

PRAWO I MEDYCYNĄ

Nr 4/2015 (61 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 Tołoczko, 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

<i>Dr n. prawn. Dorota Krekora-Zajac, Uniwersytet Warszawski</i> Istota i charakter prawny danych genetycznych	5
<i>Dr n. prawn. Włodzimierz Bendza, Indywidualna Kancelaria Adwokacka Warszawa</i> Brak świadomości lub swobody w podejmowaniu decyzji i wyrażeniu woli - zagadnienia praktyczne	25
<i>Dr hab. Zbigniew Banaszczyk, Uniwersytet Warszawski</i> O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych	47
<i>Dr n. prawn. Jan Ciechorski, Uniwersytet Śląski</i> Udostępnianie dokumentacji po śmierci pacjenta – uwagi na tle wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 września 2013 r. sygn. II OSK 1539/13	70
<i>SSR Andrzej Skowron, Sąd Rejonowy w Tarnowie</i> Samodzielność jurysdykcyjna organów orzekających w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarza i lekarza dentystry	85
<i>Mgr prawa Michał Marszelewski, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Zapłodnienie post mortem w europejskim prawie porównawczym. Przyczynek do oceny polskiej ustawy o leczeniu niepłodności	98
ORZECZNICTWO	
<i>Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 marca 2013 r., sygn. I ACa 852/12	115

<i>Dr n. prawn. SSR Andrzej Kallaus, Sąd Rejonowy w Rzeszowie</i> Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13.05.2015 r., sygn. III CZP 19/15	125
<i>Student V roku prawa Andrzej Girdwoyń, Uniwersytet Warszawski</i> Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. I ACa 377/13	133
SPRAWOZDANIA, KOMUNIKATY, NOTY	
<i>Dr n. prawn. Dorota Krekora-Zajac, Uniwersytet Warszawski</i> Sprawozdanie z konferencji: HandsOn: Biobanks. The EXPOntial Relevance of Biobanking. Clinical Biobanks for Personalized Medicine, Mediolan 29-31 lipca 2015	143
<i>Mgr prawa Agnieszka Szufarska, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Nota bibliograficzna: Krzysztof F. Bolt, Publicznoprawne aspekty systemu ochrony zdrowia w Stanach Zjednoczonych Ameryki	151

Istota i charakter prawny danych genetycznych

Problematyka kwalifikacji prawnej ochrony danych genetycznych nie jest *de facto*¹ przedmiotem analiz doktryny polskiej. Zagadnienie to należy uznać za fundamentalne dla rozwoju nauki, medycyny czy ustalania tożsamości. Ochrona danych genetycznych jest bowiem najprostszym i najczęściej na świecie stosowanym sposobem ochrony podmiotowych praw osób, których próbki materiału biologicznego są przechowywane w biobankach² oraz wykorzystywane tam oraz w innych laboratoriach naukowych³. Rozważania podjęte w opracowaniu zostaną zawężone jedynie do określenia charakteru prawnego danych genetycznych jako danych osobowych. Niniejszy artykuł dotyczyć będzie zatem zagadnienia nie tylko istotnego dla praktyki medycznej czy funkcjonowania biobanków, ale również rozwoju regulacji prawnych. Komisja Europejska prowadzi bowiem prace nad zmianą przepisów o ochronie danych osobowych wprowadzając szczegółową regulację w zakresie ochrony danych genetycznych⁴.

1 D. Krekora-Zajęc, *Bezpieczeństwo danych genetycznych*, Problemy Kryminalistyki, nr 278/2012, s.10.

2 Biobank jest to instytucja zbierająca, przechowująca oraz prowadząca badania na materiale biologicznym człowieka.

3 Problem ten został dostrzeżony przez Zespół Molekularnych Badań Genetycznych i Biobankowania powołany przy Ministrze Nauki i Szkolnictwa Wyższego, który przygotował projekt ustawy o testach genetycznych. Zgodnie z brzmieniem projektu danymi genetycznymi są wszelkie dane odnoszące się do cech genetycznych, uzyskane dzięki badaniom genetycznym. Artykuł 4 projektu ustawy podkreśla zakaz dyskryminacji ze względu na cechy genetyczne. Projekt nie został skierowany do prac sejmowych i dostępny jest na stronie www.rynekzdrowia.pl/Pliki/128401.html

4 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_pl.htm

Projektowane rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ma być aktem prawa wtórnego, co oznacza, że jego obowiązywanie nie będzie zależało od implementacji przez państwa członkowskie⁵. Głównym celem rozporządzenia⁶ ma być ujednoczenie zasad ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej i w tym zakresie regulacja europejska ma zastąpić istniejące prawo krajowe. Jak wynika z uzasadnienia projektu rozporządzenia⁷, „Potrzeba ujednoczenia wynika oczywiście z konieczności podniesienia poziomu ochrony danych osobowych obywateli UE, w związku z wprowadzeniem rozwiązań prawnych, które zapewnią przepisom o ochronie danych skuteczność w obliczu nowych wyzwań wynikających z technicznych warunków przetwarzania danych w Internecie, pojawienia się nowych kategorii danych osobowych oraz systematycznie rosnącej skali przetwarzania danych”⁸. Rozporządzenie to będzie jedyną regulacją prawnie wiążącą i obowiązującą na terenie Rzeczypospolitej Polskiej definiującą pojęcie danych genetycznych, co niewątpliwie skłania do poczynienia kilku refleksji nad istotą danych genetycznych i ich dotychczasową regulacją.

Pojęcie danych genetycznych

Poznanie genomu ludzkiego i wciąż trwająca próba odkodowania informacji zawartych w ludzkich genach sprawiła, że powszechnie zaczęto wykorzystywać i przetwarzać dane genetyczne. W literaturze wskazuje się na zjawisko „genetyzacji społecznej” polegające na przecenianiu wpływu określonego genu na życie człowieka i które związane jest z uproszczonym determinizmem genetycznym.⁹

Tradycyjnie utożsamia się informację genetyczną z informacją wynikającą z genomu człowieka. Genom składa się z całości DNA obecnego

5 M. Krzysztofek, *Prawo do bycia zapomnianym i inne aspekty prywatności w epoce Internetu w prawie UE*, Europejski Przegląd Sądowy nr 8/2012, s. 29.

6 Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływie takich danych, COM (2012)0011.

7 http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/1_en.pdf

8 M. Krzysztofek, *Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 64.

9 J. Pawlikowski, *Biobankowanie ludzkiego materiału biologicznego dla celów naukowych - aspekty organizacyjne, etyczne, prawne i społeczne*, Lublin 2013, s. 29.

w komórce określającego wszystkie funkcje organizmu¹⁰, a zatem są to wszystkie geny i odcinki międzygenowe zawarte w jednym zespole chromosomów¹¹. Z powyższego wynika zatem, że do danych genetycznych zaliczać będziemy zarówno informacje, które mają charakter dziedziczny, jak również swoiste dla danej osoby lub też te powstałe na skutek mutacji genetycznej (pod wpływem zastosowania terapii genowej, czy wpływu środowiska). Takie szerokie rozumienie danych genetycznych zakładałoby, że dane owe obejmowałyby nie tylko informacje zawarte w genach kodujących, ale również niekodujących, obrazowo nazwanych przez genetyków śmietnikiem ewolucyjnym¹².

W doktrynie światowej¹³ od wielu lat trwa dyskusja nad charakterem prawnym danych genetycznych i ich istotą. W szczególności rozważania dotyczą zakwalifikowania danych genetycznych jako danych zdrowotnych¹⁴ lub wyodrębnienia ich jako innych danych wrażliwych¹⁵. Podkreśla się znaczenie danych genetycznych dla samoidentyfikacji jednostki oraz wskazuje na szczególne zagrożenia związane ze stigmatyzacją i dyskryminacją genetyczną¹⁶. Projekt Poznania Proteonu

10 R. Winston, *Manipulacje genetyczne*, Warszawa 1998, s. 65; E. H. Davidson, *The Regulatory Genome: Gene Regulatory Networks In Development And Evolution*, Londyn 2010, s. 6.

11 J.M. Friedman, F.J. Dill, M.R. Hayden, B.C. McGillivray, *Genetyka*, Wrocław 1997, s. 3.

12 E. Smalec, *Poznanie genomu - historia pewnej rywalizacji (w:) Studencki ruch naukowy – wyzwanie XXI wieku. Materiały z Międzynarodowej Konferencji Studenckich Kół Naukowych Siedlce 25–26 kwietnia 2002 r.*, red. K. Jankowski, Siedlce 2002, s. 34.

13 Więcej na ten temat D. Krekora-Zajęc, *Prawo do materiału genetycznego człowieka*, Warszawa 2014, s. 142 i nast.; M. Taylor, *Genetic, Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, Cambridge University Press, 2012; S. A. Alessi, *The Return of Results in Genetic Testing: Who Owes What to Whom, When, and Why?* Hastings Law Journal, nr 6/2013, s.8 i nast.; U. Ogbogu, S. Burningham, *Privacy Protection and Genetic Research: Where Does the Public Interest Lie?*, Alberta Law Review, Vol 51, s. 471; D. Nicol, M. C. Hagger, N. M. Ries, J. E. Liddicoat, *Time to Get Serious About Privacy Policies: The Special Case of Genetic Privacy*, Federal Law Review vol. 42/ 2014, s. 176; D. Beylvelde, *Data protection and genetics: Medical Research and the Public Good*, Kings Law Journal nr 18/2007, s. 275; F.W. Hondius, *Protecting medical and genetic data*, European Journal of Health and Law nr 4/1997 s. 361; A. Krajewska, *Conceptual Quandarie about genetic data - a coparative perspective*, European Journal of Health and Law nr 16/2009, s. 7; J. Szewczyk, *Ochrona informacji genetycznych: badania genetyczne a zakaz dyskryminacji genetycznej w Stanach Zjednoczonych*, Prawo i Medycyna nr 3-4/2012 s. 193-208.

14 J. Kapelańska - Pręgoska, *Dane genetyczne a system ubezpieczeń (w:) Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, Olsztyn 2008, s. 468; Y. Bregman-Eschet, *Genetic databases...* s. 7; L.O. Gostin, *Health Information Privacy*, Cornell Law Review v. 80/1995, s. 490.

15 A. Krajewska, *Conceptual...*, s. 18-24; D. Krekora-Zajęc, *Prawo...*, s. 97; A. E.R. Prince *Coprehensive...*, s. 175.

16 A. E.R. Prince, *Coprehensive...*, s.185.

Ludzkiego (HUPO) sprawił, że zauważono, iż podobny charakter do danych genetycznych mają również inne dane pochodzące z materiału biologicznego człowieka. Z tego też powodu w doktrynie¹⁷ pojawiały się sugestie, aby określenie „dane genetyczne” zmienić na „dane biologiczne”. Propozycje te nie zostały jednak uwzględnione w omawianym projekcie dyrektywy.

W prawie polskim brak jest legalnej definicji danych genetycznych. Ustawa o ochronie danych osobowych¹⁸ posługuje się pojęciem kodu genetycznego¹⁹, nie definiując tego pojęcia. Większość aktów prawa międzynarodowego o charakterze *soft law* uznaje za dane genetyczne zarówno dane białkowe²⁰, jak również inne dane genetyczne *sensu stricto*. Dla przykładu można przytoczyć definicję znajdującą się w najważniejszym, określającym bowiem najbardziej kompleksowo istotę i zasady ochrony danych genetycznych, akcie prawnomiędzynarodowym dotyczącym danych genetycznych, tj. w Deklaracji UNESCO o danych genetycznych człowieka²¹. Dane genetyczne w rozumieniu deklaracji są informacjami o dziedzicznych cechach jednostki pozyskanymi w wyniku analizy kwasu nukleinowego lub poprzez zastosowanie innej metody naukowej. Nie są zatem danymi genetycznymi informacje o mutacjach powstałych w DNA (np. w wyniku wpływu środowiska czy zastosowanego leczenia), które nie są dziedziczne. Danymi białkowymi, które również podlegają ochronie wynikającej z deklaracji, są zaś informacje o ekspresjach, modyfikacjach i interakcjach między białkami, które dotyczą określonej osoby.

Inna definicja danych genetycznych występuje w przyjętej wcześniej Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącej

17 A. Krajewska, *Conceptual...* s. 25

18 Dz.U. 1997 nr 133 poz. 883 ze zm.

19 W ocenie autora posługiwanie się pojęciem kodu genetycznego jest błędne. Więcej na ten temat D. Krekora-Zajac, *Prawo do...*, s. 349.

20 Tzn dane o interakcjach pomiędzy białkami występującymi w organizmie

21 Międzynarodowa Deklaracja UNESCO o Ludzkich Danach Genetycznych z dnia 16 października 2003 r., dostępna *on line* http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

ochrony danych medycznych²². Zgodnie z jej postanowieniem „wyrażenie *dane genetyczne* odnosi się do danych wszelkiego rodzaju, dotyczących cech dziedzicznych osób lub mających związek z takimi cechami stanowiącymi dziedzictwo grupy spokrewnionych osób”.

Brak legalnych i prawnie wiążących definicji danych genetycznych wywołuje konieczność, aby przed rozważaniem charakteru prawnego tych danych określić sposoby ich wykorzystywania, przez co wskazać możliwe pola ich eksploatacji oraz związane z tym możliwe naruszenia prywatności.

Wykorzystanie danych genetycznych

Dane genetyczne człowieka są obecnie pobierane, przechowywane i przetwarzane dla bardzo różnych celów. Tradycyjnie należy wskazać, że wykorzystywane są one na potrzeby leczenia ludzi. Próbkę materiału genetycznego człowieka pobiera się do testów genetycznych, których celem jest wykrycie określonych mutacji genowych i ustalenie predyspozycji do zachorowania na określone choroby bądź ustalenie na ich podstawie terapii genowej dla pacjenta²³. Można uznać, że wówczas są one *de facto* danymi o zdrowiu danej osoby, gdyby nie fakt, że istotą testów genetycznych jest nie tylko określenie istniejącego stanu zdrowia człowieka, ale określenie pewnych predyspozycji zdrowotnych na przyszłość. Co więcej, dane te umożliwiają nie tylko określenie stanu zdrowia danej jednostki, ale również możliwości występowania danej choroby w przyszłych pokoleniach. Z tym zagadnieniem bezpośrednio związany jest problem dopuszczalności ujawniania tych danych osobom najbliższym²⁴. Złożoność zagadnienia widoczna była w sprawie rozpatrywanej we Włoszech w 1999 r. kiedy to kobieta

22 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy (97) 5 dotycząca ochrony danych medycznych. Przyjęta przez Komitet Rady Ministrów dnia 13 lutego 1997 r., dostępna on line <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=571075>.

23 Na konieczność szczegółowej regulacji prawnej tego zagadnienia zwracał uwagę Komitet Bioetyki przy Prezydium PAN w swym stanowisku nr 3/2013 z dnia 25 marca 2013 roku w sprawie rynku prywatnych usług genetycznych. Jest ono dostępne na stronie <http://www.bioetyka.pan.pl/images/stories/Pliki/stanowisko%20kb%20nr%203-2013.pdf>

24 A. E.R.Prince, *Comprehensive...*, s. 176.

dotknięta chorobą genetyczną żądała ujawnienia informacji danych genetycznych ojca w celu określenia ryzyka zachorowania na tę chorobę jej przyszłych dzieci.²⁵ Pomimo odmowy zgody ze strony ojca, Włoski Urząd Ochrony Danych dopuścił ujawnienia ich córce. Wskazał, że wiedza kobiety przed zajściem w ciążę o ryzyku zaistnienia u przyszłego dziecka patologii genetycznych może wpłynąć na jej stan psychofizyczny w czasie ciąży, co wiąże się bezpośrednio z prawem podstawowym do ochrony zdrowia, wyrażonym w art. 32 włoskiej Konstytucji. Dane zdrowotne ojca stanowiły niezbędną przesłankę nie tylko dla określenia możliwości odziedziczenia tej choroby przez następne pokolenia, ale również były istotne dla podjęcia przez kobietę świadomej i poprzedzonej uzyskaniem niezbędnych informacji decyzji prokreacyjnej. Ponadto Urząd powołał się w uzasadnieniu na art. 622 włoskiego kodeksu karnego, który umożliwia zwolnienie z tajemnicy medycznej ze słusznych przyczyn, jak również na włoski Kodeks Etyki Lekarskiej nakazujący zwolnienie z takiej tajemnicy wówczas, gdy wymaga tego ochrona innych osób, nawet gdy pacjent wyraził sprzeciw. W sprawie wskazano, że dane genetyczne mogą mieć znaczenie nie tylko dla pacjenta, ale również dla członków jego rodziny²⁶. Dlatego też w praktyce może powstawać dylemat, czy i kiedy należy przyznać prymat prawu do prywatności człowieka, nad prawem innych podmiotów zainteresowanych dostępem do wiedzy o jego danych genetycznych. Z omawianej decyzji Urzędu wynika, że prawo do ochrony zdrowia i podejmowania świadomych decyzji prokreacyjnych ma pierwszeństwo przed prawem do prywatności.

Oczywiście problem ujawniania danych genetycznych dotyczy również celów ubezpieczeniowych²⁷ czy związanych ze stosunkiem pracy. W literaturze amerykańskiej było opisywanych wiele przypadków²⁸, w których doszło do nieuprawnionego udostępnienia wyników badań

25 Opis sprawy dostępny *on line* www.privacy.it/garantenew199905243.html.

26 A. E.R.Prince, *Comprehensive...*, s. 188.

27 Wiecej J. Kapelańska-Pręgowska, *Dane...*, s. 467-473.

28 E. McVann, *Staff Blunder Leads to HIPAA Breach*, *Health care it news* (9 lipca 2014); <http://www.healthcareitnews.com/news/staff-blunder-leads-hipaa-breach>; E. McVann, *Hacker Calls Health Security: Wild West* <http://www.healthcareitnews.com/news/hacker-calls-health-security-wild-west>, *Health Care it*

genetycznych m.in. pracodawcy pacjenta, co doprowadziło bezpośrednio do dyskryminacji pracownika na tle genetycznym²⁹. W tym zakresie przy rozważaniu istoty danych genetycznych należy zauważyć, że mogą wskazywać one na możliwość wystąpienia danej choroby, która w rzeczywistości nie musi się zrealizować. Oszacowanie na tej podstawie ryzyka ubezpieczeniowego czy dopuszczalności wykonywania określonej pracy może powodować dyskryminację ze względu na hipotetyczną chorobę, która u danej osoby nigdy nie wystąpi³⁰. Z tego też względu wskazuje się, że w przypadku konfliktu między prawem do prywatności pacjenta a interesami pracodawców, ubezpieczycieli czy kredytodawców, należy przyjąć prymat tego pierwszego³¹.

Drugim zasadniczym celem pobierania, przechowywania i przetwarzania danych genetycznych jest rozwój nauki. Badania nad ludzkim DNA spowodowały również rozwój farmagenetyki i całego przemysłu związanego z produkcją leków. Rozwój medycyny spersonalizowanej przyczynił się do rozwoju badań naukowych nad danymi zawartymi w ludzkim DNA; z tego też powodu zbiera się coraz większe ilości próbek. Pobrany od dawców materiał genetyczny przechowywany jest przez biobanki naukowe oraz laboratoria, co umożliwia badaczom z całego świata dostęp do cennych informacji zawartych w genomach różnych ludzi. Na całym świecie biobanki tworzone są przy wielu dużych ośrodkach medycznych oraz jako biobanki populacyjne, których głównym celem jest zbieranie ogromnych ilości próbek z ludzkim DNA w celu dalszego udostępniania na potrzeby prowadzenia różnych badań naukowych związanych m.in. z ekspansjami genetycznymi, chorobami genetycznymi i sposobami ich leczenia. Należy wskazać, że rozwój badań nad genami człowieka

News (11 lipca 2014; Ponemon inst. LLC, Fourth annual benchmark study on patient privacy and data security 2/2014, <http://www.ponemon.org/blog/fourth-annual-benchmark-study-on-patient-privacy-and-data-security>

29 I. Ajunwa, *Genetic testing...* s. 1230.

30 M. Casini, *Consulenza genetica e privacy nella legislazione italiana* (w:) *Gen-ius. La consulenza tra genetica e diritto*, red. L. Palazzani, Quaderni della Libera Università Maria SS. Assunta Lumsa. Sezione Centro Studio Biogiuridico nr 9 /2011, s. 199.

31 C. Faralli, *Dati genetici e tutela dei diritti* (w:) *"Et si omnes..." scritti in onore di Francesco Mercadante*, red. F. Lanchester, T. Serra, Milano 2008, s. 408.

i możliwościami ich modyfikacji związany jest wprost w koniecznościami prowadzenia badań o charakterze międzynarodowym³², co z założenia pociąga za sobą konieczność ochrony danych genetycznych nie tylko w prawie krajowym, ale również obrocie międzynarodowym. Niewątpliwie takie przechowywanie danych genetycznych wiąże się z wieloma problemami prawnymi, które nie występowały na płaszczyźnie zbierania innych danych medycznych.

Istotnym celem pobierania próbek DNA jest uzyskiwanie danych służących identyfikacji osób oraz ustalaniu pokrewieństwa. Ponadto są one gromadzone w celach ustalania tożsamości. W tym zakresie są zbierane i pobierane nie tylko przez policję³³, ale również przez osoby prywatne próbujące ustalić swoje pokrewieństwo, czy to w czasie toczących się postępowań sądowych, czy też w ramach czynności poprzedzających takie postępowania. Takie wykorzystywanie danych związane jest bezpośrednio z zagadnieniem wykorzystywania danych genetycznych bez zgody dawcy oraz dopuszczalnego czasu ich przechowywania.

Wreszcie, jak wskazuje M. Krzysztofek, dane osobowe, w tym również przecież dane genetyczne, bywają wykorzystywane jako „surowiec niezbędny do powstania produktu”³⁴ takiego jak np. portale społecznościowe³⁵, łączące ludzi należących nie do jednej szkoły czy klasy, ale posiadających wspólne informacje genetyczne. Dostępność tych danych w Internecie powoduje, że zdecydowanie zwiększył się krąg osób, przez których dane te mogą być wykorzystywane³⁶. Zasadnym jest zatem rozważenie możliwości usunięcia takich danych zwłaszcza w zakresie prawa do bycia zapomnianym, które wyróżnił Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 13 maja 2014 r.³⁷

32 M. Świerczyński, (w) *Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia regulacyjne i cywilnoprawne*, red M. Krekora, Warszawa 2008, s. 174.

33 D. Krekora-Zajęc, *Bezpieczeństwo...*, s. 11.

34 M. Krzysztofek, *Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 73.

35 Więcej na ten temat D. Krekora-Zajęc, *Moja informacja genetyczna czy nasza? Ujawnienie informacji genetycznej na portalach społecznościowych*, *Studia Iuridica* LVIII, s. 138. V. G. Koch, *PGT and Me: Social Networking based genetic testing and the evolving research model*, *Health Matrix Clevel* 1/2012, s. 34-74.

36 Więcej na ten temat D. Krekora-Zajęc, *Moja informacja ...I*, s. 138.

37 Sygnatura C-131/12

Ochrona danych genetycznych w Polsce

Pomimo tak różnorodnego sposobu wykorzystania danych genetycznych, w opracowaniach polskich nie dostrzega się różnicy między danymi genetycznymi a innymi danymi zdrowotnymi³⁸. Można uznać, że skoro zarówno dane medyczne, jak i dane genetyczne są danymi wrażliwymi, to powinny podlegać takiemu samemu zakresowi ochrony, więc rozróżnienie ma walor tylko semantyczny. Sposoby wykorzystania danych wskazują jednak na to, iż od określenia istoty danych będzie zależał krąg podmiotów, których dotyczy ochrona. W przeciwieństwie bowiem do danych medycznych, dane zawarte w materiale genetycznym odnoszą się nie tylko do swojego „właściciela”, ale i do członków jego rodziny, zstępnych, wstępnych, a nawet w pewnym zakresie do całej ludzkości.

Dane genetyczne człowieka to również dane osobowe, które pozwalają na identyfikację osoby. Będzie się do nich zatem stosować również ustawa o ochronie danych osobowych. Polska ustawa jako jedna z niewielu wprowadza bezpośrednią regulację odnoszącą się do danych genetycznych. W art. 27 ust. 1 u.o.d.o. oprócz danych o stanie zdrowia, które uznane są za wrażliwe, wymienione zostały bowiem informacje o kodzie genetycznym. Zdaniem A. Mednisa kod genetyczny został wyodrębniony, ponieważ informacja genetyczna ujawnia nie tylko stan zdrowia osoby, ale także inne dane, np. skłonność do określonych zachowań, w tym zachowań przestępczych³⁹. Słusznie jednak zauważa A. Krajewska, że określenie „kod genetyczny” należy uznać za niefortunne. Kod genetyczny, czyli sposób odczytu aminokwasów w DNA, jest uniwersalny dla całego świata ożywionego. Ochroną zatem zostały objęte takie cechy człowieka, które nie są dziedziczne, jak kolor włosów czy oczu. Ustawa o ochronie danych osobowych nie tworzy definicji legalnej kodu genetycznego i wydaje się, że w istocie ma na celu ochronę danych genetycznych, tylko posługuje się niewłaściwym

38 K. Łakomic, *Wybrane konstytucyjne aspekty funkcjonowania biobanków populacyjnych*, PiP nr 12/2014, s. 63.

39 A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 82.

pojęciem. Zgodnie z art. 27 u.o.d.o., dane o kodzie genetycznym uznane są za dane wrażliwe, a zatem ich zbieranie, przechowywanie i przetwarzanie związane jest z koniecznością spełnienia określonych wymogów natury formalnej.

Kod genetyczny jest wymieniony w ustawie pomiędzy danymi o zdrowiu i nałogach. Takie usytuowanie pojęcia wskazuje na jego odrębność od danych zdrowotnych. Wydaje się jednak, że głównym celem wprowadzenia odróżnienia danych genetycznych od danych zdrowotnych było podkreślenie specyficznego charakteru tych danych. Informacja genetyczna może mieć bardzo różny charakter, uzależniony nie tylko od celu, w jakim będzie wykorzystywana, ale również od metod uzyskiwania oraz oczywiście od rozwoju nauki. Wykorzystanie bowiem do badań elementów, które obecnie uważamy za niekodujące, nie wyklucza odczytania w przyszłości zawartych w nich informacji. Przy aktualnym stanie wiedzy trudno wskazać, czy tzw. elementy niekodujące rzeczywiście nie determinują żadnych cech, czy tylko nauka jeszcze tych zależności nie odkryła. Ze względu bowiem na to, że nie pojedynczy gen, ale dopiero pewne złożone procesy wpływają na wytworzenie określonych cech lub predestynacji, na tak wczesnym etapie poznawania możliwości odczytywania tych cech nie można niczego wykluczyć.

Dane genetyczne jako dane wrażliwe objęte są zakazem przetwarzania, choć ustawa wprowadza wiele wyjątków. Możliwe jest bowiem wykorzystywanie tych danych do celów uznanych za uzasadnione. Takimi celami w rozumieniu ustawy są właśnie cele zdrowotne i związane z badaniami naukowymi. Zdaniem A. Krajewskiej⁴⁰ taka regulacja ustawy o danych osobowych skutkuje niemożnością stosowania do danych genetycznych przepisów dotyczących danych medycznych, jak np. ustawy o diagnostyce laboratoryjnej. Autorka stwierdza również, że takie wyszczególnienie ustawowe kodu genetycznego, choć nowatorskie, zmniejsza poziom ochrony danych i tym samym jest niezgodne z dyrektywą, która była implementowana przez ustawę. Wydaje się jednak, że taka opinia jest nieuzasadniona. Dane genetyczne podobnie

⁴⁰ A. Krajewska, *Informacja genetyczna a zakres autonomii jednostki w europejskiej przestrzeni prawnej*, Wrocław 2008, s. 54.

jak inne dane (np. dane o nałogach) mogą być danymi medycznymi lub innymi danymi. Ochrona przewidziana w ustawie o ochronie danych osobowych nie wyklucza zastosowania do danych genetycznych regulacji związanych z danymi zdrowotnymi ani np. z materiałem dowodowym, którym dane genetyczne mogą się stać.

Wprawdzie art. 27 u.o.d.o. wprowadza zakaz przetwarzania danych o kodzie genetycznym, to jednak odmiennie niż art. 23 u.o.d.o. reguluje przesłanki uchylające ten zakaz. Podstawową przesłanką jest zgoda osoby, której te dane dotyczą. Zgodnie z ustawą zgoda taka powinna zostać wyrażona na piśmie. W doktrynie występują jednak pewne wątpliwości co do uznania, że niemożliwe jest udzielenie zgody również w innej formie, choć wówczas nie będzie ona wywoływała skutków prawnych, a odpowiednie regulacje Kodeksu cywilnego nie będą miały zastosowania. Z treści bowiem art. 7 pkt 5 u.o.d.o. można wywieść, że zgoda niespełniająca wymogu formy pisemnej nie będzie zgodą w rozumieniu ustawy.

Należy jednak wskazać, że uzyskanie nawet prawidłowej zgody na przetwarzanie danych o kodzie genetycznym nie oznacza, że administrator danych może je przetwarzać w sposób dowolny. Podlega on ograniczeniom zwłaszcza w zakresie udostępniania. W przeciwieństwie do regulacji ogólnej z art. 23 u.o.d.o., w przypadku danych wrażliwych nie jest również możliwe wyrażenie zgody na przetwarzanie ich w przyszłości. Zatem następca prawny administratora danych nie może powołać się na zgodę udzieloną poprzednikowi. Nie jest więc możliwe udzielenie zgody na jakiegokolwiek wykorzystanie danych genetycznych w przyszłości. Z ustawy wynika bowiem, że jeżeli zgoda na pobranie, przetwarzanie czy wykorzystywanie informacji genetycznej została udzielona jedynie dla celów medycznych, to dla wykorzystania jej w innych celach, np. badawczych, potrzebna jest dodatkowa, nowa zgoda uprawnionego. Zagadnienie to jest szczególnie istotne ze względu na rozwój biobanków i możliwe przechowywanie w nich danych genetycznych przez długie lata oraz udostępnianie ich dla różnych celów.

Podkreśla się⁴¹, że zgoda na przetwarzanie takich danych jest faktycznie zgodą na naruszenie dobra osobistego, a zatem powinna spełniać warunki nie tylko ustawy szczególnej, ale również Kodeksu cywilnego. Pomimo, że co do zasady usunięcie danych nie wymaga wyrażenia zgody przez uprawnionego, to jednak w określonych sytuacjach może to stanowić naruszenie obowiązku prawnego będącego podstawą przetwarzania tych danych.

Uchylenie zakazu przetwarzania może również wynikać wprost z przepisu prawa. Ustawami, które uchylają taki zakaz w stosunku do zakazu przetwarzania kodu genetycznego, są: art. 38 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁴², art. 22a ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁴³, art. 34 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁴⁴ i art. 14 ustawy o Policji⁴⁵.

Kolejną przesłanką uchylającą zakaz przetwarzania danych wrażliwych jest sytuacja, gdy przetwarzanie jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą lub innej osoby, gdy osoba, której dane dotyczą, nie jest fizycznie lub prawnie zdolna do wyrażenia zgody - do czasu ustanowienia opiekuna prawnego lub kuratora. Przez żywotne interesy należy rozumieć kwestie związane z ochroną życia, zdrowia i bezpieczeństwa osobistego. Zakaz ten zostaje również uchylony, gdy przetwarzanie i ujawnianie danych jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów innej osoby. Przesłanka ta umożliwia zatem ujawnienie informacji o danych genetycznych, kiedy zagrożone jest bezpieczeństwo i zdrowie jednostki, od której one pochodzą, jak również zdrowie innych osób, czyli np. krewnych. Uchylenie zakazu będzie zatem możliwe przykładowo w przypadku ujawnienia mutacji

41 A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy*, Warszawa 2008, s. 176.

42 Ustawa z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. Nr 104, poz. 709 ze zm.).

43 Ustawa z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 621 ze zm.).

44 Ustawa z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.).

45 Ustawa z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zm.).

genetycznej, która może ujawnić się również w DNA osoby spokrewnionej, jeżeli tylko w ten sposób uchroni się jej żywotne interesy.

Ponadto należy wskazać, że dane genetyczne w zależności od sposobu wykorzystania mogą być również zakwalifikowane jako dane o pochodzeniu człowieka, o płci czy dane o stanie zdrowia⁴⁶.

Ochrona danych genetycznych w *soft law* i aktach prawnych niewiążących dla Polski

Ochrona danych genetycznych wynika również z regulacji o charakterze *soft law*. Zgodnie z deklaracją UNESCO w sprawie danych genetycznych, tylko dane genetyczne pozwalające na identyfikację danej osoby powinny być objęte szczególną ochroną prawną⁴⁷, przy czym nie ma znaczenia cel, dla którego mają być przechowywane czy przetwarzane.

Należy wskazać, że Deklaracja tworzy niejako dwa reżimy ochrony prawnej danych medycznych: pierwszy dla danych, które mogą identyfikować osobę i drugi dla danych, które mimo że są danymi genetycznymi, nie identyfikują osoby. Dane genetyczne czy białkowe stają się danymi identyfikującymi, jeżeli są połączone z takimi danymi jak nazwisko, data urodzenia bądź adres i wówczas jest im należna właściwa ochrona. Takie dane mogą być zbierane tylko po uprzednio uzyskanej wolnej i świadomej zgodzie, której wyrażenie zostało poprzedzone uzyskaniem odpowiednich informacji⁴⁸. Zgoda taka może również zawsze być wycofana i wówczas podmiotowi przechowującemu nie wolno ich używać do żadnych celów, chyba że staną się nieodwracalnie anonimowe⁴⁹.

Dane genetyczne mogą być zgodnie z Deklaracją⁵⁰ zbierane, przetwarzane, użyte i przechowywane tylko w celach diagnostycznych

46 Więcej na ten temat D. Krekora-Zajac, *Prawo do materiału genetycznego człowieka*, Warszawa 2013, s. 300.

47 Konieczność ochrony wszystkich danych osobowych została również zawarta w art. 8 Karty praw podstawowych.

48 Art. 8 Deklaracji o danych genetycznych człowieka.

49 Art. 9 Deklaracji o danych genetycznych człowieka.

50 Art. 5 Deklaracji o danych genetycznych człowieka.

opieki zdrowotnej, do badań medycznych i innych badań naukowych, w celach kryminalistycznych, cywilnych i karnych.

Należy podkreślić, że zarówno dane genetyczne jak białkowe nie mogą być wykorzystane w innym celu niż zostały zebrane, chyba że osoba, od której zostały pobrane, wyraziła na to zgodę albo gdy dane te stały się anonimowe i prawo krajowe dopuszcza możliwość ich innego zastosowania. Jednakże dane, które zostały zebrane na potrzeby postępowania sądowego, powinny być niszczone, jeżeli nie są już potrzebne dla celów prowadzonego postępowania.

Zgodnie z rekomendacją w sprawie wykonywania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w postępowaniu karnym⁵¹, próbek pobranych w celu analizy DNA nie powinno się przechowywać po wydaniu prawomocnego orzeczenia w sprawie, w której zostały one wykorzystane, chyba że jest to konieczne do innych celów, bezpośrednio związanych z tymi, dla których je pobrano. Należy zapewnić zniszczenie wyników analiz DNA i informacji uzyskanych na ich podstawie, jeżeli dalsze ich przechowywanie w celach, dla których je zastosowano, nie jest konieczne. Wyniki analizy DNA i informacje uzyskane w ten sposób mogą być jednak zachowane, jeśli osoba, której dotyczą, została skazana za popełnienie poważnego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu i bezpieczeństwu osób. W takim przypadku dokładny okres ich przechowywania powinno określać prawo krajowe.

Próbki lub inne tkanki ludzkie albo informacje uzyskane na ich podstawie mogą zostać zachowane przez dłuższy czas, jeżeli żąda tego osoba, której to dotyczy, lub kiedy próbki nie można przypisać do konkretnej osoby, np. jeżeli znaleziono ją na miejscu przestępstwa⁵².

Na konieczność ochrony prywatności osób, które poddały się testom, wskazuje Rezolucja o prywatności genetycznej i niedyskryminacji. Zgodnie z nią, „Państwa powinny również chronić prywatność tych osób, które poddały się testom genetycznym, poprzez zapewnienie, że

51 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (92)1 w sprawie wykorzystania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w postępowaniu karnym, przyjęta w dniu 10 lutego 1992 r. na 470 posiedzeniu Wiceministrów. Tekst rekomendacji dostępny w: A. Muszla, *Wybrane zagadnienia etyczne...*, s. 140 i n.

52 Pkt 9 rekomendacji w sprawie wykonywania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w postępowaniu karnym.

takie testy są wykonywane dopiero po uzyskaniu wcześniejszej wolnej i świadomej zgody na ich przeprowadzenie”⁵³. Dla legalności zgody niezbędne jest również wcześniejsze przekazanie informacji dotyczących testów i ich konsekwencji.

Poszanowanie życia prywatnego w odniesieniu do informacji dotyczących zdrowia człowieka jest również zasadą konwencji bioetycznej⁵⁴. Protokół dodatkowy do konwencji bioetycznej dotyczący testów genetycznych⁵⁵ dla celów zdrowotnych wskazuje natomiast na konieczność przechowywania próbek biologicznych w sposób, który zapewni bezpieczeństwo i poufność informacji w nich zawartych, z podkreśleniem konieczności poinformowania osoby, na której zostały przeprowadzone testy, gdy wyniki mogą mieć skutek dla zdrowia rodziny⁵⁶. Zasady dotyczące ujawniania danych pochodzących z testów genetycznych rodzinie osoby badanej wyznaczyła również rekomendacja dotycząca genetycznych badań diagnostycznych i przesiewowych. Zgodnie z jej brzmieniem, w wypadku poważnego ryzyka genetycznego grożącego innym członkom rodziny dopuszcza się możliwość informowania członków rodziny o ich stanie zdrowia, a nawet o stanie zdrowia ich przyszłych dzieci⁵⁷.

W analizach wyważających wzajemne proporcje ochrony dóbr i interesów stron podnosi się, że dane genetyczne nie powinny być udostępniane ubezpieczycielom. Co więcej, zgodnie z rekomendacją dotyczącą genetycznych badań diagnostycznych i przesiewowych, ubezpieczyciele nie powinni mieć prawa ani żądać przeprowadzania badań genetycznych na własny użytek, ani do poznania wyników

53 Pkt 4 rekomendacji w sprawie wykonywania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w postępowaniu karnym.

54 Art. 10 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w kontekście zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie z dnia 4 kwietnia 1997 r., European Treaty Series nr 164

55 Konwencja z Oviedo jak również protokoły do niej dodane nie zostały przez Polskę ratyfikowane. Z tego też względu nie stały się częścią polskiego porządku prawnego.

56 Art. 18 Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning genetic testing for health purposes., Strasburg 27.11.2008, European Treaty Series nr 203

57 Zasada 9 Rekomendacja Komitetu Ministrów nr R (92)3 dotycząca genetycznych badań diagnostycznych i przesiewowych wykonywanych dla celów opieki zdrowotnej, publ. w: A. Muszla, *Wybrane zagadnienia etyczne...*

badan wykonanych wcześniej, które byłyby wstępnym warunkiem do zawarcia lub zmiany umowy ubezpieczeniowej⁵⁸. Na niedopuszczalność ujawniania danych genetycznych osobom postronnym wskazuje też art. 25 Protokołu dodatkowego do konwencji bioetycznej, dotyczący badań biomedycznych⁵⁹, zgodnie z którym każda informacja pozyskana w wyniku badania biomedycznego powinna być uznana za poufną i jako taka powinna być chroniona jak życie prywatne.

W nawiązaniu do powyższego, rekomendacja dotycząca genetycznych badań diagnostycznych i przesiewowych przewiduje, że osoby będące w posiadaniu informacji genetycznej powinny być związane zawodowymi regułami postępowania oraz przepisami określonymi przez prawo krajowe, zmierzającymi do zapobieżenia nadużyciom związanym z wykorzystaniem takich informacji, w szczególności przez nałożenie obowiązku ścisłego przestrzegania tajemnicy⁶⁰. Wskazuje się również, że informacje osobowe, uzyskane w wyniku badań genetycznych, mają być chronione na tej samej podstawie co inne dane medyczne. Zgodnie z rekomendacją nr 3 Komisji Ekspertów, „należy unikać traktowania informacji genetycznych jako czegoś wyjątkowego”, a „wszystkie dane medyczne, także dane genetyczne, muszą spełniać równie wysokie standardy jakości i poufności”⁶¹. Ponadto rekomendacja nr 10 Komisji Ekspertów stanowi, że dane genetyczne powinny otrzymywać taki sam stopień ochrony jak inne dane o podobnym stopniu wrażliwości. Należy również wziąć pod uwagę znaczenie danych dla innych członków rodziny⁶².

58 Zasada 7 rekomendacji dotyczących genetycznych badań diagnostycznych i przesiewowych wykonywanych dla celów opieki zdrowotnej.

59 Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research, Strasbourg 25.01.2005, European Treaty Series nr 195.

60 Art. 17 Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning genetic testing for health purposes.

61 Rekomendacja nr 3; por. E. McNally, A. Cambon-Thomsen, C. Brazell, J.J. Cassiman, A. Kent, K. Lindpaintner, P. Lobato de Faria, D. Niese, H.R. Abbing, J.H. Solbakk, H. Tack, E. Tambuyzer, T.R. Wehrauch, E. Wendel, *25 rekomendacji...*, s. 9.

62 E. McNally, A. Cambon-Thomsen, C. Brazell, J.J. Cassiman, A. Kent, K. Lindpaintner, P. Lobato de Faria, D. Niese, H.R. Abbing, J.H. Solbakk, H. Tack, E. Tambuyzer, T.R. Wehrauch, E. Wendel, *25 rekomendacji...*, s. 15.

Na wyjątkowość danych genetycznych wskazuje w sposób jednoznaczny Deklaracja o danych genetycznych człowieka, zgodnie z którą dane te powinny być w odpowiedni sposób chronione, ponieważ mogą wskazywać genetyczne predyspozycje dotyczące jednostek, mogą mieć znaczenie dla rodziny, w tym dla wstępnych, gdy ich znaczenie przekracza granice generacji; mogą mieć również znaczenie dla różnych grup, do których dane osoby należą, zawierać informacje, których znaczenie może nie być znane w chwili pobrania próbki biologicznej lub mieć znaczenie kulturowe dla osoby albo grupy⁶³.

Dla niniejszych rozważań istotne wydaje się być również zagadnienie dopuszczalności wykorzystania danych w innym celu niż były zbierane. Taką możliwość dopuszcza art. 22 konwencji bioetycznej, wskazując, iż „jeżeli w czasie interwencji medycznej pobrano część ciała ludzkiego, może być ona przechowywana i wykorzystywana w celu innym niż ten, dla którego została pobrana tylko wtedy, gdy właściwie poinformowano o tym osoby i uzyskano ich zgodę”.

W przypadku przymusowego pobrania na potrzeby postępowania karnego materiał nie może być użyty w innym celu. Możliwe jest wykorzystanie do celów statystycznych lub anonimowych dopiero po usunięciu danych identyfikujących. Zgodnie z rekomendacją w sprawie wykorzystania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w postępowaniu karnym⁶⁴, wyniki testów przeprowadzonych na potrzeby medyczne mogą być wykorzystane na potrzeby toczących się postępowań karnych.

Z postanowień zawartych w rekomendacji dotyczącej genetycznych badań diagnostycznych i przesiewowych wynika, że próbki pobrane do określonych celów medycznych lub naukowych nie mogą być bez zezwolenia osób zainteresowanych lub osób prawnie upoważnionych do udzielenia zgody w ich imieniu wykorzystane w sposób, który mógłby przynieść im szkodę. Wykorzystanie danych genetycznych dla studiów populacyjnych lub im podobnych musi natomiast respektować zasady

63 Art. 4 Deklaracji UNESCO o danych genetycznych człowieka.

64 Pkt 3 rekomendacji w sprawie wykorzystania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w postępowaniu karnym.

odnoszące się do ochrony danych, a w szczególności dotyczących zasad anonimowości i poufności⁶⁵.

