego daje możliwość postawienia kasom szeregu zarzutów w zakresie naruszenia ustawy o ochronie danych osobowych.

Niewątpliwie podstawowym zarzutem, jaki można postawić, jest niedotrzymanie terminu zgłoszenia zbiorów danych do zarejestrowania przez żadną z 17 działających regionalnych kas chorych oraz jednej kasy branżowej, a w 4 przypadkach w ogóle niedopełnienie obowiązku rejestracyjnego przez kasy chorych.

W odniesieniu do owych 4 kas chorych naruszenie ustawy o ochronie danych jest tym bardziej rażące, iż niniejsza analiza przeprowadzona została po ponad 17 miesiącach od rozpoczęcia działalności przez kasy, a zatem po ponad 17 miesiącach od upływu terminu zgłaszania zbiorów danych do zarejestrowania[26]. Jak bowiem wskazywano wyżej, obowiązek zgłoszenia do zarejestrowania powinien zostać dopełniony przed rozpoczęciem przetwarzania danych w zbiorach danych osobowych, czyli przed dniem 1 stycznia 1999 r.

Niedopełnienia obowiązku rejestracyjnego nie można tłumaczyć względami organizacyjnymi. Już bowiem rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 8 kwietnia 1997 r. w sprawie ustanowienia Pełnomocnika Rządu do Spraw Wprowadzenia Powszechnego Ubezpieczenia Zdrowotnego[27] stworzone zostały prawne i organizacyjne podstawy działania Pełnomocnika, którego zadaniem miało być właśnie m.in. podejmowanie działań niezbędnych do sprawnego funkcjonowania ubezpieczenia zdrowotnego i – do czasu powołania organów kas chorych określonych w art. art. 75-81 ustawy ubezpieczeniowej – pełnienia ich funkcji [28]. Ustawa ubezpieczeniowa stworzyła również podstawy powoływania pełnomocników regionalnych, zobowiązanych do zorganizowania regionalnych kas chorych, w tym zobowiązanych do wypełniania zadań zarządu regionalnej kasy do momentu pierwszego posiedzenia zarządu powołanego przez radę regionalnej kasy chorych, a zatem do reprezentowania kasy na zewnątrz, kierowania działalnością kasy oraz decydowania we wszystkich sprawach nie zastrzeżonych do kompetencji rady kasy[29].

Analiza wniosków rejestracyjnych, potwierdzona wykonanymi już inspekcjami inspektorów GIODO w niektórych kasach chorych, wskazuje na inne jeszcze, poważne uchybienia związane z przetwarzaniem danych osobowych przez kasy chorych.

Jest to niewykonanie dostatecznych zabezpieczeń organizacyjnych i technicznych, wymaganych przez przepisy wykonawcze do ustawy o ochronie danych osobowych.

---

[26] Rozporządzenie MZiOS z 7 grudnia 1998 r. w sprawie utworzenia regionalnych Kas Chorych i ich oddziałów, określenia ich siedzib i obszaru działania oraz nadania im statutów (Dz.U. Nr 152, poz. 989) oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 grudnia 1998 r. w sprawie utworzenia Branżowej Kasy Chorych dla Służb Mundurowych (Dz.U. Nr 148, poz. 969) stworzyły prawne podstawy zarejestrowania kas chorych, co nastąpiło do końca grudnia 1998 r.

[27] Dz.U. Nr 41, poz. 256

[28] Por. art. 167 ust.7 ustawy ubezpieczeniowej; por. także § 2 pkt. 8 powoływanego rozporządzenia

[29] Por. art. 82 ustawy ubezpieczeniowej, określający zadania i kompetencje zarządu kasy chorych;

Zebrane materiały wskazują, iż – ani na etapie organizowania kas chorych, ani w trakcie ich merytorycznej działalności – nie została opracowana jednolita dla wszystkich kas koncepcja bezpieczeństwa przetwarzania danych, natomiast każda z kas chorych podejmuje działania we własnym zakresie, realizując tylko niezbędne, określone przepisami minimum. Ta konkluzja jest o tyle niepokojąca, iż kasy chorych, jak żadne inne instytucje, posiadają całość informacji o stanie zdrowia osób ubezpieczonych. A przecież – co wynika nie tylko z polskiej ustawy o ochronie danych, ale także ze wszystkich dokumentów europejskich – przetwarzanie danych o stanie zdrowia, jako danych sensytywnych, wymaga szczególnej staranności przy przetwarzaniu i zabezpieczaniu systemów informatycznych, w których dane te są przetwarzane.

Przeprowadzona analiza zgłoszeń zbiorów do zarejestrowania dokonanych przez kasy chorych wskazuje ponadto na brak merytorycznego przygotowania osób odpowiedzialnych w kasach za przetwarzanie danych.

Zgłoszenia wskazują na brak znajomości samej ustawy o ochronie danych oraz trudności interpretacyjne podstawowych terminów zawartych w ustawie o ochronie danych osobowych (np. pojęcia zbiór danych). Prowadziło to do zgłaszania różnych zbiorów danych, o różnych zakresach, bądź do zgłaszania zbiorów wprost w ustawie zwolnionych z obowiązku rejestracyjnego (zgłaszane były np. zbiory pracowników kasy chorych). Zaniepokojenie budzi również fakt, iż w zgłoszeniach podawane były różne zakresy danych przetwarzanych w zbiorach mimo, iż wszystkie kasy chorych działają na podstawie tych samych przepisów.

Wszystkie przedstawione wyżej uwagi prowadzą do konkluzji, iż kasy chorych, mimo stosunkowo długiego okresu przygotowawczego oraz ponad rocznego okresu funkcjonowania nie przestrzegają przepisów, lub co najmniej nie w pełni respektują wymogi wynikające z ustawy o ochronie danych osobowych co w rezultacie prowadzi do naruszania praw osób ubezpieczonych.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Maria Boratyńska*

# Zagadnienia prawnomedyczne na VIII Ogólnopolskich Dniach Prawniczych – sprawozdanie z obrad

Ósme z kolei Ogólnopolskie Dni Prawnicze, których organizatorami były Zrzeszenie Prawników Polskich, Krajowa Rada Radców Prawnych i Naczelna Rada Adwokacka, miały miejsce w Warszawie w dniach 25-28 maja br. Obrady toczyły się w hotelu „Sheraton" i podzielone zostały na kilka bloków programowych. Piątek 26 maja poświęcony był równolegle dwóm zagadnieniom: „Polska u progu nowego tysiąclecia" oraz „Prawo a Medycyna".

Blok zatytułowany „Prawo a Medycyna" podzielono na dwie części. Przed obiadem debata toczyła się na temat sformułowany tradycyjnie: „Odpowiedzialność lekarzy za błędy w sztuce". Prezydium tworzyli: prof. dr hab. Eleonora Zielińska (Instytut Prawa Karnego WPiA UW), prof. dr hab. Leszek Kubicki (Sędzia SN w stanie spoczynku, a obecnie redaktor naczelny miesięcznika „Państwo i Prawo"), prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz (UMK w Toruniu, cywilista), zaś ze strony lekarzy: prof. dr hab. Zbigniew Religa, prof. dr hab. Wojciech Noszczyk, prof. dr hab. Tadeusz Tołłoczko oraz prof. dr hab. Jerzy Szczerbań.

Prof. Nesterowicz wygłosił krótkie wprowadzenie, które rozpoczął od przytoczenia statystyki spraw „medycznych" założonych przed sądami w Polsce: z ok. 300 w 1994 r., poprzez 800 w 1995 r. ich liczba wzrosła do 1300 w 1999 r. Wspomniał również o demonstracji poszkodowanych pacjentów przed Sejmem, która miała miejsce 24 maja. Informacje te posłużyły za punkt wyjścia do refleksji, że pewna liczba tzw. szkód medycznych jest nieunikniona i niezawiniona, stąd należy określić je mianem „wypadków medycznych". W tym kontekście prof. Nesterowicz wypowiedział radykalną, acz kontrowersyjną moim zdaniem tezę, że pacjent przebywający w szpitalu nie powinien znajdować się w sytuacji mniej korzystnej, niż ofiara wypadku drogowego – co oznacza, że *de lege ferenda* odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy leczeniu powinna być ukształtowana na zasadzie ryzyka. Tu prof. Nesterowicz zade-

klarował się, nie po raz pierwszy zresztą, jako zwolennik modelu ubezpieczenia zdrowotnego, jaki obowiązuje i z powodzeniem (wg jego oceny) funkcjonuje w Szwecji.

Dla porównania zwrócił uwagę, że błąd adwokata czy notariusza nie może być tłumaczony zmęczeniem lub niewiedzą, ponieważ każdy błąd profesjonalisty przesądza o winie. Mówi się o błędzie, ale nie o winie w wykonaniu lekarzy i personelu medycznego – pokutuje bowiem dziewiętnastowieczna teoria, iż lekarz ma prawo do błędu, gdyż z definicji nie jest nieomylny. Również dziennikarze wytykają lekarzom nie winę, a błędy. Tymczasem np. w USA mówi się już nie o błędzie, tylko o winie, nastąpiło zatem znamienne przesunięcie akcentu. Zdaniem prof. Nesterowicza błąd lekarski jest kategorią schyłkową, ponieważ z reguły chodzi o zawinienie: niedbalstwo (niekiedy nawet rażące) lub o lekceważenie zasad etyki lekarskiej. Lekarzowi nie przysługuje coś takiego, jak instytucjonalne prawo do błędu, jednakże popełniony błąd może mieć charakter niezawiniony i wówczas odpowiedzialność zań nie powstanie. W procesach cywilnych, podnosił prof. Nesterowicz, roszczenie poszkodowanego z reguły nie ma nic wspólnego z błędem – zazwyczaj chodzi o zaniedbanie lub o uchybienie. Trzeba zatem dostrzec właściwe relacje między pojęciami: błąd lekarski i zawinienie.

W dziewiętnastowiecznych Niemczech błąd lekarski (*ärztlicher Kunstfehler*) definiowano jako „wykroczenie przeciwko ogólnie przyjętym prawidłom w medycynie". W Polsce także dominuje obiektywna teoria błędu, według której istnienie lub nieistnienie błędu jest niezależne od oceny subiektywnego (psychicznego) nastawienia lekarza. Przykładowo w orzeczeniu z 1995 r. Sąd Najwyższy stwierdził, iż „błędem lekarskim jest czynność niezgodna z nauką medyczną w zakresie dostępnym lekarzowi. Zaniedbania troski i higieny nie są błędem w sztuce, lecz zaniedbaniami". W innym zaś orzeczeniu SN, jeszcze z lat sześćdziesiątych, zostało powiedziane: „pozostawienie ciała obcego (chusty chirurgicznej) w polu operacyjnym nie jest błędem w sztuce, tylko zaniedbaniem". Istnieją zatem orzeczenia odróżniające błędy w sztuce od zaniedbań[1].

Lekarska część prezydium była zdominowana przez chirurgów. W odpowiedzi na pogląd zaprezentowany przez przedmówcę, prof. Szczerbań wyraził opinię, że definicja błędu w sztuce zawęża problem do wykonawstwa, gdy tymczasem na błąd medyczny składa się więcej czynników. Chirurgia na przykład jest bardzo ryzykowna, gdyż narusza integralność biologiczną jednostki, więc po prostu w imię dobra pacjenta wyrządzenie pewnych szkód jest niejako wpisane w scenariusz. Chust chirurgicznych używa się podczas operacji wielu, więc i dość łatwo pozostawić jedną z nich w ciele pacjenta.

Prof. Tołłoczko oświadczył, że o błędzie możemy mówić, gdy ktoś myli się w rachunkach i gdy żadne usprawiedliwienie nie wchodzi w rachubę. Medycyna nie jest

[1] Wydaje się, że odróżnienie „błędu w sztuce" od „zwykłego niedbalstwa (zaniedbania)" opiera się na bardzo nieostrym kryterium: jeśli naruszono jakieś skomplikowane i specjalistyczne reguły o charakterze naukowym (dajmy na to precyzyjnego dawkowania leków w anestezjologii w zależności od wagi ciała i in. czynników), jest to „błąd"; jeśli reguły trywialne i zdroworozsądkowe (dajmy na to: nie zostawiaj zbędnych przedmiotów w polu operacyjnym) – to „zwykłe niedbalstwo". Rozróżnienie nie ma zresztą współcześnie znaczenia praktycznego, bo za skutki „błędu" i „zwykłego niedbalstwa" odpowiedzialność jest identyczna.

jednak matematyką. Gros nieporozumień wokół błędów lekarskich wynika stąd, że w procesie diagnostycznym jak w matematyce – jest wiele niewiadomych.: „Nigdy – powiedział Profesor – nie zastanawiałem się, czy naruszam prawo, ale – czy pomoże to pacjentowi. W majestacie prawa można śmiało umrzeć. Jako chirurg mam dwóch wrogów: bakterie i administrację. My jako lekarze powinniśmy oczekiwać pomocy, a nie osaczenia (...) I co, do tego mam się jeszcze znać na paragrafach i ekonomii?"

Błąd lekarski, dowodził dalej prof. Tołłoczko, bywa mylony z błędem organizacyjnym lub z niedoinwestowaniem. Przypomina to sytuację wymagania od pilota, żeby bezpiecznie leciał niesprawnym samolotem. Jesteśmy omylni – stwierdził. – Chorzy oczekują po nas doskonałości, ale tak nie jest. A niedoskonałość automatycznie zrównuje się z błędem. Następnie uczynił zwierzenie, iż swego czasu był odpowiedzialny za operację z pozostawieniem ciała obcego. „Proszę sobie wyobrazić nasze odczucia i poczucie odpowiedzialności!" – skomentował ten fakt. Na zakończenie dodał, że pacjent nie miał pretensji, ponieważ sam był chirurgiem i uznał, że to może się zdarzyć.

Prof. Noszczyk z kolei stwierdził, że są takie błędy, o których nikt nie wie; które są lub nie są błędami (?). Chirurg jest zawsze sam. Nie ma możliwości przerwania operacji, czy zwołania konsylium. Pozostaje sam z własnym sumieniem. Na poparcie swej argumentacji posłużył się przykładem z praktyki. Pacjent cierpiał na zwężenie odźwiernika wskutek choroby wrzodowej. W tego rodzaju przypadkach stosuje się zabieg operacyjny, przy którym śmiertelność jest bardzo niska, a powikłania – bardzo rzadkie. Podczas operacji okazuje się, że pacjent ma nierozpoznany dotychczas, rozległy nowotwór. Możliwości są trzy:

1) Powiedzieć zgodnie z prawdą: „to jest nieoperacyjne" i pacjenta zaszyć z powrotem. Ale odpowiedzialność jest we mnie. Może operacja dałaby jakąś szansę? Jeszcze miesiąc, dwa, trzy życia? Czy to był błąd? Z punktu widzenia prawa wszystko jest w porządku.

2) Operacja, polegająca na zespoleniu żołądka z jelitem, zostaje przeprowadzona, ale chory umiera. Wciąż rozważany jest problem błędu.

3) Przeprowadzona zostaje operacja z „wycięciem wszystkiego". Mimo to chory umiera. „Jestem niewinny, ale po co to robiłem" – zadaje sobie pytanie lekarz.

We wszystkich tych przypadkach – tłumaczył prof. Noszczyk – chirurg działa zgodnie z prawem, ale od strony moralnej nie jest to takie jednoznaczne. Chirurg nigdy nie jest pewien, czy zrobił wszystko jak należy. „Jest jeszcze nasze trudne przeżycie wewnętrzne" – zakończył.

