PRAWO I MEDYCYNA

Nr 3/2015
(60, vol.17)

KWARTALNIK

Cena 65,00 PLN
(VAT = 5%)

ISSN 1506-8757
INDEKS 354430

ISSN 1506-8757

Pismo indeksowane w wykazie czasopism naukowych
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego
- 7 punktów za publikacje

PRAWO I MEDYCYNA

Nr 3/2015 (60 vol. 17) **KWARTALNIK** ISSN 1506-8757

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

REDAKCJA

Dr n. hum. Ewa Kujawa (redaktor honorowy)
Dr hab. n. prawn. Maria Boratyńska (redaktor naczelny)
lek. med. Paweł Wójcik (redaktor językowy)
mgr inż. Piotr Pajek (redaktor statystyczny)

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prawo

Prof. Margaret Brazier (GB), Adw. Czesław Jaworski,
Prof. Leszek Kubicki, Prof. Eugeniusz Kowalewski, Prof. Zdzisław Kubot,
Dr Ewa Kulesza, Prof. Mirosław Nesterowicz, Dr Dorota Safjan, Prof. Marek Safjan,
Prof. Eleonora Zielińska, Prof. Andrzej Zoll

Medycyna

Dr Marek Balicki, Prof. Krzysztof Czajkowski, Prof. Jan Doroszewski,
Dr Włodzimierz Jurek, Dr Krzysztof Madej, Dr Krzysztof Makuch, Dr Janusz Opolski,
Dr Waldemar Patkowski, Prof. Jadwiga Słowińska-Srzednicka,
Prof. Tadeusz Tołłoczko, Dr Paweł Wójcik, Prof. Piotr Zaborowski, Prof. Marian Zembala

Adres Redakcji:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Bysławska 82 pok. 102, 04-993 Warszawa
tel. 22 867 24 25, e-mail: sekretariat@ipoz.pl
www.ipoz.pl, www.prawoimedycyna.pl

Wydawca:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Bysławska 82 pok. 102, 04-993 Warszawa
tel. 22 867 24 25, e-mail: sekretariat@ipoz.pl
www.ipoz.pl, www.prawoimedycyna.pl

Prenumerata:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Bysławska 82 pok. 102, 04-993 Warszawa
tel. 22 867 24 25, e-mail: sekretariat@ipoz.pl
www.ipoz.pl, www.prawoimedycyna.pl

Wersja papierowa Prawa i Medycyny jest wersją pierwotną (referencyjną)

Księgarnia internetowa: **www.prawoimedycyna.pl**

Nakład 760 egz.
ISSN 1506-8757

Spis treści

Dr n. prawn. Ewa Plebanek,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Autonomia ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznych. Prawnokarna ocena wykonania czynności niezbędnej dla ratowania życia i zdrowia kobiety ciężarnej lub dziecka nienarodzonego wbrew woli kobiety ciężarnej (część II) 5

mgr prawa Wojciech Maczuch,
Uniwersytet Śląski
Wybrane etyczne aspekty telemedycyny w świetle standardów konstytucyjnych 27

Dr hab. n. prawn. Maria Boratyńska,
Uniwersytet Warszawski
Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej 53

POLEMIKI

Dr n. społ. Błażej Kmieciak,
Uniwersytet Medyczny w Łodzi
Psychiatryczny ombudsman - Polemika z artykułem J. Ciechorskiego „Regulacje dotyczące Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego i praktyka ich stosowania – analiza krytyczna” 84

Dr n. prawn. SSR Andrzej Kallaus,
Sąd Rejonowy w Rzeszowie
Jeszcze raz w kwestii postępowania dotyczącego osoby wymagającej wsparcia medycznego w warunkach zakładu opiekuńczo-leczniczego 102

MATERIAŁY Z KONFERENCJI
WSPÓŁCZESNE PROBLEMY W TRANSPLANTOLOGII

Joanna Wojnarowska – studentka prawa V roku,
Uniwersytet Warszawski
Współczesne problemy w transplantologii - prawo, medycyna, filozofia 110

Dr hab. n. prawn. Beata Janiszewska,
Uniwersytet Warszawski
Zgoda sądu opiekuńczego w świetle unormowań ustawy transplantacyjnej (część I) 119

Prof. dr hab n. med Ryszard Grenda,
Centrum Zdrowia Dziecka w warszawie
Głos w dyskusji 137

Mgr n. hum. Piotr Grzegorz Nowak,
Uniwersytet Jagielloński
Pobieranie narządów od zmarłych. Ocena porównawcza polskiej regulacji braku sprzeciwu oraz Systemu Aktywnej Rejestracji Dawców 140

Dr hab. n. prawn. Maria Boratyńska,
Uniwersytet Warszawski
„Szczególne względy osobiste". Przyczynek do dyskusji nad dopuszczalnością dawstwa do przeszczepu przez osoby niespokrewnione 145

Dr n. prawn. Przemysław Konieczniak,
Uniwersytet Warszawski
Przeszczepienie całego ciała do głowy – oceny prawne przypadku hipotetycznego 153

ORZECZNICTWO

Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Glosa - wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29 września 2014 r., I ACa 233/14, LEX nr 1526918 168

RECENZJE

Dorota Krekora-Zając
Jakub Pawlikowski. Biobankowanie ludzkiego materiału biologicznego dla celów naukowych - aspekty organizacyjne, etyczne, prawne i społeczne, Lublin 2013 . . . 177

Regulamin publikacji w kwartalniku „Prawo i Medycyna" 183

Ewa Plebanek

Autonomia ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznych. Prawnokarna ocena wykonania czynności niezbędnej dla ratowania życia i zdrowia kobiety ciężarnej lub dziecka nienarodzonego wbrew woli kobiety ciężarnej (część II)

1. Prawnokarna ocena zaniechania czynności medycznych koniecznych dla ratowania życia i zdrowia kobiety ciężarnej lub dziecka nienarodzonego w razie sprzeciwu ciężarnej pacjentki.

W toku wcześniejszych rozważań ustalono, że ciąża lub okres porodu nie są okolicznościami, które uzasadniałyby zawężenie zakresu autonomii pacjenta. W związku z tym należy przyjąć, że lekarz, który nie udziela świadczenia zdrowotnego z powodu poszanowania woli ciężarnej lub rodzącej pacjentki sprzeciwiającej się leczeniu, nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za przestępstwo nieudzielenia pomocy z art. 162 k.k., czy też za skutek, który w następstwie jego zaniechania nastąpił. Jak bowiem zauważa P. Kardas, zgoda pacjenta to jeden z koniecznych elementów ustalenia, czy lekarz zajmuje względem pacjenta pozycję gwaranta[1]. W przypadku sprzeciwu pacjenta nie aktualizuje się szczególny prawny obowiązek udzielenia pacjentowi

1 P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, PS nr 10/2005, s. 55 i n.

pomocy medycznej; jedyny obowiązek, który ciąży w takiej sytuacji na lekarzu, to poszanowanie prawa pacjenta do samostanowienia. Nieprzeprowadzenie zabiegu ratującego życie lub zdrowie w sytuacji prawnie relewantnej odmowy wyrażenia zgody nie może zatem prowadzić do odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe przeciwko życiu lub zdrowiu pacjenta popełnione przez zaniechanie. Odpowiedzialność za przestępstwo nieudzielenia pomocy jest także wyłączona na zasadach ogólnych. Wobec powyższego należy zauważyć, że niewyrażenie przez pacjentkę zgody na zabieg leczniczy ratujący życie lub zdrowie dziecka znajdującego się w organizmie pacjentki[2], skutkujące odstąpieniem przez lekarza od wykonania zabiegu, a następnie negatywnymi następstwami dla życia i zdrowia kobiety lub dziecka, nie może prowadzić do pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu ani dziecka, ani pacjentki. Kobieta ciężarna jest pacjentem posiadającym ten sam zakres autonomii, co każdy inny pacjent, brak bowiem szczególnej regulacji prawnej pozwalającej domniemywać, że lekarz zajmuje w takiej sytuacji pozycję gwaranta względem ciężarnej pacjentki lub znajdującego się w jej organizmie dziecka, ani także regulacji uprawniającej do zastosowania przymusowego leczenia z uwagi na okres ciąży lub porodu. Dlatego też, w razie niewyrażania przez kobietę ciężarną lub rodzącą zgody na zabieg ingerujący w jej organizm, lekarz nie może odpowiadać za następstwa zaniechania zabiegu bez względu na okoliczność, czy owe następstwa dotyczą nie tylko kobiety, ale także życia i zdrowia dziecka nienarodzonego oraz bez względu na okoliczność, czy dziecku nienarodzonemu przysługiwała pełna prawnokarna ochrona przynależna człowiekowi.

Brzmienie art. 192 kk. oraz zapisy aktów prawnych regulujących zasady wykonywania zawodu lekarza nie pozostawiają wątpliwości, że w relacjach personel medyczny – pacjent przekreślono paternalistyczny

2 Podobnie jak w części I (*Autonomia ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznych. Prawnokarna ocena sprzeciwu ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznej ratującej życie i zdrowie pacjentki lub dziecka nienarodzonego*, Pprawo i Medycyna nr 2/2015, przypis 2) dla uproszczenia wywodu pojęciem „dziecko nienarodzone" będę w dalszych partiach teksu określać zarówno „dziecko poczęte" w rozumieniu 152, 153 i 157a k.k. jak i „dziecko w okresie porodu" w rozumieniu chociażby art. 149 k.k.

stosunek do człowieka. Pojawia się zatem pytanie: czy tezę tę można odpowiednio odnieść do innych relacji międzyludzkich, szczególnie tych, gdzie jedna ze stron owej relacji pełni względem drugiej funkcję gwaranta?[3] W kontekście badanej w niniejszym tekście problematyki pytanie to będzie miało znaczenie w odniesieniu do tych wszystkich sytuacji, w których pacjentka odmawia zgody na poddanie się zabiegowi medycznemu niezbędnemu dla ratowania życia i zdrowia jej lub dziecka nienarodzonego (np. odmawia przyjmowania leków niezbędnych dla podtrzymania ciąży lub niwelujących niebezpieczeństwo dla życia kobiety i płodu, sprzeciwia się wykonaniu zabiegów medycznych niezbędnych dla ratowania własnego życia i zdrowia lub rodzącego się dziecka), zaś świadkiem sytuacji jest inna osoba niż podmiot ustawowo zobowiązany do uzyskania zgody pacjenta przed wykonaniem zabiegu medycznego (np. mąż kobiety, biologiczny ojciec dziecka, osoba trzecia nie pełniąca względem kobiety lub dziecka funkcji gwaranta). Czy takie osoby mają prawny obowiązek albo uprawnienie do ratowania życia lub zdrowia kobiety i znajdującego się w jej organizmie dziecka, pomimo sprzeciwu kobiety? Czy mogą zmusić kobietę do przyjęcia pomocy oddziałując na nią w inny sposób niż perswazja np. poprzez podstęp, przemoc, groźbę bezprawną? Po pierwsze, przyjmuje się, chociaż nie bezspornie, że przestępstwo wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta jest przestępstwem powszechnym[4], a zatem realizacji jego znamion może się dopuścić nie tylko osoba uprawniona do wykonywania świadczeń medycznych, ale także osoba, która takich uprawnień nie posiada, np. mąż pokrzywdzonej wykonujący

3 A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw wobec podjęcia działań ratujących życie wyrażony względem gwaranta niebędącego lekarzem. Zarys problemu*, CzPKiNP 2011, z. 4, s. 59.

4 Tak np. A. Zoll, (w:) A. Barczak-Oplustil [i in.], *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2008,, s. 539; D. Dziubina, *Prawny charakter zgody pacjenta na zabieg leczniczy w świetle art. 192 kodeksu karnego*, CzPKiNP 2000, nr 2, s. 36; M. Filar (w): *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2010, s. 992; L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza*, Prawo i Medycyna 2000, nr 8, s. 30 i n. Przeciwnie np. T. Dukiet-Nagórska, Autonomia pacjenta a polskie prawo karne, Warszawa 2008, s. 153; M. Mozgawa (w): *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2010, s. 394; J. Kulesza*, Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a odpowiedzialność karna za nieudzielenie pomocy (art. 162 k.k.),* PS 2007, nr 5, s. 59-61; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz,* Warszawa 2010, s. 442; M. Kondycka, S. M. Przyjemski, *Aspekt karnoprawny braku zgody pacjenta na zabieg medyczny*, WPP 2008, nr 2, s. 25-26; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2002, s. 308.

zabieg leczniczy wedle instrukcji lekarza. Po drugie, nawet jeżeli przyjąć pogląd, że przestępstwa o znamionach opisanych w art. 192 k.k. może dopuścić się tylko personel medyczny względem osoby posiadającej status pacjenta, to w razie współdziałania innej niż personel medyczny osoby z tymże personelem, znajdzie zastosowanie któraś ze sprawczych lub niesprawczych postaci współdziałania przestępnego. Wobec powyższego należy stwierdzić, że zarówno gwarant jak i osoba nie będąca gwarantem nie mają obowiązku działania z pogwałceniem sprzeciwu ciężarnej kobiety wobec podejmowanych względem niej czynności medycznych, co więcej - tego rodzaju działanie może zostać zakwalifikowane jako realizujące znamiona art. 192 k.k. (albo 191 k.k. w razie przyjęcia, że przestępstwo wykonania zabiegu medycznego bez zgody pacjenta jest przestępstwem indywidualnym i w danym stanie faktycznym nie znalazł zastosowania art. 21 § 2 k.k.).

2. Prawnokarna ocena wykonania czynności medycznej niezbędnej dla ratowania życia i zdrowia pacjentki lub dziecka nienarodzonego pomimo sprzeciwu pacjentki. Czy osoba przełamująca sprzeciw kobiety ciężarnej celem ratowania życia kobiety i dziecka nienarodzonego działa w warunkach kontratypu obrony koniecznej lub stanu wyższej konieczności?

Stwierdzenie, że tak na osobach postronnych jak i zawodowo sprawujących opiekę medyczną nie ciąży prawny szczególny obowiązek działania w razie wyrażenia przez pacjentkę sprzeciwu odnośnie proponowanej jej pomocy, nie rozstrzyga jeszcze innej istotnej kwestii: czy osoby te mogą prawnie relewantny sprzeciw pacjentki pominąć i wykonać czynność medyczną celem ratowania życia kobiety lub dziecka nienarodzonego, nie narażając się przy tym na odpowiedzialność karną. Jak już wspomniano, osoby uprawnione do wykonania zabiegu leczniczego względem kobiety ciężarnej lub rodzącej nie ponoszą odpowiedzialności karnej za następstwa prawnie relewantnego sprzeciwu pacjentki, nawet jeżeli skutkiem jest śmierć pacjentki i dziecka nienarodzonego. Wykonywanie takiej czynności medycznej pomimo sprzeciwu stanowi realizację znamion art. 192 k.k. Zatajanie, podawanie

nieprawdziwych lub niepełnych informacji na temat stanu zdrowia, rokowań, możliwości diagnostycznych jest zachowaniem bezprawnym i może zostać uznane za naruszenie dóbr osobistych pacjenta. Ponadto, jak już wskazano w pierwszej części tekstu, nie jest wykluczone, że w sytuacji kolizyjnej niepodjęcie terapii ratującej życie lub zdrowie któregoś z dwóch konkurujących ze sobą podmiotów (ciężarnej pacjentki i dziecka nienarodzonego), może także spełniać znamiona przestępstwa skierowanego przeciwko życiu lub zdrowiu. Pojawia się pytanie: czy po spełnieniu dodatkowych przesłanek możliwe jest wtórne wyłączenie bezprawności tego rodzaju zachowań za pomocą instytucji kontratypu lub przynajmniej wyłączenie odpowiedzialności karnej z uwagi na brak możliwości przypisania sprawcy winy? Przykładowo: czy można pominąć prawnie relewantny sprzeciw pacjentki i poprzez zastosowanie przymusu fizycznego lub podstępu doprowadzić do wykonania zabiegu leczniczego ratującego życie dziecka nienarodzonego nie narażając się przy tym na odpowiedzialność karną? Czy lekarz może poprzez wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu pacjentki uniemożliwić jej rozważenie możliwości przerwania ciąży pomimo zaistnienia materialnych przesłanek przeprowadzenia takiego zabiegu i skutecznie powołać się przy tym na działanie w ramach kontratypu? Czy osoby nie będące osobami sprawującymi względem kobiety ciężarnej czynności medyczne mogą poprzez zastosowanie przemocy lub groźby bezprawnej uniemożliwić kobiecie przeprowadzenie legalnej aborcji albo zmusić ją do poddania się zabiegowi leczniczemu niezbędnemu dla ratowania życia kobiety lub znajdującego się w jej organizmie płodu i uniknąć odpowiedzialności karnej?

Jak już wspomniano, raczej powszechny jest pogląd, że art. 162 § 2 k.k. to *lex specialis* wyłączająca możliwość powołania się na stan wyższej konieczności i chroniąca przed przymusowymi zabiegami lekarskimi[5]. Jednak wobec braku jednoznacznej wypowiedzi ustawodawcy za sporny uchodzi charakter tego przepisu. J. Kulesza stwierdza, że art. 162 § 2 k.k. w badanym tu zakresie opisuje okoliczność wyłączającą

5 J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym,* Warszawa 2005, s. 117.

winę[6], a nadto zauważa, że do obowiązków gwaranta odnosi się art. 26 § 4 k.k. i tym samym klauzula 162 § 2 k.k. nie dotyczy gwaranta. Zatem istnieją dobra, które gwarant ma szczególny obowiązek chronić „nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste", a przez „niebezpieczeństwo osobiste" można także rozumieć poddanie się niektórym zabiegom medycznym służącym ratowaniu osoby, względem której ciąży na sprawcy obowiązek gwaranta. Jeżeli przyjąć pogląd J. Kuleszy, to należy rozważyć, czy możliwe jest też uznanie zachowania kobiety ciężarnej, która odmawia zgody na zabieg leczniczy ratujący dziecko nienarodzone, za bezprawny polegający na zaniechaniu zamach na życie lub zdrowie dziecka i w konsekwencji - zastosowanie obrony koniecznej celem zmuszenia pacjentki do poddania się zabiegowi leczniczemu. Jak już wspomniano, przeciwko uznaniu sprzeciwu ciężarnej pacjentki na zabieg medyczny ratujący życie lub zdrowie dziecka nienarodzonego za bezprawny zamach przez zaniechanie przemawia po pierwsze: nieistnienie prawnego szczególnego obowiązku troski o dobrostan dziecka nienarodzonego, nałożonego na kobietę ciężarną wzorem powinności gwaranta, które obciążają rodziców w ramach władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem. Po drugie: jeżeli Konstytucja RP, umowy międzynarodowe i ustawy gwarantują pacjentowi prawo do odmowy wyrażenia zgody na zabieg leczniczy i jednocześnie w systemie prawa brak ustawowej regulacji wprowadzającej przymus leczenia względem kobiety ciężarnej lub rodzącej, to nie można twierdzić, że skorzystanie z tych uprawnień jest czynem bezprawnym. Zatem nawet jeżeli przyjąć pogląd J. Kuleszy, to ponieważ zachowania kobiety ciężarnej nie można określić mianem bezprawnego, nie da się ono także zakwalifikować jako zamach uprawniający podjęcie obrony koniecznej.

W doktrynie funkcjonuje także pogląd przeciwny do prezentowanego przez J. Kuleszę mówiący, że obowiązek gwaranta nie obejmuje takich sposobów zapobieżenia skutkowi jak poddanie się zabiegowi

6 J. Kulesza, *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie. Art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323c niemieckiego kodeksu karnego*, Łódź 2008, s. 284–285.

medycznemu na rzecz ratowania życia lub zdrowia osoby, względem której istnieje obowiązek gwaranta oraz że art. 162 § 2 dookreśla znamiona typu czynu zabronionego[7]. Przyjęcie tej perspektywy bez dodatkowej argumentacji pozwala wykluczyć możliwość wyłączenia bezprawności zachowania lekarza przełamującego sprzeciw ciężarnej pacjentki z powołaniem się na kontratyp obrony koniecznej. W tym ujęciu sprzeciw ciężarnej wobec czynności medycznej ratującej dziecko nienarodzone nie może bowiem zostać uznany za bezprawny, popełniony przez zaniechanie zamach na życie lub zdrowie dziecka nienarodzonego. Tym niemniej wypada rozważyć, czy możliwe jest pominięcie braku zgody pacjentki i przeprowadzenie przymusowego zabiegu lekarskiego z uwagi na ustalenie przez lekarza, że ma do czynienia ze stanem wyższej konieczności jako okolicznością wyłączającą bezprawność, tj. ratuje on dobro wyższej wartości, poświęcając dobro o wartości niższej[8]. W doktrynie podkreśla się, że w sytuacji odmowy zgody na zabieg leczniczy ratujący życie lub zdrowie pacjenta konfrontowane są dwa dobra prawne: życie ludzkie i wolność od ingerencji w integralność cielesną człowieka bez jego zgody. W prawie polskim co do zasady nie dopuszcza się uzasadniania stanem wyższej konieczności działań wbrew woli pacjenta[9]. Jednak jak zauważa A. Zoll „*Przepis o stanie wyższej konieczności (art. 26) stanowi pokusę dla uzasadnienia legalności zabiegu przeprowadzonego bez zgody pacjenta. Należy jednak taką drogę w zasadzie, z wyjątkiem sytuacji szczególnych, odrzucić*”[10]. Pojawiają się głosy, że nie jest wykluczone

7 Tak A. Zoll, (w:) *Kodeks…,* t. 2, s. 365 i n.

8 Por. A. Wąsek, *Sporne kwestie stanu wyższej konieczności w prawie karnym*, PK nr 7/1992, s. 32; J. Lachowski, *Stan…,* s. 259; K. Buchała, *Niektóre prawnokarne problemy nieudzielenia pomocy przez lekarza w aspekcie postępu w medycyn*ie, Przegląd Lekarski nr 3 /1972, s. 379–380.

9 Szerzej A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, Prawo i Medycyna nr 2 /2005,. Por. wyrok SN z dnia 28 listopada 2007 r., V KK 81/07, OSNKW nr 2 /2008, poz. 14*;* A. Zoll (w:) *Kodeks…,* t. 2, s. 523; tenże, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 19. Tak też M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 256–257; A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*, nr 1/PiP 1997, s. 36–40; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne*, 1946, s. 171 i n.; J. Sawicki, *Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa,* Warszawa 1964, s. 50–51; E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, Prawo i Medycyna nr 5/2000, s. 81.

10 A. Zoll, (w:) *Kodeks…,* t. 2., s. 537.

powołanie się przez lekarza na stan wyższej konieczności i przeprowadzenie zabiegu bez zgody pacjenta w celu ratowania życia lub zdrowia innej osoby, w sytuacji gdy „osoba poświęcana" nie jest narażona na bezpośrednie niebezpieczeństwo osobiste. Warto dodać, że gdyby uznać sprzeciw pacjentki za „sytuację szczególną", to życie płodu od momentu, w którym uzyskał pełen zakres prawnokarnej ochrony, miałoby tę samą wagę, co życie matki. Zatem w sytuacji kolizyjnej za ratowaniem życia matki kosztem istnienia płodu przemawia ocena prawdopodobieństwa uratowania i zachowania kolidujących ze sobą dóbr[11], nadto w razie braku zgody kobiety ciężarnej na poświęcenie swojego życia lub zdrowia na uwzględnienie zasługuje także prawo pacjenta do samostanowienia jako kolidujące z interesami dziecka nienarodzonego. Tym niemniej należy zauważyć, że jednym z uchodzących za niekontrowersyjne założeń dotyczących instytucji kontratypu stanu wyższej konieczności jest koncepcja, iż będące rezultatem zachowania człowieka niebezpieczeństwo uzasadniające naruszenie dobra prawnego w ramach stanu wyższej konieczności musi wynikać z zachowania bezprawnego, nie może zaś polegać na korzystaniu z przyznanych temu człowiekowi praw[12]. Jak zauważa J. Giezek, nie może stanowić niebezpieczeństwa – w rozumieniu znamienia stanu wyższej konieczności - zachowanie człowieka polegające na realizacji przysługujących mu uprawnień (podobnie jak tego rodzaju zachowanie nie może stanowić zamachu w rozumieniu art. 25 k.k.)[13]. Jeżeli przyjmujemy, że kobieta ciężarna ma takie same prawa jak pozostali pacjenci i jednocześnie nie jest osobą mającą prawny szczególny obowiązek ratowania życia i zdrowia dziecka nienarodzonego nawet z narażeniem na niebezpieczeństwo osobiste, przy czym w ramach owego niebezpieczeństwa

11 A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, Prawo i Medycyna nr 2/2005, s. 19.

12 Por. M. Filar, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej* (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze,* Warszawa 1998, z. 18, s, 24; A. Zoll (w:) w:) G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t.1, Warszawa 2007, wyd. III, s. 428; J. Giezek (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz,* J. Giezek (red.), Warszawa 2007, s. 229; A. Wąsek*, Kodeks karny. Komentarz art. 1 – 31,* t.1,Gdańsk 1999, s. 333.

13 J. Giezek, *Kodeks…*, s. 229.

należy rozumieć także poddanie się zabiegowi medycznemu, to sprzeciw wobec każdej czynności medycznej należy uznać za realizację gwarantowanego przez Konstytucję i ustawy prawa. Zatem z uwagi na brak przepisów ograniczających prawa pacjenta w odniesieniu do ciężarnych i rodzących pacjentek a także przepisów, które mocowałyby kobietę ciężarną w funkcji gwaranta względem dziecka poczętego (z czego ewentualnie można by wyprowadzać szczególny obowiązek ochrony dobrostanu dziecka poczętego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste) należy stwierdzić, że sprzeciw ciężarnej pacjentki wobec zabiegu medycznego nie może zostać uznany za zachowanie bezprawne usprawiedliwiające działanie wbrew jej woli w ramach stanu wyższej konieczności.

Wydaje się, że na bardziej szczegółową analizę w kontekście możliwości powołania się na kontratyp w celu przełamania sprzeciwu pacjentki zasługuje sytuacja, w której sprzeciw wobec zabiegu medycznego jest jednoznaczny ze śmiercią pacjentki i śmiercią znajdującego się w jej organizmie dziecka. Czy można potraktować tego rodzaju zachowanie jak zamach samobójczy? Wypada zauważyć, że sprzeciwu pacjenta wobec zabiegu leczniczego, nawet jeżeli z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością prowadzi do śmierci pacjenta, nie traktuje się jak typowego zamachu samobójczego. Nawet autorzy, którzy skłonni są uważać zamach samobójczy za czyn sprzeczny z normą sankcjonowaną[14] jednocześnie wskazują, że poszanowanie woli pacjenta w kwestii kontynuowania leczenia jest wartością na tyle istotną, że lekarz bez obawy przed odpowiedzialnością za zabójstwo eutanatyczne popełnione przez zaniechanie (art. 151 § 1 k.k. w zw. z art. 2 k.k.) jest zobowiązany wolę pacjenta uszanować i odstąpić od kontynuowania zabiegów leczniczych, także jeżeli ma świadomość, że jest to jednoznaczne ze zgonem pacjenta[15]. Co więcej podkreśla się, że sprzeciw pacjenta ma tak samo doniosłe znaczenie nie tylko w sytuacjach, w których przeprowadzanie zabiegów leczniczych sprowadza

14 A. Zoll, *Kodeks..,* t. 2, s. 283.

15 A. Zoll, *Kodeks*…, t. 2, s. 279.

się w istocie do przedłużania stanu terminalnego lub wprawdzie przedłuża życie pacjenta, jednak obniżając w sposób trwały i istotny jego jakość (np. amputacja kończyn, żywienie pozaustrojowe, agresywna chemioterapia, długotrwałe podłączenie do urządzeń podtrzymujących podstawowe funkcje życiowe, paraliż całego ciała, znaczne ograniczenie możliwości intelektualnych). Sprzeciw ów decyduje także wtedy, gdy podyktowany jest jedynie względami konfesyjnymi, a zabieg, o który chodzi, jest niezbędny dla uratowania życia i gwarantuje stosunkowo szybki powrót do pełnego zdrowia. Jako przykład można podać znane praktyce wymiaru sprawiedliwości przypadki sprzeciwu wobec wykonania transfuzji krwi przez osoby przynależące do Chrześcijańskiego Zboru Świadków Jehowy z uwagi na jeden z kluczowych dogmatów ich wiary mówiący o czystości ciała i krwi[16]. Co więcej wskazuje się, że sprzeciw powinien być uszanowany także jeżeli został wyrażony *pro futuro*, tj. na wypadek zaistnienia zdarzeń medycznie uzasadniających zabieg leczniczy, któremu sprzeciwia się przyszły pacjent, w razie gdyby nie był zdolny do wyrażenia sprzeciwu z uwagi na brak przytomności[17]. Wskazuje się, że nawet w tak skrajnych sytuacjach lekarz ma obowiązek uszanowania sprzeciwu pacjenta i nie może powołać się kontratyp działania w stanie wyższej konieczności w celu przeprowadzenia zabiegu ratującego życie, gdyż dopuszczenie takiej możliwości powodowałoby, że przepisy gwarantujące pacjentowi prawo do samostanowienia w istocie okazałyby się pozorne. Należy stwierdzić, że w przypadku, gdy pacjentka odmawia zgody na przyjęcie świadczenia zdrowotnego ratującego życie jej lub dziecka nienarodzonego, nie powinno się stosować innych zasad niż wobec pozostałych pacjentów. Brak bowiem w systemie prawa stosownych regulacji dozwalających na „wyjątkowe" traktowanie kobiet ciężarnych, zaś przekreślenie podstawowych praw pacjenta drogą zwyczaju jest niedopuszczalne. Należy zgodzić się z M. Safjanem, że zasada poszanowania autonomii pacjenta nie powinna doznawać żadnych ograniczeń

16 A. Zoll, *Kodeks…,* t. 2, s. 544 i literatura oraz orzecznictwo tak cytowane.

17 Por. Postanowienie SN z dnia 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC nr 7–8/2006, poz. 137. Tak też A. Zoll, *Kodeks* …, t. 2, s. 544 i literatura tam cytowana.

poza tymi, które *expressis verbis* przewidziano w ustawach i ani interes zdrowotny pacjenta, ani istotne interesy osoby trzeciej nie mogą usprawiedliwiać przymusu poddania się interwencji medycznej. Jak konkluduje M. Safjan, regulacje dotyczące wymogu uzyskania zgody na czynność medyczną należy potraktować jako *lex specialis* w odniesieniu do klauzul generalnych w prawie cywilnym (zasady współżycia społecznego) oraz kontratypów takich jak stan wyższej konieczności opisanych w prawie karnym. W przeciwnym razie autonomia pacjenta staje się fikcją, a decyzja będzie podejmowana w oparciu o często nieobiektywne lub niejednoznaczne kryteria celowości medycznej[18].

3. Faktyczne ograniczenie możliwości poddania się przez pacjentkę legalnym świadczeniom medycznym godzącym w życie lub zdrowie dziecka nienarodzonego a możliwość powołania się przez personel medyczny na kolizję obowiązków lub stan wyższej konieczności.

Rozważając możliwość powołania się przez personel medyczny na stan wyższej konieczności lub kolizję obowiązków celem uniemożliwienia legalnego przerwania ciąży wypada wspomnieć, że zarówno w odniesieniu do przyjęcia działania w ramach kolizji obowiązków jak i w ramach stanu wyższej konieczności niezbędnym jest wykazanie, że niebezpieczeństwo dla dobra prawnego miało charakter bezpośredni i nie można go było uniknąć w inny sposób niż poświęcenie jednego z kolidujących ze sobą dóbr. Bezpośredni charakter niebezpieczeństwa oznacza, że musi ono zagrażać aktualnie, przed podjęciem działań zmierzających do ratowania dobra prawnego, a nie w przyszłości i może się ziścić „natychmiast" lub przynajmniej ma charakter nieuchronny[19]. Należy zatem stwierdzić, że nie sposób usprawiedliwić stanem wyższej konieczności zachowań lekarzy godzących w prawa pacjenta, a motywowanych potrzebą ochrony dziecka nienarodzonego przed konsekwencjami skorzystania przez pacjentkę z przysługującego jej świadczenia medycznego nieakceptowanego przez lekarza

18 M. Safjan, *Prawo i medycyna - ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 60-61.

19 Por. np. J. Giezek, *Kodeks…*, s. 230.

z pobudek innych niż obiektywne wskazania medyczne. Chodzi tu w szczególności o takie zaniechania jak np. odmowa wydania skierowania na badania diagnostyczne, niepoinformowanie pacjentki o możliwości i potrzebie skorzystania z badań prenatalnych, odmowa wydania recepty na środki antykoncepcyjne (w tym środki antykoncepcji doraźnej), udzielanie nieprawdziwych lub niepełnych informacji na temat stanu zdrowia pacjentki lub płodu oraz wynikających z niego możliwych metodach postępowania. Nie sposób bowiem uznać, że niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, tj. życia lub zdrowia dziecka poczętego przybiera charakter bezpośredni w momencie, w którym pacjentka nie ma nawet możliwości świadomego rozważenia, którą z alternatywnych i zarazem dopuszczalnych przez prawo i zasady sztuki medycznej metod postępowania wybrać. Nadto, jak już wspomniano, jeżeli potencjalne niebezpieczeństwo dla dziecka poczętego, wynikające z realizacji przez pacjentkę świadomej decyzji odnośnie poddania się określonym czynnościom medycznym jest związane z korzystaniem przez nią z legalnych i gwarantowanych przez prawo świadczeń, w tym zabiegu legalnej aborcji, to takiego zachowania nie można określić mianem czynu bezprawnego. W konsekwencji powołanie się na stan wyższej konieczności lub kolizję obowiązków celem wywarcia wpływu na postępowanie pacjentki jest niedopuszczalne.

4. Prawnokarna ocena zamachu samobójczego podjętego przez kobietę ciężarną lub rodzącą. Prawnokarne aspekty sprzeciwu wobec podjęcia działań ratujących życie ze strony ciężarnej lub rodzącej samobójczyni.

Ostatnią kwestią, którą wypada omówić, jest samonarażenie kobiety ciężarnej na utratę życia poprzez zamach samobójczy, a więc zachowanie godzące w życie i zdrowie nie tylko kobiety, ale i dziecka nienarodzonego, które jednak nie polega na wyrażeniu sprzeciwu wobec ratującego życie zabiegu leczniczego. Moralna i prawnokarna ocena takiego czynu jest inna niż sprzeciwu pacjenta wobec zabiegu medycznego ratującego życie, nawet jeżeli taki sprzeciw prowadzi w istocie do biernej eutanazji. Ustawodawca zdecydował się bowiem

wprowadzić do systemu normy mogące wskazywać, że prawnej ochronie podlega życie jako wartość obiektywna, niezależna od stosunku do niej dzierżyciela tego dobra, a zatem wartość życia ma nie tylko aspekt indywidualny, ale i społeczny[20], co więcej - aspekt społeczny w ochronie życia ma przewagę nad indywidualną wolą osoby chcącej zakończyć życie[21]. Przykładowo A. Zoll wskazuje, że „*chociaż samobójca nie realizuje znamion normy sankcjonującej, wynikającej z art. 148 § 1, to jednak realizuje czyn naruszający normę sankcjonowaną, nakazującą ochronę każdego życia ludzkiego (zob. art. 38 Konstytucji RP*)"[22]. Jeżeli uznać próbę samobójczą za bezprawny (sprzeczny z normą sankcjonowaną) zamach na życie osoby, która takiego zamachu dokonuje, powstaje potrzeba prawnokarnego wartościowania czynu kobiety ciężarnej dopuszczającej się nieudanego zamachu samobójczego w kontekście bezprawnego i karalnego ataku na życie i zdrowie dziecka nienarodzonego, które osiągnęło pełną prawnokarną ochronę przynależną człowiekowi. Umyślny atak na życie własne nie realizuje bowiem znamion normy sankcjonującej, jednak w tym przypadku oznacza także umyślny atak na życie i zdrowie dziecka nienarodzonego, który znamiona normy sankcjonującej realizuje, o ile dziecko osiągnęło status przyznający mu pełny zakres prawnokarnej ochrony. Brak jest tutaj klauzuli wyłączającej karalność kobiety za czyny skierowane przeciwko jego życiu lub zdrowiu, nie można zatem wykluczyć przypisania kobiecie ciężarnej lub rodzącej odpowiedzialności karnej na zasadach ogólnych[23]. Natomiast w przypadku dziecka poczętego, którego życie i zdrowie chronione jest przez tzw. typy aborcyjne, problem prawnokarnej oceny ataku na jego życie i zdrowie ze strony

20 A. Zoll, *Kodeks*.., t. 2, s. 225-226.

21 A. Zoll, *Kodeks*.., t. 2, s. 276-277.

22 A. Zoll, *Kodeks*.., t. 2, s. 283. Jednak z drugiej strony A. Zoll opowiada się za potrzebą uszanowania sprzeciwu względem czynności leczniczych ratujących życie ze strony dorosłego, świadomego samobójcy (A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, Prawo i Mmedycyna nr 2/2005).

23 Szerzej E. Plebanek, *Analiza*…, s. s. 355-392; E. Plebanek, *Prawnokarna ochrona dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej – wybrane zagadnie sporne* [w:] *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, red. W. Cieślak, S. Steinborn, Warszawa 2013, s. 412-433.

kobiety ciężarnej nie aktualizuje się, gdyż nie może być ona podmiotem przestępstw aborcyjnych skierowanych przeciwko własnej ciąży.

Alternatywne do przedstawionego powyżej stanowisko na temat charakteru zamachu samobójczego przyjmuje, że samobójstwo nie jest zachowaniem bezprawnym[24]. Jak bowiem zauważa A. Barczak-Oplustil: „*człowiek nie jest jedynie dzierżycielem dobra jakim jest życie ale także w pewnym zakresie jego dysponentem*"[25]. W razie uznania zamachu samobójczego za czyn prawnie irrelewantny nie jest jednak oczywistym, czy tego rodzaju zachowanie w sytuacji, gdy oznacza także atak na życie i zdrowie dziecka nienarodzonego posiadającego pełny zakres prawnokarnej ochrony powinno zostać uznane za bezprawny atak na życie i zdrowie drugiego człowieka. Trudno bowiem twierdzić, że istnieje „prawo do samobójstwa" o podobnym zakresie, co prawo pacjenta do samostanowienia. Z drugiej strony, spójność aksjologiczna sytemu prawa wydaje się być naruszona w sytuacji, w której zamach samobójczy w odniesieniu do każdego człowieka pozostaje czynem legalnym i bezkarnym, natomiast gdy samobójca jest jednocześnie kobietą w czasie porodu lub kobietą, która nosi płód pozostający w pełnym zakresie pod ochroną prawnokarną, czyn ten powinien zostać zakwalifikowany jako umyślne przestępstwo przeciwko życiu. Jest to bowiem sytuacja inna od zamachu samobójczego, którego sprawca, mając możliwość wyboru formy zamachu na własne życie, zdecydował się na sposób samobójstwa naruszający reguły postępowania z dobrem w postaci życia i zdrowia innych ludzi i stwarza co najmniej bezpośrednie niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia osób znajdujących się w otoczeniu (np. skok z wysokości na chodnik, na którym panuje duży ruch pieszych; doprowadzenie do ulatniania się znacznych ilości gazu w wielorodzinnym budynku mieszkalnym; wjechanie samochodem pod rozpędzony pociąg pasażerski). W przeciwieństwie do typowego samobójcy, kobieta ciężarna do momentu oddzielenia noworodka od jej organizmu nie ma możliwości podjęcia próby samobójczej

24 Szerzej J. Malczewski, *Eutanazja. Gdy etyka zderza się z prawem*, Warszawa 2012, s. 146 i n.

25 A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw…,* s. 59.

w sposób, który nie przełamuje normy sankcjonowanej stanowiącej ochronę dla życia i zdrowia dziecka nienarodzonego, a więc jest w tym sensie „zgodny z regułami postępowania z dobrem". Nie można zatem stwierdzić, że nie dała posłuchu normie prawnej, chociaż można było tego od niej wymagać, gdyż jedynym sposobem podporządkowania normie chroniącej życie dziecka nienarodzonego byłaby rezygnacja z próby samobójczej. To jednak byłoby równoznaczne z odmówieniem kobiecie ciężarnej prawa do decydowania o własnym życiu w takim samym stopniu, w jakim przysługuje ono innym osobom. Wypada zatem stwierdzić, że odpowiedzialność karna kobiety ciężarnej lub rodzącej, która podjęła próbę samobójczą skutkującą atakiem na życie i zdrowie dziecka nienarodzonego posiadającego pełny zakres prawnokarnej ochrony, powinna zostać wyłączona z uwagi na brak możliwości przypisania kobiecie winy.

Przyjęcie poglądu, że zamach samobójczy to zachowanie legalne, implikuje stwierdzenie, że osoba, która podejmuje względem samobójcy czynności ratunkowe nie działa w ramach obrony koniecznej a *specyficznie pojmowanego stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej winę, gdyż w braku jednoznacznej regulacji trudno stwierdzić, które z kolidujących w takiej sytuacji dóbr prawnych przedstawia oczywiście wyższą wartość*[26]. Zakładając, że nie ma podstaw, aby próbę samobójczą podjętą przez kobietę, w której organizmie znajduje się dziecko nienarodzone, traktować wyjątkowo, należy stwierdzić, że w takiej sytuacji proporcje po stronie dobra poświęcanego i dobra ratowanego będą w bardziej oczywisty sposób wskazywać na potrzebę poświęcenia prawa człowieka do samostanowienia na rzecz ratowania życia samobójczyni. Nie zmienia to jednak klasyfikacji samego zachowania osoby podejmujące działania ratownicze. Świadek próby samobójczej ma zatem prawo podjąć działania ratownicze nawet jeżeli samobójca wyraził stanowczy sprzeciw i nie ma wątpliwości, iż samobójca jest osobą dorosłą, poczytalną i nieznajdującą się w stanie zaburzenia psychicznego. Jednocześnie jednak osoba nie będąca gwarantem, która uszanuje sprzeciw ciężarnej

26 A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw…,* s. 73.

lub rodzącej samobójczyni, nie powinna ponosić odpowiedzialności za przestępstwo nieudzielenia pomocy. Sprowadzenie na siebie stanu bezpośredniego zagrożenia nie znosi wprawdzie obowiązku udzielenia pomocy, o którym mowa w art. 162 k.k., jednak jeżeli chodzi o odpowiedzialność podmiotów nie będących gwarantem za przestępstwo nieudzielania pomocy (162 § 1 k.k.), to jak zauważa A. Barczak-Oplustil, przypisanie odpowiedzialności karnej osobie, która uszanowała prawnie relewantny sprzeciw zdolnej do sensownej autodeterminacji osoby i nie udzieliła jej pomocy, byłoby sprzeczne z *ratio legis* tego przepisu[27]. W takiej sytuacji można przyjąć, że obowiązek udzielenia pomocy nie aktualizuje się, gdyż zmuszenie człowieka do znoszenia pomocy wbrew jego woli byłoby naruszeniem prawa do prywatności oraz prawa do stanowienia o swoim życiu[28]. Zatem istnienie takiego sprzeciwu ze strony człowieka znajdującego się w niebezpieczeństwie wyklucza aktualizację obowiązku udzielenia pomocy i nie ma powodu, aby takie zachowania ocenić odmiennie w odniesieniu do kobiety brzemiennej. Wobec tego należy stwierdzić, że osoba będąca świadkiem zachowań kobiety brzemiennej godzących w życie lub zdrowie własne oraz płodu, nie ma obowiązku udzielenia pomocy kobiecie i dziecku nienarodzonemu, w razie wyraźnego sprzeciwu ze strony kobiety pod warunkiem, iż okoliczności wskazują, że kobieta posiada zdolność do sensowej autodeterminacji.

Nie jest jednak wykluczone przyjęcie rozwiązania przeciwnego do proponowanego przez A. Barczak-Oplustil. Jak bowiem zauważa Autorka, tylko w przypadku lekarza mamy uregulowaną sytuację sprzeciwu dzierżyciela dobrem prawnym wobec działań ratujących życie. W pozostałych sytuacjach podobnych, w tym gdy mamy do czynienia z osobą, na której ciąży obowiązek podjęcia określonych zachowań, na które osoba będąca ich beneficjentem nie wyraża zgody, proponowane rozstrzygnięcia oparto jedynie na *analogia iuris*[29]. Jeżeli bowiem chodzi o osoby mające prawny szczególny obowiązek ochrony życia i zdrowia człowieka, który targnął się na własne życie, to obowiązujące

27 A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw…,* s. 67.

28 A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw…,* s. 75.

29 A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw*…, s. 75.

prawo nie daje podstaw do uzależnienia powstania obowiązku gwaranta od uprzedniego wyrażenia zgody przez osobę, której życie ma być ratowane[30]. Jedynym wyjątkiem jest tu udzielenie świadczeń zdrowotnych przez gwaranta, który jest jednocześnie podmiotem zobowiązanym do uzyskania zgody pacjenta na ich udzielenie, gdyż tylko w odniesieniu do takich podmiotów w systemie prawnym istnieją przepisy, który wprost taką zależność stanowią. Z drugiej strony, jak zauważa A. Barczak-Oplustil, u podstaw regulacji prawa medycznego, uzależniających powstanie obowiązku od zgody pacjenta, znajduje się pewne założenie o charakterze aksjologiczno-kulturowym. Te same oceny aksjologiczne uzasadniają wprowadzenie tezy, że sprzeciw osoby, której życie znajduje się w niebezpieczeństwie, powinien uzasadniać brak obowiązku podjęcia zachowań mających zmniejszyć istniejące niebezpieczeństwo dla życia także w stosunku do innych gwarantów niż lekarz. Należy zatem stwierdzić, że system prawa nie daje na postawione powyżej pytania jednoznacznej odpowiedzi.

Zakończenie

Nie ulega wątpliwości, że jeżeli kolizja zachodzi między potrzebą ochrony dóbr osobistych należących do tej samej osoby i osoba ta samodzielnie dostarcza rozwiązania jak ową kolizję rozstrzygnąć, „społeczeństwo" nie powinno mieć prawa w tę decyzję integrować. Opinia na temat tego, co danej osobie szkodzi, a co przynosi korzyść, jest sprawą subiektywną[31]. Z drugiej strony można zauważyć, że prowadzone w doktrynie i judykaturze rozważania dotyczące zasady poszanowania autonomii pacjenta i braku możliwości powołania się na instytucję stanu wyższej konieczności w celu jej ograniczenia odnoszą się do konfliktu między prawem do samostanowienia a dobrami w postaci życia lub zdrowia przynależnymi temu samemu podmiotowi. W sytuacji kobiety ciężarnej w tego rodzaju konflikcie uczestniczy także dobro w postaci życia lub zdrowia podmiotu innego niż kobieta, co więcej

30 A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw*…, s. 68.

31 Szerzej M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*, SI 2008, nr XLIX, s. 39.

- w niektórych układach sytuacyjnych dziecko nienarodzone posiada taki sam zakres prawnokarnej ochrony jak ciężarna pacjentka. Czy *de lege ferenda* respekt wobec autonomii pacjentki nie powinien zatem ustępować na rzecz interesu w postaci potrzeby ochrony życia dziecka nienarodzonego?[32] Nie ulega wątpliwości, że w odniesieniu do dzieci narodzonych ich przedstawiciele ustawowi nie mają prawa dysponowania życiem ani zdrowiem osoby reprezentowanej[33]. Jeżeli przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego nie zgadza się na wykonanie przez lekarza zabiegu, metody leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla życia lecz niezbędnych do usunięcia niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, to zgodnie z art. 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty zastępczą zgodę na zabieg może wyrazić sąd opiekuńczy, a w przypadkach nagłych lekarze mają prawo podjąć decyzję samodzielnie. Tego rodzaju przepis nie budzi wątpliwości odnośnie zgodności z Konstytucją RP[34]. Z drugiej strony, nie budzi też wątpliwości niedopuszczalność wprowadzenia prawnego przymusu oddania przez rodzica na rzecz małoletniego dziecka organów do transplantacji, krwi lub szpiku kostnego, i to nawet w celu zneutralizowania bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia małoletniego i braku takiego niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia dawcy. Nie budzi również dyskusji na temat potrzeby wprowadzenia podobnego przymusu sytuacja, w której na skutek sprzeciwu osób najbliższych zmarłego potencjalnego dawcy organów nie przeprowadza się transplantacji ratującej życie potencjalnego biorcy.[35] Tego rodzaju postawy budzą niewątpliwie krytyczne oceny,

32 Przykładowo zdaniem J. Haberko działania profilaktyczne i lecznicze związane z ochroną życia i zdrowia płodu nie powinny być *de lege ferenda* pozostawione do samodzielnej decyzji matki nienarodzonego dziecka (J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego*, Warszawa 2010, s. 372-378).

33 Por. np. A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, PiM 2005, nr 2; *M. Świderska*, Przymus leczenia i innych zabiegów medycznych, Prawo i Medycyna 2004 z. 3, s. 22 i n.

34 A. Zoll, *Kodeks ...,* t.2, s. 544.

35 Oczywiście sprzeciw „członków rodziny" osoby, która za życia nie wyraziła tego rodzaju sprzeciwu i posiadała pełną zdolność do czynności prawnych jest prawnie irrelewantny: jednak zwyczajowo przyjmuje się, że wola rodziny wymaga uszanowania (Por. Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1411).

tym niemniej nie rozważa się potrzeby zmian legislacyjnych w tym zakresie lub możliwości pominięcia prawnie relewantnego sprzeciwu rodzica z powołaniem się na stan wyższej konieczności. Trudno zatem logicznie wytłumaczyć, dlaczego postulaty odnośnie ograniczenia prawa do samostanowienia pojawiają się akurat w odniesieniu do kobiet ciężarnych i rodzących. Tym bardziej, że znakomita większość sytuacji, w których ciężarna sprzeciwia się hospitalizacji lub przeprowadzanym względem niej czynnościom medycznym, nie wiąże się z chęcią szkodzenia sobie czy dziecku ani nie jest podyktowana nieracjonalnymi motywami, ale przeciwnie: częstokroć wynika z zaleceń innego lekarza, do którego kompetencji zawodowych kobieta ma większe zaufanie, a które pozostają w sprzeczności z terapią obraną przez lekarza sprawującego nad nią doraźną opiekę lub z chęci skonsultowania zaleceń i diagnozy z innym specjalistą. Omawiana dziedzina medycyny z uwagi na swój dynamiczny rozwój przynosi bowiem bardzo różnorodne i wręcz sprzeczne ze sobą reguły postępowania w takich samych stanach klinicznych, w szczególności przy leczeniu niepłodności oraz przy nieprawidłowo przebiegającej ciąży lub porodzie. Bardzo często zdarza się, że ta sama pacjentka przebywająca w tym samym szpitalu w ciągu kilku godzin otrzymuje sprzeczne ze sobą informacje odnośnie kluczowych kwestii odnoszących się do stanu zdrowia jej i płodu oraz optymalnych sposobów rozwiązania problemu, pomimo że sprawujący nad nią opiekę lekarze oraz pielęgniarki i położne dysponują zbliżonym zakresem informacji na temat kondycji jej organizmu.[36] Oceniając zatem postulat zastosowania przymusu leczenia względem ciężarnej lub rodzącej pacjentki nawet jedynie pod względem pragmatycznym, należy brać pod uwagę, że rekomendowana w konkretnym przypadku metoda nie zawsze jest bezdyskusyjna, a jej przymusowe zastosowanie też mogłoby bezpośrednio zagrażać życiu i zdrowiu kobiety i dziecka.

Należy zauważyć, że w krajach anglosaskich, gdzie tego rodzaju dylematy pojawiły się w praktyce orzeczniczej znacznie wcześniej

36 Mimo postępu medycyny przebieg ciąży i porodu wciąż jest procesem nieprzewidywalnym i obarczonym ryzykiem niespodziewanych powikłań, więc nic w tym dziwnego. Z kolei leczenie niepłodności o niewyjaśnionej etiologii odbywa się do pewnego momentu drogą kolejnych prób i stopniowego odrzucania hipotez.

niż w Polsce, judykatura rozwiązuje je jednoznacznie opowiadając się po stronie prawa do samostanowienia, nawet jeżeli pozbawiona racjonalnych podstaw decyzja kobiety godziłaby w fizyczny dobrostan i jej i dziecka[37]. Jak zauważa M. Nesterowicz, powszechnie na świecie przyjmuje się zasadę bezwzględnego poszanowania dla integralności cielesnej człowieka i autonomii jednostki do decydowania o swoim życiu i zdrowiu[38]; także w polskim systemie prawnym należy *de lege lata* uznać prawo kobiety ciężarnej do samostanowienia bez względu na charakter zabiegu, któremu się przeciwstawia i bez względu na skutki takiej odmowy dla życia i zdrowia kobiety oraz płodu[39].

Polski ustawodawca poprzez stosunkowo restryktywne prawo antyaborcyjne uczynił wiele dla ochrony życia w fazie prenatalnej kosztem ograniczenia możliwości kobiety w zakresie stanowienia o własnym życiu. *De lege lata* akty prawne regulujące kwestię uzyskiwania świadomej zgody pacjenta na zabieg medyczny oraz powinności personelu medycznego w zakresie prawa do informacji nie dają podstaw do traktowania kobiet brzemiennych w sposób bardziej przedmiotowy niż pozostałych dorosłych pacjentów. Nie ma także norm, które przewidywałyby obowiązek sprawowania przez kobietę ciężarną pieczy nad dzieckiem nienarodzonym w takim samym zakresie, w jakim ma to miejsce w odniesieniu do matki i ojca po narodzinach dziecka. Należy stwierdzić, że rozwój terapii prenatalnej i rosnąca „odrębność" płodu od organizmu matki nie powinny w imię stanu wyższej konieczności uzasadniać wprowadzenia możliwości zastosowania przymusu leczenia w odniesieniu do kobiet w ciąży oraz usprawiedliwiać pozbawiania ich prawa do rzetelnej diagnostyki i informacji o stanie zdrowia swoim oraz płodu, a także o związanych z tym perspektywach. Za takim podejściem przemawiają także względy pragmatyczne i troska o dobrostan dziecka poczętego. Należy zauważyć, że wszystkie możliwe przypadki zastosowania przymusu leczenia są uregulowane w aktach prawnych rangi ustawowej, które

37 N. Karczewska, *Przymus interwencji medycznych na kobiecie ciężarnej w interesie dziecka poczętego w systemie prawnym anglo-amerykańskim i w prawie polskim*, Prawo i Medycyna nr 4/2011,, s. 51 i n.

38 M. Nesterowicz*, Prawo Medyczne*, wyd. VI, Toruń 2004, s. 105.

39 M. Nesterowicz, *Prawo…*, s. 102.

poza wprowadzeniem takiego obowiązku wprowadzają także ścisłe zasady gwarancyjne. Trudno zatem przyjąć, żeby w odniesieniu do kobiet ciężarnych tego rodzaju wymóg był zbędny i możliwe było podejmowanie zabiegów leczniczych wbrew ich woli z powołaniem się na ogólnie sformułowaną instytucję stanu wyższej konieczności. Z uwagi na sygnały o niepokojących praktykach w niektórych ośrodkach medycznych zasadnym byłoby jednoznaczne wypowiedzenie się w tej kwestii legislatora. Niejednoznaczny w oczach niektórych lekarzy stan prawny tworzy w praktyce sytuacje niekorzystne dla kobiety ciężarnej, która nie może mieć pewności, czy jej prawnie relewantny brak zgody na zabieg medyczny nie zostanie przełamany przez przypadkowego lekarza, który kierując się jedynie swoją aksjologią lub poglądami na rozwiązywanie niektórych problemów medycznych, nie zważając na prawo do samostanowienia, a nawet interes zdrowotny kobiety i dziecka nienarodzonego zadecyduje o jej osobistych sprawach, powołując się na stan wyższej konieczności.[40] Tego rodzaju reifikacja kobiety brzemiennej jest niedopuszczalna, jeżeli bowiem prawo i neutralne światopoglądowo zasady sztuki medycznej przewidują w danych okolicznościach przynajmniej dwie, w dodatku skrajnie odmienne możliwości postępowania, to nie ma żadnego usprawiedliwienia dla sytuacji, w której to lekarz samodzielnie decyduje, kierując się subiektywnymi względami, o najistotniejszych sprawach pacjenta. Określanie stanu zdrowotnego i możliwości terapeutycznych wobec kobiety brzemiennej oraz płodu powinno być prerogatywą profesjonalistów medycznych, a nie działaczy społecznych, polityków, duchownych i jedyne, na czym powinno być oparte, to obiektywne przesłanki naukowe. Etycznym obowiązkiem lekarza jest diagnozowanie i informowanie pacjenta – także kobiety brzemiennej - o wszystkich istotnych okolicznościach, z bezstronnością właściwą nauce. Zaś ciężar problematycznej etycznie decyzji powinien obciążać jedynie kobietę, gdyż to ona jest podmiotem dźwigającym jej następstwa

40 Przykładów dostarczają raporty organizacji pozarządowych, antropologiczne badania naukowe, a nawet utrzymane w tonie skargi listy do redakcji czasopism tzw. kobiecych – zob. np. O. Plesińska, K. Chludzińska, *Doświadczenie porodu w warunkach polskich. Prawne i antropologiczne zagadnienia opieki położniczej*, Prawo i Medycyna nr 3-4/2014.

i tylko ona w razie znalezienia się w trudnej sytuacji jest w stanie ocenić, które z możliwych rozwiązań będzie dla niej i jej otoczenia najlepsze. Ma zatem prawo taką decyzję podejmować samodzielnie, w oparciu o wszelkie dostępne informacje. Jeżeli zaś decyzję podejmuje lekarz, to czyni sobie w ten sposób z kobiety narzędzie do realizowania swoich osobistych przekonań, nie biorąc pod uwagę jej godności, autonomii, potrzeb, stanu zdrowia, litery prawa i zasad etyki lekarskiej[41].