Ochrona danych genetycznych w projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady

Należy zwrócić uwagę, że brak jest wiążącej prawnie regulacji międzynarodowej odnoszącej się do ochrony danych genetycznych. Oczywiście można uznać, że dane te jako dane osobiste mieszczą się kategorii danych osobowych, a zatem podlegają ochronie poprzez dyrektywę 95/46/WE. W dyrektywie brak jest jednak wymienienia wprost danych genetycznych. Z tego też powodu należy pozytywnie przyjąć projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych, które zastąpi dyrektywę 95/46/WE. Nowa regulacja nie zmienia w sposób fundamentalny zasad ochrony danych osobowych, a jedynie doprecyzowuje i uzupełnia zasady już wyrażone w dyrektywie wprowadzając m.in. definicję danych genetycznych.

Celem zmiany prawa wspólnotowego była potrzeba wdrożenia *privacy by design* czyli uwzględniania jej gwarancji już na pierwotnym etapie projektowania usług, systemów czy aplikacji oraz systemowego podejścia do konstruowania usług, systemów czy aplikacji, uwzględniającego możliwość konfiguracji opcji prywatności przez osobę, której dane dotyczą, jednak z zastrzeżeniem, że prywatność jest w nich stanem wyjściowym (*default*)⁶⁶.

Analiza regulacji projektowanego rozporządzenia pozwala zauważyć, że nie zmieniło ono kryteriów uznania informacji za dane osobowe. Danymi osobowymi są bowiem niezmiennie te dane, które pozwalają na identyfikację osoby w sposób bezpośredni lub pośredni, a podstawą do ich zbierania jest uzyskanie zgody, a nie brak sprzeciwu

⁶⁵ Zasada 13 rekomendacji dotyczących genetycznych badań diagnostycznych i przesiewowych wykonywanych dla celów opieki zdrowotnej.

⁶⁶ M. Krzysztofiak, *Ochrona danych...*, s.68.

osoby, której one dotyczą⁶⁷. Na gruncie prawa europejskiego nie ulega również wątpliwości, że danymi podlegającym ochronie są tylko dane osobowe osoby fizycznej⁶⁸.

Zgodnie z artykułem 4 pkt 10 projektu rozporządzenia UE o ochronie danych osobowych, danymi genetycznymi są każdego rodzaju dane, które są dziedziczone albo powstają na etapie wczesnego życia płodowego. Należy wskazać, że danymi genetycznymi, które nie podlegają ochronie, a więc ich przechowywanie i przetwarzania możliwe jest bez zgody osoby zainteresowanej, są dane o mutacjach genetycznych powstałe w trakcie życia człowieka na skutek oddziaływania środowiska czy celowej modyfikacji genomu ludzkiemu w ramach genoterapii. Wydaje się, że takie dane mogłyby zostać uznane *de facto* za dane medyczne i z tego właśnie powodu nie mieszczą się w pojęciu danych genetycznych. Definicja ta różni się zdecydowanie od innych definicji przytaczanych wcześniej i wynikających z aktów o charakterze *soft law*.

Bez szczegółowego omawiania wszystkich regulacji można wskazać, że mechanizmy ochrony nie zmieniły się znacząco względem regulacji dyrektywy 95/45. Doprecyzowując regulacje dyrektywy wskazano, że zgoda na przetwarzanie danych może być w każdej chwili odwołana. Zgodnie z zasadą adekwatności i celowości zgoda traci ważność również w sytuacji, gdy przetwarzanie danych nie jest już potrzebne do realizacji celu. Z obecnej wersji rozporządzenia zostało usunięte prawo do bycia zapomnianym, choć wciąż istnieje prawo do usunięcia danych.⁶⁹ Niezmiennie⁷⁰ również regulacja prawna została podporządkowana takim zasadom jak zasada legalności i rzetelności, zasada ograniczenia czasowego, zasada adekwatności, zasada celowości, zasada jakości danych, zasada zapewnienia bezpieczeństwa danych.

67 M. Krzysztofiak, *Ochrona danych...*, s. 74.

68 M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych. Standardy europejskie*, Warszawa 2010, s. 49.

69 *Ibidem*, s. 74.

70 Zasady te wyrażone były w art. 6 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych oraz art. 5 projektu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych.

Podsumowanie

Podsumowując należy uznać, że nowe prawo europejskie o ochronie danych osobowych nie dokona rewolucyjnych zmian w polskim prawie ochrony danych osobowych. Pozytywnie należy przyjąć doprecyzowanie zasad ochrony wynikających w dyrektywy poprzez m.in. wprowadzenie wprost możliwości wycofania zgody na przetwarzanie danych genetycznych. Niewątpliwie największą zmianą dla prawa polskiego jest skonstruowanie definicji legalnej danych genetycznych, co spowoduje zawężenie tego pojęcia. Wydaje się, że projekt rozporządzenia, wyróżniając dane genetyczne i nie tworząc specjalnego reżimu dla ich ochrony, *de facto* nie rozstrzygnie wciąż najistotniejszych kwestii w zakresie udostępniania danych osobom najbliższym. Każda taka sytuacja będzie musiała być rozstrzygana *ad casum* w oparciu o podstawowe zasady ochrony danych.

Projekt rozporządzenia należy jeszcze docenić jako pewnie podsumowanie dyskusji doktrynalnej co do praktycznego aspektu wykorzystywania danych genetycznych. W szczególności, w ocenie autorki, na pełną aprobatę zasługuje kwalifikacja w definicji legalnej danych genetycznych jako danych *sui generis* oraz brak domniemania zgody na ich przetwarzanie.

Brak świadomości lub swobody w podejmowaniu decyzji i wyrażeniu woli – zagadnienia praktyczne

Wyrażenie przez pacjenta zgody upoważnia lekarza do przeprowadzenia badania lub udzielenia innych świadczeń zdrowotnych¹. Zagadnienie charakteru prawnego zgody nie jest pojmowane jednolicie². W doktrynie ukształtowało się w tym zakresie kilka stanowisk. Skrajne odmawia zgodzie charakteru oświadczenia woli, traktując zdolność do wyrażenia zgody niezależnie od zdolności do czynności prawnych³. Zgodnie z kolejnym, zgoda jest działaniem prawnym o charakterze zbliżonym do oświadczenia woli⁴, przy czym zwolennicy tej teorii dopuszczają stosowanie - w odniesieniu do zgody pacjenta - przepisów kodeksu cywilnego dotyczących wad oświadczeń woli⁵. W jej ramach niektórzy autorzy traktują zgodę jako tzw. „przejaw woli”, charakteryzujący się m.in. tym, iż do jej skutecznego udzielenia niezbędna jest po stronie pacjenta świadomość wystąpienia określonych skutków;

1 Art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 z późn. zm.).

2 J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, MP nr 16 /2003, s. 741.

3 M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 35.

4 M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, w: *Prace z prawa cywilnego*. Wydane dla uczczenia pracy naukowej profesora Józefa Stanisława Piątowskiego, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Wrocław 1985, s. 67.

5 Tamże, s. 72-73 oraz M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 32.

jej udzielenie nie powoduje także powstania prawa po stronie osoby, której zgody udzielono⁶. Należy zwrócić szczególną uwagę na pogląd, zgodnie z którym zgodę pacjenta można traktować jako komunikat zbliżony do oświadczenia woli, przy czym z uwagi na specyfikę prawa medycznego, spośród przepisów kodeksu cywilnego dotyczących wad oświadczeń woli zastosowanie do zgody pacjenta znajdzie wyłącznie przepis traktujący o braku świadomości lub swobody (art. 82 k.c.)⁷. Znaczna część przedstawicieli piśmiennictwa traktuje jednak wprost zgodę pacjenta jako oświadczenie woli ze wszystkimi tego skutkami, w tym możliwością powołania się na jego wadliwość na podstawie przepisów kodeksu cywilnego⁸. Wspomnieć należy, iż również do oświadczeń pacjentów *pro futuro*⁹, choć ich charakter jest dyskusyjny, postuluje się stosowanie odpowiednio przepisów dotyczących wad oświadczeń woli¹⁰.

Sąd Najwyższy, unikając jednoznacznego definiowania charakteru zgody pacjenta, dopuszcza traktowanie tzw. zgody uświadomionej, o której mowa w art. 32 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, jako oświadczenia woli¹¹. Prezentuje także niekiedy

6 K. Michałowska, *Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny*, Warszawa 2014, s. 21–34.

7 M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 225. Podobne stanowisko, w zakresie dopuszczalności powołania się przy zgodzie pacjenta głównie na art. 82 k.c. (spośród przepisów dotyczących wad oświadczeń woli) zdaje się zajmować B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 427–428, przyp. 72.

8 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, s. 151; A. Dyszlewska – Tarnawska, w: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2010, s. 299; L. Podciechowski, A. Królikowska, P. Hincz, J. Wilczyński, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny – aspekty prawne i medyczne. Cz. I*, w: *Przegląd Menopauzalny* nr 5/2010, s. 316; K. Baron, *Zgoda pacjenta*, Prokuratura i Prawo nr 9/2010, s. 45.

9 Przejaw woli pacjenta złożony na wypadek utraty przytomności lub innego rodzaju nieświadomości dotyczący sposobu postępowania lekarzy z pacjentem – por. M. Świdarska, *Zgoda ...*, s. 209; M. Safjan, *Prawo i medycyna ...*, s. 44.

10 M. Syska, *Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013, s. 255, przyp. 1017.

11 Wyrok SN z 8.7.2010 r., II CSK 117/10, LEX nr 602677. Również we wcześniejszych orzeczeniach SN dopuszczał możliwość obrony poglądu, w myśl którego zgoda pacjenta jest oświadczeniem woli, gdyż jej wyrażenie stanowi zdarzenie zmierzające do wywołania skutku prawnego w postaci uchylenia bezprawności działania lekarza wykonującego zabiegi, o których mowa w art. 34 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty – por. wyr. SN z 17.12.2004 r., II CK 303/04, OSP nr 11/2005., poz. 131 wraz z głosami aprobującymi M. Nesterowicza, PS nr 6/2006., s. 138–143 oraz M. Świdarskiej, OSP nr 11/2005., s. 594–597.

pogląd ostrożniejszy, określając zgodę jako przejaw woli podobny do oświadczenia woli i nakazuje stosowanie wobec niego przepisów kodeksu cywilnego dotyczących czynności prawnych, w tym o wadach oświadczeń woli¹².

Przyjęcie założenia, iż wyrażenie zgody pacjenta na czynności medyczne jest czynnością prawną lub dopuszczenie możliwości stosowania do niej przepisów o wadach oświadczenia woli, uzasadnia analizę problemu przyczyn braku świadomości lub swobody.

Zagadnienie jest o tyle doniosłe, iż wyłączenie świadomości lub swobody - przy jego zastosowaniu do zgody pacjenta na płaszczyźnie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty - może być spowodowane wystąpieniem chorób psychicznych, których część jest określana mianem tzw. chorób cywilizacyjnych. Zalicza się do nich depresje, nerwice, uzależnienia czy zespoły otępienne. Badania wskazują, iż ok. 23% populacji Polski w wieku 18 – 64 lat cierpi na co najmniej jedno zaburzenie psychiczne (z tego co czwarta osoba doświadcza więcej niż jednego zaburzenia, a co dwudziesta piąta – trzech i więcej), co daje liczbę około sześciu milionów osób¹³. W sposób oczywisty przytoczone dane nie mogą stanowić o liczbie nieważnych oświadczeń woli, niemniej z uwagi na skalę problemu waga wykładni art. 82 k.c., w tym w odniesieniu do zgód wyrażanych przez pacjentów w ramach zabiegów medycznych, jest bardzo duża.

Ustalenie zaistnienia przesłanki braku świadomości lub swobody w podejmowaniu decyzji i wyrażeniu woli jest zagadnieniem kluczowym dla zastosowania art. 82 k.c., 425 § 1 k.c.¹⁴ oraz art. 945 § 1 pkt 1 k.c. Ma ono również doniosłą wagę praktyczną przy ocenie skuteczności wyrażenia zgody przez pacjenta na zabieg medyczny oraz spełnienia świadczenia przy założeniu, iż zdarzenia te należy traktować jako czynności prawne, lub że należy do nich stosować przepisy

12 Wyok. SN z 11.4.2006 r., I CSK 191/05, M.Prawn. nr 7/2007, s. 368.

13 *Kondycja psychiczna mieszkańców Polski. Raport z badań „Epidemiologia zaburzeń psychiatrycznych i dostęp do psychiatrycznej opieki zdrowotnej – EZOP Polska”*, red. J. Moskalewicz, A. Kiejna, B. Wojtyński, Warszawa 2012, s. 267 i n.

14 Na gruncie art. 425 k.c. brak świadomości lub swobody w podejmowaniu decyzji i wyrażenia woli określany jest często mianem niepoczitalności.

dotyczące wad oświadczeń woli. Przepisy 82 k.c. i art. 945 § 1 pkt 1 k.c. pozbawiają przymiotu ważności oświadczenie woli (w tym również stanowiące testament) złożone pod ich wpływem. Z kolei art. 425 § 1 k.c. wyłącza odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez osobę znajdującą się w stanie braku świadomości lub swobody. Każdy z wyżej wymienionych przepisów, jako umiejscowiony w różnych księgach k.c., jest obudowany charakterystycznym dla siebie orzecznictwem i poglądami doktryny. Przesłanki ich zastosowania w zakresie zniesienia świadomości lub swobody są jednak wspólne. Punkt wyjścia dla dalszych analiz – ze względu na znaczenie praktyczne – stanowi przede wszystkim regulacja art. 82 k.c.¹⁵

Przepis ten otwiera dział kodeksu poświęcony wadom oświadczeń woli. Określona w nim wada została oznaczona w ustawie¹⁶. To jednak nie prawnicy, a biegli specjaliści z zakresu psychiatrii lub psychologii są na ogół wyłącznie kompetentni do oceny stanu zdrowia osoby, u której w trakcie dokonywanych przez nią czynności prawnych zniesiona została świadomość lub swoboda. Sąd dopuszczający, z urzędu¹⁷ na podstawie art. 232 zd. 2 k.p.c. lub na wniosek stron, wniosek dowodowy z opinii biegłych na okoliczność braku świadomości lub swobody, powinien rozważyć czy, oprócz psychiatrycznej, nie zasięgnąć również opinii psychologicznej. Niedorozwój umysłowy oraz inne zaburzenia czynności psychicznych pozostają bowiem w obszarze badań z zakresu psychologii, w szczególności klinicznej¹⁸. Często sami lekarze psychiatrzy, po sporządzeniu przez siebie opinii potwierdzającej zachowanie świadomości przy podejmowaniu decyzji, nie czują się wystarczająco kompetentni do pełnej oceny swobody podjęcia i wyrażenia woli, tym

15 B. Lewaszkiwicz – Petrykowska, w: *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, Warszawa 2014, s. 964.

16 Należy przychylić się do normatywnej koncepcji wad oświadczeń woli, *vide*: A. Brzozowski, W.J. Kocot, E. Skowrońska – Bocian, w: *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2010, s. 227. Tym samym odzucam pogląd o możliwości zaliczenia do nich wyzysku uregulowanego w art. 388 k.c. Przeciwny pogląd prezentuje B. Lewaszkiwicz – Petrykowska, *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1973, s. 12.

17 Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 5.6.2013 r., I ACa 626/12, LEX nr 1324680.

18 J. Stanik, *Możliwości i ograniczenia psychologicznej konstrukcji stanu psychicznego nieżyjącego testatora w sprawach o unieważnienie testamentu (art. 945 § 1 kc)*, *Postępy Psychiatrii i Neurologii* nr 9/2000, suplement 1 (9), s. 63.

samym dając asumpt do sporządzenia opinii psychologicznej¹⁹. Jest ona komplementarna wobec psychiatrycznej, przez odwołanie się do pojęć struktury osobowości, w tym jej zaburzeń (sfera świadomości) oraz sposobu funkcjonowania osoby w grupie społecznej, w tym pod jej wpływem (sfera swobody)²⁰. Jej przeprowadzenie powinno pozwolić na ujednoznaczenie wniosków. Również w sprawach dotyczących ważności testamentu, choć nie ma przecież możliwości bezpośredniego zbadania testatora, należy postulować dopuszczenie dowodu z opinii lekarzy psychiatrów i psychologów, w tym w ramach instytutów naukowych lub naukowo - badawczych²¹. Wyjątkowo w sprawach pracowniczych orzecznictwo dopuszcza możliwość oceny wystąpienia przesłanek z art. 82 k.c. na podstawie innych dostępnych dowodów, w tym takich jak np. opinie lekarskie, niestanowiące opinii biegłego i wydane w postępowaniu rentowym, pod warunkiem jednak, iż opisują stan zdrowia psychicznego danej osoby i nie budzą wątpliwości²².

Ustawodawca wprowadza sankcję bezwzględnej nieważności dla oświadczeń woli złożonych przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Znalazło to wprost odzwierciedlenie w treści przepisu, gdzie stwierdza się, iż „nieważne jest oświadczenie woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Dotyczy to w szczególności choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego, chociażby nawet przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych”. Można założyć, iż ustawodawca w zdaniu drugim art. 82 k.c. wymienia jedynie przykładowe dysfunkcje psychiczno - psychiatryczne, które mogą powodować stan wyłączający świadome albo swobodne powzięcie decyzji

19 T. Gordon, Z. Majchrzyk, E. Szablewska, *Psychologiczna ocena czynników zakłócających swobodne powzięcie i wyrażenie woli przez testatora*, Postępy Psychiatrii i Neurologii nr 9/2000., suplement 1 (9), s. 79.

20 J. Gierowski, L. Paprzycki, *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawnomaterialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013, s. 58.

21 Postanowienie SN z 22.12.1998 r., II CKN 111/98, LEX nr 1215067.

22 Wyrok SN z 26.1.1999 r., I PKN 534/97, OSNP nr 6/2000, poz. 215.

i wyrażenie woli²³. Zostały one przezeń podzielone na stałe oraz przemijające, jednakże nie ma to żadnego teoretycznego ani praktycznego znaczenia. Niefortunnie posłużono się w omawianym przepisie ekskluzją używając spójnika „albo”, niemniej prawidłowo należy interpretować go jako alternatywę zwykłą²⁴.

Choroba psychiczna, niedorozwój (upośledzenie) umysłowe ani zaburzenie czynności psychicznych²⁵, o których mowa w art. 82 k.c., nie posiadają określenia normatywnego. Wymienione są w art. 3 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego²⁶, jednak brak jest ich legalnych definicji²⁷. Zważywszy, iż bezwzględna nieważność²⁸ jest sankcją najbardziej dotkliwą, należy w sposób wnikliwy dokonać egzegezy przyczyn powodujących, iż oświadczenie woli nie wywołuje skutków prawnych w nim określonych.

Nie powinno być sporów w zakresie tego, iż - na gruncie art. 82 k.c. - bez znaczenia pozostaje powód, z jakiego dana osoba znalazła się w stanie wyłączającym swobodę lub świadomość²⁹. Tym samym jest to okoliczność irrelevantna z punktu widzenia możliwości powołania się na art. 82 k.c. Powody te mogą być „jakiegokolwiek” - zarówno zależne od składającego oświadczenie (np. wprowadzenie się w stan upojenia alkoholowego), jak i odeń niezależne (np. dziedziczna choroba psychiczna).

Uogólnienie to nie znajduje jednak zastosowania do regulacji wyłączenia odpowiedzialności za szkodę na zasadzie winy. Przepis art. 425 § 2 k.c. stanowi, iż kto uległ zakłóceniu czynności psychicznych wskutek użycia napojów odurzających albo innych podobnych środków, ten

23 J. Wierciński, *Brak świadomości albo swobody przy sporządzaniu testamentu*, Warszawa 2013, s. 92.

24 Z. Radwański, w: *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2002, s. 381.

25 Jakkolwiek art. 82 k.c. posługuje się określeniem „zaburzenie czynności psychicznych”, to wydaje się, iż termin ten należy utożsamiać z pojęciem „zakłócenia czynności psychicznych”, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych”, o którym mowa w art. 3 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

26 Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2011 r., Nr 231, poz. 1375 z późn. zm.).

27 S. Puzyński, *Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych*, *Psychiatria Polska* nr 3/2007, t. XLI, s. 306.

28 K. Pietrzykowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. I, Warszawa 2013, s. 334.

29 J. Strzebińczyk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, s. 230.

obowiązany jest do naprawienia szkody, chyba że stan zakłócenia został wywołany bez jego winy, musi zatem tego dowieść. Należy natomiast uznać jego aktualność na gruncie art. 945 § 1 pkt 1 k.c.

W związku z faktem, iż w art. 82 k.c. nie mamy do czynienia z koniunkcją lecz alternatywą zwykłą, przedstawiciele doktryny są zgodni w zakresie możliwości powołania się na ten przepis w przypadku wystąpienia dwóch stanów. Gdy osoba znajdowała się w stanie wyłączającym **świadome** powzięcie decyzji i wyrażenie woli albo gdy znajdowała się w stanie wyłączającym **swobodne** powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Wystąpienie choćby jednej z nich powoduje nieważność czynności prawnej³⁰. Za zasadny należy również uznać pogląd dopuszczający zastosowanie art. 82 k.c., gdy oba te stany wystąpiły łącznie³¹. Psychiatrzy stoją na stanowisku, iż osoba, u której stwierdzono brak świadomości, z reguły ma jednocześnie wyłączoną swobodę w podejmowaniu decyzji³². Występują jednak sytuacje³³, w których ktoś świadomie podejmuje decyzję, mając wyłączoną swobodę³⁴.

Ustawodawca do złożenia ważnego oświadczenia woli wymaga, aby zostało ono złożone w sposób swobody i świadomy. Wola może być wyrażona w sposób wyraźny bądź dorozumiany (*per facta concludentia*). Oba te sposoby wymagają nieskrępowanego uzewnętrznienia przejawu woli i powziętej decyzji. Mogą być dokonane przez wypowiedź ustną, pisemną lub w innej formie szczególnej przewidzianej przepisami prawa, ale również mową migową czy po prostu na migi³⁵. Polski ustawodawca, zgodnie z art. 60 k.c., z zastrzeżeniem

30 Wyr. SN z 27.7.2010 r., II CSK 147/10, LEX nr 621139.

31 Z. Radwański, *System...*, s. 381.

32 J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Część II. Opiniowanie w postępowaniu cywilnym*, Toruń 2007, s. 64.

33 Jako przykład osoby, u której świadomość nie jest wyłączona lecz występuje w niej brak swobody w podejmowaniu decyzji, wskazuje się osobę na tzw. „głódzie narkotykowym” (wyr. SN (7) z 22.10.1975 r., OSNC nr 5/1976., poz. 90) lub osobę będącą w stanie skrajnego wyczerpania organizmu wskutek ciężkiej choroby, która dokonuje czynności prawnych za namową osób trzecich, wbrew swojej woli; mimo posiadanej świadomości, z uwagi na stan zdrowia, nie jest w stanie przeciwstawić się wpływowi otoczenia (orz. SN z 2.9.1948 r., PN nr 11-12/1948., s. 537).

34 S. Kołakowski, *Psychiczna zdolność do złożenia oświadczenia woli, zawarcia małżeństwa oraz wyrażenia zgody na leczenie – różnice i podobieństwa*, *Postępy Psychiatrii i Neurologii*, nr 9/2000., suplement 1 (9), s. 161 i n.

35 J. Przybysz, *Psychiatria sądowa...*, s. 64.

wyjątków przewidzianych w ustawie, dopuszcza wyrażenie woli przez każde zachowanie się osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Tym samym wola może być wyrażona za pomocą nie tylko powszechnych reguł językowych, ale również indywidualnych kodów, w postaci liter lub dźwięków, przy czym ciężar udowodnienia ich funkcjonowania spoczywa na osobie, która wywodzi z tego zdania skutki prawne, albowiem nie jest to fakt powszechnie znany (art. 6 k.c. w zw. z art. 228 k.p.c.)³⁶.

Problem wyrażenia woli jest szczególnie istotny u osób z uszkodzeniem mózgu, ze zdiagnozowaną afazją³⁷. Osoby dotknięte całkowitą afazją ruchową nie mogą złożyć oświadczenia woli w formie ustnej³⁸; podobnie osoby z objawami całkowitej afazji czuciowej (afazja Wernicke’go)³⁹, które wypowiadają się w sposób bezładny, z zaburzoną składnią, przekształcając wyrazy lub nadając im niewłaściwe lub wypaczone znaczenia⁴⁰. Oba typy afazji uprawdopodobniają również zaburzenia w możliwości złożenia oświadczenia woli w formie pisemnej⁴¹. Dotknięci afazją czuciową, często będąc nieświadomi swojego upośledzenia, mają również całkowicie lub częściowo zniesioną zdolność rozumienia kierowanych do nich słów⁴². Tym samym w odniesieniu do nich należy zachować ostrożność w ocenie

36 Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, Wrocław 1992, s. 167.

37 Zaburzenie mechanizmów czynności mowy powstające w wyniku uszkodzenia mózgu, połączone niekiedy z zaburzeniami myślenia. Występuje jako jeden z objawów choroby neurologicznej – por. J. Wciórka, w: *Psychiatria. Podstawy psychiatrii*, t. I, red. J. Rybakowski, S. Puzyński, J. Wciórka, Wrocław 2010, s. 338 oraz J. Panasiuk, *Afazja a interakcja*, Lublin 2012, s. 30.

38 Afazja ruchowa (*aphasia motorica*) jest skutkiem uszkodzenia aparatu ruchowego mowy (ośrodek Brocka). Osoba dotknięta afazją ruchową rozumie kierowane do niej słowa, nie jest jednak w stanie samemu przemówić – por. *Encyklopedyczny słownik psychiatrii*, red. L. Korzeniowski, S. Puzyński, Warszawa 1986, s. 9 i n.

39 Afazja czuciowa (afazja Wernicke’go) następuje w wyniku organicznego uszkodzenia czynności ośrodka czuciowego mowy. Objawia się całkowitą lub częściową niemożnością syntezy słyszanych dźwięków w słowa. Towarzyszy jej często agrafia skutkująca niemożnością syntezy symboli słownych podczas pisania – por. *Encyklopedyczny słownik psychiatrii...*, s. 10.

40 M. Dąbska, *Układ nerwowy jako morfologiczne podłoże funkcji mowy i jej zaburzeń*, w: *Diagnoza i terapia osób z afazją*, red. A. Balejko, Białystok 2003, s. 13.

41 A. Herzyk, *Taksonomia afazji. Kryteria klasyfikacji i rodzaje zespołów zaburzeń*, w: *Audjofonologia*, 1997, t. X, s. 86 i n.

42 Zaburzenia w rozumieniu mowy występują w praktycznie każdym przypadku afazji. Są najbardziej zauważalne przy afazji czuciowej, jednak nie można ich wyłączyć również u osób, u których występuje afazja ruchowa, choć będąc zdecydowanie mniejsze – por. M. Maruszewski, *Afazja. Zagadnienia teorii i terapii*, Warszawa 1966, s. 203 i n.

nie tylko możliwości wyrażenia woli, ale świadomości oraz swobody w podejmowaniu decyzji.

W przypadku jednak częściowej afazji ruchowej lub czuciowej osobom cierpiącym na te schorzenia nie można odmawiać możliwości wyrażenia woli za pomocą innych zachowań. Bełkotliwy sposób wypowiedzi może być bowiem zrozumiały dla otoczenia, w szczególności jeśli zostanie poparty gestykulacją lub mimiką. Podobnie również wykazanie wobec osoby dotkniętej częściową afazją Wernicke'go dużej cierpliwości w zadawaniu pytań i oczekiwaniu na odpowiedzi może doprowadzić do nawiązania z nią zrozumiałego kontaktu i w efekcie do wyrażenia przez nią woli⁴³.

Pojawiają się w piśmiennictwie rozbieżności, czy do skutecznego zakwestionowania czynności prawnej konieczne jest ustalenie, iż nastąpiło wyłączenie świadomości lub swobody, czy też wystarczy stwierdzić, że dysfunkcje były znaczące; tym samym, czy dopuszczalne jest w jakikolwiek sposób ich stopniowanie. Niektórzy autorzy prezentują stanowisko, iż brak świadomości nie musi być całkowity, wystarczy aby ograniczenie było znaczne. Dokonują wartościowania stanu „braku świadomości” na znaczny, który umożliwia powołanie się na art. 82 oraz mniejszy niż znaczny, który wyłącza uznanie hipotezy art. 82 k.c. za spełnioną. Jako przykład drugiego stanu przytaczają stan po spożyciu alkoholu, które jednak nie powoduje głębokiego upojenia. Powołują się przy tym na podobieństwa do karnoprawnych instytucji poczytalności wyłączonej i znacznie ograniczonej⁴⁴.

Nie można jednak podzielić takiej argumentacji. Nie znajduje ona podstaw w treści samego przepisu. Stanowi on wprost, iż stan świadomości albo swobody w odniesieniu do złożonego oświadczenia woli musi być wyłączony⁴⁵. Przepis nie pozwala nam na swobodę w zakresie ustalania, czy wyłączenie ma być częściowe, znaczne, czy nieznaczne.

43 S. Kołakowski, *Opiniowanie w sprawach dotyczących ważności testamentu*, w: *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie*, red. J. Gierowski, A. Szymusik, Kraków 1996, s. 237 i n.

44 A. Jedliński, w: *Kodeks cywilny. Komentarz Lex*, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, s. 548; P. Nazaruk, *Kodeks cywilny, Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014, s. 189.

45 Wyrok SN z 8.1.2010 r., II CSK 117/10, LEX nr 602677.

Taką wykładnię należałoby uznać za dowolną. Niemniej wystąpienia braku świadomości albo swobody nie należy utożsamiać z ustaniem wszystkich czynności intelektualnych.

Dokonując rozróżnienia między stanem braku świadomości oraz swobody należy zwrócić uwagę na to, że pierwotna przyczyna je wywołująca musi być ześrodkowana w danej osobie. Okoliczności zewnętrzne, jakkolwiek mogą pośrednio wpływać na aktywizację przyczyny wewnętrznej, jak w przypadku podania przez osoby trzecie alkoholu lub narkotyków w celu wprowadzenia oświadczającego w stan upojenia czy transu, *per se* nie stanowią podstawy do stwierdzenia, że osoba działała bez świadomości czy swobody. Podobnie również samo usilne wpływanie na złożenie oświadczenia woli określonej treści nie daje powodów do negowania ważności czynności prawnej, jednakże gdy osoba składająca oświadczenie z przyczyn chorobowych, o czym będzie mowa w dalszej części, jest podatna na tego rodzaju sugestie, ważność oświadczenia może być zakwestionowana.

W pełni **świadome** podjęcie decyzji to działanie lub zaniechanie dokonane przez osobę posiadającą wydolne funkcje poznawcze, pozwalające zrozumieć znaczenie przedsięwziętej aktywności lub bierności zgodnie z własnymi zamierzeniami. Decyzja jest z kolei podjęta całkowicie **swobodnie** wówczas, gdy dana osoba jest wolna od jakichkolwiek wpływów zarówno ze środowiska zewnętrznego (presji ze strony otoczenia), jak i wynikających z chorób psychicznych lub innego rodzaju zaburzeń, nad którymi nie potrafi zapanować. To działanie zgodne z własną, niezakłóconą wolą, dokonane z optymalnym dla siebie, według własnego przeświadczenia, wyborem⁴⁶.

Jakkolwiek zwraca się uwagę, iż rozróżnienie między brakiem świadomości a swobody jest dość płynne i często czynniki te występują razem, to jednak brak świadomości należy łączyć z niemożnością zrozumienia znaczenia zachowań własnych i cudzych, jak również niezdawaniem sobie sprawy z ich konsekwencji czy następstw. Brak natomiast swobody trzeba pojmować w kategoriach zakłócenia czynności

46 J. Przybysz, *Psychiatria sądowa...*, s. 66 i 77.

procesów decyzyjnych i wyrażenia woli wynikających z właściwości psychiki lub przebiegu procesu decyzyjnego⁴⁷.

Stan wyłączający świadome powzięcie decyzji i wyrażenie woli nie może być rozumiany dosłownie. Jak już wspomniano, nie musi oznaczać całkowitego zniesienia świadomości. Aby zatem mówić o nieważności czynności prawnej, nie trzeba wymagać zdiagnozowania u składającego oświadczenie zupełnego zaniku świadomości lub ustania czynności mózgu⁴⁸. Konsekwencją przyjęcia takiego błędnego założenia mogłaby być konstatacja, iż wada oświadczenia woli, w zakresie zniesienia świadomości, prawie nigdy nie zachodzi. Braku świadomości nie należy koniecznie łączyć ze stanem faktycznym, w którym świadomość danej osoby, w trakcie składania oświadczenia, zostaje całkowicie wyłączona, tzn. kiedy traci ona możliwość całkowitej, świadomej komunikacji ze światem zewnętrznym, np. w wyniku utraty przytomności czy omdlenia⁴⁹. Osoba taka nie jest fizycznie zdolna do podjęcia jakiegokolwiek czynności, w tym również wykreowania choćby mechanicznie pojmowanego substratu czynności prawnej.

Do powołania się na zniesienie świadomości wystarczy zaistnienie takiego stanu, który oznacza brak rozeznania, niemożność rozumienia posunięć własnych i innych osób oraz niezdawanie sobie sprawy ze znaczenia i skutków własnego postępowania, przy czym stan powinien wystąpić na podłożu chorobowym, często wynikającym z ograniczeń umysłowych. Brak zrozumienia konsekwencji np. podpisania weksła, wynikający z lekkomyślności lub niewiedzy, nie znosi skuteczności tej czynności prawnej. Jak już wspomniano, przyjmuje się jednocześnie, iż wyłączenie swobody musi być całkowite, nie jest dopuszczalna w tym zakresie jakakolwiek gradacja czy stopniowanie⁵⁰.

Stan braku świadomości lub swobody nie musi być również stanem permanentnym. Bezwzględnie jednak powinien wystąpić w chwili składania oświadczenia woli. Tym samym należy go odnosić i łączyć

47 Wyrok SN z 7.2.2006 r., sygn. IV CSK 7/05, LEX nr 180191.

48 Orz. SN z 2.09.1948 r., PoC 188/48, PN nr 11-12/1948, s. 537.

49 J. Strzebińczyk, w: *Kodeks cywilny...*, s. 228.

50 M. Zachariasz, *Glosa do wyroku SN z 7.2.2006 r., sygn. IV CSK 7/05*, Rejent nr 12 2008 r.(212), s. 148.

z konkretnym oświadczeniem woli wyrażanym przez daną osobę⁵¹. To w odniesieniu do ocenianej czynności prawnej, na tle danego stanu faktycznego, powinniśmy badać spełnienie przesłanek z art. 82 k.c.

Orzecznictwo i literatura pozwalają na określenie części stanów, które mogą stanowić o braku świadomości lub swobody w powzięciu decyzji i wyrażeniu woli. Dalsze rozważania oparte są na założeniu, iż osoba składająca oświadczenie woli dotknięte sankcją z art. 82 k.c. podejmuje decyzję i wyraża swoją wolę na zewnątrz będąc w stanie: a/ w którym nie uświadamia sobie znaczenia podejmowanych przez siebie czynności lub b/ wyłączającym swobodę działania⁵². Stwierdzenie któregośkolwiek ze stanów przedstawionych niżej, w tym choroby psychicznej, nie przesądza w sposób automatyczny o braku świadomości lub swobody w podejmowaniu decyzji⁵³. Niewątpliwie jednak taką okoliczność w znaczny sposób uprawdopodobnia i powinno skłonić do zlecenia dokładnego zbadania stanu faktycznego przez biegłych.

Istotne jest właściwe umiejscowienie przyczyny, z powodu której dana osoba znalazła się w stanie powodującym brak świadomości lub swobody. Powody muszą mieć charakter wewnętrzny, nie zaś dotyczyć wyłącznie okoliczności zewnętrznych⁵⁴. Powinny one być ześrodkowane w sferze wewnętrznej podmiotu, nie zaś w sytuacji zewnętrznej, w której dana osoba została postawiona przez podmioty trzecie. To bowiem stan wewnętrzny, a nie same okoliczności zewnętrzne, powinny wyłączać możliwość wolnego i świadomego wyboru zachowania⁵⁵.

Lekkomyślność w procesie składania oświadczeń woli nie może stanowić podstawy do powołania się na wadę oświadczenia woli w rozumieniu art. 82 k.c. Jest ona bowiem stanem mieszczącym się w sferze możliwości postępowania podmiotów prawa prywatnego⁵⁶. Podobnie również **zdenerwowanie** nie może stanowić o braku świadomości

51 B. Lewaszkiewicz–Petrykowska, *Wady oświadczenia woli...*, s. 42.

52 Wyrok SN z 8.7.2010 r., II CSK 117/10, LEX nr 602677.

53 Postan. SN z 30.4.1976 r., III CRN 25/76, OSP nr 4/1977, poz.78, LEX nr 5023.

54 Wyrok SN z 17.11.2004 r., IV CK 229/04, LEX nr 277851.

55 Wyrok Sądu Ap. w Poznaniu z 15.1.1992 r., IACr 516/91, OSA nr9/1993, poz.62.

56 Wyrok SN z 26.5.1999 r., III CKN 869/98, LEX nr 1213019.

lub swobody⁵⁷. Jest ono objawem często występującym przy składaniu oświadczeń woli niekorzystnych dla danej osoby, dotyczących jej przyszłości, w tym związanych ze stosunkiem pracy, jak rozwiązanie umowy o pracę czy jej wypowiedzenie⁵⁸.

Artykuł 82 k.c. nie znajdzie zastosowania w przypadku złożenia **niekorzystnego ekonomicznie** oświadczenia woli z powodu trudnej sytuacji majątkowej⁵⁹.

Także wystąpienie **zespołu otępiennego** nie zawsze uzasadnia uznanie, że oświadczenie woli jest nieważne z powodu zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 82 k.c.⁶⁰ Nie można tego jednak wyłączyć, gdyż czasami zespół otępienny - nie powodując całkowitego zniesienia percepcji czy zupełnego zaniku funkcji poznawczych (pamięci, orientacji w czasie i przestrzeni, myślenia abstrakcyjnego, umiejętności liczenia, poznawania innych ludzi czy czytania pojedynczych zdań) - może uzasadniać twierdzenie o braku wystarczających zdolności intelektualnych pozwalających na złożenie świadomego oświadczenia woli⁶¹.

Zmiany patologiczne, przy założeniu trzeźwości w chwili składania oświadczenia woli, zachodzące w centralnym ośrodku nerwowym, spowodowane **długotrwałą chorobą alkoholową**, mogą dość często prowadzić do ograniczenia, lecz niekoniecznie do zniesienia swobody w podejmowaniu decyzji i składaniu oświadczeń woli⁶². Z kolei osoba, u której zdiagnozowano zespół chorobowy w postaci **depresji**, nie może w sposób bezrefleksyjny powołać się na nieważność czynności prawnej podnosząc iż jest to stan powodujący zniesienie świadomości lub swobody⁶³.

57 Wyrok SN z 5.12.2002 r., I PKN 582/01, Pr.Pracy nr 5/2003, s. 33.

58 P. Wąż, *Wady oświadczenia woli na tle stosunku pracy*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne, nr 8/2008, s. 19.

59 Wyr. SN z 1.7.1974 r., III CRN 119/74, OSP nr 2/1976, poz.30 oraz glosa A. Cisek, J. Kremis, Palestra nr 8-9/1980, s. 131 i n.

60 Postan. SN z 14.3.2000 r., II CKN 489/00, LEX nr 1633157.

61 Wyrok Sądu Ap. w Krakowie z 9.10.2014 r., I ACa 924/14, LEX nr 1563518.

62 Wyrok Sądu Ap. w Warszawie z 20.8.2014 r., VI ACa 1180/13, LEX nr 1511762.

63 Wyrok Sądu Ap. w Gdańsku z 9.3.2011 r., I ACa 1506/10, POSAG nr 2/2011, s.17-23.

Również pozostawanie **na zwolnieniu lekarskim** w dniu złożenia oświadczenia woli nie może automatycznie powodować jego nieważności, choćby nawet pojawiały się u danej osoby zawroty głowy czy duszności⁶⁴. Jakkolwiek powyższy pogląd wyrażono na tle stanu faktycznego, w którym oświadczającemu przy zawieraniu ugody towarzyszył adwokat, to jednak należy uznać jego trafność również przy założeniu braku obecności pełnomocnika podczas składania czynności.

Oczywiście nie każda choroba uzasadnia zastosowanie art. 82 k.c. Przy założeniu braku zaburzeń psychicznych prawdziwe jest stwierdzenie, iż sugestie osób trzecich nie stanowią o wyłączeniu swobody w podejmowaniu decyzji i wyrażeniu woli⁶⁵. Niemniej chorobliwy negatywizm⁶⁶ lub wzmożona podatność na sugestie, występujące jako zjawiska psychopatologiczne, niekiedy prowadzą do wyłączenia swobody⁶⁷. W szczególności może o tym świadczyć stan faktyczny, w którym ktoś w krótkich odstępach czasu sporządza kilka testamentów, zmieniając w nich spadkobierców, przy czym zmiany te nie są podyktowane żadnymi racjonalnymi motywami ani zmianą sytuacji życiowej testatora⁶⁸. Takie zachowanie może świadczyć o wzmożonej podatności na sugestie i wpływy osób trzecich, a tym samym o zniesieniu swobody. Tym samym uzasadnia podejrzenie, iż wynika ono z patologicznego, czyli chorobowego braku swobody w jej podejmowaniu.

Przyjmowanie **leków przeciwbólowych**, choć czasem euforycznie wpływa na chorego, również nie powinno *ex definitione* wyłączać świadomości lub swobody. Niemniej konieczne jest dokładne zbadanie zarówno składu leku, długości jego stosowania, jak również przyjmowanej dawki. Podobnie również ból, choć oddziałuje na sferę psychiczną człowieka, co do zasady nie znosi świadomości, chyba że

64 Postan. SN z 4.4.1985 r., II CZ 41/85, LEX nr 8704.

65 Postan. SN z 21.4.2004 r., III CK 523/02, LEX nr 585812.

66 Bezzasadny opór chorej osoby, w tym przeciwstawianie się sugestiom i poleceniom otoczenia, często obserwowany w zespołach katatonicznych, tj. chorobliwych zaburzeniach aktywności ruchowej. Występuje również w postaci negatywizmu nakazowego, tj. osoba chora wykonuje odwrotne czynności aniżeli te, o które jest proszona – por. J. Wciórka, w: *Psychiatria...*, s. 347.

67 H. Górski, A. Florkowski, S. Szubert, *Niektóre psychopatologiczne kryteria kodeksowego unormowania braku swobody woli*, Postępy Psychiatrii i Neurologii, nr 9/2000, suplement 1 (9), s. 191.

68 D. Hajdukiewicz, *Opiniowanie sędowo-psychiatryczne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2008, s. 171.

w jego wyniku nastąpi omdlenie⁶⁹. W takiej jednak sytuacji nie dojdzie do złożenia oświadczenia woli. Z drugiej strony możliwe są przypadki, gdy doznania bólu zniosą swobodę, tzn. osoba jest świadoma tego, co robi, ale silny ból wyłącza prawidłowy przebieg procesu decyzyjnego.

Niemniej należy zachować ostrożność w rozgraniczaniu czynników wewnętrznych i zewnętrznych w odniesieniu do swobody składania oświadczeń, gdy jest ono dokonywane przez osoby nieposiadające w tym zakresie wiedzy fachowej⁷⁰. W szczególności osoby w podeszłym wieku, uzależnione od opieki najbliższych, chwiejne emocjonalnie i apatyczne, w ciężkim chorobowym stanie somatycznym, mogą być niezwykle podatne na sugestie rodziny, zwłaszcza przy sporządzaniu testamentów. Aby mówić o nieważności dokonywanych czynności prawnych, należy ustalić związek przyczynowy między ich uległością a chorobą psychiczną czy innym zaburzeniem czynności psychicznych. Geneza przyczyny musi bowiem tkwić w danej osobie i mieć podłoże patologiczne, nie zaś wynikać wyłącznie z zewnętrznych sugestii, wpływających na ostateczny kształt testamentu. Przyjęcie przeciwnego poglądu implikowałoby absurdalne stwierdzenie, iż każde oświadczenie, w tym dokonane przez osobę zdrową psychicznie i fizycznie, złożone pod wpływem sugestii osób trzecich, dotknięte jest sankcją nieważności⁷¹. **Niedojrzała osobowość** czy wręcz patologiczne **uzależnienie od drugiej osoby** nie przesądza o wystąpieniu choroby umysłowej umożliwiającej skutecznie powołać się na omawianą wadę oświadczenia woli⁷².