W toku dalszej części debaty głos zabrali znowu prawnicy. Prof. Zielińska zauważyła, że prawnik również nie odpowiada za błędną interpretację przepisu. Co do błędu, to jest to kategoria prawna, wynikająca z art. 4 ustawy o zawodzie lekarza, więc tej terminologii nie da się uniknąć. Podstawowym obowiązkiem lekarza jest kompetencja w danej dziedzinie. Przed lekarzem stają coraz to nowe wyzwania: postęp wiedzy, przeciążenie pracą; z drugiej strony wiedza medyczna staje się coraz bardziej dostępna, zaś pacjenci – bardziej świadomi swych praw. W pewnym

chaosie prawnym lekarze obawiają się odpowiedzialności (chodziło zapewne o nie zawsze doskonałe rozwiązania legislacyjne – M.B.) I jednym z ważniejszych problemów napotykanych w praktycznym stosowaniu prawa medycznego jest ta właśnie obawa. Stąd bierze się reakcja obronna, jaką jest czasem źle pojmowana solidarność środowiska lekarskiego, swoiste zwieranie szeregów. Z kolei ekspansja zawodów prawniczych w sferę medycyny powoduje wzrost napięć, które to napięcia są właśnie warte rozważenia.

Prof. Nesterowicz powrócił do statystyki sądowych sporów medycznych. Wyliczył, że nie więcej niż 10% spośród wspomnianych tysiąca trzystu spraw w 1999 r. opierało powództwo na błędzie lekarskim. Przeważają zakażenia szpitalne, a także zaniedbania czy opóźnienia w udzieleniu pomocy. Za sam błąd jeszcze nikt lekarza nie wini, bo co do zasady błąd nie przesądza automatycznie o winie. Wady organizacyjne rzeczywiście nie są błędami, tylko zaniedbaniami. Ponadto zwrócił uwagę, że zmiana statusu zatrudnienia sprawia, iż lekarze „na swoim" dopiero teraz, bez osłony pracowniczej (tzn. nie będący pracownikami w rozumieniu kodeksu pracy, a zatem nie korzystający z właściwej prawu pracy łagodzącej modyfikacji odpowiedzialności cywilnej – M.B.), zaczynają w rzeczywistości ponosić odpowiedzialność za szkody w leczeniu.

Prof. Szczerbań zauważył, że zarysowują się już negatywne skutki asekuranctwa lekarskiego, określane mianem „medycyny defensywnej". Sprowadza się to do podejmowania czynności zwalniających od ważnych, ale drastycznych decyzji. Narasta stan permanentnej obawy przed odpowiedzialnością, a przecież ktoś musi podejmować również i czynności o podwyższonym ryzyku. Ponadto zwrócił uwagę na nowe zjawisko na rynku medycznym, którym jest funkcjonowanie lekarzy w sektorze prywatnym nastawione na zysk, a nie zawsze związane z celem leczniczym.

W tym kontekście podnosił, iż w chwili obecnej błędów lekarskich pojawia się daleko więcej niż dawniej, a to z powodu dużej ilości rozwiązań alternatywnych, które z kolei pociągają za sobą konieczność wyboru mniejszego zła. Jako przykład podał zabiegi wykonywane techniką laparoskopii, powodujące czterokrotnie większą liczbę powikłań, niż przy zwykłych zabiegach chirurgicznych. Wynika to stąd, że laparoskopia jest metodą działania „przez dziurkę od klucza", co powoduje zwiększoną złożoność diagnostyki.

Poszukiwania w kierunku obiektywizacji błędu nie oznaczają źle pojmowanej solidarności zawodowej (?), natomiast wszelkie sensacyjne opinie w mediach prowadzą do szkód w postaci markowanego leczenia defensywnego.

Prof. Tołłoczko ponownie podkreślił zjawisko, nazywane przez niego „osaczeniem lekarza prawem". Utrzymując się w tym tonie podnosił, że są zawody (zapewne prawnicze – M.B.) zajmujące się wręcz wyszukiwaniem błędów lekarskich, co jego zdaniem doprowadzi do tragicznej sytuacji, gdy lekarz będzie troszczyć się bardziej o bezpieczeństwo własne, niż o pacjenta. Ciskał też gromy na operujące tanią sensacją audycje w mediach, szkodliwe jego zdaniem, gdyż w efekcie chory „boryka się między strachem a zaufaniem". Przyznał, że istnieje konieczność ujaw-

niania błędów lekarskich, ale powinno to jego zdaniem odbywać się tylko pod powagą sądu[2].

Na zakończenie prof. Tołłoczko ocenił, że błędów lekarskich wcale nie zdarza się ostatnio więcej, a właśnie mniej – w związku z postępem medycyny[3]. Ponadto istnieją takie sfery działalności medycznej, w których po prostu nie da się mówić o błędach: wszelkiego rodzaju badania obrazowe mogą dawać różne wyniki i różnie być interpretowane. Opisy radiologiczne opierają się na ocenie[4].

Prof. Nesterowicz zgodził się z przedmówcą, że dziennikarze wykazują tendencję do przejaskrawiania przytaczanych zdarzeń, ale przecież z drugiej strony niektóre przypadki są tak ewidentne, że o żadnym przejaskrawieniu nie może być mowy. Jako przykład podał głośną sprawę młodej kobiety, której z powodu podejrzenia nowotworu, lecz bez wykonania badania mammograficznego amputowano obie piersi (jak się później okazało – niepotrzebnie). Sąd przyznał następnie od Skarbu Państwa nędzną, zdaniem prof. Nesterowicza, kwotę 150 000 zł tytułem zadośćuczynienia za cierpienie, okaleczenie oraz upokorzenie spowodowane opuszczeniem przez męża. Do poniechanej już kwestii pozostawiania ciał obcych w polu operacyjnym odniósł się wypowiadając pogląd, iż ratowanie życia nie zawsze stanowi po temu usprawiedliwienie.

Prof. Noszczyk zgodził się z prof. Tołłoczką, że błędów lekarskich wcale nie popełnia się więcej, wzrasta tylko liczba oskarżeń, a co za tym idzie – procesów. Co do dziennikarzy – to muszą i powinni pisać, również dla dobra chorego, jednak źródłem wszelkiego zła są nacechowane przesadną sensacją nagłówki (tu podał kilka przykładów). Z pewną goryczą zauważył, iż lekarzom zaczyna się opłacać albo nie leczyć, albo leczyć zachowawczo i że lekarze się boją, gdy tymczasem sukcesów nie można mierzyć samą tylko niską śmiertelnością. Ta może być bowiem efektem po prostu nieoperowania trudnych lub wątpliwych przypadków i odsyłania ich do innych lekarzy.

---

[2] Cytowane zarzuty pod adresem mediów są prawdziwe, ale chyba przeczuleniem jest doszukiwanie się jakiejś szczególnej agresywności dziennikarzy wobec medyków; prasa zachowuje się identycznie, relacjonując kazusy „medyczne" i zwykłe sprawy kryminalne. Dodatkowy problem wynika stąd, że żurnaliści wykazują na ogół bolesną nieudolność nawet w prostym zreferowaniu zagadnień specjalistycznych (nie tylko medycznych), potrafią przeinaczać cudze wypowiedzi etc. Z drugiej strony, nie sposób zrealizować opisanego wyżej postulatu uczynienia z problemu szkód wyrządzonych przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych tematu tabu, niedozwolonego prasie.

[3] Pogląd ten wymagałby dopiero empirycznej weryfikacji, a w każdym razie argumentacja prof. Tołłoczki nie opiera się na poprawnym rozumowaniu. Nowoczesna technika w medycynie może dawać nowe możliwości, ale i sprowadzać nieznane wcześniej zagrożenia. Sami lekarze zwrócili uwagę na zwiększone ryzyko, wiążące się ze stosowaniem techniki laparoskopowej. Błyskawiczny postęp medycyny wiąże się też z koniecznością aktualizowania własnej wiedzy przez lekarza, a niejeden nie jest zdolny wymaganiu temu sprostać. Postęp może też osłabiać czujność lekarza przy czynnościach diagnostycznych. Dawnymi czasy było nie do pomyślenia, by lekarz w przesadnym zaufaniu do aparatury diagnostycznej pominął zebranie wywiadu i wykonanie badania przedmiotowego. Według badań przeprowadzonych w początku lat 80' na Uniwersytecie Harvarda „co dziesiątego zgonu można by uniknąć, gdyby lekarze po prostu wyciągali wnioski z naocznej obserwacji, zamiast zdać się bez reszty na elektroniczną maszynerię" – R.M. Youngson i I. Schott: *Pomyłki lekarskie. Zdumiewająca, lecz prawdziwa historia szarlatanerii w dziejach medycyny*; wyd. Puls, bez miejsca wydania, 1997, s. 171.

[4] Tymczasem, dodajmy, trudno jest sformułować jakieś obiektywne kryteria owej oceny, za wyjątkiem spraw aż nadto widocznych. Podjęty przez prof. Tołłoczkę temat jest częścią szerszego zagadnienia – na ile w przypadku poszczególnych typów czynności medycznych możliwa jest ich algorytmizacja i – w konsekwencji – na ile możliwe jest sformułowanie obiektywnych kryteriów oceny postępowania jako poprawnego lub niepoprawnego.

Jeszcze *á propos* błędów prof. Szczerbań dodał, że ze sprawnością manualną dobrego chirurga nie zawsze idzie w parze zdolność przewidywania skutków. W opiece medycznej nastąpił przełom, do którego lekarze nie są przygotowani. Okazuje się, że muszą działać w sposób przejrzysty, przy otwartej kurtynie. Tymczasem medycy dawnego pokolenia uważają, że pacjent nie jest przygotowany na takie informacje, a ponadto, że nie jest powołany do oceniania lekarza pod tym kątem. Przy tym lekarz z tytułu posiadanych uprawnień formalnych musi ponosić odpowiedzialność za swoje działania, a nie dotyczy to paramedyków i znachorów[5]. To wszystko – zakonkludował – składa się na niekorzystną atmosferę wokół lekarzy. Zwrócił uwagę na konieczność poprawienia stosunków między lekarzem a pacjentem, czemu służyć powinno przede wszystkim staranne prowadzenie dokumentacji medycznej, jak również to, iż popełniony błąd musi zostać ujawniony. Owa konieczność jest zdecydowanie za mało uświadomiona w środowisku lekarskim. Przy okazji wypowiedział opinię, że środowisko lekarskie wcale nie jest solidarne, chyba że na zewnątrz.

W poruszanej wielokrotnie kwestii medycyny defensywnej zabrała głos prof. Zielińska przypominając, iż w niektórych przypadkach asekuranctwa lekarzowi grozi odpowiedzialność karna za zaniechanie leczenia. Z kolei wracając do kwestii błędu wyjaśniła, iż terminologia ta wywodzi się z prawa karnego, a została sformułowana dla celów ograniczenia, a nie zaostrzenia odpowiedzialności lekarza. Błąd stanowi odwrotność postępowania *lege artis*. Prawdziwy błąd (w tym rozumieniu) jest zjawiskiem rzadkim. Zamiast tego spornego i odbieranego jako przestarzałe pojęcia zaproponowała „niewłaściwe postępowanie przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych". Względnie łagodną odpowiedzialność karną lekarzy wytłumaczyła tym, iż działania ich mają z reguły charakter nieumyślny, podczas gdy w prawie karnym podlegają odpowiedzialności co do zasady czyny popełnione z winy umyślnej. Dalej odniosła się do relacji praktycznych pomiędzy odpowiedzialnością karną a zawodową lekarza. Zwróciła uwagę, iż w sądach lekarskich sędziami są lekarze, zatem to lekarze osądzają lekarzy. Jeśli postępowanie przed sądem lekarskim wyprzedza w czasie proces karny przed sądem powszechnym, wówczas wyrok „zawodowy" rzutuje na wyrok karny w ten sposób, że w praktyce zastępuje opinię biegłego[6].

Jeszcze raz wracając do medycyny defensywnej i zaniechania leczenia prof. Tołłoczko wypowiedział opinię, że ryzyko nieoperowania pacjenta jest większe od ryzyka operacji[7], a od lekarza można wymagać umiejętności zarządzania ryzykiem. Następnie Profesor ponownie utyskiwał na prasę stwierdzając, iż dziennikarze uzurpują sobie prawa oficerów śledczych, prokuratorów, sędziów i egzekutorów naraz (poglądowi temu zresztą nie sposób odmówić słuszności). W tymże duchu przypomniał, że powstało stowarzyszenie praw pacjenta, którego członkowie „wszystko wiedzą, a nic nie rozumieją". Tyradę zakończył postulatem, iż „wszystkie te sprawy powinny być jakoś regulowane". Jak rozumiem miałoby chodzić o ograniczenie

[5] Cytowany tu pogląd o prawnej nieodpowiedzialności znachorów i szarlatanów nie ma oparcia w faktach.
[6] Dodajmy, że podobnie bywa w procesach cywilnych.
[7] Jeśli pogląd ten odczytać dosłownie, jest on nieprawdziwym uogólnieniem; w pewnych sytuacjach ryzyko wykonania określonej czynności X bywa mniejsze, a w innych większe od ryzyka niewykonania tejże czynności.

wolności prasy i wolności stowarzyszeń, bo innego sposobu „uregulowania" raczej nie sposób sobie wyobrazić.

Odnośnie wyroków sądowych (cywilnych) w sprawach lekarskich Profesor zganił, że dla udowodnienia adekwatnego związku przyczynowego między zachowaniem sprawcy a poniesioną szkodą wystarczy w praktyce „dostateczne prawdopodobieństwo" i postawił pytanie, czy to nie jest dyskryminacja wobec lekarzy i czy nie należy żądać w tym względzie stuprocentowej pewności.

W dyskusji, która odbyła się po przerwie, zabrał głos przede wszystkim prof. Religa. W swej wypowiedzi poruszył problem standardów w opiece medycznej i pod adresem obecnych na sali prawników skierował pytanie, na ile pacjent ma prawo wymagać leczenia zgodnie z przyjętymi standardami, tzn. takimi, które są powszechnie akceptowane przez stowarzyszenia lekarskie. Przykładowo: czy gdy w szpitalu, do którego przywieziono pacjenta z zawałem serca, nie ma dostatecznych możliwości technicznych, by go uratować, podczas gdy odpowiednimi urządzeniami dysponuje szpital sąsiedni – to czy rodzina pacjenta ma prawo dochodzić odszkodowania powołując się na zarzut braku odpowiedniego sprzętu? Po drugie – jak zauważył – jednym z niezawinionych powikłań chirurgicznych jest infekcja wynikająca z określonych warunków szpitalnych – np. z tego, że szpital po prostu nie posiada dość separatek i pacjenci leżą na wieloosobowych salach zarażając jeden drugiego. Lekarz ma wówczas pełną świadomość, że pracuje w warunkach zdecydowanie niewystarczających, ale jednocześnie wiadomo, że pieniędzy nie ma i nie będzie. Wyraził myśl, że lekarz wprawdzie nie ponosi odpowiedzialności, ale można mu przypisać winę (jak rozumiem, Profesorowi chodziło o winę jedynie w sensie moralnym – M.B.), iż akceptuje ten stan rzeczy. W podobnym duchu postawił również pytanie, czy w warunkach, gdy wiadomo, iż nie ma możliwości izolowania pacjentów przed rozprzestrzeniającą się infekcją – lekarz ma w ogóle prawo operować?