41 K. Szewczyk, *Kazus Baby Jane Doe – komentarz. (*K. Szewczyk, opracowanie, *Kazus Baby Jane Doe*, Interdyscyplinarne Centrum Etyki Uniwersytetu Jagiellońskiego, *Bioetyka/etyka medyczna – Spis kazusów*; dostępne na: http://www.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?l=pl&p=31&i=3&m=27&n=1&z=&kk=126&k=177.; wizyta w dniu 5 maja 2015 r.).

Wojciech Maczuch

Wybrane etyczne aspekty telemedycyny w świetle standardów konstytucyjnych

I. Wstęp

Telemedycyna to najnowsza forma świadczenia usług zdrowotnych na odległość. To właśnie *odległość* jest czynnikiem, który odróżnia ten rodzaj usług zdrowotnych od tradycyjnego leczenia, opartego na bezpośrednim kontakcie lekarza z pacjentem. Jest to wynikiem przenikania do medycyny, z coraz większą siłą i tempem, nowoczesnych technologii. Proces ten jednak mimowolnie odbija się w innych sferach społecznej aktywności, powodując przemiany także w nich. Wobec tego ciekawym obszarem badawczymi staje się grunt prawa i etyki: ich wpływ na funkcjonowanie opieki zdrowotnej państwa jest niewątpliwy.

Zaznaczenia wymaga ważna kwestia – telemedycyna niezmiennie pozostaje relacją między lekarzem a pacjentem. Przyjmując szerszą perspektywę należy uznać, że to *de facto* relacja, która łączy obywateli z państwem. Prawo do ochrony zdrowia zostało zagwarantowane obywatelom w Konstytucji. Na państwie spoczywa obowiązek organizacji ochrony zdrowia oraz źródeł jej finansowania, tak by zapewnić bezpieczeństwo zdrowotne jednostek. Wartości zawarte w ustawie

zasadniczej tworzą swoisty punkt odniesienia do rozstrzygania problemów pojawiających się w obszarze opieki zdrowotnej[1].

W demokratycznym państwie prawnym jedną z podstawowych przesłanek określających stosunki pomiędzy obywatelem a państwem jest zasada ochrony zaufania obywatela do państwa. Zasada ta w swych głównych założeniach oparta jest na pewności prawa oraz bezpieczeństwie prawnym jednostki[2]. Pogłębienia powyższych twierdzeń dokonał Trybunał Konstytucyjny, który w jednym z orzeczeń zajął stanowisko, iż: „pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa (…), co możliwość przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli"[3]. Interesujący punkt widzenia w tej materii możemy znaleźć również w literaturze. Prezentowany jest pogląd, iż bezpieczeństwo prawne obywateli wiąże się z godnością osoby, gdyż stanowi manifestację szacunku porządku prawnego dla jednostki, jako istoty autonomicznej i racjonalnej[4].

W tym miejscu rozważań należy zadać podstawowe pytanie: czy jako obywatele, (i, naturalnie, pacjenci) będący uczestnikami systemu ochrony zdrowia - w kontekście wykorzystania narzędzi telemedycznych - możemy czuć się bezpiecznie?

Zjawisko telemedycyny na kanwie argumentacji przedstawionej przez Trybunał Konstytucyjny[5] budzi szereg wątpliwości, które w oczywisty sposób powiązane są z bezpieczeństwem obywateli – i to nie tylko bezpieczeństwem prawnym, ale nade wszystko odnoszącym się do naszego życia i zdrowia. Trudno o pewność prawa, a wraz z nią o właściwe standardy usług telemedycznych w warunkach szczątkowych regulacji prawnych[6]. Mamy do czynienia z klasyczną sytuacją,

1 M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, Warszawa 2011, s. 15.

2 Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie K 1/88.

3 Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego dnia z 2 marca 1993 r. w sprawie K 9/92.

4 Por. Z. Tobor, *Teoretyczne problemy legalności*, Katowice 1998, s. 65 i n.

5 W dalszej części zamiennie używam skrót: TK.

6 Inaczej sytuacja wygląda w Stanach Zjednoczonych, gdzie telemedycyna jest zjawiskiem kształtującym się od lat 60-tych XX w. Dotychczas większość stanów wprowadziła kompleksowe regulacje dotyczące telemedycny, a należą do nich m.in. Nowy Jork, Ohio, Waszyngton, Nowy Meksyk, (źródło: www.americantelemed.org/docs /deafualt-source/policy2015-ata-state-legislation-matrix.pdf?sfvrs, data dostępu: 21.04.2015).

gdy życie wyprzedza prawo. Prawo nie jest w stanie nadążyć za postępem technologicznym, który obecnie tak mocno zaznacza swoje miejsce w świecie medycyny. Bezpieczeństwo prawne obywateli powiązane z ich godnością: „musi mieć swoje odzwierciedlenie w regulacjach instytucjonalnych (…), łączą się one tak z regulacjami prawnymi, jak i z sumą postaw ludzi, które te instytucje ochrony zdrowia tworzą“[7].

Należy zauważyć, iż na przełomie lat w relacji lekarz–pacjent nastąpiła znacząca zmiana - odejście od modelu paternalistycznego i rozwój koncepcji autonomii pacjenta, co oznacza większą decyzyjność i aktywność chorego w stosunkach z lekarzem[8]. Świadome zachowanie pacjenta i możliwość podjęcia właściwej decyzji w procesie leczenia, wymaga od niego odpowiedniej wiedzy, a wraz z nią - „interpersonalego dyskursu”[9]. Dobrze ilustruje to kontekst decyzji klinicznych, gdzie pacjenci: „w swoisty sposób wyrażają swoją autonomię poprzez pytania nie tylko o fakty, ale i opinie lekarza…”[10] W podejmowaniu decyzji pacjent powinien mieć dostateczną ilość czasu nie tylko na powzięcie wiedzy o faktach dotyczących choroby i możliwych kierunkach leczenia, ale również o opiniach lekarza co do wyboru metody leczenia, odrzucenia innych możliwości oraz konsekwencji z tym związanych. W przypadku telemedycyny brak bezpośredniego kontaktu lekarza z pacjentem może nie tylko ograniczać, ale więcej - uniemożliwić powzięcie przez chorego niezbędnej wiedzy. Kontakt telemedyczny może wszak kreować dla pacjenta (choć nie musi) mniej komfortowe warunki komunikacji[11].

Szukanie rozwiązań skomplikowanych problemów z obszaru opieki zdrowotnej (telemedycyna niewątpliwie stwarza ich wiele),

---

7 Zob. G. Hołub, *Godność pacjenta jako człowieka – norma podstawowa etyki lekarskiej,* Medycyna Praktyczna nr 9/2013, s. 122-124.

8 M. Safjan, op. cit., s. 15.

9 Zob. M. Machinek, *Autonomia jako wartość i problem moralny w relacji lekarz-pacjent,* Medycyna praktyczna. Ginekologia i położnictwo, nr 1/2011, s. 105-110.

10 Zob. T. Biesaga, *Autonomia a godność osoby*, [w:] *Od autonomii osoby do autonomii pacjenta* (red.) G. Hołub, P. Duchliński, T. Biesaga, Kraków 2013, s. 176.

11 Dotyczy to także wiedzy lekarza na temat stanu zdrowia pacjenta. Brak bezpośredniego kontaktu z pacjentem uniemożliwia lekarzowi osobiste zbadanie chorego i zebranie wywiadu, co znacznie utrudnia postawienie trafnej diagnozy.

wymaga częstokroć balansu pomiędzy fundamentalnymi wartościami. Tradycyjne regulacje oparte na etyce hipokratejskiej, w której *dobro pacjenta* jest wartością naczelną, podlegają nieustannej weryfikacji[12]. W konstrukcji systemu zdrowia, z coraz większym entuzjazmem uwzględnia się takie kryteria jak efektywność finansową czy organizacyjną[13]. W konsekwencji takich działań, jak podaje jeden z autorów: „zaostrza się konflikt między celami realizowanymi przez państwo, polityków i ekonomistów a celami medycyny.“[14]. Niezwykle pomocne dla próby rozstrzygnięcia tego sporu jest odwołanie do zasad konstytucyjnych[15].

W niniejszym opracowaniu chciałbym zaledwie wstępnie przedstawić wybrane zagrożenia stawiające pod znakiem zapytania wartości, które powinny być etycznym drogowskazem telemedycyny, zarówno w globalnym znaczeniu, jak i w indywidualnej relacji lekarza z pacjentem.

II. Zjawisko telemedycyny

Telemedycyna jest zjawiskiem kształtującym się na świecie od kilkudziesięciu lat. Nie ma powszechnej zgody co do momentu jej powstania, jednak w wielu źródłach wskazuje się na pierwszy lot orbitalny amerykańskiego astronauty Johna Glenna w 1962 r. Wtedy to właśnie monitorowano na odległość kilka procesów fizjologicznych, m.in. tętno, ciśnienie krwi, a także zapis EKG astronauty[16].

---

12 Zob. T. Biesaga, *Etos medyczny a kontrakt handlowy*, Medycyna Praktyczna nr 5/2010. s. 128-132.

13 L. Guedon-Morau, D. Lacroix, N. Sadoul, J. Clementy, C. Kouakam, J. Hermida, E. Aliot, A. Boursier, O. Bizeau, S. Kacet, *A randomized study of remote follow-up of implantable cardioverter defibrillators: safety and effcacy report of the ECOST trial,* European Heart Journal nr 34/2013, s. 605-614; K. Johnston, C. Kennedy, I. Murdoch, P. Taylor, C. Cook, *The cost efectivness of technology transfer using telemedicine,* Health Policy and Plannig nr 19/2004, s. 302-309; H. Sańdo-Górowska, *Kształtowanie wydatków na opiekę zdrowotną jako problem społeczno-ekonomiczny,* Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy nr 26/2012, s.70-79.

14 T. Biesaga, op. cit., s. 181.

15 M. Safjan, op. cit., s. 15.

16 Początek telemedycyny jest kwestią dyskusyjną. W źródłach podawane są różne momenty historii, przedmiotem analizy są nawet sygnały dymne używane przez Indian. Jednak bezsporny jest fakt, iż telemedycyna w odniesieniu do żywego organizmu wiązała się z wystrzeleniem na orbitę okołoziemską psa Łajki przez Rosjan w 1957 r. Zob. L.J. Lavoisier, J. Steinberg, S. Cardozo, V. Vikas, B. Deol, M. Lepczyk, *Implementing the Chronic Disease Self Management Model in Vulnerable Patient Populations: Bridging the Chasm through Telemedicine* [w:] *Advances in Telemedicine: Technologies, Enabling Factors and Scenarios*, Detroit 2011, s. 357-378; J. Hoffman-Wiśniewska, *Serce w internecie*, Biuletyn Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego nr 11/2003 (źródło: www.sprawynauki.waw.pl, data dostępu: 21.04.2015).

Kwestia pojęcia telemedycyny, jak wspomniano już wcześniej, wymaga nieco szerszego nakreślenia. Wnikliwa prawna analiza jej definicji - ze względu na obszerność problematyki – przekracza ramy niniejszego opracowania. Dwa zasadnicze źródła, a więc wiążące akty normatywne oraz dokumenty o charakterze niewiążącym - różne wytyczne i wskazówki postępowania - stanowią o pojęciu leczenia na odległość[17].

Możemy przyjąć, iż telemedycyna to świadczenie usług zdrowotnych na odległość w sytuacjach, gdy specjalista z zakresu ochrony zdrowia i pacjent (lub dwóch specjalistów) nie znajdują się w tym samym miejscu. Obejmuje ona bezpieczny przesył danych i informacji medycznych: tekstu, dźwięku, obrazów (bądź też informacji w innej postaci), które są niezbędne w przypadku profilaktyki, diagnozy, leczenia i kontroli pacjentów[18].

Obserwacja zjawiska telemedycyny w aktualnych realiach, prowadzi nas do konkluzji, iż z roku na rok zakres jej zastosowania i społeczna użyteczność są coraz większe. Przyjrzyjmy się wobec tego kilku spektakularnym przykładom jej zastosowań w różnych dziedzinach ochrony zdrowia.

Jednym z osiągnięć na styku nowoczesnych technologii i medycny jest telechirurgia, a więc wykonywanie operacji chirurgicznych na odległość z użyciem zdalnie sterowanych robotów chirurgicznych[19].

Teleradiologia to kolejny przykład (chętnie stosowana w badaniach rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej), którą

17 Telemedycyna występuje w obrocie prawnym, ale nie doczekała się definicji legalnej. W analizie pojęciowej telemedycyny pomocne dla jej ustalenia są dokumenty należące do tzw. *soft law*. Zob. pkt. 2 Komunikatu Komisji do Parlamentu, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie korzyści z telemedycyny dla pacjentów, systemów opieki zdrowotnej i społeczeństwa z 2008 r. (źródło: www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1426260639870&uri=CELEX:52008DC0689, data dostępu: 21.04.2015).

18 Przykłady definicji telemedycyny: „Telemedicine is health care services to patients who are distant from a physician or other health care provider" (P.F. Granade, J.H. Sander, *Implementing Telemedicine Nationwide: Analyzing the Legal Issues*, Defense Counsel 63/1996 s. 67-73); „Telemedicine is the real-time or near real-time transfer of medical information between places" (K.M. Vyborny, *Legal and Political Issues Facing Telemedicine*, Annals Health 5/1996, s. 61–119).

19 Zob. J. Marescaux,, J. Leroy, F. Rubino, M. Smith, M. Vix, M. Simone, D. Mutter, *Transcontinental robot assited remote telesurgery: feasibility and potential applications,* Annals of Surgery 4/2002, s. 487-492.

rozumiemy jako przesył zdjęć radiologicznych z jednego miejsca geograficznego do drugiego celem ich interpretacji i konsultacji[20].

Wykorzystanie telemedycyny uwidacznia się również pod postacią telekardiologii, która pozwala na samodzielne rejestrowanie przez pacjenta zapisu EKG i eksportowaniu wyników badań drogą cyfrową do lekarza[21].

Telemedycyna wreszcie to system „e-Recepta" (elektroniczna recepta), a więc informatyczna adnotacja na temat leku przepisanego pacjentowi, która może być przekazana w formie elektronicznej od lekarza do podmiotu uprawnionego do jego dystrybucji - farmaceuty, a stamtąd dalej - np. do instytucji refundacyjnej (Narodowego Funduszu Zdrowia)[22].

III. Wybrane etyczne problemy telemedycyny

Wielu specjalistów zajmujących się problematyką telemedycyny podaje jako „racjonalny" argument, a zarazem jako dużą korzyść dla wszechstronnego jej użycia, walor redukcji kosztów opieki zdrowotnej. Możemy znaleźć na ten temat szereg publikacji[23].

Tymczasem proces komercjalizacji, jak podniesiono już we wstępnej części rozważań, prowadzi nieuchronnie do konfliktu dobra pacjenta z wartościami sfery okołozdrowotnej. W konflikcie tym zysk finansowy staje się zasadniczym motywem działania osób odpowiedzialnych za organizację służby zdrowia[24]. Co jednak niezwykle ważne i nie powinno

20 Zob. G. D. Frey, K. M. Spicer, *Teleradiology: technology and practice*, Journal of Digital Imaging 5/1999, s. 226-227.

21 Zob. W. Backman, D. Bendel, R. Rakhit, *The telecardiology revolution improving management of cardiac disease in primary care,* Journal of the Royal Society od Medicine 11/2010, s. 442-446.

22 Czasami system „e-Recepta" zaliczany jest do szerszej kategorii usług występujących pod zbiorczą nazwą „E-zdrowie". Źródłem trudności w precyzyjnej kwalifikacji pojęcia systemu „e-Recepta" jest brak jednolitej definicji telemedycny. Zob. B. Papież, *E-recepta w polskim systemie opieki zdrowo*tnej, Kraków 2009 (źródło: http://zdrowiepubliczne.cm-uj.krakow.pl/lic/e-recepta.pdf, data dostępu 21.04.2015).

23 Por. H. C. Noel, D. C. Vogel, J. J. Erdos, D. Cornwall, F. Levin, *Home telemedicine reduce costs,* Telemed Health 10/2004, s. 170-183; P. Spradley, *Telemedicine: the law is the limit,* Tulane Journal of Technology and Intellectual Property 12/2011, s. 307-333 oraz W. Zgliszczyński, J. Pinkas, D. Cianciara, M. Sitarek, T. Berdyga, J. Nowicka-Wasilewska, J. Kawwa, *Telemedycyna w Polsce – bariery rozwoju w opinii lekarzy,* Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu 4/2013, s. 496-497.

24 Ciekawie o zderzeniu reguł biznesu z etyką ochrony zdrowia znajdziemy: T. Biesaga, *Etyczne konsekwencje komercjalizacji medycny,* Medycyna Praktyczna 9/2005, s. 19-23 oraz G. Hołub, *Pacjent jako*

znikać nam z pola widzenia - telemedycyna to przecież narzędzie służące *in concerto* ochronie i ratowaniu życia i zdrowia ludzkiego.

Zasady etyki lekarskiej, ujęte w łacińskiej paremii „salus aegroti suprema lex esto" (czyli: 'zdrowie chorego jest najwyższym prawem') określa - niezmienny od wieków i przestrzegany w wielu kodeksach etyki – paradygmat: dobro pacjenta oraz dbałość o jego zdrowie, stanowią wartość najwyższą[25]. W środowisku lekarskim przyjęto za powszechnie obowiązującą zasadę prymat dobra pacjenta[26]. Z zasady tej wynika, iż dobro pacjenta powinno być nadrzędne względem korzyści lekarza, korzyści przemysłu medycznego, czy korzyści społeczeństwa.

Powyższy stan rzeczy wymaga ważnej uwagi. Otóż normy etyczne, o których tutaj mowa, na gruncie prawnym wyrażone są w Konstytucji, a także (zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego) - przez akty prawne inkorporowane do systemu prawa[27].

W dalszej części postaram się przybliżyć najbardziej ważkie dylematy etyczne, które na kanwie konstytucyjnych standardów kreślą teraźniejsze ramy rozwoju telemedycyny.

1. Prawo do ochrony zdrowia a etyczne aspekty leczenia na odległość - na przykładzie badań radiologicznych.

1.1 Standardy konstytucyjne

Powszechny i równy dostęp do opieki zdrowotnej wynika z Konstytucji oraz ustaw zwykłych[28]. Zgodnie z dyspozycją art. 68 Konstytucji każdy obywatel ma prawo do ochrony zdrowia. Prawo to zaliczane jest

---

osoba, [w:] *Bioetyka w zawodzie lekarza,* (red.) W. Chańska, J. Hartman, Warszawa 2010, s. 39-48.

25 Wśród polskich norm etycznych: „Najwyższym nakazem etycznym lekarza jest dobro chorego - salus aegroti suprema lex esto. Mechanizmy rynkowe, naciski społeczne i wymagania administracyjne nie zwalniają lekarza z przestrzegania tej zasady." (art. 2 pkt. 2 uchwały z dnia 2 stycznia 2004 r. – Kodeks Etyki Lekarskiej, tekst jedn. zawierający zmiany uchwalone w dniu 20 września 2003 r. przez Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy).

26 Projekt przygotowany przez członków Europejskiego Towarzystwa Medycyny Wewnętrznej, *Medical Professionalism in the New Millennium: A Physician Charter*, Annals of Internal Medicine 3/2002; s. 243-246.

27 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 1992 r., sygn. akt U. 1/92.

28 Art. 68 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, a także ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 164, poz. 1027 z późn. zm.).

do tzw. praw podstawowych, gdyż stanowi „prostą emanację" godności człowieka, a nadto łączy się z innymi prawami tej rangi, takimi jak ochrona życia, czy wolności osobistej i bezpieczeństwa[29].

Gdy idzie o ochronę życia i zdrowia, zapisane w ustawie zasadniczej, możemy je rozumieć na dwa sposoby. Pierwszy - jako jedno z głównych praw człowieka, drugi zaś – jako ważny obowiązek nałożony na organy władzy publicznej. Trybunał Konstytucyjny dostrzegł, iż (z art. 68 Konstytucji): „należy wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia oraz obiektywny nakaz podejmowania przez władze publiczne takich działań, które są konieczne dla należytej ochrony i realizacji tego prawa"[30]. Przywołana teza o ciążących na państwie powinnościach wymaga rozwinięcia.

Na gruncie ustawowym wyraźnie ustalono, iż władze publiczne – w myśl równego dostępu do świadczeń medycznych – zobowiązane są do tworzenia warunków funkcjonowania systemu zdrowia oraz ich finansowania[31]. Z kolei co do zakresu świadczeń (zdaniem TK): „ustawa powinna określać koszyk świadczeń gwarantowanych, bądź świadczenia ponadstandardowe, które finansowane są ze środków własnych pacjenta"[32]. Wymóg ten realizuje obowiązująca ustawa o świadczeniach zdrowotnych (kryteria kwalifikacji świadczeń normuje art. 15 ust. 1) wraz z pakietem rozporządzeń tzw. „koszyk świadczeń gwarantowanych" [33], co – przynajmniej formalnie – odpowiada odesłaniu do ustawy zawartego w art. 68 ust. 2 Konstytucji.

---

29 Nie ma spójnego stanowiska co do charakteru prawa do ochrony zdrowia. Ze względu na systematykę Konstytucji i usytuowanie tegoż prawa w podrozdziale „Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne" zaliczane jest do tzw. praw socjalnych. Konstytucyjne prawa podstawowe mają charakter praw podmiotowych i jako takie mogą być podstawą roszczeń jednostek, za to prawa socjalne mają charakter norm programowych i co do zasady nie mogą być podstawą takich roszczeń. Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Prawo do zdrowia* [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona*, red. B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, Toruń 2010, s. 491 oraz M. Piechota, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia jako prawo socjalne i prawo podstawowe,* Roczniki Prawa i Administracji 2012, s. 93-102.

30 Tak w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie K 2/98.

31 Zob. art. 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 Nr 164, poz. 1027, ze zm.).

32 Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie K 14/03.

33 Np. rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego (Dz. U. z 2013 r. poz.1520), rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 4 października 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ratownictwa medycznego (Dz. U.

Telemedycyna jako całkowicie nowa usługa medyczna - w świetle przedstawionej interpretacji prawa do ochrony zdrowia – zdaje się wpisywać w postulaty tego prawa tylko częściowo. Przyjrzyjmy się temu zagadnieniu bliżej.

Analiza przytoczonych aktów prawnych pod kątem usług zdrowotnych udzielanych na odległość, prowadzi do następujących wniosków. Pakiet świadczeń gwarantowanych określony w art. 15 ust 2 ustawy o świadczeniach jest niezwykle szeroki i zawiera choćby: ambulatoryjną opiekę specjalistyczną, leczenie stomatologiczne, opiekę paliatywną i hospicyjną oraz świadczenia wysokospecjalistyczne. Niemniej jednak ustawa nie odnosi się wprost do usług telemedycznych. Treść rozporządzeń (tzw. *koszyk świadczeń gwarantowanych)* również nie zapewnia bezpośredniej, kompleksowej możliwości leczenia na odległość. Również komentarz do ustawy o świadczeniach o tego typu usługach nie wspomina[34].

W tym miejscu rozważań warto nawiązać do kwestii pojęciowych telemedycyny.

Brak definicji legalnej telemedycyny nastręcza szczególnej trudności w precyzyjnej kwalifikacji jej usług z punktu widzenia prawa do ochrony zdrowia. I tak nie sposób telefonicznych konsultacji lekarza podstawowej opieki zdrowotnej - pierwszego interpretacyjnego „śladu" prawnego usankcjonowania telemedycyny[35] - traktować jak kroku państwa do świadomego, powszechnego wprowadzenia usług telemedycznych. Mało tego, trudno porównywać ten zapis z problemem braku regulacji prawnych dyscyplin teleradiologii czy telekardiologii, gdy w istocie zasługują one co najmniej na unormowanie w aktach rangi podustawowej.

Należy jednak zaznaczyć, że narzędzia telemedyczne, pomimo braku kompleksowej regulacji prawnej - w pewnym zakresie - dostępne są w ramach świadczeń finansowanych ze środków publicznych.

z 2013 r. poz. 1176) oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia z 29 października 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej (Dz. U. z 2013 r. poz.1347).

34 Zob. K. Baka, G. Machulak, A. Pietraszewska-Macheta, A. Sidorko, *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz,* Warszawa 2010.

35 Zob. pkt. 2 ust. 3 załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej z dnia 24 września 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 1248).

Przykładem są takie urządzenia jak *tele-ekg* stosowane w karetkach pogotowia, których wynik przesyłany do kardiologa umożliwia podjęcie decyzji o skierowaniu pacjenta do szpitala o właściwej referencji[36]. To także badania radiologiczne na odległość – w postaci opisowej lub konsultacyjnej – do których jeszcze wrócimy w dalszej części rozważań. *Prima facie* wprowadzone rozwiązania wydają się nie być zamierzonym działaniem państwa. Poniekąd, jak wspomniano wcześniej, to sytuacja, kiedy życie wyprzedza prawo. Potwierdza to dobitnie stanowisko Agencji Oceny Technologii Medycznych. Przez wzgląd na brak dostatecznych badań klinicznych oraz regulacji prawnych, Agencja uchyliła się od rekomendacji narzędzi telekardiologicznych do *koszyka świadczeń gwarantowanych*[37].

Istotnym dla rozumienia konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia i sytuacji *dobra pacjenta* jest podejście państwa do standardów leczenia na przełomie lat[38]. Zmianę, jaka dokonała się w tym zakresie, widać zwłaszcza w dwóch niezwykle ważnych orzeczeniach Sądu Najwyższego.

Na początku lat 80 Sąd Najwyższy wypowiedział się o kształtowaniu ochrony zdrowia w taki oto sposób: „Na plan pierwszy wysuwa się kwestia stosowania najlepszych metod leczenia i najlepszych środków leczniczych i technicznych temu służących. Zdrowie i życie ludzkie są najwyższą wartością… “[39]. Niespełna 10 lat później skład orzekający przedstawił już bardziej umiarkowane stanowisko, stwierdzając, iż: „prawo do ochrony zdrowia było (i będzie) limitowane, chociażby ze względów finansowych, nie może być zatem traktowane jako prawo absolutne”[40]. W konsekwencji przyjęto jako regułę, iż zasady funkcjonowania opieki zdrowotnej powinny uwzględniać realne warunki

36 O szerokim spektrum wykorzystania narzędzi telekardiologicznych: T. Berdyga, *Teleintermed. Telemedyczne e-usługi kardiologiczne w Instytucie Kardiologii w Aninie* [w.] *Telekardiologia. Wybrane zastosowania kliniczne,* (red.) R. Piotrowski, W. Rużyłło, Warszawa 2011, s. 5.

37 Zob. opinię Rady Konsultacyjnej w sprawie efektywności klinicznej usług w dziedzinach telekonsultacja w kardiologii, telekardiologia (źródło: www.aotm.gov.pl/www/assets/files/rada/opinie/Opinia%2Telekonultacje %20w%20kardiologii,%20telekardiologia.pdf, data dostępu: 24.05.2015 r.).

38 Zob. M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 93.

39 Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 23 października 1983 r. w sprawie II CR 358/83.

40 Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie III CKN 741/98.

ekonomiczne kraju. Zauważyć przy tym trzeba, iż nie podano jasnego sposobu określania standardów tychże świadczeń. W orzecznictwie (zwłaszcza Sądu Najwyższego), rysuje się raczej tendencja do akcentowania kryterium efektywności jako formy uzasadnienia dla ograniczania usług zdrowotnych[41].

1.2 Problemy etyczne

Telemedycyna funkcjonuje w ustalonej warstwie prawnej, która ze względu na swoje „niedoskonałości" w zbiegu z osiągnięciami postępu technologicznego, intensyfikuje wątpliwości natury etycznej. W celu ich egzemplifikacji odniesiemy się do konkretnych życiowych sytuacji. Dobrym przykładem dla pokazania problemów pojawiających się na styku prawa i etyki w tej mierze jest dyscyplina teleradiologii.

Dla jasności przeprowadzanych wywodów należy przypomnieć, iż teleradiologia – w dość szerokim ujęciu - polega na wykonywaniu obrazów radiologicznych w jednym miejscu geograficznym i przesyłaniu (za pomocą środków komunikacji elektronicznej) do innego, celem ich interpretacji i opisu przez lekarza radiologa.

Przejdźmy teraz do pierwszego z etycznych problemów leczenia na odległość, a więc ryzyka zerwania więzi łączącej lekarza z pacjentem[42].

W Stanach Zjednoczonych używany jest charakterystyczny zwrot „following the sun" ('podążając za słońcem'), pokazujący, jak czynnik ekonomiczny, biznesowy wpływa na rozluźnienie relacji między lekarzem a pacjentem. Zdjęcie radiologiczne wykonane nocą przesyła się do opisu w kraju, gdzie jest dzień, np. w Indiach - co powoduje nawet trzykrotne obniżenie kosztów badania[43]. Teleradiologia

41 Efektywność rozumiana jako wprowadzenie obok kryteriów medycznych także ekonomicznych – jak stwierdza jeden z autorów – te ostatnie będą odgrywały coraz istotniejszą rolę, co jednak może budzić niepokój. Szerzej na ten temat: D. E. Lach, *Zasada równego dostępu do opieki zdrowotnej,* Warszawa 2011, s. 262.

42 Przyjmujemy, iż „zerwanie więzi" to sytuacja całkowitego braku kontaktu lekarza radiologia z pacjentem podczas badania oraz w momencie opisu obrazu. W kwestiach obniżenia standardów leczenia tym spowodowanych, szerzej zob. P. C. Kuszler, *Telemedicine and integrated health care delivery: compounding malpractice liability*, American Journal of Law & Medicine 2/1999, s. 297-326.

43 P. Princel, *Radiologia – dziedzina coraz bardziej atrakcyjna*„Ogólnopolski Przegląd Medyczny nr 3/2014.

- w tym jej transgraniczna forma – praktykowana jest również w Polsce. Korzysta się z sieci serwerów połączonych w jeden system, które funkcjonują tak w obrębie naszego kraju, jak za granicą[44].

Wracamy więc znowu do kwestii zestawienia *dobra pacjenta* z ekonomicznym bilansem badań radiologicznych na odległość. Im większa pokusa oszczędności, tym większe ryzyko zerwania więzi między lekarzem a pacjentem, a co za tym idzie - potencjalnych niebezpiecznych skutków dla jego życia i zdrowia[45]. Ryzyko takie pojawia się szczególnie w przypadku teleradiologii tzw. „opisowej", czyli kiedy obraz radiologiczny wykonany jest bez obecności lekarza przez technika elektroradiologii, a dopiero później przesyłany do niego drogą elektroniczną celem opisu[46]. Co jednak istotne, docelowo optuje się za bezpośrednim kontaktem lekarza z pacjentem, a uzasadniają to względy medyczne, prawne i etyczne.

Z medycznego punktu widzenia (który znajduje swe odbicie w prawie), wydaje się być oczywistym – choć niestety zdarzają się złe praktyki – iż obecność lekarza podczas badania zmniejsza ryzyko negatywnych skutków użycia promieniowania jonizującego. Lekarz radiolog powinien z należytą starannością zebrać wywiad i przygotować pacjenta do badania. Dotyczy to także uzasadnienia ekspozycji, a wraz z nią optymalizacji dawki promieniowania[47]. Z kolei wedle norm etycznych należy do wyjątków zaliczyć sytuacje podjęcia leczenia z wyłączeniem bezpośredniego kontaktu lekarza z pacjentem[48].

---

44 Na przykład wspólny projekt pt. „Telemedycyna w Euroregionie Pomerania", w którym uczestniczyło 21 szpitali niemieckich i 11 polskich (źródło: www.telepom.eu, data dostępu: 15.06.2015 r.).

45 W sytuacjach nagłych niewykonanie badania z powodu braku obecności radiologa w szpitalu może prowadzić nawet do zgonu pacjenta (źródło: http://www.expressilustrowany.pl/artykul/3526539,90--tys-zl-kary-dla-szpitala-im-jonschera-z-powodu-braku-radiologa-zmarl-pacjent,id,t.html?cooki, data dostępu: 24.05.2015 r.).

46 Przeciwstawia się ją drugiej formie teleradiologii tzw. „konsultacyjnej", a więc kiedy lekarz radiolog obecny podczas badania i opisujący obraz radiologiczny, przesyła go drogą elektroniczną do innego specjalisty, celem potwierdzenia swojego wyniku. W środowisku lekarskim, to bardziej akceptowany i bezpieczny model teleradiologii.

47 Zob. par. 3 pkt. 10 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. z 2013 poz.1015 ze zm.).

48 O czym stanowi art. 9 Kodeksu Etyki Lekarskiej.

Zastanówmy się teraz nad drugim obszarem etycznych wątpliwości telemedycyny, a więc dehumanizacją i depersonalizacją leczenia[49].

O dehumanizacji w medycynie można myśleć przynajmniej w kilku perspektywach. Jedną z nich, która trafnie odnosi się do leczenia na odległość, jest tzw. „technicyzacja". Pojęcie to oznacza, iż urządzenia techniczne niejako inicjują bądź limitują kontakt lekarza z pacjentem. Procedura medyczna staje się bezosobowa, jako składowa współdziałających systemów, funkcji czy poziomów wskaźników. Podaje się, że technicyzacja tworzy bariery komunikacyjne sprzyjające milczeniu personelu medycznego, a co więcej – wzmaga u chorego poczucie obcości, samotności, izolacji i wykluczenia. Pacjent staje się „wyabstrahowaną biologiczną cielesnością" – bezosobową materią, której obce są potrzeby, lęki i doznania cierpienia[50]. Jawi się w tym miejscu zasadnicze pytanie: q*uo vadis, medicine?* Kierunek jest chyba jednak przesądzony. I tak np. Amerykańska Agencja ds. Żywienia i Leków (na podstawie badań klinicznych), zaakceptowała używanie aplikacji smartphonów do pomiaru ciśnienia krwi oraz wykonywania zdalnego EKG[51]. A to zaledwie mały skrawek wszechstronnego rozwoju telemedycyny.

W końcu, po trzecie, nasuwają się bardzo praktyczne wątpliwości: czy z punktu widzenia obowiązujących regulacji prawnych, leczenie przy użyciu narzędzi telemedycznych jest w ogóle dopuszczalne? Czy lekarz obsługujący pacjenta w tym systemie odpowiada za niego etycznie i prawnie?[52]

Nie sposób odnieść się do tak sformułowanych pytań bez przeprowadzenia wnikliwej analizy, która z obiektywnych względów

49 K. Górniak-Kocikowska, *Telemedicine and ethics in the global society* [w:] *Kultura, media, etyka. Media w perspektywie etycznej i kulturowej w kontekście rewolucji informatycznej*, red. P. Pawlak, W. Strzelecki, G. J. Morais da Costa, Poznań 2012, s. 157 i n.

50 Zob. O. S. Haque, A. Waytz, *Dehumanization in Medicine Causes, Solutions, and Functions,* „Perspectives on psychological science" 3/2012, s. 176-186.

51 E. Topol*, The future of medicine is in your smartphone. New tools are tilting health-care control from doctors to patients.*, The Wall Street Journal 10/2015.

52 Takie problemy zarysował dr Wojciech Wawrzynek podczas Śląskiej Konferencji Medyczno-Prawnej, zob. M. Okoniewska, *Teleradiologia bez uregulowań prawnych*, „Wolters Kluwer Zdrowie" (źródło: www.zdrowie.abc.com.pl/czytaj/-/artykul/teleradiologiabezuregulowan-prawnych, data dostępu: 17.05.2015 r.).

przerasta możliwości niniejszego opracowania. Postaramy się ująć je we wstępnych uwagach.

Zgodnie z art. 42 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty „lekarz orzeka o stanie zdrowia określonej osoby po uprzednim, osobistym jej zbadaniu, z zastrzeżeniem sytuacji określonych w odrębnych przepisach”[53]. Natomiast art. 9 Kodeksu Etyki Lekarskiej stanowi: „Lekarz może podejmować leczenie jedynie po uprzednim zbadaniu pacjenta. Wyjątki stanowią sytuacje, gdy porada lekarska może być udzielona wyłącznie na odległość”.

W zacytowanych wyżej dwóch regulacjach pojawiają się dwa różne wyrażenia: „orzekać o stanie zdrowia” i „podejmować leczenie”. Interesujące w aspekcie telemedycyny są interpretacja i ustalenie wzajemnych relacji znaczeniowych obu sformułowań, ponieważ żadne z nich nie zostało zdefiniowane przez normodawcę. Akurat to właśnie literalne odczytanie obu przepisów jest podstawą dyskusji nad samą dopuszczalnością telemedycyny i akceptowalnym zakresem usług telemedycznych. Nie ma jednoznacznych rozstrzygnięć w tej materii. Jednym z argumentów ukazującym intencję ustawodawcy dla kierunku rozwoju leczenia na odległość są propozycje *de lege ferenda* w zakresie informatyzacji systemu ochrony zdrowia. Zakładają one umożliwienie – w pewnym zakresie - realizacji modelu telemedycny przez wprowadzenie systemu „e-recepta” oraz nowelizacji przepisów ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty[54].

Ostatnia rzecz to kwestia odpowiedzialności lekarza. W sytuacji wykonywania zawodu lekarza na odległość brak jest przepisów szczególnych, odnoszących do jego odpowiedzialności (cywilnej, karnej i zawodowej), co jednak nie oznacza stanu „próżni” w tym zakresie. W sytuacji „nowej”, z którą mamy do czynienia, zastosowanie będą miały przesłanki ustalone w dotychczasowych ustawach oraz Kodeksie

53 Art. 42 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 ze zm.).

54 Zob. pkt. 3.4 projekt ustawy o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw (www.legislacja.rcl.gov.pl/projekt/241132, data dostępu: 8.05.2015 r.).

Etyki Lekarskiej, a odnoszące się do: należytej staranności[55], zgodności z aktualnym stanem wiedzy[56] oraz „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach"[57].

Podsumowując tę część rozważań możemy stwierdzić, iż prawo do ochrony zdrowia, którego wyraz znajdujemy na różnych normatywnych poziomach, to przestrzeń ograniczająca potencjalne dylematy moralne związane z wprowadzaniem nowoczesnych technologii. Brak reakcji ustawodawcy oraz przyjęcie, iż stan prawny w kształcie niezmienionym podoła ich wyzwaniom, wydaje się być nazbyt optymistyczne.

Przykład teleradiologii unaocznia, iż zasadniczym źródłem problemów związanych z jej użyciem jest brak bezpośredniego kontaktu lekarza z pacjentem. Względy ekonomiczne nie powinny przysłaniać optyki skoncentrowanej na wartości *dobra pacjenta.*

Lekarze wprowadzają interesujący sposób podejścia do możliwości stosowania narzędzi telemedycznych. W przypadkach stabilnych, kiedy lekarz stwierdzi, że pacjentowi nie zagraża niebezpieczeństwo – pogorszenie stanu zdrowia czy nieoczekiwane powikłania – korzystanie z osiągnięć telemedycyny jest akceptowane. Natomiast ciężkie i zaawansowane stany kliniczne oraz te, które stanowią bezpośrednie zagrożenie życia, nie nadają się *ex definitione* do diagnozowania i leczenia na odległość[58]. Czy ta prosta recepta to genialne panaceum na problemy telemedycyny? Trudno odpowiedzieć na to pytanie *ad hoc*. Nie należy wszakże zapominać, iż gwarantem najwyższych standardów usług medycznych powinien być czynnik ludzki i relacja łącząca lekarza z pacjentem.

2. Ochrona danych „telemedycznych" pacjenta

Kwestia bezpieczeństwa obywateli to również bezpieczeństwo i ochrona danych medycznych pacjentów. Problem ten, w sytuacji

55 Por. art. 8 Kodeksu Etyki Lekarskiej oraz art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 Nr 16 poz. 93 ze zm.).

56 Por. art. 6 Kodeksu Etyki Lekarskiej oraz art. 4 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 ze zm.).

57 Art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. 1997 Nr 88, poz. 553 ze zm.).

58 Zob. K. Korczak, *Internetowe narzędzia wspomagające opiekę zdrowotną*, Warszawa 2014, s. 56.

„zdalnego" leczenia – nabiera w horyzoncie pełnej cyfryzacji dokumentacji medycznej jeszcze większego znaczenia[59]. Spójrzmy teraz, na uwarunkowania konstytucyjne (i ustawowe), by w dalszej części koncentrować się bardziej na etycznej stronie tej problematyki.

2.1 Standardy konstytucyjne

Ochrona prywatności i możliwość decydowania o życiu osobistym zostały zagwarantowane w art. 47 Konstytucji. Uzupełnieniem tych standardów w kontekście ochrony danych osobowych jest obowiązek stworzenia ustawowej podstawy do ujawniania danych osoby (art. 51 ust. 1), a także wymóg, iż: „władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach, niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym" (art. 51 ust.2).

Podkreślić należy, iż konstytucyjne prawo do prywatności i ochrony danych osobowych, stanowią o *autonomii informacyjnej jednostki*. Pojęcie to – zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego – rozumiemy jako: „prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami…"[60].

W obszarze opieki zdrowotnej i *autonomii pacjenta* (o której mówiliśmy uprzednio), powyższy kontekst to dobitny przykład jej normatywnego oparcia. Pacjent, aby otrzymać wiedzę, która umożliwi w drodze „interpersonalnego dyskursu" podjęcie właściwej decyzji leczniczej, zmuszony jest przekazać swoje dane wrażliwe. Oczekuje przy tym gwarancji decyzyjności, najwyższych standardów oraz możliwości ich kontroli. Dodajmy, że na władzach publicznych spoczywa

59 W obecnym stanie prawnym dokumentacja medyczna prowadzona jest w formie papierowej lub elektronicznej. Według pierwotnych założeń Ministerstwa Zdrowia pełna cyfryzacja dokumentacji medycznej miała zostać wprowadzona do dnia 1 lipca 2014 r. Ze względu na „skalę przedsięwzięcia oraz zróżnicowany stopień informatyzacji poszczególnych podmiotów" termin ten przesunięto do 31 lipca 2017 r. Zob. ustawa z dnia 26 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz. U. 2014 poz. 998).

60 Zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie U 3/01 oraz orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 listopada 2002 r. w sprawie K 41/02.

obowiązek działania w tej sferze i to w taki sposób by uwzględniać godność człowieka, pacjenta[61].

W piśmiennictwie zwraca się uwagę na korelację pomiędzy dobrze chronioną autonomią informacyjną jednostki a rozwojem społeczeństwa informacyjnego[62]. W tym miejscu ukazuje się również wcześniejszy problem, a mianowicie: potencjalny konflikt *dobra pacjenta* i parametrów ekonomicznych. Chodzi z jednej strony o możliwości - w dobie postępu technologicznego - niezliczonych konfiguracji przetwarzania dużej ilości danych (w tym danych medycznych – patrz: System Informacji Medycznej[63]), z drugiej zaś - o „cięcia" kosztów i narażenie bezpieczeństwa intymnych informacji pacjentów.

Zagrożenia z powyższym związane pokażemy w drugiej części tego wątku. Tutaj jednak, na poziomie wartości konstytucyjnych, wypada przywołać jeszcze jeden ważny pogląd. „Tylko obywatel, który nie odczuwa stałego, uzasadnionego lęku, że przejawy jego aktywności i informacje na temat jego życia prywatnego nie zostaną wykorzystane w niekorzystny dla niego sposób (…), będzie naprawdę wolnym obywatelem skłonnym do udziału w procesie demokratycznym"[64].

W tym sensie pewność prawa i bezpieczeństwo prawne obywateli, wynikające z zasady demokratycznego państwa prawnego (przez ustawową regulację informacji w ochronie zdrowia), zdają się wypełniać

61 Obowiązek państwa odnośnie ochrony danych osobowych wiąże się z koniecznością ochrony godności jednostek dla umożliwienia im samodzielnego kształtowania swojego życia i rozwoju osobowości. Natomiast naruszenie prywatności człowieka uważa się za ingerencję w jego psychikę. Zob. więcej: I. Lipowicz, *Konstytucyjne podstawy ochrony danych osobowych* [w:] *Ochrona danych osobowych w Polsce z perspektywy dziesięciolecia,* (red.) P. Fajgelski, Lublin 2008, s. 46.

62 Zob. E. Kulesza, *Ochrona o danych o stanie zdrowia w świetle ustawodawstwa europejskiego i polskiej ustawy o danych osobowych,* Prawo i Medycyna nr 2/2000, s . 101.

63 System Informacji Medycznej jest systemem teleinformatycznym służącym przetwarzaniu danych udzielonych, udzielanych i planowanych świadczeń opieki zdrowotnej udostępnianych przez systemy teleinformatyczne usługodawców. Minister Zdrowia może tworzyć i prowadzić lub tworzyć i zlecać prowadzenie rejestrów medycznych, stanowiących uporządkowany zbiór danych i informacji o zachorowaniach, chorobach, stanie zdrowia, metodach leczenia i diagnozowania, monitorowania postępów leczenia oraz zagrożeniach związanych z występowaniem niektórych chorób. Zob. art. 10 ust. 1 oraz art. 19. ust. 1 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz. U. 2011 Nr 113 poz. 657 ze zm., dalej zamiennie zw.: ustawa o systemie informacji).

64 I. Lipowicz, op. cit., s. 48.

i wzmacniać pojęcie „wolności" i „skłonności" obywateli do udziału w procesie demokratycznym.

Przechodząc na warstwę ustawową, dla niezbędnej orientacji wyjaśnić należy pojęcie danych *wrażliwych* (i „telemedycznych") oraz standardów bezpieczeństwa w ich przetwarzaniu[65]. Jest to szczególna kategoria danych osobowych; wymienionych w art. 27 ustawy o ochronie danych osobowych[66]. Ustawa nie używa jednak terminu „dane wrażliwe", czasami określane także „danymi sensytywnymi". Jest to termin potoczny, jednakże katalog tych danych w ustawie wymieniono i zaliczamy do nich między innymi: stan zdrowia, kod genetyczny, pochodzenie rasowe lub etniczne czy też kwestię nałogów.

W tytule tej części wprowadziliśmy pojęcie „telemedycznych" danych pacjenta. Trafność użycia tego pojęcia wymaga wyjaśnienia.

Poruszany problem nie inaczej, jak po raz kolejny sprowadza się do rozumienia pojęcia telemedycyny. W przypadku elektronicznej dokumentacji medycznej[67] i pozostałych cyfrowych rozwiązań (wprowadzanych przez ustawę o systemie informacji ochrony zdrowia), można z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, iż w przyszłości mogą stać się one „publicznym" kanałem przesyłu danych pacjentów na odległość. „Usługodawca" (wedle ustawowej terminologii[68]) będzie

65 Według ustawowej definicji „przetwarzanie danych" to: „jakiekolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych.". Zob. art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. 1997 Nr 133, poz. 883 ze zm., dalej zamiennie zw.: ustawa o ochronie danych).

66 Za „dane osobowe" uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić przez numer identyfikacyjny albo specyficzny czynnik określający jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. Zob. art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie danych.

67 Elektroniczna Dokumentacja Medyczna (skrót: EDM) to zbiór danych w postaci systemu informatycznego, przechowujący całość lub wybrane elementy dokumentacji medycznej indywidualnej (odnosząca się do poszczególnych pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych) i zbiorczej (dotyczącej ogółu pacjentów lub określonej grup pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych). Zob. rozdział I rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. 2010 nr 252 poz. 1697 ze zm.).

68 Ustawa o systemie informacji ochrony zdrowia w przypadku definicji „usługodawcy" odsyła do pojęcia „świadczeniodawcy", którym jest „podmiot wykonujący działalność leczniczą", a także „osoba fizyczna (…), która uzyskała fachowe uprawnienia do udzielania świadczeń zdrowotnych". Z kolei termin „usługobiorca" oznacza: „osobę fizyczna korzystającą lub uprawnioną do korzystania ze świadczeń opieki

mógł wprowadzać dane o stanie zdrowia[69] „usługobiorcy" do Systemu Informacji Medycznej, tak aby w obrębie kraju mógł je odczytać inny „usługodawca" (lekarz, specjalista ochrony zdrowia,)[70]. Z tego względu pojęcie danych używanych w omawianej ustawie określamy mianem „telemedycznych".

Ostatnia kwestia, która powinna zostać zasygnalizowana, to standardy bezpieczeństwa przetwarzanych danych.

Nie budzi wątpliwości, iż brak należytej ochrony prywatności osób fizycznych może być sporą barierą dla efektywnego wprowadzania telemedycyny. Istotne dla prawidłowej realizacji jej funkcji jest, aby zarówno pacjenci, jak i osoby wykonujące zawody medyczne mieli poczucie akceptacji tych rozwiązań i żywili do nich zaufanie.

Ogólnie o ochronie danych stanowi ustawa o ochronie danych osobowych[71]. Tam właśnie (art. 36) określono, iż: „administrator danych jest obowiązany zastosować środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych, odpowiednią do zagrożeń oraz kategorii objętych ochroną". Konkretyzacja ochrony danych *wrażliwych* następuje w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych[72]. I tak, dane wrażliwe, w przypadku wprowadzenia ich do publicznej sieci telekomunikacyjnej, powinny być: „przetwarzane w systemach o poziomie bezpieczeństwa podwyższonych lub wysokim". Z kolei warunki organizacyjno-techniczne przetwarzania, udostępniania, autoryzacji oraz zabezpieczenia Elektronicznej

zdrowotnej". Zob. art. 2 ust. 1 i 2 oraz art. 5 ust. 41 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2008 Nr 164 poz. 1027 ze zm.)

69 Kategoria informacji mieszczących się w nazwie „stan zdrowia" wydaje się najbardziej adekwatna do procesów związanych z telemedycyną. Zob. art. 2 ust. 7 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz. U. 2011 Nr 113 poz. 657 ze zm.)

70 Porównaj z definicjami telemedycny podanymi w części II oraz przypisie nr 18.

71 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. 1997 Nr 133, poz. 883 ze zm.).

72 Zob. część B i C rozporządzenia Ministra Spraw Zewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakimi powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz. U. 2004 nr 100 poz. 1024).

Dokumentacji Medycznej przed utratą reguluje rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie wymagań dla Systemu Informacji Medycznej[73].

Zakreślone ramy normatywne pozwolą nam w kolejnej części przyjrzeć się bliżej niektórym problemom z pogranicza etyki i prawa, które w kontekście ochrony danych medycznych generuje zjawisko telemedycyny.

2.2 Problemy etyczne

W doktrynie prawniczej przyjmuje się jako jedną ze wskazówek interpretacyjnych, że źródłem informacji o intencji prawodawcy są materiały pochodzące z procesu legislacji[74]. Wychodząc z tego założenia możemy starać się odtworzyć intencję ustawodawcy odnośnie informacji w ochronie zdrowia, przez wzgląd na uzasadnienie projektu tej ustawy.

Twórcy tego aktu podają szereg argumentów za celowością ich rozwiązań. Przykładowo mówi się o stworzeniu stabilnego systemu informacji ochrony zdrowia, zmniejszeniu luki informacyjnej, czy też odporności na zaburzenia w gromadzeniu i archiwizacji danych[75].

Tymczasem „idealne" koncepcje częstokroć zderzają się z niełatwą rzeczywistością – warunków organizacyjnych i finansowych – kreując tym samym etyczno-prawną przestrzeń zagrożeń, z którymi uczestnicy opieki zdrowotnej muszą się mierzyć.

Zwróćmy teraz uwagę na kilka problemów, które ogniskują się wokół bezpieczeństwa danych medycznych. Punktem wyjścia są przytoczone zapisy ustawowe, jednak warto pomyśleć o tych problemach również w szerszej perspektywie.

W pierwszym punkcie należy uściślić, iż dane *wrażliwe* rejestrowane w papierowej (i elektronicznej) dokumentacji medycznej, zawierają najbardziej intymne informacje z naszego życia. Łatwiej zdać sobie

73 Zob. par. 10–12 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie wymagań dla Systemu Informacji Medycznej (Dz. U. 2013 poz. 463).

74 Por. A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Zmiana w przepisach jako argument w dyskursie interpretacyjnym,* Państwo i Prawo nr 9/2009, s. 18-32.

75 Zob. uzasadnienie projektu ustawy o systemie informacji ochrony zdrowia (źródło: www.www2.mz.gov.pl/ wwwfiles/ma_struktura/docs/uzasadustawy_osiwoz_01122008.pdf, data dostępu: 25.06.2015r.).

sprawę z wagi tych danych, gdy popatrzymy np. na informację dotyczącą choroby psychicznej[76] bądź wyników badań zarażenia wirusem HIV[77]. Czasami ujawnienie takich danych, to po prostu efekt działań zgodnych z naszą wolą, w innych jednak sytuacjach może być podyktowane prawną koniecznością[78]. Zagadnienia, które tutaj poruszamy, to problem „wycieku" danych wrażliwych i potencjalnego ich pozyskania przez osoby nieuprawnione.

Druga rzecz to sprawa określenia, jakimi ścieżkami dane wrażliwe mogą dostać się w niepowołane ręce. Problem ten sprowadza się do sposobu przetwarzania danych wrażliwych oraz kręgu osób, które mają do nich dostęp. Modelowe rozwiązania zawarte w ustawie o systemie informacji w ochronie zdrowia gwarantują dość wysoki poziom bezpieczeństwa, choć i tak należy uznać, że nie brak tym zapisom pewnych „defektów" (o czym szerzej we wnioskach). Oprócz takich form komunikacji mamy przecież cały szereg innych środków leczenia na odległość, które – jak stwierdziliśmy na początku – wykształciła właściwie praktyka lekarska i potrzeby życia. Są to, począwszy od telefonicznych konsultacji, przez internetowe kontakty lekarza z pacjentem, porady udzielane za pomocą urządzeń typu smartfon czy ipad[79]. Trudno w takich warunkach mówić o dostatecznych normach bezpieczeństwa danych wrażliwych.

Czasami niefortunne okoliczności wiodą pacjentów do tego, aby korzystać z pomocy medycznej i zachować anonimowość. Dobrym tego przykładem są australijskie serwisy medyczne adresowane do

76 „Udostępnianie dokumentacji psychiatrycznej w centralnym systemie spowoduje groźne skutki. Jako psychiatrzy coraz częściej spotykamy się z tym, że pacjenci boją się leczyć. Szczególnie po ujawnieniu informacji z dokumentacji medycznej pilota Germanwings, który rozbił samolot ze 150 osobami na pokładzie, i żądaniach, by wprowadzić obowiązek zawiadamiania pracodawcy o zaburzeniach psychicznych pracownika." Fragment wywiadu z prof. Andrzejem Kokoszką. (źródło: www.wyborcza.pl/1,75478,18041494,Prof__Kokoszka__Grozi_nam_podziemie_psychiatryczne_.html, data dostępu: 25.06.2015 r.).

77 L. A. Herscha, *Is there a doctor in the house? Licensing and malpractice issues in telemedicine,* Journal of Science and Technology Law 4/1996, s. 9.

78 Na przykład w toku postępowania karnego. Zob. art. 74 par. 2 ustawy z dnia 7 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 Nr 89 poz. 555 ze zm.).

79 Takie problemy zarysował dr Wojciech Wawrzynek podczas Śląskiej Konferencji Medyczno-Prawnej, zob. M. Okoniewska, *Teleradiologia bez uregulowań prawnych*, Wolters Kluwer Zdrowie (źródło: www.zdrowie.abc.com.pl/czytaj/-/artykul/teleradiologiabezuregulowan-prawnych, data dostępu: 17.05.2015 r.).

młodzieży, dzięki którym za pomocą środków komunikacji na odległość nastolatkowie mogą zapytać lekarza o swoje krępujące problemy[80]. Innym - coraz bardziej powszechna również w naszym kraju telepsychiatria[81]. Realizacji potrzeb tego samego rodzaju służą też telefoniczne platformy informacyjne, z których korzystają kobiety decydujące się na aborcję i które krok po kroku dostarczają esemesowych informacji, jak to przeprowadzić[82].