Wystąpienie **trwałej nieuleczalnej choroby psychicznej**⁷³ bardzo uprawdopodobnia zniesienie świadomości lub swobody. Niektórzy psychiatrzy stoją wręcz na stanowisku, iż bezwzględnie świadczy

69 W. Poławska, *Ekspertyza sądowo – psychiatryczna w postępowaniu spadkowym testamentowym*, Warszawa 1974, s. 61.

70 B. Lewaszkiwicz – Petrykowska, w: *Kodeks cywilny, Część ogólna, Komentarz*, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, Warszawa 2014, s. 961.

71 Postan. SN z 21.4.2004 r., III CSK 532/02, LEX nr 585812; postan. Sądu Okr. w Świdnicy z 4.2.2014 r., II Ca 899/13, niepubl.

72 Wyrok Sądu Ap. we Wrocławiu z 12.4.2012 r., I ACa 273/12, LEX nr 1164915.

73 Przez chorobę psychiczną należy rozumieć zaburzenia psychiczne różnego pochodzenia, powodujące utratę zdolności do realnej oceny rzeczywistości. To stany chorobowe, w których występują urojenia, omamy, zaburzenia świadomości łączące się z zaburzeniami procesów myślenia. Charakteryzują się zaburzeniami w poczuciu realności oraz zdolności do krytycznej oceny siebie i innych – por. L. Paprzycki, J.

o braku zdolności do czynności prawnych⁷⁴. Wydaje się jednak, że tak radykalne oceny nie zawsze są uprawnione i błędne byłoby kategoryczne przyjmowanie u osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo niepoczytalności w chwili dokonywania analizowanej czynności prawnej⁷⁵. Mogły one bowiem działać w tzw. przebiegu świadomości tzw. „*lucidum intervallum*”, a wówczas dokonana przez nie czynność prawna jest ważna. W przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej nie dojdzie do wyłączenia ich winy⁷⁶.

Przykładowy stan mogący świadczyć o braku swobody w powzięciu decyzji to silne wzburzenie emocjonalne, w którym dochodzi do zawężenia odbioru bodźców, głębokiego smutku, wyłączenia zdolności logicznego myślenia i wzmożonej podatności na propozycje innych osób, w wyniku czego składający oświadczenie nie jest w stanie zanalizować, jakie skutki niesie złożenie podpisu na akcie notarialnym⁷⁷.

Również stan zaawansowanej **choroby nowotworowej**⁷⁸, uwięd starczy oraz miażdżyca mózgu (choroby związane z organicznym uszkodzeniem ośrodkowego układu nerwowego) połączona z objawami demencji i napadami szału⁷⁹ mogą prowadzić do braku świadomości lub swobody w podejmowaniu decyzji i wyrażeniu woli i taką okoliczność uprawdopodobniają.

Przyjmuje się, że nawet spożycie nieznaczej ilości **alkoholu**, powodujące jednak stan nietrzeźwości, może stanowić o zaburzeniach czynności psychicznych i uprawdopodobniać wadę oświadczenia woli z art. 82 k.c. Nie można przy tym wyłączyć, iż badana osoba jest szczególnie podatna na działanie nawet niewielkiej ilości alkoholu⁸⁰. Tym samym oparcie w tym zakresie opinii wyłącznie na kryterium ilościowe

Gierowski, *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, w: *System Prawa Karnego, t. 4, Nauka o przestępstwie*, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 522.

74 W. Półtawska, *Ekspertyza sądowo – psychiatryczna...*, s. 64.

75 W. Dubis w: *Kodeks cywilny. Komentarz* pod red E. Gniewka, Warszawa 2008, s. 753.

76 J. Strzebińczyk, w: *Kodeks cywilny...*, s. 230.

77 Wyrok SN z 27.7.2010 r., II CSK 147/10, LEX nr 621139.

78 Wyrok Sądu Ap. w Łodzi z 12.4.2013 r., I ACa 1379/12, LEX nr 1314771, wyrok Sądu Ap. w Krakowie z 11.3.2014 r., I ACa 35/14, Lex nr 1602933.

79 Uchwała SN z 7.8.1970 r., III CZP 49/70, OSNC nr 3/1971, poz. 42.

80 W. Półtawska, *Ekspertyza sądowo – psychiatryczna...*, s. 61.

spożytego alkoholu - bez zebrania materiału do opinii na temat, jak dana osoba reaguje nawet na jego niewielkie ilości - nie może stanowić o poprawności badania. Co więcej, utrzymujący się przez dłuższy czas stan nietrzeźwości, polegający na przyjmowaniu w sposób konsekwentny niewielkich dawek alkoholu, może być w praktyce nawet niedostrzegalny dla osób trzecich⁸¹, w tym również dla notariuszy, przed którymi dane osoby dokonują czynności prawnych w formie aktów notarialnych⁸².

Niewątpliwie **upicie się patologiczne** wyłącza stan świadomego powzięcia decyzji i wyrażenia woli, co dotyczy również stanów upicia atypowego czyli powikłanego⁸³. Przebycie w przeszłości halucynozy alkoholowej (*hallucinosi potatorum*) oraz majaczenia alkoholowego (*delirium tremens*) pozostaje w zasadzie obojętne dla ważności czynności prawnych dokonanych po ich ustaniu. Za nieważne jednak mogą być uznane czynności przedsięwzięte w okresie ich trwania, przy założeniu zaawansowania i przewlekłości patologii.

Podobnie zachorowanie na **padaczkę**⁸⁴ nie przesądza o braku świadomości lub swobody, jednakże czynność dokonana w stanie zaburzenia świadomości wywołanej atakiem padaczkowym powinna zostać uznana za nieważną⁸⁵. Może mieć to miejsce przy tzw. małych, nieuogólnionych napadach padaczkowych (*petit mal*, *paroxysmus minor*)

81 Wyr. SA w Gdańsku z 15.5.2013 r., I ACa 178/13, LEX nr 1344019.

82 Notariusz zgodnie z ustawą z 14.2.1991 r. Prawo o notariacie jest obowiązany ustalić, czy strona czynności notarialnej ma świadomość jej znaczenia. Zgodnie z art. 86 tej ustawy, nie wolno notariuszowi dokonywać czynności notarialnej, jeżeli poweźmie wątpliwość, czy strona czynności notarialnej ma zdolność do czynności prawnych. Należy jednak zauważyć, iż nie można od notariuszy wymagać posiadania specjalistycznej wiedzy z zakresu psychiatrii i psychologii pozwalającej wyłączyć taki stan ponad wszelką wątpliwość – wyr. SA w Łodzi z 11.7.2013 r., I ACa 198/13, Lex nr 1362770.

83 Wśród cech upicia patologicznego wymienia się: niezależność od ilości spożytego alkoholu (z przegawą upić małymi dawkami), zaburzenia orientacji w miejscu i czasie, zaburzenia emocjonalne (lęk, niepokój), zachowania gwałtowne, często agresywne i destrukcyjne, pobudzenie psychomotoryczne, niepamięć wsteczną całkowitą lub częściową czy nagłą sennosć bezpośrednio po wykonanych - w stanie upicia - czynnościach. Do objawów mogących przemawiać za upiciem atypowym zalicza się: brak cech organicznego wystąpienia uszkodzenia ośrodkowego układu nerwowego, zachowanie gwałtowne, w tym agresywne, obce osobowości danego człowieka i jego dotychczasowym zachowaniom – por. J. Kocur, W. Trendak, *Podwójna diagnoza a opiniowanie sędowo – psychiatryczne*, *Psychiatria Polska* nr 5/2009, t. XLIII, s. 605 i n.

84 Inaczej epilepsja, choroba św. Walentego. Grupa chorób o różnej etiologii, charakteryzuje się zespołem objawów, którego istotą jest nagle pojawienie się i ustępowanie. Podczas napadu padaczkowego mogą występować drgawki, zaburzenia świadomości o różnym natężeniu (ze śpiączką włącznie), zaburzenia psychiczne oraz zmiany nastroju – por. *Encyklopedyczny słownik psychiatrii...*, s. 364 i n.

85 D. Hajdukiewicz, *Opiniowanie...*, s. 171 – 172.

w których, w związku z aktywacją ogniska zlokalizowanego w płacie skroniowym, dochodzi do zawieszenia czynności psychicznych. Uogólniony napad padaczkowy typu grand mal (*paroxysmus maior*), bezwzględnie wyłącza świadomość; najistotniejszym jego objawem jest nagła utrata przytomności, bezpośrednio po której osoba chora, doznaje tonicznie – klonicznego skurczu mięśni, upada, często wydając z siebie krzyk (*cri épileptique*)⁸⁶.

Szereg chorób psychicznych może uzasadniać opinię, iż u danej osoby zachodzi stan wyłączający możliwość złożenia ważnego oświadczenia woli z powodu zniesienia świadomości lub swobody. Wśród nich należy wymienić psychozy z kręgu **schizofrenii** z objawami wytwórczymi, które - wywołując zaburzenia procesu myślowego i postrzegania otoczenia oraz samego siebie - eliminują chorego z udziału w rzeczywistym życiu. Także przewlekła **psychoza** w postaci paranoi alkoholowej występującej często pod postacią urojeń niewierności małżeńskiej czy partnerskiej, w przypadku pominięcia małżonka lub partnera w testamencie dają podstawy do przeprowadzenia stosownych badań na okoliczność wyłączenia świadomości lub swobody przy jego sporządzaniu⁸⁷. Tak samo upośledzenie umysłowe⁸⁸, wzmożone zaburzenia napędu psychoruchowego oraz objawy⁸⁹ rozpadu (rozszczipienia) struktur osobowości przy schizofrenii w odniesieniu do konkretnych czynności mogą uzasadniać nieważność oświadczenia woli⁹⁰.

86 A. Bilikiewicz, w: *Psychiatria kliniczna*, red. A. Bilikiewicz, Warszawa 1979, s. 562 – 572,

87 D. Hajdukiewicz, *Opiniowanie...*, s. 172.

88 Upośledzenie umysłowe, zwane zamiennie niepełnosprawnością intelektualną, polega na obniżeniu poziomu procesów i funkcji poznawczych znajdującym negatywne odbicie w poziomie inteligencji i zdolnościach adaptacyjnych. Należy, w znaczeniu klinicznym, do nieodwracalnych zaburzeń psychicznych powstałych w wyniku uszkodzenia lub dysfunkcji mózgu – por. L. Cierpialkowska, *Psychopatologia*, Poznań 2012, s. 174.

89 Objawy rozszczipienia struktur osobowości przy psychozach schizofrenicznych wyrażają się m.in. w: zatartciu granic między osobowością chorego a otaczającym światem czy utratą poczucia odrębności własnej osobowości, w tym w przekonaniu o obecności innej osoby we własnym ciele; przekonaniu, że poszczególne narządy ciała zostały zamienione; przeświadczeniu, iż myślenie chorego kierowane jest przez zewnętrzne siły – por. Encyklopedyczny słownik psychiatrii..., s. 357. Szerzej na temat objawów i trudności związanej z ich jednoznacznym ustaleniem, por. T. Bilikiewicz, *Psychiatria kliniczna, części V-VI*, Warszawa 1989, s. 202 i n.

90 J. Przybysz, *Psychiatria sądowa, część II, w: Opiniowanie w postępowaniu cywilnym*, Toruń 2007, s. 66 i n.

Do innych, przemijających zaburzeń czynności psychicznych⁹¹, uprawdopodobniających nieważność oświadczenia woli, psychiatria zalicza także osoby w ciężkim stanie somatycznym, ze stwierdzonymi: **niewydolnością krążenia, mocnicą, wyczerpaniem i wyniszczeniem organizmu, pozostawaniem pod wpływem bardzo wysokiej gorączki, po urazach głowy, zatruciach, czy bezpośrednio po operacji wykonywanej w znieczuleniu ogólnym**⁹².

Także jakościowe zaburzenia świadomości, przy jednoczesnej fizycznej zdolności do działania często połączonej z podnieceniem, powodujące spaczone, nieprawidłowe postrzeganie otoczenia, mogą stanowić o braku świadomości. Ich przykładem jest zamroczenie, które może trwać od kilku do kilkunastu godzin. Po jego ustąpieniu osoba nie pamięta, jakich czynności dokonywała. Szczególnym przykładem jest zamroczenie jasne (*obnubilatio lucida*, stan pomroczny), w którym chory dokonuje czynności pozornie celowych i rozsądnych, często tym samym nieodbiegających od norm i standardów. Osoba chora doznaje naprzemiennych rozdwojeń osobowości, w których urzeczywistniane są np. popędy wędrownicze czy działania impulsywne. Może podjąć nową pracę w innym miejscu niż uprzednio i w ramach nowej osobowości utrzymywać się przez wiele tygodni i miesięcy bez zwrócenia na siebie uwagi otoczenia⁹³. Po kilku dniach od ustania stanu chorobowego nie pamięta swoich czynów ani tym samym ich powodów czy skutków⁹⁴. Bez wątplenia, po zdiagnozowaniu stanu pomrocz-

91 Pojęcie zaburzeń czynności psychicznych jest bardzo szerokie i zdaniem S. Dąbrowskiego w przybliżeniu pokrywa się z zaburzeniami psychicznymi zawartymi w drugiej części V rozdziału Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób, Urazów i Przyczyn Zgonów (IX Rewizja), w której ujęte są m.in. zaburzenia nerwicowe (stany lękowe, histerie, fobie), zaburzenia osobowości (osobowość paranoiczna, schizoidalna, histeryczna), zaburzenia seksualne czy zaburzenia depresyjne – por. S. Dąbrowski w: S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 63. Obecnie obowiązuje w Polsce X Rewizja Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 (*International Statistical Classification of Disease and Related Health Problems*) opracowanej przez Światową Organizację Zdrowia. W rozdziale V ICD – 10, zatytułowanym „Zaburzenia psychiczne i zaburzenia zachowania”, ujęto również trwałe choroby psychiczne oraz upośledzenie umysłowe – por. *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, P. Galecki, K. Bobińska, K. Eichstaedt, Warszawa 2012, s. 46 i n.

92 S. Kołakowski, *Opiniowanie w sprawach dotyczących ważności oświadczenia woli*, w: *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie*, red. J. Gierowski, A. Szymusik, Kraków 1996, s. 222 i n.

93 T. Bilikiewicz, w: *Psychiatria kliniczna*, red. A. Bilikiewicz, Warszawa 1979, s. 212, 587 i n.

94 L. Uszkiewicz, *Zarys psychiatrii sądowej*, Warszawa 1972, s. 38.

ności, nie można nadać przymiotu ważności czynnościom prawnym dokonywanym w okresie jego trwania. Z zasady stanowi on element napadu padaczkowego, przy padaczkę psychomotorycznej⁹⁵, niemniej może także wystąpić w stanach zapalnych, toksycznych lub urazowych obejmujących mózg⁹⁶.

Zaburzenia stanu świadomości i swobody mogą mieć zróżnicowany charakter i intensywność. W odniesieniu do prostych czynności prawnych tylko schorzenia o bardzo dużym kalibrze spowodują ich nieważność. Jeśli natomiast ktoś składa oświadczenie lub oświadczenia woli o dużym stopniu skomplikowania, wystarczy wystąpienie znacznie mniej nasilonych zaburzeń⁹⁷. W szczególności należy to odnosić do złożonych czynności prawnych związanych z obrotem nieruchomości. Nie wystarczy zwłaszcza sama zdolność do oceny bezpośredniego skutku gospodarczego danej czynności w postaci przysporzenia majątkowego. Wymaga się również posiadania zdolności do oceny jej wpływu np. na sytuację majątkową osób bliskich, przy czym chodzi o samą zdolność do oceny, świadomego i swobodnego podjęcia decyzji, a nie stwierdzenie, czy takiej oceny dokonano⁹⁸. Osoba cierpiąca na zaburzenie psychiczne może złożyć jednocześnie dwa oświadczenia woli, z których jedno będzie ważne, a drugie, bardziej złożone, jako przekraczające jej możliwości psychiczne, tym samym podejmowane w stanie wyłączającym świadomość lub swobodę, nieważne⁹⁹.

Gdy chodzi o kwestie procesowe istotne na gruncie rozważań dotyczących wystąpienia braku świadomości lub swobody zauważyć należy, iż dopuszczalne jest ustalenie nieważności umowy z omawianego powodu także po śmierci osoby składającej oświadczenie. Z powodztwem może wystąpić spadkobierca. Sąd Najwyższy¹⁰⁰ uznał jego dopuszczalność w przypadku, gdy dokumentacja lekarska jest

95 *Encyklopedyczny słownik psychiatrii...*, 367.

96 J. Wciórka, w: *Psychiatria...*, s. 382.

97 D. Hajdukiewicz, *Opiniowanie...*, s. 101.

98 R. Trzaskowski, *Nieważność czynności prawnej dokonanej w formie aktu notarialnego*, Prawo w Działaniu, Warszawa 2012, s. 19.

99 J. Przybysz, *Psychiatria sądowa...*, s. 65.

100 Wyrok SN z 27.4.1979 r., III CRN 56/79, OSNC nr 12 /1979, poz. 244.

wystarczająco kompletna do wydania orzeczenia. Zaakcentował zarazem istotność konkretyzacji przesłanek świadczących o wystąpieniu okoliczności z art. 82 k.c. na gruncie danego stanu faktycznego. Rozważania natury ogólnej mogłyby bowiem prowadzić do wniosku, iż wszystkie starsze osoby nie są zdolne do składania ważnych oświadczeń woli, zarówno na gruncie art. 82 k.c., jak i 945 § 1 pkt 1 k.c., co nie jest prawdą, nawet w przypadku osób w ciężkim stanie ogólnym¹⁰¹.

Należy zarazem wykazać dużą ostrożność w oddalaniu powództw o ustalenie nieważności głównie na podstawie przeciwnych do tezy zeznań świadków. Często bowiem zdarza się, iż osoby postronne nie są w stanie dostrzec występowania stanów wyłączających świadomość lub swobodę¹⁰². Ewidentne objawy otępienia starczego oraz innego rodzaju zaburzenia intelektualne o charakterze otępiennym mogące znosić swobodę lub świadomość, często są przez laików postrzegane jako naturalna konsekwencja starości, nie zaś jako objawy choroby¹⁰³.

Wiadomości specjalne w tym zakresie posiadają lekarze psychiatrzy i psycholodzy, a z uwagi na często bardzo płynną granicę między brakiem świadomości lub swobody¹⁰⁴ postulować należy, aby opinie w tym zakresie były sporządzane łącznie przez specjalistów z obu dziedzin. Zdiagnozowanie choroby psychicznej bez wątplenia mieści się w kompetencji lekarza psychiatrii, jednak do wydania opinii o przemijającym zaburzeniu czynności psychicznych kompetentny będzie biegły psycholog¹⁰⁵. Wzajemne uzupełnienie wiedzy specjalistycznej z obu dziedzin powinno pozwolić na określenie w sposób niebudzący wątpliwości, czy zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art.

101 S. Kołakowski, *Opiniowanie w sprawach dotyczących ważności oświadczenia woli, Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie*, red. J. Gierowski, A. Szymusik, Kraków 1996 r., s. 237.

102 Wyrok SN z 27.4.1979 r., III CRN 56/79, OSNC nr 12 1979 r., poz. 244.

103 Z. Falicki, L. Wandzel, *Psychiatria sądowa dla studentów prawa*, Białystok 1990, s. 264. Tamże cyt. prof. Tadeusza Bilikiewicza „*Chociaż sprawność umysłowa jest coraz bardziej upośledzona, to jednak z chorym można prowadzić rozsądne rozmowy na proste tematy. Z dawnym rzemieślnikiem można mówić o szczegółach zawodowych i stwierdzić, iż się on zna na rzeczy. Z wykształconym chorym można prowadzić doręczne rozmowy na tematy, które w czasach jego młodości były aktualne. Chory w takiej rozmowie nie zdradza większych zaburzeń uwagi, może wypowiadać wyświechtane dowcipy i wykazać pewną ciętość. Nie jest natomiast zdolny pojąć treści nowych zagadnień i tutaj otępienie jego ujawnia się w całej pełni*”.

104 Postan. SN z 20.1.2013 r., II PK 230/13, LEX nr 1647010.

105 J. Stanik, *Możliwości i ograniczenia...*, s. 63.

82 k.c. Brak przeprowadzenia w procesie dowodu z opinii biegłych na powyższą okoliczność można uznać za poważne uchybienie uzasadniające uchylenie orzeczenia¹⁰⁶. Do sądu należy również prawidłowe sformułowanie pytania do biegłych. Rozstrzygnięcie sprawy na podstawie opinii odpowiadającej na pytanie sformułowane błędnie, tj. „czy powód działał świadomie i swobodnie, czy był w stanie kierować swoim postępowaniem?”, należy uznać za wadliwe¹⁰⁷. Właściwie skonstruowane pytanie powinno odnosić się wprost do ustawowych przesłanek nieważności oświadczenia woli i brzmieć: „czy osoba składając oświadczenie woli znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo¹⁰⁸ swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli?”.

Część stanów wyłączających świadomość lub swobodę może pozostać niezauważona dla świadków, nieposiadających wiedzy specjalistycznej. Stąd też należy dążyć do zebrania pełnej dokumentacji medycznej, szczególnie w postępowaniach o stwierdzenie nabycia spadku, gdzie nie ma możliwości przeprowadzenia badania spadkodawcy.

Celem niniejszego opracowania było przedstawienie stanów chorobowych mogących uprawdopodobnić wyłączenie, w cywilistycznym znaczeniu, świadomości lub swobody. Przy założeniu, iż wyrażenie zgody¹⁰⁹ na zabieg leczniczy jest czynnością prawną lub należy do niego stosować przepisy dotyczące wad oświadczeń woli, rozważania powyższe należy również odnieść do oświadczeń składanych przez pacjentów na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Wysłuchanie wyłącznie świadków na okoliczność stanu psychicznego osoby składającej oświadczenie woli czy bezpośrednio przesłuchanie jej przed sądem mogą się okazać niewystarczające.

106 Orz. SN z 19.5.1959 r., I CR 485/58, LEX nr 1633005.

107 Wyrok SN z 24.5.2005 r., V CK 659/04, LEX nr 180821.

108 Bardziej zasadne byłoby posłużenie się konstrukcją alternatywy zwykłej i użycie spójnika „lub”.

109 Rozumiane na gruncie ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry.

O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych

Wprowadzenie

Inspirację niniejszego artykułu stanowi wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 18 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 852/12, który zapadł na tle dramatycznego stanu faktycznego.

Powódka była pacjentką pozwanego szpitala psychiatrycznego, przyjętą ze względu na podejmowanie prób samobójczych. W czasie hospitalizacji nie zastosowano jednak względem niej żadnych szczególnych działań mających zapobiec dalszym tego typu próbom. Trzy dni po przyjęciu powódka targnęła się na swoje życie wieszając się na kablu od magnetofonu, który stanowił wyposażenie placówki i służył do prowadzenia terapii pacjentów.

Z powodu odniesionego uszkodzenia ciała wywołanego próbą samobójczą powódka utraciła zdolność samodzielnego funkcjonowania. Nie była w stanie poruszać się ani nawet pozostawać w pozycji siedzącej. Nie mogła nadto odżywiać się samodzielnie, ani też wykonywać samodzielnie czynności fizjologicznych. Skala urazów i związanych z nimi uciążliwości powodowała, że powódka była często niespokojna,

krzyczała i płakała. Jej stan pogarszało także to, że nie była w stanie nawet komunikować się z otoczeniem i opiekunami.

W celu złagodzenia opisanych skutków powódka była wprawdzie długotrwale hospitalizowana i rehabilitowana, jednak jej stan był tak zły, że każda czynność pielęgnacyjna stanowiła dla niej źródło cierpienia. Rokowania co do poprawy stanu zdrowia były niepomysłne, zaś doznane urazy ostatecznie doprowadziły do zgonu. Jako że zdarzenie to miało miejsce już po wytoczeniu powództwa, do postępowania wstąpili rodzice powódki jako jej spadkobiercy.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 18 marca 2013 r., w sprawie sygn. akt I ACa 852/12

Wedle zawartych w uzasadnieniu wyroku ustaleń powódka nie została objęta wzmożoną kontrolą w czasie hospitalizacji w pozwanej placówce, chociażby poprzez umieszczenie jej w sali obserwacyjnej, mimo że istniały ku temu istotne przesłanki. Personel szpitala mógł spodziewać się dokonania przez powódkę aktów autoagresji, w tym w szczególności kolejnej próby samobójczej, z wielu, zbiegających się przyczyn: (1) tego rodzaju zachowania były często podejmowane na oddziale przez jego pacjentów; (2) powódka dokonywała już kilkakrotnie prób samobójczych, o czym personel szpitala wiedział i co zostało uwidocznione w odpowiedniej dokumentacji lekarskiej; (3) był to ósmy pobyt powódki na tym oddziale, w związku z czym problemy powódki były znane jego personelowi, w tym osobom, które dyżurowały w dniu jej przyjęcia; (4) przy przyjęciu na oddział, co miało miejsce zaledwie trzy dni przed zdarzeniem, powódka mówiła, że ma myśli samobójcze; (5) w dniu zdarzenia powódka prezentowała nietypowe i skrajne zachowania.

Niezależnie od wymienionych wyżej okoliczności, sąd uznał, że personel szpitala dopuścił się zawinionego zaniedbania, które dawałoby się ustalić także w sytuacji, w której powódka nie prezentowała w dniu zdarzenia widocznych dla odpowiedzialnych za nią osób nietypowych i skrajnych zachowań. Pacjenci oddziału psychiatrycznego,

bez względu na ich jednostkowe schorzenia i właściwości, z założenia nie powinni mieć swobodnego dostępu do rzeczy, którymi mogą się posłużyć przy aktach agresji, tak wymierzonych w nich samych, jak i inne osoby. Za taki właśnie przedmiot należało zaś uznać kabel magnetofonowy. Odbieranie chorem przez personel tego rodzaju przedmiotów należało do normalnych metod zapewnienia bezpieczeństwa na oddziale, nie zaś do środków szczególnych, stosowanych jedynie wyjątkowo. Magnetofon z kablem, którym posłużyła się powódka, stanowił wyposażenie oddziału, dlatego po zakończeniu zabawy tanecznej personel powinien był niezwłocznie go uprzątnąć i zabezpieczyć przed niepowołanym dostępem. W związku ze wskazaną okolicznością sąd przyjął, że w sprawie nie doszło do sytuacji, w której pacjent w sposób nieprzewidywany i niekontrolowany wszedł w posiadanie szpitalnego sprzętu, co do którego personel pozostawał w uzasadnionym, acz błędnym przekonaniu, że został on odpowiednio zabezpieczony. Skoro personel szpitala świadomie udostępniał potencjalnie niebezpieczne przedmioty pacjentom, to powinien przy tym dochować należytej staranności, polegającej co najmniej na niezwłocznym ich zabezpieczeniu po wykorzystaniu.

Oceniając ustalone okoliczności faktyczne sąd uznał odpowiedzialność, podmiotu prowadzącego szpital psychiatryczny na podstawie art. 430 k.c. Postępowanie personelu pozwanego szpitala względem powódki było bowiem bezprawne i zawinione, a nadto nie było działaniem wystarczająco starannym i gwarantującym jej poczucie bezpieczeństwa, jakiego należy oczekiwać od szpitala psychiatrycznego. W powyższym zakresie sąd powołał się na pogląd Sądu Najwyższego, iż do obowiązków lekarzy oraz personelu medycznego należy podjęcie takiego sposobu postępowania (leczenia), które gwarantować powinno, przy zachowaniu aktualnego stanu wiedzy i zasad staranności, przewidywalny efekt w postaci wyleczenia, a przede wszystkim nienarażanie pacjentów na pogorszenie stanu zdrowia¹. Sąd wskazał, że szpital ponosi odpowiedzialność tak za zaniedbania organizacyjne

1 Wyrok SN z 10.02.2010 r. V CSK 287/09, Lex nr 786561, OSP nr 10/2012, poz. 95.

zatrudnionego personelu, jak i nieprzestrzeganie procedur i standardów medycznych.

W ocenie sądu pomiędzy opisanymi zaniedbaniami personelu medycznego pozwanego szpitala a szkodą powódki polegającą na pogorszeniu jej stanu zdrowia w wyniku podjęcia próby samobójczej zachodził normalny związek przyczynowy. Zgodnie z przepisem art. 361 § 1 k.c. zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania bądź zaniechania, z którego wynikła szkoda. Sąd Apelacyjny powołał się przy tym na pogląd Sądu Najwyższego, iż w tzw. „procesach lekarskich” ustalenie w sposób pewny związku przyczynowego pomiędzy postępowaniem lekarza a powstałą szkodą jest najczęściej niemożliwe, gdyż w świetle wiedzy medycznej w większości wypadków można mówić tylko o prawdopodobieństwie wysokiego stopnia, a rzadko o pewności albo wyłączności przyczyny. Na powstanie szkody może mieć wpływ wiele czynników i należy tylko ustalić, w jakim stopniu prawdopodobieństwa wobec innych czynników powstaje w danym układzie warunków i stosunków zaniedbanie lekarza². Wedle oceny sądu wymienione wyżej okoliczności powinny wzmóc czujność personelu i stanowić impuls do przedsięwzięcia zwiększonych środków ostrożności w celu zapobieżenia skutkom autoagresywnych działań powódki. Nawet gdyby przyjąć, że pomimo zastosowania odpowiednich środków ostrożności w postaci chociażby umieszczenia powódki na sali obserwacyjnej, zdołała ona przedsięwziąć próbę samobójczą, to wysokie prawdopodobieństwo przemawia za tym, że w tej sytuacji reakcja personelu byłaby szybsza i pozwoliła na zachowanie przez powódkę lepszego stanu zdrowia niż ostatecznie, bądź też sposób, w jaki powódka targnęłaby się na swoje życie, byłby innego rodzaju i spowodowałby mniejszą szkodę.

W zakresie przyczynienia się poszkodowanej sąd powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z 19 listopada 1969 r., zgodnie z którym placówka medyczna przeznaczona dla pacjentów chorych psychicznie powinna zapewnić chorym całkowitą opiekę zabezpieczając ich przed

2 Wyr. SN z 17.10.2007 r., sygn. II CSK 285/2007, Lex Polonica nr 2423336.

wyrządzeniem sobie krzywdy i nie może się powołać na fakt, że chory podjął próbę samobójczą³. Sąd wskazał nadto, że przytoczony pogląd nie był równoznaczny z przyjęciem gwarancyjnego charakteru odpowiedzialności placówki medycznej za podopiecznych. Personel szpitala dopuścił się bowiem zawinionych zaniedbań, w konsekwencji czego umożliwił pacjentowi targnięcie się na życie, zatem należało przyjąć odpowiedzialność tej placówki na zasadzie art. 430 k.c.

Zagadnienie odpowiedzialności podmiotu prowadzącego szpital psychiatryczny za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej

Przystępując do oceny wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi można bez przesady wskazać, że jest on rozstrzygnięciem wręcz modelowym, zaś przejrzystość i logika jego uzasadnienia winna stanowić wzór w tego typu sprawach. Lektura wyroku nie pozostawia żadnych wątpliwości co do przesłanek rozumowania składu orzekającego oraz w pełni wyjaśnia wnioski, które znalazły swój wyraz w sentencji wyroku. Ze wskazanych przyczyn autor nie może nic do wyводу sądu dodać ani ująć.

Potrzeba komentarza wynika jednak z opozycji do rozwiązań przedstawionych przez Jana Ciechorskiego w jego głosie do omawianego wyroku⁴. Glosator wyraził pogląd, że uzasadnienie sądu jest niekompletne, a przez to jego aprobata jest warunkowa, albowiem nie wskazano w nim, czy powódka została przyjęta na oddział za swoją zgodą albo zgodą jej opiekuna ustawowego, na podstawie art. 22 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, czy też w jej braku, na podstawie art. 23 ust. 1 tej ustawy. Kryterium zgody ma zaś zdaniem glosatora kluczowe znaczenie dla oceny odpowiedzialności szpitala, jako że przy jej braku można przyjąć, że do wyrządzenia powódce szkody doszło w ramach wykonywania przez szpital władzy publicznej.

3 Tak SN w wyr. z 19.11.1969 r., II CR 294/69, OSP nr 12/1970, poz. 249.

4 J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 marca 2013 r.*, sygn. I ACa 852/12, PIM nr 3-4/2014,.

Zdaniem glosatora w tym drugim przypadku szkody powstałe w wyniku przyjęcia i leczenia bez zgody pacjenta lub jego opiekuna ustawowego należy kwalifikować jako szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej, tj. w oparciu o art. 417 k.c. To zaś oznacza, że dla przypisania odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotowi prowadzącemu szpital psychiatryczny wystarcza samo stwierdzenie bezprawności jego zachowania, a tym samym zawinienie personelu szpitala jest bez znaczenia dla ostatecznego ustalenia obowiązku odszkodowawczego.

Pogląd wyrażony przez Jana Ciechorskiego nie jest w nauce prawa odosobniony⁵ i mimo upływu lat nie zanika, co przesądza nie tylko o konieczności jego odnotowania, ale także o potrzebie jego dalszej analizy.

Zadania z zakresu ochrony zdrowia psychicznego jako wykonywanie władzy publicznej

Na tle pierwotnej regulacji art. 417-421 k.c., która dotyczyła zarówno władczych, jak i dominialnych działań Państwa, panował pogląd, że Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność za szkody wyrządzone pacjentom w procesie leczenia, w tym także zaburzeń psychicznych, bez względu na to, czy stanowiły one skutek wadliwej organizacji placówek leczniczych, czy też błędów i zaniechań ich personelu⁶.

Jak trafnie wskazał Jan Ciechorski, zarówno orzecznictwo jak i nauka prawa przyjmują niemal jednolicie, że wykonywanie świadczeń opieki zdrowotnej przez podmioty lecznicze należy kwalifikować jako działalność usługową. Powyższe zaprzecza co do zasady możliwości kwalifikacji takich przypadków aktywności społecznej jako przejawów wykonywania władzy publicznej⁷.

⁵ Tak również K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Toruń 2013, s. 196 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. X, s. 197-198; tenże, *Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę w procesach lekarskich*, PiP nr 3/2005, s. 13.

⁶ Na tle dawnego stanu prawnego tak m.in.: w wyr. z 15.11.1979 r., CR 376/79 z glosą *M. Sośniaka*, OSP nr 2/1981, poz. 26; wyr. z 15.06.1981 r., CR 174/81; z glosą *tegoż*, OSP nr 11/1982, poz. 188; wyr. SA w Poznaniu z 28.06.1995 r., I ACr 39/95, OSA nr 7-8/1996, poz. 36.

⁷ Tak m.in. wyr. SN z 13.05.2005 r., I CK 662/04, OSP nr 12/2009, poz. 134.

Kształt aktualnej regulacji dotyczącej odpowiedzialności za szkody wyrządzone niezgodnym z prawem wykonywaniem władzy publicznej wskazuje, że odpowiedzialność przewidziana w art. 417, art. 417¹ i art. 417² oraz licznych przepisach szczególnych, objętych nią na podstawie odesłania z art. 421 k.c., wiąże się jedynie z działaniami i zaniechaniami ze sfery władczej, natomiast - inaczej niż było to w założeniu dawnej regulacji art. 417 - nie obejmuje już działań niewładczych (dominialnych), a do takich właśnie zalicza się świadczenie usług leczniczych.

W ocenie Jana Ciechorskiego w wypadku hospitalizacji i terapii za zgodą pacjenta udzielane świadczenia opieki zdrowotnej mają charakter ściśle usługowy, lecz inaczej trzeba kwalifikować sytuację udzielania tych świadczeń bez zgody chorego. Przyjęcie chorego do placówki leczniczej bez jego zgody stanowi akt przymusowej hospitalizacji, a ta winna być oceniana jako wykonywanie władzy publicznej, albowiem nie można zakładać, aby w ramach wykonywania usług dopuszczalna była taka ingerencja w sferę praw i wolności, która odbywa się bez zgody uprawnionego do dysponowania nimi.

Podstawę prawną władczego działania podmiotów leczniczych stanowią w omawianym wypadku art. 23 ust. 2, art. 24 ust. 1, art. 28 oraz 33 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Wykonując wynikające z powołanych przepisów kompetencje, lekarze oraz inni pracownicy szpitala psychiatrycznego poprzez swoje działanie kształtują pozycję osoby przyjętej w sposób władczy. Glosator wskazał także, że tego rodzaju ingerencja służyć ma realizacji funkcji ochronnej państwa, zabezpieczając społeczeństwo przed niebezpiecznymi zachowaniami osób z zaburzeniami psychicznymi.

Kodeks cywilny nie definiuje pojęcia „wykonywanie władzy publicznej”, jako że wedle założeń ustawodawcy treść tego pojęcia powinna wynikać z Konstytucji RP oraz z innych ustaw, w tym zwłaszcza z ustaw określających system organów publicznych oraz ich zadania⁸. Trafnie więc w powołanej glosie wskazano, że konstytucyjną wykładnię

8 Tak uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z 9.6.2003 r.

pojęcia władzy publicznej przedstawił TK w wyroku z 4.12.2001 r.⁹, w którym przyjął, że pojęcie <<władzy publicznej>> w rozumieniu art. 77 ust. 1 Konstytucji obejmuje wszystkie władze w sensie konstytucyjnym - ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Należy podkreślić że pojęcia organu państwa oraz organu władzy publicznej nie są tożsame. W pojęciu „władzy publicznej” mieszczą się bowiem także inne instytucje niż państwowe lub samorządowe, o ile wykonują funkcje władzy publicznej w wyniku powierzenia czy przekazania im tych funkcji przez organ władzy państwowej lub samorządowej. Wykonywanie władzy publicznej dotyczy wszelkich form działalności państwa, samorządu terytorialnego i innych instytucji publicznych, które obejmują bardzo zróżnicowane formy aktywności. Wykonywanie takich funkcji łączy się z reguły, chociaż nie zawsze, z możliwością władczego kształtowania sytuacji jednostki. Dotyczy to obszaru, na którym może dojść do naruszenia praw i wolności jednostki ze strony <<władzy publicznej>>¹⁰. Wykonywanie władzy publicznej obejmuje w konsekwencji nie tylko akty władcze państwa w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale także czynności o charakterze porządkowym lub organizacyjnym oraz inne czynności faktyczne realizowane w wykonywaniu kompetencji przez upoważnione do tego osoby, jeżeli należą do właściwości organów władzy publicznej, a tym samym przynależą władzy publicznej niejako ze swej natury¹¹.

Odnosząc powyższe kryterium do analizowanego przypadku należy wskazać, że ustawa o ochronie zdrowia psychicznego stanowi przejaw realizacji konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 KRP). Zgodnie z art. 2 powołanej ustawy ochrona zdrowia psychicznego obejmuje realizację zadań dotyczących zapewnienia osobom z zaburzeniami psychicznymi wielostronnej i powszechnie dostępnej opieki zdrowotnej oraz innych form opieki i pomocy niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym i społecznym. Głosator trafnie zwrócił

9 Tak uzasadnienie wyr. TK z 4.12.2001 r., SK 18/00, OTK nr 8/2001, poz. 256.

10 Tamże.

11 Tak Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2015, s. 131; tak również wyr. SN z 7.11.2013 r., V CSK 519/12, Legalis.

uwagę na okoliczność, że w celu realizacji tego zadania, zgodnie z art. 10 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego osobom chorym psychicznie przysługują bezpłatne świadczenia opieki zdrowotnej, realizowane na ich rzecz przez podmiot leczniczy, który zawarł umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, o której mowa w art. 132 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (określany na gruncie tej ostatniej ustawy mianem „świadczeniodawcy”).

Z powołanej przez glosatora regulacji zawartej w art. 10 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego wynika, że właściwe organy władzy publicznej mają obowiązek zapewnić uprawnionym podmiotom bezpłatne świadczenia wskazane w tym przepisie. Bezprawne uchybienie temu obowiązkowi stanowić będzie źródło odpowiedzialności Skarbu Państwa na podstawie art. 417 k.c.¹² Jednocześnie jednak nie wpływa to na odpowiedzialność podmiotów leczniczych (świadczeniodawców) prowadzących szpitale psychiatryczne. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie i doktrynie poglądem¹³, mechanizm udzielenia świadczenia w ramach umowy o udzielanie świadczeń, o której mowa w art. 132 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, opiera się na konstrukcji umowy cywilnoprawnej. Naruszenie przez podmiot leczniczy (świadczeniodawcę) uprawnień pacjenta w tym zakresie stanowi podstawę do jego odpowiedzialności *ex contractu* na podstawie konstrukcji umowy na rzecz osoby trzeciej¹⁴. Odpowiedzialność deliktowa będzie aktualna jedynie wówczas, gdy zostaną spełnione jej przesłanki, tj. działanie albo zaniechanie podmiotu leczniczego (świadczeniodawcy) będzie można nadto zakwalifikować jako naruszenie obowiązku ciężącego na

12 Por. Z. Banaszczyk w: *System Prawa Prywatnego*, t. 6, red. W. Olejniczak, s. 794 i n.

13 Por. wyr. SN z 16.2.2005 r., IV CK 541/04, oraz uchw. SN z 27.4.2001 r., III CZP 5/01, OSNC nr 11/2001, poz. 161; T. Zimna, *Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2014, LEX; K. Baka, G. Machulak, A. Pietraszewska-Macheta, A. Sidorko, *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych Komentarz*, Warszawa 2010, LEX; wyr. SN z 7.8.2003 r., IV CKN 393/01; SN z 30.3.1983 r., CR 344/82, OSNC nr 11/1983, poz. 184.

14 Por. szerzej Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego – założenia ogólne i metodologiczne*, SPP nr 1/2015, s. 42 i n.

każdym podmiocie prawa także w braku zobowiązania umownego¹⁵. W żadnym jednak wypadku powstała w opisanym układzie stosunków odpowiedzialność deliktowa, rozumiana jako naruszenie obowiązku powszechnego, nie będzie mogła być kwalifikowana jako odpowiedzialność za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej.

Ostatni element argumentacji glosatora dotyczy tego, że przyjęcie pacjenta do szpitala i poddanie go leczeniu stanowi ingerencję w jego konstytucyjne prawa. Interpretacja ta jest trafna i znajduje także wyraźną podstawę w przepisach rangi międzynarodowej, których jednak Jan Ciechorski w swoim wywodzie nie odnotował. Otóż stosownie do art. 5 ust. 1 lit. e) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności „*Nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem następujących przypadków i w trybie ustalonym przez prawo: [...] zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerzeniu przez nią choroby zakaźnej, osoby umyślowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi*”. Tym samym rzeczywiście zagadnienie izolacji osoby chorej psychicznie należy lokować w sferze ograniczenia jej wolności.

W krajowym systemie prawnym założenie to znalazło odzwierciedlenie w rozwiązaniu, zgodnie z którym przyjęcie do szpitala bez zgody pacjenta odbywa się na podstawie rozstrzygnięcia sądu, względnie zostaje poddane weryfikacji sądu w toku jego następczej kontroli. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w zakresie kontroli sądowej może dojść do popełnienia deliktu orzeczniczego, za który Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 4171 § 2 albo 3 k.c. Nie oznacza to jednak, że także szpital psychiatryczny wykonuje w tym zakresie władzę publiczną i przez to ponosi na zasadzie bezprawności zaostrożoną odpowiedzialność odszkodowawczą.

15 Tak np. S. Garlicki, *Glosa* do wyr. SN z 28.4.1964 r., II CR 540/63, OSPiKA nr 9/1965, poz. 197, s. 419; W. Robaczyński, P. Książak, *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jako czyn niedozwolony*, w: M. Nesterowicz (red.), *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym*, Warszawa 2012, s. 339. Samo zatem naruszenie przez strony więzi obligacyjnej (niewykonanie zobowiązania) nie może być uznane automatycznie za działanie bezprawne w rozumieniu art. 415 k.c. (tak SN w wyr. z 10.10.1997 r., III CKN 202/97, OSN nr 3/1998, poz. 42; wyr. SN z 13.2.2004 r., IV CK 40/03, Legalis; wyr. SN z 14.2.2013 r., II CNP 50/12, Legalis).