Odpowiedzi udzielił prof. Nesterowicz. Zaczął od tego, że infekcje szpitalne są wynikiem wieloletnich zaniedbań. Do tej pory odszkodowanie płacił Skarb Państwa, obecnie odpowiedzialność spada na konkretny zakład opieki zdrowotnej. W każdym razie nie może być tak, by pacjent nie otrzymał odszkodowania za to, że w szpitalu został zarażony chorobą. Jeśli chodzi o standardy, to w 1998 r. SN zawyrokował, że właściwą miarę staranności stanowi „przeciętny poziom świadczeń w powszechnej służbie zdrowia". Ten przeciętny poziom powinien być utrzymany wszędzie, natomiast wobec klinik i szpitali reprezentujących wyższy poziom referencyjny można wymagać więcej.

Prof. Religa domagał się odpowiedzi bardziej precyzyjnej; jak np. ocenić sytuację, gdy jeden stołeczny szpital, będąc nienależycie wyposażony, nie odesłał pacjenta do innego szpitala, też w stolicy, a wyposażonego lepiej.

Prof. Nesterowicz wyjaśnił, że co innego stolica, a co innego prowincja, aczkolwiek standardów odnośnie sprzętu, w który mają być wyposażone szpitale, nie ma. Przede wszystkim jednak szpital „niedoinwestowany" nie powinien pacjenta przyjąć, tylko ma obowiązek skierować go do placówki wyposażonej właściwie.

W dalszej części dyskusji prezydium oddało pole osobom obecnym na sali. Pierwszy zabrał głos dr Malanowski, reprezentujący Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich. Ocenił, że za niedostatki opieki medycznej należy większą winą obarczyć nie medycynę, a prawo (system prawny, nie prawników). Jako argument powołał ustawę o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, którą obdarzył epitetem „nieszczęsny gniot". Ów gniot po kilkunastu nowelizacjach jest wciąż niedoskonały. Najubożsi są przezeń dyskryminowani dodatkową składką na ubezpieczenie zdrowotne. RPO groził już w tej sprawie Trybunałem Konstytucyjnym, ale ustawodawca ani myśli się opamiętać. Tymczasem generalny problem zasadza się na pytaniu, czy ta ustawa w ogóle mieści się w ramach konstytucji. Albowiem konstytucja stanowi, iż ustawa ma określać warunki i zakres udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych[8]. Ekspertyzy wykazują natomiast, że pobierane od obywateli składki na powszechne ubezpieczenie zdrowotne wcale nie są środkami publicznymi, a tym bardziej Kasa Chorych nie jest władzą publiczną. Ustawa nie realizuje zatem konstytucyjnych gwarancji.

Wobec tego winne jest niedoskonałe prawo, nie zaś prawnicy, którzy nie przestają alarmować władzy, ale ta – jak zwykle władza – nic sobie z tego nie robi. Przy okazji dr Malanowski zauważył, że wg jego oceny wpływające do Rzecznika Praw Obywatelskich skargi na postępowanie lekarzy są w większości pieniacze i nieuzasadnione merytoryczne. Pozostaje jednak ta druga część skarg, na podstawie których widać, iż lekarze dopuszczają się uchybień, czemu ponadto towarzyszy źle pojmowana solidarność środowiska. Głównym wrogiem poszkodowanych jest obecnie przewlekłość procedur sądowych.

Jeśli chodzi o wymagania, jakie system prawny stawia lekarzom, to tak lekarze, jak prawnicy zobowiązani są „tylko" do starannego działania, a nie do rezultatu[9]. Ten rodzaj zobowiązania lekarskiego rzutuje na kwestię odpowiedzialności, w tym – przestrzegania standardów i tzw. prawideł sztuki. Mimo, iż jedno i drugie jest nieodzowne – zauważył dr Malanowski – lekarz ma jednak prawo do błędu[10]. Z drugiej strony, w zawodach „zaufania publicznego", do których zawód lekarza jak najbardziej się zalicza, odpowiedzialność jest zaostrzona (chodzi o podwyższony poziom staranności, wymaganej od tego rodzaju osób – M.B.). Co do dziennikarzy – wspomniał na marginesie, iż bywają oni nieodpowiedzialni, upraszczają i przeinaczają fakty do tego stopnia, że on sam zawsze odmawia wystąpień bez zastrzeżenia autoryzacji. W konkluzji stwierdził cierpko, że państwo uczyniło wszystko, by odpowiedzialność za szkody przy leczeniu rozbić między możliwie dużo podmiotów.

Na to znów zabrał głos prof. Tołłoczko. Wyjaśniał, że społeczność lekarska zwiera szeregi tylko w razie niezrozumienia motywów działania (?), a nie błędów leka-

[8] Art. 68 ust. 2: *„Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa"*.

[9] Tzn. poza przypadkami szczególnymi można od lekarza wymagać, aby leczył dokładnie tak, jak to przewiduje aktualny stan wiedzy, natomiast nie można czynić zarzutu z tego, że nie wyleczył.

[10] Oczywiście tylko jest to prawo do „błędu" w sensie potocznym; tzn. lekarzowi „ma prawo się nie udać" leczenie; lekarz nie ma prawa do błędu w sensie: prawa do leczenia w sposób sprzeczny z aktualnym stanem wiedzy.

rzy. „Pułapek na nasze sumienie jest strasznie dużo i czasem się w nie wpada" – dodał. Trzeba zastanowić się, na co stać państwo, na co – obywatela. Na standardy w leczeniu siłą rzeczy wpływa zarówno poziom wiedzy, jak poziom finansowania. Prawdopodobieństwo zakażeń szpitalnych zwiększają zatłoczone sale. Z kolei na nieprecyzyjność diagnozy może mieć wpływ niedoinformowanie lekarza przez pacjenta (niewątpliwie, jednak zazwyczaj takie „niedoinformowanie" świadczy o niestarannym zebraniu wywiadu – M.B.). Odpowiedzialność zawsze spada na personel najniższego szczebla, tj. na lekarza dyżurnego lub na rejestratorkę. Wyraził przekonanie, iż nie było dotąd procesów sądowych z powodu błędów w finansowaniu czy błędów organizacyjnych[11].

Mec. Zaleski, adwokat z Katowic, podzielił się ze zgromadzonymi refleksjami z praktyki własnej. Na początek zaznaczył, że to lekarze przychodzą do niego, a on sam nie ma zwyczaju reklamować się po szpitalach[12]. Następnie zarzucił lekarzom, że uciekają się do argumentacji typu magicznego dla usprawiedliwiania własnego postępowania; powiadają więc, że lekarz ma prawo do błędu, bo w kwestiach medycznych z zasady nic nie wiadomo lub wiadomo niewiele (w istocie, gdyby było to prawdą, zawód lekarza byłby jakąś odmianą praktyk szamańskich – M.B.) Odnośnie „defensywy medycznej" jak określił negatywne przejawy zawodowej solidarności, poskarżył się, że w prowadzonych przezeń sprawach częstokroć nie sposób uzyskać jednoznacznych opinii biegłych, czy błąd lekarski miał miejsce, czy nie. Dlatego zaproponował *de lege ferenda*, aby stworzyć definicję ryzyka medycznego (na wzór ryzyka tzw. gospodarczego czy tzw. nowatorskiego) jako kryterium pomocniczego przy ustalaniu istnienia lub nieistnienia błędu.

W odpowiedzi prof. Szczerbań przyznał, że w istocie lekarze umykają czasem w sferę magiczną. Jednak z drugiej strony w medycynie istnieje nadal coś takiego, jak sfera niewiedzy. Np. komputerowa diagnostyka nie daje się przedstawić w formie jednoznacznych zasad postępowania. Lekarz ma ponadto rozmaite doświadczenia własne i wówczas jest to problem osobistej uczciwości, aby przyznać się do niewiedzy. W wielu przypadkach ujęcie wiedzy medycznej w ramy obiektywne będzie po prostu niemożliwe[13].

Na to nakładają się nacechowane emocjonalnie reakcje opinii publicznej. Media – wrócił jeszcze raz do tego zagadnienia prof. Szczerbań – mogą i powinny informować w sposób należyty; na lekarzy wpływa to dyscyplinująco, jednak nie należy podważać zaufania pacjentów do środowiska lekarskiego w ogóle. Jeśli chodzi o próbę pomiaru ryzyka lekarskiego w Polsce, to brak jest po temu dostatecznych doświadczeń[14]. Dla porównania, w USA powstał uwarunkowany ekonomicznie sys-

[11] W praktyce zarówno sądów powszechnych jak sądów lekarskich wielokrotnie można się spotkać z odpowiedzialnością przełożonego, a także z odpowiedzialnością za skutki wynikłe z wadliwej organizacji zakładu leczniczego.

[12] Była to reakcja na uprzednie wypowiedzi lekarzy, jakoby prawnicy czyhali pod szpitalami, nagabując wychodzące osoby, by następnie do spółki z mniej lub bardziej poszkodowanym pacjentem puścić lekarza z torbami; o ile nam wiadomo, zjawisko tego rodzaju spotyka się w USA, natomiast polski adwokat ma zazwyczaj do wyboru znacznie bardziej intratne źródła dochodów, by tracić czas na „czyhanie".

[13] Sądzę, że coś, co jest niemożliwe do ujęcia w ramy obiektywne w ogóle nie jest wiedzą, w szczególności medyczną.

tem standardów i większość procesów odszkodowawczych dotyczy po prostu leczenia poniżej ustalonego standardu.

Prof. Nesterowicz wtrącił, że niewątpliwie element zaufania jest warunkiem koniecznym powodzenia w leczeniu. Przypomniał, iż w prawie rzymskim umowa zlecenia była ukształtowana jako nieodpłatna, więc lekarz leczył tylko w oparciu o zaufanie ze strony pacjenta.

Z sali zadano pytanie (zdaje się, że sformułowane przez prokuratora okręgowego w Koninie) o to, czym właściwie jest błąd w sztuce lekarskiej. Padła propozycja, by nie zawężać tego pojęcia, bowiem ścisłe rozumienie błędu, tj. jako niezawinione niezastosowanie standardów nie prowadzi do odpowiedzialności ze względu na brak winy[15]. Dlatego – mówca zgodził się z wcześniejszą opinią prof. Zielińskiej – należy skoncentrować się na pojęciu niewłaściwego postępowania. Trzeba nadto odróżnić odpowiedzialność cywilną od odpowiedzialności karnej. W publicznej służbie zdrowia lekarz będący pracownikiem praktycznie nie ponosił odpowiedzialności cywilnoprawnej[16] (ponosił natomiast odpowiedzialność karną – M.B.). Odpowiedzialność karna jest także oparta na zasadzie winy i to nie winy „anonimowej", lecz zawsze winy personalnej. To zawinione naruszenie może być rezultatem niewiedzy, niedowładu organizacyjnego, ale może też wynikać z ogólnego bałaganu przy leczeniu, czy przy wykonywaniu danego zabiegu. Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej wymaga to w każdym przypadku ustalenia winy i przypisania jej konkretnej osobie lub osobom.

Mec. Tomasz Musiał, adwokat w Szczecinku, związany niegdyś – jak powiedział – z tygodnikiem „Wprost", raz jeszcze przypomniał, że nie prowadzi do odpowiedzialności jakiegokolwiek rodzaju obiektywna niemożność wyleczenia, nieistotne przy tym, czy wynikająca z przyczyn finansowych, czy innego rodzaju. Coraz częściej jednak słyszy się o błędach ewidentnie wynikających z niedbalstwa lub niewiedzy. Tutaj podał dwa barwne przykłady z rodzinnego miasta. W pierwszym z nich pacjentowi ukąszonemu przez żmiję nie podano surowicy, ponieważ nie udało się znaleźć klucza do apteki przyszpitalnej. Koniec końców chory został więc odesłany do szpitala wojewódzkiego. W drugim – pacjentka uskarżająca się na ból zamostkowy przybyła prosto do gabinetu EKG, tam jednak lekarz kazał jej czekać na lekarza rodzinnego; trwało to godzinę, w ciągu której pacjentka zdążyła umrzeć. Następnie mówca dowodził, iż małym środowiskom właściwe jest „kneblowanie" prasy drogą nieformalnych nacisków. Dziś dziennikarze piszą o tym i bardzo dobrze, byleby z należytą fachowością (co odnosi się zresztą nie tylko do materii medycznej). Nie trzeba jednak narzekać na niefachowych dziennikarzy, skoro mamy

[14] Mamy tu do czynienia z jednym z wielu międzybranżowych nieporozumień w dyskusji; wspomniana wyżej propozycja mec. Zaleskiego dotyczyła stworzenia normatywnej definicji kontratypu ryzyka w medycynie, a nie empirycznego pomiaru ryzyka realnie istniejącego, o czym mówi prof. Szczerbań.

[15] I tu mamy chyba do czynienia z nieporozumieniem; przez „błąd lekarski" rozumie się w literaturze przedmiotu postępowanie wadliwe (tj. nie odpowiadające aktualnemu stanowi wiedzy) **niezależnie od tego, czy było ono zawinione** – nie zaś postępowanie wadliwe, które było niezawinione.

[16] Mówiąc precyzyjnie: ponosił odpowiedzialność – ale obowiązek odszkodowawczy nie mógł przekroczyć trzymiesięcznego wynagrodzenia przysługującego pracownikowi w dniu wyrządzenia szkody, co wynika z art. 119 i 120 kodeksu pracy.

również niefachowych lekarzy[17]. Opinia publiczna bywa epatowana ogromnymi odszkodowaniami orzekanymi przez sądy za granicą. U nas nie ma jeszcze takiej tradycji, a kwoty przyznawanych zadośćuczynień są nieadekwatne do doznanych krzywd. Rzadkość stanowią takie kwoty, jak cytowane wcześniej 150 000 zł za medycznie nieuzasadnioną amputację u pacjentki obu piersi. W praktyce nie można liczyć na więcej, niż 15-20 tys. zł i to tylko w przypadku zarażenia w szpitalu żółtaczką.

Prof. Nesterowicz wytłumaczył z pewnym przekąsem, że w Polsce dla potocznej świadomości 150 tys. zł odszkodowania to i tak bardzo dużo. Przytoczył kuriozalną argumentację pozwanych w tejże samej sprawie pacjentki po amputacji piersi: radca prawny, *nota bene* kobieta, podnosiła, iż 150 000 zł stanowi kwotę nazbyt wygórowaną, ponieważ poszkodowana nie jest ani tancerką, ani striptizerką (!).