Skala problemu „wycieku" danych medycznych jest zróżnicowana. W globalnym ujęciu - wśród specjalistów parlamentarnych - słychać obawy, iż jeśli chcemy uniknąć ataków hakerów i powtórki spraw ACTA[83] albo WikiLeaks[84] w wydaniu medycznym, to bezpieczeństwo danych powinno stanowić ważny punkt interdyscyplinarnej dyskusji o telemedycynie[85]. Z kolei Główny Inspektor Ochrony Danych Osobowych – na poziomie lokalnym – jako powszechne przyczyny trudności z utrzymaniem bezpieczeństwa podaje: zwykłe „bałaganiarstwo", niewłaściwe określenie kręgu pracowników posiadających dostęp do danych pacjentów, a także samowolny wgląd do chronionych plików podczas napraw serwisowych sprzętu[86].

Skutki legislacyjnych niedociągnięć ustawy oraz wynikające z tego zagrożenia dla ochrony danych mogą być ograniczane przez normy

80 C. C. Garrett, J. Hocking, M. Y. Chen, Ch. K. Fairley, M. Kirkman, *Young people's views on the potential use of telemedicine consultations for sexual health: results of a national survey*, BMC Infectious Diseases 11/2011, s. 285.

81 Zob. portal internetowy „E-leczenie 24" świadczący usługi telepsychiatryczne (źródło: http://www.e-leczenie 24.com.pl/projekty/telepsychiatria, data dos†epu: 21.06.2015 r.)

82 K. M. de Tolly, D. Constant, *Integrating Mobile Phones into Medical Abortion Provision: Intervention Development, Use, and Lessons Learned From a Randomized Controlled Trial*, mHealth 2/2014, s. 5.

83 Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA (Umowa handlowa dotycząca zwalczania obrotu towarami podrabianymi) – porozumienie wielostronne, mające ustalić międzynarodowe standardy w walce z naruszeniami własności intelektualnej. Największe kontrowersje wzbudzają jednak przepisy dotyczące wykroczeń w środowisku cyfrowym, głównie z wykorzystaniem sieci komputerowych; regulacje te naruszają konstytucyjną wolność słowa (źródło: http://pl.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade _Agreement, data dostępu: 21.03.2015 r.).

84 „WikiLeaks – witryna internetowa umożliwiająca publikowanie w sposób anonimowy dokumentów (często tajnych) rządowych i korporacyjnych przez informatorów chcących zasygnalizować działania niezgodne z prawem" (źródło: http://pl.wikipedia.org/-wiki/WikiLeaks, data dostępu: 21.03.2015 r.).

85 Por. zapis stenograficzny 22 posiedzenia Komisji Zdrowia z 1 sierpnia 2012 r. (źródło: http://webcache. googleusercontent.com/search?q=cache:I9LI8BuKgyIJ:www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatkomisjeposiedzenia/513/pos/022z.htm+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl, data dostępu: 19.06.2015 r.)

86 K. Nyczaj, *Dane medyczne pod kontrolą*, Prawo i Medycyna nr 1/2013.

etyczne. Chodzi o przestrzeganie przez lekarzy i innych specjalistów ochrony zdrowia zasad moralnych, odnoszących się do prywatności pacjentów i tajemnicy zawodowej, a zawartych w różnych kodeksach etyki[87]. W tym miejscu znowu ujawnia się, jak ważny w konstrukcji systemu zdrowia jest czynnik ludzki.

Przy podsumowaniu tej części rozważań nasuwa się kilka wniosków praktycznych.

Jak stwierdziliśmy na początku, zjawisko telemedycyny to klasyczna sytuacja wyprzedzania prawa przez życie. W przypadku danych medycznych, obsługiwanych za pomocą systemów informatycznych, tło wygląda zgoła inaczej. Tutaj to przepisy prawne niejako „torują" drogę rozwiązaniom technologicznym. Jednostki ochrony zdrowia, w okresie dwóch lat, będą musiały wypełnić ustawowy obowiązek prowadzenia elektronicznej dokumentacji medycznej. To bez wątpienia – uwzględniając już raz dokonane przesunięcie terminu jej wprowadzenia – zadanie wymagające ogromnego wysiłku organizacyjnego, ale i nakładów finansowych (a dodatkowych środków na ich realizację aktualnie brak[88]). Przedsięwzięcie to może być arcytrudne do przeprowadzenia z zachowaniem najwyższych standardów ochrony danych i jednocześnie tak, żeby nie ucierpiało przy tym *dobro pacjentów.*

Staraliśmy się dopasować przepisy ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia do faktycznego użycia narzędzi telemedycznych. Te operacje myślowe przybierające z konieczności postać domysłów, będące swoistymi wskazówkami interpretacyjnymi odnośnie prawnej dopuszczalności leczenia na odległość, to z pewnością jedna z trafnych konkluzji tego opracowania. Na plan pierwszy wysuwa się jednak potrzeba adekwatnej reakcji ustawodawcy i wprowadzenia

87 Ochrona prywatności pacjentów oraz obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej, oprócz regulacji ustawowej, ma swe umocowanie w normach etycznych. Tajemnica zawodowa odnosi się także do innych specjalistów ochrony zdrowia takich jak: pielęgniarek, felczerów czy diagnostów laboratoryjnych. Zob. art. 12 oraz 23 Kodeksu Etyki Lekarskiej, art. 17 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz. U. z 2011 r. nr 174 poz. 1039), art. 7 ustawy z dnia 20 lipca 1950 r. o zawodzie felczera (Dz. U. z 2012 r. poz. 1133) oraz art. 29 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej (Dz. U. z 2004 r. nr 144 poz. 1529).

88 Problem poruszył Główny Inspektor Danych Osobowych zamieszczając na oficjalnej stronie internetowej artykuł D. Boguckiej, *Sprint na długim dystansie* (źródło: www.giodo.gov.pl/plik/id_p/5820/j/pl, data dostępu: 25.06.2015 r.).

jasnych oraz czytelnych regulacji odnośnie kluczowych zagadnień telemedycyny, tak by w pełni realizowane były postulaty demokratycznego państwa prawnego.

„Defekty" zapisów dotyczących bezpieczeństwa danych omawianej ustawy możemy sformułować w następujących uwagach. Osobami upoważnionymi do dostępu do danych pacjenta powinni być jedynie lekarze sprawujący nad nim bezpośrednią opiekę. Niedopuszczalne jest, aby ten sam zakres uprawnień miał personel medyczny i administracyjny takiej placówki. Niejasne jest również, co będzie wchodziło w zakres danych medycznych oraz jak będą one przetwarzane. Czy np. dane o stanie zdrowia (powyżej istotne przy definicji telemedycyny) będą zawierały tylko dane osobowe pacjenta i krótką adnotację o stanie jego zdrowia, czy będzie to raczej kompletna dokumentacja medyczna z ogółem wyników badań[89].

Niektórzy sugerują, że najbezpieczniejszym nośnikiem informacji są akta papierowe, inni zaś utrzymują, że to pliki komputerowe przekazywane za pomocą telemedycyny dają większe możliwości ochrony danych medycznych[90]. Nie ma jednoznacznych dowodów w tej sprawie. Przykład polskich rozwiązań ochrony prywatności pokazuje, z jak skomplikowanym problemem mamy do czynienia. Gwarancja bezpieczeństwa, przy przejściu z systemów analogowych na cyfrową dokumentację medyczną, wymaga przede wszystkim rozwagi i umiaru, *primo* tych, którzy prawnie „oczekują" działania, *secundo „*siłą rzeczy" pozostałych uczestników opieki zdrowotnej.

IV. Podsumowanie

Na wstępie zadaliśmy kluczowe pytanie, czy obywatele będący uczestnikami systemu ochrony zdrowia – w kontekście wykorzystania narzędzi telemedycznych – mogą czuć się bezpiecznie?

89 Por. art. 14 i 20 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz. U. 2011 Nr 113 poz. 657 ze zm.).

90 Ch. J. Caryl, *Malpractice and other legal issues preventing the development of telemedicine,* Journal od Law and Health, 12/1997, s. 173.

Dobro pacjenta wyrażone w prawie (Konstytucji oraz ustawach), a także wspierane przez normy etyczne, zderza się z rzeczywistością warunków ochrony zdrowia. W zasadach ujętych w *Deklaracji Barcelońskiej* zwraca się szczególną uwagę na: autonomię, integralność, godność pacjenta, na szczególną relację lekarza z pacjentem[91]. Jednak według europejskich badań spada poziom zaufania obywateli do służby zdrowia, w tym bezpośrednio do lekarzy[92].

Zarysowany obraz ma istotne znaczenie. Należy stwierdzić, iż „zdalne" leczenie (oprócz marginalnych złych praktyk), to nadal relacja łącząca lekarza z pacjentem. Pozostaje kwestią do dyskusji, w jakim stopniu w procesie leczenia niezbędny jest ich kontakt bezpośredni. Niemniej – jak starałem się wykazać – więź łącząca lekarza z pacjentem, której bez wątpienia potrzeba umiejętnego i mądrego prawnego oparcia, jest najistotniejszym elementem każdego procesu leczenia (również telemedycznego).

Skala oddziaływań nowoczesnych technologii jest trudna do przewidzenia. Wnikają one z dużą siłą w coraz szersze spektrum społecznych aktywności, stawiając przed nami pytania o to, co słuszne, etyczne. Często konsekwencje pojawiają się nie tylko tam, gdzie można by się ich spodziewać i nie w tym momencie, w którym byśmy ich oczekiwali.

Pomimo wykazanych zagrożeń, telemedycyna ma wyjątkową, unikatową wartość – pozwala ratować ludzkie życie.

Kończąc optymistycznym akcentem, zaprezentujemy przypadek dr Jerri Nielsen. Lekarka, opiekująca się grupą naukowców w stacji badawczej na Antarktydzie, została odcięta od świata zewnętrznego przez zimę polarną. W tym czasie zdiagnozowała u siebie raka piersi. Tylko dzięki narzędziom telemedycznym i możliwości kontaktu na odległość z onkolożką z Indianapolis dr Nielsen otrzymała drugie życie. Operator koparki oraz stolarz pracujący w stacji, korzystając ze sprzętu

91 Zob. Deklaracja Barcelońska (źródło: www.eeas.europa.eu/euromed/docs/bd_en.pdf, data dostępu: 29.06.2015 r.)

92 Według badania European Trusted Brands przeprowadzanych co roku przez Readers Digest wskazuje się, że poziom zaufania do lekarzy dynamicznie w Polsce spada od 2011 r. z 73% do 56% w 2014 r.

zrzuconego przez amerykańskie wojsko, przeprowadzili (pod kontrolą wspomnianej specjalistki) biopsję, a następnie proces chemioterapii. Po powrocie wykonano u lekarki wnikliwe badania, które potwierdziły, iż terapia w tych trudnych warunkach okazała się skuteczna[93].

93 Na podstawie przypadku dr Jerri Nielsen powstała książka i film pt. „I będę żyć…".

Maria Boratyńska

Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej

Wstęp

Brak ustawowego uregulowania korekty płci stanowił fakt społeczny od wielu już lat, a postulaty doktryny nie miały najmniejszego wpływu na poprawę sytuacji.[1] Dopiero wybór do Sejmu transseksualnej posłanki i jej wspierane własnym wizerunkiem inicjatywy legislacyjne doprowadziły do uchwalenia ustawy o uzgodnieniu płci, która przeszedłszy przez obie izby Parlamentu została zawetowana przez prezydenta.[2] Dotychczasowe orzecznictwo, zmuszone okolicznościami, mierzyło się z problemami prawnymi na tym tle można powiedzieć, że dzielnie – a chodzi o ugruntowaną praktykę prawną, której dobre początki sięgają co najmniej roku 1964[3]. Raport Holewińskiej-Łapińskiej[4], choć niekompletny z powodu braku współpracy niektórych okręgów (polegającego na nieprzysłaniu akt rozpatrzonych spraw), przedstawia

1 Jako datę znaczącą można wskazać rok 1964, kiedy zapadł wnikliwie glosowany wyrok Sądu Wojewódzkiego dla Warszawy (z 24 września 1964 r., II Cr 515/64, PiP nr 10/1965 z gl. J. Litwina).

2 Ustawa z 23 lipca 2015 r. o uzgodnieniu płci, tekst ustawy ustalony po rozpatrzeniu poprawek Senatu http://orka.sejm.gov.pl/proc7.nsf/ustawy/1469_u.htm (dostęp 24.IX.2015)

3 Zob. wyrok Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z 24.IX.1964, II CR 515/64, PiP nr 10/1965 i wyrok SN z 11.XI.1958 r., IICR 798/58, OSN 1959 poz. 101..

4 Zob. E. Holewińska-Łapińska: *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991-2008*, Studia i Analizy Sądu Najwyższego t. IV, Warszawa 2010.

wyniki świadczące o pełnym zrozumieniu dla problemu, w każdym razie na poziomie pierwszej i drugiej instancji. Większość orzeczeń zapadała po myśli zainteresowanych, choć dla celów upewnienia się o trwałości poczucia przynależności do drugiej płci wymagano od nich na ogół przynajmniej zapoczątkowania terapii adaptacyjnej: wykonania plastyki klatki piersiowej i/lub przyjmowania hormonów. W praktyce zmusza to pacjentów do poddania się zabiegom medycznym i przez to uchybia autonomii - dlatego stanowi praktykę niedoskonałą. Trzeba jednak zrozumieć sądownictwo, które od półwiecza musi działać w próżni prawnej.

Stan orzecznictwa do niedawna wydawał się stabilny: pierwsza, względnie druga instancja, orzekały zgodnie ze swą najlepszą wiedzą i na korzyść zainteresowanego. Sporadycznie tylko dochodziło do postępowania przed Sądem Najwyższym, gdzie roztrząsane były kwestie formalne: komu służy legitymacja bierna w sprawie i jaką metodą powinna odbywać się zmiana aktu stanu cywilnego.[5] Wybitni i doświadczeni seksuolodzy przekonywali jednocześnie, że zmiana urzędowa ma kluczowe znaczenie terapeutyczne[6], natomiast zabiegi adaptacyjne już nie są tak ważne, zwłaszcza że nie każdy pacjent podoła im finansowo. Znany jest też pogląd, iż *„tożsamość płciowa powinna zostać ujęta nie w kategoriach zaburzeń psychicznych czy zaburzeń zachowania, ale w kategoriach praw jednostki. Celowi temu służy na pewno rozdzielenie kwestii medycznych od kwestii prawnego uznania tożsamości*

5 Zob. M. Boratyńska, *Problemy transseksualizmu*, [w] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzem*, red. M. Safjan, Warszawa 2011, s. 457-458, J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci,* (praca doktorska obroniona w 2015 r.), http://www.depotuw.ceon.pl/bitstream/handle/item/1014/Sądowa%20zmiana%20płci_Joanna%20Ostojska.pdf?sequence=1 s. 93-137 (dostęp 25.IX.2015)

6 Jedna z najwcześniejszych prac: K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, PWN 1988. Zabiegi korygujące zostały przez autorów zakwalifikowane jako leczenie objawowe, które zmierza jedynie do upodobnienia do płci odmiennej (s. 266). Terapia hormonalna i zabiegi chirurgiczne nie prowadzą do wyleczenia, lecz stanowią formę rehabilitacji leczniczej (s. 257). Żadne inne metody lecznicze: ani psychiatryczna, ani neurochirurgiczna, ani psychoendokrynologiczna - nie są skuteczne, a ponadto te formy leczenia jednoznacznie i zdecydowanie odrzucają pacjenci. W konkluzji Autorzy wyrażają opinię, iż sądowa zmiana płci przez uzgodnienie z płcią odczuwaną, jako wywołująca także pozytywny efekt terapeutyczny, powinna być dokonywana, ponieważ umożliwia pacjentom pełnienie właściwych ról społecznych i przywraca sens ich życiu (s. 246).

płciowej".[7] Wówczas jednak o zmianie urzędowej nie decydowałyby kryteria medyczne, a zabiegi adaptacyjne nie kwalifikowałyby się jako leczenie i bezprzedmiotową stałaby się kwestia ich finansowania z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego.

Paradoksalnie, bariera finansowa skutecznie chroni pacjentów przed „dobrowolnym przymusem" sterylizacji, bo wysoce kosztowna i nierefundowana operacja na genitaliach nie może być dzięki temu realnym wymaganiem stawianym osobom ubiegającym się o urzędową korektę płci.

Ten względny spokój został jednak zakłócony przez najnowszy wyrok Sądu Najwyższego z 2013 r.[8], który, wbrew dotychczasowej linii, poszedł drogą ślepego formalizmu, wskutek czego kwestia jednoznacznej regulacji prawnej stała się jeszcze bardziej nagląca. Przy okazji podniesiony został po raz kolejny problem dobra dzieci i współmałżonka ze związku formalnego z osobą zainteresowaną uzgodnieniem płci. Niedługo później prasa opisała dramatyczny przypadek samobójstwa chłopca, który nie mógł pogodzić się z transseksualizmem ojca. Krzywda transseksualisty może również pociągać za sobą krzywdę jego dzieci, o czym można przekonać się z lektury doniesień prasowych o perypetiach zgwałconego transseksualisty w zarejestrowaniu urodzenia córki. Sprawa jest pod każdym względem precedensowa, tym niemniej paląco wymaga jednoznacznego rozstrzygnięcia. Mamy wreszcie w naszym prawie problem transseksualnych dzieci: tam zabiegi chirurgiczne i kuracja hormonalna stanowią dopiero ewentualną przyszłość, natomiast zapewnienie właściwego funkcjonowania w społeczności rówieśników, zwłaszcza w szkole, wymaga rozsądnych i wyważonych rozwiązań tymczasowych na poziomie wyłącznie administracyjnym.

Niniejsze opracowanie poświęcone jest trzem tak zarysowanym problemom: dobru dorosłej osoby transseksualnej, interesom jej najbliższych oraz szczególnej kondycji dzieci dotkniętych

7 A. Śledzińska-Simon, *Prawna sytuacja osób transpłciowych w Polsce* [w] *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce – raport z badań i propozycje zmian,* red. W. Dynarski i K. Śmiszek, Warszawa 2013, s. 152.

8 SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. I CSK 146/13

transseksualizmem. Tytuł został wybrany celowo: przy braku regulacji rysuje się tak daleko idąca niepewność sytuacji prawnej, że dochodzi do rozstrzygnięć o charakterze przygodnym lub – co może w praktyce okazać się jeszcze gorsze – do niemożności dokonania jakichkolwiek. Z tej perspektywy zostanie omówiona ustawa o uzgodnieniu płci.

Mechanizm działania ustawy

Ustawa reguluje uzgodnienie płci określonej w akcie urodzenia z płcią rzeczywiście odczuwaną. Dotyczy to w jednakowym stopniu interseksualistów[9] jak transseksualistów[10]. W obu przypadkach wyrażenie „uzgodnienie płci" jest trafne, ponieważ niezależnie od chwili uświadomienia sobie przez pacjenta owego dysonansu, dąży on do ustalenia, iż płeć odmienna od metrykalnej[11] jest zgodna z odczuwaną. Z urzędowego punktu widzenia jest to zmiana, z tym że jako „zmianę" płci może taką czynność postrzegać jedynie otoczenie, zwracające uwagę głównie na znamiona zewnętrzne, które w odniesieniu do transseksualisty stanowią mylący pozór, zaś u interseksualisty mogą stanowić zbiór niejednoznaczny. Wystarczy podać przykład jednostki chorobowej o nazwie „zespół feminizacji jąder"[12] , a opisywany w podręcznikach ginekologii.[13] Pacjenci interseksualni doznają jednak, jak się wydaje, mniejszych niż transseksualni trudności na etapie korekt medycznych. Androgynizm stanowi przypadłość bardziej naoczną i przez to łatwiejszą do zrozumienia przez otoczenie, aczkolwiek płeć takiej osoby również może zostać określona błędnie, a gdy płeć zdefiniować trudno, bo narządy płciowe mają budowę pośrednią – jedynym

9 „Interseks – obojnak, osobnik wykazujący cechy (fizyczne lub psychiczne) obu płci. Osoba o płci obojnaczej"- Collins Dictionary of Medicine (R. M. Youngson), wersja polska, RTW (bmw) 1997.

10 „Transseksualizm – trwałe przeświadczenie jednostki, że prawdziwa płeć jest przeciwna do posiadanej płci anatomicznej. Może to być przyczyną depresji i stanów lękowych". - Collins Dictionary of Medicine

11 Określenie obecnie bardziej potoczne, odpowiadające płci uwidocznionej w akcie urodzenia, ale adekwatne i użyteczne w omówieniach ze względu na swą lapidarność.

12 W popkulturze znany z horroru *Ring* Koji Suzuki, ZNAK 2004

13 Zob. *Położnictwo i ginekologia,* red. G. Bręborowicz, Warszawa 2010, t. 2 s. 783-785. Choroba występuje w siedmiu możliwych stopniach, przy czym płeć genetyczna jest zawsze męska (kariotyp XY). W stopniach od pierwszego do trzeciego występują męskie cechy budowy, w stopniach od piątego do siódmego - żeńskie, natomiast w stopniu czwartym „trudno jest zdefiniować płeć", ponieważ zewnętrzne narządy płciowe mają budowę pośrednią między żeńskimi a męskimi.

źródłem wiedzy staje się osobiste poczucie zainteresowanego. W każdym razie za materialnoprawną przesłankę urzędowego uzgodnienia *Ustawa* uznaje występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci wpisanej w akcie urodzenia (art. 5 ust. 1 *in fine*), przy czym do definicji legalnej tożsamości płciowej należy przeżywanie, odczuwanie i doświadczanie własnej płciowości o charakterze **utrwalonym** oraz **intensywnym** (art. 2 pkt 1). W ten sposób, od razu na wstępie, pozwala to wyeliminować zaburzenia innego rodzaju oraz przelotne fantazje, tym niemniej właściwe ustalenie jest sprawą diagnozy i należy do lekarzy. Problem odpowiedniego odróżnienia jest znany i opisany w literaturze fachowej, o czym przekonuje choćby opracowanie Imielińskiego i Dulki z 1988 r.[14] *Ustawa* nie wnika w kwestie medyczne, bo nie to jest rolą prawa, ustanawia jednak wymaganie odwołujące się do wiadomości fachowych, aby wystawiający stosowne orzeczenia lekarze upewniali się przy diagnozowaniu, iż u pacjenta chodzi 1) o przeżywanie płci (nie zaś ról społecznych z nią związanych) oraz 2) aby odczucia miały charakter trwały i silny. Z żądaniem mogłyby bowiem występować także osoby o poczuciu chwiejnym bądź nietrwałym – na przykład schizofrenicy. W ten sposób *Ustawa* stwarza swoiste sito i wbrew temu, co twierdzą nieuważni jej czytelnicy – nie pozwala skorzystać z jej dobrodziejstwa każdemu, kto doświadcza zaburzeń identyfikacji z płcią, a tylko tym, którym ustalenie jest rzeczywiście niezbędne ze względów terapeutycznych. Dodatkowo wymaga od wnioskodawcy w sprawie pełnej zdolności do czynności prawnych, wyklucza zatem osoby ubezwłasnowolnione, choćby tylko częściowo oraz małoletnich.

Zakres regulacji ustawą o uzgodnieniu płci ogranicza się do kwestii materialnoprawnych i proceduralnych urzędowej korekty oznaczenia płci w akcie urodzenia oraz w już wystawionych dokumentach takich

14 *Przekleństwo Androgyne...*, rozdz. *Fenomen transseksualizmu*, podrozdz. 5 – *Narcyzm a transseksualizm*, 6 – *Homoseksualizm, biseksualizm, transwestytyzm, transseksualizm a zespół dezaprobaty płci* oraz 7 – *Psychozy a transseksualizm*. W tym samym roku 1988 ukazało się polskie tłumaczenie osławionego skądinąd „Milczenia owiec" Thomasa Harrisa, gdzie psychiatra doradził poszukiwanie wielokrotnego mordercy kobiet wśród autorów odrzuconych wniosków o korekturę płci, skierowanych do ośrodków leczenia transseksualizmu. Trudno byłoby traktować beletrystykę jako źródło wiedzy fachowej, jednak widać, że nauki medyczne mają problem rozpoznany od ponad ćwierćwiecza. Zob. też porządkujące zestawienie porównawcze w oparciu o tam powołaną najnowszą literaturę przedmiotu: J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci,* s. 27-32

jak świadectwa ukończenia szkół, dyplomy potwierdzające kwalifikacje, zaświadczenia o stanie zdrowia. Ustanowienie prawa pozwala jednak też nareszcie wyjść z, jak to swego czasu określił Sąd Apelacyjny we Wrocławiu,[15] prawniczego błędnego koła, które przez lata poważnie utrudnia leczenie oraz orzekanie. Polega ono na tym, że osoba ubiegająca się o wykonanie zabiegów korygujących oraz urzędową zmianę odsyłana jest przez lekarza do sądu, a z sądu do lekarza. Brak procedur prawnych pociąga za sobą obawy lekarzy przed oskarżeniem o przestępstwo ciężkiego uszkodzenia ciała, natomiast sądy domagają się przekonujących dowodów na przynależność do płci odmiennej, w tym odpowiednich cech fizycznych, niemożliwych do uzyskania inaczej niż dzięki chirurgii. Milczenie prawa wcale nie oznacza bezradności lekarzy; istnieją wypracowane procedury leczenia transseksualistów, a sądownictwo zadowalało się udowodnionym zapoczątkowaniem terapii adaptacyjnej, co w praktyce przekładało się na podawanie hormonów oraz plastykę klatki piersiowej. Bez uprzedniego wyroku sądu odmawiano natomiast wykonania operacji genitaliów. Jeżeli pacjent wystąpiłby o urzędową korektę płci wyłącznie na podstawie diagnozy, przed poddaniem się jakiejkolwiek interwencji medycznej, ryzykował oddalenie powództwa z braku dostatecznych dowodów. W daleko lepszej sytuacji znajdował się ten, kto miał za sobą przynajmniej pierwszy etap terapii. Wspomniany wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu oparty był na stanie faktycznym niepozostawiającym wątpliwości i stąd przełomowe orzeczenie. Orzecznictwo nie zawsze wszakże było konsekwentne i zdarzały się odstępstwa od tak zarysowanej linii, nie można zatem powiedzieć, by zainteresowani mogli cieszyć się pewnością swej sytuacji i zaufaniem do prawa.[16] Bywa, że postępowanie

15 Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 2002 r., I A Ca 281/02.Zob. E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci...*, s. 116.

16 Zob. J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci* oraz tam przywołane wyniki badań, s. 125-134: „*Rozbieżne stanowiska Sądu Najwyższego, konsekwentny brak ustalenia przesłanek warunkujących zmianę płci prawnej, posługiwanie się pojęciem nieodwracalności zmian cech płciowych, postulowanie konieczności poddania się przez osobę transseksualną operacji na narządach płciowych,a jednocześnie operowanie konstrukcją dobra osobistego w postaci poczucia przynależności do danej płci jako podlegającego ochronie w procesie o ustalenie płci, spowodowały swoisty chaos w orzecznictwie. Wszystkie powyższe kwestie zostały bowiem oddane do dyskrecjonalnej władzy sądu orzekającego w przedmiocie ustalenia płci transseksualisty. To sądy ustalają,*

przedłuża się, bo sąd miał wątpliwości, czy ustalenie płci może nastąpić wobec osób homoseksualnych bądź preferujących nietypowy model rodziny. Zdarzały się oddalenia pozwu tylko dlatego, że sąd uznał aparycję powoda za niewystarczająco sfeminizowaną albo zmaskulinizowaną. Uwzględnienie pozwu było uzależniane od okresu odbywanej terapii, od stanowiska rodziców powoda, od jego przeszłości seksualnej, a nawet od planów na przyszłość, w tym od zamiaru poddania się chirurgicznym zabiegom korygującym.[17]

Ustawa nie uzależnia zmiany urzędowej od jakichkolwiek ingerencji w organizm wnioskodawcy, co należy odnotować z pełną aprobatą w imię poszanowania dla autonomii każdego pacjenta. Zarówno osobom trans- jak interseksualnym pozostawiona została w ten sposób swoboda w zakresie poddania się korekturom medycznym.[18] Wbrew pozorom tak humanitarne rozwiązanie prawne nie jest wcale powszechne w świecie.[19] Chirurgiczne zabiegi adaptacyjne, wymagające m.in. usunięcia organów rozrodczych, pociągają za sobą bezpłodność. Postawienie zatem takiego wymagania w nieunikniony sposób prowadziłoby do faktycznego przymusu sterylizacji. Dobrze, że w *Ustawie* nie jest ono obecne, bo drastycznie naruszałoby autonomię pacjenta, choć jednocześnie przeciwdziałałoby sytuacjom, by pod względem prawnym jako kobieta funkcjonowała zdolna do płodzenia osoba o męskich narządach płciowych, a jako mężczyzna - osoba zdolna rodzić, a których ryzyko kusi, by kwestię praw stanu „uporządkować metodą sterylizacji". Tym niemniej „dobrowolny przymus" sterylizacji oceniam w każdych okolicznościach jako niedopuszczalny gwałt na

---

jakie kryteria powinna spełnić osoba ubiegająca się o ustalenie płci, przy czym kryteria te niekiedy bardzo się różnią, na co wskazuje przywołane orzecznictwo sądów pierwszoinstancyjnych" (s. 134).

17 Ibidem, s. 134.

18 W tym miejscu warto przypomnieć, że najważniejsze zabiegi przymusowe ograniczone są w naszym prawie do psychiatrii, epidemiologii oraz więziennictwa. Przymusowo leczy się tylko osoby chore psychicznie zagrażające sobie lub innym, osadzonych w sytuacji zagrożenia życia i chorych na gruźlicę lub syfilis. Ponadto przeciwko niektórych chorobom zakaźnym wprowadzono szczepienia obowiązkowe.

19 Zob. M. Szeroczyńska, *Przykładowe regulacje uzgodnienia płci metrykalnej osób transpłciowych w prawie obcym* [w] *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce – raport z badań i propozycje zmian,* red. W. Dynarski i K. Śmiszek, Warszawa 2013, s. 119-148. Omówiona tam została ewolucja prawodawstwa szwedzkiego, niemieckiego, brytyjskiego, nowozelandzkiego i argentyńskiego z odniesieniami porównawczymi do innych systemów. Zob. też J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci* , s. 126 przypis nr 317.

wolnej woli. Tymczasem urzędowe ustalenie jest czynnością prawną: konwencjonalną, a więc i odwracalną. W tym miejscu warto zauważyć, że jakkolwiek w pierwszej chwili wydawałoby się nieuzasadnione dokonywanie go najpierw w jedną, a potem w drugą stronę - w razie pomyłki przy diagnozie jest to jednak mniejsze zło.[20] Lepiej już dwukrotnie zmieniać płeć sądowo, niż skorygować ją chirurgicznie raz, ale pochopnie i nieodwracalnie.

Sprawy o uzgodnienie płci miałyby być rozstrzygane w trybie nieprocesowym, co znacząco upraszcza procedurę, ponieważ nie wymaga wskazania strony pozwanej. Wnioskodawca obowiązany byłby przedłożyć wydane nie wcześniej niż na dwanaście miesięcy przed złożeniem wniosku dwa orzeczenia od lekarzy z tytułem specjalisty w dziedzinie psychiatrii lub seksuologii lub specjalizacją II stopnia w dziedzinie psychiatrii. Alternatywnie - drugie obok lekarskiego orzeczenie może pochodzić od psychologa legitymującego się certyfikatem seksuologa klinicznego wydanym przez towarzystwo naukowe. Wymagane orzeczenia mają **stwierdzać występowanie tożsamości płciowej** (czyli **utrwalonego** i **intensywnego** poczucia) **odmiennej od płci wpisanej do aktu urodzenia** (art. 5 ust. 3 pkt 1).

Dotychczas obowiązuje sądowy tryb ustalania płci na zasadach ogólnych – czyli procesowy. Konieczność wskazania strony pozwanej jest wprawdzie z punktu widzenia analizy interesów wymuszona, ale w tym trybie postępowania formalnie nieodzowna. Przede wszystkim jednak stanowi dla obu stron upokorzenie i prowadzi do niepotrzebnego antagonizowania rodzin. W praktyce przeważyło bowiem i utrwaliło się zapatrywanie, że pozwanymi powinni być rodzice.[21] Interes prawny rodziców w zatamowaniu rozstrzygnięcia, że ich dziecko jest płci odmiennej, można uznać za co najmniej wątpliwy. Bardziej zrozumiały, ale i bardziej bolesny wydaje się udział ewentualnego współmałżonka i dzieci, którym uwzględnienie żądania zmieni dotychczasowe życie w sposób radykalny. Interes prawny wnioskodawcy jest jednak na tyle

20 Raport Holewińskiej-Łapińskiej odnotowuje jedną taką sprawę.

21 Zob. też A. Śledzińska-Simon, *Prawna sytuacja osób transpłciowych...,* s. 164 oraz tam przywołana opinia Rzecznika Praw Obywatelskich RPO-660929-I/LL/MO, s. 2.

zindywidualizowany oraz szczególny[22], że interesy prawne osób trzecich, nawet najbliższych, mają charakter jedynie pośredni i uboczny. W takich sprawach nie powinno być w ogóle pozwanych (co nie znaczy, że członkowie rodziny byliby wyłączeni z udziału w sprawie; sąd może to uznać w danej sprawie za konieczne). Dlatego na aprobatę zasługuje przyjęty finalnie tryb postępowania nieprocesowego.

Ze względu na stwierdzony terapeutyczny efekt urzędowego uzgodnienia płci,[23] należy zaplanować całą procedurę jako możliwie najmniej uciążliwą dla zainteresowanego, a jednocześnie gwarantującą ustalenie prawdy materialnej. Administracja nie jest przygotowana do mierzenia się z tak delikatną materią.[24] W pełni zrozumiałe jest wobec tego, przynajmniej na etapie początkowym, powierzenie owego odpowiedzialnego zadania sądownictwu. Sprawy o uzgodnienie płci są wysoce drażliwe i nacechowane obyczajowo; można je porównać do spraw rodzinnych, warto zatem stworzyć korpus sędziów, na wzór sędziów rodzinnych, wyspecjalizowanych w takich sprawach. Sprzyja temu powierzenie orzekania jednemu ośrodkowi właściwemu rzeczowo[25], który jednocześnie jako rozpoznający sprawy tylko jednego rodzaju zapewni odpowiednio szybkie dokonywanie rozstrzygnięć.

Ustawa zakreśla na wydanie orzeczenia termin trzymiesięczny (art. 6 ust. 1). Obowiązek dołączenia do wniosku dwóch orzeczeń lekarskich powoduje, że sąd ma już przygotowany materiał specjalistyczny i nie musi (ale może) poszukiwać opinii biegłych. Jednocześnie wiadomo, że w chwili obecnej długotrwałość postępowania w tym typie spraw jest faktem i daje się zakwalifikować jako szkodząca przewlekłość. W sprawie MM przeciwko Polsce[26] skarżąca podnosiła, że trwające prawie dwa lata postępowanie nie pozwalało jej w tym czasie ani

22 Zob. A. Śledzińska-Simon, *Prawna sytuacja osób transpłciowych w Polsce* [w] *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce – raport z badań i propozycje zmian,* red. W. Dynarski i K. Śmiszek, Warszawa 2013, s. 163

23 Imieliński i Dulko podkreślają to w swojej pracy bardzo wyraźnie i powołują się na liczne relacje swoich pacjentów. Zob. *Przekleństwo Androgyne*..., s. 240-242 i 246.

24 Fundacja *Transfuzja* systematycznie raportuje o licznych nieprzyjemnościach doświadczanych przez transseksualistów w urzędach, a nawet w placówkach medycznych.

25 Ma to być Sąd Okręgowy w Łodzi (art. 3 ust. 2 ustawy).

26 Skarga nr 37850/04. do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

na zmianę personaliów, ani na poddanie się adaptacji chirurgicznej. Z tego powodu doznała wielu cierpień, których przyczyną była wroga reakcja społeczeństwa na rozbieżność między wyglądem zewnętrznym a określeniem płci i imienia w dokumentach tożsamości oraz musiała porzucić studia pielęgniarskie, ponieważ brak zmienionych dokumentów uniemożliwił jej odbycie praktyki.[27] Wyrok ETPC ostatecznie nie zapadł,[28] więc kwestia przewlekłości postępowań pozostała nierozwiązana na poziomie wyrokowania. Można sobie tylko wyobrazić odraczanie sprawy z powodu powoływania kolejnych biegłych lub bezskutecznych wezwań na rozprawę członków rodziny powódki, ale może również z obawy przed stanowczym rozstrzygnięciem. Rozbieżność między płcią określoną przy urodzeniu a utrwalonym poczuciem nie może co do istoty podlegać badaniu sędziowskiemu, lecz powinna zostać ustalona przez lekarzy,[29] ponieważ wymaga specjalistycznej wiedzy fachowej. Ustawa pozwala sądowi na ograniczenie postępowania dowodowego do dowodu z załączonych do wniosku dokumentów i dowodu z przesłuchania wnioskodawcy (art. 6 ust. 2), co nie znaczy rzecz jasna, że sąd nie może powoływać dowodów z urzędu.

Powołanie biegłego sądowego leży w gestii sądu na zasadach ogólnych (art. 232 kpc). Wolno spodziewać się, że przynajmniej w początkowym okresie obowiązywania ustawy biegli w tego rodzaju sprawach byliby powoływani rutynowo: bądź ze starego przyzwyczajenia, bądź z ostrożności. Warto jednak zwrócić uwagę, że w sprawach o uzgodnienie płci sąd ma w istocie za zadanie sprawdzić tylko wiarygodność przedłożonych opinii fachowych oraz deklaracji pacjenta. Sprawy, o które chodzi, nie należą do szczególnie skomplikowanych, a tylko do wysoce drażliwych, zaś o istnieniu i charakterze zaburzenia wypowiadają się specjaliści. Z tego punktu widzenia duże wątpliwości budziłoby

27 A. Śledzińska-Simon, *Prawna sytuacja osób transpłciowych w Polsce,* s. 158-159, P. Pogodzińska, *Tożsamość płciowa w prawie międzynarodowym. Wybrane zagadnienia* [w] A. Śledzińska (red.), *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, Warszawa 2010, s. 152.

28 Sprawa została skreślona z listy postanowieniem z 4 stycznia 2008 r., ponieważ strona rządowa uznała naruszenie prawa do sądu i zaofiarowała zadośćuczynienie pieniężne wynoszące 15 000 zł.

29 Tego samego zdania jest A. Śledzińska-Simon, *Prawna sytuacja...,* s. 163.

wzywanie na posiedzenie osób trzecich w charakterze świadków i skrupulatne odbieranie zeznań od wszystkich członków rodziny.

Prawomocne postanowienie uzgadniające płeć miałoby tworzyć nowy stan prawny i wywierać skutek *ex nunc:* posłużyć za podstawę wydania nowego aktu urodzenia, zmiany numeru PESEL i wystawienia nowego dowodu osobistego oraz dawać podstawę do zmiany nazwiska (art. 10 ust. 1), natomiast o imieniu orzekałby wcześniej w postanowieniu uzgadniającym sąd, w granicach ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego.[30] Nowy akt urodzenia zastąpiłby dawny, jednak dawny nie podlegałby zniszczeniu, ponieważ sporządzenie nowego nie wpłynęłoby na istniejące stosunki prawne z osobami trzecimi, w szczególności z dziećmi biologicznymi (art. 10 ust. 2). Od tej pory wszystkie prawa i obowiązki zależne od przynależności do płci wynikałyby z płci określonej w postanowieniu (art 11). *Ustawa* przesądza w ten sposób spory wokół kwestii, czy uzgodnienie płci powinno wywierać skutek wsteczny, czy dopiero na przyszłość.[31] Z jednej strony wiadomo, że dysforia płciowa nie pojawiła się w dacie orzekania, tylko wcześniej i należy zakładać, że ma charakter wrodzony, więc z tego punktu widzenia płeć noworodka została określona błędnie. Z drugiej – wymaga wzięcia pod uwagę sytuacja prawna osób trzecich, które w dobrej wierze traktowały zainteresowanego jako osobę płci odmiennej: przede wszystkim ewentualnego współmałżonka i urodzonych ze związku dzieci. Inaczej wolno byłoby twierdzić, że małżeństwo jest nieważne z mocy prawa z wszystkimi konsekwencjami zarówno osobistymi jak

30 Tzn. wybrać imię niezależnie od obywatelstwa i narodowości rodziców oraz niewskazujące na płeć danej osoby, ale w powszechnym znaczeniu przypisane do danej płci (art. 59 ust. 2 asc - Ustawa z 28 listopada 2014 r., Dz.U. poz. 1741 ze zm.).

31 Spory na tym tle toczyły się w doktrynie, czego przykładem glosy do wyroków Sądu Najwyższego. Zob. J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 118/95*, OSP nr 4/1996, s. 192-194, M. Safjan, *Glosa do postanowienia z dnia 22 marca 1991 r. (III CRN 28/91)*, PS nr 2/1993, s. 78-90, J. Pisuliński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 37/89*, PiP nr 6/1991, s. 112, J. Leszczyński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów Izby Cywilnej z dnia 22 czerwca 1989 r. (III CZP 37/89),* Palestra *nr 3-4/1992, s. 97.,* M. Sośniak, *Glosa I do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 100/77*, OSPiKA nr 10/1983, s. 513, . J. Litwin, *Glosa do orzeczenia S. Woj. dla m.st. Warszawy z 24 września 1964, II Cr 515/64*, PiP nr 10/1965, s. 602 jak równie *A. Zielonacki, Zmiana płci w świetle prawa polskiego,* Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny z. 2/1988, *s. 39-55* oraz tegoż *Zasada prawdziwości wpisów do aktów stanu cywilnego* [w:] *Rodzina w świetle prawa i polityki społecznej*, red. T. Smyczyński, Poznań 1990, s. 48.,

majątkowymi. Przyjęte rozwiązanie godziłoby te kolizje. Biorąc pod uwagę indywidualne poczucie osoby zainteresowanej oraz diagnozę kliniczną, zgodne z prawdą materialną byłoby przyjęcie, iż już urodziła się jako osoba płci odmiennej, tylko w początkowym okresie życia nie było tego jak stwierdzić. W sensie materialnym urzędowa zmiana ma charakter sprostowania błędu, jednakże decydujące zdarzenia ujawniły się już po sporządzeniu aktu urodzenia. Ustalenia płci dokonano błędnie, ale sam błąd został wykryty później. Obecne brzmienie art. 35 ust. 1 Prawa o aktach stanu cywilnego jako podstawę sprostowania wskazuje stwierdzenie zdarzenia wcześniejszego w aktach zbiorowych rejestracji stanu cywilnego lub w innych aktach stanu cywilnego.[32] Nie rozstrzyga to wprost o skutkach urzędowej zmiany płci, jednak ze skutkiem *ex tunc* sugeruje możliwość powołania się tylko na zdarzenia uprzednie, zaś wyrok sądowy ma charakter następczy, tak samo jak dokonanie medycznych ustaleń.

W warunkach braku ustawowej regulacji kwestii uzgodnienia płci jedyną drogą pozostaje nie sprostowanie aktu stanu cywilnego, lecz wypraktykowane w orzecznictwie powództwo o ustalenie (art. 189 kpc) i naniesienie wzmianki dodatkowej. Zdaniem J. Ostojskiej jest to jednak proteza prawna, która opiera się na sztucznym założeniu sprzecznym z ludzką naturą, bo prowadzi do przyjęcia, iż „płeć osoby transseksualnej jest podzielna w czasie, tj. iż osoba ta jest w momencie sporządzenia aktu urodzenia przedstawicielem płci swych zewnętrznych narządów płciowych, a dopiero później (choć nie wiadomo kiedy) staje się przedstawicielem płci przeciwnej."[33] Wszystko zależy jednak moim zdaniem od tego, które zdarzenie uznamy za prawnie doniosłe: przynależność do płci według poczucia (istniejąca już w chwili urodzenia, ale niestwierdzalna), później ujawnione poczucie, czy medyczne ustalenia potwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu. Ze

32 **Art. 35.** 1. Akt stanu cywilnego, który zawiera dane niezgodne z danymi zawartymi w aktach zbiorowych rejestracji stanu cywilnego lub z innymi aktami stanu cywilnego, o ile stwierdzają one zdarzenie wcześniejsze i dotyczą tej samej osoby lub jej wstępnych, albo z zagranicznymi dokumentami stanu cywilnego, podlega sprostowaniu przez kierownika urzędu stanu cywilnego, który go sporządził.

33 J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 168-169.

względu na pewność obrotu prawnego i ochronę dobrej wiary osób trzecich opowiadam się za tym trzecim rozwiązaniem, z zastrzeżeniem wprowadzenia prowizorycznych i tymczasowych rozwiązań umożliwiających społeczne funkcjonowanie transseksualnym dzieciom.

Postanowienie ustalające płeć wraz z odpisem nowego aktu urodzenia miały stanowić podstawę niezwłocznego sporządzenia i wydania dokumentów potwierdzających kwalifikacje, wykształcenie, staż pracy oraz stan zdrowia. Dotyczy to również orzeczeń wydanych z poprzednim stanie prawnym (art. 13 ust. 1 i 2). Przepis nie przesądza, aby odbywało się to bezpłatnie, z czego wynika, że stosowne opłaty (np. za dyplom ukończenia studiów) należałoby uiścić ponownie.

Transseksualizm a stosunki rodzinne

Stosownie do art. 5 ust. 1 *in medio* Ustawy, o uzgodnienie płci może wnosić tylko osoba nie pozostająca w związku małżeńskim, z czego wynika, iż stan małżeński stanowi według ustawodawcy przeszkodę nie do przezwyciężenia, a dla wnioskodawcy jest sygnałem, że aby uregulować stan osobisty, trzeba najpierw „uporządkować" sytuację prawnorodzinną. Jest to unormowanie zbieżne z wypracowanym przez sądy dotychczasowym modelem postępowania, który wymagał od powoda w sprawie o uzgodnienie płci uprzedniego rozwodu, a powództwa transseksualistów związanych małżeństwem były oddalane.[34]

Na gruncie polskim podnoszono w doktrynie kwestię posiadanej przez transseksualistę „tradycyjnej" rodziny - jako przeszkodę dowodową co do trwałości identyfikacji z płcią odmienną.[35] Założenie przez transseksualistę rodziny niekoniecznie jednak musi świadczyć o chwiejności; już raczej o sile presji obyczajowej i nie ma nic wspólnego z trwałością w poczuciu przynależności. Rzeczą lekarzy jest prawidłowo zdiagnozować zaburzenie, a zachowywanie pozorów obyczajowych o niczym nie przesądza. Poziom oświecenia publicznego w sprawie transseksualizmu jest boleśnie niski, a dodatkową

34 Za J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 134.

35 M. Safjan, *Glosa* do postanowienia Sądu Najwyższego z 22 marca 1991 r., III CRN 28/91, Przegląd Sądowy nr 5-6/1991 s. 118.

komplikację powoduje powszechna stygmatyzacja homoseksualistów, z którymi transseksualiści są nagminnie myleni. Ponadto wciąż jeszcze transseksualiści padają ofiarami godnej pożałowania „terapii behawioralnej", doradzanej nie tylko przez niewykształconych krewnych.

Można tylko podnosić uzasadnione wątpliwości, czy transseksualista po uzgodnieniu płci świadomie planujący rodzicielstwo biologiczne wykazuje rzeczywiście trwałe poczucie przynależności do płci odmiennej.[36] Z powodu komplikacji co do praw stanu przyszłego dziecka lepiej, by takich projektów poniechał. Z drugiej strony trzeba jednak pamiętać o nieprzecenialnej, uwarunkowanej biologicznie potrzebie posiadania dzieci, która w konkretnym przypadku może zyskać przewagę. Potrzeba ta jest niezależna od płci i podlega ochronie wynikającej z praw człowieka oraz Konstytucji, a siłą rzeczy może zostać zaspokojona tylko z wykorzystaniem gamet właściwych płci genitalnej. Trudności natury urzędowej – w której rubryce aktu urodzenia dziecka wpisać dane rodzica – nie powinny mieć znaczenia decydującego dla płci jako stanu osobistego oraz elementu tożsamości..

Ustawa rozwiązuje problem związku formalnego metodą radykalnego cięcia, którego wysokie koszty osobiste musi ponieść nie tylko osoba ubiegająca się o uzgodnienie płci, ale również współmałżonek i dzieci. Biorąc pod uwagę notoryjny fakt, że w naszym prawie małżeństwo może zostać zawarte tylko między jedną kobietą a jednym mężczyzną, po uzgodnieniu płci jednego z małżonków związek osób tej samej płci metrykalnej nie może się utrzymać. Przeprowadzenie rozwodu zajmuje dodatkowy czas, ale przynajmniej ucina spekulacje co do wpływu wcześniejszego związku na trwałość poczucia przynależności do płci odmiennej. Można było jednakże uregulować kwestie małżeńskie w sposób, by tak powiedzieć, „miękki" - statuując w sposób wyraźny ustanie małżeństwa z mocy prawa lub ze skutkami jak przy rozwodzie bez orzekania o winie bądź przekształcając je w związek partnerski,[37] żeby niepotrzebnie nie antagonizować małżonków.

36 J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 222.

37 Prawna regulacja związków partnerskich wciąż czeka na rozwiązanie, ale bez większych szans powodzenia, zważywszy na pryncypialny opór wielu środowisk.

W obecnym kształcie ustawy zostają oni zmuszeni do uprzedniego formalnego rozstania.

Jak wynika z obserwacji społecznych, rozwód stanowi przeżycie traumatyczne, nie ma więc powodu zmuszać do czegoś tak bolesnego, gdy te same skutki prawne da się osiągnąć także inną drogą. Z praktyki wiadomo, że rozwód transseksualisty wiąże się najczęściej z orzeczeniem jego winy w rozkładzie pożycia. Zdarzają się sytuacje, gdy współmałżonek mnoży trudności: odmawia zgody na rozwód albo uzależnia ją od przyznania mu opieki nad dzieckiem, zasądzenia odpowiednich alimentów, a nawet od określonego podziału majątku wspólnego.[38] Nie ma rady, gdy tego rodzaju „piekło rozwodowe" staje się udziałem skłóconej pary heteroseksualnej, ale nie ma też powodu, by narażać na nie osoby, których błąd życiowy miał u podłoża wrodzoną poważną dysforię, za którą przecież żadnej winy nie ponoszą. Rozczarowany małżonek zyskuje zaś w ten sposób instrumenty tamujące ustalenie stanu osobistego osoby trzeciej, na co nie powinien mieć wpływu ze względu na indywidualny, skrajnie wręcz intymny charakter dobra, o które chodzi.

Ponadto, jak wiadomo, rozwód nie zostanie orzeczony, gdy miałoby na tym ucierpieć dobro małoletnich dzieci. W ten sposób dobro potomstwa zostaje pośrednio zaangażowane w rozstrzygnięcie o uzgodnieniu płci rodzica. Odmowa rozwodu nie zmieni jednak tożsamości płciowej ani zachowań głównego zainteresowanego, który formalnie tylko pozostanie osobą niechcianej płci. Zamiast złagodzenia problemu może go to tylko zaostrzyć, bo narzuca rodzicowi poświęcenie, które w tym przypadku jest nieproporcjonalne – rezygnację z uregulowania własnego stanu osobistego zgodnie z tożsamością płciową. Wszystkiego tego dałoby się uniknąć przez rozwiązanie małżeństwa *ex lege*.

Podniesione wątpliwości znalazły zupełnie nieoczekiwane odbicie w wyroku Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r. (sygn. I CSK 146/13), słusznie skomentowanym jako sytuacja kuriozalna.[39] Prawomocnie

38 jw. s. 135.

39 A. Śledzińska-Simon, *Prawna sytuacja...* s. 166. Podana tam sygnatura II C 720/10 odnosi się do wydanego uprzednio w tej samej sprawie wyroku zaocznego wydanego przez Sąd Okręgowy 18 maja 2011 r.

zakończone postępowanie ustalające płeć prawidłowo zdiagnozowanego transseksualisty jako żeńską, zostało wznowione i rozstrzygnięte w kierunku przeciwnym, oznaczającym przymusowy powrót zainteresowanej do płci męskiej i to pomimo, iż zdążyła wcześniej poddać się chirurgicznej korekcie genitaliów na żeńskie. W pierwszym procesie powódka skłamała biegłemu, iż jest stanu wolnego i nie ma dzieci. Urzędowa zmiana płci na żeńską sprawiła, że dotychczasowe małżeństwo okazało się związkiem dwóch kobiet.[40] Urząd stanu cywilnego, do którego został przesłany wyrok sądu celem naniesienia wzmianki dodatkowej do aktu urodzenia, uruchomił procedury mające na celu usunięcie konstytucyjnej i prawnorodzinnej sprzeczności, przy czym rozważano bądź powództwo o ustalenie nieistnienia małżeństwa, bądź wystąpienie do prokuratury o wznowienie postępowania w sprawie uzgodnienia płci. Zdecydowano się na to drugie.[41] W rezultacie ważność małżeństwa ocalała kosztem uznania kobiety z powrotem za mężczyznę. Prawomocny wyrok ustalający płeć został zaskarżony z podaniem jako podstawy wznowienia, iż w procesie nie byli reprezentowani żona i dzieci strony. Nigdy przedtem argument taki nie padał, ale został podchwycony przez Sąd Okręgowy oraz utrzymany w apelacji i następnie przez oddalający kasację Sąd Najwyższy. We wznowionym postępowaniu Sąd Okręgowy wezwał do udziału w sprawie jako pozwanych żonę oraz małoletnie dzieci[42] W interes prawny współmałżonka Sąd Najwyższy wwikłał poczucie godności, dla którego „może nie być obojętne, czy tworzył związek z osobą tej samej, czy przeciwnej płci" (s. 17). Użycie trybu przypuszczającego sugeruje jednak, że w konkretnej sprawie nie zostało to ustalone, więc w tej części uzasadnienie sprowadza się do stawiania hipotez na wyrost. Gdy zaś chodzi o interesy dziecka, Sąd trafnie wskazał, że przynależność rodzica do innej

40 Zob. do tego wyroku glosa M. Szeroczyńskiej *Dzieci powstaną przeciw rodzicom*, Prawa człowieka w orzecznictwie sądów polskich (projekt Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego), dodane 29.IV.2013, http://prawaczlowieka.edu.pl/index.php? dok=301377d6f91551c76bdeceb505896fd2d31b918e-d3

41 *Ibidem*.

42 W tym miejscu opublikowane na oficjalnej stronie internetowej Sądu uzasadnienie ma zaznaczone wypuszczenie, więc nie wiadomo, z jakim skutkiem.

płci niż na to wskazuje wypełniana wobec dziecka rola społeczna ma znaczenie o tyle, o ile będzie ono gotowe „do znalezienia się w takiej sytuacji" (s. 18) i uznał (znowu raczej abstrakcyjnie), że ten czynnik należy uwzględnić przy orzekaniu o ustaleniu płci rodzica. Powodowi/powódce Sąd wytknął, że swoich własnych oczekiwań co do rozstrzygnięcia „nie próbował nawet powiązać i objaśnić w kontekście praw i wolności jego żony i dzieci" (s. 18). Dalsze wywody Sądu pozwalają dowiedzieć się, iż pozwani żona i dzieci nie wypowiedzieli się co do twierdzeń powoda o faktach (s. 18), ale nie można ich automatycznie uznać za przyznane, bo podstawą takiego wnioskowania muszą być „wyniki całej rozprawy". Tym niemniej ich udział w sprawie na zasadzie współuczestnictwa koniecznego Sąd przyjął jako wynikający z istoty określonego stosunku prawnego. „Istota więzi prawnych między transseksualistą występującym o ustalenie przynależności do płci, a jego małżonkiem i dziećmi decyduje nie tylko o koniecznym charakterze współuczestnictwa między tymi osobami (art. 72 § 2 kpc), ale i o jego kwalifikowanej, jednolitej postaci (art. 73 kpc)." (s. 19) Przedostatni akapit wyroku SN jest natomiast wysoce enigmatyczny: *„Po wznowieniu postępowania w sprawie o ustalenie przynależności do płci, w związku z pozbawieniem możliwości działania w nim osoby pozostającej z powodem w związku małżeńskim i jego dzieci oraz w związku z ujawnieniem się takich środków dowodowych, dotyczących relacji rodzinnych powoda, które istniały poprzednio, a które nie zostały ujawnione w toku postępowania, zadaniem powoda, zgodnie z regułami ustalonymi w art. 6 kc, było wykazanie, że spełnione są przesłanki dopuszczające możliwość uwzględnienia jego powództwa. Powód tym obowiązkom procesowym nie sprostał. Słusznie zatem doszło do oddalenia powództwa w tej sprawie".* (s. 20)

Co interesujące, w uzasadnieniu Sąd parokrotnie wypomina stronie kłamstwo w sprawie stanu małżeńskiego i spłodzenia dzieci, natomiast ani razu nie odnosi się do wykonanej już operacji korekcyjnej. Jak zatem osoba o kobiecych znamionach ciała ma pełnić role społeczne męża i ojca – nie zostało wyjaśnione, zaś fakt korekty chirurgicznej najwyraźniej nie wystarczył jako przekonujący dowód w sprawie. Sąd

wprawdzie cytuje podnoszony przez stronę argument ze skargi kasacyjnej, iż „co najmniej od kilku lat jest kobietą", ale wytyka, iż powód w toku postępowania „nie objaśnił, na czym oparte jest to twierdzenie" (s. 14). Jest to sprzeczne z powołanymi na str. 2 ustaleniami Sądu Okręgowego: „Podał, że urodził się jako osoba płci męskiej, ale od dzieciństwa identyfikował się z płcią żeńską. Na podstawie opinii biegłego z zakresu seksuologii Sąd wyjaśnił, że powód ma wrodzone zaburzenie identyfikacji i roli płciowej pod postacią transseksualizmu typu mężczyzna – kobieta. Zaburzenie to przejawia się w rozbieżności pomiędzy poczuciem psychicznym płci a budową biologiczną ciała i płcią metrykalną; ma ono charakter nieodwracalny. Powód stara się wyglądać i zachowywać jak kobieta, a (…) w 2008 r. Tajlandii poddał się operacji rekonstrukcji zewnętrznych narządów płciowych na kobiece."

Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że konkluzjom Sądu przyświecały szeroko przytaczane swego czasu przez media poglądy pewnej posłanki, wywrzaskiwane pod adresem pooperacyjnej transseksualistki, iż „To nie jest tak, że jak się człowiek nażre hormonów i sobie operację zrobi, to się staje kobietą."

W tych okolicznościach ważniejsze okazało się najwyraźniej ukrócenie „samowoli zabiegowej" i utrzymanie ważności związku małżeńskiego niż prawo człowieka: Sąd przywołał orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie regulowania prawa małżeńskiego wyłącznie przez narodowych prawodawców, natomiast pominął milczeniem międzynarodowe standardy i orzecznictwo tego samego Trybunału w sprawie tożsamości płciowej i jej ochrony.[43] Przyjął jednocześnie w sposób arbitralny, że transseksualizm ani nie uzasadnia nieistnienia małżeństwa, ani nie pozwala na jego unieważnienie (s. 17) i w aktualnym stanie prawnym pozwala tylko na rozwód. W dodatku zdaniem Sądu *„ W obecnym stanie prawnym powód jako osoba pozostająca w związku małżeńskim, nie może skutecznie domagać się ochrony prawnej swoich dóbr osobistych na podstawie art. 189 kpc poprzez*

43 Zob. zestawienie A. Śledzińskiej-Simon, *Międzynarodowe standardy ochrony praw osób transpłciowych*, [w] *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce – raport z badań i propozycje zmian,* red. W. Dynarski i K. Śmiszek, Warszawa 2013, s. 75-118

ustalenie jego przynależności do płci żeńskiej." Sąd nie wziął jednak pod uwagę rozważanej w doktrynie możliwości ustania małżeństwa *ex lege*. Skoro wyrok zmieniający płeć wywiera skutek *ex nunc*, to znaczy, że ważnie zawarte małżeństwo osób różnej płci stało się związkiem jednopłciowym i jako taki nie spełnia wymagania podstawowego z art. 18 Konstytucji – związku kobiety i mężczyzny - co trafnie zauważyła J. Ostojska.[44] Można spierać się o kwestie terminologiczne, ale po uprawomocnieniu się wyroku o ustaleniu płci takie małżeństwo przestaje spełniać podstawową przesłankę konstytucyjną, więc nie może trwać.[45] Nie zmienia tego fakt, iż taka przesłanka ustania małżeństwa nie została wymieniona w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, bo nie jest spełniony warunek konieczny wynikający wprost z Konstytucji.[46]

Wchodząc w taki związek transseksualista zaprzecza swojej właściwej przynależności płciowej, co jednak nie oznacza, że zasługuje na swoiste ukaranie zatamowaniem drogi do korekty płci. Uniemożliwienie korekty płci pozwoliłoby utrzymać formalny związek, ale z prawnomedycznego punktu widzenia – prowadzi do powstania fikcji małżeństwa lub jak kto woli – do usankcjonowania związku homoseksualnego. Uchylenie zaś wyroku wydanego już po chirurgicznej korekcie (nie ma przecież chyba znaczenia, że wykonanej w Tajlandii, która w potocznym mniemaniu funkcjonuje jako „gniazdo rozpusty"...) nie spowoduje, że kobieta stanie się mężczyzną, zwłaszcza że udowodniła już trwałość swego poczucia przez poddanie się wysoce inwazyjnej operacji, polegającej na amputacji penisa, jąder i najądrzy, a zamiast tego wykonania pochwy oraz łechtaczki.

Sytuacja prawna dzieci urodzonych w takich związkach oraz współmałżonków jest kłopotliwa i skomplikowana. Interes współmałżonka

---

44 W doktrynie problem jest analizowany dużo bardziej szczegółowo, z odwołaniem się do momentu decydującego o ocenie przesłanki rozdzielności płci. Zob. J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci* i piśmiennictwo powołane na s.. 215-217. Autorka jednak przekonująco sprowadza pytanie o ważność małżeństwa transseksualisty po uzgodnieniu płci do kwestii zasadniczej.

45 s. 218.

46 Konstytucja nie rozróżnia, w którym momencie wymagana jest rozdzielność płci. Małżeństwo wg Konstytucji ma być związkiem kobiety i mężczyzny, nie ma zatem moim zdaniem podstawy do doktrynalnych rozróżnień, czy może, jak zdaje się sugerować brzmienie art. 1 kro, chodziło tylko o chwilę zawarcia, a nie cały czas trwania.

i dzieci w utrzymaniu prawnego *status quo* stoi w sprzeczności z interesem prawnym osoby transseksualnej. W przypadku małżonka kolizja interesów ma jednak charakter powierzchowny, natomiast w przypadku dziecka da się usunąć inaczej – przez zobowiązanie jednego rodzica do określonych zachowań, a drugiego – do niekomentowania stanu tamtego. Heteroseksualny małżonek zyskuje jedynie formalne utrzymanie małżeństwa w faktycznym rozkładzie, ale ze skutkami majątkowymi i zachowaniem pozorów obyczajowych. W najlepszym interesie dziecka pozostaje posiadanie troskliwych i kochających obojga rodziców w tych rolach społecznych, do których przywykło od małego i które mieszczą się w jego zdolności pojmowania. Tyle, że jest to interes faktyczny, a nie prawny[47], którego zaspokojenie odbywa się na płaszczyźnie behawioralnej i może być wsparte odpowiednimi zarządzeniami sądu opiekuńczego. Efektu takiego nie da się osiągnąć ani przymusowym utrzymywaniem związku małżeńskiego, ani odmową urzędowej zmiany płci. Przykładu na takie podejście dostarcza pośrednio wyrok ETPC w sprawie *P.V. przeciwko Hiszpanii*.[48] Transseksualny ojciec skarżył tam ograniczenie kontaktów z dzieckiem, ale przegrał, ponieważ ograniczenie zostało nałożone w trosce o prawidłowy rozwój psychiczny dziecka i obawie przed ryzykiem spustoszenia emocjonalnego, a nie z powodu transseksualizmu ojca.[49]

W orzecznictwie polskim bywały niejednokrotnie przywoływane standardy stosowane przez ówczesny Zakład Seksuologii i Patologii Więzi Międzyludzkich CMKP w Warszawie, rekomendujące przesunięcie wdrożenia programu leczniczego i rehabilitacyjnego dla posiadających dzieci pacjentów transseksualnych na okres, gdy dziecko liczy od dwunastu do piętnastu lat – zależnie od osiągniętej przez nie dojrzałości psychicznej[50]. Dobro dziecka jest więc dostrzegane i szanowane przez terapeutów, którzy doradzają również objęcie dziecka fachową

47 Jak słusznie zwróciła uwagę M. Szeroczyńska w swojej glosie.

48 Skarga nr 35159/09; wyrok z 30 listopada 2010 r: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/ pages/search.aspx?i=001-101943

49 Za J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 237.

50 Zob. E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci*, s.109-110.

opieką psychologiczną (współmałżonka także, ale o tym decyduje tylko on sam). Równie dobrze jednak wiążące rodziców zarządzenie w tej sprawie może wydać sąd w oparciu o art. 109 kro i nadzorować jego wykonywanie, a rodzicowi nakazać wobec dziecka utrzymywanie się w dotychczasowej roli społecznej i niemanifestowanie odmiennej tożsamości płciowej.

Przykładu na takie rozwiązanie problemu dostarcza stan faktyczny sprawy rozstrzygniętej decyzją Europejskiej Komisji Praw Człowieka: *L.F. przeciwko Irlandii.*[51] Para małżeńska była w separacji. Transseksualny ojciec podjął stosowne leczenie i w związku z tym rodzice zawarli przed sądem porozumienie, że nie będą informować o tym dzieci, liczących jedno dwanaście, a drugie czternaście lat, zaś ojciec ma podczas odwiedzin zachowywać się jak dawniej. Ten jednak nie wytrzymał i przybył w odwiedziny ubrany po kobiecemu. Wtedy matka chcąc nie chcąc powiedziała dzieciom prawdę. Dzieci przyjęły to źle: jedno rozpłakało się, a drugie zareagowało agresją. Sytuację pogorszył jeszcze list ojca opisujący szczegóły przeobrażenia. Dzieci przyjęły go histerycznie i oświadczyły, że nie chcą ojca więcej widzieć. Wówczas matka wniosła do sądu o zakazanie ojcu kontaktów z dziećmi, co ojciec następnie zaskarżył, ale przegrał, Komisja uznała bowiem, że orzeczenia sądów krajowych były zgodne z prawem i podyktowane uzasadnionym interesem dzieci.[52]

Jak widać zatem, w imię dobra dzieci nie jest konieczne ani zakazywanie rodzicowi uzgodnienia płci[53], ani nakazywanie rozwodu. W drugiej z przywołanych spraw ojciec popełnił błąd, na który nie miały żadnego wpływu rozstrzygnięcia urzędowe: pospieszył się z ujawnieniem i zlekceważył konieczność uprzedniego przygotowania dzieci na szo-

---

51 Skarga nr 28154/95; decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 2 lipca 1997 r, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-3757

52 Za J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 237.

53 Odmiennie J. Ostojska, która uważa, że „sąd orzekający w przedmiocie zmiany oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualisty powinien mieć na względzie ochronę dóbr osobistych jego dzieci. Nie sposób bowiem nie dopuszczać możliwości wystąpienia sytuacji, w których ich dobro – rozumiane przez pryzmat prawidłowego rozwoju psychicznego i spokoju emocjonalnego – będzie stanowić przeszkodę do dokonania zmiany płci prawnej przez transseksualnego rodzica. Okoliczności te winny być oceniane *ad casum*": *Sądowa zmiana płci*, s. 236-237.

kującą sytuację. Tak samo mógł zachować się po rozwodzie i bez terapii adaptacyjnej. O transseksualistach wiadomo, że niezależnie od korekt chirurgicznych czują się, zachowują i niekiedy ubierają jak osoby płci odmiennej. Urzędowa zmiana może ich do tego tylko dodatkowo zachęcać i ośmielać, ale bez niej i tak dążą do upodobnienia do płci odczuwanej. Właściwą sankcją za uchybienia w kontaktach z dzieckiem powinno być ograniczenie bądź zakaz kontaktów i to niezależnie, czy został orzeczony rozwód, separacja, czy fikcyjne małżeństwo jeszcze trwa. W sferze obyczajowej powszechnie wiadomo, czego nie należy robić przy dziecku. Gdy w rodzinie występuje transseksualizm rodzica, trzeba też ustanowić odpowiednie reguły - z uwzględnieniem włączenia we właściwym okresie życia przygotowania edukacyjnego dziecka - i konsekwentnie pilnować ich przestrzegania.

W razie stawiania uzgodnieniu płci urzędowych przeszkód rodzic zostanie skazany na nieznośne, jak wiadomo z badań nad transseksualistami, cierpienie, wywołane przymusem pozostania w dotychczasowym stanie. Nie wolno lekceważyć udokumentowanej wiedzy, że stan ów popycha do samobójstw i samookaleczeń, a pacjenci deklarują niebywały wprost „ból istnienia". Przymusowe utrzymywanie ich w takiej kondycji można bez ryzyka przesady przyrównać do tortury, a od nikogo nie wolno żądać, by znosił tortury, nawet ze względu na dobra osób trzecich. Kolizja dóbr powinna zostać rozstrzygnięta na korzyść tego, czyja większa krzywda, a w każdym przypadku osobą tą jest transseksualista. Wywieranie urzędowego przymusu da się z tego punktu widzenia zakwalifikować jako traktowanie nieludzkie (przez co sprzeczne z Konwencją o Prawach Człowieka) i do tego właśnie sprowadza się omówiony wcześniej wyrok Sąd Najwyższego z 6 grudnia 2013 r.

Konflikt dóbr może przybrać dramatyczną postać i prowadzić do tragicznych następstw, jak opisywane w prasie samobójstwo szesnastolatka, który nie mógł pogodzić się z faktem, że transseksualny ojciec zamienił spodnie na sukienkę i chciał, by mówić do siebie „mamo". Z relacji dziennikarskiej wynika, że sąd opiekuńczy konsekwentnie podtrzymywał zawieszenie kontaktów ojca z dzieckiem, przypuszczalnie z tego właśnie powodu. Rozwiedziony ojciec pisał dramatyczne

listy, które nie były doręczane i w których wciąż domagał się uznania go za „drugą mamę", zaś gwałtowną zmianą *emploi* wystraszył kilkuletniego wówczas syna w dniu pierwszej komunii. Dysonans poznawczy i odrzucenie utrzymały się u chłopca do końca. Środowisko szkolne skwapliwie, choć zapewne w dobrej wierze, nabrało wody w usta - zgodnie z popularną życiową maksymą, że w domu powieszonego nie mówi się o stryczku. „Wszyscy wiedzieli", że chłopiec ma „zboczonego ojca", ale w imię źle pojętej delikatności temat transseksualizmu został celowo pominięty na lekcjach wychowania do życia w rodzinie w tej klasie, do której chłopiec chodził.[54] Wszyscy, na czele z ojcem, popełnili taką serię błędów, że przykład można by umieścić w podręczniku dydaktyki ogólnej (w rozdziale „Przyczyny niepowodzeń pedagogicznych"). Mocno wątpliwe, czy w tych okolicznościach utrzymanie małżeństwa i brak urzędowej zmiany płci cokolwiek by zmieniły.

Uchwaloną i zawetowaną regulację uzgodnienia płci, która wymaga wcześniejszego rozwiązania małżeństwa, oceniam jako niesprawiedliwą, ale przynajmniej jasną, spójną i konsekwentną, czego nie można powiedzieć o dotychczasowej praktyce orzekania.

Niemniej główne zadanie ustawodawcy należy upatrywać w takim unormowaniu, które sprawi, iż owe „małżeństwa przez pomyłkę" nie będą w ogóle zawierane - ażeby konieczne ze względów humanitarnych zmiany w prawie pociągnęły za sobą zmiany w mentalności i ośmielały zainteresowanych do możliwie szybkiego uregulowania swego stanu osobistego oraz cywilnego w zgodzie z tożsamością płciową.

Jak wiadomo jednak, dzieci rodzą się również poza małżeństwem. Wcześniej była mowa o transseksualistach rozdartych między dwoma pragnieniami: uzgodnienia płci i posiadania biologicznych dzieci. Jeżeli uzgodnienie płci nastąpiło wcześniej, powstaje problem, niczym kwadratura koła: jak w naszym systemie prawnym ująć takie rodzicielstwo w akcie urodzenia dziecka. Wbrew pozorom problem nie ma charakteru czysto akademickiego, ponieważ ponad rok temu przyszła na świat córka zgwałconego transseksualisty. Jeśli informacje prasowe

54 Zob. E. Turlej, *Ćwiczenia z rodziną*, POLITYKA nr 13 (25.III.-30.III.)/2015, s. 29-30.

zachowały aktualność,[55] dziecko do tej pory nie ma wystawionego aktu urodzenia, co oznacza, że rodzic nie może go reprezentować w żadnej sprawie z zakresu władzy rodzicielskiej: ani zameldować w mieszkaniu, ani zapisać do żłobka, ani wyrażać zgody na czynności medyczne. Samo dziecko nie ma numeru PESEL, więc z punktu widzenia ewidencji ludności praktycznie nie istnieje. Pod względem prawnym rodziciel jest mężczyzną, ale fakt urodzenia przezeń dziecka wskazuje, że powinien figurować jako matka,[56] tyle że personalia ma rzecz jasna męskie. Wydaje się, że nasze ustawodawstwo najzwyczajniej w świecie nie przewiduje tak niezwykłej sytuacji. Kryterium biologiczne – fakt urodzenia – przemawia bowiem za uznaniem mężczyzny za matkę, ale męskie personalia będą w tym miejscu wyglądać absurdalnie i narażać dziecko na upokorzenie. J. Ostojska postuluje, aby w tego rodzaju sytuacjach przywracać rodzicowi dawną płeć prawną[57]. Moim zdaniem byłoby to jednak zbyt krzywdzące, zwłaszcza gdy transseksualista padł ofiarą przestępstwa, a ponadto jako mężczyzna jest przygotowany do roli społecznej ojca, nie zaś matki. W dodatku takie rozwiązanie pozbawiłoby go możliwości zawarcia małżeństwa zgodnie z potrzebami emocjonalnymi i duchowymi, bo przecież jako - pod względem psychicznym mężczyzna heteroseksualny - nie poślubi drugiego mężczyzny.

Nie istnieją żadne prawne ani moralne względy nakazujące mu rezygnację ze stwierdzonego już i udokumentowanego urzędowo uzgodnienia płci. Oczekiwanie, aby powrócił do niechcianej i sprzecznej z poczuciem psychicznym płci „z wejrzenia" należałoby zakwalifikować jako niehumanitarne, skoro z transseksualizmem wiąże się ogromne cierpienie. Rodzic powinien pozostać mężczyzną, a więc być dla dziecka ojcem. Jako wyposażony w macicę został wprawdzie zapłodniony i urodził, ale to nie powinno go cofać do sprzecznej z poczuciem psychicznym roli macierzyńskiej.

Tylko *prima facie* absurdalny może wydawać się pomysł, na który wpadła jedna z urzędniczek, aby rodziciela wpisać w obu rubrykach:

55 Zob. A. Sowa, *Córka dwóch ojców*, POLITYKA nr 26 (24.VI.-30.VI.)/ 2015, s. 36-37

56 Zgodnie z art. 61^9 kro matką dziecka jest kobieta, która je urodziła.

57 J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 243

raz pod nazwiskiem obecnym, a raz pod poprzednim. *De facto* jest to bowiem zgodne z prawdą materialną: urodził jak matka, ale opiekować się będzie jako ojciec. Potrzebna jest w tym momencie twórcza wykładnia przepisów, które nie nadążają za rzeczywistością. Prawo o aktach stanu cywilnego pozwala osobie zgłaszającej urodzenie dziecka o nieustalonym ojcostwie podać do aktu urodzenia tzw. dane przesłaniające: dowolne imię męskie, do którego z mocy ustawy zostanie dodane nazwisko matki (art. 61 § 2 asc). Cel jest oczywisty: ochrona dziecka przed upokorzeniami za cenę fikcji w majestacie prawa. Ten sam cel może zostać zrealizowany proponowaną tutaj metodą: jedno z rodziców jest fikcyjne, a drugiemu – istniejącemu i ponad wszelką wątpliwość biologicznemu, przysługuje władza rodzicielska. Dane przesłaniające nie tamują drogi do ustalenia prawdy materialnej zgodnie z prawami konwencyjnymi dziecka; mają za zadanie jedynie uporządkować sprawę pochodzenia na poziomie biurokratycznym. Tylko gwałcicielowi może być trudno przeprowadzić uznanie córki, ale to raczej mała strata.

Sens regulacji zostanie zachowany, rodzicielstwo jest zgodne z rzeczywistością, tylko inaczej konfigurują się fikcyjne dane przesłaniające. Dziecko musi mieć uregulowaną sytuację prawną: nie jest ani sierotą, ani podrzutkiem, więc wszelkie analogie w tym kierunku byłyby chybione. Z kolei rodzic ma prawo do rodzicielstwa, które w chwili obecnej jest rażąco naruszane, podobnie jak prawo dziecka. Po to są jednak analogie, żeby posługiwać się nimi właśnie w takich sytuacjach.

Główne zadanie prawa o aktach stanu cywilnego nietrudno dostrzec: jest nim urzędowe rejestrowanie praw stanu zgodnie z rzeczywistością. W sprawie, o którą chodzi, rzeczywistość jest niewątpliwa: wiadomo, kto urodził dziecko i dlatego powinien niezwłocznie zostać wpisany do aktu urodzenia. Właściwa rubryka stanowi sprawę dalszoplanową. Brak adekwatnego formularza nie może tamować rejestracji praw stanu, których zgodność z rzeczywistością nie ulega wątpliwości. Córka ma rodzica, więc obojgu należy się nawet nie ustalenie, lecz stwierdzenie praw stanu.

Rodzic został skrzywdzony podwójnie: najpierw przez sprawcę zgwałcenia, a następnie przez niewydolny system. Jeśli tak ma wyglądać konstytucyjna ochrona macierzyństwa i rodzicielstwa, to najwyraźniej jest to ochrona niewystarczająca, skoro system prawny nie może sobie poradzić z filiacją dziecka, którego rodziciel jest niewątpliwy. *De lege ferenda* należy poważnie wziąć pod uwagę zrezygnowanie w akcie urodzenia z nagłówków „matka" i „ojciec" na rzecz w obu przypadkach „rodzic".

Rejestracja powinna w maksymalnym stopniu odpowiadać rzeczywistości. Potrzeba danych przesłaniających, za które mogą posłużyć personalia mężczyzny sprzed korekty płci. Ten mężczyzna jest gotowy, by realizować rolę ojca, więc powinien figurować również jako ojciec i to biologiczny, a nie adopcyjny.[58] Władza rodzicielska nie powinna doznawać przerwania ciągłości ani zawieszenia, ponieważ nie ma po temu uzasadnienia w prawie materialnym. Brak procedury nie może prowadzić do uchybień prawu materialnemu. Mężczyzna urodził i jest rodzicem, więc od chwili urodzenia przysługuje mu władza rodzicielska, a córka ma rodzica od chwili urodzenia. Przyjęte rozwiązanie prowizoryczne, polegające na ustanowieniu kuratora, narusza konstytucyjne prawa rodzica i dziecka.

Transseksualne dzieci – jak uregulować nie szkodząc

Przegląd orzecznictwa w sprawach o uzgodnienie płci pozwala dostrzec pewne zbieżności w relacjach powodów: wyjaśniając swoją tożsamość płciową wielu deklarowało, że dysforię płci odczuwali już od najmłodszych lat. Badania potwierdzają, że transseksualizm ma przynajmniej w większości etiologię wrodzoną, tyle że nasilenie symptomów przypada na okres dojrzewania. Wówczas główne ognisko zapalne stanowi szkoła, w której dziecko pragnie funkcjonować zgodnie z płcią odczuwaną. Przekłada się to na takie czynności jak: używanie imienia i wpis personaliów w dzienniku szkolnym, udział w lekcjach wychowania fizycznego (które poczynając od klasy piątej odbywają

58 Bo takie pomysły też padały, jeśli wierzyć relacjonującej dziennikarce.

się z podziałem na dziewczęta i chłopców) czy korzystanie z toalety przyporządkowanej do płci. Sprawy te mają dla dziecka charakter kluczowy, ponieważ plasują je w grupie i rzutują na relacje społeczne, podczas gdy kwestia chirurgicznych zabiegów adaptacyjnych schodzi na plan dalszy. Ponadto należy zawsze zastanowić się, czy jest to odpowiedni moment na działania inwazyjne, czy etycznym jest decydowanie za dziecko ze skutkiem dla całego jego dorosłego życia i czy aby na pewno diagnoza została postawiona trafnie. Spostrzeżenia te znajdują zastosowanie także do dzieci interseksualnych. Wprawdzie dla dobra dziecka lepiej, by możliwie szybko stało się niewątpliwą dziewczynką albo niewątpliwym chłopcem, jednak przeszkodę może stanowić niedostatek informacji, do jakiej płci mały pacjent poczuwa się psychicznie. Przemawia to za powstrzymaniem się od jakichkolwiek ingerencji w organizm i przeciwko pozostawieniu decyzji w rękach rodziców. W tak istotnej sprawie dziecka rodzicom nie może być pozostawiona swoboda. Błąd decyzyjny, w którym kierunku korygować płeć, grozi tragedią.

Zaświadcza o tym działający w USA ruch byłych interseksualistów, którym we wczesnym dzieciństwie wykonano operacje korygujące bez oglądania się na psychiczne poczucie przynależności do płci i którzy deklarują silne poczucie krzywdy spowodowane niekorzystnymi skutkami zainicjowanego przez rodziców arbitralnego wkroczenia w ich sferę intymną. Skutki owe można umownie określić jako „efekt transseksualny". Osoby te założyły stowarzyszenie (*Intesexual Society of North America*), które optuje za objęciem interseksualnych dzieci stałą opieką lekarską i za powstrzymaniem się od interwencji chirurgicznych dopóki pacjent wyraźnie nie określi swej tożsamości płciowej.[59]

Praktyka pokazuje, że bywają dzieci deklarujące poczucie odmiennej płci bardzo silnie i jednoznacznie. Ustawodawca powinien zatem wyważyć między korzyściami wynikającymi ze zmiany a ryzykiem pomyłki. W *Ustawie* zostało ostatecznie przyjęte rozwiązanie ostrożne, przy czym w odniesieniu do dzieci ostrożność owa stanowi zaletę.

59 Za: J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 13-14 oraz tam powołane źródła w przyp. 14 i 15.

O sądowe uzgodnienie płci może wystąpić osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych (art. 5 ust. 1 *in principio*), natomiast dla małoletnich przewidziana jest tylko zmiana imienia w trybie ustawy o zmianie imienia i nazwiska.[60] Odbywa się to na wniosek przedstawiciela ustawowego dziecka, poparty orzeczeniem lekarskim właściwego specjalisty, stwierdzającym występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci wpisanej w akcie urodzenia. Imię może być zmienione tylko na takie, które nie wskazuje na płeć, jest to zatem uregulowanie zasadniczo odmienne w porównaniu ze zmianą imienia osoby dorosłej. Notabene precedens miał już miejsce *de lege lata*: Kierownik Urzędu Stanu Cywilnego w 2014 r. zgodził się na zmianę imienia dziecka na niewskazujące na płeć, uzasadniając to „słusznym interesem dziecka", na wniosek matki dziecka i po zapoznaniu się z przedłożonymi opiniami seksuologa oraz psychologa diagnozującymi transseksualizm.[61] Warto zwrócić uwagę, że w odniesieniu do dziecka czynności urzędowe mają na celu tylko powierzchowne opanowanie drażliwej sytuacji. Zaplanowane są tak, by zaspokoić uzasadniony interes, lecz bez daleko idących ingerencji. Dziecko formalnie ma pozostać przy płci metrykalnej, ale to oznacza, że jego prawidłowe funkcjonowanie społeczne w dużym stopniu zależy od postawy władz placówek oświatowych i rad pedagogicznych w szkołach, do których uczęszcza lub będzie uczęszczać. Numer PESEL wskazuje na płeć, ale dostrzeżona w ten czy inny sposób rozbieżność między płcią metrykalną a manifestowaną powinna zostać objęta pedagogiczną tajemnicą służbową[62] - żeby temat „chłopaka w toalecie dziewcząt" nie stał się przedmiotem roztrząsań podczas zebrań rodziców.[63]

---

60 Art. 15 *Ustawy* wprowadzający art. 4b do ustawy z 17 października 2008 r. o zmianie imienia i nazwiska (Dz.U. nr 220 poz. 1414 ze zm.)

61 To, co udało się przeprowadzić w stolicy, przepadło jednakże w innej sprawie, na terenie Krakowa. Autorka dziękuje Fundacji „Transfuzja" za udostępnienie informacji.

62 „*Kto wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie obowiązkowi, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywana pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarcza lub naukową, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2*" (art. 266 § 1 kk).

63 Zob. M. Zawadzki, *Siusiak w damskiej toalecie*, Gazeta Wyborcza z 18.III.2013 r., s. 10. Istnieje też relacja o postawie nauczycieli i dyrekcji szkoły w Wieliczce, a zwłaszcza wychowawczyni, którą śmiało

Ustawa przewiduje, że wniosek w sprawie zmiany imienia dziecka składa przedstawiciel ustawowy. Jest to niewątpliwie istotna sprawa dziecka, a o takich w myśl art. 97 § 2 kro rodzice decydują wspólnie, zaś przy braku porozumienia rozstrzyga sąd. W tym miejscu można postawić nieuniknione pytanie, czy użyta w *Ustawie* liczba pojedyncza stanowi *lex specialis*[64]. Tak, ponieważ jest to zagadnienie bardzo szczególnej natury i o kapitalnym znaczeniu osobistym dla dziecka. Decyzja rodzica musi i tak mieć za podstawę stosowne zaświadczenie lekarskie, a ewentualne opory obyczajowe drugiego rodzica nie powinny mieć znaczenia tamującego. W gruncie rzeczy w tak osobistej i intymnej sprawie samego dziecka problematyczna jest nawet konieczność szukania poparcia u rodziców, o ile dziecko wykazuje dostateczne rozeznanie. Praktyka życiowa wywnioskowana z sądowych perypetii transseksualistów pokazuje, że rodzice mają poważne trudności z zaakceptowaniem stanu swojego dziecka. Póki małoletnie, jest jednak i w tej sprawie zupełnie od nich zależne. *Ustawa* nie przewiduje, żeby z wnioskiem mogła wystąpić inna osoba niż rodzic. Specyfika sytuacji, jednoznacznie kofliktogennej, wymagałaby moim zdaniem takiej alternatywy, by w braku zgody przedstawiciela ustawowego dziecko mogło być reprezentowane przez organ powołany do ochrony praw dzieci.

Dla porównania - argentyńska ustawa z 2012 r. *La ley de identidad género*, ustawa nr 26.743, jedna z najnowszych regulacji poświęconych uzgodnieniu płci i oceniana bardzo pozytywnie,[65] przewiduje (art. 5),[66] że w stosunku do małoletnich poniżej lat osiemnastu wszczęcie procedury uzgodnienia płci następuje przez przedstawiciela ustawowego przy wyraźnej zgodzie małoletniego, uzyskanej przy uwzględnieniu jego indywidualnej zdolności pojmowania i rozeznania oraz najlepszego interesu. Małoletniemu asystuje w sprawie specjalny prawnik dla

---

można określić jako wzorową – zob. O. Szpunar, *Maks i lekcja tolerancji*, Gazeta Wyborcza z 11-12.IV.2015 r.

64 To samo pytanie jest stawiane co do zgody na leczenie dziecka na gruncie ustaw medycznych.

65 Zob. M. Szeroczyńska, *Przykładowe regulacje uzgodnienia płci*..., podrozdz. *Argentyna – najnowocześniejsza ustawa na świecie*, s. 146-148.

66 Tłumaczenie angielskie: http//globaltransaction.files.wordpress.com/2012/05/argentina-gender--identity-law.pdf\\

dzieci. W braku zgody przedstawiciela ustawowego lub niemożności jej uzyskania wolno zwrócić się do sądu o decyzję zastępczą.

Konkluzje

Ustawa o uzgodnieniu płci reguluje adnotacje urzędowe, które wprawdzie rzutują na prawa osób, ale nie wiążą się z koniecznością korekt medycznych. Jako przesłanki sądowej zmiany płci nie przewiduje tzw. testu realnego życia, czyli udokumentowanego okresu funkcjonowania zgodnie z płcią odczuwaną. Spełnienie takiego wymagania było swego czasu rekomendowane przez Zakład Seksuologii i Patologii Więzi Międzyludzkich CMKP w Warszawie (obecnie Zakład Seksuologii, Psychiatrii i Psychoterapii), ale trzeba zwrócić uwagę, że narzuca zainteresowanemu życie w kłamstwie, polegającym na ukrywaniu „urzędowej prawdy" o sobie i w obecnych warunkach administracyjnych jest niewykonalne.

Próżnia legislacyjna, w której dotychczasowe orzecznictwo porusza się niezbyt pewnie, wymaga niezwłocznego wypełnienia. Istniejący sposób procedowania nie spełnia swego zadania i niepotrzebnie antagonizuje rodziny, skoro wymaga wskazania strony pozwanej. Materialne przesłanki urzędowej korekty płci formułowane były jak dotąd nazbyt rygorystycznie, w praktyce zmuszając do podjęcia terapii przed wystąpieniem do sądu. Rozwiązanie prawne, które odrywa akt urzędowy od zabiegów medycznych, utrzymane jest w duchu poszanowania autonomii pacjenta, który w ten sposób nie musi ulegać przymusowi ingerencji w organizm, w szczególności nie jest zmuszany do poddania się sterylizacji. Poszanowanie praw i interesów osób trzecich wyraża się w konieczności przystąpienia do procedury w stanie wolnym. Dzięki temu interes osoby zainteresowanej zostaje do pewnego stopnia oddzielony od interesów członków jego rodziny. Postanowienie o uzgodnieniu płci wywiera skutki prawne *ex nunc*, co chroni interesy oraz prawa stanu małżonka i dzieci. Niezależnie od tego współmałżonek i dzieci pacjenta powinni mieć jednak zagwarantowaną pomoc psychologiczną oraz środowiskową. W interesie wnioskodawcy dotychczasowy akt urodzenia podlega utajnieniu i zostaje zastąpiony

nowym, zaś inne dokumenty urzędowe powinny zostać wydane na nowo z uwzględnieniem zmiany imienia i nazwiska. Jest to uregulowanie dostatecznie spójne i czytelne, nie załatwia jednak kwestii rodzicielstwa biologicznego po uzgodnieniu płci. Na to jednak trudno byłoby znaleźć złoty środek, potrzebna jest zatem bądź twórcza wykładnia prawa o aktach stanu cywilnego, bądź zmiana przepisów na poziomie formularzowym.

Głosy opinii społecznej na temat uzgodnienia płci zostały zdominowane przez stany lękowe o podłożu homofobicznym, prowadzące do wymachiwania straszakiem małżeństw homoseksualnych. Można zatem w charakterze pointy postawić retoryczne w mojej opinii pytanie, kto jest homoseksualistą: ten, kto odczuwając przynależność do płci przeciwnej trwa w związku z osobą tej właśnie płci, czy ten, kto chce to zmienić i wiązać się z osobami płci przeciwnej. Tylko ciemnota i zabobon podszeptują, by ciężko poszkodowanych od urodzenia pacjentów traktować jako niebezpiecznych odmieńców i odmawiać im praw człowieka. Wiedza przedmiotu jest ugruntowana i łatwo dostępna – wystarczy po nią sięgnąć. Utytułowani specjaliści bazują na swoim wieloletnim doświadczeniu, a ośrodki leczenia mają równie długą historię. Chyba że jacyś seksuologowie – amatorzy w swej niezmierzonej arogancji uważają się za bardziej kompetentnych niż uznane autorytety medyczne.

Błażej Kmieciak

Psychiatryczny ombudsman - Polemika z artykułem J. Ciechorskiego „Regulacje dotyczące Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego i praktyka ich stosowania – analiza krytyczna”

Wprowadzenie

Na początku sierpnia 2015 r. obchodzona była dziesiąta rocznica powołania do istnienia instytucji Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego (dalej Rzecznik). Fakt ten posiada istotne znaczenie dla polskiej debaty dotyczącej ochrony praw człowieka, w tym praw człowieka poddawanego izolacji. W kwartalniku „Prawo i Medycyna” pojawił się w ostatnim czasie interesujący artykuł mgr. Jana Ciechorskiego[1], który zdecydował się dokonać krytycznej analizy regulacji, na podstawie których od dekady funkcjonują omawiani w tym miejscu urzędnicy. Choć analiza ta w sposób niezwykle dogłębny prezentuje konteksty dotyczące formalnych aspektów działania Rzeczników, to jednak - mając na względzie specyfikę obszaru ich aktywności - koniecznym wydaje się uzupełnienie omawianych spostrzeżeń o kontekst praktyczny związany

1 J. Ciechorski, *Regulacje dotyczące Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego i praktyka ich stosowania – analiza krytyczna,* Prawo i Medycyna, Nr 1/ 2015, s. 113-134.

z ochroną praw osób poddawanych psychiatrycznej hospitalizacji. Jan Ciechorski w swoich dociekaniach skupił się, jak się zdaje, wyłącznie na kilku elementach legislacyjnych oraz faktograficznych. Dokładna analiza wspomnianego artykułu skłania jednak do podjęcia dyskusji odnoszącej się do elementów poddanych szerokiej krytyce. Podobna polemika wydaje się konieczna z racji na specyfikę psychiatrii jako działu medycyny.[2] Nie można ponadto w tym miejscu pomijać faktu, iż Rzecznik nieustannie znajduje się w specyficznej relacji z pacjentem, któremu udziela porady prawnej. Podobna relacja niejednokrotnie posiada charakter terapeutyczny[3]. Zaprezentowanie w przez Jana Ciechorskiego krytycznej refleksji dotyczącej nie tylko zapisów ustawowych dotyczących rzeczników, ale również ich dotychczasowej działalności, posiadało w mojej ocenie charakter niepełny oraz jednostronny, nie uwzględniający licznych dylematów oraz wyzwań, przed którymi stają osoby wypełniające omawianą funkcję. Bazując zatem na własnym, ośmioletnim doświadczeniu pracy rzecznika oraz analizach socjologiczno-prawnych, jakie prowadzę na omawiany temat od blisko dekady, zdecydowałem się odnieść do kluczowych wątków, jakie podjął ww. autor. Skupię się w tym miejscu na dwóch dostrzeżonych przeze mnie głównych uwagach autora, a więc: krytyce zapisów dotyczących formalnych wymagań stawianych kandydatom na rzeczników oraz dyskusji związanej z uprawnieniami, jakie posiadają wspomniani urzędnicy na mocy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (dalej: ustawy oozp).

2 Należy zgodzić się z Januszem Heetzmanem wskazującym, iż omawiana specjalność jest w pewnym sensie najbardziej prawniczą z dyscyplin medycznych. Działania podejmowane w stosunku do osób doświadczających szeroko rozumianych zaburzeń psychicznych, niejednokrotnie odnoszą się do procedur opisanych, nie tylko w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego(dalej: ustawa oozp), ale również Kodeksie Postępowania Cywilnego (dalej: KPC) oraz Kodeksie Postępowania Karnego (dalej: KPK). Zob. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego. (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z (zm.), Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego. (Dz. U. Nr 11 1 poz. 535 z późn. zm.) oraz Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555), zob. J. Heitzman, *Psychiatria sądowa i orzecznictwo*, w: *Psychiatria - podręcznik dla studentów*, A. Bilikiewicz (red.), PZWL Warszawa 2006, s.643.

3 Jak wskazuje Antonii Kępiński, każda relacja, jaka zachodzi w szpitalu, w tym relacja dotycząca ochrony praw człowieka, posiada charakter terapeutyczny, lub też antyterapeutyczny. Zob. A. Kępiński, *Rytm życia*, Wydawnictwo Literackie, Kraków 2001, s. 322.

Kontekst powołania oraz wymagania formalne

Instytucja rzeczników psychiatrycznych zaczęła funkcjonować w praktyce pod koniec stycznia 2006 r - wówczas zatrudniono pierwsze osoby wykonujące omawianą funkcję. Było ich wówczas dziesięciu. Odnosząc się jednak do omawianej kwestii warto przypomnieć, że prace nad powołaniem podobnych urzędników trwały już od kilku lat. Pod koniec lat 90 Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie (dalej IPiN) zaproponował ustanowienie funkcji rzecznika dla pacjentów szpitali psychiatrycznych. Intencją jego powołania było stworzenie organu niezależnego od władz danej placówki medycznej. Funkcja taka istniała przez kilka lat w szpitalu w Drewnicy. Jej finansowanie zapewniał na początku IPIN, a następnie Ministerstwo Zdrowia. Rzecznik ten podejmował jednak głównie działania o charakterze informacyjnym, nie posiadał bowiem żadnych formalnych podstaw do działań interwencyjnych. Obecnie wspomnianą funkcję pełni pięćdziesięciu jeden rzeczników, w szesnastu województwach, na terenie stu jeden szpitali i/ lub oddziałów psychiatrycznych[4]. Wartym zwrócenia uwagi jest, iż pierwsze dwa konkursy na to stanowisko wyłoniły dwudziestu rzeczników, spośród których zaledwie jeden legitymował się wykształceniem prawniczym. Wśród wspomnianych urzędników, pełniących swoją funkcję w 2007 r., byli m. in.: jeden absolwent kierunku prawo, dwóch psychologów, dwóch specjalistów resocjalizacji, cztery pielęgniarki, dwóch socjologów.[5] W tym miejscu warto jednak zwrócić uwagę, iż od pierwszych lat obowiązywania ustawy oozp szpitale powoływały lokalnych rzeczników pracujących na terenie konkretnych oddziałów. Przykładowo w Wojewódzkim Szpitalu dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Bolesławiu już w 1996 r. istniała funkcja Rzecznika Praw Pacjenta, zatrudnionego jednak przez władze placówki. Zadaniem tej osoby, z wykształcenia socjologa, było „zapewnienie prawidłowego

4 Dane zebrane w dniu 22 sierpnia 2015 r. na oficjalnej stronie Biura Rzecznika Praw pacjenta: www.bpp.gov.pl

5 Także obecnie w większości rzecznicy pochodzą ze wspomnianych grup zawodowych. Często są to osoby z doświadczeniem terapeutycznym w pracy z pacjentami: uzależnionymi, upośledzonymi lub niepełnosprawnymi fizycznie. Sporą grupę stanowią osoby niegdyś wykonujące zawód pracownika socjalnego.

obiegu dokumentacji między sądem a szpitalem, ewidencjonowanie pacjentów przyjmowanych bez zgody oraz prowadzenie ksiąg stosowania przymusu bezpośredniego…”[6]

Powyżej ukazany kontekst stanowi podstawę do krytycznego odniesienia się do stwierdzenia Jana Ciechorskiego, że „Instytucjonalizacja kontroli przestrzegania praw pacjenta na terenie szpitali psychiatrycznych budzi kontrowersje w środowisku lekarzy psychiatrów, do tej pory bowiem to oni uważali się za *sui generis* strażników, obrońców praw pacjenta psychiatrycznego. Przede wszystkim podnosi się, iż wprowadzenie takiej kontroli inicjuje, a następnie utrwala konflikt między pacjentem a lekarzem...” (s. 113). Z całą pewnością pojawienie się rzeczników na terenie szpitala wywołało wśród wielu psychiatrów zainteresowanie, a częściej może i obawy. W tym miejscu należy zwrócić jednak uwagę na kilka kwestii. Po pierwsze *spiritus movens* powołania podobnej instytucji było środowisko polskich psychiatrów. To także dzięki staraniom m. in. Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego oraz jego czołowych przedstawicieli doszło w 1994 r. do uchwalenia pierwszej wersji ustawy oozp. Zarówno pojawienie się omawianej ustawy, jak i utworzenie instytucji Rzecznika wpisuje się w „samoregulacyjny model polskiej psychiatrii”. Podobne stwierdzenie – pochodzące od krakowskiego psychiatry Jacka Bomby - wskazuje, iż polscy przedstawiciele omawianej w tym miejscu profesji jako pierwsi wielokrotnie występowali z inicjatywami mającymi na celu poprawę sytuacji pacjentów, w tym poprawę standardów poszanowania praw człowieka[7]. Oczywistym jest, iż wielu lekarzy obawiało się funkcjonowania w oddziałach oraz w szpitalu nieznanych osób, które w dodatku pojawiały się tam w sposób niezapowiedziany. Sytuację tę należy ukazać również z perspektywy historyczno-prawnej. To przecież w 2006 r. uchwalona została *ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym*[8] Organ ten,

6 Zob. M. Nowicka i in., *Prawa człowieka w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1996, s. 9.

7 J. Bomba, *Wartości humanistyczne a poszanowanie praw człowieka w trudnych warunkach*, Psychiatria Polska nr 3 /1993, s. 229–234.

8 Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. 2006 nr 104 poz. 708)

zwłaszcza wśród lekarzy, spotkał się z krytyką związaną z dostrzeganymi przez wielu, nieetycznymi metodami walki z korupcją. Niestety na początku wypełniania funkcji również rzecznicy kojarzeni byli generalnie i wyłącznie jako organ zewnętrznej kontroli, *ex definitione* poddawany krytyce.

Kontekst pojawienia się rzeczników nieuchronnie kieruje nas w stronę praktyki klinicznej psychiatrów, którzy sami dostrzegli, iż ich pacjenci potrzebują wsparcia w zakresie ochrony praw i wolności człowieka. Pacjenci szpitala psychiatrycznego częstokroć doświadczają działań przymusowych, podejmowanych na podstawie konkretnych zapisów ustawowych[9]. Zdarza się niejednokrotnie, iż podobna aktywność personelu naruszać może prawa jednostek. Pojawiają się często również sytuacje, w których to uzasadnione oraz w pełni etyczne działanie personelu uznane zostaje przez pacjenta lub jego rodzinę za niezgodne z prawem. To właśnie podobne sytuacje sprawiły, iż pojawiła się „nowa psychiatryczna profesja". Podobnego wyrażenia użył w trakcie pierwszego egzaminu na rzeczników przedstawiciel Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego, który był obecny w trakcie konkursu. Także w późniejszych latach rzecznicy byli „odwiedzani" przez czołowych polskich psychiatrów, z którymi omawiano aktualne problemy[10].

Nie ulega wątpliwości, iż opinia lekarzy na temat rzeczników częstokroć miała i ma charakter krytyczny. Pojawiają się w tej kwestii wręcz oficjalne dyskusje na linii samorząd lekarski - Rzecznik Praw Pacjenta (nadzoruje on pracę rzeczników). Wskazywano przede wszystkim na niepokojące sytuacje takie, jak: składanie pacjentowi przez rzecznika niezapowiedzianych wizyt, obecność urzędnika w trakcie badania konkretnej osoby chorej, dostęp do dokumentacji medycznej pacjenta naruszający ustawę.[11] Nie można także zapominać, iż pierwsze głosy

9 Mowa w tym miejscu o przymusowym przyjęciu pacjenta do szpitala w trybie art. 23. 24, lub 29 ustawy oozp oraz zastosowaniu wobec pacjenta przymusu bezpośredniego w postaci: unieruchomienia, izolacji, przytrzymania lub przymusowego podania leków - art. 18 ustawy oozp

10 Prezentowane informacje stanowią opis własnych doświadczeń autora prezentowanej polemiki

11 Zob. w tych kontekstach: M. Hamankiewicz, *List do Krystyny Barbary Kozłowskiej, Rzecznika Praw Pacjenta,* Naczelna Izba Lekarska, Warszawa 2012 r., s. 1–3 oraz K. B. Kozłowska, *List do Macieja Hamankiewicza, Prezesa Naczelnej Izby lekarskiej,* Biuro Rzecznika Praw Pacjenta, Warszawa 2012 r., s. 1–13.

krytyczne pojawiły się niedługo po powołaniu omawianej instytucji. Bartosz Łoza oraz Rafał Wójcik w 2010 r. na łamach czasopisma: „Neuropsychiatria. Przegląd Kliniczny" podkreślali, że nieodpowiedzialne działania rzeczników prowadzić mogą (i według autorów prowadzą) do pojawienia się szkody zdrowotnej po stronie pacjenta. To także wymienieni w tym miejscu psychiatrzy zwrócili uwagę na konieczność dopuszczania do pełnienia owej rzecznikowskiej funkcji jedynie odpowiednio wykształconych osób, łączących w sobie kompetencje prawne i medyczne. Wskazywali ponadto, iż rzecznicy mogą wykonywać swoje zadania korzystając z modelu „radcowskiego" lub „terapeutycznego"[12]. Dojść można do wniosku, iż Jan Ciechorski postrzega problem wykształcenia rzeczników w podobny sposób. Autor ten poddaje jednak krytyce kompetencje prawnicze omawianych urzędników. Wskazuje, iż mogą oni mieć problem z kompetentnym udzieleniem informacji prawnej pacjentowi (s. 118). Dodaje ponadto, iż pisemne wystąpienia rzeczników odwołują się w istocie do jednego szablonu (przypis 14, s. 118)[13]. Z drugiej jednak strony autor postuluje doprecyzowanie przepisów poprzez wskazanie, iż rzecznikiem może być wyłącznie osoba legitymująca się konkretnym wykształceniem. Jak się zdaje, wspomniany autor wskazuje przede wszystkim na konieczność posiadania przez ww. urzędników wyłącznie wykształcenia prawniczego lub medycznego, np. zgodnego z zapisami ustawy o działalności leczniczej definiującej pojęcie „zawodu medycznego"[14]. Powyższe poglądy całkowicie pomijają jednak kontekst terapeutyczny udzielania pomocy prawnej pacjentowi, w tym szczególnemu pacjentowi, jakim jest osoba doświadczająca zaburzeń psychicznych. W pierwszym rzędzie należy zaznaczyć, że posiadanie formalnego wykształcenia prawniczego nie gwarantuje, iż dana osoba będzie potrafiła

12 B. Łoza, R. Wójcik, *Rzecznik praw pacjenta szpitala psychiatrycznego: nowe doświadczenia, stare błędy,* Neuropsychiatria. Przegląd Kliniczny nr 1/2010, s. 38- 39.

13 Należy podkreślić, że pisma rzeczników – przed złożeniem w odpowiedniej instytucji - podlegają kontroli ich przełożonych, o czym informowani są również np. lekarze, na co dzień współpracujący z tymi urzędnikami.

14 Zgodnego z art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz. U. Z 2013 r., poz. 217 ze zm.).

przekazać pacjentowi informacje w dogodny dla niego sposób, *ergo* sposób zrozumiały dla pacjenta znajdującego się np. w stanie depresji lub też będącego osobą upośledzoną w stopniu umiarkowanym. Doskonale pokazuje to przykład sędziów sądów opiekuńczych, wysłuchujących pacjentów w trakcie postępowania dotyczącego przymusowej hospitalizacji. Z licznych relacji pacjentów wynika, iż osoby te częstokroć przekazują informacje w sposób automatyczny. Używany jest przy tej okazji sformalizowany język, który stanowi skuteczną barierę w poznaniu przez pacjenta informacji dotyczących własnych praw. Na zjawisko to w doktrynie zwrócili uwagę David Wexler oraz Bruce Winick. Wspomniani teoretycy prawa są autorami koncepcji *„Therapeutic jurisprudence"* (TJ). Wskazali w niej, iż osoby świadczące usługi prawnicze - zwłaszcza sędziowie - swoim postępowaniem nieuchronnie wpływają na psychikę klienta, petenta lub pacjenta. Nieodpowiedzialne postępowanie prowadzić może do pojawienia się tzw. błędu jurygennego"[15]. Jan Ciechorski postuluje - jak wspomniano - by rzecznicy np. wywodzili się z grona osób wykonujących zawody medyczne. Podejście to skutkować będzie jednak paradoksalną sytuacją, w której to rzecznikiem będzie mógł zostać fizjoterapeuta, ale już nie pedagog specjalny. Pierwszy może bowiem udzielać świadczeń zdrowotnych, a drugi, choć na studiach zapoznawał się z treścią przedmiotów takich jak psychiatria i psychoterapia, nie może być zaliczony do grona medycznych specjalistów.

Autor dyskutowanego artykułu w ramach wniosków *de lege ferenda* proponuje, by ustawodawca wprowadził zapis doprecyzowujący charakter wykształcenia, jakie powinien posiadać rzecznik. Wartym odnotowania jest, że w trakcie pierwszego konkursu wskazano w ogłoszeniu, iż o etat rzecznika może ubiegać się absolwent: prawa, pedagogiki,

15 Określenie to nawiązuje do terminu „błąd jatrogenny", odnoszącego się do negatywnego wpływu na ludzką psychikę destruktywnych działań personelu medycznego. Szerzej na temat koncepcji TJ zob. W. G. Schma, *Therapeutic Jurisprudence*, Michigan Bar Journal 2003, No. 1, s. 25., A. Cannon, *Therapeutic Jurisprudence in the Magistrates Court: Some Issues of Practice and Principle* [w:] (red.) G. Reinhardt and A. Cannon, *Transforming Legal Processes in Court and Beyond*, The Australasian Institute of Judicial Administration, Melbourne 2007, s. 130., D. B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence in Clinical Practice*, The American Journal of Psychiatry 1996, No. 4, s. 453– 454.

psychologii, socjologii oraz pielęgniarstwa. Drugi z konkursów, odbywających się na podobnych zasadach, został podważony przez Janusza Kochanowskiego, ówczesnego Rzecznika Praw Obywatelskich. Zwrócił on uwagę, iż ustawa oozp nie przewiduje, by kandydat posiadał konkretne wykształcenie, stąd też bezprawne jest poszukiwanie wyłącznie absolwentów ściśle określonego kierunku. W wyniku podobnej interwencji konkurs został powtórzony[16]. Zapewne posiadanie przez rzeczników wiedzy prawniczej oraz medycznej jest fundamentem odpowiedniego wypełniania omawianej funkcji. Ustawowe zapisy stwierdzające konieczność wykazania się doświadczeniem w pracy z osobami z zaburzeniami psychicznymi oraz wiedzą dotyczącą praw i wolności człowieka skutecznie eliminują jednak osoby, które nie posiadają podobnych cech. Należy ponadto dodać, że od pierwszego konkursu kandydaci musieli wykazać się wiedzą z zakresu prawa, w tym zwłaszcza ustawodawstwa dotyczącego polskiego systemu ochrony zdrowia[17]. Poza tym w trakcie rozmów z kandydatami komisja dokładnie weryfikuje posiadane doświadczenie w szeroko rozumianej psychiatrii.

W omawianych w tym miejscu aspektach wykształcenia rzecznika należy dostrzec niekiedy niespójny charakter wniosków autora. Warto bowiem pamiętać, że np. pielęgniarka na mocy art. 16 ust. 1 ustawy o zawodach pielęgniarki o położnej obowiązana jest powiadomić pacjenta o jego prawach[18]. Nie musi ona posiadać jednak żadnego formalnego przygotowania. Pozostając w materii edukacji warto dodać, że nie ma w Polsce wyższych studiów, które kształciłyby osoby, posiadające następnie kompetencje prawne oraz diagnostyczno-terapeutyczne.

16 Dane te zamieszczone były na nieaktywnej już stronie Biura Praw Pacjenta przy Ministrze Zdrowia: www.bpp.waw.pl (obecnie właścicielem powyższej domeny jest prywatna osoba). Warto nadmienić, że temat ten spotykał się również z zainteresowaniem parlamentarzystów. Zob. w tym kontekście: H. Costa, *Interpelacja w sprawie wyjaśnienia kwestii ustalania kwalifikacji Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego*, Ministerstwo Zdrowia, Warszawa, październik 2006r., s. 1.

17 Obecnie również od kandydatów oczekuje się posiadania podobnej wiedzy. Rzecznicy ponadto jako członkowie Korpusu Służby Cywilnej zobowiązani są do zdania egzaminu z zakresu polskiego ustawodawstwa kończącego okres służby przygotowawczej: zob. http://dsc.kprm.gov.pl/sluzba-przygotowawcza-0 (dostęp 27.08.2015 r.)

18 Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r., o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz. U. nr 174 poz. 1039)

Aktualnie rzecznicy posiadający wykształcenie np. w zakresu pedagogiki, psychologii lub socjologii najczęściej kończą podyplomowe studia prawa medycznego.