Glosator powołał się nadto na sformułowany w doktrynie i orzecnictwie postulat, aby o tym, czy szkoda jest wyrządzona „w wykonywaniu władzy publicznej”, czy też poza jej granicami, decydowała nie forma prawna, przy wykorzystaniu której władza jest realizowana, ale to, czy dana działalność służy realizacji celu „publicznego”¹⁶. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w bardzo wielu wypadkach regulacje rangi ustawowej przyzwalają jednym podmiotom na ingerencję i naruszenie sfery konstytucyjnych praw i wolności innych podmiotów. Nie ma przy tym znaczenia, czy regulacje te mają charakter publiczno- czy prywatnoprawny, jako że interes (cel) publiczny coraz częściej zabezpiecza się przy użyciu narzędzi z zakresu prawa prywatnego, podobnie jak interesy prywatne chronione są także w ramach instytucji prawa publicznego. Nadto podział pojęcia interesu na publiczny i prywatny jest nieostry oraz nie spełnia wymogu podziału logicznego, tj. zakresy desygnatów obu kategorii nie spełniają kryterium rozłączności.

Analiza przepisów dotyczących przyjęcia pacjenta bez jego zgody do szpitala psychiatrycznego i poddania go leczeniu wskazuje, że jego podstawą jest zarówno ochrona interesu publicznego, jak i prywatnego. Stosownie do art. 23 ust. 1 tej ustawy osoba chora psychicznie może być przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody albo bez zgody przedstawiciela ustawowego tylko wtedy, gdy jej dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu choroby pozostawanie poza nadzorem leczniczym zagraża bezpośrednio życiu własnemu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Zgodnie z art. 33 ust. 1 omawianej ustawy, wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody można stosować niezbędne czynności lecznicze, mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody.

Powołane rozwiązanie ma kluczowe znaczenie przy analizie charakteru uprawnień i obowiązków personelu szpitala psychiatrycznego. Wskazać bowiem należy, że przypomina ono pod względem treści i celu inne tego typu regulacje zawarte w przepisach prawa medycznego, takie jak art. 33, art. 34 ust. 6 i 7, art. 35 ustawy o zawodach lekarza

16 Por. A. Kubas, *Deliktowa odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa*, TPP nr 3/2011, s. 62.

i lekarza dentysty. We wszystkich wymienionych przepisach ustawodawca ma na względzie dobro pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody na świadczenie opieki zdrowotnej, zaś zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody sądu opiekuńczego groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. W takich wypadkach lekarz jest nie tylko uprawniony, ale także obowiązany do wykonania takiego świadczenia bez uprzedniej zgody sądu opiekuńczego.

Celem powołanych regulacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty jest określenie wzajemnej relacji różnych konstytucyjnych praw i wolności pacjenta. Z jednej strony bowiem chodzi w nich o poszanowanie jego autonomii i prawa do decydowania o sobie, a z drugiej - o zagwarantowanie jego prawa do życia i opieki zdrowotnej. Rozwiązanie wskazanej sprzeczności nastąpiło na poziomie ustawowym w ten sposób, że zasadą jest uprzednia zgoda pacjenta na spełnienie na jego rzecz określonego świadczenia opieki zdrowotnej, zaś wykonanie go bez takiej zgody dopuszczalne jest jedynie za uprzednią zgodą przedstawiciela ustawowego albo sądu opiekuńczego i jedynie wówczas, gdy zagrożone jest życie lub zdrowie pacjenta. Z kolei spełnienie świadczenia opieki zdrowotnej bez uprzedniej zgody dopuszczalne jest jedynie wówczas, gdy czas potrzebny na jej uzyskanie zagrażałby w istocie realizacji celu jej uzyskania.

Jak wynika z przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, ustawodawcy przyświecały w tym zakresie identyczne założenia. Na gruncie tej ustawy zasadę stanowi, że przyjęcie pacjenta następuje na podstawie uprzedniej zgody, czy to wyrażonej przez niego samego, jego przedstawiciela ustawowego albo w trybie zastępczym przez sąd opiekuńczy. Z kolei przyjęcie bez zgody uprawnionego podmiotu stanowi wyjątek ograniczony do sytuacji, w których pacjent ten zagraża sobie lub otoczeniu. W takich wypadkach kierownik szpitala psychiatrycznego ma obowiązek każdorazowo niezwłocznie zawiadomić o tym sąd opiekuńczy, w celu uzyskania następczej zgody sądu na pobyt tej osoby w szpitalu. W zawiadomieniu kierownik szpitala

psychiatrycznego wskazuje okoliczności uzasadniające przyjęcie, które muszą uzasadniać spełnienie przesłanek wskazanych w art. 23 ust. 1, jak również art. 24 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 25 ustawy, na podstawie otrzymanego zawiadomienia sąd opiekuńczy wszczyna postępowanie dotyczące przyjęcia do szpitala psychiatrycznego. Sąd może rozpoznać sprawę również na wniosek tej osoby lub jej przedstawiciela ustawowego, jej małżonka, krewnych w linii prostej, rodzeństwa bądź osoby sprawującej faktyczną opiekę albo z urzędu. Jak wynika z art. 45, sąd opiekuńczy orzeka po przeprowadzeniu rozprawy; która powinna się odbyć nie później niż w terminie 14 dni od dnia wpływu wniosku lub otrzymania zawiadomienia kierownika. Już wcześniej jednak, gdyż w terminie 48 godzin od otrzymania zawiadomienia kierownika, powinno nastąpić przesłuchanie osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego przez sędziego wizytującego. W razie stwierdzenia, że pobyt tej osoby w szpitalu psychiatrycznym jest oczywiście bezzasadny, sędzia zarządza natychmiastowe jej wypisanie ze szpitala i wnosi o umorzenie postępowania przed przeprowadzeniem rozprawy.

Wobec powyższego należy uznać, że przyjęcie do szpitala i podjęcie leczenia pacjenta bez jego uprzedniej zgody ma charakter wyjątkowy i tymczasowy, jako że ostateczna decyzja należy do sądu opiekuńczego. Rola szpitala psychiatrycznego i jego uprawnionego personelu ogranicza się przy tym jedynie do wstępnego objęcia pacjenta opieką w niezbędnym zakresie i dokonania odpowiedniego zgłoszenia do sądu. Istota całej sytuacji sprowadza się jednak do tego, że szpital i jego personel wykonują jedynie nałożone nań obowiązki ustawowe, służące zabezpieczeniu tak interesów pacjenta, jak i społeczeństwa. Obowiązki tego rodzaju stanowią w naszym systemie prawa zjawisko coraz bardziej powszechne. Poza wyżej powołanymi przepisami ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty należy wskazać, że np. instytucje finansowe obowiązane są informować organy władzy publicznej o swych klientach i ich transakcjach, co służyć ma zwalczaniu procederu prania brudnych pieniędzy oraz finansowania terroryzmu. Wykonywanie tego typu obowiązków stanowi niewątpliwie ingerencję

w konstytucyjne prawa i wolności tych klientów, jak również może im wyrządzić szkodę, a jednak nikt nie twierdzi, że instytucje finansowe we wskazanym zakresie wykonują władztwo publiczne. Nie ulega wątpliwości, że przyjęcie oraz podjęcie leczenia pacjenta bez jego uprzedniej zgody jest szczególnie drastyczną ingerencją w sferę wolności osobistej, która rodzi naturalną chęć przyznania pacjentowi solidnych gwarancji naprawienia jego szkody i krzywdy w wypadku, w którym okaże się, że ingerencja była bezpodstawna. Cel ten jest już w naszym porządku prawnym należycie zabezpieczony, co zostanie omówione w dalszej części wywodu.

Forma organizacyjna podmiotu prowadzącego szpital psychiatryczny i jej znaczenie dla możliwego kształtu deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej

W odniesieniu do możliwości traktowania przepisów art. 417 i n. k.c. jako podstawy prawnej deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów leczniczych, poza wyżej przytoczonymi kwestiami dotyczącymi pojęcia wykonywania władzy publicznej, istotnego znaczenia nabierają także zagadnienia podmiotowe.

Wskazać należy, że art. 4 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej zawiera katalog podmiotów, które po spełnieniu szczególnych wymogów mogą wykonywać działalność nią regulowaną. Mimo, że z zawartego w tym przepisie wyliczenia wynika, że formalnie ma ono charakter zamknięty (*numerus clausus*), to zgodnie z jego pkt 1 działalność leczniczą mogą wykonywać przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej we wszelkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Z aktualnego brzmienia relewantnych regulacji prawa medycznego nie wynika zaś, by tego rodzaju ograniczenia zostały wprowadzone w zakresie wykonywania świadczeń z zakresu ochrony zdrowia psychicznego.

Podobnie w czasie, w którym doszło do próby samobójczej pówódki w głosowanej sprawie, wykonywanie działalności leczniczej

regulowała ustawa o ZOZ. Jej art. 8 równie szeroko określał katalog podmiotów uprawnionych do wykonywania świadczeń zdrowotnych. Powyższe znajduje potwierdzenie także w brzmieniu art. 2 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, stosownie do którego w działaniach z zakresu ochrony zdrowia psychicznego mogą uczestniczyć stowarzyszenia i inne organizacje społeczne, fundacje, samorządy zawodowe, kościoły i inne związki wyznaniowe oraz grupy samopomocy pacjentów i ich rodzin, a także inne osoby fizyczne i prawne.

W omawianym zakresie istotnego znaczenia nabiera regulacja ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, która określa warunki udzielania i zakres świadczeń opieki zdrowotnej w ten sposób finansowanych. W art. 5 pkt 41) ustawy zawarta została definicja świadczeniodawcy jako podmiotu, z którym odpowiednie organy publiczne mogą zawrzeć umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Także ta definicja nie wprowadza żadnych ograniczeń podmiotowych, wskazując że świadczeniodawcą, a zatem także stroną umowy, może być każdy podmiot wykonujący działalność leczniczą w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej.

Wobec powyższego należy wskazać, że przepisy prawa medycznego nie wprowadzają ograniczeń w zakresie formy organizacyjnej, w ramach której udzielane są świadczenia z zakresu ochrony zdrowia psychicznego, bez względu na źródło ich finansowania. To zaś oznacza, że przepisy te nie są w żaden sposób skorelowane z regulacją, na którą powołał się Jan Ciechorski. Stosownie do art. 417 § 1 k.c., za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa. Tym samym, choć każdy podmiot wykonujący działalność gospodarczą może nabyć status podmiotu leczniczego i zawrzeć z NFZ umowę o udzielanie świadczeń z zakresu opieki psychiatrycznej, to tylko te z nich, które są osobami prawnymi, mogłyby ewentualnie ponosić odpowiedzialność za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej.

Katalog ten należy rozszerzyć o wskazane w art. 331 § 1 k.c. jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, jako że przepis nakazuje odpowiednio stosować do tej kategorii podmiotów przepisy o osobach prawnych. Podobnie, gdyby nawet przyjąć, że umowa z art. 132 i n. ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych stanowi wskazane w art. 417 § 2 k.c. zlecenie wykonywania władzy publicznej na podstawie porozumienia, to także ten ostatni przepis kodeksu dotyczy wyłącznie osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych opisanych w art. 331 § 1 k.c. Wobec powyższego należy przyjąć, że na podstawie art. 417 § 1 i 2 k.c. osoba fizyczna nie może ponosić odpowiedzialności w omawianym zakresie.

Wskazana wyżej wykładnia przeczyłaby założeniu o racjonalności ustawodawcy, prowadząc w praktyce do niemożliwych do akceptacji wniosków. Nie ulega wątpliwości, że w znacznej większości wypadków działalność lecznicza w zakresie ochrony zdrowia psychicznego prowadzona jest przez podmioty mające status osób prawnych oraz ułomnych osób prawnych uregulowanych w art. 331 k.c., ograniczonych wszakże z przyczyn funkcjonalnych do osobowych spółek prawa handlowego. Okoliczność nie może jednak rozstrzygać na korzyść tezy o dzierżeniu przez te podmioty *imperium*, z którym łączy się odpowiedzialność przewidziana w art. 417 i nast. k.c..

Brak zgody jako kryterium przypisania odpowiedzialności za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej

Kolejny istotny problem stanowi zagadnienie dotyczące tego, czy ustalenie władczego charakteru działania podmiotu prowadzącego szpital psychiatryczny można w ogóle uzależniać od kryterium zgody pacjenta na jego leczenie albo braku takiej zgody.

Nie ulega wątpliwości, że o ile zgoda ma istotne znaczenie przy przyjęciu do szpitala i podjęciu leczenia pacjenta, to jednak w orzecznictwie trafnie wskazuje się na okoliczność, że zgoda nie może zmienić standardów ochrony jego zdrowia i leczenia szpitalnego przez szpital,

który podjął się leczenia psychiatrycznego¹⁷. Natomiast kryterium zgody stosownie do art. 33 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego rozstrzyga o zakresie dokonywanych wobec pacjenta czynności leczniczych. Przepis ten stanowi bowiem, że wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody można stosować niezbędne czynności lecznicze, mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody.

Należy także zauważyć, że w doktrynie prawa medycznego przyjmuje się, że regulacje ustawowe nakładają na podmioty wykonujące działalność leczniczą szczególny obowiązek, który w literaturze określono mianem obowiązku zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa¹⁸. Treść powinności stanowi według M. Nesterowicza, stworzenie warunków, w których pacjent zostanie zabezpieczony od zdarzeń niezwiązanych z ryzykiem wynikającym z istoty zabiegów, na które wyraził zgodę (np. spowodowanie urazu w ciele pacjenta albo zarażenie chorobą zakaźną taką jak żółtaczką czy gronkowiec złocisty). Wydaje się jednak, że powinność tę należy rozumieć o wiele szerzej, jako obowiązek szczególnej dbałości o prawa pacjenta w toku realizacji świadczenia leczniczego (medycznego). Istota tak generalnie określonego obowiązku wynika z całokształtu ustaw medycznych, które regulując cały system ochrony zdrowia, muszą stworzyć instytucjonalne gwarancje, że tam, gdzie w procesie wykonania świadczenia medycznego naruszenie dóbr osobistych pacjenta jest koniecznością¹⁹, dobra te zostaną naruszone tylko w takim stopniu, który jest niezbędny dla ochrony jego zdrowia.

Wobec powyższego twierdzenie, że zgoda lub jej brak stanowić może *criterium divisionis* dla zasady odpowiedzialności cywilnej zakładu prowadzącego szpital psychiatryczny, budzi uzasadnione wątpliwości. Bez względu bowiem na okoliczność, czy zgoda została wyrażona, czy

17 Por. wyr. SA Lublin z 12.09.2013 r., I ACa 326/13, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

18 Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa*, PIP, nr 1 /1999, s. 40; tenże, w: *System Pr Pryw*, t. 9, red. W.J. Katner, s. 344.

19 Np. przeprowadzenie zabiegu operacyjnego zazwyczaj wymaga naruszenia integralności cielesnej pacjenta, przeprowadzenie wywiadu lekarskiego wymaga zebrania informacji wrażliwych o stanie zdrowia i trybie życia pacjenta i niekiedy jego stosunkach osobistych.

też nie, obowiązki podmiotu leczniczego wobec pacjenta kształtują się tak samo. Jak się wydaje stanowisko glosatora wynika w istocie z tego, że nie odróżnia on w tym zakresie dwóch odrębnych zagadnień.

Pierwsze z nich dotyczy samej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności pacjenta, która polega na przyjęciu go bez zgody do szpitala psychiatrycznego i objęciu leczeniem, choćby w tak ograniczonym zakresie jak wyznaczony przez przepis art. 33 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Jeżeli nie zostały spełnione odpowiednie przesłanki wskazane w przepisach ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, ingerencja ta jest bezprawna bez względu na to, czy realizowane w trakcie hospitalizacji świadczenia lecznicze pod względem standardu odpowiadały wymogom z art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, a zatem były zgodne ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, oraz zgodne z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością. Zgoda postrzegana jest bowiem w orzecznictwie i doktrynie jako czynność uchylająca bezprawność ingerencji w dobra osobiste pacjenta oraz akceptacji przezeń ryzyka wynikającego z zabiegu leczniczego²⁰. Niektórzy autorzy wskazują przy tym, że zgoda legalizuje sam zabieg medyczny, często posługując się argumentami wynikającymi z rozwiązań przyjętych w prawie karnym, w szczególności ujmując zgodę jako swoisty odpowiednik kontratypu w prawie karnym²¹. Tymczasem w nauce prawa karnego interesujący jest pogląd A. Zolla, którego zdaniem zabieg medyczny przeprowadzony *lege artis*, co oznacza w szczególności, że realizuje on cel leczniczy, nie narusza reguł postępowania z chronionym dobrem prawnym²². Nie ma zatem potrzeby budowania kontratypu dla legalnego przeprowadzenia zabiegu medycznego. Nielegalne jest samo pogwałcenie autonomii pacjenta przejawiającej się w braku stworzenia mu możliwości podjęcia decyzji o przeprowadzeniu zabiegu lub jego zaniechaniu. Dopiero w tym zakresie uzasadnione staje się budowanie odpowiednich kontratypów, na przykład orzeczenia sądu

20 M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 28 wraz z cytowaną tam literaturą.

21 A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 160 i n.

22 A. Zoll, w: tegoż (red.), *Komentarz do art. 117–277 kodeksu karnego*, Kraków 1999, s. 475 i n.

opiekuńczego nakazującego leczenie w przypadku osoby małoletniej lub ubezwłasnowolnionej. Dlatego należy wskazać, że sam zabieg leczniczy nie może być postrzegany jako bezprawny tylko z tej przyczyny, że zakłada ingerencję w sferę dóbr prawnie chronionych pacjenta. Bezprawna jest sama ingerencja dokonana bez zgody pacjenta i poza określonymi w ustawach medycznych wyjątkami.

Podsumowując wskazać należy, że glosator w nieuprawniony sposób połączył ze sobą dwie odrębne płaszczyzny ochrony pacjenta i uznał za zasadne stosowanie reguł postępowania z jednym jego dobrem prawnie chronionym przy weryfikacji prawidłowości postępowania podmiotu leczniczego i zatrudnionego przezeń personelu z zupełnie innym dobrem. Przesłanki wyrażenia prawnie skutecznej zgody przez podmiot uprawniony, względnie zgody zastępczej sądu opiekuńczego, w tym także o charakterze następczym, służą ocenie, czy nie doszło do naruszenia autonomii pacjenta, jego prawa do swobodnego decydowania o sobie. Powódka nie dochodziła jednak w procesie odszkodowania za pogwałcenie tego konkretnego dobra prawnego, czyli jej autonomii, lecz żądała naprawienia szkody wyrządzonej na skutek wadliwie sprawowanej nad nią opieki zdrowotnej – niepodjęcia działań służących zapobieżeniu kolejnej próbie samobójczej. W tym kontekście zagadnienie zgody o tyle nie ma znaczenia, że hospitalizacja powódki służyła osiągnięciu tego celu, nikt także nie twierdził, że próba samobójcza stanowiła jej skutek i nie zostałyby podjęta, gdyby powódka pozostawała poza zakładem. Przeciwnie, w uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny wskazywał, że w związku z przyjęciem powódki do szpitala istniały realne szanse na zapobieżenie skutkom przejawianych przez pacjentkę skłonności.

Odpowiedzialność podmiotu prowadzącego szpital psychiatryczny na zasadach ogólnych a odpowiedzialność tego podmiotu za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej

Glosator także wskazał, że w przeciwieństwie do odpowiedzialności opartej na art. 416 w zw. z 415 k.c. oraz art. 430 k.c., odpowiedzialność na zasadzie bezprawności nie wymaga wykazania zawinienia. Jednakże dotychczasowy dorobek orzecznictwa i doktryny wskazują, że wypracowano wiele konstrukcji, które w istocie niwelują - na korzyść pacjentów - wskazaną różnicę. W zakresie obu powołanych wyżej podstaw, a więc zarówno art. 416 w zw. z art. 415 k.c., jak i art. 430 k.c., zastosowanie znajduje konstrukcja winy organizacyjnej, zazwyczaj anonimowej.

Konstrukcja winy organizacyjnej obejmuje w przypadku odpowiedzialności za szkody wyrządzone w procesie leczenia, wszelkie zaniebdania związane z wadliwą organizacją procesu udzielania świadczeń zdrowotnych. Koncepcja winy anonimowej sprowadza się natomiast do uznania, że wskazanie bezpośredniego sprawcy szkody nie jest konieczne, jeśli charakter doznanej przez poszkodowanego szkody oraz towarzyszące temu okoliczności świadczą w sposób niewątpliwy o niedbalstwie którejś z osób, której powierzono wykonywanie czynności w ramach danej struktury organizacyjnej – a za taką należy uznać szpital psychiatryczny²³. Przyjmuje się zatem założenie, że niezależnie od tego, kim był sprawca szkody, to w świetle okoliczności danego wypadku jego zachowanie musiało być zawinione. Nie ma więc potrzeby poszukiwania i ustalania w danej sytuacji konkretnego sprawcy szkody, a następnie zindywidualizowanego przypisywania mu winy, a wystarczy ustalenie, że sprawca należy do kręgu osób uprawnionych do organizacji pracy w ramach struktury podlegającej danemu podmiotowi (w zakresie art. 416 k.c.) albo do kręgu podwładnych powierzającego, a więc osób pozostających pod jego zwierzchnictwem i działających w jego interesie (art. 430 k.c.).

Konstrukcja winy anonimowej może być uznana za specyficznego typu domniemanie faktyczne (art. 231 k.p.c.), które prowadzi *de facto* do wyłączenia z katalogu przesłanek odpowiedzialności winy sprawcy

23 Zob. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Prawo i Medycyna nr 1/1999, s. 131-132; A. Łęczycki, *Odpowiedzialność samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej za szkody wyrządzone przy leczeniu*; w: E. Skowrońska-Bocian, W. Borysiak (red.), *Prace z prawa cywilnego*, Warszawa 2010, s. 338-341.

szkody w znaczeniu subiektywnym, gdyż winy tej w danej sytuacji nie sposób ustalić ze względu na brak możliwości konkretyzacji podmiotu, któremu taką winę można przypisać²⁴.

Konstrukcja winy anonimowej stosowana jest zwłaszcza w zakresie szkód wyrządzonych w procesie leczenia. W takich sytuacjach pacjent poddany jest wielokrotnie opiece licznego personelu medycznego lub całych zespołów lekarzy odpowiadających za podjęcie i realizację na jego rzecz opieki zdrowotnej, przez co wskazanie konkretnej osoby, której zachowanie doprowadziło do powstania szkody, może być dla niego bardzo trudne lub jest wręcz często faktycznie niemożliwe. Konsekwencją tego w praktyce może być pozbawienie pacjenta możliwości skutecznego dochodzenia naprawienia wyrządzonej mu szkody²⁵.

Zastosowanie powołanej koncepcji na tle art. 430 k.c. jest powszechnie aprobowane w nauce prawa²⁶. W art. 430 k.c. wskazać należy, że zgodnie z przepisem ten, kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie podlegającej przy jej wykonywaniu jego kierownictwu i mającej obowiązek stosować się do jego wskazówek, odpowiada za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby. Obecnie judykatura i piśmiennictwo w jednolity sposób ukształtowały model odpowiedzialności, w którym pojęcie „podporządkowania” rozumie się szeroko, uznając

24 A. Śmieja, *Pojęcie winy bezimiennej na tle odpowiedzialności Skarbu Państwa za funkcjonariuszy państwowych*, NP nr 6/1975, s. 781-782; M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009, s. 194; zob. też G. Bieniek, w: tegoż (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, 2011, t. I, art. 430, pkt 18.

25 P. Lewaszewicz-Petrykowska, *Wina lekarza...*, s. 131-132; K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Toruń 2007, s. 305 i n.; też, *Szwedzki model NFPI i francuski system kompensacji szkód medycznych*, w: E. Kowalewski (red.), *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, Toruń 2011, s. 82-88; W. Borysiak, w: M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011, s. 239-241 oraz A. Łęczycycki, *Odpowiedzialność*, s. 338-341 i 350-351.

26 Zob. m.in. A. Szpunar, *Odpowiedzialność...*, s. 473; J. Dąbrowa, *Odpowiedzialność deliktowa osoby prawnej za winę własną i cudzą*, SC 1970, t. XVI, s. 36 i n.; M. Safjan, *Odpowiedzialność...*, s. 193-194; W. Czachórski, w: *System...*, t. III, cz. 1, s. 574 i n.; M. Safjan, w: K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2011, t. I, art. 430, Nb 5; zob. jednak P. Machnikowski, w: *System PrPryw*, t. 6, 2009, s. 417-419), jak również na tle art. 416 k.c. (zob. wyr. SA w Szczecinie z 21.10.2008 r., III APA 11/08, Legalis; por. M. Safjan, *Odpowiedzialność deliktowa osób prawnych*, w: J. Błęszyński, J. Rajski, M. Safjan, E. Skowrońska (red.), *Z problematyki współczesnego prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tomasza Dybowskiiego*, SI 1994, t. 21; Z. Radwański, A. Olejniczak, ... s. 190; G. Bieniek, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2009, I, s. 320; A. Olejniczak, w: A. Kidyba, *Komentarz k.c.* 2010, III, s. 364; wyr. SN z 5.12.2007 r., I CSK 304/07, Legalis; oraz z 5.11.2010 r., I CSK 12/10, Legalis; wyr. SA w Szczecinie z 21.10.2008 r., III APA 11/08, Legalis.

za wystarczające stwierdzenie „ogólnego” czy też „ogólnoorganizacyjnego” kierownictwa, jak również ogólnego charakteru wiążących dany podmiot wskazówek²⁷. Przy takiej wykładni zachowanie przez wykonującego powierzone czynności określonej samodzielności nie wyłącza istnienia podporządkowania w rozumieniu art. 430 k.c.²⁸.

Wobec powyższego niezależność w czynnościach zawodowych z zakresu sztuki medycznej oraz podstawa zatrudnienia przez podmiot leczniczy lekarzy i przedstawicieli innych zawodów medycznych nie sprzeciwiają się stwierdzeniu w tym zakresie stosunku podporządkowania w rozumieniu art. 430 k.c. W szczególności wskazać należy, że bez względu na podstawę zatrudnienia na personelu w każdym wypadku ciążył obowiązek wykonywania pracy w miejscu i czasie wskazanym przez podmiot leczniczy, w ramach której wykonywali oni świadczenia lecznicze na rzecz pacjentów tego podmiotu i na jego rachunek.

W zakresie podporządkowania lekarzy wskazać należy, że w każdym wypadku mają oni obowiązek stosować się do wskazówek uprawnionych podmiotów szpitala, jako powierzających im czynności. Zgodnie z powołanym wyrokiem Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2011 r., odpowiedzialność na zasadzie art. 430 k.c. uzasadniają takie okoliczności, jak m.in. wykonywanie pracy w miejscu i czasie wskazanym przez podmiot leczniczy, w stosunku do wskazanych przez ten podmiot hospitalizowanych w jego placówce pacjentów, a także świadczenie usług na rachunek podmiotu w zamian za wynagrodzenie ustalone w umowie między podmiotem leczniczym a lekarzem. Wymienione elementy przesądzają zatem o tym, że *„źródło i charakter szkody wyrządzonej przez lekarza pozostają więc takie same, niezależnie od tego, czy działał jako pracownik, czy jako lekarz tzw. kontraktowy”*²⁹.

Wobec powyższego opisane konstrukcje, zarówno winy organizacyjnej jak i winy anonimowej, a także rozumienie pojęcia podporządkowania

27 Por. wyr. SA w Warszawie z 15.01.2013 r., VI ACa 1103/12, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

28 Por. wyr. SN z 26.01.2011r, IV CSK 308/10, OSNC nr 10/2011, poz. 116; wyr. SA w Gdańsku z 28.09.2012 r. I ACa 1313/11; wyr. SA we Wrocławiu z 18.01.2012 r., I ACa 930/11, dwa ostatnie: www.orzeczenia.ms.gov.pl.

29 Por także wyr. SN z 26.01.2011r, IV CSK 308/10, OSNC 2011, Nr 10, poz. 116.

z art. 430 k.c. przesądzają o tym, że pozycja pacjenta dochodzącego wobec podmiotu leczniczego naprawienia wyrządzonych mu uszczerbków została ukształtowana na tyle korzystnie, że nie istnieje obecnie potrzeba wywodzenia tej odpowiedzialności z podstaw prawnych odmiennych niż dotychczas przyjmowane. Powyższe jest tym bardziej aktualne w świetle tego, że wedle powszechnej opinii odpowiedzialność za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej nie obejmuje – co do zasady - naruszeń zasad współżycia społecznego³⁰.

Podsumowanie

Twierdzenie o odpowiedzialności szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 417 k.c., choć *prima facie* niewątpliwie atrakcyjne, uznać należy za nieuprawnione z fundamentalnych chociażby przyczyn, dotyczących podmiotowego zakresu uregulowanej tamże odpowiedzialności, nieadekwatnego do kręgu podmiotów uprawnionych do wykonywania działalności leczniczej. Obowiązujące regulacje i zasługująca na szczególną aprobatę sądowa praktyka ich stosowania prowadzą także do wniosku, że aktualny system prawny zapewnił należyłą ochronę pacjentom szpitali psychiatrycznych na wypadek doznania przez nich szkody w związku z leczeniem w takich placówkach. Jest tak zarówno wówczas, gdy leczenie zostało wdrożone za zgodą podmiotu uprawnionego, jak też w przypadku jej braku – nawet gdyby przymusowa hospitalizacja bez zgody lub nawet wbrew woli pacjenta znajdowała swą podstawę prawną.

30 Por. M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, s. 39-40; Z. Radwański, *Odpowiedzialność*, s. 13; podobnie G. Bieniek, w: *Komentarz 2009*, I, s. 350; J. Kremis, w: E. Gniewek, *Komentarz k.c.* 2014, s. 787 i nast., i, jak się wydaje, A. Olejniczak, w: A. Kidyba, *Komentarz k.c.* 2011, III, s. 367.

Udostępnianie dokumentacji po śmierci pacjenta – uwagi na tle wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 września 2013 r. sygn. II OSK 1539/13¹

Problematyka udostępniania dokumentacji medycznej osobie upoważnionej po śmierci pacjenta chociaż budzi uzasadnione kontrowersje, jednakże nie doczekała się monograficznego opracowania oraz rzadko jest przedmiotem wypowiedzi judykatury. Z kolei redakcja przepisów art. 26 i 27 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta² nie ułatwia prawidłowej wykładni tych unormowań.

Przepisy dotyczące udostępniania dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta były przedmiotem analizy Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r.³, w którego tezach zostało stwierdzone: „*<Uprawnienie>, o którym mowa w art. 26 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta stanowi odrębną instytucję stworzoną na potrzeby tej ustawy. Nie jest to rodzaj pełnomocnictwa w rozumieniu przepisów k.c. Zasadniczą odrębnością jest to, że <upoważnienie> nie wygasa wraz ze śmiercią pacjenta, ale po jego*

1 LEX nr 1396095.

2 Tekst jedn. Dz. U. Z 2012 r. 159 ze zm.

3 Sygn. II SAB/Rz 29/10, LEX nr 602398.

śmierci wywołuje skutki prawne, podczas gdy klasyczne pełnomocnictwo wygasa wraz ze śmiercią mocodawcy. Udostępnianie dokumentacji osobie upoważnionej przez zmarłego pacjenta obejmuje wszystkie formy określone w art. 27 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.” W uzasadnieniu Sąd pominął wykładnię językową art. 27, odwołując się do wykładni systemowej i funkcjonalnej, skoro wykładnia gramatyczna nasuwa wątpliwości. Przyjął, iż nieracjonalnym ze strony ustawodawcy byłoby zawężanie uprawnień do dostępu do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta. Niestety, Sąd nie wyjaśnił bliżej swojego stanowiska, wskazując jedynie, że zawężenie możliwości dostępu do tej dokumentacji nie wynika z przepisów. Jednakże w powołanym orzeczeniu poruszono tylko interesującą kwestię udostępniania dokumentacji medycznej po śmierci dziecka w przypadku braku osób upoważnionych i to trudności w wykładni na tym właśnie polu wzmacniają zdaniem Sądu argumentację na korzyść pozajęzykowych metod wykładni. Wydaje się, iż problem nie jest aż tak złożony, jak to przedstawił WSA, albowiem odwołać się należy do przepisu art. 26 ust. 1 powołanej ustawy, który wskazuje podstawowy krąg uprawnionych do udostępnienia im dokumentacji medycznej. Nie powinno budzić wątpliwości, iż dziecko nie może samodzielnie wykonywać (jeżeli jest w wieku poniżej 16 roku życia) tego rodzaju uprawnień. Przyjąć należy, że uprawnienie to służy przedstawicielowi ustawowemu dziecka. Można tylko mieć wątpliwości, czy jest to uprawnienie własne, czy też jest ma charakter „zastępczy” jako wykonywane zamiast podopiecznego. W moim przekonaniu bardziej uzasadnione wydaje się być potraktowanie dostępu do dokumentacji medycznej jako własnego prawa przedstawiciela ustawowego. Przemawia za tym przede wszystkim okoliczność, iż nie przysługuje ono dziecku, nie można więc twierdzić, że jest pochodną uprawnień dziecka – zgodnie z zasadą *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*. Ustawodawca wiąże je z wykonywaną opieką, nie zaś z uprawnieniami podopiecznego. Wydaje się oczywiste, że prawidłowe i skuteczne wykonywanie opieki przez przedstawicieli ustawowych wymaga prawa dostępu do dokumentacji medycznej dziecka. Jednocześnie ustawodawca zrównał w uprawnieniach w dostępie do dokumentacji medycznej przedstawiciela ustawowego pacjenta z osobą, której ta dokumentacja dotyczy.

Wydaje się, iż odmienne stanowisko prezentuje R. Kubiak wskazując: „Niekiedy jednak pacjent nie jest w stanie zapoznać się z jej treścią [dokumentacji medycznej – J. Ciechorski] (np. dziecko) wówczas jego uprawnienie realizuje przedstawiciel ustawowy.”⁴

W zakresie twierdzenia o odrębności upoważnienia z art. 26 od pełnomocnictwa w judykacie tym – poza wskazaniem na jego niewygaśnięcie wraz ze śmiercią pacjenta – nie podano żadnych argumentów.

Stanowisko wyrażone w tym orzeczeniu zostało zaakceptowane w piśmiennictwie prawniczym. W glosie do tego orzeczenia T. Zimna⁵ wskazała, że przepisy ustawy o prawach pacjenta nie rozróżniają upoważnienia do dostępu do dokumentacji medycznej na czas życia pacjenta i upoważnienia na wypadek śmierci, tym samym upoważnienie udzielone za życia pozostaje skuteczne po śmierci upoważniającego. Doprowadziło to powołaną autorkę do wniosku, iż upoważnienie z ustawy o prawach pacjenta nie posiada cechy określonej w art. 101 § 1 k.c. – wygasalności z chwilą śmierci mocodawcy. W świetle tego ostatniego przepisu pełnomocnictwo zaplanowane jako niewygasające zawsze powinno zawierać odpowiednie zastrzeżenie. Stąd zdaniem T. Zimnej konkluzja, że upoważnienie z ustawy o prawach pacjenta jest rodzajowo różne od pełnomocnictwa kodeksowego.

Jednocześnie wiadomo, że prawo wglądu w dokumentację medyczną nie ma charakteru majątkowego, co zostało w poprzednim stanie prawnym⁶ potwierdzone wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 czerwca 2009 r.⁷, który wciąż zachowuje aktualność.

Ostatnio w kwestii udostępnienia dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta zajął stanowisko Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 17 września 2013 r.⁸, którego tezy brzmią:

4 R. Kubiak, *Udostępnianie dokumentacji medycznej osobie upoważnionej*, *Medycyna Praktyczna* nr 2/2014, s. e1.

5 T. Zimna, *Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 13 lipca 2010 r.*, II SAB/Rz 29/10, GSP-Prz.Orz. nr 4/2011.

6 Art. 18 uchylonej ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, tekst jedn. Dz. U. Nr 14/2007 r., poz. 89 ze zm.

7 Sygn. IV SA/Wr 96/09, LEX nr 564055.

8 Sygn. II OSK 1539/13, LEX nr 1396095.

1. Osoba, którą upoważniono do wglądu w dokumentację medyczną za życia pacjenta, ma również takie uprawnienie po śmierci pacjenta.
2. Ustawodawca w art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta użył co prawda terminu <prawo wglądu w dokumentację medyczną>, w przypadku osoby upoważnionej przez zmarłego pacjenta, jednak zakładając racjonalność ustawodawcy nie sposób uznać, że jego celem było zawężenie uprawnień do udostępnienia dokumentacji jedynie do sytuacji śmierci pacjenta w konkretnej placówce medycznej, w której złożył stosowne oświadczenie. Takie ograniczenie uprawnień nie wynika bowiem wprost z żadnych przepisów prawa regulujących prawo dostępu do dokumentacji medycznej.⁹

Tezy tego orzeczenia w zasadzie nie rodzą kontrowersji, interesujące jest jednak uzasadnienie oddające tok rozumowania, które doprowadziło Sąd do takich konkluzji. Wskazano w nim, że art. 26 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta stanowi, iż podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację medyczną pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu, bądź osobie upoważnionej przez pacjenta. Natomiast zgodnie z ust. 2 po śmierci pacjenta prawo wglądu w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona przez pacjenta za życia. Z kolei art. 27 określa formy udostępniania tej dokumentacji osobie uprawnionej: 1) wgląd w dokumentację medyczną w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych, 2) sporządzenie wyciągów, odpisów lub kopii, a także 3) wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru, jeżeli uprawniony organ lub podmiot żąda udostępnienia dokumentacji.

Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że przepis art. 26 ust. 2 nie daje podstaw do kwestionowania generalnego charakteru upoważnienia i tym samym zanegował konieczność przekazywania informacji o jego udzieleniu każdemu z osobna podmiotowi udzielającemu

⁹ Naczelny Sąd Administracyjny wskazując na specyficzny, charakterystyczny stan faktyczny zastrzegł, że tezy sformułowane w wyroku dotyczą jedynie rozpoznawanej sprawy i nie dają podstaw do uogólnienia. Pomimo tych zastrzeżeń z dużą dozą prawdopodobieństwa można twierdzić, że zaprezentowane przez Sąd stanowisko będzie odnoszone do innych spraw dotyczących upoważnienia do dostępu do dokumentacji pacjenta *post mortem*.

świadczeń zdrowotnych pacjentowi. Osoba upoważniona może zatem posługiwać się jednym upoważnieniem również w stosunku do innych świadczeniodawców. Sąd nie zgodził się z wywodami skarżącego szpitala, że przedłożone upoważnienie do wglądu jest skuteczne wyłącznie dla dokumentacji medycznej sporządzonej w tym podmiocie. Zdaniem NSA taka interpretacja przepisu prowadziłaby do sytuacji – według Sądu nie do zaakceptowania w świetle zasad logiki oraz wykładni systemowej i funkcjonalnej – że aby takie oświadczenie zachowało moc wiążącą po śmierci pacjenta, to do zgonu pacjenta musiałoby dojść w podmiocie leczniczym, w którym je złożono. Jednocześnie wskazano, iż nie ma podstaw prawnych do formułowania tezy, iż udostępnienie dokumentacji po śmierci pacjenta wymaga szczególnego upoważnienia. Uznano, że unormowanie art. 26 ust. 2 jednoznacznie przesądza, iż osoba, którą pacjent upoważnił za życia, zachowuje to prawo również po jego śmierci. Odwołując się do przepisów dotyczących udostępniania dokumentacji medycznej w orzeczeniu tym wskazano, że istnieje możliwość zawarcia odpowiednich dyspozycji w indywidualnej dokumentacji medycznej albo poprzez dołączenie do niej odpowiedniego oświadczenia. W obecnym stanie prawnym pacjent może sporządzić upoważnienie zarówno w ramach tej dokumentacji, jak i poza, a treść i zakres zależą wyłącznie od jego woli. W przypadku, gdy upoważnienie przybiera najszerszą możliwą formę: do uzyskania dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta i zostanie dołączone do dokumentacji medycznej określonej jednostki chorobowej w konkretnej jednostce służby zdrowia, to niezależnie, który podmiot będzie później świadczeniodawcą prowadzącym dokumentację, ma obowiązek jego respektowania

Naczelny Sąd Administracyjny – podobnie, jak WSA w Rzeszowie – uznał, że za szerokim rozumieniem art. 26 ustawy o prawach pacjenta przemawia wykładnia systemowa i funkcjonalna, do której należy się odwołać, gdy wykładnia językowa nasuwa uzasadnione wątpliwości. Ustawodawca posłużył się w wykładanym artykule wyrażeniem „prawo wglądu w dokumentację medyczną” określając uprawnienia osoby uprawnionej do dostępu do dokumentacji w razie śmierci pacjenta.

Jednakże zdaniem NSA, mając na względzie racjonalność ustawodawcy nie sposób przyjąć, aby jego celem było zawężenie uprawnień do udostępnienia dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta jedynie do konkretnej placówki medycznej, w której pacjent złożył oświadczenie. Tendencją ustawodawcy jest rozszerzanie uprawnień do dostępu do tej dokumentacji. Świadczy o tym regulacja ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich¹⁰, która w zakresie odpowiedzialności zawodowej lekarzy w art. 57 ust. 3 wprowadza uprawnienie do dostępu do informacji oraz dokumentacji medycznej dla: małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, powinowatego w tej samej linii i stopniu, osoby pozostającej w stosunku przysposobienia oraz jej małżonka, a także osoby pozostającej we wspólnym pożyciu.

Uważam, że przeprowadzona przez Naczelnego Sąd Administracyjny wykładnia przepisów może nasuwać uzasadnione wątpliwości. Przede wszystkim całkowicie niezrozumiałe jest eksponowanie miejsca zgonu pacjenta – w placówce, gdzie pacjent złożył upoważnienie. Jestem zdania, że miejsce zgonu w żaden sposób nie wpływa (i wpłynąć nie może) na zakres i moc udzielonego upoważnienia. Nie powinno ulegać wątpliwości, że pacjent może go udzielić nie tylko w stosunku do konkretnego świadczeniodawcy i jeżeli nie wynika to bezpośrednio z jego treści, nie ma podstaw do dokonywania wykładni zważającej podmiotowy zakres adresatów.

Dla przejrzystości poruszanej problematyki konieczne jest wskazanie zagadnień, które wymagają wyjaśnienia. Należy przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie: czy upoważnienie, o którym mowa w art. 26 i 27 ustawy o prawach pacjenta, jest rodzajem pełnomocnictwa. Od rozstrzygnięcia tej kwestii w dużej mierze zależeć będzie stanowisko w sprawie zakresu udostępniania dokumentacji pacjenta *post mortem*.

Zapatrywanie Naczelnego Sądu Administracyjnego, odrzucające potraktowanie upoważnienia, o którym mowa, jako rodzaju pełnomocnictwa, nawiązuje do wcześniejszych wypowiedzi judykatury

10 Dz. U. Nr 219, poz. 1708.

i doktryny.¹¹ Jednakże zagadnienie to jest sporne w doktrynie. D. Karkowska uznaje, że powołane przepisy zwiężają zakres udzielonego upoważnienia z chwilą śmierci pacjenta, co uznaje za wadliwość tego unormowania, lecz nie kwestionuje takiej jego wykładni¹². Z kolei R. Kubiak wskazuje, że upoważnienie to może być udzielone na wypadek śmierci pacjenta¹³, podobnie przyjmuje M. Śliwka¹⁴. Zauważyć trzeba, że ani orzecznictwo, ani przedstawiciele doktryny nie zajmują się szerszą analizą juretyczną istoty upoważnienia do dokumentacji medycznej. Kwestię tę albo pomija się milczeniem, albo apriorycznie przyjmuje się odrębność upoważnienia od pełnomocnictwa, przyjmując jako jedyne uzasadnienie tego stanowiska niewygasałość upoważnienia wraz ze zgonem pacjenta. Przede wszystkim podnieść należy, że z punktu widzenia znaczenia językowego upoważnienie jest tożsamy z pełnomocnictwem¹⁵. Prawo dostępu do dokumentacji medycznej stanowi emanację prawa do informacji o stanie zdrowia. Prowadzenie dokumentacji jest, co oczywiste, konsekwencją udzielania przez dany podmiot świadczeń opieki zdrowotnej, które jest kwalifikowane zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie jako działalność usługodawcza, i jako taka poddana reżimowi cywilnoprawnemu. Za znamieny dla orzecznictwa można uznać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2005 r.,¹⁶ w którym stwierdzono: „*Spełniając zadania publiczne, do których należy opieka zdrowotna wykonywana ze środków publicznych, zakłady opieki zdrowotnej, nie stają się organami władzy, gdyż nie kształtują w drodze przymusu sytuacji prawnej pacjentów. Dlatego też odpowiedzialność zakładu opieki zdrowotnej w reżimie deliktowym opiera się na przepisach art. 416 k.c., ewentualnie w związku z art. 429 i art. 430 k.c.*” Natomiast w piśmiennictwie reprezentatywny jest

11 Powołany już wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie oraz T. Zimnej w głosie do tego orzeczenia.

12 D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 381.

13 R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 257.

14 M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2008, s. 262.

15 *Słownik Języka Polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1979., t. II, s. 630 i t. III s. 610.