Mec. Piotr Lipiński, radca prawny, zadeklarował od razu na wstępie, że będzie złośliwy, po czym wylał na głowy lekarzy kubeł pomyj. Wedle jego opinii prawo chorego do opieki według właściwego standardu jest fikcją. Kodeks Etyki Lekarskiej zabrania lekarzowi negatywnego opiniowania zachowań innych lekarzy, skutkiem czego udowodnienie winy konkretnego lekarza jest niemożliwe[18]. Dał wyraz poczuciu prześladowania twierdząc, iż w małych miasteczkach (czyli tam, gdzie on sam prowadzi praktykę) panuje, jak to określił, „terror" polegający na tym, że ani adwokat nie wystąpi w sprawie, ani lekarz nie skrytykuje innego lekarza ze strachu, że kiedyś być może sam będzie leczony w danym szpitalu. Zdaniem mówcy nie da się przebrnąć choćby przez postępowanie wyjaśniające prowadzone przez właściwego rzecznika odpowiedzialności zawodowej, gdyż ten w dziewięćdziesięciu dziewięciu procentach przypadków stwierdza, że pacjent i tak musiał umrzeć[19]. Gdy telefonuje się na pogotowie, to rejestratorka ma prawo nie przysłać karetki (przy okazji wypowiedział się negatywnie na temat poziomu wykształcenia rejestratorek w pogotowiu). Zaproponował, aby przede wszystkim zająć się ochroną chorego. Jego zdaniem, nie ma żadnej ochrony prawnej chorych, skoro udowod-

[17] Jest to argument wyraźnie demagogiczny, według którego ma prawo krytykować tylko ten, kto sam jest świetlany i bez zarzutu. Równie dobrze można twierdzić w drugą stronę, że nie trzeba narzekać na niefachowych lekarzy, skoro mamy również niefachowych dziennikarzy...

[18] Jest to opinia przesadna. Autorowi chodziło niewątpliwie o art. 52 KEL z którego wynika m.in, że *„lekarze winni okazywać sobie wzajemny szacunek"*, oraz że *„lekarz nie powinien wypowiadać wobec chorego i jego otoczenia, a także wobec personelu asystującego lub publicznie, niekorzystnej oceny działalności zawodowej innego lekarza lub dyskredytować go w jakikolwiek sposób"*. W praktyce sądów lekarskich przepis ten nie jest odczytywany jako zasada absolutna; uznaje się raczej, iż w razie kolizji między dobrem pacjenta a zasadą solidarności wyrażoną w art. 52 KEL ta ostatnia musi ustąpić. Taką linię orzecznictwa przyjmuje warszawski OSL. W innych okręgach bywa, niestety, że przepis ten odczytuje się dosłownie. W „Gazecie Wyborczej" opisywana była nie tak dawno sprawa lekarza, którego macierzysty (tarnowski) OSL ukarał naganą za sporządzenie na prośbę pacjentki opinii o jej stanie zdrowia, w której zakwestionował poprawność wcześniejszego leczenia. *Zbyt wiele lekarskiej solidarności*. Gazeta Wyborcza, 25.02.1999.

[19] W tym punkcie „dziewięćdziesiąt dziewięć procent" stanowi, jak rozumiem, tylko chwyt retoryczny. W rzeczywistości procent spraw podjętych i zakończonych skierowaniem do OSL przez rzeczników w latach 1990-1998 wahał się od 4,2% w Łodzi do 21,4% w Opolu. W ogóle odmówiono wszczęcia postępowania w stosunku do 16,6% spraw (Opole) do 46% (Olsztyn). Dane za: Biuletyn Informacyjny Sądu Lekarskiego i Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej nr 1/1999. Jednocześnie, podawane w tej samej publikacji ogromne, a niezrozumiałe różnice w statystyce spraw między poszczególnymi okręgami Izb Lekarskich mogą sugerować, że zjawisko opisywane przez mec. Lipińskiego w niektórych rejonach Polski rzeczywiście występuje.

nienie lekarzowi błędu jest niemożliwe. Za zarażenie żółtaczką sądy orzekają jakieś śmieszne zadośćuczynienia rzędu 10-20 tys. zł, ponieważ wyższe kwoty pozostają poza granicami wyobraźni sędziego. Z kolei lekarz personalnie nie ponosi poważniejszej odpowiedzialności finansowej, ponieważ sam zarabia 3000 zł[20]. Dopóki lekarz – zakonkludował – nie odczuje tego, iż ciężar odszkodowania spoczywa na nim samym, póty ochrona prawna pacjenta będzie iluzoryczna.

Przedstawicielka prokuratury rejonowej w Gdańsku dorzuciła do tego ogródka jeszcze jeden kamyk w postaci przykładu z własnej praktyki. Miał miejsce wypadek podczas ćwiczeń sportowych; jedenastolatek spadł z drabinek i doznał urazu ręki. Po wykonaniu rentgena rękę włożono w gips i pacjenta odesłano do domu. W jakiś czas później ortopeda stwierdził, iż ręka jest zwichnięta. Gips zdjęto i zaordynowano regenerację [?] stawu łokciowego. Pytanie brzmi: co doradzić rodzicom, którzy bali się kosztów postępowania, bo było wiadome z góry, że przegrają sprawę?

Prof. Noszczyk nie pozostał dłużny, określając mec. Lipińskiego nie jako złośliwca, lecz demagoga. Ów rzekomo biedny i zastraszony adwokat w małym miasteczku akurat nie ma się czego bać, bo przecież nic nie stoi na przeszkodzie, by leczył się gdzie indziej. Nieprawda, że biegli trzymają stronę obwinionych lekarzy. Wystarczy zajrzeć do akt izby lekarskiej. Biegli są realistami, ale zarzuty stawiane lekarzom okazują się w dziewięćdziesięciu procentach niesłuszne. Biegli są po prostu obiektywni[21].

Prof. Zielińska udzieliła odpowiedzi na pytanie, postawione przez prof. Religę. Upewniwszy się, że nie chodzi o leczenie wysoko specjalizowane (jako, że ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym przewiduje trzy typy świadczeń: standardowe, ponadstandardowe i „wysokospecjalistyczne procedury medyczne"; kardiochirurgia należy do tej trzeciej grupy) poinformowała, że o pierwszeństwie dostępu do świadczeń zdrowotnych decydują względy medyczne, a procedury w tym względzie (ustalania kolejności) mają charakter jawny. Jeśli w ramach standardu nie ma dostępu do świadczenia, to powstaje problem, czy pacjentowi służy wobec kasy chorych roszczenie o ustalenie prawa do świadczenia zdrowotnego, z możliwością odwołania się do sądu pracy[22]. Natomiast w odnie-

[20] Jest to pogląd nader optymistyczny; w systemie publicznej ochrony zdrowia kwota taka dotyczy chyba tylko nielicznych lekarzy.

[21] Znów jest to materia, w której należy wystrzegać się uogólnień, niemniej autor nazbyt pochopnie twierdzi, że „biegli są po prostu obiektywni". Spotyka się w praktyce zarówno opinie jawnie stronnicze, jak opinie uczciwe. Zastępca Naczelnego Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej dr T. Korta wskazuje, że spotyka się „nieadekwatne opinie biegłych, kłócące się z podstawową wiedzą medyczną"; opinie nieadekwatne do tego stopnia, że trzeba powołać w sprawie kolejnego biegłego (T. Korta: Przyczyny przewlekłości postępowania wyjaśniającego rzecznika odpowiedzialności zawodowej; Biuletyn Informacyjny Sądu Lekarskiego i Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej, nr 1/1999). Zakładam, że sądy lekarskie i rzecznicy kierują żądanie wystawienia opinii do osób o ustalonej pozycji zawodowej, dysponujących wiedzą profesjonalną na poziomie ponadprzeciętnym. Jeśli osoby takie udzielają opinii „nieadekwatnych", nasuwa się, niestety, przypuszczenie, że biegły postępuje nieuczciwie, a nie, że sam ma braki w wykształceniu. Podkreślmy, że chodzi o opinie kierowane do sądów lekarskich i rzeczników, tj. de facto do innych, doświadczonych zawodowo lekarzy. Można się obawiać, że procent opinii nierzetelnych wystawianych na żądanie sądów powszechnych i prokuratorów może być większy, gdyż nieuczciwy biegły może liczyć na to, że nielekarz nie zauważy, że treść opinii „kłóci się z podstawową wiedzą medyczną".

sieniu do świadczeń wysokospecjalistycznych – stwierdzenie uchybień w przestrzeganiu procedury dostępu daje prawo zwrócenia się w tej sprawie do Ministerstwa Zdrowia.

Prof. Szczerbań zaoponował wobec filipiki mec. Lipińskiego tłumacząc, iż nie można zakładać, że wszyscy (lekarze) są szubrawcami. Sądy nie dysponują przejrzystymi kryteriami oceny[23], bo sytuacje medyczne to nie prawo o ruchu drogowym. Największy problem stanowi polska sytuacja społeczna, która rzutuje na relację między lekarzem a pacjentem.

Prof. Noszczyk dodał, że biegłemu zdarza się mieć wątpliwości, które ma zresztą obowiązek wykorzystać obrona[24].

Prof. Zielińska w nawiązaniu do postulatu stworzenia pojęcia „ryzyko lekarskie" wskazała, że w ustawie o zawodzie lekarza określone jest ryzyko nowatorstwa (inaczej: ryzyko eksperymentu – w przepisach rozdziału IV). Natomiast co do „zwykłego" ryzyka lekarskiego, to standard właściwego postępowania określony jest w art. 4 tejże ustawy, jednak bardzo ostrożnie i niedostatecznie wyraźnie[25]. Należyta staranność lekarska to przecież nie to samo, co staranność wzmożona, szczególna – jakiej prawo wymaga wyraźnie np. od pielęgniarek czy notariuszy[26]. Z kolei co do Kodeksu Etyki Lekarskiej (prof. Zielińska sprostowała podaną przez mec. Lipińskiego interpretację jego przepisów) to powiada on, iż lekarz ma obowiązek sygnalizować błędy innych lekarzy władzy samorządowej, czyli Izbom Lekarskim[27].

Prof. Nesterowicz po raz kolejny zadeklarował się jako zwolennik szwedzkiego systemu ubezpieczeń medycznych. Otóż uzyskanie odszkodowania „z ubezpieczenia" jest całkowicie niezależne od tego, czy lekarz zawinił, czy nie. Wynagrodzenie

---

[22] Art. 147 u. o powsz. ubezp. zdr.: *„Od decyzji Kasy Chorych w sprawach dotyczących objęcia ubezpieczeniem zdrowotnym oraz ustalenia prawa do świadczeń przysługuje odwołanie do sądu pracy i ubezpieczeń społecznych w terminach i na zasadach określonych w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu odrębnym w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych."*

[23] Co jednak nie znaczy, że nie dysponują **żadnymi** kryteriami oceny.

[24] Oczywiście, że biegły może mieć wątpliwości. Przedmówcy zwracali jednak uwagę na sytuacje, kiedy biegły ma wątpliwości odnośnie prawidłowości postępowania lekarza, czy wręcz uznaje je za postępowanie prawidłowe wbrew znanym biegłemu faktom.

[25] „Lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze **wskazaniami aktualnej wiedzy** medycznej, **dostępnymi mu metodami i środkami** zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z **zasadami etyki** zawodowej oraz z **należytą starannością**."

[26] Art. 49 ustawy: prawo o notariacie z 14 lutego 1991 r.(Dz.U. nr 22 z 1991 r. z późn. zm.): „Notariusz ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnych na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, z uwzględnieniem **szczególnej staranności**, do jakiej jest obowiązany przy wykonywaniu tych czynności." Art. 18 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej z 5 lipca 1996 r., (Dz.U. nr 91 z 1996 r. z późn. zm.): „Pielęgniarka, położna wykonuje zawód zgodnie z **aktualną wiedzą medyczną**, dostępnymi jej metodami i środkami, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz ze **szczególną starannością**."

[27] Nie jest to oczywiste. Art. 52 ust. 3 KEL brzmi: *„Wszelkie uwagi o dostrzeżonych błędach w postępowaniu innego lekarza [lekarz] powinien przede wszystkim przekazać zainteresowanemu lekarzowi. Poinformowanie organu izby lekarskiej o zauważonym naruszeniu zasad etycznych i niekompetencji zawodowej nie godzi w zasady solidarności zawodowej."* Przepis ten odczytywany dosłownie **nie** nakłada wyraźnego **obowiązku** sygnalizowania błędu drugiego lekarza, a jedynie **prawo** sygnalizowania takiego błędu (obowiązek o tej treści można byłoby jedynie próbować odczytać w drodze wykładni). Wg art. 52 ust. 3 KEL lekarz ma natomiast powinność zwrócić uwagę na popełniony błąd temu, kto go popełnił. Nie jest to rozwiązanie sprzyjające prawidłowemu funkcjonowaniu medycyny ani bezpieczeństwu pacjentów. Warto też zauważyć, że zasady etyki amerykańskiego stowarzyszenia lekarzy (*American Medical Association*) przewidują *expressis verbis* regułę postępowania całkowicie jednoznaczną, nakazującą zawsze ujawniać wadliwe postępowanie innych lekarzy (*A physician shall deal honestly with patients and colleagues, and strive to expose those physicians deficient in character or competence, or who engage in fraud or deception.* – AMA Principles of Medical Ethics, section II).

szkód przebiega (od strony proceduralnej) szybko i prosto, stanowi jednak tylko alternatywę dla dochodzenia odszkodowania na ogólnych zasadach prawa cywilnego. Naprawieniu podlegają szkody będące następstwem jednej z sześciu kategorii zdarzeń: 1) leczenia, 2) wad instrumentów lub materiałów medycznych, 3) infekcji, 4) diagnozy, 5) wypadku przy leczeniu, 6) nieprawidłowego zaordynowania lub podania leku. Obowiązkiem tym nie są natomiast objęte szkody doznane w warunkach braku zgody pacjenta (tych można więc dochodzić tylko na zasadach ogólnych). Rezultat wprowadzenia owego systemu jest taki, że na przestrzeni jednego roku przed sąd powszechny trafia zaledwie 15-20 „spraw medycznych".

Podstawowe pytanie, jakie można tu sobie zadać, to czy w Polsce model szwedzki dałby się zastosować? Jest to możliwe pod dwoma warunkami 1) scentralizowania wszystkich składek ubezpieczeniowych lekarzy w jeden fundusz oraz 2) uzupełnienie funduszu wkładem Skarbu Państwa, co jest słuszne o tyle, że reforma opieki zdrowotnej uwolniła państwo od odpowiedzialności za szkody wywołane przez lekarzy[28].

Dr Bogumiła Kępińska-Mirosławska, lekarz chorób wewnętrznych, biegła sądowa i zarazem studentka II roku prawa zabrała głos w sprawie standardów w opiece medycznej. W istocie są ich dziś dwa rodzaje: jedne, minimalne, ustalane przez kasy chorych, drugie zaś wskazują optymalny sposób postępowania w świetle aktualnego stanu wiedzy. Te ostatnie nie mają (bezpośredniego) umocowania prawnego[29], więc nie są przymusowe. Część środowiska lekarskiego odbiera je jako ograniczenie wolności. Odstąpienie od standardu jest jednak dopuszczalne, jeśli istnieje należyte uzasadnienie takiego odstąpienia. Biegły odpowiada zawsze jedynie na konkretnie postawione pytanie. Przede wszystkim więc trzeba wiedzieć, o co pytać[30]. Pani Kępińska-Mirosławska dodała też, że dopiero będąc studentką prawa zaczęła dostrzegać pewne intencje sądu zawarte w pytaniach kierowanych do biegłych, ale nie wypowiedziane wyraźnie.