Podstawy do formalnych działań

Powracając w tym miejscu do zamysłu powołania niezależnych urzędników należy zaznaczyć, że działania te odnoszą się do idei Ombudsmana. Władysław Kopaliński zwraca uwagę, że ombudsman to „pełnomocnik, mandatariusz ludności, rzecznik praw obywatelskich, strażnik ogólnych i specjalnych interesów wszystkich obywateli, rzecznik skarg i zażaleń, etatowy obrońca obywateli przed niewłaściwym działaniem administracji" [19] Z kolei Jolanta Arcimowicz wskazuje, że każdy ombudsman charakteryzuje się: niezależnością (powołany przez zewnętrzny organ, najczęściej parlament), aktywizmem (działa na rzecz poszkodowanych grup lub osób) oraz dostępnością dla każdego[20]. Rzecznicy pracujący na terenie oddziałów psychiatrycznych posiadają dużo mniejsze kompetencje niż np. Rzecznik Praw Obywatelskich. Z drugiej jednak strony - jak słusznie wskazuje Jędrzej Duda[21] - osoby te dużo szybciej dotrzeć mogą do danej osoby, często w krótkim czasie po pojawieniu się szkody oraz skargi. Choć rzecznicy nie są powoływani przez parlament, to jednak należy wskazać, iż ich rola oraz ogólne założenia działania wprost odwołują się do idei, jaka leży u podstaw funkcjonowania tzw. „wielkich rzeczników", a więc powoływanych w Polsce przez Sejm za zgodą Senatu: niezależność od władzy (w tym przypadku szpitala), szybki dostęp do pacjenta, działanie na rzecz praw i wolności obywatela. Tym samym omawiani urzędnicy bezsprzecznie dołączyli do grona państwowych instytucji rzecznikowskich, specjalizujących się w upominaniu o prawa i wolności człowieka.[22] Powracając w tym miejscu do wątku wykształcenia dostrzec

19 W. Kopaliński, *Ombudsman* [w:] *Słownik wyrazów obcych z almanachem*, Świat Książki, Warszawa 2002, s. 360.

20 J. Arcimowicz, *Rzecznik Praw Obywatelskich – aktor sceny publicznej*, Warszawa 2003, s. 36.

21 J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2006, s. 52.

22 Leszek Bosek dostrzega w tym miejscu interesującą sytuację. Wspomniany konstytucjonalista analizując działania psychiatrycznych rzeczników, dołącza ich do grona instytucji o charakterze ombudsmana

można, iż ani w przypadku Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO), ani w odniesieniu do Rzecznika Praw Dziecka (RPD) lub Pacjenta (RPP), ustawodawca nie wskazał na konieczność posiadania przez niego wykształcenia prawniczego. W wypadku pierwszego z nich konieczne jest posiadanie wiedzy prawniczej (nie - wykształcenia prawniczego) oraz uznanego społecznego autorytetu[23]. Podobnie pozostali Rzecznicy nie mają obowiązku legitymowania się określonym wykształceniem. Wymóg taki dotyczy co prawda zastępców RPP, ale już np. patrząc na historię działania RPD spostrzec można, iż wśród czterech osób piastujących owe stanowisko zaledwie jedna legitymowała się wykształceniem prawniczym.[24]

Perspektywa instytucji ombudsmana kieruje nas w stronę kolejnych uwag, jakie zgłosił Jan Ciechorski. Mowa w tym miejscu o wskazanych w ustawie kompetencjach, jakie posiadają omawiani urzędnicy. Jak zauważa autor: „Sformułowanie zadań Rzeczników nie jest najszczęśliwsze i może prowadzić (i jak wskazuje praktyka prowadzi) do nadinterpretacji, konfliktów z personelem szpitalnym, a nierzadko do przekraczania ustawowo wyznaczonych kompetencji. Podnieść trzeba, że ustawodawca, określając zakres zadań Rzecznika, posłużył się wyliczeniem tylko przykładowym („w szczególności")" (s. 116). Autor wskazuje ponadto, że badanie przez rzeczników zasadności skarg wymaga od nich posiadania wiedzy z zakresu psychiatrii. W tym miejscu zasadne jest zwrócenie uwagi, że daje się dostrzec istotną trudność w potencjalnym dokładniejszym, ustawowym wskazaniu, jakie działania może podejmować rzecznik. W pierwszym rzędzie należy

(klasycznego rzecznika praw). Nie czyni jednak powyższego w stosunku do Urzędu Rzecznika Praw Pacjenta. Jak stwierdza RPP nie ma możliwości określić swej pozycji, jako niezależnej od władzy, w tym przypadku Prezesa Rady Ministrów, zob. L. Bosek, *Opinia o projekcie ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta,* Zmiany w systemie ochrony zdrowia w procesie legislacyjnym – druki sejmowe nr 283, 284, 286", Biuro Analiz Sejmowych 2008, nr 4, s. 23.

23 Jak stanowi Art. 2 Ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. 1987 nr 21 poz. 123) „Rzecznikiem może być obywatel polski wyróżniający się wiedzą prawniczą, doświadczeniem zawodowym oraz wysokim autorytetem ze względu na swe walory moralne i wrażliwość społeczną".

24 Pozostałe osoby posiadały wykształcenie: filozoficzne, lekarskie oraz pedagogiczne. Zob. P. Jaros, *Rzecznik Praw dziecka w Polce. Ukształtowanie Rzecznika praw dziecka w Polsce jako organu państwowego*, Warszawa 2014, s. 191,

podkreślić, że ustawa oozp posiada charakter *lex specialis*.[25] Zapisano w niej zasady działania przewidziane dla szczególnych sytuacji, takich jak: zastosowanie wobec pacjenta siły, czy też przyjęcie bądź pozostawienie go w szpitalu bez zgody. Praktyka stosowania omawianej ustawy pozwala wręcz stwierdzić, iż coraz częściej dostrzec możemy w niej istotne luki, które prowadzą do pojawienia się skomplikowanych sytuacji prawno-klinicznych. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w chwili, w której to pacjent doświadczający myśli samobójczych (nie będący jednak osobą chorą psychicznie), żąda wypisu ze szpitala, do którego sam się zgłosił. Lekarz w podobnej sytuacji *de facto* nie ma możliwości zastosowania art. 28 ustawy oozp, gdyż nie spełnia ona wszystkich przesłanek zapisanych w art. 23 ww. ustawy. Pacjent, choć zagraża prawdopodobnie własnemu zdrowiu i życiu, nie doświadcza jednak zaburzeń psychicznych, które stanowią podstawę do rozważenia zastosowania reżimu w postaci przymusowej hospitalizacji[26]. Rzeczywistość szpitala psychiatrycznego powoduje, iż liczne zapisy ustawowe muszą być analizowane w kontekście konkretnego przypadku. Zastanówmy się bowiem, kiedy można odstąpić od stosowania przymusu bezpośredniego wobec pacjenta? Z jednej strony następuje w tym miejscu odniesienie do przepisów zawartych w rozporządzeniu określającym konkretne procedury[27]. Czy jednak stosowanie przymusu przez miesiąc *a priori* uznać należy za naruszenie praw pacjenta? A jeśli mamy do czynienia z pacjentem z ciężkimi zaburzeniami rozwojowymi ze spektrum autyzmu, w stosunku do którego nie działają leki uspokajające? Jeśli przymus stosowany jest wobec osoby, która w ciągu kilku dni kilkakrotnie chciała odebrać sobie życie i będąc unieruchomioną podtrzymuje swoje zamierzenia? Każda z podobnych sytuacji posiada szczególny i wyjątkowy charakter. Wymaga ona

25 Zob. w tym kontekście: J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 255.

26 Szerzej na ten temat B. Kmieciak, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego z perspektywy wybranych wyzwań oraz dylematów*, Medycyna Praktyczna - Psychiatria, nr 5/2014, s. 78-89

27 Mowa w tym miejscu o Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 28 czerwca 2012 r. w sprawie sposobu stosowania i dokumentowania zastosowania przymusu bezpośredniego oraz dokonywania oceny zasadności jego zastosowania (Dz. U. Z 2012 r. poz. 740)

poznania kontekstu sytuacji oraz historii, jaka finalnie doprowadziła np. do użycia siły. Podobne działania wymagają zindywidualizowanej analizy. Trudno zatem zgodzić się z autorem w kwestii konieczności uszczegółowienia przepisów. W istocie nie da się w odniesieniu do szpitala psychiatrycznego przewidzieć, jakie potencjalnie sytuacje mogą zajmować rzeczników. W ciągu wielu lat sam miałem okazję podejmować działania z jednej strony w stosunku do osób: ubezwłasnowolnionych, uzależnionych oraz przyjętych – w różnych trybach - bez zgody. Z drugiej strony trafiali się pacjenci zgłaszający: przemoc domową, niewłaściwe działanie leków, chęć dokonania aborcji z powodów psychiatrycznych lub też komplikacje psychosomatyczne po procedurze zapłodnienia pozaustrojowego[28].

Nie ulega jednak najmniejszej wątpliwości, iż kilka uwag Jana Ciechorskiego zasługuje na szczególne uwypuklenie wskazujące na ich pełną zasadność. Jak zaznacza autor: „Nie powinno ulegać jakiejkolwiek kwestii, iż obecność rzecznika w trakcie badania bez zgody pacjenta w sposób rażący narusza jego prawo do intymności, a także prawo do zachowania w tajemnicy informacji o stanie swego zdrowia. Tym samym obecność rzecznika jest absolutnie niedopuszczalna i bezprawna." (s. 121 i 122) oraz „Postępowanie rzecznika nie może naruszać praw pacjenta, bo byłoby absurdem przyjęcie możliwości naruszania przez rzecznika praw pacjenta w celu ich ochrony. W konsekwencji uznać trzeba, że rzecznik nie może wkraczać do sal chorych, jeżeli oni sobie tego nie życzą. Nadto nie powinien bez konkretnego powodu zakłócać pory nocnej. Trafne jest twierdzenie, iż rzecznik nie jest obowiązany do uzyskiwania zgody na wstęp do pomieszczeń szpitala, jednakże powinien on zawiadamiać o swoim przybyciu personel. A przyjmując, iż dobro pacjenta powinno być traktowane jako najważniejsze, to wizyty Rzecznika nie powinny

28 Na marginesie powyższych rozważań warto dodać, że badając zapisy ustawowe dotyczące innych rzeczników praw spostrzec można również, iż formułowane one były w sposób ogólny. Doskonale pokazuje to pierwsza obowiązująca blisko dziesięć lat wersja ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka, w której ombudsman ten obdarzony został wyłącznie symbolicznymi kompetencjami. Wszelkie interwencje mógł podejmować w zasadzie za pośrednictwem Rzecznika Praw Obywatelskich, por. art. 10 ustawy z dnia z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka. (Dz. U. 2000 nr 6 poz. 69)

zakłócać terapii" (s. 126). Zaprezentowane w cytowanych fragmentach spostrzeżenia są kluczowe w całościowym ujmowaniu zadań, jakie podejmują rzecznicy. Autor trafnie wskazuje, że może dojść do paradoksalnej, a zarazem tragicznej sytuacji, w której to rzecznik swoim postępowaniem łamać będzie prawa osób, które winien chronić. Niestety podobne podejście częstokroć jest wynikiem przyjętego założenia, zgodnie z którym rzecznik na terenie szpitala wypełnia jedynie funkcję kontrolną. W podobnym ujęciu urzędnik ten ma za zadanie przede wszystkim: ocenić sytuację, określić jej charakter oraz podjąć dane działania. Niestety wspomniana „filozofia kontroli" nie uwzględnia stanu pacjenta ani faktu, iż rzecznik chcąc nie chcąc staje się stałym „elementem" rzeczywistości oddziałowej, mającym swoim postępowaniem wpływ na pacjentów. Z całą pewnością rzecznik rozmawiając z pacjentem części obserwacyjnej może dojść do wniosku, że bez względu na stan chorego będzie obszernie informował go o przysługującym mu prawie do złożenia wniosku dotyczącego wypisu ze szpitala. Działanie to prowadzić może jednak do pogorszenia się stanu zdrowia pacjenta[29]. Wspomniany powyżej Antonii Kępiński wskazywał, że podobne działania wynikają najczęściej z błędu arbitralności oraz pseudoprofesjonalizmu, jaki dostrzec można po stronie osób kontaktujących się z pacjentami[30]. Trudno zatem nie zgodzić się z Janem Ciechorskim wskazującym, iż również (a być może przede wszystkim) po stronie przełożonych omawianych w tym miejscu rzeczników leży odpowiedzialne kształtowanie postaw – w tym postaw moralnych - wskazujących zasady podejmowania działań kontrolnych, które, jak wskazano, nie są dla pacjentów obojętne.

29 Sytuacje te niejednokrotnie rodzą dylematy etyczne. Pojawia się bowiem pytanie: Czy rzecznik posiada prawo ograniczyć pacjentowi część informacji wskazanych w ustawie? Jeśli np. do urzędnika swoje wnioski kieruje pacjent doświadczający silnych urojeń prześladowczych, to wówczas u rzecznika może pojawić się słuszna obawa, iż podejmowanie aktywności w sprawie intensyfikować może doznania psychotyczne. Z całą pewnością rozsądnym oraz mającym oparcie w przepisach jest podejście wskazujące, iż rzecznik winien zgłosić się do pacjenta w ciągu 7 dni. Często okres ten jest wystarczający do poprawy stanu pacjenta.

30 A. Kępiński, *Rytm życia*, … s. 340–342.

Problem dostępu do dokumentacji medycznej

Analiza działań podejmowanych przez rzeczników pracujących na terenie szpitali oraz oddziałów psychiatrycznych nie może obejść się bez refleksji dotyczącej dostępu do dokumentacji medycznej. Problemowi temu kilka uwag poświęcił również Jan Ciechorski. Na marginesie rozważań ww, autora (s. 127- 129) koniecznym jest by wskazać, iż problem ten posiada kluczowe znaczenie w kontekście: zasad wykonywania zadań przez rzeczników oraz ich potencjalnego konfliktu, do jakiego dojść może z personelem szpitala.

Na wstępie należy przypomnieć, że rzecznik jest urzędnikiem, który nie został uprawniony do dokonania bez wiedzy lub zgody pacjenta wglądu do dokumentacji medycznej dotyczącej jego osoby. Jak stanowią przepisy *ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjent*a podobne uprawnienie posiada: osoba korzystająca ze świadczeń zdrowotnych lub też inna osoba upoważniona uprzednio przez pacjenta. Przywołany w tym miejscu akt prawny - w istocie gromadzący wszystkie prawa pacjenta - definiuje postać opiekuna faktycznego. Jest nim osoba sprawująca „(…) bez obowiązku ustawowego, stałą opiekę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny opieki takiej wymaga”[31]. Opiekunem faktycznym może być zatem rodzic pacjenta, jego brat lub siostra. Może to jednak być również sąsiad lub daleki krewny. Koniecznie należy w tym miejscu wskazać, że osoba ta nie może dokonać wglądu do dokumentacji medycznej bez zgody konkretnego pacjenta, nad którym sprawuje opiekę. Okazuje się jednak, że opiekun faktyczny posiada prawo do wyrażenia bądź niewyrażenia zgody na dokonanie wglądu do dokumentacji medycznej pacjenta przez omawianych w artykule urzędników.[32] Jak stanowi bowiem art. 10b ust. 4 pkt 3 ustawy oozp rzecznik ma prawo „wglądu w dokumentację medyczną za zgodą osoby, o której mowa w art. 10a ust. 1, jej przedstawiciela ustawowego, opiekuna prawnego lub

31 Art. 3 ust. 1 pkt. 1 Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. (Dz. U. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.)

32 Zob. art. 10b ust. 4 pkt. 3 ustawy oozp.,

faktycznego". W tym miejscu dochodzi zatem do sytuacji paradoksalnej. Opiekun faktyczny nieposiadający pisemnego upoważnienia pacjenta (w tym kontekście zapisy ustawowe o nim nie wspominają w żadnym miejscu), ma prawo do wyrażenia zgody na zbadanie przez rzecznika dokumentacji medycznej pacjenta. Analiza cytowanego w tym miejscu fragmentu ustawy oozp sugerować może, iż zamysłem ustawodawcy było stworzenie sytuacji, w której to pojawi się osoba mogąca upoważnić rzecznika do podjęcia działań w stosunku do pacjenta, który nie jest ubezwłasnowolniony, ale jednocześnie jego stan zdrowia uniemożliwia mu podejmowanie racjonalnych decyzji. W istocie jednak stosując literalnie omawiany przepis należy stwierdzić, że w jego efekcie formalne kompetencje uzyskała osoba, która *de facto* ich nie posiada.

Omawiane uprawnienie posiada szczególne znaczenie w praktyce pracy rzecznika. Część zgłaszanych do rzecznika spraw może zostać wyjaśniona na podstawie rozmowy, konfrontacji opinii, analizy otoczenia itd. Zdarzają się jednak problemy, dla których rozwiązania konieczne jest porównanie opisanych zdarzeń z rzeczywistością zarejestrowaną w historii choroby pacjenta. Doskonale zagadnienie to odnosi się do problemu stosowania przymusu bezpośredniego w postaci unieruchomienia. Zgodnie z zapisami § 3 *Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie szczegółowego trybu i sposobu działania Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego,* do obowiązków rzecznika należy m.in. analizowanie sytuacji pacjentów, wobec których podjęto szeroko rozumiane działania przymusowe, w tym zastosowanie siły fizycznej[33]. Rzecznik ma prawo zbadać sytuację na miejscu. Tym samym osobiście może ocenić: gdzie leży pacjent (czy oddalony jest od dyżurki, czy w danym miejscu jest bezpieczny), może sprawdzić naocznie, czy godność osoby hospitalizowanej jest zachowana (czy pacjent jest ubrany, czy jest nakryty kołdrą lub zasłonięty parawanem), może, czekając ponad 15 minut, przekonać się naocznie, czy pielęgniarki co

33 *Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 stycznia 2006 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu działania Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego*. (Dz. U. Nr 16, poz. 126.

kwadrans sprawdzają i notują aktualny stan unieruchomionego pacjenta. Części jednak wiedzy urzędnik ten nie ma możliwości uzyskać bez przestudiowania treści dokumentacji medycznej: w tym karty zastosowania przymusu bezpośredniego (mowa w tym miejscu o np.: faktycznych przyczynach zastosowania przymusu, osobach w nim uczestniczących, fakcie zbadania pacjenta przez lekarza w odpowiednich odstępach czasu)[34]. W tym miejscu pojawia się istotna luka prawna: rzecznik chcący skontrolować sytuację pacjenta unieruchomionego od kilku tygodni z racji agresywnych zachowań powiązanych z chorobowymi np. objawami autyzmu,[35] nie posiada możliwości obiektywnego zbadania: jak długo trwa przymus, czy wytyczne dotyczące czasowego uwolnienia pacjenta są realizowane, czy raporty pielęgniarskie uzupełniane są na bieżąco, itd. Stan ten komplikuje się również ze względu na charakter zaburzeń, jakich doświadczają pacjenci leczeni w szpitalu psychiatrycznym. Jan Ciechorski słusznie przywołał zapis art. 82 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że „Nieważne jest oświadczenie woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome lub swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Dotyczy to w szczególności choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego, chociażby przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych." (cytat ze strony 123). Warto zatem wyobrazić sobie sytuację, w której to pobudzony psychoruchowo, a jednocześnie unieruchomiony pacjent podpisuje oświadczenie stanowiące zgodę na wgląd w dokumentację. Czy jednak podobna decyzja jest w pełni kompetentna? Czy np. pacjent w manii może w pełni racjonalny sposób podjąć jakąkolwiek decyzję, w tym decyzję dotyczącą

34 Zgodnie bowiem z zapisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia personel pielęgniarski ma obowiązek wspomnianej kontroli stanu pacjenta co 15 minut oraz nie rzadziej niż co 4 godziny: krótkotrwałego uwolnienia, zmiany pozycji ciała, zaspokojenia potrzeb fizjologicznych oraz higienicznych omawianej w tym miejscu osoby. Zob. § 10 i 11 *Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie sposobu stosowania i dokumentowania zastosowania przymusu bezpośredniego oraz dokonywania oceny zasadności jego zastosowania.* (Dz. U. 2012 r., poz. 740.

35 Zob. A. Perzanowska, *Reprezentowanie interesów osób z trudnymi zachowaniami przyjętych do szpitali psychiatrycznych i zabieganie o realizację ich praw* [w:] (red.) A. Rojner, J. Wygnańska, *Rzecznictwo - jak skutecznie zabiegać o realizację praw osób z autyzmem i innymi całościowymi zaburzeniami rozwojowymi*, Fundacja SYNAPSIS, Warszawa 2004, s. 140–141.

przekazania sensytywnych informacji obcej osobie? Pamiętajmy, że to właśnie owy stan pacjenta - połączony ze stwarzaniem zagrożenia – doprowadził do jego unieruchomienia.

Opisywane luki oraz paradoksy stanowią z całą pewnością jedno z kluczowych wyzwań, przed którymi stoją osoby pełniące funkcję rzeczników. Z jednej strony ich zadaniem jest aktywne podejmowanie działań sprawdzających realną ochronę praw pacjenta. Z drugiej jednak warto dodać, że osoby te analizują bardzo często sytuację pacjentów, nieposiadających możliwości wypowiedzenia się odnośnie stanu, w jakim się znajdują. Mowa w tym miejscu o: dzieciach (czasem w bardzo młodym wieku), osobach upośledzonych umysłowo, pacjentach z aktywnymi stanami psychotycznymi, osobach w majaczeniu alkoholowym[36]. Osoby te najczęściej nie posiadają kompetencji do udzielenia rzecznikowi zgody na wgląd w ich historię choroby.

Konkludując: pominięcie rzeczników w odniesieniu do kluczowych uprawnień może powodować pojawienie się kolejnych konfliktów z personelem medycznym. W istocie sytuacja ta jest, jak wspomniano, niezwykłym paradoksem. Jak się bowiem okazuje, na terenie szpitala jedynie rzecznik oraz personel porządkowy nie mają wglądu w dokumentację medyczną pacjenta. Pozostali specjaliści: lekarze, pielęgniarki, psycholodzy, pracownicy zajmujący się statystyką medyczną posiadają podobne uprawnienia[37].

Podsumowanie

Pomoc w zakresie poszanowania praw i wolności pacjenta chorego psychicznie lub doświadczającego innych zaburzeń psychicznych wymaga nie tylko znajomości przepisów prawa, ale również zdolności terapeutycznych takich, jak: cierpliwość, empatia, umiejętność aktywnego słuchania itd.. Nie można skutecznie bronić praw osób chorych

36 Zob. W. Langiewicz, M. Hasiorowska, *Przymusowe hospitalizacje oraz przymus bezpośredni w oddziałach psychiatrycznych w 2006 roku na tle lat wcześniejszych,* Postępy Psychiatrii i Neurologii nr 17/2008, s. 127–133.

37 B. Kmieciak, *Problem tajemnicy psychiatrycznej w kontekście dostępu pracowników niemedycznych do informacji o prawach pacjenta,* Psychiatria i Psychologia Kliniczna nr 1/2014, s. 50-55

psychicznie bez posiadania ugruntowanej wiedzy z zakresu: psychiatrii, psychopatologii, psychologii klinicznej, czy też pedagogiki specjalnej. Z całą pewnością owa ochrona możliwa jest wówczas, gdy dany specjalista potrafi dostrzec niepokojącą sytuację, która świadczyć może o naruszeniu uprawnień danej osoby. Analizując działania rzeczników nie da się stwierdzić, który czynnik ma w tym miejscu istotniejsze znaczenie. Wydaje się, iż owe elementy się wzajemnie przenikają. Rzecznik obdarzony kompetencjami terapeutycznymi niewiele zdziała, jeśli nie będzie posiadał dokładnej wiedzy dotyczącej systemu ochrony zdrowia. Z drugiej jednak strony kompetentny prawnik działający bez przygotowania klinicznego może doprowadzić do zaburzenia wewnątrzoddziałowego ładu społecznego na terenie szpitala, który stanowi istotny czynnik powrotu pacjenta do zdrowia. Liczne uwagi Jana Ciechorskiego podniesione w przywołanym artykule posiadają istotne znaczenie. Rzecznicy psychiatryczni wypełniają swą funkcję w specyficznych warunkach, a ich „klientami" są osoby w bardzo szczególnym stanie. Analiza krytyczna działań podejmowanych przez omawianych urzędników jest konieczna. To bowiem od ich aktywności lub jej braku zależeć może funkcjonowanie osób, które powracają do zdrowia. Podobna analiza musi jednak uwzględniać unikatowy charakter miejsca, jakim jest oddział psychiatryczny. Owa unikatowość powoduje, iż w wielu wypadkach trudno o jednoznaczną odpowiedź na rodzące się liczne pytania. Powyżej zaproponowane uwagi oraz refleksje miały na celu kontynuację debaty dotyczącej praw osób, które częstokroć nie mają możliwości upomnienia się o własne prawa. Miejmy nadzieję, iż owa debata, kontynuowana, przyczyni się do poprawy sytuacji tych, którzy, jak mawiał wspomniany powyżej Antonii Kępiński „[…] więcej czują i inaczej rozumieją i dlatego bardziej cierpią".[38]

38 M. Kostecka i wsp., *Problemy etyczne w terapii schizofrenii,* Psychiatria Polska nr 3/2012., s. 422. Autor w zaprezentowanej pracy wykorzystał materiały zebrane w trakcie pisania pracy doktorskiej pt. *Prawa Pacjenta i ich ochrona. Studium socjologiczne.*

Andrzej Kallaus

Jeszcze raz w kwestii postępowania dotyczącego osoby wymagającej wsparcia medycznego w warunkach zakładu opiekuńczo-leczniczego

W ostatnim czasie można odnotować wzrost liczny spraw zmierzających do określenia sytuacji prawnej osób kierowanych do zakładu opiekuńczo-leczniczego. Wydaje się, że w tej kwestii zachodzą rozbieżności poglądów zarówno w literaturze, jak i w praktyce sądowej. Biorąc pod uwagę doniosłość prawną tych zagadnień, trzeba przyjąć z zadowoleniem kolejną próbę wyjaśnienia występujących w tym względzie wątpliwości. Mowa tu o artykule naukowym autorstwa B. Janiszewskiej[1]. Opracowanie to stanowi propozycję innego ujęcia zagadnienia w stosunku do koncepcji, która odwołuje się do przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty[2] jako podstawy prawnej dla określenia sytuacji pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody na świadczenia zdrowotne udzielone w warunkach ZOL-u. Właśnie takie podejście do omawianej problematyki zaproponowałem w artykule[3] opublikowanym w numerze 3-4 "Prawa i Medycyny" z 2014 r. Ponieważ Wydawnictwo nie zdecydowało się na wydrukowanie tej

1 Zob. ta: *O uwarunkowaniach prawnych umieszczenia w zakładzie opiekuńczo-leczniczym (głos w dyskusji)*, Prawo i Medycyna nr 1/2015, s. 87 i n.

2 Ustawa z dn. 05.12.1996 r., Dz.U.2011.277.1634, z póź. zm.

3 Zob. A. Kallaus, *Zezwolenie na udzielenie pacjentowi niezdolnemu do świadomego wyrażenia zgody świadczeń zdrowotnych w warunkach zakładu opiekuńczo-leczniczego*, Prawo i Medycyna nr 3-4/2014, s. 107 i n.

wypowiedzi wraz z przepisami, poczuwam się w obowiązku uzupełnienia mojej argumentacji i ustosunkowania się do stanowiska B. Janiszewskiej.

Wydaje się, że zasadnicza różnica w poglądach pomiędzy mną a autorką sprowadza się do odmiennego położenia akcentów w omawianej sprawie. Autorka wysuwa na plan pierwszy kwestię pobytu w zakładzie opiekuńczo-leczniczym, przypisując zagadnieniu udzielenia pacjentowi wsparcia lekarskiego znaczenie odrębnego przedmiotu rozpoznania. Natomiast prezentowany przeze mnie pogląd opiera się na założeniu, że sąd w celu określenia sytuacji prawnej osoby kierowanej do ZOL-u rozstrzyga o koniecznych dla niej świadczeniach zdrowotnych, a więc również o warunkach ich przeprowadzenia, które w tym wypadku wiążą się z koniecznością umieszczenia pacjenta w stacjonarnej placówce. Wyrażam zapatrywanie, iż w sprawie dotyczącej pobytu w ZOL-u nie chodzi wyłącznie o rozstrzygniecie tego, jaka jednostka podmiotu leczniczego jest właściwa do udzielenia świadczeń zdrowotnych, ale przede wszystkim o legalizację działań lekarskich, które stają się udziałem pacjenta w warunkach innych niż szpital. Umieszczenie w zakładzie leczniczym nie ma na celu zaspokojenia potrzeb życiowych w wymiarze egzystencjalnym, lecz podjęcie starań o poprawę kondycji zdrowotnej. Te pierwsze są gwarantowane pacjentowi podczas jego pobytu w placówce leczniczej niejako po drodze do osiągnięcia właściwego zamierzenia. Skierowanie ma tu drugorzędne znaczenie, choć niewątpliwie także to zagadnienie staje się przedmiotem rozpoznania sądu opiekuńczego. W postępowaniu tym sąd orzeka o warunkach przeprowadzenia leczenia, a więc również ma obowiązek ustalić, który z zakładów opiekuńczo-leczniczych powinien udzielić pacjentowi stosownych do jego stanu zdrowia świadczeń, a nawet wskazać ten zakład w sentencji postanowienia[4]. Jest oczywiste, że takie

4 W praktyce orzeczenia najczęściej odnoszą się do osób, które już przebywają w określonym zakładzie, mają one więc charakter legalizujący. Z Rozporządzenia w sprawie kierowania do zakładów opiekuńczo-leczniczych i pielęgnacyjno-opiekuńczych (Dz.U.2012.731) wynika, że świadczeniobiorca dokonuje wyboru pomiędzy istniejącymi jednostkami, które działają w postaci wymienionych przedsiębiorstw podmiotu leczniczego. Skoro orzeczenie sądu opiekuńczego ma zastąpić skierowanie, to sąd powinien skonkretyzować i ten aspekt zgody pacjenta. O wyborze lekarza stanowi m.in. Kodeks Etyki Lekarskiej (art. 12 ust. 2). Por. w tym

orzeczenie stanowi jednocześnie skierowanie do konkretnej placówki. Podobnie rzecz przedstawia się w wypadku spraw prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego[5]. Sąd umieszczając w szpitalu psychiatrycznym osobę z zaburzeniami psychicznymi, przede wszystkim zezwala na jej leczenie w warunkach izolacyjnych, a więc legalizuje czynności, które wkraczają w sferę dóbr osobistych, najbardziej chronionych prawem. Z uwagi na długofalowy okres leczenia w ZOL-u nie można odmówić racji B. Janiszewskiej, iż kwestia umieszczenia w zakładzie opiekuńczo-leczniczym nie może być w postępowaniu pominięta. Autorka zupełnie słusznie zwraca uwagę, iż w tego rodzaju sprawach chodzi również o ingerencję w chronione dobro osobiste, jakim jest wolność człowieka. Nie umniejszając znaczenia tego zagadnienia, pozostaję jednak przy swoim poglądzie, iż orzeczenie zezwalające na przeprowadzenie konkretnych świadczeń zdrowotnych w warunkach wskazanej placówki spełnia wymóg dookreślenia miejsca pobytu pacjenta. Można powiedzieć, że zachowuje ono właściwą proporcję pomiędzy celem a środkiem do jego osiągnięcia. W wypadku izolacji ze względów zdrowotnych aspekt terapeutyczny podejmowanych działań jest kwestią fundamentalną. Uzasadnia on bowiem legalność pozbawienia jednostki dotychczasowego środowiska. Można tę zależność zaobserwować na przykładzie przepisów o ochronie zdrowia psychicznego, ale jeszcze w większym stopniu jest ona widoczna na gruncie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, która znajduje bezpośrednie zastosowanie w wypadku umieszczenia osoby w ZOL-u[6]. Wszakże w wypadku konieczności wydania zezwolenia na operację pacjenta w warunkach szpitalnych sąd opiekuńczy nie decyduje

zakresie S. Niemczyk i A. Łazarska, *Materialnoprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, Prawo i Medycyna nr 2/2005, s. 57 oraz W. Witczak, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny w świetle ustawy o zawodzie lekarza* (w:) *Ecclesia et status. Księga Jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej Profesora Józefa Krukowskiego*, pod red. A. Dębińskiego, K. Orzeszyna, M. Sitarza, Lublin 2004 r., s. 948.

5 Ustawa z dn. 19.08.1994 r., Dz.U.2011.231.1375, z póź. zm.

6 W art. 26 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi z dn. 26.10.1982 r. (Dz.U. 2012.1356) ustawodawca również na plan pierwszy wysuwa obowiązek leczenia, natomiast jego rodzaj stanowi wskazanie warunków przymusu.

o umieszczeniu go szpitalu w celu dokonania zabiegu, choć i w tym wypadku dochodzi do czasowego pozbawienia tej osoby wolności.

W sprawach odnoszących się do zdrowia danej jednostki skierowanie jest aktem administracyjnym, który precyzuje placówkę uprawnioną do przyjęcia pacjenta. Tymczasem zgoda (zezwolenie) na jego leczenie ma znaczenie kluczowe, gdyż sprawia, że pomoc lekarska uzyskuje cechy świadczenia legalnego. Jak zauważa B. Janiszewska, umieszczenie osoby w ZOL-u nie jest równoznaczne ze zgodą na jej leczenie[7].

Pobyt pacjenta w placówce ma zamysł terapeutyczny, a nie opiekuńczy. Ten cel determinuje sposób oraz podstawę prawną rozpoznania sprawy. Wyrażam pogląd, że ustawy medyczne, a w szczególności ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty, powinny odnosić się do wszystkich świadczeń zdrowotnych, niezależnie od tego, kto te świadczenia wykonuje.[8] Każda, nawet stosunkowo prosta czynność medyczna, która może być wykonana przez inną osobę niż lekarz, wymaga uzyskania zgody pacjenta, a więc podlega reżimowi wspomnianej ustawy. Jej przepisy posługują się pojęciem lekarza jako podmiotu decydującego o sposobie leczenia w każdym jego aspekcie. W tym znaczeniu przy wykładni unormowań ustawowych określających przesłanki udzielenia pomocy lekarskiej należy położyć akcent przede wszystkim na rozpoznanie przedmiotu działania, który w wy-

---

7 Zob. ta, op. cit., s. 101. Orzeczenie umieszczające osobę w zakładzie opiekuńczo-leczniczym rozstrzyga kwestię odnoszącą się do wolności jednostki, ale abstrahuje od zgody na konieczne czynności medyczne. W swojej praktyce nie spotkałem się z sytuacją, w której osoba kierowana do ZOL-u nie wymagałaby opieki lekarskiej.

8 O potrzebie szerokiego ujęcia pojęcia pomocy lekarskiej z punktu widzenia konieczności uzyskania zgody na jej udzielenie zob. J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, Monitor Prawniczy nr 16/2003, s. 742-743. Według A. Dudzińskiej każdy zabieg medyczny wymaga zgody, przy czym może ona odnosić się do pewnego procesu, na który składają się różne czynności (np. zgoda na zaopatrzenie rany zawiera jednocześnie akceptację jej zdezynfekowania oraz założenia opatrunku). Zob. ta: *Zgoda na działanie medyczne*, Państwo i Prawo nr 11/2009, s. 70. S. Niemczyk i A. Łazarska podkreślają, że lekarz jest zobowiązany uzyskać zgodę pacjenta na wszelkie zabiegi terapeutyczne, diagnostyczne i profilaktyczne. Zob. w/w, op. cit., s. 49. Tak samo R. Kubiak. Autor zaznacza, że konieczne jest uzyskanie zgody na wszelkie interwencje medyczne, bez względu na to, czy mają one charakter terapeutyczny oraz jakie łączy się z nimi ryzyko. Według w/w pojęciem świadczeń zdrowotnych należy objąć wszelkie czynności ukierunkowane na ochronę życia lub zdrowia ludzkiego, wykonywane zgodnie ze sztuką medyczną oraz przez wykwalifikowane podmioty. Zob. tenże: *Prawo medyczne,* Warszawa 2010, s. 19 i 342. Istnienie wymogu uzyskania zgody na wszelkie zabiegi, nie tylko terapeutyczne, zostało też wyartykułowane przez M. Nesterowicza. Zob. tenże: *Prawo medyczne*, Toruń 2013., s. 155.

padku świadczeń zdrowotnych w szerokim tego słowa znaczeniu ma zawsze konotację odnoszącą się do procesu terapeutycznego. Można to zobrazować przykładem dotyczącym badania rezonansem magnetycznym z użyciem kontrastu. Czynności takie jak podanie środka kontrastującego, a nawet uruchomienie i obsługa aparatury mogą być przeprowadzone przez personel techniczny. Nie zmienia to postaci rzeczy, że powyższe badanie ordynuje lekarz, a co za tym idzie, właśnie on powinien zapewnić prawne warunki jego przeprowadzenia. Innymi słowy, świadczenie zdrowotne nie zmienia swojej natury tylko dlatego, że zostaje spełnione np. przez pielęgniarkę.

Wzgląd na potrzebę zapewnienia pacjentowi najwyższego standardu prawnego w kwestiach medycznych skłania do tego, aby zachować spójność pojęciową w ramach całego systemu prawnego. Dlatego terminy użyte w jednym akcie prawnym nie powinny uzyskiwać innego znaczenia w innym uregulowaniu. Nie tylko wykładnia językowa, ale również systemowa przemawiają za przyjęciem takiego modelu postępowania, w którym jednostka, niezależnie od swojego stanu zdrowia, posiada zagwarantowaną możliwość stanowienia o sobie, mając wgląd w rodzaj pomocy lekarskiej oraz sposób jej udzielenia, a nawet w skutki uboczne proponowanej terapii. Jeżeli pacjent jest niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, to sytuacja zmienia się w zasadzie tylko w takim stopniu, że jego oświadczenie zostaje zastąpione zezwoleniem sądu opiekuńczego. Jednak warunki do zalegalizowania świadczenia zdrowotnego pozostają tożsame, a wręcz uzyskują one odpowiednio wyższy poziom, gdyż są one weryfikowane przez organ stosujący najwyższe standardy. Sąd stoi tu na straży nie tylko potrzeby udzielenia pomocy lekarskiej i jej profesjonalizmu, ale również autonomii jednostki. Przeto w sprawie o zezwolenie na udzielenie świadczeń zdrowotnych w warunkach ZOL-u konieczne jest również ustalenie, że pacjent nie jest władny decydować o swoim losie.

Pogląd wyrażony przez B. Janiszewską opiera się na założeniu, iż umieszczenie w ZOL-u jest rozstrzygnięciem obierającym za swój przedmiot nie leczenie lub utrzymanie kondycji zdrowotnej pacjenta na odpowiednim poziomie, lecz ingerującym w sferę możności

„swobodnego realizowania własnych zamierzeń co do miejsca pobytu i poddawania się w wybranych warunkach czynnościom pielęgnacyjnym i rehabilitacyjnym”[9]. W tym ujęciu sąd, podobnie jak w wypadku przyjęcia do domu pomocy społecznej, zajmuje się określeniem sytuacji opiekuńczej jednostki. Nie ulega przy tym wątpliwości, że powinien mieć ku temu podstawę prawną o randze ustawowej. W obowiązującym systemie prawnym nie ma przepisów, z wyjątkiem aktu o mniejszej doniosłości[10], zezwalających na oparcie tej treści orzeczenia na prawnych przesłankach, chyba że sięga się po analogię do innych unormowań. Jednak teza ta doznaje wyłomu na rzecz jednego przypadku. Otóż kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje możliwość umieszczenia w zakładzie opiekuńczo-leczniczym *expressis verbis*[11]. Chodzi jednak w tym wypadku o małoletniego, który znalazł się w szczególnej sytuacji. Powstaje zatem pytanie, czy to uregulowanie stanowi argument przemawiający za trafnością poglądu przedstawionego przez B. Janiszewską. Wbrew pozorom tak nie jest. Z analizy przepisów wynika, że umieszczenie dziecka w ZOL-u zostało zrównane z zarządzeniem opiekuńczym, którego podstawowym celem jest stworzenie dla małoletniego pieczy zastępczej[12]. Przeto kierujący zakładem opiekuńczo-leczniczym staje się przedstawicielem ustawowym, uprawnionym - z mocy prawa - do wychowywania dziecka i jego reprezentowania w określonych sprawach. W tym jednym wypadku kwestie opiekuńcze uzyskują większe znaczenie aniżeli względy lecznicze. Sytuacja osoby pełnoletniej jest zupełnie inna, gdyż jest ona kierowana do ZOL-u ze względu na stan zdrowia, a nie po to, aby roztoczyć nad nią pieczę. W tym wypadku kierujący zakładem opiekuńczo-leczniczym nie posiada samoistnego uprawnienia do decydowania w kwestii prowadzenia pacjenta w procesie terapeutycznym. Uregulowanie zawarte w k.r.o.

9 Zob. ta, op. cit., s. 100.

10 Mowa tu o Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dn. 25.06.2012 r. w sprawie kierowania do zakładów opiekuńczo-leczniczych i pielęgnacyjno-opiekuńczych, Dz.U.2012.731.

11 Zob. art. 109 i 112^1 k.r.o. w brzmieniu nadanym ustawą z dn. 25.07.2014 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2014.1188).

12 Zob. więcej na ten temat A. Kallaus, *Udział osoby małoletniej w postępowaniu opiekuńczym*, Poznań 2015 r., s. 261-262.

dotyczy tylko porzuconego dziecka. Z wnioskowania *a contrario* wynika, że małoletni znajdujący się w innej sytuacji, a wymagający leczenia w warunkach ZOL-u, nie może być umieszczony w tej placówce. Wówczas sąd w sprawie opiekuńczej będzie władny zdecydować jedynie o udzieleniu dziecku świadczeń zdrowotnych w warunkach tego zakładu, jeśli zajdą ku temu odpowiednie przesłanki. To spostrzeżenie dowodzi tezy, że nie mamy do czynienia z istnieniem luki prawnej (co najwyżej z brakiem precyzji uregulowań zawartych w akcie niższego rzędu), lecz z systemem opartym na spójnych założeniach[13].

B. Janiszewska dostrzega potrzebę wydania w sprawie o zezwolenie na udzielenie pacjentowi świadczeń zdrowotnych postanowienia o elastycznej formule [14]. Z tym poglądem należy się w pełni zgodzić. Powstaje zatem pytanie, czy zaproponowana przeze mnie treść orzeczenia spełnia ten wymóg. Dla zobrazowania tej kwestii można przytoczyć następującą sentencję rozstrzygnięcia: *Sąd postanawia zezwolić na udzielenie Janowi Kowalskiemu w warunkach Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego w Błażowej świadczeń zdrowotnych w postaci: kompleksowej toalety ciała, przeprowadzania ćwiczeń oddechowych, karmienia przez sondę lub przetokę, podawania dożylnie płynów infuzyjnych, wykonywania EKG, obserwacji i kontroli poziomu bólu, pielęgnacji rurki tracheotomijnej, rehabilitacji w zakresie ćwiczeń w łóżku pacjenta, prowadzenia bilansu wodnego, przeprowadzenia profilaktyki przeciw odleżynom, pielęgnacji ciała w miejscu ich powstania oraz ich leczenia*. Wydaje się, że orzeczenie to, obierając za swój przedmiot nie tylko określoną pomoc medyczną, lecz również warunki jej przeprowadzenia, przesądza o zasadności pobytu pacjenta w placówce, w której zostaną podjęte czynności przewidziane przez ustawę o działalności leczniczej[15]. Oznaczenie rodzaju świadczeń zdrowotnych skutkuje tym, że z jednej strony dochodzi do stworzenia podstaw legalności ich

13 Wydaje się, że mimo krytyki mojego poglądu również B. Janiszewska uznaje stosowanie *per analogiam* przepisów dopuszczających możliwość umieszczenia osób w jednostkach stacjonarnych za niewłaściwe rozwiązanie. Zob. ta, op. cit., s. 107 i n.

14 Zob. ta, op. cit., s. 103.

15 Ustawa z dn. 15.04.2011 r., Dz.U.2013.217 z póź.zm.

udzielania, a z drugiej strony umożliwia personelowi medycznemu dopasowanie konkretnej usługi do potrzeb pacjenta.

Gwarancją wydania optymalnego orzeczenia jest włączenie do kręgu zainteresowanych tych osób, z których sferą prawną powiązany jest stan zdrowia osoby kierowanej do ZOL-u[16]. Pogląd ten wychodzi naprzeciw potrzebom praktyki[17]. Właśnie osoby bliskie inicjują najczęściej tego rodzaju sprawy. W dodatku są one zdeterminowane w uzyskaniu orzeczenia najbardziej korzystnego dla określenia sytuacji osoby, której dotyczy postępowanie. Wydaje się, że nie ma zasadniczych powodów, aby negować ich prawo inicjowania i czynnego występowania w sprawie, tym bardziej że model postępowania prowadzonego z urzędu w stosunku do osób pełnoletnich jest rozwiązaniem mniej korzystnym aniżeli ten, który znajduje swoje umocowanie w zasadzie kontradyktoryjności. Jeżeli jednak dopuszcza się możliwość wniesienia wniosku w danym przypadku, to tym samym kwestię wszczęcia postępowa trzeba uzależnić od spełnienia pewnych warunków formalnych pisma procesowego. Należy pamiętać, że w sprawach, które mogą być wszczęte z urzędu, decyzja o ich prowadzeniu należy wyłącznie do sądu opiekuńczego. Zwrot wniosku może stanowić dla osoby zainteresowanej asumpt do zebrania materiału w celu pełniejszego przedstawienia swojego stanowiska.

Reasumując, zaproponowana przeze mnie koncepcja ma ten walor, że pozwala w jednym postępowaniu sądowym rozstrzygnąć wszelkie kwestie związane z ochroną prawa człowieka do samostanowienia, bez konieczności sięgania do innych przepisów w drodze analogii, która rzadko daje pożądany rezultat, a w wypadku tak fundamentalnych kwestii jest wręcz niewskazana.

---

16 Już na gruncie przepisów postępowania niespornego w sprawach rodzinnych oraz z zakresu kurateli uważano, że zainteresowanie wynikiem sprawy opiekuńczej może mieć również naturę uczuciową. Zob. J. Ignatowicz (w:) Kodeks rodzinny. Komentarz, pod red. M. Grudzińskiego i J. Ignatowicza, Warszawa 1959 r., s. 751. A przecież w działaniu osoby bliskiej można tu odnaleźć przejawy interesu prawnego *sensu stricto*. W braku orzeczenia wnioskodawca może stanąć przed koniecznością urzeczywistnienia dla swojego krewnego innej formy wsparcia lekarskiego np. w ramach tzw. hospicjum domowego.

17 Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty nie wprowadza żadnych reglamentacji w odniesieniu do legitymacji czynnej i biernej. Przeto znajdują tu zastosowanie uregulowania ogólne. Inaczej B. Janiszewska, która uważa, że postępowanie dotyczące zezwolenia w przedmiocie leczenia może być prowadzone wyłącznie z urzędu. Zob. ta, op. cit., s. 111.

Joanna Wojnarowska

Sprawozdanie z ogólnopolskiej interdyscyplinarnej konferencji naukowej *Współczesne problemy w transplantologii - prawo, medycyna, filozofia*

24 kwietnia 2015 roku w Warszawie odbyła się ogólnopolska, interdyscyplinarna konferencja naukowa pt. ***Współczesne problemy w transplantologii – prawo, medycyna, filozofia***. Organizatorami przedsięwzięcia były **Koło Naukowe Prawa Medycznego i Farmaceutycznego** działające przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz **Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne ds. Transplantacji *Poltransplant***. Obrady toczyły się w Sali Balowej Pałacu Tyszkiewiczów-Potockich i podzielone zostały na trzy panele. Każdy z nich składał się z kilku wystąpień prelegentów i następującej po nich dyskusji.

Konferencję otworzyli uroczyście **prof. dr hab. n. med. Roman Danielewicz** (dyrektor Poltransplantu) oraz opiekun Koła, **dr hab. Maria Boratyńska** (Instytut Prawa Cywilnego WPiA UW).

Panel pierwszy rozpoczął **prof. dr hab. n. med. Andrzej Chmura** (kierownik Kliniki Chirurgii Ogólnej i Transplantacyjnej w Szpitalu Klinicznym Dzieciątka Jezus w Warszawie), który w swoim wystąpieniu pt. „Dawstwo altruistyczne jako rzeczywista potrzeba polskiej transplantologii" już w pierwszych słowach zwrócił uwagę na ogromne znaczenie transplantacji. W tym kontekście podkreślił

nieporównywalnie większe korzyści płynące z przeszczepu nerki w opozycji do dializoterapii. Prelegent podkreślił, iż transplantacja narządu daje szanse na dużo dłuższe przeżycie biorcy oraz jest tańsza od długotrwałych dializ, pomimo wysokich, acz jednorazowych, kosztów operacji. Przede wszystkim zaś przeszczep prowadzi do całkowitego powrotu do zdrowia biorcy. Prof. Chmura zauważył, iż mimo takiego stanu rzeczy w Polsce liczba dializowanych osób wynosi ok. 20 tysięcy, podczas gdy aktywna lista osób zgłoszonych do przeszczepu to tylko około tysiąca osób, co stanowi jedynie 5% wszystkich chorych. Dla porównania zwrócił uwagę, iż w wielu innych krajach osoby oczekujące na przeszczep to nawet 20% chorych.

Następnie prof. Chmura odniósł się do kwestii przeszczepiania narządów od dawców żywych, zaznaczając, iż stanowią one jedynie 5% ogólnej liczby zabiegów tego rodzaju. Przechodząc do kwestii dawców altruistycznych zaznaczył, iż w jego ocenie trafniejszym sformułowaniem jest „dawca anonimowy". Prof. Chmura zwrócił uwagę, iż na gruncie art. 12 ustawy transplantacyjnej[1] dawstwo anonimowe, a więc możliwość zgłoszenia gotowości do oddania narządu bez wskazania beneficjenta, ze względu na użycie przez ustawodawcę sformułowań „określony dawca" i „określony biorca" jest w Polsce nielegalne. Podkreślił także szkodliwość tego zjawiska, zaznaczając, iż stały napływ dawców anonimowych jest podstawowym warunkiem do zwiększenia ilości i płynności przeszczepień od dawców żywych.

Prawne uwarunkowania dawstwa *ex vivo* przedstawiła w kolejnym wystąpieniu **dr Katarzyna Syroka-Marczewska** (Instytut Prawa Karnego WPiA UW). Najwięcej uwagi poświęciła kwestii powiązania, jakie musi zaistnieć między dawcą a biorcą przeszczepu. Art. 12 ustawy transplantacyjnej stanowi, iż jest to formalnoprawne pokrewieństwo lub szczególne względy osobiste. Charakteryzując owe szczególne względy osobiste dr Syroka-Marczewska mówiła o relacjach psychicznych i emocjonalnych łączących dwie osoby. Odwołała się także do

1 Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. 2005 nr 169 poz. 1411).

wytycznych Krajowej Rady Transplantacyjnej w zakresie interpretacji klauzuli „szczególnych względów osobistych”[2], wedle których konstrukcja przepisu powinna służyć uelastycznieniu tekstu ustawy, tak, aby mógł on być interpretowany jak najszerzej, uwzględniając różnorodne relacje międzyludzkie, które nie mieszczą się w kryterium pokrewieństwa. Na obszernej liście powiązań między osobami, jakie według dr Syroki-Marczewskiej mieszczą się w zakresie znaczeniowym szczególnych względów osobistych, znalazły się między innymi relacje pomiędzy: biologicznymi krewnymi a osobą przysposobioną, rozwodnikami, przyrodnim rodzeństwem, przedstawicielami ustawowymi danej osoby, narzeczonymi, partnerami homoseksualnymi, przyjaciółmi, a nawet wspólnie zamieszkującymi studentami czy współpracownikami. Decydujące powinny być zawsze okoliczności danej, konkretnej sprawy i możliwość udowodnienia zaistnienia owych szczególnych względów osobistych.

Dr Syroka-Marczewska wskazała także na problem, jaki stanowi pominięcie przez ustawodawcę kwestii altruistycznego (anonimowego) dawstwa narządów.

Następne wystąpienie pt. „Zgoda na przeszczep w perspektywie zadań sądu opiekuńczego” wygłosiła **dr hab. Beata Janiszewska** (Instytut Prawa Cywilnego WPiA UW, sędzia Sądu Okręgowego Warszawa-Praga). Prelegentka zwróciła w nim uwagę przede wszystkim na bardzo poważne uchybienie ustawodawcy, jakim jest brak odpowiednich przepisów proceduralnych w ustawach z zakresu prawa medycznego. Powoduje to konieczność odwoływania się do przepisów kodeksu postępowania cywilnego, które ze względu na swój wysoki stopień sformalizowania nie zawsze są odpowiednie - szczególnie, gdy w określonym przypadku ze względów medycznych zachodzi potrzeba szybkiego działania. W sferze materialnoprawnej dr hab. Janiszewska wskazała na niejednokrotnie bardzo problematyczny styk ustaw: transplantacyjnej, ustrojowych ustaw medycznych i prawnorodzinnych,

2 *Wytyczne Zespołu Prawnego Krajowej Rady Transplantacyjnej dla Komisji Etycznej w zakresie interpretacji klauzuli „Szczególnych względów osobistych” przy pobraniu narządów od żywych dawców niespokrewnionych*

oraz na występujące pomiędzy nimi rozbieżności, sprzeczności oraz nierozstrzygnięte luki. Dla zobrazowania zjawiska dr hab. Janiszewska dokonała przedstawienia etapów postępowania sądowego dotyczącego zgody na przeszczep od małoletniego dawcy, wskazując kolejno występujące problemy.

W następnej części swojego wystąpienia dr hab. Janiszewska odniosła się do interpretacji klauzuli generalnej szczególnych względów osobistych, zaproponowanej przez dr Syrokę w wystąpieniu poprzedzającym. Zaznaczyła, iż ustawodawca celowo użył sformułowania „szczególne", po to właśnie, aby uniknąć zbyt szerokiej interpretacji, która w tej sytuacji jest swoistym „psuciem prawa". Podkreśliła, iż istnieje potrzeba zmiany prawa w stronę poszerzenia kręgu dawców, nie należy tego jednak dokonywać poprzez wykładnię. Dr hab. Janiszewska stwierdziła też, że wiele wątpliwości w tej kwestii zostałoby usuniętych poprzez wprowadzenie instytucji dawstwa anonimowego.

Psychologiczną perspektywę dawstwa nerki *ex vivo* przedstawił **dr n. hum. Mateusz Zatorski** (wykładowca SWPS w Warszawie, współpracownik Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie). Zaproponował spojrzenie na donację z punktu widzenia altruizmu jak i teorii wymiany społecznej, a więc pragmatycznego podejścia bazującego na rachunku zysków i strat. Następnie dokonał przykładowej analizy korzyści i strat, jakie z perspektywy psychologicznej wystąpią u osób, które decydują się na oddanie narządu oraz u takich, które tej pomocy odmawiają. W dalszej części dr Zatorski scharakteryzował osobowość altruistyczną, podkreślając rolę socjalizacji w jej kształtowaniu. Zaznaczył także konieczność zmian w dziedzinie transplantologii, podkreślając pozytywne skutki zwiększenia puli potencjalnych dawców (o dawców altruistycznych), przy jednoczesnym zachowaniu jednolitych, transparentnych procedur kwalifikacji, przeprowadzanej przez interdyscyplinarny zespół ekspertów. Wspomniał również o konieczności edukacji społecznej w celu poszerzenia postaw altruistycznych oraz ustanowienia dla dawstwa altruistycznego jednoznacznych i czytelnych podstaw prawnych.

W kolejnym wystąpieniu **dr n. med. Rafał Kieszek** (Klinika Chirurgii Ogólnej i Transplantacyjnej Szpitala Dzieciątka Jezus w Warszawie) opowiedział o pierwszym w Polsce przeszczepieniu krzyżowym. Na początku zaznaczył, jak bardzo pożądane w chirurgii jest dokonywanie przeszczepów nerek *ex vivo*. Nerki pobrane od żywych dawców działają bowiem lepiej i dłużej. Wskazał też, że w 2012 roku w Unii Europejskiej przeszczepy nerek od żywych dawców stanowiły średnio 20% wszystkich przeszczepów tych narządów (w Polsce to jedynie 5%). Sposobem na poszerzenie puli dawców jest wprowadzenie programu przeszczepów krzyżowych (pomiędzy dwiema niespokrewnionymi ze sobą parami dawca-biorca) lub tzw. dawstwa domino (gdy par dawca–biorca jest więcej), które funkcjonują już z powodzeniem w wielu krajach.

Jak podkreślił dr Kieszek, główny problem, z jakim boryka się polska transplantologia, to brak jasnych przepisów prawnych umożliwiających jej swobodny rozwój. Pierwszy przeszczep krzyżowy, który miał miejsce w lutym tego roku, możliwy był bowiem jedynie ze względu na szeroką wykładnię pojęć ustawowych, co według dra Kieszka nie jest sytuacją pożądaną.

Ostatnie wystąpienie przed przerwą obiadową wygłosiła **mgr Aleksandra Tomaszek** (koordynator transplantacyjny ze Szpitala Dzieciątka Jezus w Warszawie). Jako osoba czuwająca nad całym procesem przeszczepienia narządu wskazała na szereg problemów, z jakimi borykają się dawcy i biorcy, z których największym jest brak dostatecznej informacji. Opisała także przebieg spotkań z dawcą i biorcą, mających miejsce przed i w trakcie procedury kwalifikującej do przeszczepu oraz warunki kwalifikowania na biorcę lub dawcę.

Po wystąpieniach prelegentów odbyła się dyskusja. Głos zabrał m.in. prof. dr hab. n. med. Ryszard Grenda (kierownik Kliniki Nefrologii, Transplantacji Nerek i Nadciśnienia Tętniczego w Warszawie w Centrum Zdrowia Dziecka w Warszawie). Odniósł się do wątpliwości wyrażonych przez dr hab. Beatę Janiszewską dotyczących negatywnych skutków szerokiej wykładni pojęcia „szczególnych względów osobistych" zaproponowanej w Wytycznych Krajowej Rady

Transplantacyjnej oraz kwestii podmiotu, na którym ciąży obowiązek oceny istnienia owej szczególnej relacji. Przedstawił skomplikowaną procedurę kwalifikacji, jaką muszą przejść dawca i biorca, zanim do sądu trafi wniosek w tej sprawie. Zauważył też, iż Komisja Etyczna dysponuje odpowiednimi narzędziami i środkami do dokonania pełnej oceny sytuacji. Sąd rozpoznaje więc sprawę w oparciu o dokumenty sprawdzone już kilkakrotnie, szczegółowe analizy powinny być zatem prowadzone tylko, jeśli w dalszym ciągu dane okoliczności budzą wątpliwość. Przytoczył także przypadki z praktyki, kiedy to sądy w sytuacjach nagłych z powodzeniem orzekały w trybie dwudziestoczterogodzinnym.