16 Sygn. CK 662/04, OSP 2009/12/134.

pogląd M. Nesterowicza¹⁷ – co do zasady akceptowany przez doktrynę¹⁸ – który uznaje, że: „podstawą odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu są obecnie art. 415, 416, 429, 430 k.c., niezależnie od tego, czy pozwanym w procesie jest publiczny, czy niepubliczny zakład leczniczy.” Tym samym ocena korzystania z uprawnień do udostępniania dokumentacji medycznej powinna być dokonywana przy wykorzystaniu instytucji prawa cywilnego. Zauważyć należy, że prawa pacjenta zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o prawach pacjenta objęte są ochroną cywilnoprawną. Co prawda w ust. 3 pkt 1 wyłączona została możliwość przyznania pacjentowi zadośćuczynienia w przypadku naruszenia jego prawa do dostępu do dokumentacji medycznej, jednakże brak możliwości zasądzenia nie może oznaczać, że określone w przepisie art. 4 ust. 3 prawa pacjenta wyłączone są spod ochrony przewidzianej dla praw podmiotowych.

Podkreślić należy, iż ustawodawca w ustawie o prawach pacjenta nie określił cech upoważnienia, na co słusznie wskazała w powołanej glosie T. Zimna: „Z treści przepisu art. 26 ust. 2 u.p.p. wyraźnie wynika, że wspomniane w nim upoważnienie nie jest udzielane wyłącznie na wypadek śmierci, lecz że upoważnienie do wglądu w dokumentację medyczną udzielone przez pacjenta za życia zachowuje moc obowiązującą po śmierci pacjenta. Za życia pacjenta funkcjonuje więc ten sam rodzaj upoważnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 1 u.p.p., zgodnie z którym podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację medyczną pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu bądź osobie upoważnionej przez pacjenta.”¹⁹ Podnosi się, że „Z treści art. 26 ust. 1 i 2 UPP [ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta – J. Ciechorski] można wnioskować, że ustawodawca określił dwa rodzaje upoważnienia: mające zastosowanie za życia pacjenta oraz na które osoba upoważ-

17 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2010, s. 20.

18 M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 433 – 454; D. Karkowska, *op.cit.*, s. 498 – 499; S. Krześ (w:) M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska – Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 52; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 218 – 219; M. Śliwka, *op.cit.*, s. 318 – 326.

19 T. Zimna, *op.cit.*

niona może powołać się po jego śmierci. W literaturze wskazuje się, że podział ten ma istotne znaczenie doktrynalne i praktyczne. Pierwszą kategorię upoważnień należy bowiem potraktować jako rodzaj pełnomocnictwa, do którego znajdują zastosowanie art. 98 i nast. K.c. Natomiast upoważnienie udzielone na wypadek śmierci stanowi konstrukcję *sui generis*, specyficzną dla prawa medycznego, do której nie stosuje się regulacji Kodeksu cywilnego.”²⁰ Mając na uwadze zakotwiczenie prawa do udostępnienia dokumentacji medycznej w prawie cywilnym (o czym była mowa wyżej) wydaje się, że nie ma przeszkód, aby przy wykładni upoważnienia z ustawy o prawach pacjenta stosować siatkę pojęciową właściwą dla prawa cywilnego dotyczącą pełnomocnictwa. Nie ma bowiem potrzeby – na zasadzie okhamowskiej brzytwy – mnożenia instytucji prawa, jeżeli już istniejące umożliwiają wyjaśnienie treści przepisów, właściwą ich wykładnię. Znajduje to potwierdzenie w przepisie art. 26 ust. 2 powołanej ustawy – jednakże odczytywanym odmiennie, aniżeli dokonują tego zwolennicy autonomizacji upoważnienia – zgodnie z którym upoważnienie nie traci mocy *post mortem*. Regulacja ta była konieczna, albowiem w innym przypadku upoważnienie to zgodnie z art. 101 § 2 k.c. utraciłoby moc. Moim zdaniem powołany przepis art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta należy traktować jako *lex specialis*, modyfikującą przepis art. 101 § 2 k.c., jednakże nie wyłączającą pozostałych przepisów kodeksowych o pełnomocnictwie. Jako wyraz racjonalności ustawodawcy trzeba potraktować treść przepisu ustawy o prawach pacjenta, albowiem w przeciwnym razie upoważnienie to wygasłoby po śmierci pacjenta jako mocodawcy. Unormowanie to świadczy o tym, że ustawodawca mając świadomość konsekwencji, celowo wprowadził do porządku prawnego „upoważnienie”, jako odmianę pełnomocnictwa. Jeżeli bowiem traktowałyby je jako odrębną instytucję, nie byłoby konieczności unormowania zachowującego jego moc po śmierci pacjenta. W istocie swej upoważnienie z tej ustawy stanowi rodzaj pełnomocnictwa. Wynika to

20 R. Kubiak, *Udostępnianie dokumentacji...*, s. e5 – e6.

zarówno z językowego zakresu znaczeniowego, jak i z funkcji, jaką z woli ustawodawcy ma pełnić. W konsekwencji przyjąć należy, że do upoważnienia mają zastosowanie przepisy o pełnomocnictwie w zakresie nieuregulowanym w ustawie o prawach pacjenta. Jednocześnie nie powinno uchodzić uwadze, że zarówno pełnomocnictwo, jak i upoważnienie (nawet przyjmując jego odrębność) oparte jest na zaufaniu między pacjentem a osobą upoważnioną²¹.

Nie można pomijać faktu, iż ustawodawca zdefiniował w art. 27 ustawy o prawach pacjenta formy udostępniania dokumentacji medycznej, którymi są :

1. wgląd w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych;
2. sporządzanie jej wyciągów, odpisów lub kopii;
3. wydanie oryginału dokumentacji z zastrzeżeniem zwrotu, jeżeli uprawniony żąda oryginałów.

Po śmierci upoważniającego pacjenta ustawodawca ograniczył udostępnianie dokumentacji do wglądu w jej zawartość w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych. NSA w omawianym wyroku dał pierwszeństwo wynikom wykładni funkcjonalnej przed wynikami wykładni językowej, co uważam za nietrafne, albowiem rozszerzył uprawnienia osoby upoważnionej kosztem pewności prawa. Tak bowiem należy ocenić dekodowanie z przepisów treści w nich niewyrażonych, wbrew wyraźnemu brzmieniu wykładanych przepisów.

Jest oczywistym, że pewność prawa stanowi jeden z fundamentów demokratycznego państwa prawnego, na co wielokrotnie wskazywał w swym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny. Pewność prawa jest dekodowana z zasady demokratycznego państwa prawnego – art. 2 Konstytucji; jakkolwiek jest sama przez się wartością, jednakże służy zapewnieniu bezpieczeństwa prawnego podmiotom prawa. Na powyższy aspekt zwrócił uwagę Trybunał w uzasadnieniu wyroku z dnia 14

21 A pełnomocnik „powinien działać zgodnie z domniemaną wolą mocodawcy, a w każdym razie nie powinien podejmować czynności w imieniu mocodawcy sprzecznych z rzeczywistością lub domniemaną wolą, chociażby mieściły się one w zakresie udzielonego pełnomocnictwa.” – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., sygn. II CSK 458/12, LEX nr 1324268.

czerwca 2000 r.,²² w którym wyjaśnił, że zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa „*opiera się na pewności prawa, a więc takich cechach przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie te działania mogą pociągnąć za sobą.*” Słusznie wskazuje się w doktrynie prawa, iż „warunkiem bezpieczeństwa prawnego jest prawo posiadające cechy, które łącznie można ująć nazwą < pewność prawa >. Zatem warunkiem bezpieczeństwa prawnego jest prawo pewne (pewność prawa). (...) Niemal każde twierdzenie odnoszące się do pewności prawa odnosi się do bezpieczeństwa prawnego.”²³ Uważam, że art. 27 można uznać za zawierający – zgodnie z typologią M. Zielińskiego²⁴ – definicję legalną zakresową, tym samym art. 27 miałby następujące znaczenie: „przez udostępnienie dokumentacji medycznej rozumieć należy (...)”. W związku z tym wgląd w dokumentację będącym jednym z trzech członów *definiens* (obok czynności określonych w art. 27 pkt 2 i 3 tej ustawy) nie może wyczerpywać całości *definiendum*. Naczelny Sąd Administracyjny dokonał swoistego *pars pro toto* poprzez utożsamienie części zakresu udostępniania dokumentacji medycznej z całością. Stanowisko Sądu można również określić jako opierające się na wykładni quasi-synonimicznej. Podobny pogląd prezentuje R. Kubiak, który odnosząc się do omawianego orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego stwierdza „Stanowiska te niewątpliwie realizują zasady przekazywania dokumentacji osobie upoważnionej po śmierci chorego. Wydaje się jednak, że interpretacja taka jest *contra legem*. Z powołanego przepisu (art. 26 ust. 2 UPP) jednoznacznie wynika, że ustawodawca sugeruje jedynie możliwość wglądu do dokumentacji medycznej. Jeśli zatem wyniki wykładni literalnosłownej nie budzą wątpliwości, nie powinno się sięgać do innych rodzajów wykładni (*clara non sunt interpretanda*). Poza tym warto podkreślić, że udo-

22 Sygn. P 3/00, OTK-A 2000/5/138.

23 M. Wojciechowski, *Pewność prawa*, Gdańsk 2014, s. 10.

24 M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 198.

stępnianie dokumentacji osobom trzecim stanowi wyjątek od zasady zachowania tajemnicy medycznej i ochrony prywatności pacjenta. Wyjątków zaś nie powinno się interpretować rozszerzająco. Nie zmienia to jednak faktu, że analizowana regulacja została sformułowana niewłaściwie. Nie ma bowiem merytorycznych podstaw, by różnicować sposoby udostępniania DM [dokumentacji medycznej – J. Ciechorski] osobie upoważnionej za życia i po śmierci pacjenta.”²⁵

Co do zasady stanowisko wyrażone w omawianym wyroku zaakceptował w głosie M. Nesterowicz. Glosator wskazał przede wszystkim na argumenty prawnoporównawcze (Przywołał regulacje prawa: angielskiego, niemieckiego, czeskiego, słowackiego, słoweńskiego, węgierskiego), jednakże wnioski wypływające z porównania polskiej regulacji z unormowaniami krajów europejskich – w moim przekonaniu należy potraktować jako postulat *de lege ferenda*, nie zaś interpretację obowiązujących przepisów.²⁶ Wydaje się, że pogląd prezentowany w powyższym orzeczeniu aprobuje G. Ladrowska, która wskazuje, że „Osobie upoważnionej do dostępu do dokumentacji medycznej przysługują wszystkie formy korzystania z tego prawa, o których mowa w art. 27. Przyjęcie odmiennego zastrzeżenia prowadziłoby przecież do sytuacji, w których zebranie materiału dowodowego na okoliczność uzasadniająca podejrzenie popełnienia błędu medycznego czy innych zaniedbań w leczeniu byłoby w sposób poważny utrudnione.”²⁷ Jednakże wskazywany przez cytowaną autorkę argument wydaje się być niewystarczający dla nadania temu przepisowi odmiennej treści, niż wyrażona w sposób jednoznaczny w omawianym przepisie, zwłaszcza że osoby zainteresowane uzyskaniem tej dokumentacji mają inne prawne możliwości osiągnięcia

25 R. Kubiak, *Udostępnianie dokumentacji...*, s. e12.

26 M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku NSA z dnia 17 września 2013 r.*, II OSK 1539/13, tegoż *Dostęp osób bliskich do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta*, PS nr 6/2015 s. 140-146.

27 G. Ladrowska, *Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej*, PiM nr 1/2012, s. 14. Do podobnych argumentów odwołuje się M. Nesterowicz w powołanej wyżej głosie do omawianego wyroku.

tego celu.²⁸ Jednocześnie wskazywanie na trudności, jakie mogą spotykać bliscy zmarłego pacjenta w związku z niewydaniem im jego dokumentacji medycznej, prowadzi do nierozróżniania uprawnień uzyskanych w ramach udzielonego przez pacjenta upoważnienia z uprawnieniami własnymi osób uprawnionych w rozumieniu art. 446 k.c.²⁹

Jak wcześniej wskazywałem, Sąd zastosował metodę wykładni systemowej i funkcjonalnej, bowiem jego zdaniem wyniki wykładni językowej budziły uzasadnione wątpliwości. Jednakże problem w tym, iż rezultat zastosowania wykładni językowej wątpliwości nie budzi. Prawdopodobnie jest inny aniżeli oczekiwał Naczelny Sąd Administracyjny, ale niewątpliwy. W przypadku jednoznacznych wyników wykładni językowej nie powinno się dokonywać ich modyfikacji w drodze wykładni systemowej czy funkcjonalnej, bo prowadzi to do zatarcia granicy pomiędzy wykładnią prawa, a jego stanowieniem. Z powyższych względów nie podzielałam stanowiska NSA prezentowanego w tym wyroku.

Kontestacja stanowiska tam wyrażonego co do twierdzeń o możliwości udostępnienia po śmierci pacjenta dokumentacji medycznej osobie upoważnionej we wszystkich formach przewidzianych w art. 27 opiera się na dwóch argumentach. Po pierwsze bezspornym jest, że dokumentacja ta nie stanowi własności pacjenta, a należy do podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych, który ją prowadził. Tym samym korzystanie z niej (poprzez udostępnienie) przez pacjenta

28 Jak trafnie podnosił w postępowaniu zakończonym powołanym wyrokiem NSA dyrektor szpitala, osoby wywołujące skutki z określonej dokumentacji medycznej zmarłego pacjenta mogą ją uzyskać poprzez zastosowanie przez sąd orzekający art. 208 § 1 pkt 2 lub pkt 5 k.p.c., ewentualnie wskutek wytoczenia powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.

29 Na powyższe słusznie zwróciła uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie z dnia 12 stycznia 2011 r. znak RPO-632759-V-11/ST skierowanym do Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych: „Regulacja zawarta w art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta rodzi jednak komplikacje w sytuacji, gdy osoby bliskie zmarłego pacjenta zamierzają dochodzić od zakładu opieki zdrowotnej przysługujących im z mocy obowiązującego prawa roszczeń (np. z tytułu błędów lekarskich), tj. roszczeń o zwrot kosztów leczenia i pogrzebu, rentę, jednorazowe odszkodowanie oraz zadośćuczynienie za krzywdę z powodu śmierci osoby bliskiej (art. 446 k.c.). Wymaga w tym miejscu podkreślenia, iż w tym przypadku najbliżsi członkowie rodziny zmarłego realizują własne uprawnienia, a nie uprawnienia będące przedmiotem sukcesji po zmarłym. Treść art. 446 k.c. wprowadza bowiem wyjątek od zasady, że roszczenia odszkodowawcze przysługują wyłącznie osobom bezpośrednio poszkodowanym, a więc tym, przeciwko którym został skierowany czyn niedozwolony.”

stanowi *sui generis* ograniczenie uprawnień właścicielskich tego podmiotu. Nie powinna zatem budzić wątpliwości możliwość ograniczenia uprawnień pacjenta, czy osoby przez niego upoważnionej. Po drugie - ograniczenie udostępnienia dokumentacji medycznej wyłącznie do wglądu przewidziane w art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta ma również na celu niewykorzystywanie uprawnień przekazanych przez zmarłego pacjenta w celach nie zawsze zgodnych z wolą upoważniającego³⁰. Nie powinno uchodzić uwadze, że w omawianym przypadku, po śmierci pacjenta udzielone upoważnienie z oczywistych względów nie może być odwołane, zmienione, czy nawet zweryfikowane.

W przypadku przyjęcia za słuszne twierdzenia o odrębności upoważnienia od pełnomocnictwa napotyka się istotne trudności w określeniu tej instytucji, albowiem przepisy ustawy o prawach pacjenta w żaden sposób nie regulują instytucji upoważnienia. Oczywiście poza jego treścią, które może wymieniać kumulatywnie wszystkie formy dostępu do dokumentacji medycznej, sam pacjent może upoważnić wyłącznie do określonego sposobu wymienionego w art. 27 ustawy. W razie nieuznawania upoważnienia za szczególny rodzaj pełnomocnictwa nie będzie odpowiednich przepisów, którymi można by „uzupełnić” fragmentaryczne unormowanie zawarte w ustawie o prawach pacjenta. Brak takich regulacji w ustawie może prowadzić do wniosku, że było to zamierzone działanie prawodawcy, który założył, iż do upoważnienia w zakresie nieprzewidzianym w tej ustawie będą miały zastosowanie kodeksowe przepisy o pełnomocnictwie.

Odnosząc się do ograniczenia upoważnienia w dostępie do dokumentacji medycznej, które zostaje ustawowo zawężone po śmierci pacjenta, przede wszystkim podnieść należy, że korzystanie przez upoważnionego

30 Powyższe twierdzenie nabiera szczególnego znaczenia w przypadku pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych w zakresie opieki psychiatrycznej. Jedynie wspomnieć należy, że art. 50 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2011 r., Nr 231, poz. 1375 ze zm.), w którym to ustawodawca wprowadził szczególną regulację (obostrzoną) ochrony tajemnicy informacji dotyczących zdrowia psychicznego pacjenta. Przepis art. 50 ust. 2 tej ustawy określający podmioty uprawnione do uzyskania danych o stanie zdrowia pacjenta niewątpliwie ma charakter szczególny w stosunku do art. 26 ust. 3 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

z udostępnienia dokumentacji medycznej jest wyłącznie refleksem, pochodną uprawnienia pacjenta (mocodawcy) – jak w przypadku każdego pełnomocnictwa. Jednocześnie pacjent udzielający upoważnienia jest prawnie ograniczony w możliwości przekazania swoich uprawnień: nie może ustanowić w upoważnieniu innych form dostępu do dokumentacji medycznej niż określone w art. 27, a udzielając upoważnienia do udostępniania po jego śmierci może umożliwić jedynie wgląd (art. 26 ust. 2). W sytuacji udzielenia upoważnienia do dostępu do dokumentacji medycznej zarówno za życia, jak i po śmierci pacjenta, upoważnienie to z chwilą śmierci pacjenta z mocy prawa ulega ograniczeniu do prawa wglądu. Jednocześnie korzystanie przez upoważnionego z przyznanego uprawnienia nie wyłącza możliwości w tym samym czasie korzystania w pełnym zakresie przewidzianym w art. 27 przez pacjenta. Nie powinno budzić wątpliwości, że pacjent może udzielić nieograniczonej liczby tego rodzaju upoważnień. Jednocześnie uprawnienia osób wskazanych w art. 26 ust. 1 nie są względem siebie konkurencyjne ani nie wyczerpują się przez jednorazowe skorzystanie.

Jednakże podzielam poglądy Naczelnego Sądu Administracyjnego dotyczące skuteczności udzielonego upoważnienia wobec wszystkich podmiotów leczniczych, w których pacjent miał lub będzie mieć udzielone świadczenia. Rację ma Sąd, że z obowiązujących przepisów w żadnym razie nie można wyprowadzić twierdzenia, iżby skuteczność upoważnienia odnosiła się wyłącznie do świadczeniodawcy, który odebrał oświadczenie pacjenta. Twierdzenie to należy jednak opatrzyć bardzo istotnym zastrzeżeniem: o ile nic innego nie wynika z treści upoważnienia. Pacjent może w ustanowionym upoważnieniu zarówno potwierdzić dotychczasowe upoważnienia, jak i je uchylić, ale również ograniczyć zakres adresatów jego skuteczności do określonego świadczeniodawcy oraz przedmiotowy - do określonej formy udostępnienia dokumentacji medycznej.

Samodzielność jurysdykcyjna organów orzekających w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarza i lekarza dentystry

Artykuł przedstawia polemikę z ugruntowanym – szczególnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego – poglądem, iż organy orzekające w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej, którym to organem jest również okręgowy sąd lekarski, nie mają prawa samodzielnie ustalać, czy dane zachowanie, realizujące znamiona przewinienia służbowego, stanowi jednocześnie przestępstwo.

Problematyka samodzielności jurysdykcyjnej organów orzekających w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, zwanej częściej dyscyplinarną¹, należy do bardziej kontrowersyjnych w obrębie zagadnień związanych z tym rodzajem odpowiedzialności o charakterze represyjnym, i to pomimo oczywistości stwierdzenia, że jest to całkowicie odrębny rodzaj odpowiedzialności od odpowiedzialności określanych zbiorczą nazwą karnej, cywilnej czy administracyjnej. O tym, że odpowiedzialność dyscyplinarna ma charakter punitivny, także nie trzeba nikogo przekonywać. W kwestii tej wypowiedział

1 W sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej różnych grup zawodowych lub profesji, orzekają rozmaite organy często nazywane sądami (np. Okręgowy Sąd Pielęgniarek i Położnych, Okręgowy Sąd Lekarski czy Okręgowy Sąd Dyscyplinarny Okręgowej Izby Radców Prawnych). Niekiedy jednak noszą one inne nazwy (np. Komisja Dyscyplinarna Służby Cywilnej, czy komisja dyscyplinarna dla nauczycieli).

się wielokrotnie Trybunał Konstytucyjny², ale przede wszystkim dowodzi tego fakt, iż na jej gruncie stosuje się normy prawne i zasady obowiązujące w „powszechnej” procedurze karnej, a także niektóre przepisy prawa karnego materialnego³. W postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej członków izb lekarskich odpowiednio zastosowanie znajduje wobec tego również art. 8 k.p.k., który wyraźnie stanowi, że sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu. Prawo to służy wobec tego również organom (sądom dyscyplinarnym) orzekającym w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy i lekarzy dentystów.

Rodzi się pytanie, z jakich to więc powodów najwyższa instancja sądownicza, a za nią część doktryny⁴, konsekwentnie przyjmuje, że organ ten nie ma prawa samodzielnie ustalać, czy dany czyn, będący przedmiotem postępowania dyscyplinarnego „stanowi jednocześnie przestępstwo”⁵? Pogląd taki wyrażony został m.in. w historycznej już dziś uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2006 r.⁶, a następnie powtórzony w wielu późniejszych orzeczeniach SN dotyczących tego zagadnienia.⁷ Z oczywistych powodów ma więc bardzo duży

2 Patrz: wyrok TK z dnia 17 II 2004 r. (SK 39/02), wyrok z dnia 19 III 2007 r. (K. 47/05), wyrok z dnia 6 XI 2012r. (K 21/11), wyrok z dnia 2 października 2013 r. (SK 10/13). Również M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa 1994, s. 22-23.

3 Zgodnie z treścią art. 112 pkt 2 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (Dz. U. z 2009 r. Nr 219, poz. 1708 ze zm.) w sprawach nieuregulowanych w ustawie stosuje się przepisy rozdziału I-III i art. 53 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. Należy dodać, że chociaż przepis ten w pkt 1, w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. stanowił, że w sprawach nie uregulowanych w ustawie, do postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego dotyczące postępowania uproszczonego, to również na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego nie sposób było twierdzić, że nie miały zastosowania także inne przepisy Kodeksu postępowania karnego, bez których stosowanie trybu uproszczonego byłoby zwyczajnie niemożliwe.

4 Np. W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012.

5 Inne ustawy, w szczególności regulujące problematykę odpowiedzialności dyscyplinarnej „zawodów” prawniczych takich jak adwokaci, radcowie prawni, czy notariusze, a także ustawa o ustroju sądów powszechnych posługują się sformułowaniem „realizuje znamiona przestępstwa”, z czego jednak – moim zdaniem – nie można wyciągać zbyt daleko idących wniosków. Por. A. Bojańczyk, T. Razowski, *Konsekwencje procesowe przewinienia dyscyplinarnego będącego przestępstwem*, Prok. i Pr. Nr 11- 12 /2009.

6 I KZP 8/06, OSMKW z.10/2006, poz. 87.

7 Jako przykład można wskazać całkiem „świeży” wyrok SN z dnia 9 września 2013 r. (SDI 26/13), czy wcześniejszy z dnia 10 czerwca 2008 r. (SNO 40/08, Lex 829170) oraz postanowienie SN z dnia 21 kwietnia 2009 r. (SNO 26/09, Lex nr 707923)

wpływ na praktykę organów orzekających o odpowiedzialności zawodowej - dyscyplinarnej, również pozostałych profesji „medycznych”⁸. Poniższe uwagi mają na celu wykazanie, że wyrażony w uzasadnieniu powołanej uchwały, a dotyczący wykładni art. 118 § 4 ustawy o sądach powszechnych⁹ pogląd ten nie wytrzymuje jednak krytyki, o czym przekonuje chociażby wspomniane już opracowanie A. Bojańczyka i T. Razowskiego, ale też stanowisko zajęte w tej kwestii przez wielu innych autorów opowiadających się za tzw. koncepcją systemową.¹⁰ Moim celem jest wykazanie, że przede wszystkim oparty został on na nazbyt powierzchownej analizie zagadnienia, jakim jest wpływ orzeczeń sądów karnych na postępowanie dyscyplinarne.

Zasadnicze znaczenie w obrębie tej tematyki ma znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy istotnie o tym, że dany czyn, będący deliktem dyscyplinarnym, jest przestępstwem w rozumieniu art. 64 ust. 4 ustawy o izbach lekarskich, ale i art. 118 § 4 u.s.p., musi przesądzać wyrok sądu powszechnego – oczywiście skazujący – aby doszło do przedawnienia terminu przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego. W powołanej uchwale z dnia 28 września 2006 r., Sąd Najwyższy argumentował: Rozważając kwestię art. 108 § 4 u.s.p., na wstępie należy stwierdzić, że na gruncie Kodeksu karnego pojęcie przestępstwa występuje w dwóch znaczeniach, gdyż jest rozumiane jako odpowiednik terminu „czyn zabroniony” (tj. realizujący znamiona opisu wyrażonego w typie czynu zabronionego zagrożonego w ustawie karnej określoną karą) albo też jako „czyn spełniający wszystkie przesłanki

8 Mam tu na myśli postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej pielęgniarek (art. 46 ust. 4 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych – Dz. U Nr 174, poz. 1038), czy lekarzy weterynarii (art. 56 ust. 2 ustawy z dnia 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko weterynaryjnych – tekst jedn. Dz. U z 2014 r., poz. 1509).

9 Dz. U. Z 2001 r., Nr 98, poz. 1070 ze zm.

10 Zwolennikami tej koncepcji opierającej się na spostrzeżeniu oczywistego faktu, że czyny wypełniające znamiona przestępstwa (przestępstwa skarbowego) mogą także ulegać represji dyscyplinarnej, jednak ze względów zasadniczych (spójność systemu prawnego) nie powinny się przedawniać wcześniej niż przestępstwa, bo niejednokrotnie prowadziłyby to do zablokowania drogi dyscyplinarnej w sprawach poważnych, jest oprócz A. Bojańczyka i T. Razowskiego również D. Korczyński, *Zbieg odpowiedzialności dyscyplinarnej z odpowiedzialnością karną lub za wykroczenia* (w:) P. Józwiak, W. St. Majchrowicz, (red.) *Odpowiedzialność dyscyplinarna w Policji*, Piła 2011, B. Janusz – Pohl, *W kwestii przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego studenta*, „Ius Novum” z. 4/2013.

przestępności”¹¹. Opowiadając się za drugim znaczeniem tego terminu SN wyraził pogląd, że odmienna interpretacja „prowadziłaby też do sytuacji, w której pomimo braku przesłanek przestępności, dopuszczalne byłoby prowadzenie w takiej sytuacji postępowania dyscyplinarnego (zaistnienie okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną nie skutkowałoby umorzeniem odpowiedzialności dyscyplinarnej z powodu przedawnienia, gdyż art. 108 § 4 u.s.p. wydłużający okres przedawnienia przy tej koncepcji miałby nadal zastosowanie)”. Zdaniem Sądu brak potwierdzenia, iż dany czyn jest jednocześnie przestępstwem (wydany został wyrok uniewinniający lub umorzono postępowanie), czyni zbędnym prowadzenie postępowania dyscyplinarnego, które w takiej sytuacji winno ulec umorzeniu. Pogląd ten niewątpliwie jest błędny, a z całą pewnością nie jest tak w każdym przypadku, o czym przekonuje chociażby treść art. 18 § 2 k.p.k., wyrażającego uprawnienie sądu karnego do przekazywania sprawy „sądowi społecznemu lub innemu organowi właściwemu do rozpoznawania spraw tego rodzaju” w wypadku uznania, że sprawca naruszył swym czynem obowiązki służbowe lub zasady współżycia społecznego.

Aby to w pełni wyjaśnić, już w tym miejscu należy powiedzieć, że „okolicznościami wyłączającymi odpowiedzialność karną”, są tzw. ujemne przesłanki procesowe, których wystąpienie – w myśl art. 17 k.p.k. – skutkuje umorzeniem postępowania¹². Doktrynalnie dzieli się je na formalne i materialne, co ma m.in. takie znaczenie, że często w przypadku tych pierwszych postępowanie karne nie może się toczyć tylko w określonym układzie procesowym (np. osoba pokrzywdzona nie złożyła wniosku o ściganie, co może jednak zrobić w późniejszym czasie lub uprawniony oskarżyciel nie złożył dotychczas skargi – aktu oskarżenia). Przy zaistnieniu przeszkody o charakterze materialnym (np. czynu nie popełniono), postępowanie zawsze musi zostać

11 Patrz: uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 września 2006 r. I KZP 8/06 w przyp. 6.

12 Przesłanki procesu są synonimem „warunków dopuszczalności procesu”, pojęcia spotykanego w literaturze procesualistycznej. To drugie pojęcie lepiej wyjaśnia istotę „przesłanki”, którą jest stan prawny warunkujący dopuszczalność bądź wszystkich stadiów procesu, bądź tylko niektórych. Bliżej: S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*. Warszawa 2002, s. 442 i n.

zakończone (umorzone lub – gdy zostanie to stwierdzone po przeprowadzeniu rozprawy – wydany wyrok uniewinniający). Powstaje tutaj kwestia, jakie skutki na gruncie odpowiedzialności zawodowej lekarzy i lekarzy dentyków rodzi umorzenie postępowania karnego (wydanie wyroku uniewinniającego), w kontekście możliwości dalszego prowadzenia postępowania dyscyplinarnego o ten sam czyn, realizujący znamiona typu czynu zabronionego jako przestępstwo i przewinienie dyscyplinarne. Z całą pewnością jeżeli powodem takiego orzeczenia jest ustalenie, że czynu nie popełniono lub brak jest danych dostatecznie uzasadniających jego popełnienie (art. 17 § 1 pkt 1), to bezprzedmiotowe staje się również prowadzenie postępowania dyscyplinarnego. Tak zresztą stanowi art. 63 pkt 1 ustawy o izbach lekarskich. Zgoła odmiennie zagadnienie to będzie się przedstawiać w przypadku kolejnej przesłanki materialnej, opisanej w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Przepis ten jako przeszkodę we wszczęciu, ale i kontynuowaniu postępowania karnego, wskazuje brak realizacji przez czyn znamion danego typu czynu zabronionego¹³, a także sytuację, gdy ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. Zatrzymamy się na chwilę nad tą problematyką, ponieważ wskazane wyżej przeszkody są wyjątkowo różnicowane, czego nie oddaje treść powołanego przepisu. Jest jeszcze inny powód. Już samo bliższe przyjrzenie się sytuacji, gdy ze względu na fakt, że dany czyn nie wypełnia tzw. ustawowych znamion typu czynu zabronionego, a w konsekwencji postępowanie karne zostaje umorzone (ewentualnie domniemany sprawca uniewinniony) pokazuje, że pogląd

13 Zakaz określonego postępowania, stanowiący przestępstwo, względnie wykroczenie, a także przewinienie dyscyplinarne, musi być ujęty w formie normy generalnej i abstrakcyjnej, co stanowi wyraz realizacji jednej z podstawowych funkcji prawa karnego, jaką jest zabezpieczenie jednostki przed ingerencją w jej prawa przez władzę pod pretekstem wykonywania funkcji ochronnej. W prawie karnym, gdzie ingerencja państwa dotyczy tak zasadniczych praw jednostki jak wolność, cześć, majątek, zakaz dokonywania określonych zachowań, z którego przekroczeniem wiąże się kara, musi być ściśle określony w ustawie, a ewentualne doprecyzowanie może być przedmiotem regulacji w akcie o randze podstawowej. Wymóg określoności czynu zabronionego przez ustawę musi być rozpatrywany więc zarówno na płaszczyźnie normy sankcjonowanej nakazującej lub zakazującej określonych zachowań (ingerencja w sferę wolności człowieka i obywatela), jak i na płaszczyźnie normy sankcjonującej (kompetencji dla władzy publicznej do wkraczania w sferę praw podstawowych osoby popełniającej przestępstwo). Tak więc to ustawa musi w sposób maksymalnie ścisły opisywać zakazane przez prawo zachowanie. Opis ów, określany mianem „typu czynu zabronionego” następuje za pomocą znamion charakteryzujących czyn naruszający normę sankcjonowaną, jako społecznie szkodliwy w stopniu uzasadniającym kryminalizację. Por: A. Zoll, *Kodeks karny, Część ogólna...*, op. cit., s. 40.

SN zawarty w uchwale z dnia 29 września 2006 r. nie zasługuje na aprobatę. Opisując rzecz w koniecznym, z uwagi na krąg odbiorców uproszczeniu, norma prawna zakazująca danego zachowania pod groźbą kary – wbrew powszechnemu mniemaniu – nie zakazuje wszelkich zachowań określonego typu, nawet jeżeli nie są one społecznie akceptowane. Gdyby tak było, doszłoby do zaniku funkcjonowania życia społecznego¹⁴. Dobra prawne, które są przedmiotem ochrony prawa karnego, funkcjonując w tzw. obrocie prawnym z oczywistych powodów są narażone na niebezpieczeństwo naruszenia lub nawet zniszczenia. Uzasadniony udziałem w tym obrocie stopień zagrożenia powstaniem takich skutków musi być jednak akceptowany lub co najmniej społecznie tolerowany. Sprzeczny z normą prawną będzie więc tylko taki czyn, który naraża na niebezpieczeństwo dobro prawne lub je narusza i jednocześnie łamie wykształconą przez wiedzę i doświadczenie regułę postępowania z tym dobrem¹⁵. Nie będzie czynem bezprawnym zabieg skutkujący śmiercią pacjenta, jeżeli został przeprowadzony w sposób zgodny z obowiązującymi w tym względzie regułami. Najczęściej ustawa pod groźbą kary (kwalifikując jako przestępstwo) zakazuje zachowań ryzykownych ponad akceptowalną miarę tylko wtedy, gdy sprawca łamie owe reguły w sposób umyślny (np. lekarz przerywa ciążę za zgodą pacjentki, jednak świadomie naruszając

14 A. Zoll, *Kodeks karny, Część ogólna...*, op. cit., s. 26,

15 Osiągnięta wiedza o naturze danego dobra prawnego i zdobyte doświadczenie z obchodzeniem się z danym dobrem pozwalają określić reguły postępowania o charakterze technicznym. Te reguły postępowania dotyczą trzech zagadnień: kwalifikacji podmiotu wchodzącego w konflikt z dobrem prawnym, cech narzędzia używanego w kontakcie z dobrem prawnym i sposobu wykonania czynności w kontakcie z tym dobrem. Sprzeczny z normą sankcjonowaną będzie tylko taki czyn, który naraża na niebezpieczeństwo dobro prawne lub je narusza i jednocześnie narusza wykształconą przez wiedzę i doświadczenie regułę postępowania z tym dobrem prawnym: A. Zoll, *Kodeks karny, Część ogólna...*, op. cit., s. 26. To oznacza, że karalność zachowania naruszającego reguły postępowania z danym dobrem prawnym nie dotyczy jedynie typów czynów zabronionych charakteryzujących się nieumyślnością.

przepisy ustawy – art. 152 k.k.)¹⁶. Względy gwarancyjne¹⁷ niekiedy jednak nakazują udzielać szerszej ochrony określonym dobrom prawnym wprowadzając – obok karalnego umyślnego zachowania – nieumyślny typ czynu zabronionego (jest tak w przypadku chociażby art. 156 § 2 k.k.). Ustawa zawiera wówczas tzw. klauzulę nieumyślności. Jeżeli lekarz nie udziela pomocy pacjentowi, który znajduje się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, błędnie sądząc, że pomoc taka niezwłocznie zostanie mu udzielona przez innego lekarza – specjalistę (względnie zespół lekarzy), to chociaż może zostać uniewinniony od popełnienia występku z art. 162 § 1 k.k. (ponieważ jego zachowanie nie wyczerpało znamion typu czynu zabronionego, który jest typem umyślnym), to i tak z dużym prawdopodobieństwem zostanie pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej, ponieważ zachował się nieetycznie. Ujmując rzecz inaczej, chociaż ustawodawca nie zdecydował się na poszerzenie odpowiedzialności karnej na nieumyślne przypadki nieudzielenia pomocy osobie znajdującej się w sytuacji zagrażającej jej życiu i lekarz, który się tak zachowa, nie poniesie odpowiedzialności karnej, to wcale nie oznacza, że jego postępowanie nie może być przedmiotem oceny z punktu widzenia zasad etyki lekarskiej. Tradycyjnie do okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną zalicza się tzw. kontratypy¹⁸ oraz błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (art. 28 §

16 Jest rzeczą oczywistą, że dobrem prawnym, któremu ochrony udziela art. 152 k.k., jest życie dziecka w fazie prenatalnej od chwili poczęcia. Ze względu na jego specyfikę, do reguł obchodzenia się z tym dobrem należy zaliczyć także i te, które dopuszczają naruszenie owego dobra. Określone zostały w przepisach ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.). Czyn polegający na pozbawieniu życia dziecka w fazie prenatalnej, zgodny z zawartymi w ustawie zasadami, nie jest więc czynem karalnym (nie realizuje znamion typu czynu zabronionego). Odpowiedzialności za występki z art. 152 k.k. podlega więc tylko ten, kto w sposób zamierzony (w zasadzie z zamiarem tak bezpośrednim jak i wynikowym), realizuje wszystkie desygnaty składające się na opis strony przedmiotowej tego typu czynu zabronionego.

17 Funkcja ochronna prawa polega na zabezpieczeniu ważnych dla rozwoju jednostki i funkcjonowania społeczeństwa dóbr przed atakami na nie ze strony osób naruszających normy prawne; A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*..., op. cit., s. 34

18 Mowa o sytuacjach, które powodują, że pomimo realizacji znamion typu czynu zabronionego nie dochodzi do popełnienia przestępstwa. W rozdziale III Kodeksu karnego zostały zebrane najbardziej typowe okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną. Mogą być one określone w innych rozdziałach, a nawet w innej ustawie, jak np. ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (rozdział 4 poświęcony jest eksperymentowi medycznemu).

1 k.k.)¹⁹. Również brak winy, jednego elementów struktury przestępstwa, skutkuje wyłączeniem odpowiedzialności karnej. Ustawa stanowi bowiem, że sprawca nie popełnia wówczas przestępstwa (art. 1 § 3 k.k.). Charakter okoliczności skutkujących oceną, że lekarz nie ponosi winy, ponieważ nie był w stanie sprostać nakazowi lub zakazowi wyrażonemu w normie prawnej (np. ratując życie pacjenta nie mógł pomóc innemu, którego stan w tym czasie nie zagrażał jeszcze życiu), zwykle nie będzie skutkować negatywną oceną z punktu widzenia zasad etyki lekarskiej. Umorzenie postępowania lub wydanie wyroku uniewinniającego w takiej sytuacji spowoduje również umorzenie postępowania dyscyplinarnego, oczywiście jeżeli zostało wcześniej wszczęte. Dotyczy to także tych przypadków, gdy pomimo realizacji znamion typu czynu zabronionego sprawca nie poniesie odpowiedzialności (np. zabicie człowieka w obronie koniecznej lub spowodowanie uszczerbku na zdrowiu uczestnika eksperymentu medycznego przeprowadzonego zgodnie z zasadami opisanymi w rozdziale 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty)²⁰. Inaczej może jednak być w sytuacji określonej w art. 26 § 5 w zw. z § 1 k.k., która również należy do okoliczności wyłączających bezprawność. Wypełnienie obowiązku w stosunku do dobra o większej wartości kosztem dobra o wartości niższej, jakkolwiek należy ciągle traktować jako zachowanie legalne, to w konkretnej sytuacji ocena takiego zachowania z punktu widzenia zasad etyki nie musi być wcale jednoznaczna. Lekarz, stojący przed wyborem, czy ratować życie dorosłego człowieka, którego stan jest bardzo ciężki i dziecko w stanie lżejszym, choć także zagrażającym życiu, niewątpliwie udzieli pomocy pacjentowi, który pomocy tej bardziej potrzebuje. Ratowanie dorosłego pacjenta, gdy w tym czasie stan dziecka uległ powiedzmy pogorszeniu, może być jednak powodem zarzutu popełnienia deliktu dyscyplinarnego. Tym bardziej

19 Błąd co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo umyślne. Inaczej, niż w przypadku kontratypów sprawca nie realizuje znamion strony podmiotowej. Posługując się podanym wcześniej przykładem: jeżeli lekarz nie ma świadomości, że pacjent znajduje się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, nie może odpowiadać za przestępstwo z art. 162 § 1 k.k.

20 Ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. (tekst jedn. Dz. U z 2015 r., poz. 464)

może narazić się na odpowiedzialność dyscyplinarną lekarz, który ratował jednego z pacjentów w sytuacji opisanej w art. 26 §5 w zw. z § 2 k.k. (ratował dobro, które nie przedstawiało wartości oczywiście wyższej od tego, które poświęcił). Ustawa wyraźnie zaś stanowi, że i w takiej sytuacji sprawca nie ponosi winy. Powyższa uwaga dotyczyć będzie w zasadzie wszystkich okoliczności, które powodują wyłączenie winy (art. 26 § 2, art. 29 oraz art. 30 k.k.). Kodeks karny także w innych miejscach stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa (np. art. 157a § 2, art. 162 § 2 czy art. 213 § 1 i § 2). Wspólną cechą owych regulacji jest to, że w każdym przypadku o istnieniu podstaw do pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej sprawcy czynu zabronionego, który nie popełnia przestępstwa (gdyż zaszły okoliczności opisane w tych przepisach), decydować będą indywidualne okoliczności zdarzenia. Podobnie będzie w sytuacjach, które skutkują stwierdzeniem, że sprawca nie podlega karze (art. 17 § 1 pkt 4). Pomimo umorzenia postępowania lub wydania wyroku uniewinniającego, rzecznik odpowiedzialności dyscyplinarnej najczęściej znajdzie wówczas powody, by pociągnąć do odpowiedzialności dyscyplinarnej lekarza, który np. odstąpił od czynu zabronionego, albo okazał tzw. czynny żal. W konsekwencji, jeżeli zostało już wszczęte postępowanie dyscyplinarne, orzeczenie sądu karnego nie powinno spowodować umorzenia postępowania. Jeszcze mniej wątpliwości rodzić będą zachowania oceniane jako społecznie szkodliwe w stopniu znikomym (art. 17 § 1 pkt 3). Kryteria oceny stopnia społecznej szkodliwości danego czynu zamieszczone zostały w art. 115 § 2 k.k. i chociaż słusznie zwraca się uwagę, że nie ma jakiejś uniwersalnej i łatwej metody pomiaru społecznej szkodliwości poszczególnych czynów zabronionych, a o poziomie przesądzającym karygodność świadczy już samo ustawowe zagrożenie karą, to w indywidualnym przypadku ocena taka może być jednak uzasadniona. Gdy z punktu widzenia odpowiedzialności dyscyplinarnej spojrzymy na czyn uznany za społecznie szkodliwy w stopniu znikomym, to ponieważ zachowanie sprawcy – lekarza realizowało

komplet znamion strony przedmiotowej, ale i podmiotowej²¹ określonego typu czynu zabronionego, zazwyczaj będą istniały podstawy, aby oskarżyć go o popełnienie deliktu dyscyplinarnego; co zresztą dostrzeżga sam ustawodawca.