Odnosząc się do standardów ustalanych przez kasy chorych, prof. Nesterowicz wyraził nadzieję, że wkrótce zaczną się procesy z kasami na podstawie art. 61 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, z powołaniem się na winę w wybo-

[28] Mam wątpliwości odnośnie tego twierdzenia; wprowadzenie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka wymagałoby co najmniej wykonania ekonomicznej symulacji kosztów systemu; nie jest powiedziane, czy źródła finansowania wspomniane przez prof. Nesterowicza pokryłyby koszty odszkodowań w sytuacjach zdefiniowanych według szwedzkiego modelu. Prawdopodobnie ostatecznie konieczne byłoby znalezienie innych źródeł finansowania odszkodowań poprzez przerzucenie ich w koszty świadczeń medycznych. Tak czy inaczej, niezależnie od mechanizmu finansowania, system ten polega na przerzuceniu kosztów odszkodowań dla pacjentów poszkodowanych na pozostałych pacjentów lub wręcz na wszystkich ubezpieczonych. Może to budzić wątpliwości natury słusznościowej, skoro chodzi o kompensację kosztów zdarzeń, które dziś stanowią normalne ryzyko leczenia spadające na tego, kto leczyć się chce.

[29] Mają umocowanie pośrednie w ogólnym wymogu zachowania „należytej staranności" (określonym w ustawie o zawodzie lekarza), „staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju" (wg k.c.) oraz „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach" (wg k.k.).

[30] T. Korta (*Przyczyny przewlekłości...*) zwraca uwagę, że jeśli zadaje się biegłemu pytanie: „czy uważa, że pacjent był właściwie leczony?" można się niemal na pewno spodziewać odpowiedzi: „tak, pacjent był leczony właściwie". Biegłego trzeba czasem przyprzeć do muru: właściwe i precyzyjne formułowanie pytań powoduje, że biegły choćby chciał, nie może się wykręcić od odpowiedzi zgodnej z aktualnym stanem wiedzy. Niestety, o ile organy samorządu zawodowego lekarzy mogą zadawać biegłemu pytania według tej wytycznej, znacznie trudniej przychodzi to organom władzy publicznej, tj. prokuratorom i składom orzekającym w sądach powszechnych (no, chyba, że w składzie trafi się przypadkowo ławnik-lekarz...).

rze niewłaściwego zakładu opieki zdrowotnej (w sensie: wyboru zakładu leczniczego, którego personel lub wyposażenie nie odpowiadają standardom – M.B.).

Hanna Szwed z Instytutu Kardiologii zakończyła tę część obrad uwagą, że niestosowanie się lekarza do zaleceń Polskiego Towarzystwa Kardiologicznego uznałaby w swoim ośrodku za niewątpliwe zaniedbanie, jednak nie wszystkie szpitale mają fizyczną możliwość ich stosowania.

Oceniając pierwszą część dnia można jedynie powiedzieć, że przebieg debaty był, niestety, aż nazbyt typowy. Zawsze wygląda ona podobnie, gdy lekarzom i prawnikom przyjdzie w dużej grupie, publicznie dyskutować o ogólnych zasadach prawnej odpowiedzialności lekarza. Lekarze za wszelką cenę próbują wówczas udowodnić, że niepoprawne postępowanie w medycynie jest mitem, zjawiskiem realnie nie istniejącym, wymyślonym przez złowrogiego prawnika, względnie stanowiącym jakiś niewart wspomnienia margines. Ponadto, wszystkiemu są winne względy obiektywne (finansowe i organizacyjne), za które lekarze nie odpowiadają. I co najważniejsze, prawnicy zupełnie nie rozumieją specyfiki medycyny, w której jakoby nic nie jest przewidywalne i nic nie poddaje się zobiektywizowanym regułom.

Z drugiej strony, prawnik posługuje się żargonem hermetycznym lub tylko na poły zrozumiałym (na żadnym znanym mi spotkaniu tego rodzaju nie tłumaczono obecnym lekarzom np., co to takiego owa „wina", stanowiąca warunek *sine qua non* odpowiedzialności, a co „zasada ryzyka"), zazwyczaj nie potrafi się rozstać z ukochanym terminem „błąd" (z którego więcej dziś szkody, niż pożytku). Często też rzeczywiście medycznej specyfiki nie rozumie.

Popołudniowa część obrad poświęcona była zagadnieniom prawnym i etycznym transplantacji oraz (tylko na marginesie) eksperymentów medycznych. Udział wzięli: prof. Zielińska, prof. Kubicki i prof. Nesterowicz (prawo) oraz prof. Janusz Wałaszewski, prof. Wojciech Rowiński i prof. Jacek Szmidt (medycyna). Ta debata (jak zresztą należało oczekiwać) miała przebieg mniej gwałtowny: strony prawnicza i medyczna zaprzestały wzajemnych wytyków i skoncentrowały się na próbie wspólnego rozstrzygnięcia postawionych problemów, zdominowanych przez transplantologię.

Tym razem wprowadzenie wygłosił prof. Kubicki. Zaznaczył, że o ile dawniej relacje między medycyną a prawem nie były symetryczne, jako że z punktu widzenia prawnika medycyna pełniła wobec prawa funkcję służebną (na polu medycyny sądowej), to współcześnie stosunek ten nabiera symetrii; medycynie potrzebne jest prawo. Prawo medyczne jest gałęzią bardzo obszerną, składa się z kilkudziesięciu aktów normatywnych i staje się przedmiotem konwencji międzynarodowych. Typowe dla drugiej połowy XX w. jest upodmiotowienie pacjenta: od jego zgody na przeprowadzenie zabiegu może zależeć odpowiedzialność lub brak odpowiedzialności lekarza. Rozwój nowych dziedzin i technik medycznych prowadzi do zwiększonej ingerencji w sferę dóbr osobistych jednostki[31] w warunkach, gdy obowiązujące prawo za owym rozwojem nie nadąża i siłą rzeczy staje się niewystarczające. Współczesna medycyna to nie

[31] Dodam, że do takiej ingerencji prowadzi ponadto (w medycynie i poza nią) rosnąca potrzeba posługiwania się nowoczesnymi, elektronicznymi środkami przetwarzania danych o osobie.

tylko nowoczesna technika, ale też dziedzina wymagająca wysublimowanych regulacji prawnych. Do tej właśnie kategorii należy transplantologia: powstaje tu trójkąt zależności prawnych między dawcą, biorcą i lekarzem. Ustawa transplantacyjna zawiera luki (w sensie aksjologicznym – M.B.) dotyczące komórek rozrodczych, embrionów i narządów rozrodczych. Szybkiej nowelizacji wymaga niedoskonała od samego zarania ustawa o zawodzie lekarza w części dotyczącej eksperymentów medycznych. Zaproponowane więc zostały następujące problemy do dyskusji:

* Czy ustawa transplantacyjna w obecnym kształcie dostatecznie rozstrzyga problemy prawne, medyczne i etyczne przeszczepów?

* Jak oceniana jest praktyczna współpraca prokuratury i sądów z lekarzami w tego rodzaju sprawach?

* Jak oceniana jest współpraca lekarzy z sądem w zakresie transplantacji *ex vivo?*

* Jakie rodzaje przeszczepów zaliczają się do czynności rutynowych, a jakie – do eksperymentalnych?

Jako pierwszy zabrał głos prof. Wałaszewski. Przypomniał, że polska regulacja transplantacji pojawiła się dopiero w trzydziestym roku funkcjonowania w kraju tej metody leczniczej. Przedtem opierano się na wczesnym momencie badania pośmiertnego i ustaleniu nieodwołalnego ustania krążenia. Tylko dzięki temu można było w ogóle uznać za dopuszczalne pobieranie narządów osób zmarłych, a i tak obejmowało to z przyczyn fizjologicznych jedynie narządy znoszące długotrwałe niedokrwienie – czyli przede wszystkim nerki, ale ani serce, ani wątrobę. Ustawa transplantacyjna z 1995 r. pozwoliła na wzrost liczby transplantacji o 50%, co oznacza, że była aktem prawnym bezwzględnie koniecznym.

Prof. Szmidt dodał, iż środowisko lekarskie jest z niej bardzo zadowolone. Wcześniejszą ustawę o zakładach opieki zdrowotnej nazwał nieszczęściem ze względu na to, że przewidywała domniemaną zgodę na pobranie organów do przeszczepu, ale przy braku przepisów wykonawczych. Prowadziło to w konsekwencji do tego, że zdezorientowani lekarze uciekali się do rozmów z rodzinami pacjentów, a te z zasady swej zgody odmawiały.

Prof. Rowiński przyznał wprawdzie, że ustawa transplantacyjna jest wybawieniem; przewiduje, iż narząd do przeszczepu może pochodzić w zasadzie od żywego krewnego, lub choćby od obcego nieboszczyka. Niemniej ustawa, choć niezbędna, nie zmienia niczego w sferze obyczajowej. Wzrost liczby przeszczepów o 50% jest tylko w części efektem obowiązywania ustawy; przyczynę stanowią także uświadamiające rozmowy ze społeczeństwem.

Najczulszym punktem w tej materii jest rodzina zmarłego – potencjalnego dawcy, choć ustawa o rodzinie nic nie wspomina. Co prawda rodzina nie ma zawarowanych żadnych praw, jednak stanowi ona czynnik nacisku faktycznego. Powstaje pytanie, czy mimo, iż pytanie rodziny pacjenta nie ma znaczenia prawnego – należy tę rodzinę o pobraniu zawiadomić? Ustawa powiada, że chory mógł wyrazić sprzeciw w tym względzie już to wobec świadków podczas pobytu w szpitalu, już to zgłaszając taki sprzeciw do centralnego rejestru. Faktycznie zatem, ze względów dowodowych, zapytuje się, czy krewny czasem sprzeciwu nie wyrażał. Koniec końców, de-

cyzja pozostaje więc faktycznie w rękach rodziny. Ta może oświadczyć, że jej nie interesuje, czego chciał lub nie chciał zmarły, ale że ona się nie zgadza i wówczas lekarz znajduje się do pewnego stopnia w ślepej uliczce. W związku z tym prof. Rowiński sformułował pytanie o kontrowersyjnym wydźwięku: skoro akceptujemy przymusowe szczepienia ochronne dzieci i przymusową kwarantannę w przypadku chorych zakaźnie, to czy dla dobra oczekujących na przeszczepy nie należy uznać organów zmarłych za wspólne dobro ludzkości? Przecież jeden nieboszczyk może w ten sposób uratować nawet sześć osób.

Transplantacje nie są żadnymi eksperymentami. W chwili obecnej można z przeszczepionym organem żyć nawet i 20 lat. Prof. Rowiński argumentował, że prawo (martwego) dawcy nie może być silniejsze od prawa biorcy.

Prof. Zielińska zauważyła, że międzynarodowa konwencja bioetyczna pozostawia rozstrzygnięcie tej kwestii w rękach władzy krajowej. Nasza ustawa idzie nieco dalej niż konwencja, ponieważ stanowi, iż od osoby nie mającej zdolności do czynności prawnych wolno pobrać *ex vivo* tylko szpik kostny. Ustawa przewiduje też surową odpowiedzialność za komercjalizację obrotu przeszczepami i pod tymi względami spełnia wymogi konwencyjne.

Prof. Kubicki zapytał, czy słuszne jest uregulowanie, aby osoby bliskie nie będące krewnymi, a emocjonalnie związane z dawcą, były spod działania ustawy wyłączone.

Prof. Wałaszewski zgłosił problem natury dowodowej: do jakiego stopnia należy się liczyć z opinią rodziny dawcy, która na ogół stanowczo twierdzi, że krewny sprzeciwiał się pobraniu odeń organu do przeszczepu.

Prof. Zielińska przypomniała, że pacjent może wyrazić sprzeciw w czasie pobytu w szpitalu lub w chwili przyjęcia do szpitala (i to w obecności dwóch świadków). Wobec tego ów problematyczny obowiązek zapytania rodziny stanowi jedynie kwestię natury dowodowej. Gdy do szpitala przyjęto pacjenta nieprzytomnego, to na pewno nie ma czego ustalać, bo niby kiedy miałby on zdążyć się sprzeciwić.

Prof. Wałaszewski zwrócił uwagę, że centralny rejestr sprzeciwów jest instytucją w istocie martwą, ponieważ ludzie na ogół o nim nie wiedzą. Praktycznie dopiero w szpitalu, gdy śmierć zagląda im w oczy, pacjent zaczyna nad tym myśleć.

Prof. Kubicki wyraził stanowczy pogląd, że ustawodawca okazał się w tej sprawie niekonsekwentny: faktyczna potrzeba wypytywania rodziny zmarłego na okoliczność zgłoszenia przezeń sprzeciwu czyni iluzoryczną całą kwestię braku sprzeciwu. Rozsądnym rozwiązaniem byłoby, ażeby sprzeciw dla swej skuteczności wymagał oświadczenia na piśmie[32].

Prof. Rowiński zaoponował, że oświadczenie na piśmie mogłoby pozostać w domu pacjenta[33]. Ponadto przypomniał, *á propos* relacji między żywym dawcą a biorcą, że

[32] *De lege ferenda* mogłoby być wskazane utrzymanie jako wystarczającej formy sprzeciwu ustnej w obecności dwóch świadków (jak w rozwiązaniu obecnym), jednakże uzupełnione klauzulą, że świadkami nie mogą być osoby blisko związane emocjonalnie z pacjentem. *De lege* lata należy stosować §8 rozporządzenia MZiOS w sprawie centralnego rejestru zgłoszonych sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów, sposobu rejestracji sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia sprzeciwu w formie oświadczeń z 1 października 1996 (*Istnienie sprzeciwu w formie oświadczenia ustnego, złożonego w chwili przyjęcia do szpitala lub w czasie pobytu w szpitalu, ustala się poprzez stwierdzenie, że w dokumentacji medycznej osoby wyrażającej sprzeciw znajduje się pisemne oświadczenie, złożone co najmniej przez dwóch świadków, potwierdzające fakt wyrażenia sprzeciwu w tej formie*.)

art. 9 ustawy dopuszcza pobranie organu lub tkanki od osoby bliskiej nie będącej krewnym, tyle że za zgodą sądu (art. 10). Zaś „bliskość" nie ogranicza się do konkubinatu czy związku homoseksualnego. Dla porównania – na Zachodzie rozszerzony jest krąg osób, na rzecz których może nastąpić przeszczep *ex vivo.* Co do zgody sądu – wyraził pogląd, iż powinna być ona zastąpiona (w znowelizowanej wersji ustawy, której projekt opracowuje właśnie Krajowa Rada Transplantacyjna) przez pozytywną opinię komisji bioetycznej[34]. Ponadto powinno się prowadzić rejestr przeszczepów *ex vivo* w celu wyeliminowania ryzyka nadużyć, zwłaszcza finansowych[35].

Prof. Zielińska sprecyzowała, że „osoba bliska" to pojęcie nietożsame z pojęciem „osoba najbliższa"; przez to ostatnie rozumie się w nauce prawa tylko konkubenta. Rolą sądu opiekuńczego jest poznanie motywów dawcy oraz zakresu więzi emocjonalnych między nim a biorcą określonym jako osoba bliska.

Prof. Kubicki zaznaczył, że *ratio legis* wprowadzenia do ustawy transplantacyjnej art. 10 wymagającego zgody sądu na przeszczep dla osoby bliskiej, a nie należącej do kręgu osób enumerowanych w art. 9 (tzn. krewny w linii prostej, przysposobiony, rodzeństwo, małżonek) – stanowiło wyeliminowanie działalności komercyjnej. Niemniej samo pojęcie osoby bliskiej jest nadal niejasne. Wątpliwości budzi zwłaszcza kwestia, czy jest ono kategorią prawa karnego, czy cywilnego i jakie mają być kryteria owej bliskości[36].