Dr hab. Janiszewska podkreśliła, iż tak sprawne orzekanie przez sądy możliwe jest w sytuacjach wyjątkowych i tylko dzięki rzetelnej pracy komisji etycznej i wypracowanemu między tymi instytucjami zaufaniu. Jednocześnie zaznaczyła, iż duży automatyzm w działaniu sądów oraz uprzednie dogłębne badanie sprawy przez komisję podważa sens udziału sądu w procedurze i nie licuje z powagą tego urzędu.

Prof. Andrzej Chmura dodał, iż w dyskutowanej kwestii wniosek do sądu kierowany jest zazwyczaj w momencie, w którym istnieje niemalże pewność, iż sprawa zostanie rozpoznana pozytywnie, gdyż dawca i biorca spełniają wszelkie wymagane kryteria. Zaznaczył także, iż nie ma z reguły konieczności natychmiastowego rozpoznania sprawy przez sąd, ponieważ procedury medyczne przygotowujące do przeszczepu trwają nawet rok.

W dalszej części dyskusja dotyczyła takich kwestii jak: zgoda małoletniego na przeszczep (możliwości jej wyrażenia, weryfikacji oraz sytuacji, w której dojść może do przymuszenia małoletniego przez przedstawicieli ustawowych do wyrażenia owej zgody), potrzeba kształtowania altruistycznych postaw w społeczeństwie, nadchodząca ratyfikacja Konwencji Bioetycznej Rady Europy i idąca za nią szansa na pozytywne zmiany w ustawie transplantacyjnej oraz możliwość cofnięcia zgody przez dawcę lub biorcę na każdym etapie przygotowania do przeszczepienia.

Po przerwie obiadowej jako pierwszy referat wygłosił **prof. dr hab. n. med. Ryszard Grenda**. Mówiąc o przeszczepianiu narządów u dzieci ukazał jasne i ciemne strony tego procesu, zwrócił też uwagę na dylematy etyczne, które pojawiają się w jego trakcie. Przeszczepienie wyprzedzające daje małym pacjentom, u których bardzo wcześnie wykryto nieprawidłowości w funkcjonowaniu narządów, szansę na w pełni normalny rozwój i życie nienaznaczone trudami choroby. Mimo to decyzja o wykonaniu zabiegu nie jest prosta, często bowiem u dzieci występuje problem wad wielonarządowych, uszkodzeń genetycznych, w których to przypadkach przeszczepienie jednego narządu to jedynie częściowe rozwiązanie problemu. Należy rozstrzygnąć wtedy, czy prawidłowym działaniem jest oddanie narządu dziecku, które z powodu innych nieprawidłowości rozwojowych nie ma szans na „normalne" życie, czy może lepiej przeszczepienia dokonać u dziecka rozwijającego się poprawnie.

Kolejnym dylematem etycznym w dziedzinie transplantologii jest ponowna kwalifikacja do przeszczepu osób, zwykle nastolatków i młodych dorosłych, którzy z powodu własnych zaniedbań, nieprzyjmowania leków i ryzykownych zachowań doprowadzili do utraty pierwszego przeszczepu. Czy należy im się kolejny przeszczep? Czy może powinno się ratować inną osobę, która nie zmarnowała już raz danej jej szansy? Te i wiele innych, bardzo trudnych pytań zostały przez prof. Grendę pozostawione pod rozwagę uczestników konferencji, dając obraz tego, jak wiele kwestii w dziedzinie trnsplantacji na wielu różnych płaszczyznach wciąż pozostaje nierozwiązanych.

Następna prelekcja autorstwa **dr n. hum. Anny Jakubowskiej-Wineckiej** (kierownik Zakładu Psychologii Zdrowia w Centrum Zdrowia Dziecka w Warszawie) dotyczyła sytuacji, w jakiej znajduje się żywy dawca nerki, ujętej z perspektywy psychologicznej. Dr Jakubowska-Winecka wskazała na szereg poświęceń, jakich sytuacja wymaga od żywego dawcy (m. in. zmiana trybu życia, dojazdy na badania, rezygnacja z pracy zawodowej), tłumaczyła także, dlaczego niektóre osoby są gotowe na ich dokonanie. Zaznaczyła jednak, iż niejednokrotnie decyzja o dawstwie może być podejmowana pod wpływem nacisków

ze strony otoczenia lub w wyniku męczących wyrzutów sumienia za zaniedbanie rodziny i próbę swoistego „odkupienia winy". Dużo miejsca dr Jakubowka-Winecka poświęciła przeszczepom rodzinnym, ich psychologicznym uwarunkowaniom oraz następstwom.

Wystąpienie **dr hab. Przemysława Konieczniaka** dotyczyło bardzo popularnej w mediach w okresie poprzedzającym konferencję sprawy przeszczepienia całego ciała do głowy. Dr hab. Konieczniak w sposób niezwykle obrazowy i z akcentami humorystycznymi przedstawił historyczne przypadki, mogące stanowić pierwowzór dla omawianego zabiegu, następnie zaś dokonał gruntownej analizy przepisów polskiego prawa, dotyczących przeprowadzania eksperymentów medycznych. Wskazując braki w polskich rozwiązaniach legislacyjnych i nieścisłość w unormowaniu eksperymentów medycznych, przedstawił hipotetyczne warianty kwalifikacji prawnej tego jakże skomplikowanego przypadku.

Na zakończenie drugiego panelu uczestnicy konferencji wysłuchali **mgra Macieja Nowackiego** (Zakład Inżynierii Tkankowej CM UMK), który poruszał zagadnienia medycyny regeneracyjnej i inżynierii tkankowej. Przedstawił definicję obu pojęć, wskazał obszary najczęstszych zastosowań tych dziedzin nauki, jak również możliwości i kierunki ich rozwoju oraz scharakteryzował przeszkody i problemy, z jakimi się borykają.

Kończącą drugi panel dyskusję zdominował temat przeszczepu ciała do głowy. Rozważano m.in. kwestię tożsamości osoby, wobec której dokonano by takiego zabiegu w kontekście przepisów kodeksu cywilnego oraz z perspektywy psychologicznej). Prof. Grenda, zapytany o sensowność pobierania do przeszczepu od bardzo małych dzieci (w kontekście dużego ryzyka takiej operacji) uszczegółowił także tę kwestię, podając przykłady przypadków, w których takie zabiegi są jedynym rozwiązaniem. Odniósł się też do bardzo trudnej kwestii pobierania narządów od płodów urodzonych z bezmózgowiem, prezentując wypracowane przez środowisko medyczne stanowisko, iż takie zabiegi nie powinny stać się rutyną. Zaznaczył jednak, iż jest to temat, który powinien zostać poddany szerokiej dyskusji w środowisku naukowym.

Ostatni panel konferencji otworzyła **mgr Magdalena Krawczyk** (doktorantka w Katedrze Prawa Własności Intelektualnej WPiA UJ) wystąpieniem dotyczącym prawnych implikacji przeszczepiania tkanek, komórek i narządów, z punktu widzenia objęcia ich prawami na dobrach niematerialnych osób trzecich. Przedstawiła koncepcję „własności informacyjnej" oraz jej praktyczne zastosowanie wraz z korzyściami, które mogłoby to przynieść.

Następny referat, autorstwa **Katarzyny Szarli** (studentka III roku kierunku lekarskiego WUM oraz III roku I st. w Kolegium MISH UW), dotyczył kwestii zachodzenia w ciążę przez biorczynie przeszczepów. Autorka zwróciła uwagę na coraz szersze możliwości działania medycyny na tym polu, wskazała także zagrożenia, z jakimi muszą liczyć się biorczynie przeszczepów pragnące posiadać biologiczne potomstwo.

Kolejne wystąpienie należało do **mgra Piotra Grzegorza Nowaka** (doktorant Wydziału Filozofii UJ, Polskie Towarzystwo Bioetyczne), który przedstawił koncepcję Systemu Czynnej Rejestracji Dawców jako alternatywę do obecnie obowiązującej w Polsce regulacji braku sprzeciwu. Zaprezentowany model powstał w oparciu o zasady etyczne oraz analizę niedostatków funkcjonującego obecnie rozwiązania.

Ostatnią prelekcję wygłosiła **mgr Diana Renata Bożek** (doktorantka w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych WPiA UW), która bazując na przykładach z praktyki i bogatym orzecznictwie sądów przedstawiła kwestię odpowiedzialności za nieudane przeszczepy z perspektywy cywilnoprawnej oraz ubezpieczeniowej.

Beata Janiszewska

Zgoda sądu opiekuńczego w świetle unormowań ustawy transplantacyjnej (część I)

Zadania sądów opiekuńczych, określone w ustawie z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów[1], obejmują rozstrzyganie w dwu przypadkach o zgodzie sądu, niezbędnej w procedurze pobrania transplantu do przeszczepu. Pierwszy z nich dotyczy przeszczepu *ex vivo* od małoletniego dawcy szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej (art. 12 ust. u.p.p.p.). Drugi natomiast odnosi się do przeszczepu od tzw. dawcy niespokrewnionego, czyli niebędącego względem biorcy krewnym w linii prostej, rodzeństwem, osobą przysposobioną lub małżonkiem, jeśli pobranie inne niż szpik lub komórki lub tkanki regenerujące się jest uzasadnione istnieniem „szczególnych względów osobistych" (art. 13 u.p.p.p.).

Za powierzeniem tych zadań sądom opiekuńczym przemawiało kilka ważkich racji. Niewątpliwie zagadnienie wyrażenia zgody, umożliwiającej dokonanie pobrania transplantu od żywego dawcy, należy do materii ustawowej, dotyczy bowiem kwestii istotnych dla ochrony zdrowia jako dobra osobistego człowieka. Rola sądu nie ogranicza się tu jednak do zapewnienia ochrony uwzględniającej indywidualny interes dawcy lub biorcy. Obejmuje natomiast także dalej idące cele

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2015, poz. 793; dalej jako u.p.p.p. lub ustawa transplantacyjna.

o wymiarze społecznym: i z tej przyczyny, że jednostkowe sytuacje zdrowotne oddziałują na ogólnie ocenianą kondycję zdrowotną danej społeczności, i dlatego, że przeszczepianie komórek, tkanek lub narządów jest traktowane jako szczególna kategoria czynności medycznych. Kwestią o znaczeniu fundamentalnym dla rozwoju tej formy udzielania pomocy lekarskiej jest więc zapewnienie nadzoru nad efektywnością i transparentnością wykonywania przeszczepów[2]. Dopiero bowiem wówczas można liczyć na zwiększenie poziomu społecznego zaufania, a w konsekwencji także aprobaty dla tej metody leczniczej[3].

Podstawy wyrażenia zgody, otwierającej drogę do pobrania transplantu do przeszczepu, powinny być więc poddane badaniu niezależnego organu, uprawnionego m.in. do swobodnej oceny dowodów. Niewątpliwie predestynuje to sądy do rozstrzygania o udzieleniu albo odmowie zgody. Także pozycja ustrojowa sądów oraz szerokie kompetencje w zakresie pozyskiwania materiału dowodowego sprawiają, że sądy, dysponując odpowiednimi instrumentami jurydycznymi, mogą wnikliwej ocenie poddać wniosek o wyrażenie zgody. Potrzeba takiej dogłębnej, wieloaspektowej weryfikacji podstaw uwzględnienia wniosku ma znaczenie tym większe, że przedmiotem oceny sądu pozostaje szerokie spektrum faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 6 k.c.), w tym ocenne kryterium „szczególnych względów osobistych" (art. 13 ust. 2 u.p.p.p.).

Pierwsze z wymienionych uprzednio zadań sądów opiekuńczych zostało unormowane w art. 12 ust. 3 u.p.p.p. Przepisy tego artykułu uzależniają dokonanie pobrania przeszczepu od uzyskania zgody przedstawiciela ustawowego małoletniego dawcy, a w przypadku, gdy

2 W nauce prawa podkreśla się także znaczenie uzyskania zgody sądu w związku z konkretnymi sytuacjami objętymi stosowaniem art. 12 ust. 3 i art. 13 ust. 2 u.p.p.p. W szczególności kontrolna rola sądu akcentowana jest w tych przypadkach przeszczepów od małoletnich, w których mowa o przysposobionym jako kandydacie na dawcę (w razie uznania, że „rodzeństwem" jest także przysposobiony w przypadku przysposobienia pełnego). Uznaje się bowiem, że więź emocjonalna przysposabiających może być wówczas mniejsza niż w razie pochodzenia naturalnego. Skoro zatem jednocześnie biorcą miałoby być np. dziecko naturalne, za konieczne uznaje się zbadanie, czy do przeszczepu nie dochodzi w sytuacji zbyt ryzykownej dla przysposobionego dawcy. Z kolei orzekanie przez sąd w razie przeszczepu od niespokrewnionego dawcy (art. 13 ust. 2 u.p.p.p.) ma na celu zwiększenie transparentności procedury wykonywania przeszczepów.

3 Mowa tu o „leczeniu" w szerokim rozumieniu, nieograniczonym do wąsko ujmowanej terapii.

dawcą szpiku jest małoletni powyżej lat 13 – także od jego zgody. Jednakże przedstawiciel ustawowy może wyrazić zgodę na pobranie jedynie po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego. Natomiast drugi z przypadków, uregulowany w art. 13 ust. 1 u.p.p.p., dotyczy pobrania od żywego dawcy komórek, tkanek lub narządów (z wyłączeniem szpiku i innych regenerujących się komórek lub tkanek, art. 13 ust. 2 u.p.p.p.) na rzecz osoby niebędącej krewnym w linii prostej, rodzeństwem, osobą przysposobioną lub małżonkiem. O wyrażeniu zgody na pobranie rozstrzyga wówczas w postępowaniu nieprocesowym sąd rejonowy właściwy ze względu na miejsce zamieszkania lub pobytu dawcy.

Zarysowane wyżej, relatywnie wąsko określone w ustawie transplantacyjnej zadania sądów opiekuńczych, nie wyczerpują wszystkich przypadków rzeczywistego udziału sądu w czynnościach poprzedzających legalne wykonanie przeszczepu. Pełniejszy obraz tych działań warto przedstawić na tle kilku uwag o charakterze ogólnym.

W pierwszym rzędzie celowe jest umiejscowienie wykonywania przeszczepów w systemie udzielania świadczeń zdrowotnych. Punktem wyjścia jest tu odwołanie się do fundamentalnego dla prawa medycznego pojęcia świadczenia zdrowotnego. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, świadczeniami zdrowotnymi są w szczególności: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitacja chorych. Ujęta w tym przepisie idea realizacji przez świadczenie zdrowotne celu leczniczego: profilaktycznego, diagnostycznego, terapeutycznego lub rehabilitacyjnego, została wyrażona także w aktach prawnych regulujących organizacyjne zagadnienia funkcjonowania opieki zdrowotnej: w ustawie z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej[4] oraz w ustawie z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[5]. W art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l. za świadczenia zdrowotne

4 Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 618 ze zm.; akt prawny powoływany dalej jako u.d.l. lub ustawa o działalności leczniczej. Do tego rozumienia pojęcia świadczenia zdrowotnego wprost odwołuje się art. 3 ust. 1 pkt 6 u.p.p.

5 Tekst jedn., Dz.U. z 2015 r., poz. 581 ze zm.; akt prawny powoływany dalej jako u.ś.o.z. lub ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej (…). Pojęcie świadczenia zdrowotnego zostało tu zdefiniowane w art. 5 pkt 40 u.ś.o.z.

uznawane są „działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia". Ponadto w kolejnych, wymienionych w tym przepisie przypadkach, do świadczeń zdrowotnych zaliczono (odpowiednio: *in medio*, *in fine*) „działania medyczne wynikające z procesu leczenia" lub „(wynikające) z przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania".

W świetle tak rozumianego pojęcia świadczenia zdrowotnego pobieranie oraz przeszczepianie komórek, tkanek i narządów wymaga odrębnej kwalifikacji szczegółowej, uwzględniającej dwoistość sytuacji dawcy i biorcy transplantu. Pobranie bowiem transplantu do przeszczepu jest uznawane za świadczenie zdrowotne jako działanie medyczne „(wynikające) z przepisów odrębnych regulujących zasady" jego wykonywania. Natomiast dokonanie przeszczepu stanowi względem biorcy świadczenie zdrowotne z uwagi na realizowanie w ten sposób celu leczniczego (w podanym uprzednio znaczeniu).

Druga z uwag ogólnych eksponuje swoiste, doniosłe dla kształtowania się praktyki sądów opiekuńczych, uwarunkowania prawne podejmowania czynności składających się na procedury transplantacyjne. W praktyce lekarskiej najczęstszym i najbardziej typowym wariantem działań medycznych jest pierwsza z wymienionych wcześniej postaci świadczenia zdrowotnego, obejmująca działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia. Ich cechą charakterystyczną pozostaje skoncentrowanie się na realizacji celu leczniczego względem pacjenta wyrażającego zgodę na podjęcie określonej interwencji. Jeśli natomiast w związku z tym rozważana jest również kwestia kosztów szeroko rozumianego leczenia, koszty te są zasadniczo oceniane w aspekcie finansowym, tzn. związanym z finansowaniem działalności leczniczej.

Taka charakterystyka świadczeń zdrowotnych nie mogłaby jednak w pełni oddać swoistych właściwości procedury transplantacji komórek, tkanek lub narządów. Wykonywanie przeszczepów cechuje się bowiem określoną specyfiką, która powinna znaleźć odzwierciedlenie w unormowaniu prawnych aspektów transplantacji. Przede wszystkim, w razie przeszczepu *ex mortuo*, oprócz oczywistego skoncentrowania

się na ochronie biorcy, konieczne jest także uwzględnienie interesu ogólnego, związanego z dążeniem do efektywnego wykorzystania przeszczepu. Kwestii tej zatem nie sposób sprowadzić wyłącznie do oceny kosztów finansowania zabiegów transplantacyjnych. Ponadto, w przypadku przeszczepu *ex vivo* niezbędne staje się zabezpieczenie sytuacji dawcy. Dla niego bowiem poddanie się pobraniu nie ma charakteru leczniczego, lecz, przeciwnie, niejednokrotnie wiąże się z ryzykiem doznania uszczerbku na zdrowiu. Jest to więc perspektywa oceny nietypowa dla innych aktów prawnych z zakresu prawa medycznego, które zasadniczo koncentrują się na zapewnieniu ochrony beneficjentowi świadczenia zdrowotnego.

Powyższe refleksje oddziałują na postrzeganie zadań sądu opiekuńczego jako wyrażającego zgodę niezbędną dla legalnego przeprowadzenia procedury pobrania przeszczepu. Rolą sądu wydaje się tu bowiem realizacja dwu celów: bezpośredniego, związanego z koniecznością ochrony dawcy transplantu oraz - w dalszym, pośrednim planie – sprawowania kontroli ukierunkowanej na ochronę wartości ogólnych, której przejawem jest m.in. weryfikacja zachowania donacyjnego charakteru dawstwa, swobodnego podjęcia uświadomionej decyzji o dawstwie przeszczepu oraz transparentności działań związanych ze stosowaniem przeszczepów jako metody wykonywania szeroko rozumianych czynności terapeutycznych.

Trzecia z sygnalizowanych wcześniej uwag ogólnych akcentuje zbieżność przedmiotu regulacji art. 12 ust. 3 i art. 13 ust. 1 u.p.p.p. w dwu punktach: (1) odnoszenia się wyłącznie do przeszczepu *ex vivo* (od żywego dawcy) oraz (2) skupienia się na sytuacji dawcy, a nie – biorcy przeszczepu. Wobec tak określonego przedmiotu regulacji, poza materią zadań sądów opiekuńczych określonych w ustawie transplantacyjnej pozostają czynności tych sądów w razie wykonywania przeszczepów *ex mortuo*, jak również – (zasadniczo[6]) dotyczące

6 Niektóre z określonych w art. 12 ust. 1 u.p.p.p. przesłanek legalnego przeprowadzenia transplantacji dotyczą jednak bezpośrednio lub pośrednio sytuacji prawnej biorcy. Takie znaczenie należy wiązać z unormowaną w art. 12 ust. 1 pkt 8 u.p.p.p. koniecznością uprzedzenia kandydata na dawcę przed wyrażeniem przez niego zgody, o skutkach dla biorcy wynikających z wycofania zgody na pobranie transplantu, związanych

sytuacji prawnej biorcy przeszczepu. Charakterystycznym rysem obu wskazanych ostatnio sytuacji jest leczniczy charakter transplantacji. Z perspektywy biorcy bowiem przeszczep w każdym przypadku: od żywego dawcy, jak również ze zwłok, jest podejmowany w celu leczniczym (w podanym uprzednio rozumieniu). Stanowi zatem świadczenie zdrowotne z powodu swej leczniczej natury (art. 2 ust. 1 pkt 10 *in principio* u.d.l.), a nie wskutek zaliczenia go do tej kategorii pojęciowej przez „przepisy odrębne regulujące zasady ich wykonywania" - jak to się dzieje w przypadku pobrania od dawcy transplantu do przeszczepu (art. 2 ust. 1 pkt 10 *in fine* u.d.l.).

W konsekwencji natomiast do opisanej uprzednio sfery zadań sądów opiekuńczych związanych z wykonywaniem transplantacji do organizmu biorcy zastosowanie znajdują unormowania dotyczące udzielania świadczeń zdrowotnych, zamieszczone w ustawie z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[7] oraz w ustawie z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[8]. Zagadnienia te pozostają poza obszarem tematycznym niniejszego opracowania, poświęconego rozstrzyganiu przez sądy opiekuńcze o zgodzie w przypadkach unormowanych w ustawie transplantacyjnej. Dlatego obecnie zostanie im poświęconych tylko kilka uwag dotyczących konkretnie współistnienia przedmiotów regulacji w/w aktów prawnych.

Otóż pozytywnie należy ocenić wprowadzenie ustawy dotyczącej zagadnień pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów[9]. Problematykę tę znamionuje bowiem niewątpliwa

---

z ostatnią fazą przygotowania biorcy do dokonania ich przeszczepienia. Z kolei kandydat na biorcę ma być poinformowany o ryzyku „związanym z zabiegiem pobrania komórek, tkanek lub narządu oraz o możliwych następstwach pobrania dla stanu zdrowia dawcy" (pkt 9).

7 Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 464; ustawa powoływana dalej jako u.z.l. lub ustawa zawodowa lekarska.

8 Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 159 z późn. zm.; ustawa powoływana dalej jako u.p.p. lub ustawa o prawach pacjenta.

9 Przedmiot ustawy został określony w art. 1 ust. 1 u.p.p.p., z wyłączeniami wymienionymi w ust. 2 tego artykułu. Obejmują one pobieranie, przeszczepianie komórek rozrodczych, gonad, tkanek zarodkowych i płodowych oraz narządów rozrodczych lub ich części (pkt 1) oraz pobieranie, przechowywanie i dystrybucję krwi do celów jej przetaczania, oddzielenia jej składników lub przetworzenia w leki (pkt 2). Drugie z wyłączeń nie budzi wątpliwości; w nauce prawa wskazuje się, że taka tendencja z zakresu techniki legislacyjnej jest „typowa dla większości prawodawstw europejskich" (M. Paszkowska, Cywilnoprawny aspekt transplantacji organów, Wprowadzenie, e/Lex). Jednak pierwsze z wyłączeń stało się w praktyce medycznej inspiracją do

odrębność przedmiotu, która uzasadnia objęcie jednym aktem prawnym powiązanych tematycznie i funkcjonalnie kwestii transplantacyjnych. Wspomniane jednak wyżej współistnienie, a także konieczne współdziałanie ustaw regulujących wykonywanie świadczeń zdrowotnych (także metodami transplantacyjnymi), stawiało przed ustawodawcą szczególnie trudne zadanie. Konieczne było bowiem klarowne unormowanie relacji tej ustawy oraz ustrojowych aktów prawnych z zakresu prawa medycznego: ustawy zawodowej lekarskiej i ustawy o prawach pacjenta.

Niezbędne stawało się również uwzględnienie unormowań Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, gdyż materia ustawy transplantacyjnej dotyka kwestii decydowania o istotnych sprawach dziecka (art. 97 k.r.io.), o istotnych sprawach rodziny (art. 24 k.r.io.) oraz zagadnienia wykonywania pieczy nad osobą dziecka, także w sytuacji możliwej kolizji interesów dzieci tych samych rodziców. Zwłaszcza zatem w punkcie unormowania pozycji dawcy przeszczepu potrzebne są jasne rozwiązania jurydyczne. Stanowią one bowiem element pewności i bezpieczeństwa jego sytuacji prawnej, której gwarantem staje się sąd opiekuńczy.

Dla osiągnięcia możliwie jednoznacznych wyników wykładni przepisów ustawy transplantacyjnej celowy był zasadniczo wybór jednego z dwu rysujących się rozwiązań z zakresu techniki legislacyjnej: (1) nadanie regulacjom cechy zupełności, tak aby nie powstawały wątpliwości co do stosowania innych ustaw prawnomedycznych oraz Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, albo (2) zawarcie wyraźnych odwołań do stosowania w określonych przypadkach wskazanych ostatnio aktów prawnych o charakterze ogólnym. W innym razie realne stawało się ryzyko trudności w ustalaniu, w jakim zakresie regulacje ustaw ustrojowych znajdują zastosowanie w interpretacji przepisów ustawy transplantacyjnej.

---

formułowania tez o braku ograniczeń w wykonywaniu przeszczepów wymienionych w art. 1 ust. 2 pkt 1 u.p.p.p. komórek, tkanek i narządów. Tezy te są motywowane twierdzeniem, że powołaniem lekarza jest leczyć, wobec czego podstawą czynności medycznych pozostaje w tym przypadku art. 2 u.z.l. Stanowisko to, będące reakcją na bierność ustawodawcy w obszarze wyłączonym ze stosowania ustawy transplantacyjnej, budzi jednak wątpliwości.

Niestety, wybór taki nie został dokonany; zabrakło także dostatecznie jasnych wskazówek co do możliwości sięgania w kilku doniosłych punktach działania ustawy transplantacyjnej do instytucji znanych ustawom ustrojowym. Mowa tu zwłaszcza o stosowaniu unormowań dopuszczających podjęcie interwencji wbrew woli pacjenta małoletniego (o czym poniżej). Wprawdzie również w obszarze prawa medycznego nie zawsze „szczelna" regulacja prawna jest konieczna, gdyż praktyce orzeczniczej należy pozostawić wypracowanie szczegółowych aspektów stosowania danej normy. W omawianym jednak przypadku zdaje się brakować jednoznacznej wizji relacji w/w aktów prawnych. Wywołuje to stan niepewności w procesie wykładni, ponieważ także na poziomie aksjologicznej osnowy poszczególnych unormowań nie jest pewne, który z możliwych kierunków interpretacyjnych lepiej oddaje zamierzenia prawodawcy.

Dobitnym przykładem są tu wątpliwości powstające na tle pytania, czy sprzeciw małoletniego dawcy, który ukończył 13 lat, może być „przełamany" orzeczeniem sądu opiekuńczego, czy też, odmiennie, w razie takiego sprzeciwu nie znajduje zastosowania art. 17 ust. 3 u.p.p. oraz art. 34 ust. 5 u.z.l., wobec czego wyłączona jest możliwość wyrażenia przez sąd opiekuńczy zgody na pobranie przeszczepu[10]. Rzecz w tym, że w ustawie zawodowej lekarskiej oraz w ustawie o prawach pacjenta uzasadnieniem dla dopuszczenia możliwości „przełamania" sprzeciwu małoletniego orzeczeniem sądu opiekuńczego jest kierowanie się dobrem małoletniego oraz dążenie do realizacji jego obiektywnie dostrzeganych potrzeb zdrowotnych. Te motywy, wspierane przekonaniem, że małoletniego pacjenta może nie cechować jeszcze pełna dojrzałość, pozwalająca na rozważną ocenę stanu swego zdrowia, tłumaczą podjęcie interwencji medycznej nawet mimo uprzedniego sprzeciwu pacjenta co do udzielenia mu świadczenia zdrowotnego.

Natomiast znacznie bardziej skomplikowana sytuacja powstaje w razie niewyrażania przez małoletniego kandydata na dawcę zgody

10 Jednym z zagadnień jest także forma zgody na pobranie. Kwestia ta również nie została unormowana w ustawie transplantacyjnej. Przyjmuje się jednak, że zastosowanie znajdują tu art. 18 u.p.p. i art. 34 ust. 1 u.z.l., wobec czego zgoda biorcy i zgoda dawcy powinny być wyrażona na piśmie.

na pobranie szpiku do przeszczepu, wymaganej zgodnie z art. 12 ust. 3 zd. 2 u.p.p.p. Wprawdzie równie mało rozważne mogą być motywy takiego zachowania się małoletniego, słusznie uznawane przez jego otoczenie za przejaw niedojrzałości i nieumiejętności oceny zagrożenia, w jakim znajduje się biorca oczekujący na przeszczep oraz relacji (niewielkiego niekiedy) ryzyka pobrania do (zwykle ogromnej) korzyści przeszczepu. Jednak w ewentualnym uzasadnianiu „przełamania" sprzeciwu kandydata na dawcę nie można już powołać się na argument działania bezpośrednio dla dobra osoby poddawanej czynności medycznej w postaci pobrania transplantu. Pobranie takie bowiem może przynieść korzyść zdrowotną jedynie biorcy, a nie dawcy, względem którego nie realizuje wszak celu leczniczego. Z drugiej natomiast strony nie sposób pominąć wątpliwości, czy w razie obiektywnie nierozważnego sprzeciwu kandydata na dawcę, a jednocześnie bardzo poważnego interesu biorcy, nie powinno się jednak dopuścić zastosowania art. 34 ust. 5 u.z.l. Wprawdzie bowiem cel świadczenia zdrowotnego realizowany jest tu w odniesieniu do osoby biorcy, lecz również jego dobro nie powinno być pomijane w ocenie prawnej, zwłaszcza że mowa o osobie należącej do grona rodzeństwa kandydata na dawcę.

Dylematy co do wewnętrznej aksjologii ustawy transplantacyjnej, zwłaszcza w zestawieniu z ogólnymi postulatami honorowania autonomii decyzyjnej i wolności pacjenta, wywołują wątpliwości w obraniu właściwych kierunków systemowej i funkcjonalnej interpretacji art. 12 ust. 3 zd. 2 u.p.p.p. Z tej przyczyny cenna byłaby wskazówka ustawodawcy w kwestii dopuszczalności sięgania w tym przypadku, a w szerszym ujęciu – w ogóle w działaniu unormowań dotyczących przeszczepów, do instytucji unormowanych w ustrojowych ustawach prawnomedycznych, a także w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Skala trudności interpretacyjnych nie jest bowiem marginalna[11],

11 Uzupełniająco można tu przywołać przykład rozbieżnych stanowisk w kwestii dopuszczalności stosowania art. 97 § 2 k.r.io. w razie braku zgodnych stanowisk rodziców w sprawie wystąpienia z wnioskiem o dokonanie pobrania transplantu od małoletniego dziecka na rzecz jego rodzeństwa (art. 12 ust. 4 u.p.p.p.). K. Mularski (Problematyka przeszczepu od małoletniego dawcy, PiP 2013, nr 7, s. 60) zajmuje stanowisko, że stosowanie art. 24 k.r.io. (Autor rozważa bowiem w/w sytuację z perspektywy rozstrzygania o istotnych sprawach rodziny, a nie o istotnych sprawach dziecka) jest w tej sytuacji wyłączone. Natomiast J. Haberko ([w:] J.

a jednocześnie nie sposób przecenić doniosłości społecznych skutków właściwego ukształtowania się sądowego stosowania przepisów ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów.

Drugie zastrzeżenie, wiążące się z odrębną regulacją w ustawie transplantacyjnej zgody sądu opiekuńczego, dotyczy procedowania o wyrażeniu zgody. Podstawowe wątpliwości budzi tu wprowadzenie w obu rozważanych przypadkach siedmiodniowego terminu na rozpoznanie przez sąd opiekuńczy wniosku o wyrażenie zgody (art. 12 ust. 5 i art. 13 ust. 4 u.p.p.p.).

Sąd opiekuńczy rozstrzyga o zgodzie na określonym etapie procedury poprzedzającej wykonanie przeszczepu, w razie zaktualizowania się ogólnych wymagań stawianych tej metodzie leczniczej, ujmowanych w zasadzie proporcjonalności i zasadzie subsydiarności. Pierwsza z nich zakłada konieczność wyważenia uszczerbku, którego wskutek pobrania transplantu może doznać dawca, oraz korzyści, którą może odnieść biorca. Sprowadza się zatem do dokonania oceny relacji: korzyść biorcy a ryzyko dawcy (i biorcy). Z kolei wskazana jako druga zasada subsydiarności przeszczepu od żywego dawcy wiązana jest z wymaganiem zasadności i celowości pobrania i przeszczepienia komórek, tkanek lub narządów[12]. „Zasadność" oznacza przy tym, że zgodnie z zasadami sztuki medycznej realne są perspektywy efektywnego wykorzystania transplantu. Natomiast o „celowości" pobrania decyduje dokonanie go bezpośrednio w celu ratowania życia biorcy

Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 137) przyjmuje, że przedstawiciele ustawowi mogą najpierw wystąpić o rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka, które „obliguje ich (jeśli w ogóle) do wyłącznie wspólnego złożenia wniosku" (teza 52). Wydaje się, że pogląd o „obligowaniu" (złagodzony jednak dodaniem zastrzeżenia „jeśli w ogóle") jest nieco nieścisły, gdyż przedstawiciele ustawowi, nawet dysponując orzeczeniem wydanym na podstawie art. 97 § 2 k.r.io., nie są zobligowani do wystąpienia z wnioskiem o wyrażenie „zgody na zgodę". Rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka zastępuje brakujące porozumienie, z czego należy wnosić, że zainicjowanie postępowania może nastąpić nawet wówczas, gdy jeden z przedstawicieli ustawowych nie chce wystąpić z wnioskiem. Odrębną natomiast kwestią jest to, czy wniosek taki zostanie uwzględniony.

12 Pojęcia te w nauce prawa nie są jednak używane w sposób całkowicie jednolity. M. Paszkowska (op. cit., rozdział „Przesłanki transplantacji ex vivo") stwierdza, że „Za zasadny i celowy należy uznać zabieg taki, który nie zagraża zdrowiu lub życiu dawcy i biorcy, a nieosiągalny jest transplant *ex mortuo* oraz istnieją bezwzględne wskazania medyczne do implantacji, która przyniesie pożądaną korzyść terapeutyczną". W kwestii zasadności pobrania zob. wywody J. Haberko (op. cit., s. 124 i nast.) oraz K. Mularskiego (op. cit., s. 59).

w sytuacji niebezpieczeństwa utraty życia[13]. Przeszczep od żywego dawcy jest bowiem traktowany jako ostateczna potrzeba, wobec braku innych środków medycznych oraz braku możliwości wykonania przeszczepu *ex mortuo*.

Rozstrzygając o zasadności wniosku, sąd opiekuńczy powinien zatem mieć możliwość zbadania podstaw wyrażenia zgody, określonych w art. 12 ust. 3 i 4 oraz art. 13 ust. 2 u.p.p.p., z perspektywy realizacji wskazanych uprzednio zasad proporcjonalności oraz subsydiarności. Przedmiotem oceny sądu pozostają tu zarówno zawiłe kwestie medyczne, jak i relacje rodzinne oraz uwarunkowania życiowe[14], w których funkcjonuje kandydat na dawcę przeszczepu. Ustawodawca, dostrzegają złożoność tej sytuacji, wprowadza wymaganie, aby rozstrzygnięcie o wniosku zostało poprzedzone (co do zasady obligatoryjnym) wysłuchaniem małoletniego oraz zasięgnięciem opinii biegłego psychologa. Z praktyki sądowej wynika, że zawiadomienie o stawiennictwie w celu wysłuchania powinno być adresatowi wysłane co najmniej z trzytygodniowym wyprzedzeniem. Także uzyskanie opinii psychologa wiąże się z koniecznością upływu pewnego okresu. Wprawdzie więc w „sytuacji transplantacyjnej" zapewne można oczekiwać większej gotowości uczestników i zaangażowanych psychologów do wykonania tych zadań, w tym np. poprzestania na zawiadomieniu drogą telefoniczną, czy priorytetowego potraktowania sprawy wykonania opinii przez psychologów. Jednak, zwłaszcza wobec niezabezpieczenia proceduralnego takich zachowań, można tu jedynie liczyć na przyjęcie przez osoby zainteresowane określonej postawy, świadczącej o zrozumieniu dla konieczności podjęcia pilnych działań, umożliwiających zbadanie podstaw uwzględnienia wniosku o wyrażenie zgody przez sąd opiekuńczy.

---

13 W sytuacji pobrania od małoletniego konieczne staje się ponadto uwzględnienie szczególnych przesłanek, określonych w art. 12 ust. 2 *in principio* u.p.p.p. Dawcą transplantu może on bowiem być jedynie „w przypadku gdy zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, a niebezpieczeństwa takiego nie można uniknąć w inny sposób niż przez dokonanie przeszczepu szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej".

14 Ponadto sąd orzeka po wykonaniu szeregu czynności przez inne podmioty i organy, wobec czego pewne znaczenie ma dodatkowy czynnik – świadomości wcześniejszego podjęcia tych starań i raczej oczekiwania, że zgoda zostanie wyrażona, dzięki czemu możliwe stanie się przeprowadzenie transplantacji traktowanej jako szansa na uratowanie zdrowia lub życia biorcy.

Nadal aktualne pozostaje natomiast pytanie o możliwość zadośćuczynienia stawianym sądowi wymaganiom w sytuacji określenia przez prawodawcę siedmiodniowego terminu na rozstrzygnięcie wniosku o wyrażenie zgody. Wprawdzie termin ten ma charakter instrukcyjny, nawet jednak w tej postaci wywołuje zastrzeżenia co do spójności przyjętego rozwiązania normatywnego z koncepcją roli sądu opiekuńczego w toku czynności poprzedzających legalne wykonanie pobrania transplantu do przeszczepu. Rzecz nie tylko w tym, że temporalnego ograniczenia nie zastosowano w przypadku rozstrzygania przez sąd o wyrażaniu zgody lub zezwolenia na inne (w tym – poważniejsze, art. 34 ust. 1 i ust. 2 u.z.l.) świadczenia zdrowotne, lecz – że zakres okoliczności, które powinien zbadać i rozważyć sąd, jest na tyle szeroki (zwłaszcza w przypadku potrzeby oceny „szczególnych więzów osobistych" między kandydatem na dawcę a przyszłym biorcą), iż ścisłe limitowanie czasu trwania postępowania nie wydaje się właściwe.

Nie sprzyja ono pogłębionemu zbadaniu sprawy, które jest niezbędne do wypracowania solidnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, stanowiącej osnowę oceny prawnej wniosku. Jednocześnie natomiast, jak wynika z informacji pochodzących od lekarzy-transplantologów, uzyskanie w terminie siedmiu dni orzeczenia w przedmiocie zgody niejednokrotnie nie jest konieczne z punktu widzenia toku procedury medycznej. Narzuconemu ustawą pośpiechowi sądu opiekuńczego, stwarzającemu ryzyko wyjaśnienia sprawy w stopniu mniej doskonałym, niżby tego wymagało znaczenie rozstrzygnięcia o zgodzie, nierzadko nie towarzyszy zatem rzeczywista potrzeba dysponowania – po tygodniu od złożenia wniosku – orzeczeniem sądu opiekuńczego. Z drugiej natomiast strony zdarza się, zwłaszcza w przypadku przeszczepów u dzieci, że zachowanie terminu ustawowego może podważyć celowość wykonania transplantacji lub szanse powodzenia zabiegu, ze względu na zbyt późne podjęcie interwencji medycznej, „blokowane" brakiem rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie zgody.

Wydaje się zatem, że rozwiązaniem bardziej elastycznym, a dzięki temu lepiej dostosowanym do różnorodnych sytuacji transplantologicznych, byłoby wprowadzenie odwołania do terminu „odpowiedniego".

Stwarzałoby to sądowi opiekuńczemu możliwość dostosowania swych czynności do całokształtu okoliczności, w których następuje rozstrzygnięcie wniosku, w tym uwarunkowań medycznych, dostępności środków dowodowych itd. W przypadkach pilnych natomiast obligowałoby – w granicach jednak wyznaczanych koniecznością zbadania istoty sprawy – do stosownego zharmonizowania czynności postępowania sądowego z tokiem działań składających się na wykonanie przeszczepu.

Ogólne uwagi dotyczące uwarunkowań orzekania przez sąd opiekuńczy o zgodzie w sytuacjach unormowanych w ustawie transplantacyjnej, poprzedzały bliższe odniesienie się do każdego z wyróżnionych uprzednio przypadków przeszczepów, kolejno: od małoletniego dawcy oraz od tzw. dawcy niespokrewnionego, gdy za wykonaniem transplantacji przemawiają szczególne względy osobiste.

Pobranie transplantu od małoletniego podlega ograniczeniom o charakterze przedmiotowym, podmiotowym oraz sytuacyjnym[15]. Pierwsze z nich, unormowane w art. 12 ust. 2 *in medio* u.p.p.p., zawężają dopuszczalność pobrania przeszczepu wyłącznie do szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej[16]. Wyrazem wskazanych jako drugie ograniczeń podmiotowych jest możliwość pobrania transplantu od małoletniego jedynie na rzecz jego rodzeństwa.

Warto zauważyć, że wraz z wejściem w życie obecnie obowiązującej ustawy doszło do ograniczenia grona osób, które mogą stać się beneficjentami pobrania szpiku od małoletniego. Uprzednio krąg biorców szpiku był szerszy, gdyż stosownie do treści art. 9 ust. 2 ustawy z 26.10.1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów[17] obejmował wstępnych, zstępnych i rodzeństwo. Uznano jednak, że takie określenie strony podmiotowej biorców transplantu może powodować naciski na małoletniego[18] lub jego przedstawicieli ustawowych, zmierzające do poddania dziecka pobraniu szpiku kostnego.

15 Niezależnie od wyróżnionych kryteriów dopuszczalność pobrania jest uwarunkowana spełnieniem stosownych do analizowanego przypadku przesłanek określonych w art. 12 ust. 1 u.p.p.p.

16 K. Mularski (*op. cit*., s. 58) postuluje jednak, aby *de lege ferenda* ustawodawca rozważył rozszerzenie przedmiotu przeszczepu o inne regenerujące się komórki i tkanki.

17 Dz. U. z 1995 r., Nr 138, poz. 682 ze zm.

18 Zwraca na to uwagę K. Mularski (op. cit., s. 57).

W rezultacie prawodawca za uzasadnioną uznał zmianę dotychczasowego rozwiązania normatywnego, przez zawężenie kręgu biorców szpiku do rodzeństwa[19]. Jednocześnie natomiast unormował również zasady (nieprzewidywanego w poprzedniej ustawie transplantacyjnej) pobrania komórek krwiotwórczych krwi obwodowej – w tych samych granicach podmiotowych, obejmujących rodzeństwo, w tym rodzeństwo przyrodnie oraz osoby przysposobione w ramach przysposobienia pełnego[20].

Trzecie, sytuacyjne ograniczenie dopuszczalności pobrania od małoletniego szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej, wyraża się w wymaganiu, aby było ono uzasadnione zajściem bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia, gdy jednocześnie niebezpieczeństwa takiego (czyli niekoniecznie – „tego") nie można uniknąć w inny sposób niż przez dokonanie wskazanego wyżej przeszczepu. Przesłanki te, stanowiące przejaw zasady subsydiarności, są ponadto uzupełniane kolejnym, nawiązującym do zasady proporcjonalności kryterium: „jeśli nie spowoduje to dającego się przewidzieć upośledzenia sprawności organizmu dawcy".

Procedura uzyskiwania zgody została unormowana w art. 12 ust. 4 u.p.p.p. Pierwszym jej etapem jest wystąpienie z wnioskiem przez „przedstawicieli ustawowych kandydata na dawcę". Ponadto, jeśli sam małoletni ukończył 16 lat, również on może zainicjować postępowanie złożonym przez siebie wnioskiem. Do wniosku należy dołączyć orzeczenie lekarskie stwierdzające, że pobranie szpiku nie spowoduje dającego się przewidzieć upośledzenia organizmu małoletniego dawcy (art. 12 ust. 4 zd. 2 u.p.p.p.).

W drugim etapie tej procedury następuje przeprowadzenie postępowania nieprocesowego w przedmiocie wyrażenia zgody, w którym sąd dokonuje wysłuchania małoletniego oraz zasięga opinii biegłego

19 Trafnie jednak wskazuje się (J. Haberko, op. cit., s. 133) na wyeliminowanie w ten sposób możliwości przeszczepu od małoletniej matki na rzecz swojego dziecka.

20 Tak J. Haberko (op. cit., s. 132-133), która to stanowisko tłumaczy wprowadzoną w prawie polskim „zasadą całkowitego zrównania prawnych dzieci biologicznych i przysposobionych przy jednoczesnej zasadzie tajemnicy adopcji". Zbieżne stanowisko zajmuje K. Mularski (op. cit., s. 56) w odniesieniu do przysposobienia pełnego i całkowitego.

psychologa (art. 12 ust. 4 zd. 1 *in medio* u.p.p.p.). Trzecim etapem, następującym w razie wyrażenia zgody przez sąd opiekuńczy, jest złożenie przez przedstawiciela ustawowego małoletniego pacjenta oświadczenia o zgodzie na dokonanie pobrania (art. 12 ust. 3 u.p.p.p.). Jeśli małoletni ukończył 13 lat, a ma być dawcą szpiku kostnego, wymagana jest także jego zgoda (art. 12 ust. 3 zd. 2 u.p.p.p.).

Na tle prawnej regulacji każdego z tych etapów powstają wątpliwości i trudności interpretacyjne[21]. Przede wszystkim, w art. 12 ust. 3 u.p.p.p. nie został jednoznacznie określony przedmiot zgody, tzn. nie wskazano, „na co" konkretnie wyrażana jest zgoda sądu opiekuńczego. Z wykładni tego unormowania należy wywodzić, że przyjęto tu rozwiązanie odmienne od przypadków rozstrzygania przez sąd opiekuńczy o zgodzie lub zezwoleniu na udzielenie świadczenia zdrowotnego, unormowanych w art. 32 ust. 2 i ust. 6 oraz art. 34 ust. 3 i ust. 5 u.z.l. W tych bowiem sytuacjach orzeczenie sądu staje się bezpośrednio podstawą wykonania czynności medycznych. Natomiast w art. 12 ust. 3 u.p.p.p. sąd wyraża jedynie „zgodę na zgodę", tzn. wydaje postanowienie, które stanowi podstawę do wyrażenia przez przedstawiciela ustawowego zgody na pobranie od małoletniego szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej. Przedmiot tego rozstrzygnięcia zbliżony jest zatem do unormowanego w art. 156 k.r.io. zezwolenia sądu opiekuńczego na dokonanie przez opiekuna prawnego poważniejszej czynności z zakresu pieczy nad osobą małoletniego niepozostającego pod władzą rodzicielską.

Co dotyczy pozycji prawnej rodziców, takie ukształtowanie ich sytuacji w ustawie transplantacyjnej należy uznać za wyjątkowe. W przypadku bowiem pozostałych, także tzw. poważniejszych czynności leczniczych (art. 34 ust. 1 u.z.l.), decyzje medyczne rodziców zasadniczo nie są poddawane uprzedniej kontroli sądu opiekuńczego. Rodzice nie muszą zatem uzyskać zgody albo zezwolenia sądu opiekuńczego, aby

21 W kolejnej części niniejszego opracowania podjęte zostaną dalsze zagadnienia związane m.in. z proceduralną stroną rozstrzygania przez sądy opiekuńcze o zgodzie w sytuacjach unormowanych w art. 12 ust. 3 i ust. 4 oraz w art. 13 ust. 1 u.p.p.p. Za konstruktywną pomoc w rozważeniu tych kwestii serdeczne podziękowania składam SSO Marcinowi Łochowskiemu.

następnie wyrazić zgodę na podjęcie interwencji leczniczej. Nadzór sądu *ex ante* dotyczy jedynie czynności rodziców małoletniego dziecka ubezwłasnowolnionego całkowicie (art. 108 w zw. z art. 156 k.r. i o.) oraz, jak wskazano powyżej, czynności opiekunów prawnych osób małoletnich niepozostających pod władzą rodzicielską (art. 156 k.r.io.). Tymczasem w analizowanym przypadku, objętym hipotezą normy wywodzonej z art. 12 ust. 3 u.p.p.p., uprzedniej kontroli sądu opiekuńczego poddane są działania wszystkich przedstawicieli ustawowych.

Ujawnia się tutaj założenie ustawodawcy, towarzyszące prawnej regulacji przeszczepów, aby szczególnym nadzorem objąć czynności oddziałujące na sytuację dawcy przeszczepu. Inne bowiem świadczenia zdrowotne, na których wykonanie zgodę mogą wyrazić sami rodzice małoletniego, nieubezwłasnowolnionego dziecka, bez potrzeby uzyskiwania zgody sądu opiekuńczego, mają na celu poprawę stanu zdrowia tego małoletniego, którego zgoda dotyczy. Działanie rodziców zmierza zatem wyłącznie do realizacji zasady dobra dziecka poddawanego interwencji medycznej. Tymczasem w przypadku przeszczepu zgoda rodziców jest wyrażana w tym celu, aby wskutek transplantacji beneficjentem świadczenia zdrowotnego stało się inne dziecko – z kręgu „rodzeństwa" dawcy. Niezbędne jest zatem zbadanie zdrowotnych, rodzinnych i życiowych uwarunkowań podjęcia przez rodziców małoletniego decyzji o zastosowaniu transplantacyjnej metody leczniczej, która korzyść w postaci poprawy stanu zdrowia może przynieść jedynie biorcy przeszczepu.

Powstaje w związku z tym kolejne zagadnienie: czy samo wystąpienie z wnioskiem przez przedstawicieli ustawowych albo małoletniego kandydata na dawcę (po ukończeniu przez niego 16 roku życia) jest równoznaczne z wyrażeniem przez nich zgody na wykonanie przeszczepu. Wydaje się, że wywodzenie takiej tożsamości byłoby nieuprawnione. Za tym stanowiskiem przemawia, w pierwszym rzędzie, odmienność przedmiotu oświadczenia o zgodzie, składanego przez w/w podmioty, od przedmiotu postępowania prowadzonego na podstawie art. 12 ust. 4 u.p.p.p., w którego efekcie sąd opiekuńczy może wyrazić zgodę na wyrażenie przez przedstawiciela ustawowego zgody

na pobranie od małoletniego szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej. Uzyskanie takiego orzeczenia stanowi inny etap procedury poprzedzającej wykonanie przeszczepu. Jedynie otwiera bowiem przedstawicielowi ustawowemu drogę do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na pobranie transplantu od małoletniego dawcy, podczas gdy samo oświadczenie składane jest w późniejszym stadium czynności poprzedzających pobranie transplantu. Po uzyskaniu „zgody na zgodę" sądu opiekuńczego wystarczająca jest zresztą zgoda tylko jednego z przedstawicieli ustawowych, w odróżnieniu od konieczności wystąpienia przez oboje przedstawicieli ustawowych z wnioskiem inicjującym postępowanie, o którym mowa w art. 12 ust. 4 u.p.p.p.

Poza tym, wystąpieniu z wnioskiem nie towarzyszy zagwarantowanie uzyskania przez kandydata odpowiednich informacji (art. 12 ust. 1 pkt 5 u.p.p.p.), które jest immanentnie związane z wyrażeniem prawnie doniosłej zgody. W przypadku kandydata na dawcę są to zresztą informacje odbiegające zarówno treścią, jak i formą przekazywania, od ogólnych zasad udzielania informacji poprzedzających wypowiedzenie się w sprawie zgody na inne świadczenia zdrowotne, a unormowanych w art. 31 ust. 1 u.z.l. oraz w art. 9 ust. 2 u.p.p. Jak bowiem wynika z powołanego wyżej art. 12 ust. 1 pkt 5 u.p.p.p., kandydat na dawcę ma zostać „przed wyrażeniem zgody szczegółowo, pisemnie poinformowany o rodzaju zabiegu, ryzyku związanym z tym zabiegiem i o dających się przewidzieć następstwach dla jego stanu zdrowia w przyszłości przez lekarza wykonującego zabieg oraz przez innego lekarza niebiorącego bezpośredniego udziału w pobieraniu i przeszczepieniu komórek, tkanek lub narządu".

Wypada również podkreślić możliwość „rozejścia się" uprawnienia do wystąpienia z wnioskiem o wyrażenie zgody – z uprawnieniem do wyrażenia zgody na pobranie. Osłabia to podstawy stanowiska, które z zainicjowaniem postępowania sądowego wiązałoby skutek wyrażenia zgody na pobranie transplantu. W szczególności, w razie pobrania szpiku, 13-letni małoletni jest uprawniony do wyrażenia zgody, nie może jednak samodzielnie zainicjować postępowania, o którym mowa w art. 12 ust. 4 u.p.p.p.

Wszystkie te racje przemawiają za stwierdzeniem, że orzeczenie sądu opiekuńczego o wyrażeniu „zgody na zgodę" nie jest samo w sobie wystarczające do pobrania transplantu do przeszczepu. Potwierdzonej tym orzeczeniem aprobaty sądu opiekuńczego dla przyszłego złożenia przez przedstawiciela ustawowego oświadczenia o zgodzie na dokonanie pobrania od małoletniego, nie można bowiem uznać za równoznaczną z zadośćuczynieniem wymaganiu wyrażenia przez przedstawiciela ustawowego zgody na interwencję medyczną. Podobnie, zainicjowanie postępowania wnioskiem małoletniego, który ukończył 16 lat, nie jest tożsame w wyrażeniem zgody na dokonanie pobrania. Aktualne pozostają tu wskazane uprzednio argumenty dotyczące sytuacji prawnej przedstawicieli ustawowych. Dodać również należy, że przedmiotem postępowania prowadzonego na podstawie art. 12 ust. 4 u.p.p.p. pozostaje udzielenie przez sąd opiekuńczy zgody na wyrażenie zgody przez przedstawiciela ustawowego, a nie – przez małoletniego kandydata na dawcę. Za daleko idące wydaje się zatem stanowisko, że zainicjowanie przez niego sprawy o udzielenie przedstawicielom ustawowym „zgody na zgodę" jest równoznaczne z wyrażeniem przez samego małoletniego zgody na dokonanie od niego pobrania transplantu do przeszczepu.

Ryszard Grenda

Głos w dyskusji

1. Dyskusja w części B – zgoda sądu na oddanie narządu do transplantacji przez żywego niespokrewnionego dawcę

Sąd rejonowy proceduje nad wnioskiem o wyrażenie zgody na oddanie narządu do transplantacji, który ma być pobrany od żywego niespokrewnionego dawcy, mając na to siedem dni, co budzi - jak wynika z wygłoszonych opinii – kontrowersje. Należy podkreślić, że wniosek złożony do sądu jest poprzedzony opinią wyrażaną przez Komisję Etyki Krajowej Rady Transplantacyjnej (KE KRT) – doradczego ciała kolegialnego przy Ministrze Zdrowia. W skład KE KRT wchodzą lekarze-transplantolodzy, prawnik, etyk i filozof (w poprzednich kadencjach także osoba duchowna). Procedura wyrażania opinii przez KE KRT wygląda następująco:

1. Wszystkie aspekty medyczne i psychologiczne związane z oceną dawcy i doborem dawca-biorca powinny być omówione przez zespół kwalifikacyjny danego ośrodka transplantacyjnego przed wysłaniem wniosku do KE KRT.
2. W skład zespołu kwalifikacyjnego powinni wchodzić chirurdzy, interniści oraz psycholog kliniczny, który powinien sporządzić swoją opinię na temat dawcy, biorcy i relacji między nimi.
3. Kierownik ośrodka transplantacyjnego przesyła do przewodniczącego Komisji Etyki Krajowej Rady Transplantacyjnej pisemny wniosek wraz z dołączonymi:

- protokołem posiedzenia Zespołu Kwalifikacyjnego,
- protokołem kwalifikacji biorcy do transplantacji,
- protokołem wstępnej kwalifikacji dawcy,
- pisemną opinią psychologa klinicznego,
- pisemną zgodą dawcy na zabieg pobrania narządu na rzecz określonego biorcy,
- pisemną zgodą biorcy (opiekuna prawnego biorcy), na przeszczep narządu pobranego od określonego dawcy.