Mniej trudności nastręcza analiza przesłanek o charakterze formalnym, choć i tutaj pojawiają się wątpliwości odnośnie do tego, jakie skutki może rodzić zaistnienie określonej przeszkody procesowej. Oczywiście, jeżeli sprawca zmarł (art. 17 § 1 pkt 5) lub nastąpiło przedawnienie karalności przestępstwa (art. 17 § 1 pkt 6), nie ma powodów, by wszczynać lub kontynuować postępowanie dyscyplinarne. Żadnych wątpliwości nie budzi również sytuacja, gdy zaistnieją przeszkody, o których mowa w art. 17 § 1 pkt 7. Tu jednak przeciwnie - ponieważ fakt popełnienia przestępstwa został już wcześniej stwierdzony - to jakkolwiek postępowanie karne o ten sam czyn zostanie umorzone (względnie nigdy nie zostanie wszczęte), nie ma przeszkód, by organ prowadził postępowanie dyscyplinarne wobec sprawcy takiego czynu realizującego znamiona deliktu dyscyplinarnego. Lekarz, inaczej niż przedstawiciele innych profesji podlegający odpowiedzialności dyscyplinarnej, zasadniczo nie może być osobą, która nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych, chyba że sprawuje funkcję posła, senatora lub jest eurodeputowanym (art. 17 § 1 pkt 8)²². Może powstać

21 W zasadzie chodzi o zamiar w obu jego postaciach (bezpośredni i wynikowy).

22 Istota wąskiego immunitetu, który chroni np. adwokatów, radców prawnych, notariuszy czy prokuratorów polega na tym, że nie ponoszą oni odpowiedzialności karnej wyłącznie za nadużycie wolności słowa w procesie, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego zniewagę (zniesławienie). Za takie zachowanie odpowiadają jednak dyscyplinarnie. Lekarz może korzystać z immunitetu, który często nazywany jest materialnym tylko wówczas, gdy sprawuje funkcję posła lub senatora. Przepis art. 105 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że poseł, a zgodnie z art. 108 Konstytucji RP senator nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za swoją działalność wchodzącą w zakres sprawowania mandatu ani w czasie jego trwania, ani po jego wygaśnięciu. SN orzekł, iż immunitet parlamentarny, wyłączający odpowiedzialność karną posła za działania wynikające z wykonywania mandatu, odnosi się nie tylko do jego udziału w obradach i pracach Sejmu oraz komisji sejmowych, ale dotyczy także jego działalności zewnętrznej (poza Sejmem), jeżeli mieści się ona w granicach realizacji funkcji członka parlamentu (I KZP 40/93, OSNKW nr 3-4/1994, poz. 18), z uwagami P. Czarnego i B. Nalezińskiego, (głosa do wyroku SN z dnia 16.II.1994 r., PiP nr 9/1994), Powyższa wykładnia Sądu Najwyższego znalazła odzwierciedlenie w ustawie z 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 7, poz. 29 z późn. zm.). Statuując w art. 6 ust. 1 immunitet materialny posła i senatora, cytowany przepis w ust. 2 precyzuje pojęcie „działania wynikające z wykonywania mandatu”. Obejmują one: zgłaszanie wniosków, wystąpienia lub głosowania na posiedzeniach Sejmu, Senatu lub Zgromadzenia Narodowego oraz ich organów, na posiedzeniach klubów, kół i zespołów poselskich, senackich lub parlamentarnych, a także inne działania nieodłącznie związane z wykonywaniem mandatu posła lub senatora.

jednak pytanie, czy jeżeli tak będzie, to w przypadku popełnienia czynu sprzecznego z zasadami etyki, lekarz – poseł lub senator poniesie odpowiedzialność dyscyplinarną. Moim zdaniem tak, ponieważ w przypadku, gdyby dopuścił się występku dyscyplinarnego, przysługujący mu immunitet chroni go przed odpowiedzialnością karną jedynie za zachowania wchodzące w zakres sprawowanego mandatu. Dopuszczając się czynu, który nie mieści się w zakresie czynności związanych z wykonywaniem mandatu, ponosi odpowiedzialność, choć oczywiście w konkretnych przypadkach może być bardzo trudno jednoznacznie stwierdzić, że dane zachowanie wykraczało poza ten zakres. W związku z tym należy rozważyć kwestię braku wymaganego zezwolenia na ściganie, o czym mowa w art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. Jak wspomniałem, tylko wyjątkowo może być to przeszkodą w prowadzeniu postępowania karnego przeciwko lekarzowi. Choć brak w tym względzie jasnej regulacji, to należy wyrazić pogląd, że w takim przypadku postępowanie dyscyplinarne także nie może się toczyć dopóty, dopóki Sejm lub Senat nie wyrazi zgody na uchylenie immunitetu. Jakkolwiek więc w art. 105 ust. 2 Konstytucji oraz w art. 7 ust. 1 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora mowa jest o odpowiedzialności karnej, to jak się wydaje, zakaz ten dotyczy także odpowiedzialności dyscyplinarnej²³. O wiele większe znaczenie w praktyce ma inna przeszkoda formalna, jaką jest brak wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej. W kodeksie karnym istnieje wiele przestępstw, których ściganie uzależnione jest od złożenia takiego wniosku²⁴. Dalsze postępowanie prowadzone jest wówczas z urzędu (art. 12 § 1 k.p.k.). Jak była już o tym mowa, jest to „brak”, który może zostać uzupełniony, a decyzji o umorzeniu postępowania w sytuacji, gdy pokrzywdzony z jakichś powodów nie złożył wniosku, nie należy traktować na

23 Odmienne: A. Bień – Kacała, glosa do wyroku TK z dnia 28 XI 2001 r. (Kw.Pr.Public. nr 4/2001 r.)

24 Są to przestępstwa z art. 160 § 5, art. 161 § 3, art. 190 § 2, art. 192 § 2, art. 205 w zw. z art. 197, art. 205 w zw. z art. 198, art. 205 w zw. z art. 199 § 1, art. 209 § 2, art. 266 § 3, art. 267 § 4, art. 268 § 4, art. 288 § 4, art. 300 § 4, art. 303 § 4, art. 305 § 3 k.k.. Oprócz nich występują przestępstwa, których ściganie także uzależnione jest od wniosku pokrzywdzonego, jednak tylko wtedy, gdy domniemanym sprawcą jest osoba najbliższa dla pokrzywdzonego. Są to występkі z art. 157 § 5, art. 177 § 3, art. 278 § 4, art. 279 § 2, art. 284 § 4, art. 285 § 2, art. 286 § 4, art. 287 § 3, art. 289 § 5, art. 290 § 1 w zw. z art. 278 § 4 k.k.

równi z orzeczeniem, gdzie powodem umorzenia postępowania jest np. fakt, że czynu nie popełniono²⁵. Trzeba wobec tego stwierdzić, że choć postępowanie karne zostanie umorzone (lub nawet nie zostanie wszczęte), ponieważ pokrzywdzony z tych lub innych powodów nie zdecydował się wystąpić z wnioskiem o ściganie sprawcy, zazwyczaj będą istniały powody do wszczęcia lub kontynuowania postępowania dyscyplinarnego²⁶. Nie będzie za to przeszkodą do wszczęcia, ale i dalszego prowadzenia postępowania dyscyplinarnego, gdy brak jest skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 17 § 1 pkt 9), niezależnie od tego, czy jest to oskarżyciel publiczny – prokurator, lub inny uprawniony podmiot²⁷ – ewentualnie tzw. oskarżyciel posiłkowy względnie osoba pokrzywdzona czynem ściganym z oskarżenia prywatnego. Lekarz, który dopuścił się zniewagi, zazwyczaj zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej, nawet jeżeli znieważony nie wystąpił przeciwko niemu na drogę postępowania karnego. Przepis art. 17 § 1 k.p.k. nie wylicza taksatywnie przeszkód uniemożliwiających wszczęcie i prowadzenie postępowania karnego. Powodem umorzenia może być więc np. brak zgody państwa wydającego (w trybie ekstradycji lub tzw. ENA) na pociągnięcie oskarżonego do odpowiedzialności karnej za czyn, który nie jest objęty zezwoleniem. Jak się wydaje, nie może to być przeszkodą w prowadzeniu postępowania dyscyplinarnego, choć niewątpliwie zagadnienie to wymaga głębszej refleksji.

Na koniec wskazać należy na przywoływany już na wstępie przepis art. 18 § 2 k.p.k., zgodnie z którym jeżeli sąd lub prokurator dopatruje się w czynie przewinienia dyscyplinarnego albo naruszenia obowiązków służbowych lub zasad współżycia społecznego, może odmawiając wszczęcia postępowania lub umarzając je, zwłaszcza z powodu znikomej szkodliwości społecznej czynu, przekazać sprawę innemu

25 Nie można więc zgodzić się z wyrokiem SN z dnia 9 grudnia 2013 r. (SDI 26/13), w którym to orzeczeniu, rozpoznając kasację Sąd umorzył postępowanie stwierdzając, że nastąpiło przedawnienie karalności zachowania stanowiącego przestępstwo z art. 199 § 1 k.k., ponieważ pokrzywdzona nie złożyła wniosku o ściganie, a tym samym czyn ten nie jest przestępstwem.

26 Odmienne: wyrok SN z dnia 9 września 2013 r. (SDI 26/13), Lex elektr. 1376067

27 W sprawach o niektóre przestępstwa oskarżycielem publicznym może być np. strażnik Państwowej Straży Łowieckiej – art. 39 ustawy z 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 127, poz. 1066 z późn. zm.),

właściwemu organowi. Jak zasadnie zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu, powodem przekazania sprawy innemu właściwemu organowi jest np. potrzeba „wdrożenia” postępowania dyscyplinarnego²⁸. Rodzi się uzasadnione pytanie, skoro wszczęciu postępowania dyscyplinarnego nie sprzeciwia się fakt umorzenia postępowania karnego, to fakt ten miałby skutkować prawną niedopuszczalnością prowadzenia postępowania dyscyplinarnego po tym, jak od dnia popełnienia czynu upłynęło pięć lat, a postępowanie umorzono z innych przyczyn niż opisane przede wszystkim w art. § 1 pkt 1, 5 lub 6 k.p.k..

Powyższe argumenty w sposób jednoznaczny dowodzą, że oparty na wspomnianej uchwale z dnia 28 września 2006 r. i przeważający w praktyce organów orzekających w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej pogląd o konieczności umorzenia postępowania w każdej sytuacji, gdy od chwili czynu upłynął termin, o którym mowa chociażby w art. 64 ust. 3 ustawy o izbach lekarskich, a czyn ten nie był przedmiotem postępowania karnego, względnie postępowanie takie umorzono (albo zapadł wyrok uniewinniający) – jest całkowicie błędny²⁹.

28 Tak: T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Kantor Wydawniczy „Zakamycze” 2001, s. 105 i n.

29 Tezę tę opieram nie tyle na własnych doświadczeniach, ile na fakcie, że w uzasadnieniu powołanego już wyroku z dnia 9 września 2013 r. (SDI 26/13) SN wyraził pogląd, że „jedynie prawomocny wyrok sądu powszechnego skazujący za przestępstwo, którego znamiona zawarte są w zarzucanym przewinieniu zawodowym, jest podstawą ustaleń w postępowaniu dyscyplinarnym, że przewinienie takie zawiera znamiona przestępstwa”. Pogląd ten poparty został zaś stanowiskiem, jakie SN zajął w tej kwestii w uchwale wydanej jeszcze w 2006 r. (I KZP 8/06), a więc kształtującej praktykę od prawie dekady. Jak już wspominałem, zważywszy na rangę organu, który wyraził ten pogląd, ma on olbrzymi wpływ na praktykę wszystkich organów orzekających w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, nie tylko dyscyplinarnych sądów lekarskich.

Zapłodnienie *post mortem* w europejskim prawie porównawczym. Przyczynek do oceny polskiej ustawy o leczeniu niepłodności

Uwagi wprowadzające

Problematyka dotycząca zapłodnienia *post mortem*, czyli sytuacji, w której dziecko zostaje poczęte po śmierci swojego rodzica genetycznego przez osobę będącą ze zmarłym w relacji małżeńskiej (lub podobnej), została szeroko omówiona na gruncie legislacji krajowej¹. Jednocześnie z uwagi na istniejące normy prawne, mnogość potencjalnych stanów faktycznych oraz szereg „elementów składowych” takich działań (np. w przedmiocie zgody zmarłego rodzica na pośmiertne wykorzystanie jego gamet) formułowane opinie i rezultaty badań, choć niekiedy różne, często cechuje daleko posunięty sceptycyzm, by nie wspomnieć

¹ Zob. zwłaszcza W. Lang, *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2002; M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji post mortem*, Prawo i Medycyna 2002, nr 1, s. 31-34; J. Ostojka, *Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro*, Prawo i Medycyna nr 2/2012, s. 32-46; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 308-311; T. Smoczyński [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. XII, Warszawa 2011, s. 225-226; B. Walaszek, *O niektórych aspektach prawnych inseminatio artificialis*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1969, nr 1; M. Marszelewski, *Zarys problematyki zapłodnienia post mortem* [w:] *Prawo cywilne w świetle obecnej regulacji i pożądanych zmian*, E. Kabza, K. Krupa-Lipińska (red.), Toruń 2013, s. 101-115; M. Marszelewski, *Zapłodnienie post mortem w wybranych krajach common law*, *Studia Iuridica Toruniensia* 2015, t. XVI, s. 165-195.

o stanowiskach negatywnych czy wprost podkreślanii egoistycznego interesu kobiety, nie liczącej się z dobrem dziecka (np. wdowy pragnącej utrwalić pamięć po zmarłym mężu)². Złożoność zapłodnienia postmortalnego, będącego wszakże prokreacją zastępczą, cechuje się nie tylko wyrazistym odniesieniem do kwestii moralnych, ale również - z prawnego punktu widzenia - wiąże się z głęboką ingerencją w wiele kluczowych instytucji prawnych (np. dziedziczenie ustawowe czy ustalenie pochodzenia), koniecznością redefinicji niektórych pojęć oraz potrzebą zmiany, niekiedy już utartej, wykładni pewnych klauzul generalnych (np. zasad współżycia społecznego bądź zasady dobra dziecka). Owe aspekty i kwestie prawne - z uwagi na obserwowany proces liberalizacji opinii społecznych dotyczących życia rodzinnego - coraz łatwiej jest usprawiedliwiać, co jednak (przy posługiwaniu się pozaprawnymi kryteriami oceny i celową, semantyczną niedookreślonością) niekoniecznie może ułatwiać formułowanie opinii końcowych.

Jednocześnie istotne jest, że omawiane zabiegi mają miejsce, natomiast podejmowane działania, ze względu na zasygnalizowaną trudność, a najczęściej niemożność „usytuowania” tak poczętego dziecka w obrębie oddziaływania określonych norm, znacząco zbliżają się do zagadnienia sztucznego zapładniania kobiet samotnych³. Zaistniała sytuacja rodzi szereg wątpliwości prawnych, które natychmiast znajdują swój aksjologiczny refleks.

Wreszcie trzeba wskazać, iż od pewnego czasu jesteśmy świadkami wzmożonej debaty zarówno na gruncie społecznym, jak i legislacyjnym w przedmiocie medycznie wspomaganey prokreacji *sensu largo*. Jej konsekwencją jest m. in. przyjęcie ustawy o leczeniu niepłodności⁴.

Zapłodnienie postmortalne jest znane wielu ustawodawstwom europejskim. Na podkreślenie zasługuje jednak fakt, iż o ile najczęściej są

2 T. Smoczyński, *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganey prokreacji ludzkiej* [w:] Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji, Poznań 2005, s. 103-105.

3 Pomimo szerokiej dyskusji w tej kwestii, zasygnalizowane działania nie są *expressis verbis* zabronione. Należy jednak podkreślić, że nie cieszą się one aprobatą władz. Przykładem może być „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013 – 2016”, który nie określa statusu prawnego pary mogącej wziąć w nim udział, jednakże ma on zastosowanie jedynie do par, nie zaś do kobiet samotnych.

4 Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności, Dz.U. z 2015 r., poz. 1087, dalej cyt. u.l.n.

to kraje bardziej rozwinięte pod względem kultury prawnej, o tyle jest ono uregulowane również w niektórych europejskich krajach postkomunistycznych (np. Estonia, Węgry). W celu dokonania szczegółowej analizy komparatystycznej omawianego zagadnienia na gruncie ustawodawstw państw europejskich należy przytoczyć przyjęte przez nie rozwiązania. Ponadto konieczne niekiedy jest wyjście poza ramy samej jedynie regulacji normatywnej i wskazanie „tła” towarzyszącego jej kształtowaniu bądź rozstrzygnięć sądowych mających przełomowe znaczenie dla kwestii związanych z zapłodnieniem postmortalnym w danym kraju (*landmark cases*).

Problematyka zapłodnienia *post mortem* na gruncie wybranych systemów europejskich

Francja

W tym kraju miała miejsce jedna z pierwszych spraw dotyczących zapłodnienia *post mortem*, która wywarła bardzo duży wpływ na debatę w przedmiocie takich działań. W 1984 r. Corinne Parpalaix, 23-letnia wdowa, wystąpiła do banku spermy „*Centre d’Étude et de Conservation du Sperme Humain*” – „CECOS” o wydanie nasienia jej męża. Mężczyzna zmarł na raka jądra w 1983 r. Bank spermy odmówił jednak wydania kobiecie gamet, powołując się na brak pisemnej dyspozycji ze strony zmarłego, a także względy etyczne i brak przepisów prawnych regulujących tę kwestię. Wobec powyższego Corinne Parpalaix wystąpiła do sądu, który w wyroku z 1 sierpnia 1984 r.⁵, uwzględnił jej powództwo kwalifikując próbkę ze spermą jako depozyt podlegający zwrotowi do rąk spadkobiercy. Kobieta oraz jej lekarz mieli albo dokonać inseminacji, albo zniszczyć gamety. Ponadto *Tribunal De Grande Instance de Creteil* stwierdził, iż ani przechowywanie nasienia męża i wydanie go po śmierci dawcy, ani sztuczne zapłodnienie wdowy nie jest niedozwolone. Za wskazanym rozstrzygnięciem przemawiał również brak uregulowania przez przepis prawny bądź regulamin. Co więcej takie działanie,

5 T.G.I. Creteil, Aug. 1 1984, Gaz. Du Pal. 1984, 2, pan. Jurisp., 560.

zdaniem sądu, nie godzi w prawo naturalne, gdyż jednym z celów małżeństwa jest prokreacja. Znamienne jest jednak, że sąd nie zastanawiał się nad konsekwencjami prawnymi, jakie mogłyby mieć miejsce w przypadku przyścia na świat dziecka. Ostatecznie powódka, z powodu niewielkiej ilości nasienia, nigdy nie poczęła dziecka⁶.

Powyższe orzeczenie wzbudziło szereg kontrowersji i wywołało we Francji rozbieżne poglądy w kwestii dopuszczalności takich działań.

Po zaistnieniu opisanej sytuacji „CECOS” zdecydował się na wprowadzenie do umów depozytu nasienia klauzuli, zgodnie z którą może być ono użyte (odebrane) tylko przez składającego obecnego i wyrażającego swoją wolę⁷. Klauzula, uznana za zgodną z zasadą swobody umów przewidzianą w art. 1134 k.c.fr., stanowiła podstawę do odrzucenia późniejszego żądania wdowy w sprawie wydania nasienia zmarłego męża (Wyrok *Tribunal De Grande Instance de Toulouse* z 26 marca 1991 r.)⁸. Podobną tezę sformułował Sąd Kasacyjny w wyroku z 9 stycznia 1996 r. (D. 1996 J. 376)⁹.

Problematykę dopuszczalności zapłodnienia *post mortem* ostatecznie uregulowano w Ustawie nr 94 – 654 z 29 lipca 1994 r. w sprawie dawstwa i wykorzystywania składników i produktów ciała ludzkiego, medycznie wspomaganey prokreacji oraz diagnostyki prenatalnej¹⁰. Przepisy tej ustawy zostały wprowadzone do Kodeksu Zdrowia Publicznego („*Code de la Santé Publique*”). Zgodnie z art. L. 152 – 2 wskazanego aktu, techniki wspomaganey prokreacji mogą być zastosowane jedynie w odniesieniu do par żyjących, w wieku prokreacyjnym, które mają status małżeństwa albo konkubinatu (jeżeli para jest w stanie udowodnić przynajmniej dwuletnie, wspólne pożycie). Wobec powyższych rozwiązań należy wskazać, iż wszelkie zapłodnienie

6 G. A. Katz, *Parpalaix c. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Technology*, Harvard Journal of Law & Technology 1998, nr 3, s. 683-687; M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji...*, s. 31-32.

7 M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji...*, s. 32.

8 H. Carvais-Rosenblatt, *De la procréation médicalement assistée à l'assistance médicale a la procréation: les nouvelles dispositions de la loi du 29 juillet 1994*, Gazette du Palais 1994, s. 1186. Cytuję za M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji...*, s. 32.

9 M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji...*, s. 32.

10 *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.*

postmortalne jest we Francji wykluczone. Nie można również utworzyć embrionu z gamet zmarłej kobiety lub mężczyzny. Na mocy art. L. 152 – 4 Kodeksu Zdrowia Publicznego, w przypadku śmierci jednego z partnerów, żyjący partner może zezwolić na użycie istniejącego zarodka innej parze, zgodnie z właściwymi przepisami prawnymi. W literaturze przedmiotu słusznie wskazuje się, iż takie rozwiązanie jest niekonsekwentne, gdyż kobieta, od której embrion pochodzi, może oddać go innej parze, a nie ma prawa domagać się jego zaimplantowania we własnym organizmie¹¹. Ponadto różnicuje się również sytuację prawną embrionu w zależności od tego, czy w chwili śmierci mężczyzny znajduje się jeszcze *in vitro*, czy już *in utero*¹².

Dezaprobatę wobec niedopuszczalności postmortalnego transferu embrionu we Francji wyraził tamtejszy Komitet Konsultacyjny ds. Etyki („*Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*”), który wskazał, że jeżeli decyzja kobiety jest podjęta w warunkach braku psychicznych i społecznych nacisków związanych ze śmiercią męża lub konkubenta, to należy ją uwzględnić¹³.

Hiszpania

Zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 2006 r. o technikach wspomaganey reprodukcji ludzkiej¹⁴, w przypadku pośmiertnego użycia gamet męża przez jego żonę w celu poczęcia dziecka, nie można ustalić ojcostwa takiego mężczyzny, jeżeli dziecko nie jest *in utero* w chwili jego śmierci (art. 9 ust.1). Ponadto zgodnie z art. 9 ust. 2 jeżeli mężczyzna (mąż) wyraził zgodę (np. w testamencie, ale może mieć ona także charakter domniemany wynikający z podjęcia za życia czynności związanych ze wspomaganą prokreacją) na pośmiertne użycie jego gamet, to mogą być one użyte w ciągu 12 miesięcy od dnia jego śmierci, do zapłodnienia jego żony. W takiej sytuacji dziecko

11 M. Gałązka, *Prawo francuskie wobec embrionu in vitro*, Państwo i Prawo nr 6/2000., s. 66.

12 *Ibidem*.

13 Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Réexamen des lois de bioéthique, N° 60 – 25 juin 1998.

14 *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.*

ma pochodzenie małżeńskie wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami (także w przedmiocie dziedziczenia). Art. 9. ust 2 stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 9 ust. 1, zatem generalnie zapłodnienie *post mortem* jest dopuszczalne (w małżeństwie), ale jeżeli ma wywołać określone skutki prawnorodzinne, to mogą powstać one jedynie w sytuacji spełnienia przesłanek przewidzianych w art. 9 ust. 2. Ponadto, na mocy art. 9 ust. 3 stosuje się odpowiednio art. 9 ust. 2 w stosunku do mężczyzny, którego nie łączy z kobietą wykorzystującą jego gamety relacja małżeństwa. Wobec tego w Hiszpanii można dokonać zapłodnienia *post mortem* również jeżeli związek kobiety i mężczyzny nie miał charakteru małżeńskiego, ale tylko w okresie 12 miesięcy od dnia śmierci mężczyzny.

Holandia

Zapłodnienie *post mortem* jest dopuszczalne w Holandii¹⁵. Podstawową zasadą w tej kwestii jest, iż w przypadku śmierci dawcy nasienia albo jednej z osób, z których gamet powstał embrión, sperma lub embrión nie mogą być dłużej przechowywane, chyba że jedna z tych osób wyraziła za życia zgodę na przechowywanie gamet lub embriónu (art. 7 ustawy z dnia 8 listopada 2008 r. o przechowywaniu i wykorzystywaniu tkanek płodowych¹⁶). Jednakże na mocy art. 2 Księgi 1 holenderskiego Kodeksu cywilnego („*Burgerlijk Wetboek*”), postmortalnie poczętemu dziecku nie przysługują prawa spadkowe, ponieważ fikcja prawna, zgodnie z którą jeżeli interes dziecka tego wymaga (w analizowanej kwestii np. prawo sukcesji po zmarłym rodzicu genetycznym), to uważa się je za narodzone, ma zastosowanie jedynie wobec kobiet będących już w ciąży.

15 U. Ahluwalia, M. Arora, *Posthumous Reproduction and Its Legal Perspective*, International Journal of Infertility & Fetal Medicine 2011, nr 1, s. 12.

16 *Wet van 8 november 2001, houdende regels betreffende terbeschikkingstelling en gebruik van foetaal weefsel (Wet foetaal weefsel)*.

Niemcy

Rozwiązanie przyjęte w niemieckiej ustawie z 13 grudnia 1990 r. o ochronie embrionów („*Gesetz zum Schutz von Embryonen*”) jest bardzo ciekawe¹⁷. Zgodnie z § 4. (1) 3 nakłada się karę pozbawienia wolności do lat trzech lub grzywnę na każdą osobę, która dokonuje procedury sztucznego zapłodnienia, jeżeli wie, że nasienie użyte w tych działaniach pochodzi od zmarłego mężczyzny. Ponadto na mocy § 4. (2) kobieta, u której dokonano procedury sztucznego zapłodnienia, nie ponosi odpowiedzialności karnej.

Wobec powyższego wszelkie zapłodnienie postmortalne jest w Niemczech nie tylko zabronione, ale także osoba go dokonująca (lekarz) ponosi odpowiedzialność karną. Z kolei zrezygnowano, zapewne ze względów psychologicznych, z ewentualnego karania kobiety, która pragnie wykorzystać gamety zmarłego mężczyzny w celu poczęcia i narodzenia dziecka. Jej decyzja może być podyktowana emocjami, natomiast lekarz jest profesjonalistą i jego zachowanie podlega ocenie przez pryzmat zupełnie innych wymagań.

Szwecja

Zapłodnienie *post mortem* jest zabronione w Szwecji na mocy ustawy z dnia 18 maja 2006 r. o integralności genetycznej¹⁸, która uchylila ustawę z dnia 14 czerwca o zapłodnieniu pozaustrojowym¹⁹. Zgodnie z Rozdziałem 1 § 2 obowiązującego aktu, ma on zastosowanie m.in. do sztucznej inseminacji oraz do zapłodnienia pozaustrojowego. Na mocy Rozdziału 6 § 1 tej ustawy, inseminacja może być zastosowana tylko wobec kobiety, która pozostaje w związku małżeńskim lub konkubinacie (zarejestrowanym na mocy odpowiednich przepisów), a jej mąż lub partner wyrazi pisemną zgodę na takie działania. Ponadto § 4

17 Zob. M. Gałązka, *Niemiecka ustawa o ochronie embrionów w kontekście polskiej debaty na temat zapłodnienia in vitro*, Przegląd Sądowy 2010, nr 4, s. 98 i n. Autorka szczegółowo analizuje kwestie dotyczące zapłodnienia pozaustrojowego w odniesieniu do niemieckiego porządku prawnego.

18 *Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.*

19 *Lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen.*

Rozdziału 6 w zdaniu drugim stanowi, iż przy dokonywaniu inseminacji nie można wykorzystać nasienia zmarłego dawcy.

Rozdział 7 obowiązującej ustawy dotyczy zapłodnienia pozaustrojowego. W omawianych kwestiach przepisy warunkujące dopuszczalność zapłodnienia *in vitro* są analogiczne do tych, które dotyczą inseminacji, a zatem kobieta musi pozostawać w związku małżeńskim lub partnerskim. Natomiast zgodnie z § 6 zd. 2 powyższego rozdziału, nie można wykorzystać zdeponowanego (zamrożonego) nasienia lub komórki jajowej do zapłodnienia po śmierci dawcy (dawczyni).

Włochy

We Włoszech, zgodnie z ustawą nr 40/2004 z dnia 19 lutego 2004 r.²⁰, nie można przeprowadzać działań mających na celu poczęcie dziecka po śmierci jego rodzica genetycznego. Normy regulujące medycznie wspomaganą prokreację w tym kraju są bardzo restrykcyjne²¹. Wskazuje się, iż zaistniała sytuacja jest wynikiem wielu problemów, z jakimi musiały zmierzyć się tamtejsze sądy. Były to m.in. próby „wyrzekania się” ojcostwa wobec dzieci poczętych w wyniku sztucznej prokreacji, szereg trudnych do rozwiązania kwestii dotyczących zapłodnień *post mortem* (odbywających się metodą inseminacji nasieniem zmarłego mężczyzny), które miały miejsce, czy zagadnienia związane z macierzyństwem matek zastępczych (surogatek). W związku z powyższym zdecydowano się na rygorystyczne regulacje związane chociażby z ustaleniem statusu prawnego dzieci poczętych w wyniku wspomagannej prokreacji (art. 8), czy zakazem „rozwiązania” stosunku rodzicielstwa (art. 9)²². Celem regulacji jest zapewnienie możliwie najlepszej ochrony takim dzieciom.

20 Legge 19 febbraio 2004, n. 40 „*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”.

21 Zob. P. E. Levi Setti, P. Patrizio, *The Italian Experience of A Restrictive IVF Law: A Review*, Journal of Fertilization: In Vitro, IVF Worldwide, Reproductive Medicine, Genetic & Stem Cell Biology 2012, nr 1, <http://www.omicsgroup.org/journals/2165-7491/2165-7491-2-e109.pdf> (dostęp 19 maja 2015 r.). Autorzy szczegółowo analizują włoską ustawę o wspomagannej prokreacji.

22 V. Fineschi, M. Neri, E. Turillazzi, *The new Italian law on assisted reproduction technology (Law 40/2004)*, Journal of Medical Ethics nr 9/2005, s. 536.

Wielka Brytania

Zagadnienie zapłodnienia *post mortem* zostało zawarte w ustawie „*Human Fertilization and Embriology Act 2008*” nowelizującej „*Human Fertilization and Embriology Act 1990*”. Zgodnie z przyjętymi regulacjami (Rozdział 39) po śmierci mężczyzny kobieta może użyć jego spermy lub embrionu, który z niej powstał, w celu poczęcia dziecka. Jednakże zmarły musiał uprzednio wyrazić pisemną zgodę na pośmiertne użycie jego gamet w celu „stworzenia” embrionu lub na pośmiertne umieszczenie w ciele kobiety embrionu powstałego za jego życia z jego gamet²³. Ponadto może on zostać wpisany jako ojciec dziecka w rejestrze narodzin tylko pod warunkiem, że kobieta dokonująca procedury zapłodnienia *post mortem* zgłosi takie żądanie w formie pisemnej do odpowiednich organów ciągu 42 dni od dnia narodzin dziecka²⁴.

Bardzo istotną dla omawianej problematyki na gruncie prawa brytyjskiego była sprawa *Regina v. Human Fertilisation and Embryology Authority*²⁵. W tej sprawie niejaka Pani Blood zgłosiła prośbę o wydobycie spermy z ciała jej męża, który znajdował się w śpiączce, a następnie zmarł. Na mocy obowiązującego ówczasnie prawa (obecnie jest ono w analizowanej kwestii bardzo zbliżone), aby takie działania były legalne, przed pobraniem i zakonserwowaniem spermy, dawca musiał wyrazić na nie pisemną zgodę. Jednakże w opisanym stanie faktycznym takowej zgody nie było. Dlatego twierdzono, iż zamierzone czynności są sprzeczne z prawem. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Sąd Apelacyjny nie przyznały Pani Blood prawa do gamet jej zmarłego męża, wskazując na konieczność jego zgody. Co istotne jednak, Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę na jedno ze swoich dyskrecjonalnych uprawnień, jakim jest ułatwienie leczenia za granicą i powołał się na prawo Wspólnot Europejskich w przedmiocie leczenia transgranicznego. W ten sposób Sąd stworzył jedyny w swoim rodzaju precedens. Cała sprawa została następnie przekazana do odpowiedniej instytucji

23 *Human Fertilization and Embriology Act 2008*, Rozdział 39 (1) (c).

24 *Ibidem*, Rozdział 39 (1) (d) i (e), 39 (3).

25 *Regina v. Human Fertilisation and Embriology Authority*, exp. Blood 1 All ER 687, 35 MBLR 1, CA.

(„*Human Fertilisation and Embryology Authority*”), która umożliwiła Pani Blood na wykorzystanie gamet jej męża w Belgii²⁶.

Omawiając kwestię poczęcia dziecka po śmierci rodzica genetycznego w Wielkiej Brytanii, należy wskazać również Raport Komisji *Warnock*²⁷, który wywarł znaczny wpływ na kształtowanie się tamtejszych rozwiązań prawnych dotyczących analizowanego zagadnienia²⁸. Komisja dała w nim wyraz swojej dezaprobacji wobec zapłodnienia *post mortem* postulując aby w wypadku śmierci dawcy gamet prawo do ich wykorzystania przechodziło automatycznie na organizację medyczną (podobnie jak w przypadku niemożliwości skontaktowania się z dawcą po upływie pięciu lat)²⁹. Ponadto zaproponowano, aby każde dziecko urodzone w wyniku zastosowania metod zamrażania gamet lub embriionów, które nie znajdowało się *in utero* w dacie śmierci swojego ojca, było pominięte w ramach transmisji praw spadkowych zmarłego³⁰.

Inne kraje - wzmianka

Do krajów zezwalających na zapłodnienie *post mortem* zalicza się: Belgię (brak norm bezpośrednio regulujących takie działania, ale jednocześnie działania, o które chodzi, nie stoją w opozycji do istniejących, innych norm)³¹; Czechy (pomimo braku ustawodawstwa w tej kwestii, należy wskazać orzeczenie tamtejszego sądu, zgodnie z którym na mocy całości Konstytucji Czech³², a zwłaszcza art. 2 ust. 4 [„każdy obywatel może robić wszystko, co nie jest zakazane przez prawo i nikt nie może być zmuszony do czynienia tego, czego prawo nie nakazuje”] dozwolono kobiecie wykorzystać gamety jej zmarłego

26 G. Bahadur, *OPINION. Death and conception*, Human Reproduction nr 10/2002., s. 2771.

27 Raport Komisji Warnock, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology* (Chairman: D. M. Warnock), London Dept. Of Health and Social Security 1984.

28 Raport jest często cytowany również w odniesieniu do ustawodawstw innych krajów, a zwłaszcza tych systemu *common law*.

29 Raport Komisji Warnock, *op. cit.*, pkt 10.8.

30 *Ibidem*, pkt 10.9, pkt 10.15.

31 I. Rosenblum, *The Biological Will – a New Paradigm in ART?*, <http://www.newfamily.org.il/en/4905/the-biological-will%E2%84%A2-%E2%80%93-a-new-paradigm-in-art/> (dostęp 10 maja 2015 r.).

32 Konstytucja Republiki Czeskiej z dnia 16 grudnia 1992 r. (Ústava České republiky ze dne 16. prosince 1992).

męża w celu poczęcia dziecka)³³; Estonię (nasienie może być użyte najwyżej w ciągu miesiąca od dnia śmierci mężczyzny pod warunkiem, że leczenie metodami wspomaganej prokreacji jest w toku)³⁴; Grecję (regulacja, która nie jest prawem)³⁵ oraz Macedonię (w ciągu roku od śmierci mężczyzny można wykonać procedury wspomaganej prokreacji, jeżeli wyraził on zgodę na takie działania, ponadto nie ma ograniczeń w przedmiocie przechowywania gamet na własny użytek, zarówno żeńskich, jak i męskich)³⁶.

Zapłodnienie *post mortem* jest niedopuszczalne na Węgrzech („komórki rozrodcze pochodzące od osób zmarłych, w tym pacjentów w stanie śmierci mózgowej oraz martwych płodów, nie mogą być użyte podczas stosowania technik reprodukcyjnych”³⁷), w Danii („w przypadku śmierci żony lub męża, a także w przypadku separacji, rozwodu albo ustania konkubinatu, przechowywane [zakonserwowane] embriony muszą zostać zniszczone”; „w przypadku śmierci małżonki lub partnerki jej przechowywane [zakonserwowane] niezapłodnione komórki jajowe muszą zostać zniszczone”; „w przypadku śmierci małżonka lub partnera jego przechowywane [zakonserwowane] nasienie musi zostać zniszczone”³⁸) oraz w Szwajcarii („gamety lub zapłodnione komórki jajowe nie mogą być użyte po śmierci osoby, od której pochodzą”³⁹).

33 L. Prudil, L. Pilka, *Legal and ethical problems in assisted reproduction-case report*, Ceska Gynekol nr 3/2002, s. 174-177. Cytuję za J.Dostal, R. Utrata, S. Loyka, J. Brezinova, M. Svobodova, F. Shenfield, *Post-mortem Sperm Retrieval in New European Countries: Case Report*, Human Reproduction nr 20/2005, s. 2360.

34 § 20, § 21 i § 17 (1) *Ustawy z dnia 11 czerwca 1997 r. o Sztucznym Zapłodnieniu i Ochronie Embryonów* (Kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus).

35 I. Rosenblum, *op. cit.* Najprawdopodobniej chodzi o regulamin klinik leczenia niepłodności lub jakąś formę prawa zwyczajowego.

36 Art. 33 § 1 i § 2 *Ustawy z 2008 r. o Biomedycznie Wspomagany Zapłodnieniu* (Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување). Jednakże na mocy macedońskiego prawa, jeżeli dziecko narodzi się po 300 dniach od ustania małżeństwa na skutek śmierci mężczyzny, to ma ono status pozamałżeński, ponadto nie przysługują mu prawa spadkowe po zmarłym ojcu (D. Mickovik, K. Kochkovska, *Biomedically Assisted Reproduction in the Republic of Slovenia and the Republic of Macedonia*, Iustinianus Primus Law Review nr 2/2013, s. 10-11).

37 Rozdział 166 (3) *Ustawy Nr 154 o zdrowiu z dnia 23 grudnia 1997 r.* (1997. évi CLIV. törvény az egészségügyről).

38 § 15 (2) i (3), § 19 *Ustawy Nr 460 z 10 czerwca 1997 r. o Wspomaganej Reprodukcji w odniesieniu do leczenia medycznego, diagnostyki, prowadzenia badań itd.* (Lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v.).

39 Art. 3 (4) *Federalnego Aktu o Medycynie Wspomaganej Reprodukcji z dnia 18 grudnia 1998 r.* (Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung).

Inne kraje zabraniające tego rodzaju działań to⁴⁰: Bułgaria, Chorwacja, Finlandia, Litwa, Portugalia, Słowenia (obowiązkiem instytucji wykonującej procedury wspomaganey prokreacji jest upewnienie się, że dawca żyje⁴¹).

Wśród krajów europejskich, które nie uregulowały generalnych zagadnień związanych z pośmiertną prokreacją, poza wskazanymi powyżej Czechami i Belgią, są jeszcze Austria⁴² oraz Norwegia⁴³. Z kolei Cypr, Łotwa, Malta oraz Słowacja nie unormowały kwestii dotyczących pośmiertnego „wydobycia” spermy z ciała mężczyzny, a ponadto nie poinformowały, iż są tam dopuszczalne jakiegokolwiek inne działania związane z zapłodnieniem *post mortem*, co pozwala przypuszczać, iż również one nie zostały uregulowane⁴⁴.

Polska ustawa o leczeniu niepłodności

W dniu 25 czerwca 2015 r. Sejm uchwalił ustawę o leczeniu niepłodności. Senat nie wniósł poprawek, a prezydent podpisał ją w dniu 22 lipca 2015 r. Akt normatywny wszedł w życie z dniem 1 listopada 2015 r.

Jedną z wielu kwestii tam uregulowanych jest problematyka zapłodnienia *post mortem*. Materia ta została po raz pierwszy ujęta *exprssis verbis* w krajowym akcie prawnym, choć jak wskazano, jest ona przedmiotem zainteresowania doktryny już od kilkudziesięciu lat. O ile dotychczasowe rozważania prowadzone były niejako w „próżni”, a ich efekty często wynikały z przyjęcia określonej wykładni zasad ogólnych prawa, o tyle na gruncie przyjętych rozwiązań legislacyjnych można bezpośrednio - nie jak dotychczas hipotetycznie - stwierdzić o dopuszczalności lub nie omawianych praktyk.

40 D. Mickovik, K. Kochkovska, *op. cit.*, s. 8-9.

41 Art. 28 zd. 3 *Ustawy 20 lipca 2000 r. o Leczeniu Niepłodności i Procedurach Medycznie Wspomaganej Reprodukcyj (Zakona o Zdravljenju Neplodnosti in Postopkih Oploditve z Biomedicinsko Pomočjo)*.

42 D. Madden, *Medicine, Ethics and the Law in Ireland*, Dublin 2011, s. 454.

43 *Ibidem*.

44 J. Dostal, R. Utrata, S. Loyka, J. Brezinova, *op. cit.*, s. 2360-2361.

W art. 2 ust. 1 pkt 8 u.l.n. zdefiniowano pojęcie dawstwa partnerskiego⁴⁵, jako przekazanie komórek rozrodczych przez dawcę - mężczyznę w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji u biorczynie pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu⁴⁶ (potwierdzonym oświadczeniem partnerów). W omawianej procedurze stosuje się komórki rozrodcze biorczynie. Natomiast zgodnie z art. 33 u.l.n. zarodki powstałe w wyniku dawstwa partnerskiego mogą być przeniesione do organizmu biorczynie po śmierci dawcy komórek rozrodczych, z których utworzono zarodek. Zarodkiem jest zaś grupa komórek powstała wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej (art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.).

Z kolei w sytuacji, gdy dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego zmarł, jego komórki nie mogą być użyte w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji (art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n.). Przytoczony przepis jest skorelowany z art. 78 u.l.n. wprowadzającym odpowiedzialność karną m.in. za postępowanie z komórkami rozrodczymi w powyższy sposób. Ponadto art. 24 omawianej ustawy, również pod rygorem odpowiedzialności karnej⁴⁷, zabrania pobierania komórek rozrodczych ze zwłok ludzkich w celu użycia w procesie sztucznej prokreacji⁴⁸, natomiast w sytuacji śmierci obojga dawców (dawstwo partnerskie), zarodki są przekazywane do dawstwa zarodka (art. 21 ust. 3 pkt 2 u.l.n.).

Wreszcie w art. 91 pkt 5 u.l.n. wprowadzającym zmiany w przepisach obowiązujących, ustawodawca przewidział możliwość ustalenia pochodzenia dziecka urodzonego po śmierci swojego ojca na mocy domniemania ojcostwa dawcy komórki rozrodczej w przypadku dawstwa partnerskiego. Takie rozwiązanie nie zmienia niczego w kwestii dziedziczenia,

45 Tylko taki rodzaj może być brany pod uwagę w przypadku zapłodnienia *post mortem*. Wiążąca kobietę i mężczyznę jest *signum specificum* omawianego rodzaju zapłodnienia.

46 Jest to logiczna konsekwencja art. 61⁹ Kodeksu Rodzinnego i Opiekuńczego (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz.788 ze zm.).