Prof. Wałaszewski podniósł, iż co do urzędowej zgody na przeszczep, Polska jest wyjątkiem, oddając tę kwestię do rozstrzygnięcia sądom. Gdzie indziej dominują komisje etyczne, a nawet bywają w ten sposób obdarzone zaufaniem gremia lekarskie.

Prof. Kubicki zaoponował, że organ sądowy jest w tej sprawie rozwiązaniem najlepszym, ze względu na posiadane instytucjonalne i faktyczne możliwości co do ustalenia prawdy. Jednocześnie decyzje tego rodzaju powinny być jak najdalej od

---

c.d. [32)] Wydaje się, że oświadczenie rodziny pacjenta złożone *post mortem* wymogu tego nie spełnia. Nadto, należałoby uprzedzać świadków sprzeciwu przed pobraniem od nich zeznań o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania (Art. 233. §1 k.k.: *Kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3*. §2. *Warunkiem odpowiedzialności jest, aby przyjmujący zeznanie, działając w zakresie swoich uprawnień, uprzedził zeznającego o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie lub odebrał od niego przyrzeczenie*.) Postępowanie w sprawie ustalenia treści woli pacjenta jest m.zd. „innym [niesądowym] postępowaniem prowadzonym na podstawie ustawy", a lekarz wprowadzający odpowiednie załączniki do dokumentacji – organem władzy, przyjmującym zeznanie.

[33] Nie jest to chyba problem; w takim razie pisemne oświadczenie może zostać dołączone do dokumentacji przez jakąkolwiek osobę trzecią, zgodnie z §7 pkt. 2) cyt. wyż. rozporządzenia.

[34] Z dalszych wywodów Profesora wynika, że jest to jego pogląd własny, natomiast rozwiązanie zawarte w projekcie przewiduje wymóg **równoczesnej** zgody sądu i komisji.

[35] Mówca nie wyjaśnił, o jakiego rodzaju nadużycia chodzi, ani w jaki sposób prowadzenie rejestru miałoby je wyeliminować.

[36] Pozwolę sobie przypuścić, że pojęcie „innej osoby bliskiej" nie jest ani kategorią prawa cywilnego (jak „osoba będąca w bliskim stosunku..." w art. 527 §2 k.c.), ani prawa karnego (jak „osoba najbliższa" w rozumieniu licznych przepisów k.p.k.), lecz samoistnym pojęciem niedookreślonym, którego treść ma być ustalana wyłącznie na użytek ustawy transplantacyjnej i dla realizacji celów, dla jakich pojęcie osoby bliskiej do tej ustawy wprowadzono (są to niewątpliwie cele inne, niż w prawie karnym i cywilnym). Ponieważ ustawa żadnego rozróżnienia tu nie wprowadza, może chodzić o jakąkolwiek bliskość, choćby czysto emocjonalną, a nie tylko pokrewieństwo inne niż wyliczone w art. 9 ustawy, konkubinat czy inny stały związek interesów życiowych. Może więc chodzić o kochanka, narzeczonego, przyjaciela, osobę którą darzy się głębokim podziwem lub wdzięcznością etc.

zainteresowanych rozstrzygnięciem, wobec tego w żadnym razie nie można pozostawić tej kwestii w rękach komisji szpitalnych[37].

Prof. Kubicki opowiedział się również za sądem jako organem najbardziej właściwym do decydowania o przeszczepach między osobami bliskimi ze względu na to, iż do ustawowych obowiązków sądu należy wyjaśnienie wszystkich okoliczności sprawy. Ponadto uznał, że pojęcie bliskości należy interpretować tak, jak to się czyni w prawie cywilnym, ponieważ postępowanie przed sądem opiekuńczym toczy się na podstawie przepisów prawa cywilnego procesowego.

Prof. Wałaszewski zadał pytanie, jak zakwalifikować dawstwo organów z pobudek altruistycznych. Istnieją ludzie gotowi oddawać w ten sposób nie tylko krew i szpik kostny, ale i organy nie ulegające regeneracji. Tymczasem nasza ustawa transplantacyjna w ogóle nie przewiduje możliwości dawstwa „w ciemno", dla biorcy nie określonego z góry. Nie ma chyba wątpliwości, że ten rodzaj dawstwa nie wzbudza zastrzeżeń natury moralnej, a wręcz przeciwnie, niemniej w naszym prawie jest on jak dotychczas niedopuszczalny.

Prof. Rowiński poinformował, że przygotowywany projekt nowelizacji ustawy transplantacyjnej przewiduje w stosunku do osób bliskich wymóg nie tylko zgody sądu ale ponadto komisji etycznej. Problem dawstwa z pobudek altruistycznych nie jest tam, jak się zdaje, przewidziany. Mówca wspomniał tylko o rozwiązaniach obcych, w szczególności o stowarzyszeniach dawców – tzw. *„donors' trusts*".

Prof. Nesterowicz wtrącił, że jeśli zgodę na przeszczep miałyby wydawać również komisje etyczne, to powinny być one wyspecjalizowane, z czego wynika, że nie należy powierzać tego zadania komisjom już istniejącym, powołanym do rozstrzygania o dopuszczalności eksperymentów medycznych[38].

Prof. Kubicki zauważył, że w zakresie transplantologii istotnie zaznacza się tendencja do wychodzenia poza tzw. pierwotny krąg dawców. Zaproponował jednak przedyskutowanie innego problemu: do jakiego stopnia użyteczne dla transplantologii jest kryterium śmierci mózgowej?

Tu włączył się prof. Wałaszewski z wyjaśnieniem, że owe kryteria śmierci są takie same od 1968 r.; zmieniły się tylko techniczne sposoby ustalania śmierci mózgowej[39]: dawniej były to cewniki i kontrasty, powodujące niepotrzebną stratę czasu. Obecnie wystarczają metody nieinwazyjne, kliniczne, ale wymagające obecności neurologów i neurochirurgów. Kryteria śmierci mózgu jako przesłanka do-

[37] Można jeszcze dodać, że nie należy zmieniać istniejącego stanu prawnego bez istotnej potrzeby. Rozwiązanie dziś obowiązujące, tj. uzyskiwanie zgody sądu powinno więc zostać utrzymane, chyba, żeby nie sprawdzało się ono w praktyce. Tymczasem nikt pod tym względem nie zgłasza do niego zastrzeżeń.

[38] Należałoby jeszcze dodać, że nie bardzo wiadomo, w oparciu o jakie kryteria miałyby podejmować rozstrzygnięcia owe komisje. Jeśli miałyby to być kryteria inne, niż stosowane w sądzie (ustalenie rzeczywistych motywów kierujących dawcą, ustalenie czy w istocie zachodzi przypadek „osoby bliskiej" i zapobieżenie komercjalizacji obrotu organami), to należałoby takie kryteria wymyślić, uzasadnić ich użyteczność, wreszcie opisać je wystarczająco precyzyjnie, by nadawały się do wprowadzenia do ustawy. Jeśli miałyby to być kryteria takie same, jak sądowe, powstaje natychmiast pytanie, po co w ogóle komisja etyczna, dublująca jedynie pracę sądu? I jeszcze jedna kwestia, zupełnie zasadnicza: komisje etyczne mogą względnie skutecznie rozstrzygać wątpliwości natury etycznej. W przypadku dawstwa osoby bliskiej wątpliwości takich nie ma; potrzebne jest jedynie zbadanie faktów, do czego sąd jest niewątpliwie bardziej predestynowany.

puszczalności pobrania organu do przeszczepu *ex mortuo* jak dotąd nie były kwestionowane[40].

Prof. Rowiński stwierdził natomiast, że ustawa transplantacyjna powinna zrezygnować ze sformułowania „śmierć mózgu" na rzecz lepszego – „pobranie od osoby zmarłej po nieodwracalnym zatrzymaniu krążenia lub po śmierci mózgu". Śmierć mózgu określił jako kryterium nieszczęśliwe, ponieważ wśród czynności mających na celu pobranie organu do przeszczepu istnieją takie, których trzeba dokonać wcześniej.

Prof. Kubicki stanowczo się temu sprzeciwił argumentując, że w takim kształcie ustawa spotkałaby się z fatalnym odbiorem społecznym, sugerowałaby bowiem usankcjonowanie pazerności na organy do przeszczepienia. Niepodanie w ustawie jasnego kryterium śmierci człowieka obniżyłoby skuteczność jej społecznego oddziaływania.

Prof. Zielińska przypomniała, że wobec noworodków oraz osób, które uległy zatruciu, nie ustala się śmierci pnia mózgu. Chciała zatem wiedzieć, jakie będzie kryterium śmierci w tych przypadkach.

Prof. Rowiński wyjaśnił, że narządy mogą być pobierane dopiero od dzieci powyżej siódmego roku życia. A zatem problem stanowią noworodki bezmózgowe, zdolne przeżyć 5-7 dni. Natomiast od osób, które uległy zatruciu, narządów nie pobiera się, gdy we krwi zachodzi określone stężenie leków.

Prof. Kubicki zastanawiał się, jaka ustawa powinna być właściwa dla definiowania śmierci człowieka. Ubocznie poddał pod dyskusję samą definicję prawa medycznego. Jak dotychczas polski system prawny nie wyodrębnia tej dziedziny, istnieje natomiast tendencja do kwalifikowania zagadnień prawnomedycznych jako materii prawa administracyjnego. Następnie powrócił do kwestii postawionych na wstępie i zadał pytanie, skierowane do transplantologów, jak też układa się współpraca z organami sądowymi na tle spraw dotyczących przeszczepów.

Prof. Wałaszewski odpowiedział, że problem odnosi się zwłaszcza do ofiar wypadków i przyznał, iż odnośny zapis w ustawie transplantacyjnej „nie jest popularny wśród prokuratorów"[41]. Bywa, że prokurator sprzeciwia się pobraniu, uzasadniając to utrudnieniem postępowania przygotowawczego prowadzonego przeciwko podejrzanemu. Prof. Wałaszewski wyraził przypuszczenie, że liczba sprzeciwów jest odwrotnie proporcjonalna do stopnia oswojenia się z tym problemem przez

[39] A jednak, o ile to rozumiem, kryteria definicyjne także uległy poważnej zmianie, odkąd na miejsce definicji tzw. „nowej" (śmierć = nieodwracalne ustanie pracy całego mózgu) pojawiła się definicja tzw. „nowa zmodyfikowana" (śmierć = nieodwracalne ustanie pracy mózgu jako całości, co jest tożsame z ustaniem pracy pnia mózgu, choćby pozostałe części wykazywały aktywność).

[40] Mówiąc precyzyjnie: były, ale przeciwnicy „nowej" definicji śmierci używali mało przekonującej argumentacji (że w przyszłości to, co uważamy za nieodwracalne ustanie funkcji mózgu, być może okaże się stanem odwracalnym). Argument ten oparty jest wyłącznie na hipotezach, a dodatkową jego słabością jest to, że rozumowaniem tym można byłoby podważyć każdą bez wyjątku definicję śmierci (być może w przyszłości pojawi się np. możliwość przywrócenia funkcji życiowych temu u kogo pojawiły się już plamy opadowe...).

[41] Chodzi o Art. 6 ust. 1: *„Jeżeli zachodzi podejrzenie, że zgon nastąpił w wyniku czynu zabronionego pod groźbą kary, pobrania komórek, tkanek i narządów można dokonać po uzyskaniu od właściwego prokuratora informacji, że nie wyraża sprzeciwu wobec zamiaru pobrania komórek, tkanek i narządów, a gdy postępowanie jest prowadzone przeciwko nieletniemu – stanowiska sądu rodzinnego."*

prokuratorów. Przecież – zwrócił uwagę – pobranie narządu jest czynnością bardziej precyzyjną, niż sekcja zwłok[42].

Jako przykład dobrej współpracy z sądem podał sprawę, w której występowały trzy ofiary śmiertelne: w wypadku samochodowym rodzice zginęli na miejscu, natomiast dziecko wykazywało cechy śmierci mózgowej. W tym stanie rzeczy dziecko nie miało opiekuna prawnego[43], niemniej sąd rozpoznający wniosek zezwolił na pobranie narządów od dziecka.

Prof. Szmidt zauważył, że zespół pobierający narząd to jednak nie są medycy sądowi. Zatem stwierdzenie obrażeń u ofiary przez „zwykłego" chirurga (dodajmy, którego głównym celem działania nie jest dokonanie oględzin zwłok) może być następnie w procesie karnym kwestionowane przez obrońcę oskarżonego; nie jest więc tak, by prokuratura nie miała uzasadnionych powodów do obaw.

Prof. Kubicki zasugerował, że w tego rodzaju okolicznościach sekcja zwłok powinna stać się koniecznym elementem, wykonywanym równocześnie z procedurą pobrania narządu.

Prof. Wałaszewski odparł, że o ile rodzina zmarłego nie może samodzielnie sprzeciwić się pobraniu organu do przeszczepu, to służy jej prawo sprzeciwu wobec sekcji zwłok.

Prof. Kubicki zaoponował, że ustawa o zakładach opieki zdrowotnej powiada tylko o prawie zwolnienia od sekcji, które ma ordynator, nie ma zaś nic o prawie rodziny do odmowy zgody. Wobec tego pytanie rodziny o zgodę jest tylko złą praktyką, pozbawioną oparcia w ustawie[44].

Prof. Nesterowicz dodał, że ustawa wspomina tylko albo o opiekunach bądź przedstawicielach ustawowych (gdy zmarły nie miał pełnej zdolności do czynności prawnych – M.B.) albo o samym zmarłym. Na temat rodziny nie mówi nic, więc o rodzinie należy w ogóle zapomnieć.

Prof. Kubicki zadał następne w kolejności pytanie: jak układają się stosunki z wymiarem sprawiedliwości co do przeszczepów *ex vivo* na podstawie art. 10 ustawy (tzn. od osób bliskich innych, niż wyraźnie w tym przepisie wymienione)?

Prof. Rowiński oczyścił przedpole do dyskusji podając, iż w trzech ośrodkach transplantacyjnych w Polsce przeszczepy nerki, serca i wątroby należą do czynności rutynowych, natomiast nie dotyczy to jelita ani płuca.

---

[42] Więc, w domyśle, nie ma powodów do obaw, że transplantolodzy pozostawią ciało, stanowiące dowód w sprawie, w stanie mocno sponiewieranym. Jednak nawet uwzględniając ten fakt, obawy organów prowadzących postępowanie, że dojdzie do pozbawienia lub zmniejszenia wartości dowodowej planowanej sekcji, w niektórych wypadkach mogą być uzasadnione. Zwłaszcza, że decyzja w sprawie zgody na pobranie lub jej odmowy musi być podejmowana bardzo szybko, niekiedy w momencie, gdy sam prokurator nie jest pewien, w jakim kierunku potoczy się postępowanie i jakiego rodzaju faktów mogą dostarczyć oględziny zwłok.

[43] Ponieważ chodzi o przeszczep *ex mortuo*, było to i tak bez znaczenia.