Po zapoznaniu się z tą dokumentacją, w przypadkach, które mogą budzić wątpliwości, przewodniczący Komisji Etycznej KRT:

- może wnioskować o obecność na posiedzeniu Komisji przedstawiciela zespołu transplantacyjnego nadsyłającego wniosek,
- wskazuje na potrzebę uzyskania drugiej opinii biegłego psychologa.

Komisja może oceniać wniosek kilka razy przed wydaniem opinii (co miało miejsce kilkakrotnie). Opinia Komisji przesyłana jest pacjentom oraz do wnioskującego kierownika zespołu transplantacyjnego. Złożoność tej procedury, liczba osób zaangażowanych w jej rzetelne przeprowadzenie i ich kompetencje oraz możliwość weryfikacji zebranych informacji poprzez uzyskiwanie „drugiej opinii" (np. psychologa) jeszcze na tym etapie procedowania – w moim przekonaniu daje wystarczającą rękojmię dla sądu do wyrażenia zgody, nawet w terminie ograniczonym do siedmiu dni. Oczywiście można założyć taką sytuację, w której potencjalna para dawca/biorca składa wniosek wraz z negatywną opinią KE KRT. Wówczas sąd byłby zmuszony rozpoznawać sprawę niejako od nowa, powołując świadków lub występując o kolejne opinie. Niemniej – na podstawie dotychczasowego doświadczenia dwóch kolejnych kadencji KE KRT stwierdzam, że taka sytuacja nigdy dotąd nie miała miejsca, pomimo wydania kilku opinii negatywnych. Trzeba także podkreślić, że o ile przy prowadzeniu całej opisanej procedury przy przeszczepianiu nerki, czas procedowania nie odgrywa krytycznie ważnej roli (biorca jest na ogół przewlekle dializowany), to zupełnie inaczej kwestia czasu wygląda przy przeszczepianiu fragmentu wątroby dziecku z ostrą niewydolnością wątroby. Tu dzień zwłoki w realizacji leczenia (przeszczepienie fragmentu wątroby

od żywego dawcy) może skutkować zgonem chorego, więc o ile żadne z rodziców pacjenta nie może być dawcą i rozpatruje się innego kandydata, spełniającego ustawowe wymogi takiej oceny, jak opisano – procedura musi być przeprowadzona rzeczywiście w szybkim tempie, niekiedy w 24 do 48 godzin, co tym bardziej ogranicza sądowi możliwości osobnego „rozpoznawania sprawy" poza zatwierdzeniem pozytywnej opinii KE KRT. Takie sytuacje (tj. dramatycznie szybkie procedowanie) już miały miejsce w moim doświadczeniu przewodniczenia KE KRT.

2. Dyskusja w części C: Przeszczepienie „ciała do głowy"

Wobec wątpliwości dotyczących „jakości" ciała potencjalnego dawcy przygotowywanego do pochówku informuję, że w takich sytuacjach wymagane jest odtworzenie widocznych (zewnętrznych) części ciała dawcy poprzez zastosowanie protezy imitującej wygląd pobranego narządu. Tak dzieje się m.in. przy pobieraniu i przeszczepianiu ręki. Mogę więc sobie wyobrazić, że w hipotetycznym przypadku „pobrania ciała bez głowy" celem połączenia go z głową biorcy – głowa dawcy zostałaby przed pochówkiem połączona z manekinem całego ciała, imitującym „pobrany narząd". To powinno oddalić potencjalne zagrożenie urażenia uczuć rodziny zmarłego.

Odrębną sprawą jest „nienadążanie prawa za medycyną". Niewątpliwie prawo dotyczące m. in. transplantologii jest okresowo korygowane lub tworzone na nowo, by podążać za nowymi wyzwaniami i działaniami medycznymi. Można spierać się jedynie o tempo i jakość takich nowelizacji. Niewątpliwie medycyna transplantacyjna mocno „przyśpiesza" w ostatnim czasie, czego przykładem są przypadki przeszczepienia całej twarzy, ze wszystkimi problemami m.in. natury etycznej, jakie temu towarzyszą. Na etapie badań podstawowych jest odtwarzanie tkanek i narządów z komórek macierzystych, ale to nieodległa przyszłość, kiedy i te techniki będą z użyciu klinicznym. To tylko potwierdza konieczność ścisłej współpracy między środowiskami prawa i medycyny, tak aby działania w zakresie transplantologii nie odbywały się „intuicyjnie" z punktu widzenia nieaktualnego niekiedy prawa.

Piotr Grzegorz Nowak

Pobieranie narządów od zmarłych. Ocena porównawcza polskiej regulacji braku sprzeciwu oraz Systemu Aktywnej Rejestracji Dawców[1]

W prezentowanym artykule przedstawię zasady etyczne, jakie należy brać pod uwagę przy organizacji systemu pozyskiwania narządów od zmarłych, a następnie zastanowię się, w jakim stopniu polski system oraz zaproponowany przez Goverta den Hartogha System Aktywnej Rejestracji Dawców (SARD) uwzględniają płynące z nich wymogi.

W raporcie *Farewell to noncomitment* den Hartogh wyodrębnia zasady, które należy brać pod uwagę przy organizacji pozyskiwania narządów. Pierwsza z nich to zasada poszanowania prawa do samostanowienia. Wymaga ona, aby z ciałem postępować jedynie w ten sposób, na jaki zgodziła się osoba, do której należało ono za życia[2]. Drugą zasadą jest zasada daru. Według niej przekazywane narządy powinny

1 Artykuł powstał w ramach projektu „Sprawiedliwość w opiece zdrowotnej" nr 2013/08/A/HS1/00079 finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki. Wątki poruszane w tym tekście rozwijam szerzej w: P. G. Nowak, *Ograniczanie niedoboru narządów. System aktywnej rejestracji dawców jako alternatywa dla polskiej regulacji sprzeciwu*, Diametros (44) 2015 s. 56-77.

2 G. den Hartogh, *Farewell to non-commitment. Decision systems for organ donation from an ethical viewpoint*, Centre for Ethics and Health, Hague 2008. s. 23; T.M. Wilkinson, *Ethics and the Acquisition of Organs*, Oxford University Press, New York 2011. s. 83; P. G. Nowak, *Ograniczanie niedoboru narządów*... s. 64. Takie rozumienie poszanowania prawa do samostanowienia jest dość wąskie, możliwe są także alternatywne ujęcia, zob. M.B. Gill, *Presumed Consent, Autonomy, and Organ Donation*, Journal of Medicine and Philosophy 29 (1) 2004, s. 44-51; Wilkinson, op. cit. s. 87-90.

stanowić altruistyczny dar[3]. Trzecią jest zasada obowiązku ratowania osób znajdujących się w niebezpieczeństwie, która określa, pod jakimi warunkami pomaganie jest realizacją obowiązku, a nie tylko czynem chwalebnym. Odwołując się do Tomasza z Akwinu, można wyróżnić trzy warunki[4]: po pierwsze – zagrożone musi być wartościowe dobro (np. życie bądź zdrowie potencjalnego biorcy), po drugie – pomagający musi znajdować się w szczególnej sytuacji, tak aby można było stwierdzić, że właśnie on może zapobiec tej stracie (np. gdy konkretny potencjalny dawca okazuje się najbardziej adekwatnym kandydatem do udzielenia pomocy konkretnemu potencjalnemu biorcy), po trzecie – udzielenie pomocy może wymagać poniesienia tylko niewielkich kosztów (np. przekazania już niepotrzebnych zmarłemu narządów). Czwarta zasada również traktuje przekazywanie narządów jako realizację obowiązku. Tym razem jest to obowiązek wnoszenia równego wkładu w utrzymanie przedsięwzięć służących wzajemnej korzyści[5]. Cały system opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, którego medycyna transplantacyjna jest częścią, można traktować jako takie przedsięwzięcie.

Między wspomnianymi zasadami zachodzi konflikt – każdą cechuje inna perspektywa etyczna oraz inne preferowane kierunki zmian. Z perspektywy dwóch pierwszych idealnym rozwiązaniem byłby absolutny system zgody[6], który dopuszczałby pobieranie narządów wyłącznie, gdy sam dawca udzielił wyraźnej zgody. Jedynie wtedy nie narusza się wąsko rozumianego prawa do samostanowienia. Uzyskanie zgody dawcy jest także konieczne (choć niewystarczające), jeśli przekazywany

3 G. den Hartogh, *Farewell to non-commitment...,* s. 37-41; Nowak, op. cit. s. 64; zob. także: B. Chyrowicz, *Prawo do własności – prawo do daru. O sporze wokół pozyskiwania organów do transplantacji*, [w:] *Transplantacje: spór o dar*, B. Chyrowicz (red.), Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2011. s. 9-12.

4 W ujęciu den Hartogha zasada ta czerpie swoje źródło z filozofii moralnej Tomasza z Akwinu (zob. G. den Hartogh, *Farewell*..., s. 41-42; por. także: Tomasz z Akwinu, *Sprawiedliwość*, Veritas, Londyn 1970. s. 141-142; P.G. Nowak, *Ograniczanie*... s. 64-65; P. G. Nowak, *O przewadze regulacji sprzeciwu nad regulacjami opartymi na zasadzie wyraźnej zgody*, Incet, Kraków 2014, s. 3-4.). Źródłem podobnego zobowiązania mogłaby być zasada dobroczynności określonej w. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, tłum. Witold Jacórzyński, Warszawa 1996, s. 279.

5 G. den Hartogh, *Farewell*... s. 45-49; P.G. Nowak, *Ograniczanie*... s. 65.

6 G. den Hartogh, op. cit. s. 23-26; P.G. Nowak, Ograniczanie..., s. 66.

narząd ma stanowić altruistyczny dar. Trudno przecież wyobrazić sobie, aby działanie bądź zaniechanie X-a mogło mieć altruistyczną lub jakąkolwiek inną motywację, jeżeli nie jest ono konsekwencją decyzji X-a[7]. Przyjęcie perspektywy dwóch pozostałych zasad skłania do zastosowania odmiennych strategii pozyskiwania narządów. System odzwierciedlający obowiązkowy charakter przekazywania organów zakłada stosowanie pewnego typu nacisku. Jeśli przekazywanie narządów ma stanowić obowiązek w ścisłym sensie, to najlepiej byłoby, gdyby nacisk ów miał formę bezpośredniego przymusu ze strony państwa[8].

Zarysowany konflikt nie wymaga rozstrzygnięcia, jeśli jedynym celem jest ocena polskiego systemu pozyskiwania narządów oraz SARD. Wystarczy wspomnieć, że żadne ze skrajnych rozwiązań nie nadaje się do rzeczywistego zastosowania, a systemy etycznie akceptowalne muszą uwzględniać rolę każdej z zasad. Polski system pozyskiwania narządów dobrze radzi sobie z realizacją wymogów nakładanych przez zasady obowiązku, ponieważ jest oparty na tzw. regulacji braku sprzeciwu dopuszczającej pobieranie narządów od zmarłych, którzy nie wyrazili za życia sprzeciwu[9]. Takie rozwiązanie oddaje obowiązkowy charakter dawstwa: państwo ułatwia realizację moralnego obowiązku, czyniąc pośmiertną eksplantację opcją domyślną, a tych, którzy od realizacji zobowiązań chcą się uchylić, zmusza do «autodenuncjancji» i pewnego wysiłku poprzez wymóg rejestracji sprzeciwu[10].

Zgodność z zasadami obowiązku w przypadku polskiej regulacji wiąże się z brakiem zgodności z zasadą poszanowania prawa do samostanowienia oraz zasadą daru. Nie da się wykazać, że system, który dopuszcza pobieranie narządów jedynie w oparciu o brak sprzeciwu, spełnia wymogi zasady, która domaga się, aby z ciałem postępować tylko w taki sposób, na jaki została wydana zgoda. Z tej perspektywy nieskuteczna jest próba uzasadnienia dopuszczalności pobierania

7 P.G. Nowak, op. cit. s. 70-71.

8 G. den Hartogh, op. cit., s. 43.

9 W. Galewicz, *O domniemanej zgodzie i braku sprzeciwu*, Incet, Kraków 2014. (http://www.incet.uj.edu.pl/zbiory/tekst_3_WG_dbz.pdf [wgląd 30.06.2014]).

10 G.den Hartogh, op. cit s. 44; Zalewski [2010] s. 31; Z. Zalewski, *Problematyka „zgody domniemanej"*, [w:] *Etyczne aspekty transplantacji*, Stefan Bednarz (red.), Galicyjska Gazeta Lekarska, Kraków 2010.

narządów przez odwołanie się do zgody domniemanej[11]. Mając na względzie centralne znacznie tego pojęcia[12], zgoda domniemana jest stwierdzana jako wniosek z rozumowania:

> Większość osób (z określonej klasy, do której należał X) ma tendencję do tego, aby zgadzać się na pobranie ich narządów po śmierci, w celu przeszczepienia ich komuś potrzebującemu; X nie sprzeciwił się temu, aby w razie jego śmierci pobrano jego narządy, mimo iż miał możliwość sprzeciwu; a zatem jest bardziej prawdopodobne, że X nie odmówiłby swojej zgody na pobranie jego narządów po śmierci, gdyby zadano mu takie pytanie[13]

Zgoda domniemana w tym sensie nie jest w ogóle rodzajem zgody, rozumianej jako publicznie wyrażony akt woli[14], a w związku z tym system opierający się na domniemanej zgodzie, taki jak polska regulacja braku sprzeciwu, narusza zasadę poszanowania prawa do samostanowienia. Skoro nie jest spełniony warunek zgody, to system nie spełnia także wymogów nakładanych przez zasadę daru (zob. s. 2).

Zastanówmy się, czy SARD w wyższym stopniu spełnia wymogi czterech zasad:

> SARD zakłada wysyłanie specjalnych formularzy do każdego z pełnoletnich obywateli, za pomocą których każdy ma możliwość wyrazić zgodę lub sprzeciw na pośmiertne przekazanie narządów, albo też przekazać kompetencje w tej kwestii swoim bliskim. Ponadto każda osoba otrzymująca formularz jest informowana o dwóch (…) kwestiach. Po pierwsze, przekazywana jest informacja o tym, że nieodesłanie formularza traktowane będzie jako ciche przyzwolenie na przekazanie narządów, a po drugie każdy z obywateli jest informowany, że osoby, które wyrażają

11 T.M. Wilkinson, *Ethics and the Acquisition of Organs,* s. 92; W. Załuski, *Czy słuszna jest zasada domniemanej zgody na pobieranie narządów od pacjentów?*, Prawo i Więź nr 3 (9)/2014,, s. 42.

12 W sprawie innych możliwych rozumień tego terminu zob. W. Galewicz, *O domniemanej zgodzie....*

13 W. Galewicz, *O domniemanej zgodzie...*

14 T.M. Wilkinson, *Ethics...,* s. 82; P.G. Nowak, *O przewadze regulacji sprzeciwu...,* s. 5.

> zgodę na pośmiertne przekazanie narządów, czy to poprzez zaznaczenie w formularzu odpowiedniej rubryki, czy też nie odsyłając formularza w ogóle, mogą liczyć na preferencyjny dostęp do przeszczepów na wypadek, gdyby zaszła taka potrzeba [15].

Z perspektywy zasad obowiązku rozwiązanie to dziedziczy zalety regulacji braku sprzeciwu, czyniąc przekazywanie narządów opcją domyślną. Dodatkowym atutem SARD jest jednak przyznanie priorytetu zadeklarowanym dawcom, co pozwala lepiej oddać charakter pośmiertnego przekazywania organów jako realizacji obowiązku wnoszenia wkładu w utrzymanie przedsięwzięć służących wzajemnej korzyści[16]. Jednakże w przeciwieństwie do założeń regulacji braku sprzeciwu, SARD respektuje wymogi płynące z zasady daru oraz zasady poszanowania prawa do samostanowienia, zapewniając rzeczywistą zgodę dawców. Bez wątpienia mamy do czynienia z rzeczywistą zgodą, jeśli dawca podejmuje decyzję, zaznaczając odpowiednie pole formularza. Również ciche przyzwolenie jest rodzajem zgody[17]. Nie tylko słowo czy podpis mogą stanowić publiczny akt woli, niekiedy wystarcza gest lub milczenie. Widać więc, że SARD zyskuje przewagę nad obecnie stosowanym w Polce rozwiązaniem, z perspektywy wszystkich czterech zasad, a także, jak sądzę, z perspektywy utylitarnej zasady maksymalizacji korzyści[18].

Liczę, że przedstawione analizy skłonią odpowiedzialnych za organizację pozyskiwania narządów do przemyślenia na nowo założeń obecnego systemu. Zmiany są potrzebne. W Polsce wciąż wykonuje się mniej przeszczepień niż w krajach takich jak Wielka Brytania, Francja czy Hiszpania[19]. Jeśli sytuacja ma ulec poprawie, konieczne są reformy, które ulepszą system z perspektywy wszystkich liczących się w refleksji moralnej względów.

---

15 P.G. Nowak, *Ograniczanie...*, s. 58; zob. też: G. den Hartogh, *Farewell...*, s. 15, 22, 54-55.

16 G. den Hartogh, op. cit. s. 13, 45-49; P.G. Nowak, op. cit. s. 72.

17 G. den Hartogh, op. cit. s. 28-29; T.M. Wilkinson, *Ethics...*, s. 97; W. Załuski, *Czy słuszna....*, s. 42.

18 P.G. Nowak , *Ograniczanie...*, s. 72-73; T.M. Wilkinson, *Ethics...*, s. 94-95.

19 P.G. Nowak, op. cit., s. 61-64.

Maria Boratyńska

„Szczególne względy osobiste". Przyczynek do dyskusji nad dopuszczalnością dawstwa do przeszczepu przez osoby niespokrewnione

Zorganizowana przez studentów Koła konferencja odbyła się w szczególnym momencie, który nie zawaham się nazwać historycznym. Po wielu perypetiach w Polsce został wykonany pierwszy zabieg transplantacji zwanej krzyżową, gdy dawcy z biorcą nie łączą więzy prawnorodzinne, a znajomość nawiązały dwie pary w potrzebie i tylko w związku z faktem, że w obrębie każdej z nich gotów do poświęcenia dawca nie mógł nim zostać z powodu niezgodności tkankowej. Dawcy zdecydowali się więc wzajemnie przenieść swe altruistyczne uczucia na obce i nieznane dotychczas osoby. Gdy powstaje ten tekst, uczyniono już krok dalej: dopuszczone zostało i wykonane przeszczepienie zwane łańcuchowym: potrzebujące pary dawca-biorca zostały skojarzone w ciąg i w obrębie owego ciągu pacjenci otrzymali organy od obcych wcześniej osób dzięki temu, że ich bliscy zgodzili się oddać swoje innym obcym.[1] Jedno i drugie już się dokonało za wymaganą zgodą sądu, tym niemniej wypada zauważyć, że obowiązujące

1 Zob. A. Pochrzęst-Motyczyńska, *Pionierska operacja: trzy pary wymieniły się nerkami*, Gazeta Wyborcza 24.VI.2015, dodatek Gazeta Stołeczna, s. 3. Przeszczep przeprowadził zespół Katedry i Kliniki Chirurgii Ogólnej i Transplantacyjnej szpitala przy ul. Lindleya w Warszawie: prof. Andrzej Chmura, prof. Artur Kwiatkowski i dr n. med. Rafał Kieszek.

prawo postrzega się jako niedostatecznie przygotowane na taki mechanizm dawstwa. Przekonuje o tym zachowawcze rozumienie klauzuli *szczególnych względów osobistych,* która pozwala osobie niespokrewnionej z biorcą dostatecznie blisko być dla niego dawcą. Poczyniony w trakcie konferencji przegląd zapatrywań na konotacje owych „szczególnych względów osobistych" objawia niepokoje związane ze zbyt elastycznym stosowaniem tej klauzuli. W trakcie dyskusji Beata Janiszewska powątpiewała między innymi, czy ustawowe kryteria spełnia dawstwo na rzecz małej córeczki stałego współpracownika, a altruizm dawcy wydaje się mocno problematyczny. Inni dyskutanci podnosili argumenty, by tak rzec, z drugiego bieguna: istnienie bliskich więzów prawnorodzinnych wcale nie musi przesądzać o altruizmie i komisje kwalifikujące dawców miały już do czynienia z przypadkami, gdy testowany psychologicznie kandydat na dawcę nie przechodził próby i musiała być sporządzona opinia negatywna. Tyle, że bliski krewny z kręgu określonego ustawowo nie musi być próbie poddawany i nie tłumaczy się ani przed komisją, ani przed sądem; określone więzi formalnoprawne z biorcą dają jakby automatyczną rękojmię altruizmu. Przywołane także zostały wytyczne[2], kwalifikujące nawet rodzeństwo przyrodnie jako kandydatów wymagających zatwierdzenia przez sąd z wszystkimi konsekwencjami w postaci uprzedniego przekonania komisji kwalifikującej o swych altruistycznych pobudkach. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że ten ostatni pomysł oparty jest chyba na nieporozumieniu. Rodzeństwo przyrodnie mieści się a kategorii „rodzeństwo", do czego wystarczy posiadanie jednego wspólnego przodka. Ustawodawca nie rozróżnia, czego przykład stanowią przepisy prawa rodzinnego i spadkowego: niedopuszczalność zawarcia małżeństwa przez rodzeństwo oraz porządek dziedziczenia ustawowego uwzględniający w trzeciej kolejności rodzeństwo. W doktrynie prawa cywilnego nie ma wątpliwości, iż przy braku wyraźnego

2 *Wytyczne Zespołu Prawnego Krajowej Rady Transplantacyjnej dla Komisji Etycznej w zakresie interpretacji klauzuli „Szczególnych względów osobistych" przy pobraniu narządów od żywych dawców niespokrewnionych,* www.poltransplant.pl/Download/Biuletyn2013/Biuletyn_2013.pdf

rozróżnienia chodzi również o rodzeństwo przyrodnie i jest to wiedza poziomu podręcznikowego.[3]

Wątpliwości na gruncie ustawy transplantacyjnej układają się jak widać w trzy wątki: czy nawet najbliższy krewny z mocy ustawy legitymowany na dawcę jest zawsze odpowiednią osobą; czy tak określone pokrewieństwo nie powinno być rozumiane zawężająco w części dotyczącej rodzeństwa oraz wątpliwość najpoważniejsza: jak szeroko wolno ujmować klauzulę szczególnych względów osobistych. Pierwsza z nich ogranicza się do płaszczyzny moralnej, ponieważ ustawa transplantacyjna nie stanowi przeszkód. Doświadczenia komisji kwalifikujących pokazują jednak, że psychologiczna ocena kandydatów na dawców powinna być wnikliwa, a jednocześnie przecież ważą się losy biorcy. Z kolei, jak *implicite* wynika z *Wytycznych*, rodzeństwo przyrodnie jest uważane za bardziej podejrzane co do intencji niż rodzeństwo pochodzące od wspólnych obojga rodziców. Taka interpretacja być może ma jakieś podłoże w obserwacjach społecznych, tym niemniej w ustawie ograniczenia nie zostały zawarte. Na marginesie można tylko zauważyć, iż krąg dawców, którzy nie muszą tłumaczyć się ze szczególnych względów osobistych, jest bardzo wąski i nie obejmuje np. adoptowanego dziecka. *Wytyczne* sformułowane są pod tym względem nad wyraz ostrożnie i w istocie ograniczają pozytywną rekomendację do kręgu osób bliskich (choć przy zastrzeżeniu, iż sugerowane wyliczenie nie ma charakteru zamkniętego), z rozszerzeniem o dawstwo krzyżowe i uwagą, że ustawa transplantacyjna wymaga w tym zakresie doprecyzowania.[4]

---

3 Zob. w szczególności K. Piasecki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, red. K. Piasecki, wyd. 2 , Warszawa 2002, s 83.

4 Zespół uznaje dopuszczalność istnienia szczególnych względów osobistych w sytuacji:
– biologicznych krewnych w linii prostej (np. w sytuacji biologicznego ojca dziecka, które urodziło się w małżeństwie albo którego ojcostwa nie ustalono);
– biologicznych krewnych w linii prostej osoby przysposobionej;
– małżonków po orzeczeniu rozwodu;
– przysposabiającego i przysposobionego po rozwiązaniu przysposobienia;
– krewnych w linii bocznej bez ograniczenia stopnia (np. kuzynostwo, ciocia, wujek, siostrzeniec, bratanek);
– przyrodniego rodzeństwa;
– powinowatych w linii prostej bez ograniczenia stopnia (np. teść, ojciec teścia, macocha, pasierb);

Przede wszystkim warto zatem przyjrzeć się owej niedookreślonej klauzuli szczególnych względów osobistych. Beata Janiszewska przypomniała, że poprzednie brzmienie przepisu w tej części było inne: ówczesny art. 9 w ust. 1 pkt 1 ustawy transplantacyjnej[5] przewidywał za zgodą sądu, ale bez ustawowego wnikania w przyczyny, dawstwo na rzecz *innej osoby bliskiej*. Pod rządem dawnego przepisu było o tyle łatwiej, że pojęcie osoby bliskiej znały również inne akty prawne i bez większego trudu interpretowano je w kierunku wykazania faktycznej bliskości niezależnie od istnienia bądź nieistnienia więzów formalnych. Porównanie wyrażenia „inna osoba bliska" ze zwrotem „uzasadniają to szczególne względy osobiste" doprowadziło jednak Beatę Janiszewską do wniosku, że to drugie pojęcie ma zakres węższy. Osobiście nie jestem co do tego przekonana. Interpretacja klauzuli, o której mowa, w kierunku przyjęcia, że *względy* mają *łączyć* biorcę z osobą mu bliską,[6] jest tylko jedną z możliwości wyjściowych. Dochodzi przy tym do pomieszania znaczeń i znamiennego zniekształcenia wyrażenia ustawowego, z którego nieoczekiwanie zrobiły się „szczególne więzy osobiste" (sic!)[7]. Notabene „względy" w sposób zasadniczy różnią się semantycznie od „więzi", nie mówiąc już o „więzach". Dana osoba, ażeby uznać ją za bliską, powinna pozostawać z zainteresowanym w takiej właśnie relacji faktycznej. Bliskość jest tu relacją międzyludzką. Bez relacji nie ma bliskości, a relacja ta ma jednocześnie charakter

– powinowatych w linii bocznej bez ograniczenia stopnia (np. szwagier);
– przedstawicieli ustawowych niebędących krewnymi lub małżonkiem (np. opiekun);
– osób pozostających w bliskich stosunkach przyjacielskich (np. konkubentów czy homoseksualnych partnerów) czy zamieszkujących pod jednym dachem (np. studentów czy wychowańca, dzieci konkubenta z innego związku);
– osób pozostających w bliskich stosunkach towarzyskich czy zawodowych (np. narzeczeni, współpracownicy, znajomi).

Zespół przyjmuje dopuszczalność wystąpienia szczególnych względów osobistych także w sytuacji tzw. przeszczepów krzyżowych z zachowaniem zasad wyznaczonych przez art. 12 i 13 ustawy. Jednocześnie Zespół zwraca uwagę na konieczność doprecyzowania przepisów ustawy w tym zakresie.

5 Ustawa z 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. Nr 138, poz. 682, zmieniona obecnie obowiązującą ustawą z 1 lipca 2005 r.

6 J. Haberko i I. Uhrynowską-Tyszkiewicz: *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, Poznań/Warszawa 2014 (wersja elektroniczna), teza 13 komentarza do art. 12.

7 Ibidem.

wzajemny i można ją zamiennie określić jako szczególne więzi osobiste (a nie więzy!). Tymczasem *szczególne względy osobiste* są klauzulą generalną[8] i kluczowe w moim odczuciu znaczenie ma pojęcie *względów*. Wydawałoby się, że jego sens jest powszechnie znany, ale na co dzień nie do końca chyba zdajemy sobie sprawę, jak szeroki. W słownikowym znaczeniu *wzgląd* to na pierwszym miejscu (i w liczbie pojedynczej): « branie czegoś lub kogoś pod uwagę, zwracanie uwagi na kogoś albo na coś, liczenie się z kimś, z czymś », natomiast w drugim *względy* (w liczbie mnogiej) to « powody, przyczyny, pobudki, okoliczności ».[9] Względy odnoszą się do sfery motywacji, a nie relacji. Przesłanka sądowego zezwolenia na transplantację da się zatem wyjaśnić jako **szczególne przyczyny, pobudki, okoliczności o charakterze osobistym, dla których chcemy być dla kogoś dawcą**. Tutaj decyduje moim zdaniem indywidualne poczucie dawcy adresowane do biorcy, które jednak dawca będzie musiał zwerbalizować i wyartykułować dla celów orzekania. Mogą to być uczucia najróżniejszego rodzaju, zarówno utrwalone od lat, jak przejawione *ad hoc*. Powinny być jednak głębokie, poważne i dojrzałe[10] – tak rozumiałabym rozwinięcie epitetu „szczególne”. Porównałabym je odlegle do ratowania tonącego przez płynącego bezpiecznie łódką zwykłego człowieka (bo zawodowy ratownik, strażak czy policjant ma poczucie obowiązku wzmocnione i przez to odpersonalizowane oraz zwiększoną skłonność do poświęcenia). Łódka może się wywrócić, ryzyko jest, boimy się, ale chęć pomocy silniejsza. Nie dla każdego zechcemy to zrobić.[11] Ale, niezależnie dla kogo, nie powinno to być z nudów i w nadziei na wyrwanie się choć na trochę z szarej rutyny – co można podejrzewać u osadzonych w zakładach karnych. Nie z chęci znalezienia się na chwilę w świetle reflektorów. Nie dla sławy. Nie z powodu fanaberii podszytej egzaltacją, ułańskiej fantazji, przegranego zakładu czy z okazji zdania

8 W tej części zgadzam się z autorkami komentarza do ustawy transplantacyjnej J. Haberko i I. Uhrynowską-Tyszkiewicz: *Ustawa...,* teza 2 komentarza do art. 12. .

9 Słownik języka polskiego PWN, red. M. Szymczak, Warszawa 1981, t. III, hasło „**wzgląd**”.

10 W sensie dojrzałego uczucia lub dojrzałego namysłu, co nie musi być równoznaczne z długotrwałością, bo przecież szybkie decyzje wcale nie muszą być pochopne.

11 choć pod względem abstrakcyjnym w zasadzie mamy obowiązek - zob. art. 162 kodeksu karnego.

matury bądź ukończenia osiemnastu lat[12] (lub trzydziestu, czterdziestu – wszystko jedno). I to jest zadanie dla komisji kwalifikujących, by te pobudki ustalić, zweryfikować oraz ocenić.

Bez wątpliwości da się od razu wykluczyć tylko zamiar dawstwa na rzecz osoby zupełnie obcej, której kandydat na dawcę nigdy nie widział ani nigdy o niej nie słyszał – czyli dawstwo anonimowe.[13] Można przecież współczuć komuś znanemu jedynie z opisu lub być czyimś wielbicielem na odległość. Można doznać uczuciowego poruszenia opisaną w mass mediach tragedią dziecka, które uległo zatruciu muchomorem sromotnikowym i jak najszybciej potrzebuje płata wątroby, bądź do tego stopnia solidaryzować się z samotną matką czworga dzieci, by zaofiarować jej własną nerkę. Można admirować ekspresję Nergala (który stosunkowo niedawno potrzebował przeszczepu szpiku), niezapomnianą pianistykę Dinu Lipattiego czy Aleksieja Sułtanowa (obaj umarli młodo, jeden w roku 1950 na chłoniak Hodgkina, a drugi w 2005 z powodu wylewu i paraliżu) lub tenor liryczny José Carrerasa (sekundując jednocześnie jego walce z białaczką) i z tego powodu wręcz marzyć o oddaniu idolowi części siebie w podzięce za niepowtarzalne wrażenia estetyczne i żeby świat mógł się nimi cieszyć jeszcze długo. *Prima facie* wydaje się nawet, że odzew pod wpływem impulsu na apel w gazecie bardziej jednoznacznie spełnia przesłankę szczególnych względów osobistych niż na przykład reakcja na opowieść stałego partnera handlowego o chorobie synka - wszelako o niczym nie należy przesądzać z góry, bo każda sprawa wymaga potraktowania indywidualnego.

Osoby związane z transplantologią deklarują w kuluarach, że „dla dziecka zawsze się znajdzie", chociażby od „cioci z Krotoszyna". Należy się z tego cieszyć, bo najwyraźniej społeczeństwo jest hojne i w pewnym sensie poczuwa się do odpowiedzialności za tę jego słabszą część, warto więc byłoby przyjmować również ofiarność ze strony osób obcych. Moim zdaniem hasło „dziecko w potrzebie",

12 Zdarza się, że młodzi ludzie z tej okazji oddają honorowo krew.

13 Osobiście nie widziałabym nic niewłaściwego w dawstwie anonimowym i ubolewam, że polskie prawo go nie dopuszcza.

zwłaszcza w potrzebie pilnej, powinno skłaniać do większego liberalizmu w udzielaniu przez sąd zezwolenia na pobranie. Dyskutanci podnosili, że większość rozpatrywanych przypadków nie jest pilna, ponieważ pacjenta można dializować – ale siłą rzeczy argument ten działa tylko w odniesieniu do przeszczepu nerki. Z wątrobą jest dokładnie przeciwnie, zwłaszcza, gdy doszło do zatrucia alfa-amanityną (którą zawiera muchomor sromotnikowy). W dodatku wątroba jako narząd ma cechy, które wprawdzie wykluczają zakwalifikowanie podzielenia się nią z biorcą jako dawstwo tkanek, jednak dla praktyki orzekania może to stanowić wskazówkę uzasadniającą większą permisywność: ulega częściowej regeneracji, a przedmiotem donacji jest tylko jeden płat z czterech.

Na tym tle łańcuch par oficjalnie skojarzonych w intencji dawstwa przez specjalny ośrodek publiczny i przygotowany psychologicznie personel przedstawia się jako rozwiązanie o dużym stopniu czystości moralnej. Nie zmienia to faktu, że sędziom orzekającym w obu sprawach przeszczepów krzyżowych należy się najwyższe uznanie, ponieważ odważyli się ów krok uczynić, przyczyniając się w ten sposób do uratowania życia w jednym przypadku dwóch, a w drugim trzech osób i do uszczęśliwienia jeszcze pięciorga. Przekonanie o słuszności wydania orzeczenia było jak sądzę wzmocnione faktem, że zainteresowani pacjenci działali w parach złożonych z osób pozostających w bliskich relacjach, a relacja wielostronna została nawiązana na terenie ośrodka. Warto jednak zauważyć, że dla spełnienia przesłanki szczególnych względów osobistych nie powinien mieć znaczenia czas trwania relacji interpersonalnej, bo i ta relacja nie jest moim zdaniem konieczna do wykazania.

Uzasadnienia wspomnianych rozstrzygnięć sądowych byłyby warte szerszego upublicznienia jako dobry przykład dla innych. Zwłaszcza orzekanie w sprawach życia i śmierci wymaga elastyczności myślenia i otwartości na rozumowanie niestandardowe. Nic nie ujmując *Wytycznym,* dawstwo krzyżowe sprawia wrażenie dopisanego tam pospiesznie, w trybie nagłym i bez bliższego uzasadnienia, a fakt umieszczenia nie przesądza o zasadności, więc sędziowie muszą zmierzyć

się z precedensem sami. Rozumiem Beatę Janiszewską, że w swoim wielkim poczuciu odpowiedzialności za całe postępowanie w sprawie wzdraga się przed przyjmowaniem na wiarę ustaleń i opinii cudzych. Z drugiej jednak strony komisje kwalifikujące dysponują lepszym i bardziej wielostronnym instrumentarium dla zweryfikowania intencji kandydata na dawcę i można im zaufać podobnie jak powołanym przez sąd biegłym, z tą tylko różnicą, że procedura nie przewiduje zadawania członkom tych zespołów dodatkowych pytań na posiedzeniu sądowym. Niezawisły sąd może jednak moim zdaniem zdać się na tego rodzaju ciało opiniodawcze, nie omieszkawszy skontrolować prawidłowości formalnej oraz kompletności poczynionych przez nie ustaleń.

W interpretowaniu klauzuli szczególnych względów osobistych potrzebna jest elastyczność, natomiast rygorystycznego podejścia w ocenie wymaga moim zdaniem tylko bezinteresowność pobudek u dawcy. Na dobrą sprawę jeżeli nie ma co do tego wątpliwości, to na dalszy plan schodzi kwestia, jak bliskie i jak silne są jego więzi uczuciowe z biorcą. Dzięki wprowadzeniu klauzuli generalnej zmiany ustawowe co do kręgu możliwych dawców nie są moim zdaniem konieczne. Nie trzeba obawiać się elastycznej wykładni, bo przecież spełnia się w ten sposób funkcja adaptacyjna klauzuli generalnej. Okazało się to niemal na naszych oczach, gdy do unormowania sprzed dziesięciu lat trzeba było dopasować odkrycie, że dawca rodzinny, a zwłaszcza najbliższy krewny niekoniecznie jest najlepszym dawcą w sensie immunologicznym, więc można i trzeba kojarzyć ze sobą osoby zupełnie obce. Wprowadzenie do obecnej wersji ustawy transplantacyjnej rozwiązania uzupełniającego o charakterze klauzuli generalnej jest dla dawców oraz biorców bardziej korzystne niż poprzednie brzmienie przepisu, ponieważ odwołuje się bardziej do sfery motywacji niż do relacji interpersonalnej. Mam nadzieję, że zbliżamy się z ten sposób do stopniowego zaakceptowania dawstwa anonimowego. Ten drugi wariant jest przecież nie mniej chwalebny moralnie, a może nawet bardziej, bo podyktowany altruizmem czystym, ale nasz ustawodawca wciąż nie może się nań odważyć. Niech odwaga sędziów ośmieli organ stanowiący prawo.

*Przemysław Koniecznia*k

Przeszczepienie całego ciała do głowy – oceny prawne przypadku hipotetycznego

Na początku kwietnia tego roku prasa obwieściła, że włoski neurochirurg Sergio Canavero zamierza przeprowadzić „przeszczep głowy", a ściślej biorąc - operacyjne usunięcie pacjentowi tułowia z kończynami i zastąpienie go nowym, uzyskanym od martwego dawcy[1]. Kandydatem na biorcę jest trzydziestoletni Rosjanin Władimir Spiridonow, cierpiący na chorobę Werdniga-Hoffmanna (inaczej: rdzeniowy zanik mięśni podtypu Ib – postać niemowlęca przewlekła)[2]. Jest to choroba warunkowana genetycznie; w jej przebiegu zanikają neurony motoryczne, co z kolei skutkuje atrofią mięśni, narastającymi trudnościami w przemieszczaniu się, utrzymywaniu postawy ciała, mówieniu i połykaniu, wreszcie niewydolnością oddechową i krążeniową. Prowadzi ona nieuchronnie do zgonu, przy czym (w przypadkach SMA Ib) znaczna większość chorych nawet nie dożywa wieku dorosłego. Jak dotąd dostępne jest tylko leczenie objawowo-paliatywne, doraźnie poprawiające komfort życia pacjenta.

Zgodnie z zapowiedziami operacja ma być podjęta najpóźniej w 2017 r., wykonana przez gigantyczny zespół 150 lekarzy i pielęgniarek, ma trwać 36 godzin i kosztować ok. 12 mln dolarów. Canavero poszukuje

1 Nieadekwatna nazwa „przeszczep głowy" przyjęła się i wyplenić jej się raczej nie da.

2 Ang. SMA - *spinal muscular atrophy*; kod G12.0 wg ICD-10.

jakoby „odpowiedniej kliniki i... kraju, który zgodzi się, aby na jego terenie wykonano taki zabieg“[3]. Na zarzuty, że szuka sensacji, Canavero odpowiada, że wprowadzenie takiej metody do użytku uwolniłoby od cierpienia tysiące chorych ludzi, mianowicie tych, których mózg jest sprawny, ale ciało odmawia posłuszeństwa, jak np. tetraplegicy.

Przyjmijmy, że cała sprawa nie jest humbugiem[4] i postawmy pytanie, czy przeszczepienie ciała do głowy mogłoby się kiedyś odbyć w Polsce, przy założeniu obowiązywania obecnego stanu prawnego. Problem ten zasługuje na przynajmniej wstępną analizę[5]. Poza gimnastyką umysłu ma to głębszy cel. Zakładamy, że prawo jako zbiór norm ogólnych i abstrakcyjnych może znaleźć zastosowanie do takich przypadków, których w chwili tworzenia przepisów nawet nie przeczuwano, a same przepisy podlegają wykładni dynamicznej. Dzięki tego rodzaju eksperymentom myślowym da się w pewnej mierze odgadnąć, jakie mogą być oceny prawne odnoszące się do przyszłych sytuacji niestandardowch; mogą one też coś powiedzieć o odporności ustawy na wykładnię w złej wierze.

Odpowiedź na postawione poprzednio pytanie zależy od tego, czy operacja tego rodzaju miałaby być **pierwszą lub jedną z pierwszych w skali świata**, czy też zostałaby podjęta **już po należytym przetestowaniu „metody Canavero”** gdzieś poza Polską.

W pierwszym wypadku „przeszczep głowy” wolno by przeprowadzić **tylko jako czynność o charakterze eksperymentalnym**, z zastosowaniem przepisów rozdziału 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. W rozumieniu tych przepisów byłby to tzw. eksperyment

3 D. Romanowska; *Rosjanin chce się poddać przeszczepowi głowy. Operację przeprowadzi włoski neurochirurg*; Newsweek Nauka, wydanie internetowe, 10.04.2015; http://nauka.newsweek.pl/rosjanin-chce-sie-poddac-przeszczepowi-glowy--operacje-przeprowadzi-wloski-neurochirurg,106325,1,1.html [20.09.2015]

4 W około tygodnia po publikacjach na temat „przeszczepu głowy” internet obiegła plotka, że deklaracja S. Canavero stanowi zamaskowaną akcję reklamową gry komputerowej *Metal Gear Solid V: Phantom Pain*. Chirurg tę teorię spiskową oficjalnie zdementował (zresztą wzmianki o planach takiej operacji pojawiały się w mediach już co najmniej latem 2013 r., co przeczy podejrzeniom, że idzie o marketing).

5 Stroną normatywną takiego zabiegu zajęła się I. Ramus-Szatko; *Próba rekonstrukcji dyskusji nad normatywnymi uzasadnieniami hipotezy transplantacji głowy człowieka*; Annales UMCS Vol. L/LI-Sectio G, 2003/2004, s. 167-187; jest to jednak analiza filozoficzna (bioetyczna), oderwana od obowiązującego stanu prawnego.

medyczny leczniczy („wprowadzenie przez lekarza nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej"- art. 21 ust. 2 zd. 1 uzlld), jako że zamiarem S. Canavero jest jednocześnie leczenie konkretnego pacjenta (W. Spiridonowa) oraz przetestowanie obiecującej metody chirurgicznej. Nie ma też raczej wątpliwości, że proponowana w tym wypadku metoda jest „nowa", tzn. stanowi istotną, jakościową innowację, a nie jedynie wariant techniczny, trywialną modyfikację lub kombinację metod rutynowych.

Reżim prawny dla eksperymentu medycznego leczniczego ujęty jest bardziej liberalnie, niż dla tzw. eksperymentu medycznego poznawczego[6]. Mimo tego eksperyment postulowany przez S. Canavero **nie wydaje się dopuszczalny z punktu widzenia prawa polskiego**. Pozostawiając na boku przepisy odnoszące się do poinformowanej zgody uczestnika (art. 24-25 uzlld), obowiązują tu następujące warunki ograniczające (art. 21 ust. 2 zd. 2 i art. 22 uzlld):

1. dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne lub ich skuteczność nie jest wystarczająca,
2. spodziewana korzyść lecznicza lub poznawcza ma „istotne znaczenie",
3. przewidywanie osiągnięcia tej korzyści jest uzasadnione aktualnym stanem wiedzy,
4. eksperyment jest celowy w świetle aktualnego stanu wiedzy,
5. sposób przeprowadzenia eksperymentu jest uzasadniony aktualnym stanem wiedzy,
6. sposób przeprowadzenia eksperymentu jest zgodny z zasadami etyki lekarskiej.

Rzecz jasna aby podjęcie eksperymentu medycznego leczniczego było dopuszczalne, spełnione muszą być kumulatywnie wszystkie te warunki.

6 Przez eksperyment medyczny poznawczy rozumie się taki eksperyment medyczny na człowieku, który „ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej" (art. 21 ust. 3 zd. 1), co jest zresztą definicją wadliwą.

Skoro w SMA-Ib w ogóle nie jest znany skuteczny sposób leczenia, warunek (1) jest spełniony i to niezależnie, czy warunek nieskuteczności (resp. niedostatecznej skuteczności) miałby się odnosić do całej populacji pacjentów z takim rozpoznaniem, czy do W. Spiridonowa jako konkretnego kandydata na uczestnika eksperymentu[7].

Także przesłanka (2) jest ponad wątpliwość spełniona. W wymiarze indywidualnym udana transplantacja nie tylko ocali życie W. Spiridonowa, ale i przywróci mu zdolność poruszania się. W wymiarze powszechnym „metoda Canavero" mogłaby znaleźć zastosowanie w wielu sytuacjach klinicznych dotąd beznadziejnych (można sobie ją teoretycznie wyobrazić także w innych zastosowaniach, np. jako metodę uzgadniania płci u transseksualistów). Co prawda wyrażane przez S. Canavero nadzieje na pomoc tysiącom osób wydają się iluzją, a to ze względu na astronomiczne koszty oraz ograniczenia „logistyczne" (dostępność kompletnych, prawidłowych anatomicznie i ogólnie „zdrowych" tułowiów z kończynami).

Zdaje się natomiast, że **nie są zrealizowane warunki (3)-(5)**, co postaram się uzasadnić. Dla tych rozważań istotne jest pytanie, czy (w granicach przewidywalności) „przeszczepienie głowy" może nieść ze sobą jakieś problemy szczególne i ryzyka nadzwyczajne, odbiegające od rutynowych przeszczepów.

Każda dziedzina medycyny napotykała w swym rozwoju na pewne bariery. Idea przeszczepiania narządów już u zarania zderzyła się boleśnie z problemem odpowiedzi układu odpornościowego. Wczesne przypadki transplantacji (chodziło o nerki) odbywały się bez immunosupresji i bez typowania antygenów zgodności tkankowej[8] (nikt zresztą jeszcze nie wiedział, że ma to jakieś znaczenie dla rokowania);

7 O dwu możliwych interpretacjach warunku nieskuteczności (ew. niedostatecznej skuteczności) dotychczas znanych metod zob. P. Koniecznіak, *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*; Warszawa 2013, s. 96-98.

8 Pierwszą taką operację podjął (1933) w Chersoniu Jurij Woronoj, bez zważania nawet na zgodność grup krwi (w dodatku przy wykorzystaniu narządu pobranego wiele godzin po śmierci). Zob. np. E. Matevossian, H. Kern, N. Hüser, D. Doll,Y. Snopok, J. Nähring, J. Altomonte, I, Sinicina, H. Friess, S. Thorban; *Surgeon Yurii Voronoy (1895–1961) – a pioneer in the history of clinical transplantation: in Memoriam at the 75th Anniversary of the First Human Kidney Transplantation*; Transplant International Vol. 22, Issue 12 (2009), s. 1132-1139.

w efekcie kończyły się odrzuceniem narządu w mechanizmie nadostrym lub ostrym[9]. Z czasem dopiero zidentyfikowano źródło problemów, a opracowanie technik typowania tkankowego i kolejnych generacji leków immunopresyjnych[10] uczyniło przeszczepianie tkanek i narządów praktyką stosunkowo pewną i bezpieczną.

Powstanie i rozwój transplantologii wymagały także rozwiązania licznych problemów w sferze techniki chirurgicznej i „okołochirurgicznej"; jak np. opracowania szwów naczyniowych, technik krążenia pozaustrojowego, ustalenia optymalnego dojścia operacyjnego i położenia przeszczepianego narządu, czasu w ciągu którego należy przywrócić krążenie w przeszczepianym narządzie, wreszcie sposobów przechowywania owego narządu. O ile potrzeba immunosupresji występuje w transplantologii w zasadzie zawsze, niektóre zagadnienia szczególne musiały być rozwiązywane odrębnie dla poszczególnych rodzajów przeszczepów. Nie jest przy tym zaskakujące, że wcześniej zaczęto przeszczepiać nerki niż serca lub wątroby; a pojedyncze narządy wcześniej niż zespoły narządów – po prostu najpierw wprowadzano do praktyki te metody, które były mniej złożone, mniej kłopotliwe, technicznie łatwiejsze do opanowania.

Jak się zdaje, pod niektórymi względami „przeszczep głowy" nie będzie odbiegać od rutyny; można np. założyć, że skuteczne okażą się te same metody immunosupresji, które stosuje się w przypadkach „konwencjonalnych" transplantacji[11]. Natomiast chirurgiczna strona przedsięwzięcia stawia trudne wyzwania. W prasie podkreślano m.in. znaczenie czynnika czasu: w toku odpreparowywania „zbędnych tkanek" biorcy (tj. wszystkiego, co poniżej szyi) trzeba będzie przeciąć

9 Dzieje pierwszych transplantacji nerek były wielokrotnie i szeroko opisywane; np. J. Thorwald; *Pacjenci*; Kraków 1995 (Wydawnictwo Literackie), s. 101-210. W tamtej epoce jedynym i nieco przypadkowym sukcesem był przeszczep *ex vivo* przeprowadzony przez Josepha Murraya między monozygotycznymi braćmi Herrick (1954).

10 Początkowo stosowano w tej roli kortykosteroidy lub azatioprynę, co wiązało się z poważnymi działaniami niepożądanymi; a od końca lat siedemdziesiątych - cyklosporynę.

11 Jako laik nie umiem ocenić, czy na prawdopodobieństwo odrzucenia przeszczepu rzutuje w jakiś sposób to, że w planowanej operacji nastąpi połączenie dwu wielkich zespołów narządów. Nie wiem również, na ile możliwy jest scenariusz, w którym w wyniku przewlekłego odrzucania przeszczepu (a raczej odrzucania pacjenta przez przeszczep!), dojdzie do powolnego, ale nieuchronnego zniszczenia naczyń krwionośnych w obrębie głowy biorcy. Sądzę, że aktualny stan wiedzy pozwala takie ryzyko oszacować i uwzględnić w kalkulacjach.

duże naczynia krwionośne, doprowadzające krew do głowy, po czym możliwie szybko połączyć je cewnikami z naczyniami tułowia dawcy (z opisu nie wynika, aby miało być zastosowane krążenie pozaustrojowe). Ze względu na wyjątkową wrażliwość mózgu na anoksję czynność ta ma być wykonana w głębokiej hipotermii (12-15^{o}C), co spowolni metabolizm mózgu i obniży jego zapotrzebowanie na tlen, dając jakoby operatorom około godziny zamiast 2-3 minut na odtworzenie krążenia.

Zauważono też, że siłą rzeczy operacja musi łączyć się z całkowitym przecięciem rdzenia kręgowego, co według aktualnego stanu wiedzy oznacza, że pacjent w najlepszym razie pozostanie trwale sparaliżowany.

Kwestia ta wymaga rozwinięcia. Oczywiście obcinanie głów bliźnim stanowi wynalazek stary jak ludzkość i zapewne równie stare są pytania, czy „coś" dzieje się w głowie oddzielonej od tułowia oraz w tymże tułowiu. Długo jednak stanowiły one raczej eschatologiczny temat literacki[12], niż przedmiot badań naukowych. Zmieniło się to z nadejściem wieku dziewiętnastego i początków fizjologii eksperymentalnej. Pionierem w tej dziedzinie był Julien-Jean Le Gallois, który celem zbadania funkcji rdzenia kręgowego m.in. obcinał głowy królikom, a następnie podejmował prymitywną „resuscytację" tułowia z narządami wewnętrznymi. Ubocznym wynikiem tych badań była hipoteza o możliwości utrzymania przy życiu odciętej głowy zwierzęcia ciepłokrwistego poprzez przetaczanie krwi do tętnic (*Expériences sur le principe de la vie*, 1812), sam Le Gallois jej jednak nie sprawdzał[13]. Próbę taką przeprowadził w połowie stulecia Charles-Édouard Brown-Séquard[14], który obciął psu głowę, spuścił krew, po 10 minutach wtłoczył świeżą i (jak twierdził) przez krótki czas utrzymywały się pewne objawy życia.

---

12 Motyw ten pojawia się zarówno w średniowiecznej legendzie o kroczącym kadłubie ściętego pirata Klausa Störtebekera, jak w literaturze fantastycznej (np. powieść Aleksandra Bielajewa *Głowa profesora Dowella*; wydanie polskie Kraków 1984, Wydawnictwo Literackie).

13 Zob. np. A. Boese; *Potomkowie Frankensteina*; Warszawa 2007 (Bellona), s. 23; T. Cheung, *Limits of Life and Death: Legallois's Decapitation Experiments*, Journal of the History of Biology, 2013 Summer;46(2):s. 283-313.

14 Ów ekscentryczny naukowiec znany był też z przetaczania własnej krwi do zwłok, spożywania wymiocin chorych na cholerę oraz stosowania na sobie „leku geriatrycznego" w formie iniekcji wyciągów z jąder zwierzęcych. Zob. R. U. Schneider, *111 najbardziej szalonych eksperymentów*, Warszawa 2009 , s. 48-50;

Analogiczne eksperymenty na materiale ludzkim podejmował później (1884-1887) Jean-Baptiste Laborde[15], przetaczając krew do naczyń w głowach ściętych przestępców (uzyskanych od administracji więziennej), raz po godzinie, raz po 7 minutach od egzekucji; w obu wypadkach bez efektu.

W tym samym czasie Paul Loye na Sorbonie setkami dekapitował psy, mierząc następnie czas, w którym utrzymywały się poszczególne funkcje życiowe (objawy świadomości znikały natychmiast[16], poruszenia nosa i szczęk utrzymywały się do ok. 2 minut).

W czasach nam bliższych (1928) rosyjscy chirurdzy Siergiej Bruchonienko i Siergiej Czeczulin oddzielili głowę psa od tułowia i przez pewnien czas utrzymywali ją przy życiu. Pomysł nie miał wiele wspólnego z transplantologią; chodziło o pokaz możliwości autożektora, tj. jednego z pierwszych płucoserc[17], Przy okazji jednak badacze zademonstrowali, że czasowe podtrzymywanie niektórych przynajmniej funkcji mózgu po odcięciu głowy od tułowia jest wykonalne. Zachowana była reakcja źrenic na światło, głowa reagowała na hałas, smarowanie warg roztworem kwasu cytrynowego (zlizywała), oraz chininą (pojawiało się łzawienie), głowa połykała pożywienie, które zaraz potem wypadało z przeciętego przełyku[18].

Wyniki tych prób opublikowano i nagłośniono na Zachodzie, gdzie zostały przyjęte zaskakująco pozytywnie, a nawet odczytane w kategoriach możliwości wiecznego życia. Tak np. G.B. Shaw twierdził, że perspektywa dekapitacji i podtrzymywania życia głowy jest kusząca (bo

15 Skądinąd członek Stowarzyszenia Autopsji Wzajemnej (*Société d'autopsie mutuelle*). Zobacz R. U. Schneider, *111 najbardziej szalonych...,* s. 46-48.

16 A. Boese; *Potomkowie...*, s. 23-24. Badacz wyciągnął z tego wniosek praktyczny, że ścięcie jako metoda egzekucji nie przysparza skazańcowi cierpień; zob. Laurent Mucchielli, *Criminology, Hygienics and Eugenics in France, 1870-1914. The Medical Debates on the Elimination of „Incorrigible" Criminals* [w:] P. Becker, R. F. Wetzell [ed.] *Criminals and their Scientists: The History of Criminology in International Perspective*, Cambridge University Press, 2006, s. 222.

17 Krew z dodanym lekiem przeciwkrzepliwym (suramina) była natleniana w wanience i pompowana mechanicznie do tętnic szyjnych. R. U. Schneider, *111 najbardziej szalonych..., s. 102-103.* H. B. Shumacker, *The Evolution of Cardiac Surgery*, Bloomington IN 1992 (Indiana University Press), s. 247.

18 Z prób tych zachowały się dokumentalno-propagandowe filmy, możliwe do odszukania na YouTube; jest ich kilka wersji, różnie tytułowanych (*Experiments in the Revival of Organisms; Russian Dog Experiment - Living without a body*).

można sobie nomen omen nie zawracać głowy prozaicznymi czynnościami codziennymi) i proponował, żeby traktować w ten sposób jednostki wybitne intelektualnie, a śmiertelnie chore[19]..

W 1954 r. radziecki chirurg Władimir Demichow[20] wyprodukował dwugłowego psa, doszywając głowę szczenięcia wraz z barkami i przednimi łapami do szyi dorosłego owczarka niemieckiego (podłączoną do krwioobiegu, ale nie do innych układów). Stwór przeżył 6 dni, po czym zginął w wyniku zakażenia[21]. W następnych latach Demichow tworzył kolejne dwugłowe psy, które również marły z powodu powikłań infekcyjnych lub reakcji immunologicznej (nie stosowano immunosupresji); rekord przeżycia wyniósł 29 dni (1959). Próby te krytykowano jako okrutne i jałowe poznawczo, na co Demichow odpowiadał, że pozwolą one opracować od strony chirurgicznej techniki transplantacji stosowane u ludzi[22].