47 Na mocy art. 84 u.l.n.karą za takie działanie jest pozbawienie wolności na okres od 6 miesięcy do 5 lat.

48 Zasygnalizowane rozwiązanie cechuje się doniosłością na gruncie omawianego zagadnienia, a jego dopuszczalność jest przedmiotem zainteresowania obcych ustawodawstw.

ponieważ zgodnie z art. 927 § 1 Kodeksu cywilnego⁴⁹ osoba powołana do spadku musi żyć w chwili jego otwarcia. Jednakże z uwagi na fakt zdeterminowania pochodzenia z wyłączeniem prawa dziedziczenia oraz z uwagi na brzmienie art. 927 § 2 k.c. i ewentualne próby stosowania wykładni rozszerzającej tej normy w kierunku uznania zarodka za poczęte dziecko, może pojawić się szereg spornych kwestii.

Podsumowując dokonaną analizę należy stwierdzić, iż zapłodnienie *post mortem* jest dopuszczalne na gruncie omawianej ustawy, jeżeli mamy do czynienia z zarodkiem powstałym w celu dawstwa partnerskiego, a genetyczny ojciec przyszłych dzieci zmarł⁵⁰. Natomiast jeżeli nie doszło do zapłodnienia *in vitro* za życia mężczyzny, to jego gamety nie mogą być użyte pośmiertnie. W kontekście powyższego należy pamiętać, że implantacja zarodka do organizmu biorczyni może nastąpić długo po śmierci genetycznego ojca przyszłych dzieci, będąc w istocie klasycznym przykładem zapłodnienia postmortalnego⁵¹. Przyjęte rozwiązanie ponadto niweczy dopuszczalność inseminacji *post mortem*.

W świetle przeprowadzonych rozważań konieczne jest zasygnalizowanie kilku ważnych kwestii. Przede wszystkim uchwalona regulacja jest stosunkowo liberalna. Z tego powodu będzie budziła ona sprzeciw zarówno w społeczeństwie, jak i wśród przedstawicieli nauki⁵². *Prima facie* może wydawać się również, iż dopuszczenie zapłodnienia postmortalnego jedynie w odniesieniu do zarodków, a nie - użycia gamet zmarłego mężczyzny do stworzenia *in vitro* zarodka - cechuje pewną niekonsekwencja. Nietrudno znaleźć jednak argument przemawiający za przyjętym rozwiązaniem, wskazujący, iż zarodek jest bardziej doniosłą formą potencjalnego życia ludzkiego niż same gamety *ergo* należy traktować go w sposób „uprzywilejowany”. Ponadto warto podkreślić, iż sposób uregulowania zapłodnienia *post mortem* w u.l.n. nie został

49 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.

50 Zob. M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 lipca 2009 r.*, IACa 308/09, Przegląd Sądowy nr 1/2011, s. 143-147.

51 Jednakże po maksymalnie 20 latach zarodki są przekazywane do dawstwa zarodka (art. 21 ust. 3 pkt 1 u.l.n.).

52 Takie stanowiska w literaturze przedmiotu zajmowano już wielokrotnie. Wydaje się, że uchwalenie i wejście w życie u.l.n. nie przyczyni się do ich zmiany.

zmieniony od czasu wniesienia projektu niniejszej ustawy⁵³. Powyższa okoliczność oraz przyjęcie reguły wykładni, zgodnie z którą ustawodawca działa racjonalnie, pozwalają przyjąć, że taki był jego zamysł.

Trudno stwierdzić, czy wadą omawianego aktu zarówno na gruncie zapłodnienia postmortalnego, jak i całej medycznie wspomagannej prokreacji jest fakt, iż dawstwo partnerskie odnosi się wyłącznie do męskich komórek rozrodczych. Na świecie coraz częściej miejsce mają sytuacje, w których dawczyniami gamet są kobiety. Może to rodzić potrzebę zmiany analizowanego rozwiązania w przyszłości, choć w tym przypadku nowelizacja będzie musiała objąć także właściwe przepisy o pochodzeniu dziecka od matki.

Na koniec trzeba wreszcie podkreślić, dystansując się od ewentualnych zarzutów dotyczących okoliczności towarzyszących przyjęciu u.l.n., że jakiegokolwiek jasne stanowisko sformułowane przez ustawodawcę w omawianej kwestii, choć często oceniane dopiero na etapie osobistych sądów wartościujących, jest moim zdaniem lepsze niż jego brak. Zlikwidowany został stan niepewności mogący godzić w dobro dziecka poczętego po śmierci swojego rodzica genetycznego⁵⁴.

Podsumowanie

Zapłodnienie *post mortem* bez wątpienia należy do najbardziej spornych kwestii związanych z medycznie wspomaganą prokreacją. Na szczególną uwagę zasługuje jednak jego daleko posunięta ocenność. Jest to dobrze widoczne na przykładzie zaprezentowanych ustawodawstw europejskich. O ile występuje generalna zgoda w przedmiocie leczenia niepłodności, o tyle brak jest jej już w odniesieniu do analizowanego zagadnienia. Istotne jest, że choć znakomita większość przedstawionych krajów należy do Unii Europejskiej, w której następuje zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich (nie tylko z uwagi na działalność prawotwórczą Unii, ale również na podpisywanie

53 Druk nr 3245 - Rządowy projekt ustawy o leczeniu niepłodności z dnia 13 marca 2015 r.

54 Stwierdzenie to nie dotyczy jednak prawa spadkowego, gdzie będziemy mieli możliwość ustalenia pochodzenia dziecka, jednakże - jak wynika z językowej wykładni obowiązujących przepisów - generalnie bez prawa do dziedziczenia po zmarłym ojcu.

i ratyfikowanie tych samych konwencji - np. w przedmiocie ochrony praw człowieka oraz hołdowanie podobnym wartościom wspólnym dla europejskiego kręgu kulturowego), nie udało się zbudować w miarę jednolitego stanowiska. Wręcz przeciwnie - mamy do czynienia z całą gamą regulacji. Od sankcjonowanego karnie, bezpośredniego zakazu (np. Niemcy), pośredniego uniemożliwienia wykorzystania gamet osoby zmarłej (Słowenia, Francja do 1994 r.), które zostało następnie potwierdzone zakazem zawartym w ustawie (Francja), do zezwolenia bezwarunkowego na mocy interpretacji bardzo szerokiej normy konstytucyjnej (Czechy), czy wreszcie dozwolenia, ale nie na gruncie prawa *sensu stricto* (Grecja). Interesująco rysuje się natomiast rozwiązanie analizowanego zagadnienia w odniesieniu do prawa włoskiego. Otóż pierwotnie takie działania miały miejsce, jednakże praktyka i szereg powstałych na jej gruncie problemów spowodowały, że ustawodawca w trosce o dobro dziecka ich zakazał, a ponadto wprowadził restrykcyjną regulację całej medycznie wspomagannej prokreacji. Na zaistniałą sytuację miał wpływ zapewne fakt, iż przyjęto założenie zbliżające status embrionu do istoty ludzkiej, co także znalazło swoje odbicie w konstrukcji będących w mocy przepisów⁵⁵.

Rozważając kwestię zapłodnienia postmortalnego na gruncie przywołanych ustawodawstw należy również wskazać istotną rolę chrześcijaństwa i wspólnych dla niego wartości, które stanowią często nie tylko „podstawę” europejskiej kultury prawnej, ale i aksjologiczny punkt odniesienia dla regulacji współczesnych. Otóż analizowany typ zapłodnienia, będąc jednocześnie bardzo (o ile nie najbardziej, poza oczywiście klonowaniem, ciążą pozaustrojową itp.) kontrowersyjnym z punktu widzenia społecznej nauki Kościoła, jest dozwolony chociażby w Hiszpanii, gdzie odgrywa ona wszakże istotną rolę. Zatem większe związanie ze wskazanymi wartościami nie zawsze znajduje odbicie w obowiązującym ustawodawstwie. Przykłady na poparcie wysuniętej tezy mogą dostarczyć także Włochy i Polska. O ile regulacja przyjęta w Italii przypisuje szczególną pozycję embrionom, to jednak

55 Zob. P. E. Levi Setti, P. Patrizio, *op. cit.*

o ograniczeniu dopuszczalności wspomaganiej medycznie prokreacji i zakazie zapłodnienia *post mortem* przesądziła ostatecznie wyłącznie troska o dobro narodzonego dziecka. Z kolei regulacja krajowa czyni dopuszczalnym analizowany typ zapłodnienia, jednakże w odniesieniu do niektórych tylko stanów faktycznych. Wreszcie regulacje przyjęte np. w Szwecji, Danii, Finlandii czy Szwajcarii nie dopuszczają tego rodzaju działań, choć kraje te nie są silnie związane z chrześcijaństwem, co mogłoby usprawiedliwiać obowiązujące w nich rozwiązania.

Uwagę przykuwa również stopień zróżnicowania szczegółowości regulacji zapłodnienia *post mortem* w poszczególnych ustawodawstwach. Otóż o ile zakaz prezentowanych działań może być wyrażony lapidarnie (nawet w przepisie karnym), o tyle dozwolenie ma najczęściej postać warunkową (np. Wielka Brytania, Estonia, Macedonia, Polska). Ponadto niekiedy stosuje się normy nietraktujące wprost o zapłodnieniu *post mortem*, tylko inne przepisy, w obrębie których może być ono zakwalifikowane (np. Holandia, Czechy). Niektóre regulacje mają charakter zupełny i stanowią o ewentualnej możliwości pochodzenia dziecka (np. Hiszpania), inne zaś nie rozwiązując kwestii filiacji wymuszają stosowanie norm i zasad ogólnych. Wreszcie należy zaznaczyć, że dokonane podziały często krzyżują się.

Na zakończenie należy wspomnieć, że omawiane zagadnienie cieszy się żywotnym zainteresowaniem współczesnych ustawodawstw nie tylko na gruncie państw europejskich, ale także innych krajów jak chociażby Stany Zjednoczone, Australia czy Kanada⁵⁶.

56 Zob. M. Marszelewski, *Zapłodnienie...*, *op. cit.*

ORZECZNICTWO

Mirostaw Nesterowicz

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 marca 2013 r., sygn. I ACa 852/12, LEX nr 1313338

1. Każdy zakład leczniczy jest zobowiązany do zapewnienia swoim pacjentom bezpieczeństwa, jednak szpital psychiatryczny jest obciążony tym obowiązkiem w dużo szerszym zakresie, gdyż wymagany jest ściślejszy nadzór personelu szpitala czy odpowiednie dostosowanie budynku. Personel szpitala powinien dopełnić należytej staranności, musi to być przy tym staranność wysokiego stopnia¹.

2. Zakład leczniczy ponosi odpowiedzialność w przypadku winy podwładnego, rozumianej zgodnie z treścią art. 415 k.c. i nie jest wymagane wykazanie przez poszkodowanego winy po stronie zakładu, gdyż odpowiada on na zasadzie ryzyka w sposób bezwzględny, wyłączający możliwość ekskulpacji. Na gruncie art. 430 k.c., do przyjęcia winy osoby wskazanej w powołanym przepisie, nie jest potrzebne wykazanie, że osoba ta naruszyła przepisy dotyczące bezpieczeństwa życia i zdrowia ludzkiego - wystarczy, jeżeli wina tej osoby polega na

¹ Teza pierwsza jest odautorska, wynika z uzasadnienia wyroku.

zaniechaniu zasad ostrożności i bezpieczeństwa, wynikających z doświadczenia życiowego i okoliczności danego wypadku.

G L O S A

Co pewien czas pojawiają się na wokandach sądowych sprawy przeciwko szpitalom psychiatrycznym dotyczące odpowiedzialności za niezapewnienie bezpieczeństwa ich pacjentom, zarówno gdy chodzi o próby samobójcze, jak i samowolne opuszczenie szpitala, gdy hospitalizacja była przymusowa na mocy orzeczenia sądu, bądź konieczna ze względu na stan zdrowia pacjenta, i wyrządzenie szkód osobom trzecim.

W tej sprawie Sąd Okręgowy zasądził od szpitala i zakładu ubezpieczeń *in solidum* zadośćuczynienie w kwocie 500.000 zł i rentę z tytułu zwiększonych potrzeb na rzecz powódki, która w dniu 27 października 2007 r. podjęła próbę samobójczą przez powieszenie się na niezabezpieczonym przed nią kablu do magnetofonu, stanowiącym wyposażenie oddziału i nie usuniętym po zakończeniu zabawy tanecznej. Powódka doznała poważnych szkód, była następnie przez ponad trzy lata hospitalizowana i rehabilitowana, sztucznie karmiona, nie było z nią kontaktu, jej uszczerbek na zdrowiu w aspekcie neurologicznym ustalono na 200%, a w aspekcie ortopedycznym - 100%, rokowania co do poprawy stanu zdrowia były niepomyślne. Sąd przyjął odpowiedzialność szpitala z art. 430 k.c., a ubezpieczyciela z art. 822 k.c. Po śmierci powódki w toku procesu w jej miejsce wstąpili spadkobiercy (art. 445 § 3 k.c.).

Szpital kwestionował swoją winę. Twierdził, że nie było potrzeby zlecenia ścisłej obserwacji i rokowań do zastosowania przymusu bezpośredniego. Zaznaczył także, iż szpital dysponuje tylko środkami przekazywanymi w ramach kontraktów z NFZ i nie dają one możliwości zapewnienia indywidualnej opieki każdemu pacjentowi z tendencjami samobójczymi, agresji czy autoagresji. Pacjentów w oddziale jest średnio 30, z czego 50% ma w wywiadzie próby samobójcze.

Podnosił, że pozbawienie pacjentów możliwości korzystania z tego sprzętu uniemożliwiłoby prowadzenie terapii. Takim samym potencjalnym zagrożeniem może okazać się ubranie pacjenta, ręcznik czy

pościel. W regulaminie oddziału zawarte zostały ograniczenia skierowane do pacjenta, mające ograniczyć dostęp do metod popełnienia aktów agresji czy samookaleczenia. Wiedzą powszechną jest okoliczność, że by móc wyeliminować wszelkie zagrożenia, pacjent powinien znajdować się w zupełnie pustym pomieszczeniu wyposażonym jedynie w podstawowe (zupełnie minimalne) rzeczy. Pacjent oddziału psychiatrycznego powinien mieć w miarę możliwości tworzoną namiastkę normalnego życia, a to w sposób oczywisty wiąże się z koniecznością używania przedmiotów codziennego użytku.

W ocenie Sądu Okręgowego każda placówka medyczna jest zobowiązana do zapewnienia swoim pacjentom bezpieczeństwa, jednak szpital psychiatryczny obciążony jest tym obowiązkiem w dużo szerszym zakresie, gdyż wymagany jest tu ściślejszy nadzór czy odpowiednie dostosowanie budynku. Personel placówki medycznej powinien dopełnić należytej staranności tak, by pacjentom zapewnić bezpieczeństwo. Musi to być przy tym staranność wysokiego stopnia. Przepisanie winy działaniu bądź zaniechaniu personelu medycznego będzie zasadne wówczas, gdy dopuści się on uchybienia swym obowiązkom zawodowym nie tylko umyślnie, co oczywiste, ale też w wyniku niedbalstwa, nieuwagi, nieostrożności, jeżeli można postawić mu zarzut podjęcia w danej sytuacji niewłaściwej decyzji.

Sąd ustalił, że nie dopełniono wystarczających starań, by zapewnić powódce bezpieczeństwo. Personel szpitala mógł spodziewać się dokonania przez powódkę samookaleczenia, autoagresji, próby samobójczej z wielu zbiegających się przyczyn:

- tego rodzaju zachowania są podejmowane często na oddziale;
- powódka dokonywała już kilkakrotnie prób samobójczych, o czym personel szpitala wiedział i co zostało uwidocznione w dokumentacji lekarskiej;
- powódka była pacjentką znaną na oddziale, znały powódkę zwłaszcza dyżurujące feralnego dnia pielęgniarki, bowiem był to ósmy jej pobyt na tym oddziale;

- przy przyjęciu do szpitala (co miało miejsce zaledwie trzy dni przed zdarzeniem) powódka mówiła, że miała myśli, żeby się powiesić;
- w dniu zdarzenia powódka prezentowała nietypowe i skrajne zachowania.

Wszystkie powyżej wskazane czynniki powinny wzmocnić czujność personelu i stanowić impuls do przedsięwzięcia zwiększonych środków ostrożności w celu zapobieżenia zachowaniom autoagresywnym powódki. Ponadto Sąd orzekł, że niezależnie od stanu zdrowia powódki i jej zachowania, należy uznać, że personel szpitala dopuścił się zawinionego zaniedbania. Nawet gdyby powódka zachowywała się normalnie, nie prezentowała w danym dniu zmiennych zachowań i nie towarzyszyłyby jej lęki i myśli samobójcze, jako pacjentka oddziału nie powinna mieć dostępu do kabla, stanowiącego zresztą wyposażenie oddziału. Chodzi tu o sytuację, kiedy personel świadomie udostępnia sprzęt potencjalnie niebezpieczny i nie dochowuje staranności, by następnie - po użyciu - niezwłocznie sprzęt ów ponownie zabezpieczyć.

Apelację Szpitala Sąd Apelacyjny oddalił. Wyrok jest trafny. Z pewnością personel szpitala wykazał brak ostrożności, przeczności i przewidywania, w danych okolicznościach koniecznych. Gdyby nie to zawinione zaniechanie do zamachu samobójczego powódki i jego tragicznych skutków mogłoby nie dojść. I nie miało to nic wspólnego z niezastosowaniem przymusu bezpośredniego, do którego nie było podstaw. Według Sądu Najwyższego przepisy dotyczące stosowania przymusu bezpośredniego (art. 18 i inne ustawy psychiatrycznej) jako ograniczające prawa i wolności obywatelskie powinny być wykładane w sposób restryktywny (postanowienie SN z 27 II 2008 r., III CSK 318/07, LEX nr 452962, i z 16 IV 2009 r., I CSK 402/08, LEX nr 560512).

2. W orzecznictwie niejednokrotnie podkreślano, że szpital jest zobowiązany do zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa pobytu. Zakres tego obowiązku zależy od rodzaju zakładu leczniczego i stanu zdrowia pacjenta. Klinika psychiatryczna (szpital dla nerwowo i psychicznie chorych) ma obowiązki szersze niż zwykły szpital. Pacjenci wymagają tu ściślejszego nadzoru, odpowiedniego zabezpieczenia budynku

(np. zakratowania okien, usunięcia przedmiotów niebezpiecznych itp.), pewnego odizolowania. Brak takich środków zwykle będzie poczytany klinice za jej winę, odmiennie niż w „normalnym” szpitalu. Środki te są tu konieczne, wynikają z samych cech szczególnych kliniki. Nawet gdy u pacjenta nie widać tendencji samobójczych albo do samookaleczenia, nie należy zapominać, że jest to pacjent cierpiący na zaburzenia psychiczne i trzeba się liczyć z możliwością odmiennych reakcji niż u ludzi psychicznie zdrowych. W szpitalu ogólnym środki specjalne nie są konieczne, natomiast w szpitalu psychiatrycznym zakres opieki i nadzoru powinien być uzależniony od stanu pacjenta. Jest to obowiązek staranności, choć wysokiego stopnia, a nie rezultatu. Trzeba jednak zauważyć, że w dawnym orzecznictwie i doktrynie francuskiej przyjmowano, że na szpitalu psychiatrycznym ciąży obowiązek rezultatu (*obligation de résultat*), a nie staranności (*obligation de moyens*). Szpital powinien więc podjąć wszelkie środki, aby zapewnić bezpieczeństwo pacjentów. Dopiero w końcu XX w. nastąpiła zmiana poglądów. Uznano, że szpital ma obowiązek nadzoru nad pacjentami (*obligation de surveillance*), który traktowany jest jako obowiązek staranności².

W polskim orzecznictwie od dawna przyjmuje się, że szczególna opieka i nadzór powinien być roztoczony nad chorym, który nie zachowuje się normalnie oraz nad chorym nieprzytomnym. W sprawie zakończonej wyrokiem z 7 II 1969 r. (II CR 589/68, LEX nr 6453) Sąd Najwyższy orzekł, że obojętne jest, kto z personelu pozwanego szpitala zawinił, że w krytycznej chwili powódka nie była strzeżona. Jest poza sporem, iż wobec stwierdzonych u powódki objawów istniał obowiązek nieopuszczania jej ani na chwilę krytycznej nocy. Dla odpowiedzialności szpitala nie ma znaczenia, czy przyczyną niewykonania tego obowiązku było wydanie przez lekarza niejasnego zlecenia personelowi pielęgniarstwu czy niezastosowanie się pielęgniarki do zlecenia. W obu bowiem sytuacjach istniałby związek przyczynowy między szkodą doznaną przez powódkę a wykonywaniem czynności przez funkcjonariuszy pozwanego szpitala.

2 Zob. T. Vansweevelt, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruksela 1996, s. 84 i n.

Z kolei w wyroku z 19 XI 1969 r. (II CR 294/69, OSPiKA 12/1970, poz. 249) wydanym w sprawie, w której chora przywieziona do szpitala w stanie nieprzytomnym z powodu zatrucia środkami farmakologicznymi i pozostawiona bez nieprzerwanej, ciągłej opieki, wyskoczyła przez okno doznając poważnej szkody, Sąd Najwyższy powiedział: „Szpital jest obowiązany zapewnić choremu nieprzytomnemu całkowitą opiekę, wyłączającą wyrządzenie sobie krzywdy i nie może powoływać się na fakt, że chory wyskoczył oknem jako na jego przyczynienie się do powstania szkody”. Podobnie jest, gdy na skutek braku nad chorą psychicznie skutecznej pieczy, która mogłaby zapobiec przedsięwzięciu lub zrealizowaniu zamachu samobójczego, pacjentka - wykazująca już tendencje samobójcze - samowolnie opuściła szpital i targnęła się na własne życie lub zginęła pod kołami pociągu na skutek nieszczęśliwego wypadku (orzeczenie SA w Poznaniu z 28 VI 1995 r., I ACr 39/95, OSA 7-8/1996, poz. 36). W tej sprawie Sąd Apelacyjny orzekł, że „... wprawdzie nowoczesne metody psychiatryczne wręcz walczą z zamykaniem chorych umysłowo, ograniczeniem ich wolności itp., lecz nie zwalnia to bynajmniej zakładu leczniczego od obowiązku skutecznej pieczy nad takimi chorymi, zwłaszcza gdy są oni niebezpiecznymi dla siebie i otoczenia, gdyż swoboda przyznana chorym powiększa ryzyko odpowiedzialności tego zakładu”. Szpital psychiatryczny może również ponieść odpowiedzialność za niedopełnienie obowiązku nadzoru nad pacjentem niebezpiecznym dla otoczenia, który samowolnie opuścił szpital i wyrządził szkodę osobom trzecim (orzeczenie SN z 15 VI 1981 r., I CR 174/81, OSPiKA 11/1982, poz. 188).

3. Dla porównania warto wskazać na orzeczenia sądów zagranicznych z ostatnich lat.

W sprawie, w której wydany został wyrok Sądu Najwyższego Anglii w sprawie *Rabone v. Pennine Care NHS Foundation Trust* (2012)³, rodzice samobójczyni żądali od pozwanego szpitala zadośćuczynienia za „osamotnienie” (*bereavement damages*) oraz odszkodowania na poczet spadku po ich córce (*claim on behalf of the estate*) w kwocie 7.500

3 *European Tort Law* 2012, s. 168, z komentarzem A. Morrisa i K. Oliphanta.

funtów (koszty pogrzebu i zadośćuczynienie za ból i cierpienie przed śmiercią). Córka powodów została przyjęta do szpitala w celu poddania się leczeniu w stanie głębokiej depresji, trwającej już od dłuższego czasu, po uprzedniej, nieudanej próbie samobójstwa, z dalszym wysokim ryzykiem samobójstwa. Po dwóch dniach opuściła szpital, a ten nie uczynił nic, aby temu przeciwdziałać. Stanowiło to, zdaniem powodów, niedbalstwo szpitala. Szpital tłumaczył się, że nie była ona zatrzymana przymusowo według ustawy psychiatrycznej (*the mental health legislation*), była pacjentem dobrowolnym (*an informal patient*). Uznał jednak roszczenie na poczet spadku, natomiast odmówił zapłaty zadośćuczynienia na rzecz rodziców, gdyż zgodnie z *Fatal Accidents Act* z 1976 r. rodzice mogą żądać zadośćuczynienia tylko za śmierć dziecka małoletniego, a ich córka miała 24 lata. Rodzice oparli jednak swoje roszczenie na *Human Rights Act* z 1998 r. w związku z art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Wolności Obywatelskich zapewniającym ochronę prawa do życia.

Sąd orzekający oddalił powództwo, a Sąd Apelacyjny - apelację powodów. Odmienne stanowisko zajął Sąd Najwyższy. Stwierdził, że pozwany szpital miał obowiązek podjąć rozsądne kroki w celu ochrony pacjentki przed rzeczywistym i bezpośrednim ryzykiem samobójstwa, nawet gdy nie była ona przymusowo zatrzymana. Została przyjęta do szpitala, gdyż z uwagi na jej stan psychiczny i wrażliwość groziło jej ryzyko popełnienia samobójstwa. Powodowie obawiali się zrealizowania tego ryzyka, wyrażali swój niepokój wobec władz szpitala co do niebezpieczeństwa opuszczenia szpitala przez ich córkę i nakłaniali, aby szpital na to nie dozwolił. Pacjentka pozostawała pod kontrolą pozwanego, który powinien wykonywać swoje uprawnienia zgodnie z ustawą psychiatryczną i nie pozwolić jej opuścić szpitala, a takiej decyzji żaden rozsądny psychiatra nie mógłby podjąć. Ponieważ pomiędzy powodami a ich córką były silne więzi rodzinne, Sąd zasądził zadośćuczynienie w kwocie 5.000 funtów na rzecz każdego z powodów. Z kolei w dwóch

wyrokach: Sądu Najwyższego Austrii z 13 lipca 2013 r., 1 Ob 109/131⁴ i Sądu Najwyższego Słowenii z 21 lutego 2013 r., II lps 854/2009⁵ powództwo zostało oddalone.

W pierwszej sprawie syn powódki cierpiał na schizofrenię paranooidalną. Ponieważ stwarzał niebezpieczeństwo dla siebie i innych osób, 19 marca 2010 r. został przymusowo hospitalizowany w pozwanym publicznym szpitalu psychiatrycznym w Wiedniu, co zostało potwierdzone orzeczeniem sądu. 20 kwietnia został przeniesiony z części zamkniętej szpitala do półotwartej, gdzie nie było ciągłego nadzoru nad pacjentami; personel medyczny sprawdzał tam obecność pacjentów dwa do trzech razy dziennie. Ponieważ przez okres hospitalizacji syn powódki nie wykazywał żadnych zamiarów samobójczych, lekarze pozwolili mu spacerować na terenie szpitala, bez prawa opuszczania szpitala. Z rozmowy z nim wynikało, że dotrzyma tego porozumienia. Jednak 12 maja nie powrócił on jak zwykle ze spaceru, opuścił szpital i poniósł śmierć skacząc pod pociąg w metrze. Nie było jasne, czy chciał popełnić samobójstwo, czy zaś skoczył pod pociąg ulegając halucynacji. Na skutek śmierci syna powódka doznała depresji i rozstroju zdrowia psychicznego. W pozwie wobec szpitala dochodziła zadośćuczynienia w kwocie 15.000 euro dowodząc, że personel szpitala przez niedbalstwo naruszył obowiązek ochrony jej syna przed niebezpieczeństwem utraty życia, szczególnie przez niezapewnienie, aby nie mógł on opuszczać szpitalnych pomieszczeń (terenu szpitala).

Sąd Najwyższy analizując okoliczności sprawy uznał, że dozwoleństwo pacjentowi na spacerowanie było koniecznym i proporcjonalnym środkiem do jego stanu zdrowia i nie tworzyło niedbalstwa ze strony szpitala. W świetle *Act on Compulsory Hospitalisation* restrykcje dotyczące poruszania się są dopuszczalne w takim stopniu, w jakim są niezbędne dla ochrony pacjenta i innych osób przed niebezpieczeństwem oraz dla celów terapii i opieki. Według sądu to nie był przypadek obowiązkowego trzymania pacjenta w zamkniętym pomieszczeniu, aby było niemożliwe, że opuści szpital,

4 *European Tort Law 2013*, s. 16, z komentarzem B.C. Steininger.

5 *European Tort Law 2013*, s. 610, z komentarzem B. Novák.

i zastosowania restrykcji ograniczających jego wolność poruszania. Lekarze mieli uzasadnione powody sądzić, że ryzyko opuszczenia przez pacjenta pomieszczeń szpitalnych jest minimalne; nie było też żadnych wskazań dla ciągłej kontroli poprzez dalsze środki organizacyjne. Powództwo zostało więc oddalone.

Sprawa nie była łatwa do rozstrzygnięcia. Stykają się tu bowiem dwa prawa: prawo osoby z zaburzeniami psychicznymi i innych osób do ochrony przed ryzykiem niebezpieczeństwa (i odpowiadający temu obowiązek lekarzy w szpitalu psychiatrycznym) i prawo pacjenta do decydowania o sobie, jeśli działa z rozeznaniem.

W drugiej sprawie pacjent został przyjęty do szpitala psychiatrycznego po zdiagnozowaniu u niego depresji. Przyjmujący lekarz ustalił, że pacjent wykazywał samobójcze tendencje i proponował mu leczenie w zamkniętym pomieszczeniu, lecz ten się nie zgodził. Podczas leczenia tendencje samobójcze nie pojawiły się, a pacjent był sprawdzany co 20-30 minut; szpital nie miał możliwości zapewnienia stałego monitoringu. Pacjent jednak popełnił samobójstwo. Najbliżsi krewni żądali zadośćuczynienia zarzucając szpitalowi, że lekarze nie umieścili pacjenta w zamkniętym pomieszczeniu, nie leczyli go i nie nadzorowali starannie. Powództwo zostało oddalone. Sąd Najwyższy orzekł, że szpitalowi nie można przypisać niedbalstwa, a co najwyżej błąd zawodowy (*professional error*). Nie zawsze jest możliwe zapobiec samobójstwu, a stały nadzór i ochrona mogły być nadmiernymi środkami, ponieważ jest konieczne stworzenie zaufania pomiędzy pacjentem a lekarzem. Lekarz musi szanować osobowość i godność pacjenta i może stosować tylko takie środki, które są rzeczywiście konieczne. Chociaż szpitale są zobowiązane chronić swoich pacjentów przed wyrządzeniem sobie szkody, to nie gwarantują, że pacjent w żadnym przypadku szkody sobie nie wyrządzi.

Z kolei w orzecznictwie francuskim – jak wskazywałem wyżej – od dawna przyjmuje się obowiązek szpitala zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa pobytu tak daleko idącego, że znajduje się on niekiedy na granicy odpowiedzialności za rezultat⁶. W orzeczeniu Tribunal Civil

6 Zob. J. Bardoul, *Médecins et cliniques*, Paryż 1951, s. 107; H. i L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, wyd. 5, Paryż 1957; M.

de la Seine z 12 listopada 1936 r. w sprawie, w której młoda dziewczyna dotknięta niedorozwojem umysłowym, umieszczona w zakładzie specjalnym zaszła w ciążę, a sprawcy nie wykryto, sąd uznał odpowiedzialność dyrektora zakładu. Uzasadnił, że stan pacjentki wymagał nadzoru ścisłego i ciągłego, czego nie dopełniono⁷.

Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za bezpieczeństwo pacjenta podczas hospitalizacji*, PiP nr 3/2001; tenże, *Prawo medyczne*, wyd. X, Toruń 2013, s. 423.

⁷ Zob. M.J. Lacas, *Les obligations du médecin*, Paryż 1938, s. 34.

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13.05.2015 r., sygn. III CZP 19/15¹

Przedstawiciel ustawowy małoletniego dziecka może udzielić pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody przewidzianej w art. 34 ust. 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r. poz. 464).

G L O S A

Jednym z istotniejszych aspektów wykonywania władzy rodzicielskiej jest prowadzenie małoletniego w jego rozwoju fizycznymi i rozstrzygnięcie kwestii związanych z jego zdrowiem. Można stwierdzić, że największą bolączką wszystkich rodziców jest to, aby jego dziecko było zdrowe i harmonijnie się rozwijało. Decyzje o leczeniu małoletniego nie należą do łatwych, gdyż przeważnie są one obciążone pewnym ryzykiem. Jednak rodzice korzystają w tym względzie ze znacznej autonomii.

Czy jednak mogą oni przelać swoje uprawnienia o stanowieniu dziecka w wymiarze zdrowotnym na inne osoby, nieuczestniczące w życiu rodzinnym w ścisłym tego słowa znaczeniu? Przed

¹ Biuletyn SN nr 5.2015 poz.12, LEX nr 1679823

koniecznością rozstrzygnięcia tego zagadnienia stanął Sąd Najwyższy, który 13.05.2015 r. podjął przedstawioną powyżej uchwałę.

Zarówno teza orzeczenia, jak i jej uzasadnienie w określonych aspektach budzą wątpliwości, które należałoby wyjaśnić. Swoje stanowisko SN przedstawił w szerszym kontekście, albowiem zaczął analizę problemu od zasadniczej kwestii. Została ona wyrażona w pytaniu, czy rodzice mogą przenieść na osobę trzecią ogół swoich praw i obowiązków rodzicielskich. W rozstrzyganej sprawie ojciec dziecka udzielił radcy prawnemu pełnomocnictwa ogólnego upoważniającego umocowanego do wykonywania wszystkich czynności z zakresu władzy rodzicielskiej.

We wcześniejszym orzeczeniu, wydanym 04.08.1999 r.² Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że wykonywanie władzy rodzicielskiej ma charakter osobisty, a rodzice przy jej sprawowaniu mogą posłużyć się innymi osobami, o ile nie rezygnują z ingerencji w podstawowych sprawach dotyczących osoby dziecka. Teza głosowanej uchwały mogłaby sugerować, że SN odstąpił od uprzednio wyrażonego poglądu. Jednak ta linia orzecznicza została podtrzymana w odniesieniu do rozstrzyganego zagadnienia. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że udzielenie ogólnego pełnomocnictwa do wykonywania wszystkich czynności z zakresu władzy rodzicielskiej, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, jest niedopuszczalne.

Jakkolwiek można się zgodzić z powyższym poglądem, to jednak nie wszystkie argumenty powołane w uzasadnieniu uchwały zasługują na aprobatę. Należy podzielić stanowisko, że wykładnia funkcjonalna przepisów dotyczących władzy rodzicielskiej nie pozwala na oddanie pełni praw i obowiązków związanych z jej wykonywaniem ustanowionemu w tym celu pełnomocnikowi. Sprzeciwia się temu m.in. przepis art. 96 k.c., który wyklucza istnienie pełnomocnictwa o takim zakresie, jak przedstawicielstwa ustawowego. Należy dodać, że przeciwko dopuszczeniu do obrotu pełnomocnictwa ogólnego w zakresie spraw wynikających ze stosunku rodzicielskiego przemawia również treść

2 Zob. postanowienie, II CKN 601/98, LEX nr 1216199.

art. 99 k.r.o. Przepis ten nakazuje ustanowienie kuratora w sytuacji, w której zachodzi konieczność reprezentowania dziecka, a nie może robić tego żaden z rodziców.

Budzi jednak wątpliwość postawiona przez SN teza, że podzielnosc pieczy pomiędzy rodzicami a osobę trzecią musi wynikać albo z podstawy ustawowej albo z orzeczenia. Przepisy k.r.o. mają bowiem charakter *ius cogens* i nie mogą być zmienione ani w drodze umowy pomiędzy rodzicem a osobą trzecią, ani w drodze jednostronnej czynności prawnej. Twierdzenie to w odniesieniu do instytucji z art. 95 k.r.o., jak się wydaje, nie oddaje charakteru stosunku rodzicielskiego. Ustawa przyznaje bowiem rodzicom daleko idącą autonomię w zakresie ukształtowania sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej nad małoletnim. Nawet osoby żyjące w rozłączeniu mogą określić w drodze porozumienia zasady sprawowania pieczy i prowadzenia wspólnego dziecka w jego rozwoju. Świadczą o tym przepisy art. 58 i 107 k.r.o. Przewidują one zasadę, że o rozkładzie obowiązków rodzicielskich decydują sami rodzice, zaś sąd wydaje w tym przedmiocie orzeczenie tylko w wypadku rozwodu lub separacji faktycznej. A nawet wówczas organ orzekający jest zobowiązany uwzględnić ich porozumienie, jeśli honoruje ono wytyczną w postaci dobra dziecka. Należy też w tym miejscu przypomnieć, że sąd nie jest władny wkraczać w sferę decyzyjności rodziców, jeśli są oni zgodni co do sposobu rozstrzygnięcia istotnej sprawy osoby podlegającej ich władzy rodzicielskiej (art. 97 §2 k.r.o.).

W powołanych wypadkach osoby ponoszące odpowiedzialność za małoletniego dokonują rozdziału obowiązków rodzicielskich pomiędzy sobą. Powstaje pytanie, czy rodzice mogą przenieść część swojego władztwa nad dzieckiem na inne podmioty. Na to pytanie również należy udzielić pozytywnej odpowiedzi. Argumentów przemawiających za tą tezą dostarcza ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej³. Jej art. 35 przewiduje możliwość umieszczenia dziecka za zgodą lub na wniosek rodziców w rodzinnej pieczy zastępczej, na podstawie umowy zawartej przez starostę i podmioty przejmujące część

3 Ustawa z dnia 09.06.2011 r., Dz.U.2015 poz. 332

odpowiedzialności za dziecko. Można też powołać się na te uregulowania powyższej ustawy, które pozwalają rodzicom scedować pieczę nad dzieckiem na inne podmioty (art. 58 ust. 1 pkt 3, art. 103 ust. 1 pkt 3). A zatem twierdzenie o braku możliwości podzielenia pieczy pomiędzy rodzicami a osobą trzecią w wyniku aktu woli nie może być uznane za w pełni uzasadnione.

Mimo odmiennego założenia, Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że zachodzi dopuszczalność udzielenia przez rodzica dziecka pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na wykonanie zabiegu operacyjnego lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. Jakkolwiek uchwała dotyczy tzw. zabiegu kwalifikowanego ze względu na niebezpieczeństwo istotnych powikłań, to postawioną tezę można odnieść do legalizacji każdego świadczenia zdrowotnego, którego wymaga dziecko. Należy jednak zastrzec, że SN dopuszcza do obrotu cywilnego jedynie pełnomocnictwo do poszczególnych czynności lub pełnomocnictwo rodzajowe w wypadku leczenia periodycznego, polegającego na powtarzalnych świadczeniach zdrowotnych. Założenie to jest oczywiste, jeśli weźmie się pod uwagę wymóg udzielenia zgody na czynność medyczną skonkretyzowaną pod względem rodzaju, zakresu i warunków jej przeprowadzenia. Jeśli ustawa wyklucza ewentualność wyrażenia blankietowej zgody na leczenie pacjenta, to umocowanie nie może czerpać swojego źródła z oświadczenia, które nie odnosi się do konkretnej pomocy lekarskiej.

Powstaje jednak pytanie, czy stanowienie o kondycji zdrowotnej dziecka nie ma charakteru osobistego, a więc czy nie należy do wyłącznej kompetencji jego przedstawiciela ustawowego.

Rozstrzygając tę kwestię niepodobna abstrahować od tego, że samo wyrażenie zgody na określoną pomoc lekarską jest jedynie finałem pewnego procesu decyzyjnego. Nie wydaje się celowe, aby obowiązkowi udzielenia informacji potrzebnych do wyrażenia aprobaty na leczenie nadawać w stosunku do tej instytucji znaczenie odrębnego bytu prawnego. Ustawodawca tworzy spójną kategorię prawną w postaci zgody uświadomionej. Jeśli uprawnienie do uzyskania wiedzy na temat uwarunkowań pomocy lekarskiej ma wymiar osobisty, to charakter ten

posiada również sama zgoda⁴. Wsparcie emocjonalne dziecka, a także wyjaśnienie mu koniecznych aspektów leczenia spełnia nie tylko wymogi prawne przewidziane w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, ale ma także wymiar terapeutyczny. Wydaje się, że nie jest dziełem przypadku, że prawo do stanowienia o zdrowiu dziecka zostało przyznane określonym podmiotom. Ustawodawca umocował opiekuna faktycznego do wyrażenia zgody w zakresie badania pacjenta. Nie bez znaczenia jest to, że instytucja z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 06.11.2008 r.⁵ została skonstruowana w oparciu o wymóg sprawowania stałej opieki nad osobą wymagającą świadczeń zdrowotnych. Łatwo dostrzec, że oba pojęcia, a więc przedstawiciela ustawowego i opiekuna faktycznego posiadają wspólny mianownik, jakim jest wykonywanie bieżącej pieczy nad jednostką potrzebującą pomocy lekarskiej. Niepodobna przejść nad tym związkiem do porządku dziennego. Jest oczywiste, że przyznane opiekunowi faktycznemu materialnoprawne uprawnienie nie może być przeniesione na inne osoby, gdyż przysługuje wyłącznie jemu oraz przedstawicielowi ustawowemu pacjenta. Ujmując powyższą tezę w inny sposób można powiedzieć, że podmioty te zostały wyposażone w ową prerogatywę właśnie ze względu na cechę, której inni nie posiadają, a która legitymuje je do wyrażenia zgody na udzielenie pacjentowi świadczenia zdrowotnego.

Nie wydaje się, aby pełnomocnik, działając na zlecenie mocodawcy, podejmował decyzję dotyczącą leczenia dziecka w duchu miłości i odpowiedzialności za nie. Sąd Najwyższy przyjął, że wystarczającą gwarancją dla ochrony dobra osoby małoletniej w razie działania pełnomocnika w imieniu przedstawiciela ustawowego stanowi możliwość kontrolowania dokonywanych czynności przez tego ostatniego. Uważam, że to twierdzenie dotknięte jest pewnym błędem logicznym. Jeśli bowiem rodzice mogą mieć wgląd w poczynania podmiotu, który został umocowany w zakresie decydowania o leczeniu małoletniego

4 Inaczej T.Zimna, *Glosa do uchwały SN z dnia 13.05.2015 r.*, III CZP 19/15, LEX nr 1216199.

5 Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz.U.2012.159. z póź. zm.

pacjenta, to trudno założyć, że nie można się z nimi porozumieć. Warto zauważyć, że art. 34 ust. 3 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry wyróżnia dwie odmienne sytuacje, w których następuje legalizacja interwencji lekarskiej w odniesieniu do małoletniego pacjenta. Następuje to albo poprzez udzielenie zgody przez przedstawiciela ustawowego, albo w wyniku uzyskania zezwolenia sądowego. Kognicja sądu opiekuńczego zachodzi wówczas, gdy brak jest przedstawiciela ustawowego małoletniego pacjenta lub nie istnieje możliwość porozumienia się z nim. W świetle jednoznacznego brzmienia art. 34 ust. 1 ustawy występowanie jedynie pewnych trudności w nawiązaniu kontaktu z osobą ponoszącą odpowiedzialność za dziecko nie zwalnia lekarza z obowiązku podjęcia starań w zakresie skomunikowania się z tą osobą, choćby wiązało się to z koniecznością przewyciężenia perturbacji. Powinność ta ustaje tylko wtedy, gdy wiadomo z góry, że starania o pozyskanie od uprawnianego oświadczenia co do leczenia nie mogą przynieść pozytywnego rezultatu. Jeżeli takie działania zostały podjęte, ale okazały się bezowocne, to sytuacja jest także równoznaczna z przypadkiem niemożności porozumienia się z przedstawicielem ustawowym pacjenta. Wówczas zgodę na ingerencję lekarską może wyrazić zastępczo sąd opiekuńczy. Przyjęte przez SN założenie, iż alternatywą dla zalegalizowania leczenia dziecka w sytuacji braku możliwości jego reprezentowania jest ustanowienie kuratora, nie znajduje potwierdzenia w literalnym brzmieniu powyższego przepisu. Natomiast brak jest konsekwencji w stwierdzeniu, że przedstawiciel ustawy dziecka jest władny umocować osobę trzecią do wyrażenia zgody na udzielenie skonkretyzowanego świadczenia zdrowotnego, ale jego wola przeniesienia na tę osobę uprawnienia do złożenia sprzeciwu wobec interwencji lekarskiej nie posiada znaczenia prawnego i w tym wypadku konieczne jest porozumienie się z mocodawcą lub uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego.