[44] U. o zoz-ach, art. 24 ust. 1 Zwłoki osoby, która zmarła w szpitalu, mogą być poddane sekcji, chyba że osoba ta za życia wyraziła sprzeciw lub uczynił to jej przedstawiciel ustawowy, **z zastrzeżeniem ust. 4**. Ust. 3: Kierownik zakładu, a jeżeli kierownik nie jest lekarzem, to upoważniony przez niego lekarz, na wniosek właściwego ordynatora lub, w razie potrzeby, po zasięgnięciu jego opinii, **zarządza dokonanie lub zaniechanie sekcji**. W dokumentacji medycznej sporządza się adnotację o dokonaniu lub zaniechaniu sekcji zwłok, z odpowiednim uzasadnieniem. Ust. 4: Przepis ust. 1 **nie dotyczy** dokonywania sekcji w sytuacjach: 1) określonych w Kodeksie postępowania karnego, 2) gdy przyczyny zgonu nie można ustalić w sposób jednoznaczny, 3) gdy zgon pacjenta nastąpił przed upływem 12 godzin od przyjęcia do szpitala.

Prof. Wałaszewski sprostował, że wszystko to właściwie wyszło już z fazy eksperymentów i przeszło do kategorii czynności zrutynizowanych, ponieważ jest dokładnie wiadome, jak te zabiegi wykonywać. Prof. Kubicki dodał, że w rozumieniu ustawy eksperymentem jest wciąż przeszczep organu pochodzącego od zwierzęcia.

Prof. Rowiński zastanawiał się, czy jeżeli warunkiem legalności zabiegu medycznego jest świadoma zgoda pacjenta, to czy przeszczepienie *ex mortuo* narządu suboptymalnego (np. „niepełnowartościowego" pod względem stopnia zgodności tkankowej – M.B.) wymaga świadomej zgody biorcy?

Prof. Wałaszewski zareplikował, że skoro narząd stwarza zwiększone ryzyko dla chorego – to lekarz powinien w ogóle zaniechać przeszczepu; taka jest powszechna opinia lekarzy.

Prof. Nesterowicz wyraził zdanie, że skoro ustawa wymaga świadomej zgody i dawcy (żywego), i biorcy, to ta zgoda powinna być rzeczywiście w pełni uświadomiona (tzn. zwłaszcza nastąpić po przekazaniu należytej informacji – M.B.). Natomiast ustawa nie reguluje zgody przy przeszczepie *ex mortuo*, należy więc interpretować ów wymóg na zasadach ogólnych art. 34 ust. 1 u. o zaw. lek. (ponieważ chodzi o czynność o podwyższonym ryzyku dla pacjenta – M.B.). Zgoda winna być w tym wypadku udzielona na piśmie.

Prof. Zielińska dodała na zakończenie, że zgodnie z art. 9 ustawy transplantacyjnej biorca powinien być informowany o ryzyku związanym z pobraniem narządu (a więc o faktach, które nie dotyczą bezpośrednio jego własnego stanu zdrowia – M.B.).

Po przerwie zabierały głos osoby zgromadzone na sali.

Dama, która przedstawiła się jako radca prawny, podzieliła się swym zdziwieniem, skąd bierze się praktyka lekarska pytania o zgodę na rozmaite czynności rodziny pacjenta, skoro żadna z ustaw do tego ani nie upoważnia, ani nie zobowiązuje[45]. Tymczasem okazuje się, że podłoże owych zapytań jest czysto faktyczne – czyni się tak w celu ustalenia, czy dawca nie wyraził sprzeciwu. Z drugiej jednak strony istnieje powszechna praktyka pytania rodziny po prostu o zgodę – w sposób wyraźny. Więc właściwie po co lekarze to robią; tak przy transplantacji, jak przy sekcji zwłok. W sumie da się tu stwierdzić istnienie tendencji, by rodzinie pacjenta przyznawać prawo do decydowania w tych sprawach. Pani mecenas odniosła się też do pojęcia osoby bliskiej: skoro prawo cywilne nie wypracowało jednolitej definicji, to może byłoby celowe stworzenie jej w ustawie transplantacyjnej. Na koniec wypowiedziała opinię, że zgoda biorcy na przeszczep niepełnowartościowy powinna być w pełni uświadomiona, jednak czy pacjentowi należy podać do wiadomości nawet procent zgodności immunologicznej organu przeszczepionego, czy nie? Na pewno

[45] Na zjawisko to na tle zwykłego, rutynowego leczenia zwracał uwagę już przed wojną S. Popower (w: *Encyklopedia podręczna prawa karnego* t. II hasło „Lekarz", s. 822), określając ten obyczaj jako „nader sympatyczny" (!) jednak absolutnie pozbawiony podstaw prawnych; co więcej, ostrzegał, że niewykonanie leczenia (rutynowego) przez lekarza z powodu sprzeciwu rodziny prowadzi wprost do jego odpowiedzialności karnej. Osobiście słyszałam o praktyce pytania rodziny o zgodę na przeprowadzenie eksperymentu medycznego leczniczego wobec osoby mającej zdolność do czynności prawnej, lecz nieprzytomnej (prowadzący eksperyment otwarcie uzasadniali to wyłącznie chęcią uniknięcia późniejszych pretensji owej rodziny).

trzeba odróżnić sytuację typu „przeszczep albo śmierć" oraz przypadki, kiedy pacjent może poczekać.

Prof. Wałaszewski oświadczył: „– My, lekarze, nie byliśmy szkoleni w kontaktach interpersonalnych". Przyznał, że pytanie o zgodę skierowane do rodziny jest oczywiście błędem. Trudność polega jednak na takim sposobie rozmawiania z członkami rodziny, by nie wzbudzić u nich poczucia winy, a jednocześnie, by nie poczuli się oni zlekceważeni. Stąd biorą się pewne niezręczności, nawet czysto werbalne; subtelności pomiędzy: „– czy on nie miał nic przeciwko?", a „– czy państwo się zgadzają?"[46].

Prof. Rowiński ustosunkował się do granic uświadomionej zgody na przeszczep: nie można mówić, że każdy ma prawo wybrać sobie metodę leczenia. Przykładowo – ryzyko dializowania wzrasta z czasem, więc szanse długoletniego przeżycia są wyższe w przypadku przeszczepu. Średnia w Polsce zgodność dawcy z biorcą wynosi 3 na 6-7 antygenów, a na to nakłada się dodatkowy czynnik – wiek dawcy. Wątpliwości budzi podawanie tego wszystkiego choremu do wiadomości, gdyż można sprawić, iż będzie on wolał poczekać na „coś lepszego" i w efekcie umrze. Byłby to błąd w psychologii lekarskiej[47]. Natomiast na pewno trzeba spytać biorcę o zgodę (i wyjaśnić potencjalne konsekwencje – M.B.) gdy dawcą organu do przeszczepu jest osoba zarażona wirusowym zapaleniem wątroby.

Prof. Kubicki stwierdził, że stopień szczegółowości informacji na ten temat powinien być reglamentowany stosownym standardem. Wszystkiego bowiem powiedzieć się nie da i nie zawsze powinno. Kwestię tę należy oceniać wedle zasad sztuki – wg kryterium, jaki jest sens przeszczepu w konkretnym przypadku. Charakterystyka przeszczepianego materiału nie powinna być przedmiotem informowania, chyba że co do czynników wzmożonego ryzyka – jak zarażenie żółtaczką.

Prof. Wałaszewski podniósł, że biorca np. nerki ma prawo zapytać o swe szanse przeżycia i trzeba mu powiedzieć, iż ryzyko niepodjęcia pracy przez przeszczepioną nerkę wynosi 5%; powinna to być jednak informacja wystarczająca w sensie niestresowania pacjenta ponad miarę (?).

Prof. Zielińska zwróciła uwagę, że są różne szkoły informowania pacjenta. Polska szkoła sugeruje zachowanie umiaru: gdy spełniony jest standard minimalny, nie trzeba wchodzić w szczegóły. Być może prawnicy powinni też sformułować pewne zasady postępowania odnośnie rozmów z rodziną potencjalnego dawcy (przy prze-

[46] Prawdę mówiąc, różnicy między tymi pytaniami przy najlepszych chęciach nie sposób określić jako „subtelnej" czy „czysto werbalnej".

[47] M.zd. podawanie tego wszystkiego do wiadomości właśnie nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości, a co więcej, stanowi obowiązek jeśli tylko informacje te są potrzebne do przeprowadzenia porównania spodziewanego efektu transplantacji z jej ryzykiem. Niewątpliwie, „jakość" przeszczepianego materiału wpływa na przewidywaną długość przeżycia po zabiegu czyli na „zysk" z transplantacji. Z drugiej strony, nieuniknionym kosztem przeszczepu jest niższa – już na zawsze – jakość życia, wywołana koniecznością zażywania środków immunosupresyjnych wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami. To, czy warto podjąć to ryzyko, jest problemem pacjenta i wyłącznie pacjenta. A jeśli pacjent woli poczekać na „coś lepszego", to jego prawo; należy tylko wyjaśnić mu, z jakim ryzykiem oczekiwanie to się wiąże i jakie są przewidywane szanse doczekania się na organ rokujący większe nadzieje przeżycia. Pomijając już powyższą argumentację natury słusznościowej, należy przypomnieć, że art. 31 u. o zaw. lek. nakazuje „przystępnie" informować pacjenta *„o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu,* ***proponowanych oraz możliwych metodach*** *diagnostycznych, leczniczych,* ***dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania****, wynikach leczenia oraz* ***rokowaniu****."*

szczepie *ex mortuo*). Jeśli chodzi o zgodę na przeszczep *ex vivo*, to prof. Zielińska z aprobatą stwierdziła, iż wymóg zgody i sądu, i komisji etycznej, to zawsze dwa zabezpieczenia zamiast jednego. Musiałaby to być jednak komisja odrębna od tych, które obecnie funkcjonują i opiniują projekty eksperymentów medycznych.

Prof. Kubicki podsumował, że organy wymiaru sprawiedliwości są coraz szerzej włączane w proces leczenia transplantologicznego. Dotyczy to również samego pacjenta i jest nieuchronne, nawet gdy wiąże się z „obładowaniem" sądów kolejnymi zadaniami. Z kolei nie może być tak, żeby prokurator oświadczał beztrosko „a ja nic o tym nie wiem" (zgoda na pobranie organu od ofiary przestępstwa): chodzi o to, by zespół tych aktów normatywnych „przyjął się" w środowisku. Taki był według niego główny cel całodziennego dialogu: by prawnicy uświadomili sobie, że są czynnymi współpracownikami lekarzy w pośrednim procesie leczenia.

Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000

*Mirosław Nesterowicz*

# Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1998 r., III CKN 741/98, OSN 6/1999, poz. 112

**Dokonywana w płaszczyźnie art. 417 k.c. ocena prawna odpowiedzialności Skarbu Państwa powinna uwzględniać przeciętny poziom świadczonych usług w publicznej służbie zdrowia.**

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 1998 r. na rozprawie sprawy z powództwa Marzanny C. i Andrzeja C., działających w imieniu własnym i małoletniego Tomasza C., przeciwko Skarbowi Państwa – Zespołowi Opieki Zdrowotnej w S. O. o zapłatę, rentę i ustalenie, na skutek kasacji pozwanego od wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17 lutego 1998 r. sygn. akt (...)

uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach procesu za instancję kasacyjną.

**Uzasadnienie:**

Uwzględniając częściowo powództwo o zapłatę z tytułu zadośćuczynienia, renty oraz zwrotu kosztów leczenia małoletniego powoda Tomasza C., sąd pierwszej instancji przytoczył, że małoletni powód dnia 1 września 1993 r. zadławił się kawałkiem jabłka. W chwili przybycia lekarza z pogotowia ratunkowego dziecko było nieprzytomne. Po zastosowaniu sztucznego oddychania aparatem AMBU lekarz podjął decyzję o przewiezieniu chorego do Szpitala Wojewódzkiego w O. na oddział reanimacyjny. W połowie drogi (na trasie S. O. – O.) wystąpiło zatrzymanie krążenia i oddychania. W chwili przybycia do szpitala w S. O. dziecko pozostawało bez tętna i własnego oddechu, w stanie śmierci klinicznej. Po usunięciu kawałka jabłka z krtani, masażu serca i podawaniu leków powróciła akcja serca i ślad własnego oddechu. Małoletni pomimo stosowanych zabiegów był jednak nieprzytomny i wiotki. W dniu 30 września 1993 r. neurolog rozpoznał głębokie uszkodzenie mózgu po niedokrwieniu, spowodowane niewydolnością oddechową. Kolejnym badaniem

stwierdzono progresję zmian w korze mózgowej. W czasie pobytu małoletniego w szpitalu w S. O. i po jego opuszczeniu stan chorego nie uległ poprawie. Występujące u powoda ciężkie mózgowe porażenie dziecięce stanowi 100 % trwałego uszczerbku na zdrowiu. Rozważając odpowiedzialność strony pozwanej w płaszczyźnie art. 417 k.c. sąd pierwszej instancji podkreślił, że w dacie zdarzenia szpital w S. O. z powodu remontu był nieczynny i nie było dyżurującego lekarza, a strona pozwana nie dysponowała karetką reanimacyjną. Lekarz przybyły do chorego dziecka nie mógł zastosować sprzętu udrażniającego drogi oddechowe (rurka intubacyjna, laryngoskop, zestaw do konicotomii ewentualnie do tracheotomii). W postępowaniu lekarza nie stwierdzono zaniedbań ani też błędu medycznego. Przesądzając o istnieniu przesłanek odpowiedzialności strony pozwanej za wynikłą szkodę sąd orzekający powołał się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 października 1983 r. II CR 358/83 (OSPiKA 1984, z. 9, poz. 187). Oddalając – zaskarżonym wyrokiem – apelację pozwanego Skarbu Państwa Sąd Apelacyjny potwierdził prawidłowość dokonanych ustaleń i ich ocenę prawną. Ponadto na podstawie opinii biegłej dr med. Barbary Ś., złożonej na rozprawie przed sądem drugiej instancji, tenże sąd stwierdził, że przybyły do małoletniego lekarz Piotr G. nie udzielił mu bezzwłoczej i właściwej pomocy.

Kasację złożył pozwany Skarb Państwa. Zespół Opieki Zdrowotnej w S. O. Skarżący zarzucił naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 217 § 2, art. 224 § 1, art. 233 § 1, art. 274 art. § 1, 381 i 382 k.p.c. oraz naruszenie art. 417 § 1 k.c. Wskazując na powyższe, skarżący wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu z zasądzeniem należnych kosztów procesu, ewentualnie o zmianę tego wyroku i poprzedzającego go wyroku Sądu Wojewódzkiego z dnia 5 września 1997 r. sygn. akt. (...) oraz oddalenie powództwa z zasądzeniem kosztów procesu. W złożonej odpowiedzi na kasację powód wnosił o jej oddalenie z zasądzeniem kosztów procesu za instancję kasacyjną.