Wkrótce potem (1961) chirurg Robert J. White założył w Cleveland ośrodek badań nad mózgiem, zamierzając obok innych projektów[23] przeprowadzić pełny „przeszczep głowy", który usunąłby w cień osiągnięcia Demichowa (*Brain Research Laboratory* finansowano ze środków federalnych, w ramach naukowo-technicznego współzawodnictwa z ZSRR). Ostatecznie dopiął swego, wykonując taką operację na rezusach (1970). Małpa - biorca przeżyła po operacji kilka dni, zupełnie sparaliżowana wskutek przecięcia rdzenia kręgowego, a połączony z głową tułów funkcjonował tylko jako „biologiczne krążenie pozaustrojowe" (oczywiście w 1970 r. taki efekt nie był żadnym zaskoczeniem, gdyż skutki przerwania rdzenia kręgowego znano od niepamiętnych czasów).

---

19 A. Boese; *Potomkowie...*; s. 24-25.

20 Miał on doświadczenie m.in. w medycynie wojennej, a w późnych latach czterdziestych wykonywał próbne operacje przeszczepiania serca i płuc oraz by-passy u zwierząt; A. Boese; *Potomkowie...*; s. 32-34.

21 Przed Demichowem podobną operację przeprowadził Amerykanin Charles Guthrie (1908), z jeszcze bardziej wątpliwym powodzeniem, bo od odcięcia głowy do przywrócenia krążenia minęło 20 minut, co skutecznie uszkodziło „drugi" mózg, tak że głowa przejawiała tylko najbardziej elementarne odruchy (skurcz źrenic, poruszenia nozdrzy i języka).

22 R. U. Schneider, *111 najbardziej szalonych...*, s. 146-147.

23 White m.in. pomyślnie przeprowadził usunięcie mózgu (wraz z naczyniami krwionośnymi) z czaszki rezusa, tak że zachował przez pewien czas aktywność rejestrowaną na EEG. Tą samą metodą wyjął mózg psa i przeszczepił pod skórę innego. Zob. A. Boese; *Potomkowie...*; s. 34-38.

Głowa zachowała natomiast „wszelkie oznaki świadomości zewnętnrznego świata", przyjmowała i próbowała żuć podawany pokarm, śledziła oczami ruchy osób i rzeczy w polu widzenia. White uznał to za wynik dostatecznie pomyślny, by myśleć o analogicznej operacji na człowieku. Wywodził, że gdy pacjent jest *a limine* sparaliżowany, to jego sytuacja po wymianie tułowia na nowy nie ulegnie pogorszeniu (trudno jednak powiedzieć, na czym miałaby polegać korzyść dla pacjenta z takiej operacji). Ostatecznie zamysłu tego nigdy nie zrealizował, mimo że zgłosił się ochotnik cierpiący na tetraplegię.

Ponieważ każde przerwanie ciągłości nerwu (neurotmeza) jest stanem nieodwracalnym, „przeszczep głowy" w latach siedemdziesiątych nie miał sensu praktycznego. Nasuwa się pytanie, czy sytuacja od tamtego czasu uległa zmianie. W ostatnich latach sprawdzane są różne metody leczenia ciężkich urazów rdzenia kręgowego, jak np. autoprzeszczep węchowych komórek glejowych[24], podawanie do lezji swoistego „kleju do nerwów" w postaci biopolimerów[25], czy też analogów enzymu PTPs[26]. Canavero wierzy, że dzięki tej ostatniej metodzie oraz przy zastosowaniu gładkiego, równego cięcia, uda się odtworzyć łączność między rdzeniami kręgowymi dawcy i biorcy

Optymizm S. Canavero wydaje się jednak przesadny. Wskazana przezeń metoda stymulacji zrostu rdzenia kręgowego daje rezultaty zachęcające, ale daleko im do przełomu. W dodatku była ona sprawdzana wyłącznie w fazie przedklinicznej, na szczurach. Pozwala to na ocenę, że ani sposób przeprowadzenia eksperymentalnej operacji, ani przewidywanie osiągnięcia z niej korzyści zdrowotnych dla W. Spiridonowa **nie są *ex ante* dostatecznie uzasadnione aktualnym stanem**

24 A. Mackay-Sim, F. Féron, J. Cochrane, L. Bassingthwaighte, C. Bayliss, W. Davies, P. Fronek, C. Gray, G. Kerr, P. Licina, A. Nowitzke, C. Perry, P.A.S. Silburn, S. Urquhart, T. Geraghty; *Autologous olfactory ensheathing cell transplantation in human paraplegia: a 3-year clinical trial*, Brain nr 131 z 2008 r., s. 2376-2386.

25 V. Estrada, N. Brazda, C. Schmitz, S. Heller, H. Blazyca, R. Martini, H.W. Müller; *Long-lasting significant functional improvement in chronic severe spinal cord injury following scar resection and polyethylene glycol implantation,* Neurobiology of Disease, nr 67 z lipca 2014 r., s. 165-179.

26 B.T. Lang, J.M. Cregg, M. DePaul et al. *Modulation of the proteoglycan receptor PTPs promotes recovery after spinal cord injury*, Nature nr 518 (19 February 2015), s. 404–408.

wiedzy, choć oczywiście *ex post* może się okazać, że operacja przyniesie spektakularny sukces. Siłą rzeczy neguje to też przesłankę celowości eksperymentu[27].

Oceny te mogłyby jednak ulec zmianie, gdyby stymulacja zrostu nerwów została najpierw wypróbowana w mniej złożonych sytuacjach klinicznych, u osób z uszkodzeniami rdzenia kręgowego lub pomniejszych nerwów.

Wniosek powyższy stawia jednak w niefortunnej sytuacji W. Spiridonowa, który ma niewielkie szanse na dożycie tego momentu; daje się tu zauważyć pewnego rodzaju nieusuwalne napięcie między prawną ochroną osoby chorej, kandydującej do udziału w eksperymencie, a wolą i interesem takiego chorego z beznadziejną prognozą, któremu „aktualny stan wiedzy" nie ma nic do zaoferowania.

Dla porządku należy dodać, że przesłanka (6) jest spełniona, gdyż poza wątpliwościami, czy eksperyment „dobrze rokuje" w sensie technicznym, nie koliduje on z żadną normą lekarskiej etyki zawodowej. Trudno w ogóle powiedzieć, by niósł on z sobą cokolwiek moralnie niewłaściwego, o ile odróżnimy krytykę moralną od prostych okrzyków zgrozy[28].

Nie zmienia to ogólnej konkluzji, że „przeszczepu głowy" w Polsce legalnie wykonać się nie da, o ile miałby być podjęty jako czynność eksperymentalna. Z kolei rozważmy inną hipotetyczną sytuację, w której pewna liczba takich operacji zostaje przeprowadzona za granicą i zakończona powodzeniem, a metoda traci status eksperymentu i wchodzi

---

27 Logicznie rzecz biorąc warunek (3) zawiera się w warunku (4), zob. P. Koniecznia k, *Eksperyment naukowy i techniczny...*; s. 454.

28 Ogłoszenie przez S. Canavero planów operacji wywołało głosy sprzeciwu i oburzenia, miały one jednak charakter czysto emocjonalny i praktycznie nie zawierały argumentacji. Jako ilustrację przytoczę kuriozalny komentarz na pewnym blogu [wszystkie podkreślenia P.K.]: „Po co komu cudza głowa? (...) Swojej głowy ma się czasem dość a co dopiero cudzej? Tak daleko posunięta ingerencja w sprawy Boskie jest k o m p l e t n y m z d z i c z e n i e m a nie postępem. (...) Postęp w medycynie w pewnej mierze zależny jest od szaleńców, ale żeby t e n o b ł ę d sięgał aż tak daleko...? N i e w y o b r a ż a l n e , d r a m a t y c z n e , d e m o n i z u j ą c e . . . Załóżmy, że operacja się uda (...), że cierpiący na zanik mięśni, pochodzenia rdzeniowego, odzyska zdrowie, lecz co stanie się, gdy przebudzi się z głową jakiegoś przestępcy, mordercy albo psychicznie chorego ? Kim wtedy będzie? (...) Tego rodzaju eksperymenty z ludzką głową powinny być zakazane. T o p r z e c i e ż h o r r o r z najniższej półki a może z najwyższej?" http://krystynar.bloog.pl/id,347656790,title,Z-glowa-bez-glowy,index.html?smoybbtticaid=615a74 [20.09.2015]

do kanonu medycyny rutynowej. W takim wypadku operacja podjęta w Polsce powinna być traktowana na zasadach ogólnych, tj. podlegać ocenom prawnym na podstawie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów.

Z oczywistych powodów pobranie tułowia mogłoby nastąpić tylko *ex mortuo*. Ramy prawne właściwe dla takich czynności zawiera rozdział 2 ustawy transplantacyjnej („Pobieranie komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich"). Są one lakoniczne i zarazem bardzo luźne. Zgodnie z nim komórki, tkanki i narządy mogą być pobierane ze zwłok ludzkich w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych i dydaktycznych (art. 4 ust. 1), przy czym może to nastąpić również w czasie sekcji zwłok dokonywanej na podstawie przepisów odrębnych (art. 4 ust. 2). Warunkiem ograniczającym jest „zgoda dorozumiana" (tzn. pobrania komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia wolno dokonać, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu - art. 5 ust. 1). Warunek powyższy należałoby odnosić do pobrania tułowia z kończynami identycznie, jak do każdego innego pobrania ze zwłok.

Pobraniu podlegałby jednocześnie cały zespół wielu narządów, co jest jak najbardziej dopuszczalne, już choćby dlatego, że ustawa posługuje się konsekwentnie liczbą mnogą („pobranie narządów"). Obecna praktyka to w zupełności potwierdza: wielonarządowe pobrania ze zwłok są w Polsce dokonywane, bez żadnych zastrzeżeń co do ich legalności.

Dla przeszczepów *ex vivo* ustawa transplantacyjna *explicite* ustanawia warunek, aby zasadność i celowość pobrania komórek, tkanek lub narządów od określonego dawcy i przeszczepienia ich określonemu biorcy była stwierdzona na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej (art. 12 ust. 1 pkt 3), co mieści w sobie m.in. zachowanie dostatecznej zgodności tkankowej. Warunek ten obowiązuje też przy przeszczepach *ex mortuo*, z tym że wynika on z art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, zgodnie z którym każda czynność zawodowa lekarza ma być wykonywana zgodnie ze wskazaniami aktualnego stanu wiedzy i z należytą starannością. W tym zakresie „przeszczep głowy" nie stwarza żadnych problemów szczególnych.

Podczas konferencyjnej dyskusji padło pytanie, czy „przeszczep głowy" da się pogodzić z art. 1 ust. 2 pkt 1, zgodnie z którym przepisów ustawy nie stosuje się do pobierania ani przeszczepiania komórek rozrodczych, gonad, tkanek zarodkowych i płodowych, narządów rozrodczych lub ich części. Skoro bowiem w obrębie tułowia z kończynami znajdują się m.in. narządy rozrodcze i gonady, to być może przeszczep taki jest w ogóle niedopuszczalny, względnie byłoby wymagane uprzednie usunięcie tych narządów z tułowia (!). Z pewnością wniosek taki nie jest uzasadniony. Po pierwsze nie wydaje się, by pobranie i przeszczepienie kompletnego zespolu narządów „poniżej szyi" miało być określane mianem pobrania i przeszczepienia narządów rozrodczych i gonad. Po drugie i ważniejsze – z powołanego przepisu nie wynika zakaz takich czynności, a wyłącznie to, że nie stosuje się tu ustawa transplantacyjna. Czynności tam wymienione nie mają właściwej dla siebie szczególnej regulacji ustawowej, ale przecież mogą być legalnie podejmowane (jak np. dawstwo komórek rozrodczych lub pobieranie dla różnych celów komórek czy tkanek płodowych *ex mortuo*).

W tej samej dyskusji podniesiono pytanie, czy tego rodzaju przeszczep nie wywołałby z punktu widzenia prawa cywilnego kłopotów filiacyjnych (gdyby pacjent następnie miał dzieci). Oczywiście nie, gdyż polski system prawny co do zasady nie definiuje rodzicielstwa poprzez kryterium genetyczne, a co ważniejsze – nie wiadomo, na czym właściwie miałyby polegać owe kłopoty. Przypadek, w którym głowa osoby X dysponuje kompletnym ciałem (z narządami rozrodczymi i gonadami), które w przeszłości należało do osoby Y, nie wytwarza w moim przekonaniu żadnej sytuacji kolizyjnej z prawnego punktu widzenia[29], choć może być odbierany jako dziwaczny, kłopotliwy obyczajowo, czy dla kogoś wręcz przerażający.

W ustawie transplantacyjnej znajduje się jednak pewien przepis, który w ostateczności dałoby się odczytać jako pośredni zakaz podejmowania

29 Podzielam stanowisko M. Safjana, według którego rozmnażanie się biorcy po takim przeszczepie nie stwarza problemu, a „każda osoba ma prawo decydować o swojej prokreacji (...) także ktoś, kto otrzymał obcy korpus, a z nim - jajniki lub jądra". M. Safjan w rozmowie z dziennikarzami E. Siedlecką i S. Zagórskim; *Przeszczepy. Zagadnienia etyczne*; http://wyborcza.pl/1,75248,93601.html [20.09.2015]

„przeszczepów głowy". Jest to art. 11 nakładający na lekarza, który pobrania narządów dokonał, obowiązek nadania zwłokom należytego wyglądu po tej czynności. Przyjmując celowo nieprzychylną interpretację tego przepisu można twierdzić, że skoro wygląd zwłok po pobraniu ma być „należyty", to nie wolno podjąć czynności, przy której z góry wiadomo, że spełnienie tego warunku nie będzie możliwe. Jakże zaś mówić o należytym wyglądzie zwłok, gdy po pobraniu tułowia z ciała martwego dawcy pozostałaby jedynie głowa.

Argumentacja ta jest oczywiście naciągana, a wniosek bezpodstawny. Zwróćmy uwagę na rzecz oczywistą: w przepisie mowa o zwłokach i ich należytym wyglądzie, a nie o człowieku i jego integralności cielesnej. Nie jest to więc obowiązek „wyleczenia zwłok" z uszkodzeń, czy jakiejś „rekonstrukcji martwych tkanek", lecz (motywowany obyczajem) nakaz czysto wizualnego *restitutio in integrum*, i to w bardzo ograniczonym zakresie. W doktrynie trafnie wskazuje się, że art. 11 nie zobowiązuje do podejmowania „nadzwyczajnych działań kosmetycznych czy chirurgicznych", a tylko do przywrócenia wyglądu zbliżonego do tego, który miał zmarły przed śmiercią. Przy tym nawet to ostatnie w niektórych sytuacjach nie będzie możliwe, np. w razie pobrania ze zwłok części twarzy[30], co jednak nie stanowi przeszkody dla pobrania. Nawet po usunięciu masywnych fragmentów ze zwłok ich „należyty wygląd" nadal da się uzyskać poprzez użycie np. atrap kończyn i zakrycie ciała (na ten aspekt zwrócono uwagę w dyskusji). Reasumując, powinność z art. 11 ustawy transplantacyjnej sprowadza się do powierzchownego zamaskowania ubytków i śladów na ciele powstałych podczas pobrania, tak by przy naocznej obserwacji zwłoki nie sprawiały wrażenia makabrycznego. Nawet gdy takiego efektu nie da się uzyskać, pobranie pozostaje prawnie dopuszczalne.

W ustawie transplantacyjnej nie da się więc znaleźć przeszkód dla operacji przeszczepienia tułowia do głowy, jeśli tylko zaistniałyby wiarygodne dane empiryczne o dostatecznej skuteczności

30 J. Haberko [w:] J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, Warszawa 2014 (LEX Wolters Kluwer); wersja elektroniczna: LexOnline (komentarz do art. 11, teza 2)

i bezpieczeństwie „metody Canavero". Sądzę, że jest to **dowód na dobrą konstrukcję polskiej ustawy, która pozwala na wszelkie racjonalnie uzasadnione praktyki transplantologiczne** i nie zawiera ograniczeń o charakterze zabobonu.

Do rozważenia pozostaje jeszcze, czy przeszczep ciała do głowy nie koliduje z jakimiś normami wysoce ogólnymi, o charakterze zasad prawa lub klauzul generalnych[31]. Sądzę że nie, jakkolwiek ktoś mógłby próbować takiej argumentacji. W pierwszej kolejności przychodzi na myśl pojęcie godności ludzkiej, stanowiące centralny punkt rozdziału II Konstytucji (art. 30), używane (oraz systematycznie nadużywane) w rozumowaniach mających dowieść, że określone praktyki są zabronione, mimo że żaden przepis prawa *explicite* ich zakazu nie zawiera (chyba najlepszym przykładem jest obiegowe przekonanie, że klonowanie ludzi w sposób konieczny koliduje z godnością klonowanego i tym samym jest niedopuszczalne).

Cokolwiek rozumieć pod pojęciem godności ludzkiej (inaczej: osobowej), nie ma żadnego powodu sądzić, by przeszczepienie cudzego tułowia uchybiało godności biorcy. Do martwego dawcy pojęcie to w ogóle się nie stosuje, gdyż zwłoki nie są osobą.

Identyczne oceny odnoszą się do tzw. godności osobistej, należącej do kategorii dóbr osobistych w ujęciu cywilistycznym (w tym sensie słowo „godność" użyte jest np. w art. 11^1 Kodeksu pracy): nie dostrzegam takiego naruszenia po stronie biorcy, natomiast martwy dawca w ogóle jest pozbawiony godności osobistej.

System prawny zna wprawdzie wyrażenie: godność należna zmarłemu[32]; wyraz „godność" użyty jest tu jednak w jeszcze innym znaczeniu i wynika zeń jedynie nakaz elementarnego szacunku dla zwłok, wymagany ze względu na wspomnienie o godności osoby, której przecież jednak już nie ma. Na gruncie ustawy transplantacyjnej wymaganie to sprowadza się do przestrzegania art. 11, omówionego już powyżej.

31 Zazwyczaj te dwie kategorie są traktowane jako odrębne, choć niezbyt konsekwentnie.

32 Artykuł 10 ust. 2a ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, t.j. Dz.U. nr 118 z 2011 r., poz. 687.

W nieratyfikowanej jeszcze Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (potocznie: Europejska Konwencja Bioetyczna), państwa-strony zobowiązują się do ochrony godności i tożsamości istoty ludzkiej (art. 1), przy czym w ujęciu tej konwencji „istota" jest pojęciem szerszym logicznie od „osoby" ludzkiej, odnoszącym się co najmniej także do płodów i zarodków, niemających statusu osoby. Nawet jeśli „istota" jest pojęciem niedookreślonym, z pewnością nie mieszczą się w nim ani zwłoki, ani wyodrębnione ich części czy też pojedyncze komórki, nawet gdy stanowią one „świeży" i żywy ludzki materiał biologiczny. Zatem wymagana przez Konwencję ochrona godności i tożsamości może być odniesiona wyłącznie do biorcy.

Wniosek, że biorca tułowia nie doznaje uszczerbku na godności ludzkiej, jest identyczny na gruncie Konwencji, jak Konstytucji R.P. (chodzi przecież o to samo rozumienie godności). Z punktu widzenia Konwencji można natomiast zastanawiać się, czy przeszczepienie tułowia do głowy nie byłoby zamachem na tożsamość biorcy. Także i tu odpowiedź jest jednoznacznie negatywna. **Biorcą jest głowa, a raczej powiązany z nią umysł**, więc biorca nie staje się kimś ani czymś innym z powodu wymiany tułowia[33]. Tożsamość osoby nie jest pojęciem przyrodniczym i nie zależy od porównania masy narządów własnych i przeszczepianych (Lemowski *Przekładaniec* stanowi przecież tylko żart literacki[34]).

Ramy referatu nie pozwalają odpowiedzieć na kolejne pytania, jak np. czy „przeszczep głowy" nie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego lub innymi jeszcze podobnymi klauzulami. Sądzę że nie, ale ciężar dowodu spoczywa na tym, kto zamierza twierdzić, że „tak".

33 Dla prawnika absurdem jest także stanowisko, zgodnie z którym „Jedną z najistotniejszych części ciała decydujących o tożsamości człowieka (...) są: gruczoły płciowe męskie i żeńskie", akceptowane jak się wydaje przez I. Ramus-Szatko; *Próba rekonstrukcji dyskusji*..., s. 173.

34 Ściśle biorąc chodzi o film Andrzeja Wajdy (1968) na podstawie scenariusza Stanisława Lema; scenrariusz opublikowany w zbiorze. S. Lem; *Bezsenność*; Kraków 1971 (Wydawnictwo Literackie). Tematem utworu są właśnie problemy z ustaleniem tożsamości osoby złożonej. po wielokrotnych transplantacjach, niemal wyłącznie z „cudzych" tkanek i narządów.

ORZECZNICTWO

Mirosław Nesterowicz

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29 września 2014 r., I ACa 233/14, LEX nr 1526918

1. W sprawach o naprawienie szkód medycznych wykazanie przez poszkodowanego pacjenta przesłanek odpowiedzialności zakładu opieki zdrowotnej jest zadaniem ogromnie trudnym, a niekiedy wręcz niewykonalnym. W szczególności zaś nie można wymagać od poszkodowanego wykazania, że przyczynę zakażenia stanowiło konkretne zaniedbanie, ani w sposób absolutnie pewny związku przyczynowego między zdarzeniem sprawczym a szkodą. Wystarczające jest wykazanie dostatecznej dozy prawdopodobieństwa jego wystąpienia.

2. Wykazanie przez pacjenta, że do jego zakażenia doszło podczas pobytu w szpitalu pozwala na przyjęcie domniemania faktycznego, że było to spowodowane zaniedbaniem ze strony personelu medycznego. Wówczas na szpital przesuwa się ciężar ekskulpacji.

G L O S A

1. Sprawa dotyczy odpowiedzialności szpitala za zakażenie pacjenta gronkowcem złocistym. Procesy sądowe dotyczące zakażeń szpitalnych często pojawiają się na wokandach sądowych. Są to zakażenia

wirusem HBV żółtaczki zakaźnej typu B, czasami wirusem HCV typu C (odkrytego 25 lat temu), niekiedy gronkowcem, sepsą albo wirusem HIV. Przyczynami zakażenia są najczęściej nieprzestrzeganie przez personel medyczny zasad bezpieczeństwa i higieny, niedostateczna sterylizacja i dezynfekcja sprzętu medycznego, nienależyty nadzór epidemiologiczny, zły stan leczniczy i sanitarny pomieszczeń i urządzeń szpitalnych. Powód był poddany operacji stawu kolanowego, a według badań dokonanych w latach 90-tych XX w. w 4611 szpitalach Europy Zachodniej ryzyko zakażeń szpitalnych na chirurgii ortopedycznej wynosi 4,4%[1]. Powstaje pytanie, kto ma to ryzyko szkody ponosić - pacjent czy szpital (i ubezpieczyciel). Sprawy dotyczące odpowiedzialności za zakażenie pacjentów gronkowcem złocistym wielokrotnie były rozstrzygane przez orzecznictwo wielu państw, a sądy przyjmowały domniemanie winy i związku przyczynowego szpitali, dowód *prima facie*, *negligence*, obowiązek zapewnienia pacjentom przez szpital bezpieczeństwa pobytu o charakterze rezultatu[2].

W glosowanej sprawie powód w okresie od 17 do 26 listopada 2010 r. przebywał w pozwanym szpitalu i w dniu 18 listopada został poddany zabiegowi operacyjnemu.

Dnia 3 czerwca 2011 r. powód został ponownie przyjęty do szpitala w celu rewizji stawu kolanowego. Wtedy z materiału pobranego trzykrotnie z rany wyhodowano gronkowca złocistego. Potem jeszcze kilkakrotnie powód przebywał w szpitalu, lecz gronkowca, mimo stosowania antybiotyków, na które był wrażliwy, nie udało się zlikwidować. 10 maja 2013 r. odbyła się kolejna operacja powoda, a ze względu na utrzymujące się i nie rokujące wyleczenia zakażenie stawu kolanowego konieczne było odcięcie końców dokolanowych zakażonych kości stawu kolanowego i jego artrodeza - alternatywą była amputacja kończyny.

---

1 Zob. J. Juszczyk, W. Hryniewicz, W. Magdzik, A. Samet, *Zakażenia szpitalne*, Warszawa 1996, s. 9.

2 Zob. O´Hern V.M., *Hospital Liability for Staphylococcus Infections*, The Best of Law and Medicine, Illinois 1970, s. 83 i n.; tenże, *Physicians´ Liability for Staphylococcus Infections*, The Best of Law and Medicine, Illinois 1970, s. 31 i n.; M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za bezpieczeństwo pacjenta podczas hospitalizacji*, PiP nr 3/2001, s. 41 i n.

W pozwie wobec zakładu ubezpieczeń, z którym szpital zawarł umowę ubezpieczenia OC, powód żądał zadośćuczynienia w kwocie 140.000 zł i ustalenie odpowiedzialności pozwanego za mogące ujawnić się w przyszłości następstwa tej szkody.

Sąd Okręgowy orzekł, że powód nie wykazał tzw. winy organizacyjnej szpitala, by wskutek konkretnych zaniedbań w zakresie organizacji, bezpieczeństwa, higieny i opieki nad chorym w stosunku do standardów wiedzy medycznej powstało lub zwiększyło się ryzyko zakażenia. Zgodnie z opinią biegłego z zakresu chorób zakaźnych, nie stwierdzono nieprawidłowości przy postępowaniu leczniczym wobec powoda w okresie objętym pozwem, a zabieg operacyjny został przeprowadzony we właściwej i wystarczającej osłonie antybiotykowej, prawidłowo uwzględniającej okoliczności występujące po stronie powoda. Istotnym czynnikiem ryzyka zakażenia był natomiast dotychczasowy przebieg leczenia, w tym wcześniejsze procesy zapalne w obrębie kolana, które upośledziły zdolność obronną organizmu i skutkowały najprawdopodobniej tym, że podawane i zasadniczo wystarczające dla zniwelowania ryzyka powikłań dawki antybiotyków nie wyeliminowały tego ryzyka, którego zresztą - jak wskazał biegły, powołując się na dane statystyczne - mimo podejmowanych starań nie udaje się zminimalizować poniżej 3%.

W związku z tym Sąd oddalił powództwo uzasadniając, że powód nie wykazał zaniedbań szpitala w procesie leczenia, a wystąpienie i rozwój zakażenia mieściły się w statystycznie przewidywalnym ryzyku związanym z zabiegiem chirurgicznym, jakiemu został poddany powód.

Odmienne stanowisko co do rozkładu ciężaru dowodu zajął Sąd Apelacyjny uchylając wyrok i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania. Wskazując na dotychczasowe orzecznictwo[3] przypomniał, że w przypadku roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej przy leczeniu, zwłaszcza będącej następstwem zakażenia szpitalnego, rygoryzm dowodowy jest w znacznym stopniu złagodzony. Nie można

3 Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 422 i n.; tenże, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, s. 289 i n.

wymagać od poszkodowanego wykazania ani że przyczynę zakażenia stanowiło konkretne zaniedbanie, ani w sposób absolutnie pewny dowodu związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem a szkodą; wystarczające jest wykazanie dostatecznej dozy prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Podkreślił, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego uznaje się za dopuszczalne korzystanie z konstrukcji domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.). Ponieważ powód, na podstawie opinii biegłego, który przyjął z wysoką dozą prawdopodobieństwa, że do zakażenia powoda doszło w szpitalu, ten obowiązek spełnił (niestwierdzenie zakażenia w toku pobrania krwi w stacji honorowego krwiodawstwa i w chwili przyjęcia powoda do szpitala), to na pozwanego przesuwa się ciężar wykazania, że szpital nie ponosi odpowiedzialności za powstałą szkodę. Aby ekskulpacja szpitala była skuteczna musi on wykazać, że podczas całego pobytu powoda były przestrzegane wszystkie procedury dotyczące reżimu sanitarnego i nie doszło do żadnych zaniedbań ze strony personelu medycznego ani też uchybień natury organizacyjnej. Sąd Apelacyjny powiedział, że „materiał sprawy, w tym także opinia biegłego, nie dostarcza wystarczających podstaw do oceny, że w przypadku powoda był w pełni zachowany, na każdym etapie leczenia, wymagany dla zapobieżenia zakażeniu reżim sanitarny. Przede wszystkim należy wskazać, że biegły nie określił w sposób jednoznaczny, co konkretnie spowodowało zakażenie. O ile nie miał zastrzeżeń do samego przebiegu operacji i prawidłowości zastosowanej osłony antybiotykowej, nie przesądził w sposób kategoryczny, że to właśnie podczas jej trwania doszło do niezawinionego, niedającego się uniknąć jako mieszczącego się w 3% nieusuwalnego ryzyka zakażenia, zawleczenia gronkowca do rany operacyjnej z powłok skóry powoda. Wariant ten ocenił jako prawdopodobny. (...). Stwierdził też, że wysoce prawdopodobne jest to, że powód został zakażony podczas zabiegu usuwania płynu krwistego z jamy stawowej, jakiemu był poddany po operacji, 25 listopada 2010 r. Wyjaśnił (...), że za takim wariantem przemawia niestwierdzenie wówczas przez lekarza stanu zapalnego w stawie. Warunki przeprowadzenia tego zabiegu nie są natomiast znane. Nie sposób zatem, mimo ustalenia, że powód został zakażony szczepem

gronkowca takim, jaki bytował w jego organizmie, przyjąć że było to zdarzenie nie do uniknięcia, za które szpital i jego ubezpieczyciel nie ponoszą odpowiedzialności".

2. Stanowisko Sądu Apelacyjnego jest prawidłowe, a Sądu Okręgowego - narusza dotychczasową główną linię orzecznictwa. Już w orzeczeniu z 29 grudnia 1969 r.[4] , także w sprawie zakażenia gronkowcem złocistym, Sąd Najwyższy powiedział, że w takim wypadku do chorej należy dowód, że wchodząc do szpitala nie była zakażona (co powinny wykazać wyniki badań wstępnych) i że w trakcie pobytu w szpitalu doznała infekcji. Przeprowadzenie takiego dowodu pozwoli na przyjęcie domniemania niedbalstwa szpitala w zakresie zapewnienia choremu bezpieczeństwa pobytu. W wyroku z 13 czerwca 2000 r.[5], w sprawie, w której pacjent cierpiący na przewlekłą chorobę nerek, został podczas dializ i transfuzji krwi w szpitalu zakażony wirusem HIV i HBS, Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Wykazanie znacznego prawdopodobieństwa związku przyczynowego między określonymi działaniami szpitala a zakażeniem powoda pozwala przyjąć, że powód spełnił obowiązek wynikający z art. 6 k.c.; nie można bowiem stawiać przed powodem nierealnego wymagania ścisłego wykazania momentu i drogi przedostania się infekcji do organizmu".

W licznych orzeczeniach dotyczących zakażeń szpitalnych sądy przyjmowały niedbalstwo szpitala w drodze domniemania faktycznego (art. 231 k.p.c.)[6], które strona pozwana może obalić przeciwdowodem[7]. W wyroku z 14 października 1992 r.[8] Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, że: „Zakład leczniczy jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu ochrony pacjentów przed niebezpieczeństwem zakażenia chorobą zakaźną. Jeżeli naruszenie tego obowiązku powoduje zwiększenie ryzyka infekcji i z tym właśnie ryzykiem łączy się choroba zakaźna pacjenta, zakład leczniczy ponosi odpowiedzialność

4 II CR 551/69, OSPiKA 6/1971, poz. 118, z glosą M. Nesterowicza

5 V CKN 34/00, LEX nr 52689

6 Zob. M. Nesterowicz, jw.

7 Zob. orzecz. SN z 27 maja 2007 r., III CSK 429/06, LEX nr 274129, z glosą I. Adrych.

8 I ACr 374/92, OSA Kr II, poz. 44

za doznaną przez pacjenta szkodę, chyba że przeprowadzi dowód, iż szkoda ta jest następstwem innych okoliczności. Wymaganie od osoby poszkodowanej, aby wykazała bezpośredni związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem zwiększającym ryzyko infekcji a zakażeniem chorobą zakaźną, łączyłoby się dla osoby poszkodowanej z trudnościami dowodowymi nie dającymi się w praktyce przezwyciężyć".

Słusznym jest również odrzucenie wymagania, aby istniał pewny związek przyczynowy pomiędzy pobytem pacjenta w szpitalu a doznanym zakażeniem. Najczęściej taki dowód nie jest możliwy, gdyż w większości przypadków można mówić tylko o prawdopodobieństwie wysokiego stopnia, a rzadko o pewności czy wyłączności przyczyny. Jeżeli zachodzi prawdopodobieństwo wysokiego stopnia, że przyczyna szkody leży po stronie szpitala, należy uznać związek przyczynowy za ustalony. W wyroku z 17 lipca 1974 r. (II CR 415/74) SN orzekł, że „jeżeli w sprawie ustalono, że stan sanitarny szpitala był wyjątkowo zły i że mógł doprowadzić do infekcji, a zakażenie rzeczywiście nastąpiło, prawdopodobieństwo związku przyczynowego między złym stanem sanitarnym a zainfekowaniem organizmu jest tak duże, że można przyjąć, iż powód spełnił swój obowiązek ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu. Nie można bowiem stawiać powodowi nierealnego wymagania ścisłego udowodnienia, jakimi drogami infekcja przedostała się do organizmu. Dlatego też w takiej sytuacji, jeżeli pozwany szpital twierdzi, że infekcja pochodzi z innych źródeł, powinien to udowodnić".

Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 9 lutego 2000 r.[9] powołał się na tzw. dowód *prima facie,* stosowany w większości jurysdykcji amerykańskich w „procesach lekarskich", gdyż oparty jest on na konstrukcji domniemania faktycznego, a niedbalstwo pozwanego wynika z okoliczności danego przypadku. Nie ma przeszkód, aby w Polsce dowód ten stosować na podstawie art. 231 k.p.c. Sąd może korzystać nie tylko z dowodów bezpośrednich i absolutnie pewnych, lecz także z dowodów pośrednich o dużym stopniu prawdopodobieństwa; może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia

9 I ACa 69/00, z glosą M. Nesterowicza, PiM nr11/2002

sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (art. 231 k.p.c.). A więc może uznać, że szkoda wyrządzona pacjentowi na skutek zakażenia go chorobą zakaźną jest domniemaniem niedbalstwa szpitala. Dowód ekskulpacji spoczywałby wówczas na szpitalu. Na dowód *prima facie*, zbliżony do domniemań faktycznych wskazał też Sąd Najwyższy w wyroku z 27 października 1999 r.[10] Domniemanie faktyczne lub dowód *prima facie* powoduje przerzucenie ciężaru dowodu (przeciwdowodu) na szpital[11].

3. Orzecznictwo powinno dążyć do tego, aby ryzyko szkody w postaci zakażeń szpitalnych nie obciążało pacjenta, lecz szpital, który powinien posiadać odpowiednie ubezpieczenie OC. W podobnej sprawie zakażenia gronkowcem złocistym podczas operacji serca Sąd Okręgowy oddalił powództwo poszkodowanego, a Sąd Apelacyjny w Warszawie apelację powoda (wyrok SA w Warszawie z 3 czerwca 2014 r., I Ca 1494/13). Mimo, że ustalono, iż zakażenie było zakażeniem szpitalnym, to Sąd Okręgowy uznał, że powód nie wykazał, by do zakażenia doszło na skutek zaniedbań personelu medycznego, błędu lekarskiego, czy niezachowania zasad higieny i warunków sanitarnych; nie wykazał ani winy pozwanego, ani związku przyczynowego pomiędzy zakażeniem a winą osób podwładnych pozwanemu. Zdaniem Sądu „ciężar wykazania wyżej wymienionych przesłanek spoczywa na powodzie, jako osobie wywodzącej skutki prawne z faktu zakażenia bakterią gronkowca (...). Skoro powód nie wykazał istnienia takich okoliczności, to nie można obarczać pozwanego odpowiedzialnością za zakażenie powoda". Przyczyną zakażenia mogła być także utrata odporności przez powoda związana z jego ogólnym stanem zdrowia - uprzednia koronarografia, zabieg na otwartym sercu i związany z tym stres operacyjny bądź kolonizacja bakterii na skórze pacjenta. Według Sądu „tak rozległe zabiegi chirurgiczne, jak wszczepienie Bay-passów

10 III CKN 419/98, LEX nr 1216937

11 Por. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego*, Toruń 2013, s. 84 i n.; I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015, s. 181 i n.; M. Śliwka, *Ciężar dowodu w procesach medycznych - między domniemaniami faktycznymi a dowodem prima facie*, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2004, nr LIV, s. 63 i n.

są połączone z ryzykiem zakażenia". Z tego więc wprost wynika wniosek, trudny do zaakceptowania, że ryzyko zakażenia w szpitalu nie obciąża szpitala, lecz pacjenta. Sąd Apelacyjny podtrzymał stanowisko Sądu Okręgowego, a dowód *prima facie*, oparty na konstrukcji domniemań faktycznych uznał za niewystarczający. Stwierdził, że zakażenie rany pooperacyjnej to powikłanie pooperacyjne, które stanowi od 2,8 do 4% w stosunku do przeprowadzanych zabiegów.

4. Dla porównania warto wskazać, że do odpowiedzialności szpitali na zasadzie ryzyka za zakażenia dążyło od lat orzecznictwo francuskie. Przełomowe znaczenie miały trzy wyroki Sądu Kasacyjnego z 29 czerwca 1999 r. (D.1999, I.R.201), w których sąd nałożył obowiązek zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa o charakterze rezultatu (*obligation de sécurité de résultat*) przed zakażeniami szpitalnymi zarówno na zakład leczniczy, jak i na lekarzy samodzielnie praktykujących. Te trzy sprawy były do siebie podobne. Pacjenci podczas interwencji chirurgicznej w stawie kolanowym zostali zakażeni gronkowcem złocistym, na skutek czego doznali poważnych szkód. Pozwane kliniki i lekarze dowodzili,, że nie można im zarzucić żadnego niedbalstwa ani innego zawinionego uchybienia tak w fazie przed-, jak i pooperacyjnej. Sąd Kasacyjny uznał, że klinikę wiąże z pacjentem kontrakt hospitalizacji i zabiegów medycznych, który zawiera w sobie obowiązek zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa o charakterze rezultatu. Obowiązek ten ciąży także na samodzielnie praktykujących lekarzach w swoich gabinetach czy w wynajętych przez nich salach szpitalnych. Orzekł, że pozwani mogą się zwolnić od odpowiedzialności tylko przez dowód „przyczyny zewnętrznej" (*la cause étrangère*). Uważa się, że musieliby udowodnić brak związku przyczynowego pomiędzy stanem zdrowia pacjenta a interwencją lekarską, np. że infekcja nie jest związana z hospitalizacją pacjenta, lecz wynikła z jego stanu wcześniejszego, skutków choroby albo została nabyta poza kliniką[12].

12 Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego*, s. 41 i n.; Y. Lachaud, *Responsabilité mèdicale: L´évolution de la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d´infection nosocomiale*, Gazette du Palais (numèro special - Droit de la santé) z 29-30 listopada 1999, s. 4 i n. ; P. Jourdain, Revue Trimetrielle de Droit Civil 4/1999, s. 841 i n.

Sytuacja we Francji się zmieniła z chwilą uchwalenia ustawy z 4 marca 2002 r. o prawach pacjenta i systemie opieki zdrowotnej, która wprowadziła odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za zakażenia szpitalne. Odpowiedzialność ponoszą ubezpieczyciele szpitali i Państwowe Biuro Odszkodowań za Wypadki Medyczne (ONIAM)[13].

Odpowiedzialność za zakażenia szpitalne obejmuje szkody na osobie (uszkodzenie ciała, rozstrój zdrowia) wywołane przez drobnoustroje w organizmie pacjenta (uważa się, że ponad 90% są to bakterie chorobotwórcze) podczas hospitalizacji w szpitalu. Nie ma znaczenia, czy do zakażenia doszło w następstwie określonego działania lub zaniechania lekarza, samozakażenia pacjenta własnymi drobnoustrojami (np. podczas operacji chirurgicznych) czy z nieustalonych przyczyn. Zgodnie z treścią art. L.1142-192 kodeksu zdrowia publicznego przesłankę egzoneracyjną stanowi przyczyna zewnętrzna (*la cause étrangère*), wykazanie, że pomiędzy pobytem w szpitalu a zakażeniem nie istniał związek przyczynowy (np. zakażenie nastąpiło przed przyjęciem do szpitala). Regulacja ta nie dotyczy prywatnych gabinetów lekarskich; praktykujący tam lekarze mogą ponieść odpowiedzialność tylko na zasadzie winy[14].

13 Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 468; K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Toruń 2013, s. 315-316.

14 Por. Y. Lambert-Faivre, *La loi nº 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de sante. III. L´indemnisation des accidents médicaux*, Recueil Dalloz 2002, Chronique, nr 17, s. 1368 ; G. Mèmeteau, *Cours de droit médical*, Bordeaux 2006, s. 488 i n. ; D. Duvald-Arnould, *Les infections nosocomiales*, Recueil Dalloz 2007, Chronique, s. 1975 i n. Oprócz tego pacjent, który został zakażony w szpitalu może żądać od ONIAM odszkodowania za szkodę szczególną, wynikającą z zakażenia (*préjudice spécifique de contamination*), osobistą i niemajątkową - zob. M. Nesterowicz, *Przegląd orzecznictwa europejskiego w sprawach medycznych (w latach 2012-2013 - wybrane orzeczenia)*, Przegląd Sądowy nr 4/2015, s. 149 i n.

Dorota Krekora-Zając

Recenzja
Jakub Pawlikowski. *Biobankowanie ludzkiego materiału biologicznego dla celów naukowych - aspekty organizacyjne, etyczne, prawne i społeczne*. Wydawnictwo Uniwersytetu Medycznego w Lublinie Lublin 2013

Problematyka biobankowania ludzkiego materiału biologicznego w Polsce nie była dotychczas przedmiotem monografii bioetycznej, jest to zatem pierwsze tak kompleksowe opracowanie dotyczące tej tematyki. Zagadnienie jest tematem niezwykle ważnym i aktualnym. Rozwój biobanków jest bowiem warunkiem *sine qua non* rozwoju wszystkich nauk o człowieku. Ponadto należy wskazać, że w Polsce od wielu lat rozwija się rynek biobanków przy całkowitym braku regulacji prawnej ich funkcjonowania. Recenzowana monografia nie jest pozycją typowo prawniczą, choć zostały w niej częściowo omówione regulacje prawne działania biobanków w Polsce i Europie. Niewątpliwie wpisuje się ona w nurt publikacji bioetycznych, w których zastosowano metodę *Ethical, Legal and Social Implications Analysis*.

Książka Pana dr hab. Jakuba Pawlikowskiego składa się z pięciu rozdziałów, krótkiego wprowadzenia, zakończenia, wykazu skrótów, wykazu literatury, przetłumaczonych na język polskich wytycznych

OECD w zakresie biobankowania materiału ludzkiego i tworzenia baz danych genetycznych dla celów badań naukowych oraz kwestionariusza wywiadu, którym posługiwał się autor w badaniach opinii społecznej. Rozważania o biobankach ograniczono *de facto* do zagadnienia biobankowania ludzkiego materiału biologicznego tylko dla celów naukowych.

Pierwszy rozdział ma charakter wprowadzający. Autor opisuje w nim istotę biobanków, ich klasyfikacje oraz rozwój historyczny idei biobankowania, wywodząc ją z lat sześćdziesiątych XX w. Podkreśla jednocześnie, że nie ma jednej definicji ani prawnej, ani medycznej biobanku. Opracowanie dotyczy zatem wszelkich zorganizowanych zbiorów próbek biologicznych oraz powiązanych z nimi informacji. Autor posługuje się również pojęciem dawcy materiału biologicznego, uznając nieadekwatność pojęcia „uczestnik badań" z uwagi na brak świadomego uczestnictwa takiej osoby w całym procesie biobankowania

W rozdziale tym przedstawione zostały zarówno nadzieje i możliwości, jakie dają biobanki, jak i zagrożenia oraz obawy związane z ich funkcjonowaniem. Dzięki istnieniu biobanków niewątpliwie wciąż możliwy jest rozwój medycyny, a w szczególności medycyny spersonalizowanej (tzw. *P4 medicine: personalized, predictive, preventive, participatory*), która stanowi odpowiedź na największy problem współczesnej farmakologii, czyli jej nieskuteczność sięgającą pięćdziesięciu jeden procent. Słusznie autor podkreśla, że to właśnie biobanki umożliwiają również prowadzenie badań na dużych ilościach próbek, które byłyby niemożliwe do zgromadzenia na potrzeby tylko jednych badań. Dzięki biobankom prowadzenie badań jest szybsze i tańsze, gdyż nie ma konieczności każdorazowego poszukiwania dawców w celu pozyskania od nich próbek biologicznych. Właśnie z powodu tak wielkiego potencjału tkwiącego w biobankch magazyn Time w 2009 r. uznał idee biobankowania za jedną z dziesięciu głównych idei, które mogą zmienić świat.

W książce wskazane są również najważniejsze obawy społeczne związane z funkcjonowaniem biobanków. Autor upatruje ich źródła w ideologii i działaniach eugenicznych, możliwości komercyjnego

wykorzystania zasobów biobanków, dyskryminacji genetycznej oraz niewłaściwym wykorzystywaniu danych genetycznych, a przez to wpływaniu na życie prywatne osób publicznie znanych. Ukazuje również zagrożenia światopoglądowe związane z brakiem wiedzy społeczeństwa o biobankowaniu i możliwościach współczesnej nauki o człowieku, jak nieadekwatne wyobrażenie społeczne dotyczące medycyny i genetyki. Autor podkreślił, iż skutkiem zasygnalizowanej niewiedzy jest zjawisko genetyzacji społecznej, rozumianej jako pewien nurt społeczny, który widoczny jest we wszystkich badaniach z wykorzystaniem ludzkiego DNA nieadekwatnego potencjału. Tak duże zainteresowanie społeczne badaniami nad ludzkim DNA wymusza jednak konieczność ochrony danych genetycznych przechowywanych i przetwarzanych przez biobanki.

W drugim rozdziale przedstawione zostały modele funkcjonowania wybranych biobanków populacyjnych takich jak: biobank islandzki, estoński, hiszpański, brytyjski oraz niedoszły biobank w Królestwie Tonga. Rozważania podjęte przez autora w tym rozdziale ukazują różne modele organizacyjno–prawne funkcjonowania biobanków. Na uwagę zasługuje postawiona teza, że modele organizacyjne uzależnione są od społecznego postrzegania i społecznej akceptacji funkcjonowania biobanków. Najbardziej dobitnie ukazuje to zdaniem autora porównanie biobanków skandynawskich, gdzie istnieje powszechna akceptacja tego zjawiska, z biobankiem tongijskim, który właśnie z uwagi na duże obawy społeczne w ogóle nie powstał. Dodatkowo autor ukazuje proces, jak formalna organizacja biobanku wpływa na prawa dawców oraz postrzeganie biobanków w danej społeczności. Ponadto w rozdziale tym zostały również wskazane podstawy prawne funkcjonowania wybranych biobanków oraz sposoby nadzoru nad nimi.

Oddzielny rozdział poświęcony jest funkcjonowaniu biobanków w Polsce. Autor omawia w nim rodzaje funkcjonujących biobanków oraz przedstawia własne badania, z których wynika, że świadomość polskiego społeczeństwa w tym zakresie jest niewielka. Istnieje również pewna niewiedza w zakresie praw dawców u podmiotów prowadzących biobanki, w tym w szczególności prawa do niewiedzy. Autor

zauważa, co jest bardzo istotne, iż znacznym utrudnieniem dla funkcjonowania biobanków w Polsce jest również niekompletność regulacji prawnej, odnoszącej się *de facto* głównie do biobanków zbierających materiał biologiczny dla celów transplantologicznych oraz do centrów krwiodawstwa. Funkcjonowanie zaś biobanków dla celów naukowo-badawczych oparte jest w praktyce jedynie na decyzjach komisji bioetycznych wydawanych na podstawie art. 29 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza i lekarza dentysty. W książce przedstawiono również autorski model schematu organizacyjnego krajowego banku genomowego jednocześnie wskazując, że powstanie takiego biobanku wymaga współdziałania nie tylko na poziomie organizacyjnym, politycznym i legislacyjnym, ale również z uwzględnieniem opinii społeczeństwa. Autor podkreśla bowiem powszechnie uznany w literaturze światowej czynnik wzajemnego zaufania pomiędzy dawcami a biobankami jako w istotny sposób determinujący funkcjonowanie biobanku. Rozważania zawarte w tej części opracowania poszerzone zostały o przeanalizowanie funkcjonowania nie tylko biobanków dla celów naukowych, ale również biobanków klinicznych.

W czwartym rozdziale zostały opisane zasadnicze problemy etyczne i prawne związane z ochroną praw dawców w kontekście biobankowania dla celów badań naukowych. Autor opisuje podstawowe regulacje o charakterze *soft law* oraz dwa zagadnienia najczęściej poruszane w zakresie biobankowania tj typy zgody na pobieranie, przechowywanie i przetwarzanie informacji zawartych w próbce znajdującej się w biobanku oraz ochronę danych w niej zawartą. Opisuje w nim świadomą zgodę, zgodę blankietową, zgodę rozszerzoną, zgodę dynamiczną, zgodę upoważnioną, zgodę poziomowaną - wskazując jednocześnie na opinie, że nie zostało udowodnione, iżby świadoma zgoda obniżała lęki społeczne dotyczące bezpieczeństwa biobankowania. Ponadto wskazuje na zastrzeżenia ze strony części naukowców podkreślające, że sformalizowanie zgody oraz działania komisji bioetycznych są pewnego rodzaju utrudnieniem dla rozwoju nauki.

W rozdziale tym zostały opisane również bardzo istotne problemy wynikające z oparcia biobankowania jedynie na zgodzie dawców, takie

jak: zmiana celu wykorzystania próbek, wykorzystanie materiału biologicznego nieżyjących dawców, wykorzystanie materiału biologicznego dzieci oraz komunikacje w trakcie uzyskiwania świadomej zgody.

W ostatnim i najobszerniejszym rozdziale autor przedstawia bardzo ciekawe i nowatorskie własne badania postaw społecznych wobec biobankowania w Polsce. Przedstawienie ich wyników poprzedzone jest prezentacją badań amerykańskich i europejskich tego zagadania, z których m.in. wynika, że w 2010 r. aż 67% Europejczyków nigdy nie słyszało o biobankach.

Z przeprowadzonych przez autora badań wśród Polaków wynika niska świadomość społeczna na temat biobankowania. Prawie połowa respondentów skojarzyła biobank z instytucją związaną z medycyną i zdrowiem, a 37% uznało, że jest on instytucją naukową lub związaną z badaniami naukowymi. Podobnie jak w większości krajów europejskich, w Polsce ponad połowa respondentów popierała projekt powstania biobanku populacyjnego, a 45% wskazywało na chęć wzięcia udziału w takim projekcie. W opinii społecznej szczególnie istotna jest zasada poszanowania autonomii dawcy (brak zgody na model zgody rozszerzonej czy blankietowej), ponadto istnieje duża niechęć udostępniania próbek zagranicznym podmiotom naukowym i komercyjnym. Co szczególnie ciekawe, najsilniejsze negatywne obawy związane są z nieetycznymi projektami naukowymi oraz udostępnianiem danych pracodawcom i ubezpieczycielom.

Recenzowana książka jest pierwszym w Polsce opracowaniem dotyczącym funkcjonowania biobanków. Wyraźnie podkreślić należy zarówno nowatorski charakter recenzowanej publikacji, jak i jej praktyczny charakter. Przedstawione badania są bowiem również ważną wskazówką dla legislatorów, którzy w przyszłości będą tworzyli prawne ramy biobanków. Autor w sposób bardzo przystępny opisuje w niej istotę biobankowania oraz najważaniejsze problemy etyczne związane z funkcjonowaniem biobanków. Największym jednak atutem monografii są przeprowadzone przez autora badania opinii polskiego społeczeństwa, ukazujące z jednej strony niewielką wiedzę o bankach komórek, tkanek i organów, z drugiej zaś dość niski poziom obaw społecznych.

Badania te w sposób jednoznaczny ukazują, że w Polsce niezbędne jest rozpoczęcie publicznej dyskusji nad problemami biobankowania, która z jednej strony przyczyni się do większej świadomości dawców, z drugiej zaś pozwoli wypracować pewne standardy prawne.

Omawiana książka jest ważnym i bardzo ciekawym opracowaniem oraz konieczną lekturą dla wszystkich, którzy będą brali udział w takiej niezbędnej w niedalekiej przyszłości dyskusji.

Regulamin publikacji w kwartalniku „Prawo i Medycyna"

Pismo indeksowane w wykazie czasopism naukowych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego - 7 punktów za publikacje.

Prawo i Medycyna przyjmuje do publikacji (druk na łamach kwartalnika „Prawo i Medycyna" oraz publikacja w wersji elektronicznej w serwisie www.prawoimedycyna.pl) prace z dziedziny prawa medycznego oraz nauk pokrewnych, przede wszystkim bioetyki.

Otrzymane prace są wstępnie oceniane przez redakcję i kwalifikowane do publikacji na podstawie opinii sporządzonych przez dwóch zewnętrznych recenzentów, w warunkach zapewniających obustronną anonimowość.

Podstawowym kryterium zakwalifikowania do publikacji jest naukowy charakter artykułu w sensie rozstrzygnięcia postawionych lub zreferowanych problemów o charakterze naukowym. Redakcja może:

- przyjąć tekst do publikacji bez poprawek autora,
- przyjąć tekst do publikacji pod warunkiem naniesienia poprawek,
- odrzucić tekst z powodu niedostatecznej jakości naukowej.

Ponadto pod uwagę brane są następujące kryteria:

- czy zagadnienie jest ważne dla omawianej problematyki;
- czy rozwiązanie zagadnienia stanowi nowość w literaturze przedmiotu;
- czy podane argumenty uzasadniają konkluzję artykułu;

- czy stawiane tezy są sformułowane jednoznacznie;
- czy autor wykazuje dobrą znajomość literatury przedmiotu;
- czy tezy są poparte bibliografią i/lub argumentami autora;
- czy argumenty są wolne od poważnych błędów logicznych;
- czy artykuł jest wolny od nieuzasadnionych uogólnień empirycznych;
- czy cytowane prace ściśle wiążą się z tematem artykułu;
- czy artykuł jest poprawny językowo;

Redakcja może odrzucić opracowanie nie mieszczące się w zakresie tematycznym czasopisma lub którego kształt stylistyczny jest rażąco nieprawidłowy.

Autorzy prac, w których wymieniane są nazwy firm lub nazwy handlowe produktów powinni dostarczyć wraz z pracą informację o braku konfliktu interesów w odniesieniu do wzmiankowanych firm lub produktów.

Prawa autorskie odnośnie materiałów publikowanych w Prawo i Medycyna przekazane będą w całości wydawcy. Autor każdorazowo otrzyma jeden egzemplarz czasopisma z wydaną pracą. Materiały przyjęte do publikacji nie mogą być publikowane nigdzie indziej bez pisemnej zgody wydawcy.

Prace zgłaszane do publikacji, co do zasady nie powinny przekraczać 15 stron znormalizowanego maszynopisu z odstępem 1,5, czcionką typu Times New Roman 12 pkt (ok. 27 tysięcy znaków łącznie ze spacjami i przypisami), należy nadsyłać do Redakcji pocztą elektroniczną na adres naczelny@prawoimedycyna.pl lub na nośniku elektronicznym (płyta CD).

Do przesłanych materiałów należy dołączyć dane o Autorze:

- imię i nazwisko,
- stopień lub tytuł naukowy,
- nazwę oraz adres miejsca pracy,
- adres e-mail, telefon kontaktowy oraz adres pocztowy do korespondencji.

Pracownicy naukowi proszeni są również o wskazanie uczelni macierzystej.

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

Wskazane jest aby do artykułu były dołączone:

- streszczenie pracy oraz tytuł w języku angielskim;
- autoryzacja kierownika wydziału;
- oświadczenie, że materiały nie były jeszcze publikowane ani dostarczone do publikacji w innym czasopiśmie.

Odpowiedzialność prawną za podanie nieprawdziwych danych ponoszą autorzy. Akceptacja niniejszego regulaminu powinna być potwierdzone własnoręcznym podpisem autora na pierwszej stronie pracy.

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

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

Po zakwalifikowaniu pracy do publikacji Autor lub Autorzy (pracy zbiorowej) podpisują umowę o przeniesieniu na Wydawcę praw autorskich.

Niniejszy regulamin nie dotyczy prac zamawianych przez redakcję czasopisma.