**Sąd Najwyższy zważył, co następuje:**

Uzasadniona jest – przede wszystkim – powołana w kasacji podstawa naruszenia przepisów postępowania. W szczególności sąd drugiej instancji nie uwzględnił, że w apelacji trafnie zarzucono nie przeprowadzenie w toku postępowania przed sądem pierwszej instancji dowodów na stwierdzenie okoliczności mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Dowody te były także zgłoszone w apelacji, co uzasadnia podstawę naruszenia art. 381 i 382 k.p.c. Niewątpliwe jest, że czas zatrzymania oddechu i trwania niedotlenienia jeszcze przed przybyciem karetki pogotowia ratunkowego jest okolicznością istotną z punktu widzenia uszkodzenia mózgu ze skutkami obecnie istniejącymi. Wynika to także z pisemnej opinii Akademii Medycznej – Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej w W. Znaczenie tego momentu czasowego wielokrotnie potwierdziła biegła Barbara Ś., w tym także przed sądem orzekającym, gdzie biegła wskazała na trudności wynikające z materiału dowodowego i ustaleń faktycznych mogących stanowić podstawę wydania opinii. Opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie

materiału, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może natomiast sama być źródłem materiału faktycznego sprawy, ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego. Biegły ma udzielić odpowiedzi na konkretne pytania dostosowane do stanu faktycznego sprawy, którego ustalenie należy do sądu orzekającego i – przy uwzględnieniu zaawansowania postępowania dowodowego – może ustosunkować się do wchodzących w rachubę możliwości sytuacji, w zależności od tego, jakie ustalenia zostaną ostatecznie dokonane przez sąd orzekający. Dlatego skarżący zasadnie – z powołaniem się na przepisy postępowania – kwestionuje prawidłowość ustaleń faktycznych, które – w omawianej, istotnej kwestii – opierają się na opinii biegłej Barbary Ś. Biegła – co jest zrozumiałe – nawiązuje – jak to zostało określone w tym fragmencie uzasadnienia orzeczenia wyłącznie do „relacji" matki dziecka. Oczywistą wadliwość braku ustaleń i pominięcia wnioskowanych dowodów pogłębia fakt oparcia się na twierdzeniach tylko jednej ze stron, a pominięcie wnioskowanych dowodów przez stronę przeciwną, przy jednoczesnym dokonaniu ustaleń sprzecznych z twierdzeniami tejże strony powołującej dowody.

Konfrontacja przytoczonych w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia przyczyn pominięcia dowodu z aktami sprawy nie pozwala na przyjęcie – jak trafnie szerzej tę kwestię omówił autor kasacji – że przeprowadzenie tego dowodu było niemożliwe.

Zarzut niewłaściwego żywienia dziecka przez matkę i zgłoszony dowód na okoliczność przyczynienia się do powstania szkody został także pominięty z powołaniem się na doświadczenie życiowe. Jak wiadomo, w sądowym postępowaniu cywilnym ustalenie faktu, czy zespołu poszczególnych faktów, następuje w zasadzie przez udowodnienie każdego z nich. Może być jednak oparte na notoryjności (art. 228 k.p.c.), przyznaniu (art. 229 i 230 k.p.c.) oraz domniemaniu faktycznym. Motywacja przytoczona w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, mająca dowodzić zasadności pominięcia zgłaszanego (także i w postępowaniu pierwszoinstacyjnym) dowodu, jest oczywiście niewystarczająca.

Podstawa kasacji przewidziana w art. 393 pkt. 2 k.p.c. i naruszenie przepisów postępowania – ze skutkami w tym przepisie wskazanymi – została przez skarżącego wykazana.

Prawidłowość zastosowania przepisów prawa materialnego jest uwarunkowana niezbitym (w znaczeniu niepodważalnym) ustaleniem stanu faktycznego, będącego podstawą zaskarżonego wyroku. Nie ulega bowiem wątpliwości że ocena, czy określone fakty mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie, zależy nie tylko od tego, jakie to są fakty, lecz także – i to w pierwszej kolejności – od tego, jak jest rozumiana norma prawna, która w rozpoznawanej sprawie ma być przez sąd orzekający zastosowana. W tym znaczeniu przepisy prawa materialnego wyznaczają zakres ustaleń faktycznych niezbędnych do prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy i jednocześnie mają decydujące znaczenie w kwestii, czy i w jakim stopniu określone fakty mają wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Przesądzając o winie i związku przyczynowym sąd drugiej instancji pominął wypowiedzi biegłej Barbary Ś., że do wykonania intubacji, ewentualnie zabiegu konicotomii, muszą być zapewnione odpo-

wiednie warunki, a zarzut niedbalstwa wobec lekarza Piotra G. w wykonywaniu obowiązków służbowych – z przyczyn wymienionych w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia – pozostaje w oczywistej sprzeczności z zeznaniami lek. med. Marka L., stwierdzającego, że takie postępowanie było najwłaściwszym rozwiązaniem. Wezwanie zaś karetki reanimacyjnej, która obsługiwała rozległy teren, nie gwarantowało przyśpieszenia dokonania zabiegu intubacji, której powodzenie było dziełem przypadku. Interpretacja art. 417 k.c. i szerokie wykorzystanie winy anonimowej w kierunku obciążenia Skarbu Państwa odpowiedzialnością nie tylko za winę członka personelu medycznego, lecz także za brak – w ocenie sądu orzekającego – wymaganych standardów wyposażenia placówek medycznych oparta została na orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 28 października 1983 r. II CR 358/83 (OSPiKA 1984, z. 9, poz. 187). Zagadnienie dotyczy szerszej– bo rangi konstytucyjnej – powinności państwa wobec obywatela w tak doniosłej i wrażliwej kwestii, jaką jest ochrona życia oraz zdrowia. Znane są tutaj oczekiwania społeczne i (mające także – jak rozpoznawana sprawa – charakter dramatycznych) dylematy związane z ograniczonym dostępem do niektórych metod terapii (oczekiwanie na dializę, zabiegi kardiochirurgiczne, zabiegi transplantacyjne). Nie rozwijając szerzej tego wątku i zakwestionowanego przez kasację poziomu wymagań, w przyjętej wykładni art. 417 § 1 k.c., stanowiska sądu drugiej instancji nie można podzielić, ponieważ: po pierwsze, powołane orzeczenie dotyczyło całkiem podstawowych wymagań (użycie strzykawki wielokrotnego użytku), a sformułowana bardzo ogólnie (i powtarzana) teza, jak i poszczególne sformułowania jej uzasadnienia były przedmiotem uzasadnionych kontrowersji w literaturze przedmiotu, jako tworzące fikcję najwyższych standardów opieki medycznej, po drugie, powszechne ubezpieczenie społeczne wyklucza, co potwierdza stan faktyczny powołanego orzeczenia z dnia 28 października 1983 r., stosowanie metod i środków starych, nie rokujących (czy gorzej rokujących) skuteczności – jeżeli są one powszechnie zastępowane innymi metodami leczenia, po trzecie, formułowanie ocen w tej materii wymaga umiaru i ostrożności, gdyż racje prawne i medyczne nieodłącznie wiążą się z racjami społecznymi (jeżeli nie wręcz z redystrybucją dochodu narodowego), a każdy wypadek poddawany powinien być (w świetle nie budzących wątpliwości ustaleń) zindywidualizowanej ocenie prawnej, po czwarte, obowiązujące przepisy dają podstawę do stwierdzenia, że prawo do ochrony zdrowia było (i będzie) limitowane, chociażby ze względów finansowych; nie może być zatem traktowane jako prawo absolutne. Z powyższego wynika, że i druga podstawa kasacji okazała się uzasadniona, co wraz z wyrażoną oceną o oczywistych uchybieniach w sferze proceduralnej prowadzi do uchylenia zaskarżonego orzeczenia (art. 393 [13] k.p.c.).

**GLOSA**

Sąd Najwyższy orzekł, że przy ocenie odpowiedzialności zakładu leczniczego (w danej sprawie Skarbu Państwa; natomiast w obecnej sytuacji prawnej po reformie systemu opieki zdrowotnej chodzić będzie o odpowiedzialność samego zakładu, mającego osobowość prawną) powinno się uwzględniać przeciętny poziom usług

medycznych świadczonych w publicznej służbie zdrowia. Tym samym SN odszedł od tezy, wyrażonej w wyroku z 28 X 1983 r. (II CR 358/83)[1], w której stwierdził: „W sferze odpowiedzialności Skarbu Państwa na podstawie art. 417 i n. k. c. za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy służby zdrowia nieuzasadnione jest przerzucanie ryzyka ujemnych skutków niestosowania najlepszych metod i środków medycznych na pokrzywdzoną jednostkę w wyniku obniżenia w drodze zarządzeń natury administracyjnej standardów staranności i poziomu stosowanych środków medycznych i technicznych". Trzeba jednak zauważyć, że powyższy wyrok był słuszny, gdyż Sąd Najwyższy potępił stosowanie przez szpital strzykawek wielokrotnego użytku, co było przyczyną zakażenia pacjentki wirusem żółtaczki i związanych z tym poważnych szkód. Uznał, że ryzyka niestosowania strzykawek jednorazowego użytku nie może ponosić powódka. Niepotrzebnie jednak Sąd Najwyższy powiedział o „najlepszych metodach i środkach medycznych", oczywistą jest bowiem rzeczą, że tego się nie da zrealizować. Gdyby to odnieść do najwyższych standardów medycznych, jest to fikcja. Chodzi raczej o normalne wymagania, należyty poziom wyposażenia szpitala w aparaturę i sprzęt medyczny i należytą staranność w świadczeniu usług medycznych, których stosując kryteria obiektywne można oczekiwać. Dotyczy to zarówno technicznej strony leczenia, jak i kwalifikacji i staranności lekarzy i personelu medycznego[2].

Sformułowanie użytego natomiast w glosowanym wyroku SN, a odwołującego się do „przeciętności" w publicznej służbie zdrowia, nie można ocenić za trafne. Teza nie dotyczy tylko zaopatrzenia szpitali w drogą aparaturę medyczną, czy dostępu do tzw. wysokospecjalistycznych procedur medycznych, limitowanych możliwościami Państwa, lecz ma znaczenie ogólniejsze. Jakkolwiek SN głosi, że należy wykluczyć stosowanie metod i środków starych, nie rokujących skuteczności (lub rokujących ją gorzej), jeśli są one powszechnie zastępowane nowymi metodami leczenia, to jednak stanowisko SN oznacza obniżenie wymagań. Stoi ono w sprzeczności z zasadnymi oczekiwaniami lepszego wyposażenia w aparaturę medyczną, wyższego standardu świadczeń medycznych i opieki medycznej od szpitali i klinik mających „wyższy poziom referencyjny", specjalistyczne oddziały bądź zapewniających pacjentów, że mają nowoczesną aparaturę i wybitnych specjalistów. Powinny zostać określone przez Ministra Zdrowia minimalne normy wyposażenia publicznego zakładu opieki zdrowotnej w sprzęt i aparaturę medyczną oraz standardy tego wyposażenia (art. 41 ustawy z 30 VIII 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm.). Wątpię, aby można było ustalić jakiś „przeciętny poziom" w publicznej służbie zdrowia. To, co można uznać za przyjęte w małym prowincjonalnym szpitalu, może nie być dopuszczalne w szpitalu wojewódzkim czy klinice uniwersyteckiej. Postęp medyczny jest ogromny i jest oczywiste, że nie można wymagać tyle samo od „przeciętnego" szpitala, oddalonego od ośrodków naukowych, ile od szpitala blisko takich ośrodków. Jednakże nie żyjemy w XIX wie-

[1] OSPiKA 9/1984, poz. 187 z glosą M. Sośniaka; NP. 1/1985, s. 144 z glosą M. Nesterowicza.
[2] M. Sośniak, cyt. glosa, s. 470.

ku, obecnie wszędzie jest bliżej. Przeciętny poziom wyposażenia szpitali i wiedzy medycznej musi być zachowany wszędzie, lecz to nie oznacza, że zawsze wystarczający; wobec wielu szpitali i lekarzy (a zwłaszcza specjalistów) wymagania będą niewątpliwie wyższe. Niespełnienie tych wymagań stanowić będzie winę organizacyjną szpitala lub winę lekarza.

Nie jest z pewnością nadmiernym wymaganiem, aby szpital dysponował karetką reanimacyjną, a w przypadku gdy jeden szpital na danym terenie jest nieczynny z powodu remontu, by efektywną opiekę nad chorymi przejęły inne szpitale, nawet nieco dalej położone. Skutki tego nie mogą bowiem ponosić chorzy. Szpital to bowiem nie hotel, który można czasowo zamknąć nie myśląc o turystach, którzy chcieliby się tam zatrzymać. W danej sprawie lekarz pogotowia ratunkowego z pewnością zrobił co mógł udzielając pomocy dziecku, lecz czy to samo można powiedzieć o szpitalu? Sąd rozpatrując ponownie sprawę powinien zbadać, czy szpitalowi nie można przypisać winy organizacyjnej.

Wzorzec wymagań jest również zależny od stanu wiedzy, jest zmienny wraz z postępem medycyny. Wobec lekarza trzeba wskazać, że jest on obowiązany dotrzymać kroku nowoczesnej technice i wiedzy medycznej, musi pogłębiać swoje wiadomości. Art. 4 ustawy z 5 XII 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152 ze zm.) stanowi, że lekarz ma obowiązek wykonywać swój zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz należytą starannością. Art. 55 Kodeksu Etyki Lekarskiej przewiduje, że powinnością każdego lekarza jest stałe uzupełnianie i doskonalenie swej wiedzy i umiejętności zawodowych. Brak wiedzy stanowi także winę lekarza. Wzorcem, do którego należy sięgać jest w odniesieniu do lekarza wzorzec „dobrego fachowca". Przyjmuje się pewien poziom fachowości, poniżej którego postępowanie lekarza należy ocenić ujemnie[3]. Od lekarzy wymaga się staranności wyższej niż przeciętna z uwagi na przedmiot ich zabiegów, którym jest człowiek i skutki wadliwego leczenia, często nieodwracalne[4].

W USA za winę lekarza uznaje się uchybienie przez lekarza takiemu standardowi staranności, zręczności i pilności, jaki jest przyjęty przez lekarzy wykonujących praktykę w tej samej lub podobnej społeczności w świetle stanu wiedzy medycznej rozsądnie osiągalnego (tak np. orzecz. Sądu Apelacyjnego Michigan w sprawie B. Cudnik v. Wiliam Beaumont Hospital, 1994). Od specjalistów wymaga się jednak stosowania nie lokalnego, lecz krajowego standardu leczenia (np. orzecz. Sądu Apelacyjnego Dystryktu Columbia w sprawie Ch. Travers v. District Columbia, 1996).

Trzeba dodać przy tym, że lekarz nie powinien wykraczać poza swoje umiejętności zawodowe przy wykonywaniu czynności diagnostycznych, zapobiegawczych, leczniczych i orzeczniczych. Jeżeli zakres tych czynności przewyższa umiejętności lekarza, wówczas powinien zwrócić się do lekarza bardziej kompetentnego. Nie dotyczy to nagłych wypadków i ciężkich zachorowań, gdy zwłoka może zagrażać zdrowiu lub życiu chorego (art. 10 KEL).

[3] Por. M. Sośniak, Cywilna odpowiedzialność lekarza, Warszawa 1989, s. 108.
[4] Por. M. Nesterowicz, Prawo medyczne, Toruń 2000, s. 41 i n.

# III OGÓLNOPOLSKIE FORUM PRAWNICZO-MEDYCZNE

## *„Odpowiedzialność prawna lekarza, zakładu opieki zdrowotnej i kasy chorych w nowym systemie opieki zdrowotnej”*

**WARSZAWA, 7 - 8 GRUDNIA 2000**

---


**Informacje:**

**ABACUS BIURO PROMOCJI MEDYCZNEJ**

ul. Astronomów 3 piętro IV, 01-450 WARSZAWA

tel. (0-22) 836 04 16, 862 10 51, fax (0-22) 862 10 50

e-mail: abacus@abacus.edu.pl www.abacus.edu.pl