Optymalna sytuacja zachodzi wówczas, gdy interesy małoletniego pacjenta w wymiarze zdrowotnym są reprezentowane bezpośrednio przez rodziców. Czynności zmierzające do legalnego przeprowadzenia zabiegu kwalifikacyjnego nie mogą w tym wypadku sprowadzać się

tylko do kwestii podjęcia decyzji o warunkach jego przeprowadzenia. W tym procesie nieodzowne staje się zapewnienie dziecku odpowiedniego wsparcia. Wydaje się, że istnienie silnej więzi emocjonalnej łączącej podmioty życia rodzinnego stanowi najlepszą gwarancję ochrony dobra osoby małoletniej. W takim ujęciu oświadczenia składane przez rodzica (lub opiekuna prawnego czy faktycznego) w procesie leczniczym odnoszącym się do osoby podlegającej władzy rodzicielskiej mają charakter ściśle osobisty. Odmienny pogląd legł u podstaw głosowanej uchwały. Należy jednak zauważyć, że ustawa, ilekroć stanowi o przedstawicielu ustawowym, tylekroć swoje postanowienia adresuje wyłącznie do osoby, która swoje uprawnienie wyprowadza bądź z ustawy, bądź z orzeczenia sądu. Innymi słowy, posługiwanie się pojęciem przedstawiciela ustawowego jest zabiegiem celowym i odnosi się do właściwego desygnatu tego sformułowania. Tezę tę można zaobserwować na przykładzie przepisów regulujących kwestie związane z obowiązkiem przedstawienia przystępnych wyjaśnień co do przebiegu leczenia. Z art. 31 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry wynika, że osoby trzecie (w tym pełnomocnik) mogą być włączone w proces informowania jedynie za aprobatą pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego. To jednak nie uchyla powinności udzielenia informacji w zakresie procesu diagnostycznego lub terapeutycznego rodzicom dziecka lub jego opiekunowi (a więc przedstawicielowi ustawowemu małoletniego). Nie można zapomnieć, że chodzi w tym wypadku o szczególną ustawę regulującą kwestie związane z ingerencją w sferę najważniejszych dóbr osobistych każdego człowieka. Dlatego jej przepisy muszą być interpretowane w sposób ścisły, przy zastosowaniu wykładni językowej.

Włączenie przedstawiciela ustawowego do procesu decyzyjnego dotyczącego udzielenia zgody na świadczenie zdrowotne nie jest dziełem przypadku. W każdej sprawie, a w szczególności w kwestiach zdrowotnych, rodzice lub opiekun przed podjęciem decyzji są zobowiązani do zasięgnięcia opinii dziecka, jeśli posiada ono odpowiednie rozeznanie. Gdy małoletni ukończył 16 lat, zgoda na leczenie przybiera postać dwugłosu. Mowa wówczas o zgodzie kumulatywnej.

Pełnomocnik przedstawiciela ustawowego może jedynie wykonać zlecenie mocodawcy i ponosi odpowiedzialność przed nim. Nie ma on obowiązku wysłuchania dziecka. Trudno sobie wyobrazić, na jakich zasadach miałyby się odbywać współdziałanie pomiędzy pełnomocnikiem a małoletnim pacjentem.

Tymczasem ustawa przewiduje dość czytelny mechanizm uzyskania zgody na czynność lekarską. Jeżeli dziecko nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim nie jest możliwe, zezwolenia na dane świadczenie zdrowotne udziela sąd opiekuńczy.

Jest oczywiste, że w tej sytuacji organ sądowy nie będzie w stanie zapewnić mu poczucia bezpieczeństwa, ale przynajmniej zagwarantuje to, że decyzja zostanie podjęta z uwzględnieniem interesów dziecka. Warto też zauważyć, że niektórzy autorzy ujmują sąd opiekuńczy w kategoriach organu, który pełni analogiczne funkcje jak przedstawiciel ustawowy⁶. A zatem honorowanie pełnomocnictwa w odniesieniu do procesu decyzyjnego w sprawie leczenia dziecka jest obniżeniem standardów wyznaczonych dla ochrony jego dobra.

Konkludując, trzeba stwierdzić, że wykładnia gramatyczna, systemowa i funkcjonalna przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przemawia za tezą przeciwną do postawionej w głosowanej uchwale.

6 Zob. J.Strzebińczyk (w:) *System prawa prywatnego, prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, red. T. Smoczyński, Warszawa 2003, s. 255-256, A. Kallaus, *Udział osoby małoletniej w postępowaniu opiekuńczym*, Poznań 2015, s. 123.

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 lutego 2014 r. I ACa 377/13

Upośledzenie zmysłu węchu powstałe w wyniku zabiegu korekty grzbietu nosa i niebędące następstwem błędu lekarskiego, nie może być przyczyną odpowiedzialności odszkodowawczej kliniki, w której zabieg był wykonywany, o ile przed zabiegiem spełniony został obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.¹

I. Analizowany wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie² dotyka istotnej i niejasnej problematyki charakteru prawnego zabiegu (w okolicznościach sprawy - korekty grzbietu nosa) wykonanego na życzenie pacjenta, bez wyraźnych wskazań zdrowotnych. Zakwalifikowanie takiej czynności jako świadczenia zdrowotnego ma znaczenie dla określenia zasad legalnego działania lekarza, w tym przede wszystkim: treści obarczającego go obowiązku udzielenia pacjentowi informacji potrzebnych do rozeźnianego wyrażenia zgody na wykonanie zabiegu. Uznanie danej interwencji medycznej za świadczenie zdrowotne wymaga przyjęcia pewnych istotnych założeń, które jednak nie zostały przedstawione i rozważone w omawianym orzeczeniu. W

1 Teza odautorska.

2 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 lutego 2014 r. – I ACa 377/13.

konsekwencji rozstrzygnięcie sprawy budzi wątpliwości, skłaniające do szerszej analizy i oceny stanowiska wyrażonego w motywach wyroku Sądu Apelacyjnego.

II. Stan faktyczny głosowanego wyroku przedstawiał się następująco. Powódka A nie była zadowolona z wyglądu swojego nosa. Postanowiła więc poddać się operacji plastycznej zmiany jego kształtu i likwidacji garbka na grzbiecie. W tym celu zgłosiła się do kliniki prowadzonej przez pozwaną spółkę z o.o. Lekarz B przeprowadził z nią rozmowę, w której opisał zakres i przebieg planowanej operacji, a także przedstawił jej ilustrowane zdjęciami informacje dotyczące możliwych powikłań pozabiegowych. Poinformował również powódkę, że ostateczny wynik operacji będzie widoczny dopiero po 3-6 miesiącach. Zlecił także przeprowadzenie badań koniecznych przed operacją i przekazał do wypełnienia kwestionariusz osobowy pacjenta, ankietę anestezyjologiczną oraz informator. Lekarz nie poinformował o możliwości wystąpienia po operacji trwałego „zjawiska ciekącego nosa”.

Tego samego dnia powódka wypełniła kwestionariusz osobowy pacjenta, natomiast niespełna miesiąc później dostarczyła potrzebne wyniki badań. Zgodę na zabieg A podpisała na formularzu po upływie kolejnych czterech tygodni. W tym samym dniu przeprowadzona została operacja, która przebiegła w sposób prawidłowy i zgodny z zakresem wyrażonej zgody. U powódki wystąpiły przewidywane objawy w postaci łzawienia, wycieku z nosa, pokrwawień z nosa, a także trudności z oddychaniem przez nos. Nie zgłaszała ona jednak objawów w postaci kapania z nosa lub utraty czucia w czubku.

Podczas planowej wizyty po upływie około pół roku od daty zabiegu powódka oświadczyła, że nie jest zadowolona z rezultatu operacji i że zdecydowała się na korektę czubka nosa. Lekarz B wyjaśnił powódce cel, przebieg i konsekwencje zabiegu korekcyjnego. W formularzu zgody na pierwszą operację powódka dopisała zdanie „proszę o korektę grzbietu”, a lekarz B dopisał datę dzienną. W tym samym dniu powódka przeszła w prowadzonej przez pozwaną klinice drugi zabieg korekty nosa. Po około tygodniu stwierdzono prawidłowe gojenie się nosa i zdjęto usztywnienie. W czasie kolejnej wizyty kontrolnej

powódka wyraziła niezadowolenie z powodu uzyskanego kształtu nosa. Natomiast po upływie ponad roku od drugiego zabiegu zgłosiła objawy ciekącego nosa i utraty powonienia. W związku z tym zdecydowała się wystąpić na drogę sądową.

III. Powódka upatrywała odpowiedzialności pozwanej w dwóch zdarzeniach, czyniąc je alternatywną podstawą faktyczną powództwa. Pierwszym z nich był błąd lekarski popełniony, zdaniem powódki, przez operującego lekarza, natomiast drugim - tzw. wina organizacyjna personelu medycznego wynikająca z faktu niepoinformowania powódki o możliwych powikłaniach w postaci kapania z nosa, utraty powonienia i braku czucia w czubku nosa³. Powódka wskazywała przy tym, że przeprowadzone zabiegi, a zwłaszcza drugi z nich, zostały wykonane w warunkach bezprawności z uwagi na niewyrażenie przez nią uświadomionej zgody.

Sąd I instancji stwierdził, że obydwa zabiegi zostały wykonane w sposób prawidłowy, odpowiadający zasadom sztuki lekarskiej i obowiązującym w chirurgii plastycznej procedurom stosowania technik operacyjnych w zakresie odpowiednim dla uzyskania pożądaných efektów estetycznych. W konsekwencji za nieudowodnioną uznał okoliczność, jakoby w trakcie operacji doszło do uchybień, za które winę ponosi lekarz przeprowadzający zabieg. Żądania oparte na tej podstawie faktycznej zostały więc ocenione jako bezpodstawne.

Co się tyczy drugiego zarzutu, Sąd uznał, że przed pierwszą operacją powódka uzyskała informacje, o których mowa w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁴. Sąd oparł się w tej kwestii na dowodach z przesłuchania stron. Powódka wskazywała, że nie wiedziała o możliwości powikłań w postaci kapania z nosa, utraty węchu i czucia w czubku nosa. Twierdziła, że nie zdawała sobie sprawy, iż przeprowadzenie zabiegu wiąże się z ryzykiem wystąpienia takich następstw. Z kolei pozwana powołała się na fakt poinformowania

3 Należy podkreślić, iż jest to raczej nietypowe zastosowanie koncepcji „winy organizacyjnej”, kojarzonej zazwyczaj ze szkodą wywołaną przez niewłaściwe gospodarowanie sprzętem czy nieprzekazywanie dokumentacji medycznej.

4 Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 2015 r. poz. 464), dalej: u.z.l.l.d.

o „ryzyku wystąpienia najczęstszych powikłań” z wyszczególnieniem najczęściej występujących: zasinień i obrzęków, infekcji, krwiaków oraz innych rzadszych komplikacji. Sąd I instancji w omawianych okolicznościach uznał za spełniony obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 31 ust. 1 u.z.l.l.d.

Rozważając zarzuty powódki, Sąd podzielił wnioski opinii biegłych w zakresie chirurgii plastycznej i laryngologii, zgodnie z którymi opadanie czubka nosa i upośledzenie czubka oraz zmysłu węchu to dolegliwości stanowiące rodzaj następstw pooperacyjnych będących wynikiem przerwania zakończeń nerwowych na skutek nieodzwonego odpreparowania błony śluzowej nosa. Opierając się na wywodach opinii, Sąd stwierdził, że „(...)Rozmieszczenie receptorów węchu jest anatomicznie indywidualne i u 80% populacji występują odchylenia od normy w tym zakresie. Kapanie z nosa (...) [J]est to powikłanie zwykle dla tego typu zabiegów, często takim zabiegom towarzyszące.”⁵

Sąd podzielił pogląd, zgodnie z którym zabieg wykonany bez uświadomionej zgody pacjenta jest czynnością bezprawną nawet wówczas, gdy wykonany zgodnie z zasadami wiedzy medycznej⁶. W niniejszej sprawie uznał jednak, że powódka miała świadomość możliwych skutków zabiegów, a ponadto „wskazywane przez nią w pozwie dolegliwości [kapanie z nosa, utrata powonienia i zanik czucia w czubku nosa – przyp. A.G.] bądź nie występują stanowiąc jej subiektywne odczucie (...), bądź nie są następstwem tych zabiegów”. W konsekwencji Sąd pierwszej instancji stwierdził, że powódka nie doznała żadnego trwałego uszczerbku na zdrowiu i oddalił powództwo.

W apelacji od wyroku powódka podniosła m. in. zarzuty sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału przez przyjęcie, że nie doznała żadnego trwałego uszczerbku na zdrowiu oraz niestwierdzenia, jakie okoliczności powołuje jako kluczowe dla stwierdzenia, czy wyrażona została świadoma zgoda na zabiegi operacyjne.

5 Fragment opinii pochodzi z uzasadnienia głosowanego wyroku.

6 Tak np. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 31 marca 2006 r., I ACa 973/05, OSA nr 1/2008 poz. 2.

Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał apelację powódki za bezzasadną i oddalił ją, dzieląc zarówno ustalenia faktyczne, jak i rozważania prawne Sądu I instancji.

IV. Z uznania przez Sąd II instancji, że lekarz zadośćuczynił obojętkowi informacyjnemu w zakresie unormowanym w art. 31 ust. 1 u.z.l.l.d., wynika pośrednio, iż wykonanie operacji nosa zostało przez Sąd uznane za udzielenie świadczenia zdrowotnego. Powołany wyżej przepis znajduje bowiem zastosowanie w odniesieniu do tej kategorii czynności medycznych. Zagadnienie, czy korekta kształtu nosa, motywowana względami estetycznymi, powinna być zaliczona do świadczeń zdrowotnych, może być jednak sporne. Tymczasem od zakwalifikowania interwencji medycznej do kategorii świadczeń zdrowotnych uzależnione jest określenie zakresu informacji, które lekarz powinien przekazać pacjentowi, aby złożone przez niego oświadczenie o zgodzie mogło być uznane za prawnie skuteczne. Pojęcie świadczenia zdrowotnego ma więc z perspektywy problematyki glosy centralne znaczenie i wymaga przybliżenia.

V. Pojęcie świadczenia zdrowotnego zdefiniowane zostało w art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej⁷ jako „działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania”. W świetle tej regulacji o realizacji celu leczniczego przez daną czynność można mówić, gdy czynność skierowana jest na chorobę w sensie biologiczno-chemicznym i zmierza do jej profilaktyki, bądź do diagnozy, terapii lub rehabilitacji osoby tą chorobą dotkniętej⁸. Podobną do definicji z u.d.z.l. definicję świadczenia zdrowotnego zawiera art. 5 pkt 40 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych⁹.

7 Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2015 r. poz. 618), dalej: u.d.z.l.

8 P. Daniluk, *Pozastawowe nieterapeutyczne (nielecznicze) czynności lekarskie*, Państwo i Prawo, nr 1/2006, s. 67.

9 Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 581), dalej: u.s.o.z. Świadczenie zdrowotne uznane jest na gruncie tej ustawy za jeden z elementów (wraz ze świadczeniem zdrowotnym rzeczowym i świadczeniem towarzyszącym)

Omawiane pojęcie pojawia się ponadto w art. 2 ust. 1 u.z.l.l.d. Nie jest w ustawie tej wyjaśnione, co należy rozumieć przez „udzielanie świadczeń zdrowotnych”. Ustawodawca poprzestaje jedynie na wyliczeniu kilku czynności medycznych charakterystycznych dla wykonywania zawodu lekarza¹⁰. W przepisie użyte zostało określenie „w szczególności”, tak więc katalog czynności składających się na pojęcie świadczenia zdrowotnego ma charakter otwarty. Wyliczenie ustawowe obejmuje następujące czynności: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitacja chorych, udzielanie porad lekarskich, wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich.

Jak wskazuje się w nauce prawa, świadczenie zdrowotne zawsze musi wynikać z działań medycznych i procesu leczenia oraz realizować jeden z celów wskazanych w art. 5 ust. 40 u.ś.o.z.¹¹. W myśl art. 6 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹², świadczenie zdrowotne powinno być wykonane zgodnie z „wymaganiami wiedzy medycznej” (*lege artis*), a więc z aktualnymi zasadami i standardami przyjętymi we współczesnej medycynie, zawartymi w dostępnej literaturze i przekazywanymi studentom wyższych uczelni medycznych¹³.

VII. We współczesnej medycynie powszechnie wykonuje się liczne zabiegi nie dające się zakwalifikować jako świadczenia realizujące cel leczniczy¹⁴. Niektóre z tych zabiegów są wprawdzie zaliczane do kategorii świadczeń zdrowotnych w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 10 u.dz.l., w kategorii tej mieszczą się jednak niejako „z nadania ustawodawcy”, jako czynności lecznicze *sensu largo*.

świadczenia opieki zdrowotnej. W doktrynie panuje zgoda co do tego, że opisane wyżej różnice pojęciowe sprzyjają powstaniu chaosu terminologicznego: tak L. Ogiegło (w:) L. Ogiegło (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 9; E. Zielińska (w:) E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach..., op.cit.*, s. 45.

10 E. Zielińska (w:) E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 43.

11 D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 271-272.

12 Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2012 r. poz. 159).

13 J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 110; G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 171.

14 P. Daniluk, *Pozaustawowe nieterapeutyczne..., s. 67.*

Są to w szczególności czynności pobrania komórki, tkanki lub narządu od żywego dawcy, określone w ustawie o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów¹⁵, czynności przerywania ciąży w wyniku tzw. wskazań embriopatologicznych lub prawnych, określone w ustawie o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży¹⁶, a także przewidziane w Kodeksie postępowania karnego i Kodeksie postępowania cywilnego czynności lekarskie podejmowane na zlecenie władz dla celów dowodowych¹⁷.

Istnieje również grupa zabiegów zarazem nieuregulowanych ustawowo i niedających się jednoznacznie zakwalifikować jako świadczenia zdrowotne¹⁸. Do takich czynności należy zaliczyć przede wszystkim zabiegi z zakresu chirurgii plastycznej i zabiegi ubezpłodnienia z innych względów niż medyczne. W nauce prawa sporne jest zagadnienie charakteru prawnego i dopuszczalności przeprowadzania tego rodzaju zabiegów¹⁹. Stosownie do pierwszej z głoszonych koncepcji, legalne są tylko te czynności niemające charakteru *stricte* leczniczego, które zostały wyraźnie wskazane przez ustawodawcę²⁰. Z kolei zwolennicy odmiennego poglądu uzależniają ocenę legalności czynności niedających się zakwalifikować jako czynności lecznicze od spełnienia określonych przesłanek materialnych²¹.

15 Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2015 r. poz. 793).

16 Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. z 1993 r. nr 17 poz. 78 z późn. zm.).

17 Por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Prawo i Medycyna nr 1/1999, s. 121.

18 Należy podkreślić, choć może wydawać się to oczywiste, że pomimo występujących w nauce prawa niejasności teoretycznych w przedmiocie legalności omawianych zabiegów nieterapeutycznych, zabiegi te są powszechnie wykonywane. Stan taki zasługuje na krytyczną ocenę jako zaniechanie ze strony ustawodawcy. M. Sośniak już w 1959 r. pisał, że dyskusowanie o dopuszczalności zabiegów kosmetycznych byłoby anachronizmem. Por. M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, ZN UJ, Prace Prawnicze z. 6/1959, s. 158. Cyt. za: P. Daniluk, *Pozaustawowe nieterapeutyczne...*, op. cit., s. 69-70.

19 Por. P. Daniluk, *Pozaustawowe nieterapeutyczne...*, s. 68 i n. oraz literatura tam powołana.

20 M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 39.

21 Por. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 586 i n.

Przekonującą koncepcję legalności tego rodzaju zabiegów, opartą na kalkulacji dóbr i interesów w duchu etyki konsekwencjalistycznej, przedstawia P. Daniluk²². Autor ten zabiegi z zakresu chirurgii plastycznej, medycznie wspomaganego rozrodu, operacje zmiany płci i zabiegi ubezpłodnienia z innych względów niż medyczne określa zbiorczym mianem „pozaustawowych nieterapeutycznych (nielecniczych) czynności lekarskich”²³. W myśl tej koncepcji, czynność nieterapeutyczna jest legalna, jeżeli spełnione są trzy przesłanki²⁴:

- dobra ratowane lub „polepszane” przestawiają większą wartość od tych narażanych na niebezpieczeństwo;
- spełnione są ogólne warunki konieczne dla legalizacji wszelkich nieterapeutycznych czynności lekarskich;
- spełnione są warunki szczególne dla określonych rodzajów pozaustawowych nieterapeutycznych czynności lekarskich.

Objaśnienia wymaga tu w szczególności druga przesłanka, czyli spełnienie ogólnych warunków legalności. Jak się wydaje, warunki konieczne dla legalizacji nieterapeutycznych czynności lekarskich nie różnią się znacząco od warunków legalności zabiegów leczniczych i obejmują w szczególności przeprowadzenie zabiegu *lege artis*, wykonywanie zabiegu przez osobę uprawnioną oraz uzyskanie zgody pacjenta. Omówienia wymaga jednak odrębny przy zabiegach nieterapeutycznych z jednej, i leczniczych z drugiej strony, zakres obowiązku informacyjnego.

Zgodnie z powszechnie przyjętym w nauce prawa poglądem, zakres obowiązku informacyjnego lekarza względem pacjenta jest znacznie szerszy przy zabiegach nieterapeutycznych²⁵. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż w odniesieniu do tego rodzaju zabiegów pacjent powinien

22 P. Daniluk, *Pozaustawowe nieterapeutyczne...*, op.cit., s. 67. Przedstawione powyżej koncepcje M. Safjana i P. Daniluka można określić mianem dominujących, nie są one jednak jedynymi. Przykładowo, zdaniem M. Filara problem legalności zabiegów nieterapeutycznych można rozwiązać opierając działalność lekarza na koncepcji prawa zawodowego. Por. M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, Prawo i Medycyna nr 5/2000, s. 60.

23 P. Daniluk, *Pozaustawowe...*, s. 67

24 *Ibidem*, s. 71 i n.

25 Tak m. in. S. Garlicki, *Odpowiedzialność cywilna za nieszczęśliwe wypadki*, Warszawa 1971, s. 362.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 146.; E. Zielińska, *Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, Studia Iuridica, nr XVI (1988), s. 247.

mieć pełną świadomość, jakim ryzykiem dla jego zdrowia obarczone jest dokonywanie czynności o charakterze nielecniczym²⁶. Wskazuje się, że obowiązek informacyjny powinien w związku z tym obejmować nie tylko typowe, ale również nietypowe, w tym stosunkowo rzadkie, lecz możliwe skutki zabiegu, nawet bez szczegółowych pytań ze strony pacjenta²⁷. Podobnie jak w przypadku zabiegów leczniczych, rezultatem niedopełnienia przez lekarza obowiązku informacyjnego jest nieskuteczność udzielonej przez pacjenta zgody. W praktyce możemy mieć więc do czynienia z sytuacją, w której niepoinformowanie pacjenta przez lekarza nawet o skrajnie rzadkich, ale możliwych skutkach zabiegu decydować będzie o jego bezprawnych charakterze. Wykonanie zabiegu nieterapeutycznego mimo braku zgody pacjenta jest przesłanką odpowiedzialności cywilnej za wszystkie, także niezawinione skutki w sferze naruszenia dóbr osobistych pacjenta, jak również wypełnia znamiona czynu zabronionego z art. 192 Kodeksu karnego. W grę wchodzi ponadto, w zależności od skutku czynności, odpowiedzialność na zasadach ogólnych za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu²⁸.

VII. W analizowanym wyroku podkreślone zostało, że zabieg korekty grzbietu nosa został wykonany na życzenie powódki, bez wyraźnych wskazań zdrowotnych. W świetle powyższych ustaleń możliwość zakwalifikowania zabiegu jako świadczenia zdrowotnego budzi wątpliwości. Przede wszystkim nie jest jasne, jakiego rodzaju cel leczniczy zabieg realizował. Wydaje się, że uznanie takiego celu wymaga przyjęcia pewnych wstępnych założeń.

Jak wskazuje M. Safjan, rozwój współczesnej medycyny skutkuje zmianą samej definicji zdrowia, oznaczającej już nie tylko „brak choroby”, lecz optymalny stan równowagi fizycznej i psychicznej²⁹. Wy-

26 K. Rozental, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 1980 r.* II CR 280/80, Orzecznictwo Sądów Powszechnych nr 10/1981, poz. 170, s. 432.

27 M. Sośniak, *Obowiązek zawiadomienia o skutkach zabiegu leczniczego*, Państwo i Prawo nr 7/1958, s. 119-120.

28 P. Daniluk, *Pozastawowe nieterapeutyczne...*, s. 75. Por. M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, Prawo i Medycyna nr 5/2000, s. 59-72.

29 M. Safjan, *Współczesne tendencje i dylematy odpowiedzialności cywilnej lekarza*, Przegląd Sądowy nr 3/1991, s. 3. Por. definicja zdrowia Światowej Organizacji Zdrowia: „Zdrowie to nie tylko całkowity brak choroby czy kalectwa, lecz stan pełnego fizycznego, umysłowego i społecznego dobrostanu”, Europejski Raport Zdrowia 2012, s. 3, źródło: http://www.mz.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0004/24772/Europejski-Raport-Zdrowia-2012.pdf; dostęp: 29.6.2015 r.

daje się, że w stanie faktycznym głosowanego orzeczenia zabiegowi korekty grzbietu nosa bez wyraźnych wskazań zdrowotnych mógł być ewentualnie przypisany cel leczniczy jedynie w odniesieniu do tego drugiego, psychicznego komponentu zdrowia. Co za tym idzie, tylko jeżeli uznamy, że służył on „zwiększeniu dobrostanu”³⁰ pacjentki, możemy przyznać zabiegowi charakter świadczenia zdrowotnego. Treść uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wskazuje jednak, że kwalifikacja nie była oparta na tego rodzaju założeniach. Rozstrzygając o żądaniach powódki, Sąd stwierdza bowiem, że w wyniku czynności pozwanej nie doznała ona uszczerbku na zdrowiu. Jak się wydaje, w rozumowaniu Sądu Apelacyjnego można zatem dostrzec wewnętrzną sprzeczność. Jeżeli zabieg, o który chodzi, można było uznać za świadczenie zdrowotne tylko w świetle „szerokiej”, obejmującej komponent psychiczny, definicji zdrowia, a sąd uznał zabieg ten za świadczenie zdrowotne, musiał przyjąć szeroką definicję zdrowia. Jeżeli natomiast przyjął definicję szeroką, nie mógł nie uznać za uszczerbek przysparzających powódce cierpień psychicznych niezadowolenia z uzyskanego kształtu nosa i permanentnego kapania z niego.

VII. Analiza zagadnień, których dotyczy głosowany wyrok, prowadzi do wniosku, że rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego nie było poprzedzone wnikliwym rozpatrzeniem skomplikowanych zagadnień związanych z rozgraniczeniem terapeutycznych i nieterapeutycznych zabiegów medycznych. Jest to wadą orzeczenia i musi skutkować jego krytyczną oceną. Należy jednak podkreślić, że przyczyną licznych niejasności omawianej problematyki jest z jednej strony chaos pojęciowy w odniesieniu do pojęcia świadczenia zdrowotnego, z drugiej natomiast - brak ścisłych regulacji prawnych powszechnie wykonywanych przez lekarzy zabiegów nieterapeutycznych. Niedoskonałość orzecznictwa można więc uznać za skutek wad legislacji w tym zakresie.

30 Podkreślenia wymaga przy tym nieostry charakter tak samego pojęcia „dobrostan”, jak i definicji zdrowia zaproponowanej przez WHO.

SPRAWOZDANIA, KOMUNIKATY, NOTY

Dorota Krekora-Zajac

Sprawozdanie z konferencji *HandsOn: Biobanks. The EXPOntial Relevance of Biobanking. Clinical Biobanks for Personalized Medicine*. Mediolan 29-31 lipiec 2015

Konferencja została zorganizowana jako coroczny kongres BBMRI-ERIC (Biobanking and BioMolecular Resources Infrastructure - European Research Infrastructure Consortium), która jest jedną z największych organizacji ogólnoswiatowych zrzeszających biobanki zbierające i wykorzystujące ludzkie tkanki i komórki dla celów badawczych. Było to spotkanie lekarzy, genetyków, biologów, etyków i prawników zajmujących się problematyką biobankowania ludzkich próbek biologicznych. Zagadnienia dotyczące zbierania, przetwarzania i wykorzystywania dla celów naukowych ludzkich próbek biologicznych przez biobanki jest obecnie jednym z ważniejszych zagadnień bioetycznych dyskutowanych na świecie.

Przy tak dużej różnorodności przedstawionych na konferencji badań nie jest możliwe zrelacjonowanie wszystkich omawianych zagadnień. Z tego też powodu szczegółowe sprawozdanie ograniczone zostaje do przedstawienia najważniejszych zagadnień i wniosków wynikających z paneli dotyczących prawnych uwarunkowań biobankowania,

zagadnień poruszanych w ramach tzw. Ethics caffè oraz wybranych referatów z zakresu prawnych i bioetycznych aspektów wykorzystywania danych zbieranych przez biobanki. Pozostałe natomiast referaty dotyczące m.in. zagadnień technicznych związanych z procesem biobankowania zostaną tylko w sprawozdaniu wzmiankowane.

Otwarcia konferencji w formie powitania gości dokonali przedstawiciele BBMRI-ERIC - Marialuis Lavitrano Gincarolo Caratti, Filippo Ciantia, Cristina Messa oraz Jan-Eric Litton, będący dyrektorem generalnym BBMRI-ERIC. Po oficjalnym rozpoczęciu, jako pierwsi swoje referaty na temat globalnych problemów ochrony zdrowia i biobankowania przedstawili Walter Ricciardi (*Global health challenges and biobanking*) oraz Kurt Zatloukal (*Global health challenges and biobanking*), wskazując na konieczność zmiany sposobu zarządzania biobankami tak, aby z instytucji zamkniętych stały się one otwartymi, połączonymi w sieć globalną lub przynajmniej regionalną, szybko i łatwo wymieniającymi się danymi pochodzącymi z próbek. Ponadto prelegenci wskazywali, że dla dalszego rozwoju biobanków niezbędne jest ich wpisanie w system opieki medycznej tak, aby próbki zbierane przez różne szpitale mogły również być przekazywane do biobanków. Ta powitalna część konferencji zakończyła się wystąpieniem Antonio Di Giulio ukazującym infrastrukturę naukowo-badawczą i możliwości jej rozwoju z perspektywy Komisji Europejskiej (*Research Infrastructures from the European Commission perspectives*).

Kolejny dzień obrad rozpoczął się wygłoszeniem referatów przez Mika Ala-Korpela oraz Cluadio Luchinat na temat nowych metod diagnostycznych przy pomocy fenotypowania metabolicznego (*Metabolomics in precision medicine*). Zdaniem prelegentów ta metoda diagnostyczna jest przyszłością medycyny, ale istnieje konieczność wypracowania standardów jej stosowania.

Z uwagi na tak dużą różnorodność prezentowanych dziedzin nauki debaty konferencyjne zostały następnie podzielone na panele tematyczne, obrady plenarne, „Ethics caffè” (dyskusja na temat ochrony danych osobowych moderowana przez Jaspera Bovenberga) oraz „Idea Labs” poświęcone przekazywaniu danych w medycynie, precyzyjnemu

leczeniu w nowotworach, genomu skanowaniu populacyjnemu i tworzeniu wirtualnych dysków danych biobankowych.

W pierwszym panelu tematycznym omawiano normy jakości stosowane przez biobanki (*Quality Management Workshop*). Swoje referaty wygłosili w nim Andrea Wutte (*BBWRI-ERIC struktura dla doskonałości*), George Dagher (*Ustawienie standardów dla osiągnięcia wysokiej jakości próbek biologicznych*), Anna Sapino (*Jakość tkanek pochodzących z operacji z zastosowaniem techniki FFPE*), Barbara Parodi (*Wpływ źle oznaczonych linii komórkowych na badania*), Maria Grazia Daidone (*Jakość kontroli biomarkerów nowotworowych*) oraz Maurice Berdley (*The Europea Virus Archive - wpływ wysokiego stopnia referencyjności na rozwój badań i testów*).

W drugim panelu, typowo prawniczym, omawiane były sposoby zaangażowania pacjenta i społeczeństwa w proces biobankowania (*How to involve patients and citizens: Nothing about us, without us!*). Zagadnienia prawne podczas konferencji były poruszane przy takich problemach jak zgoda dawcy, ochrona danych osobowych dawcy czy też projektów nowej regulacji europejskiej co do badań biomedycznych na ludzkim materiale biologicznym. Chronologicznie pierwszym wystąpieniem dotyczącym zgody udzielnej biobankom przez dawców był referat bioetyczki Virgini Sanchini na temat modelu zgody opartej na zaufaniu (*Trusted consent: a model from research to practice*). Prelegentka wskazywała na konieczność istnienia szczególnego zaufania pomiędzy biobankami a społeczeństwem

Kolejne wystąpienie w tym panelu, dr Deborah Mascalzoni (*Zgoda dynamiczna*) zostało poświęcone omówieniu zalet i wad tradycyjnego modelu zgody stosowanej przez biobanki. Prelegentka przedstawiła swoje badania empiryczne, z których wynikało, że możliwy do zastosowania w tym zakresie jest model zgody dynamicznej. Słusznie podnosiła bowiem, że w praktyce model świadomej zgody przeniesiony z zabiegu medycznego na potrzeby biobanków jest niemożliwy do zastosowania i nie chroni dawców. Wskazywała również na to, że fakt pobierania zgody na potrzeby przyszłych badań jeszcze nieznanymi uniemożliwia przekazanie dawcy pełnej informacji. Wysunęła

ona również wniosek, iż posługiwanie się formularzem tradycyjnej świadomej zgody nie chroni, wbrew niektórym teoriom, autonomii dawcy. Według prelegentki proponowana zgoda dynamiczna zawsze jest zgodą zarówno szeroką jak i specyficzną, natomiast obowiązek informacyjny poprzedzający jej wydanie nie jest tak szeroki jak w przypadku świadomej zgody, a jedynie ograniczony do informacji, które są niezbędne dla dawcy do podjęcia decyzji. Model ten zakłada również konieczność uzyskiwania zgody dawcy na konkretne badania. Zatem osoba, która wyraziła zgodę na przekazanie swojej próbki dla celów badawczych, ma prawo wycofać ją z konkretnych badań. Prelegentka opisywała również próby wdrożenia tej koncepcji w ramach prowadzonego przez nią projektu CHRIS, w którym dawcy mieli możliwość wyrażania zgody za pośrednictwem strony internetowej.

Następnie referat został wygłoszony przez Mathieu Boude z EURORDIS (*Consent as collaboration*) i dotyczył uznania, że zgoda dawcy musi być wyrazem pełnego porozumienia pomiędzy nim a biobankiem. Autor wskazywał również na wciąż niewielką świadomość prawną lekarzy i naukowców zajmujących się badaniami na ludzkim materiale biologicznym w zakresie konieczności uzyskiwania zgód na badania naukowe. Przytaczał przykłady, z których wynikało, że naukowcy realizujący również duże badania, prowadzą je na ludzkich próbkach, które nie zostały im przekazane na podstawie autonomicznej decyzji dawcy, a często przy całkowitej ich niewiedzy.

Kolejne osoby wygłaszające przygotowane referaty starały się jednak wykazać, że tendencja ta wcale nie jest tak powszechna i istnieje już obecnie duża świadomość podmiotów zarządzających biobankami co do tego, iż w pierwszej kolejności powinny one troszczyć się o poszanowanie autonomii dawców. W swoim referacie pt. *From public information to public engagement: biobanking concerns me* Francesco De Lorenzo podnosił, że biobank powinien mieć obowiązek informowania dawców o wszystkich informacjach uzyskanych z ich próbek a dotyczących ich zdrowia. Mats Hansson podkreślał zaś, że współdziałanie z dawcami jest podstawą sukcesu idei biobankowania (*Biobanking together: from best practices to an innovative governance*).

Ostatni referat w tym panelu przedstawiony przez Renza Barbon Galluppi, Mirellę Filocamo i Lucia Monaco dotyczył rozwiązań teleinformatycznych wspomagających istnienie biobanków i umożliwiającym tworzenie sieci biobanków, które wymieniają między sobą informacje (*A hight Network to suport research on genetic diseases: Telethon Network on Genetic |Biobanks*).

Po referacie tym odbyła się bardzo burzliwa dyskusja na temat zasad uzyskiwania zgody w poszczególnych krajach europejskich, w której starły się dwa stanowiska. Jedno reprezentowane było przez Francesco De Lorenzo z European Cancer Patient Coalition, promujące konieczność pełnej informacji przekazywanej pacjentom i zwracania się do nich o każdorazową zgodę na wykorzystania próbki dla celów naukowych i drugie wskazujące, że zgoda dynamiczna jest zbyt kosztowna i opóźnia prowadzenie badań. Ponadto Mats G. Hansson z Centre for Research Ethics & Bioethics Uniwersytetu w Uppsali wskazywał na możliwość odwoływania się do komisji bioetycznych zawsze wtedy, gdy uzyskanie od pacjenta ponownej lub pierwotnej zgody nie jest możliwe. Przytaczano przykład Belgii, gdzie stosuje się zasadę, zgodnie z którą brak sprzeciwu pacjenta oznacza jego zgodę. W podsumowaniu wskazano, że nie ma idealnego rozwiązania. Nie można jednak pomijać praw dawcy, gdyż tylko pełna akceptacja społeczna dla idei biobankowani i zaufanie pomiędzy biobankiem a dawcą umożliwi zbieranie przez biobanki próbek.

W trzecim panelu wskazywano na raporty i przewodniki opisujące dobre praktyki w badaniach biomedycznych (*Best practices in biore-source research dissemination*). W panelu tym Hannah Cagney mówiła o zasadach tworzenia takich przewodników (*Bioresources reserach disseimantion and editorial best practices*). Elena Bravo omawiała projekt CoBra (*CoBra: the guideline to track the use Bioresource*), Jim Vaugt referował projekt BRISQ (*BRISQ Biospecimen raporting for improved study quality*), a Anne Cambon-Thimsen - relacje pomiędzy BRIF a BBMRI(*BRIF and BBMRI: the alliance towers measuring impact*).

W części plenarnej przedstawiono m.in. również referat Gert-Jana van Ommen *BBMRI infrastruktura wiedzy dla otwarcia nauki*, promujący konieczność jak najszerzego przekazywania wyników badań na ludzkich próbkach biologicznych i demokratyzacji nauki. Autor ukazywał, że tylko znoszenie barier formalnych oraz otwartość na wymianę doświadczeń i wyników badań może wpłynąć na rozwój biobanków, a co z tym związane - rozwój każdej dziedziny nauki.

Następnie w ramach obrad plenarnych wygłoszony został referat prof. Amadeo Santosuosso dotyczący nowej regulacji europejskiej w zakresie ludzkich próbek biologicznych (*The novel Council of Europe's recommendation on research on biological material of human origin*). Referent ocenił proponowaną rekomendację bardzo negatywnie. Ukazał bowiem po pierwsze, że posługuje się ona nieprecyzyjnym językiem, w których różne słowa określały *de facto* podobne pojęcia (confidentiality/privacy). Po drugie, zdaniem autora niewłaściwe jest również pominięcie odniesień w rekomendacji do biobanków (we wcześniejszej wersji dokumentu słowo „biobank” występowało dwunastokrotnie, obecnie tylko jeden raz). Nieśpójność językowa skutkuje niezgodnością tego aktu z prawem międzynarodowym. Ponadto Profesor wskazał na brak zastosowania podstawowych fundamentów tworzenia regulacji dotyczących danych genetycznych. Podkreślił, że istnieje konieczność rozdzielenia zagadnień danych genetycznych od zasad ochrony człowieka. Nie można bowiem rozszerzać pojęcia godności i wolności przynależnej jednostce na ochronę danych. Pojęcie godności jest oczywiście nadrzędne nad rozwojem nauki, lecz zbyt restrykcyjne prawo może również regulować sytuację, w których godność człowieka nie jest zagrożona, a wówczas ograniczenie wolności nauki jest nieuzasadnione. Podnosił również, że nie należy pomijać szczególnej relacji między człowiekiem a jego danymi osobowymi, jednak legislator europejski powinien pamiętać, że dane osobowe to nie ludzie i nie mogą być w taki sam sposób chronione. Ponadto wskazał na konieczność tworzenia mechanizmów prawnych, które umożliwią ochronę tylko danych będących faktycznie danymi osobowymi i których wykorzystywanie mogłoby wyrządzić człowiekowi szkodę lub krzywdę.

Prelegent wskazał również pewne wnioski co do tworzenia regulacji prawnych tego zagadnienia. W jego ocenie należy przede wszystkim określić podmioty, które mają interes w byciu chronionymi. W tym zakresie trzeba uzależnić ów interes bycia chronionym od rodzaju badań, genetycznego dystansu i czasu wykorzystania próbek po ich pobraniu. Największy praktyczny problem, który wówczas się pojawia, to określenie, kiedy dane genetyczne osoby są również danymi osobowymi członków jej rodziny. Profesor podkreślał, że nie ma łatwego rozwiązania tego dylematu i każdorazowo należy określić indywidualny interes danego członka rodziny uwzględniając stopień jego pokrewieństwa.

Podobne wnioski wypłynęły również z obrad Ethics Caffe i Idea Labs dotyczących ochrony danych genetycznych. W dyskusjach tych bowiem również dostrzegano nieuchronny konflikt między ochroną danych jednostki a rozwojem badań. Podkreślano, że ochrona danych genetycznych nie powinna być prowadzona *in abstracto*, ponieważ jej celem jest ochrona przed określoną krzywdą. Ochrona zatem powinna odnosić się jedynie do sytuacji, gdzie dobra dawcy mogą być realnie zagrożone. Nie budzi wątpliwości, że w przypadku zagrożenia *in concreto* dobra jednostki ochrona ta może powodować ograniczenia wolności badawczej. Taki system regulacji powinien skutkować tym, że w sytuacji gdy godność dawcy nie jest zagrożona, ustawodawca powinien tworzyć rozwiązania prawne umożliwiające wolność prowadzenia badań. Dyskutanci bowiem podkreślali, że wolność nauki nie sprzyja tylko naukowcom, ale przede wszystkim jest motorem rozwoju całej ludzkości, a zatem zarówno ustawodawcy krajowi jak i ustawodawca europejski powinni tworzyć regulacje prawne umożliwiające rozwój badań na ludzkich próbkach biologicznych.

W ostatniej sesji plenarnej przedstawiano problemy dotyczące współpracy między przemysłem a biobankami akademickimi (*Collaboration between Industry and Academic Biobanks: challenges and possible solution*). Pascal Puchois mówił o generalnych potrzebach przemysłu (*General Overview of industry need and requirements*), a Loïc Maurel - o potrzebach przedsiębiorstw zajmujących się badaniami *in vitro* (*Challenges and necessities of in vitro diagnostic (IVD)*)

companies). Oliver Peter podjął temat wyzwań stojących przed przedsiębiorstwami farmaceutycznymi (*Challenges and necessities of drug companies*), natomiast Vincenzo Canzonieri przedstawił doświadczenia współpracy pomiędzy biobankami akademickimi a przemysłem (*Experience of an academic biobank in collaboration with industries*).

Poza panelami i obradami plenarnymi część wystąpień została przygotowana w formie plakatów, z którymi uczestnicy mogli się zapoznać w przestrzeni wystawowej. Tak właśnie zostały zaprezentowane wyniki badań polskiego zespołu z biobanku krwi pępowinowej z Kielc, ukazujące dane statystyczne z tego biobanku wskazujące na istotny problem wpływu pobrania próbki biologicznej na jej przydatność. Najczęstszym powodem niewykorzystania krwi przez biobanki był fakt, że w pobranych próbkach znajdowała się zbyt mała ilość krwi.

Ponadto integralną częścią konferencji była prezentacja wszystkich etapów biobankowania ludzkich próbek biologicznych, kiedy uczestnicy mogli porozmawiać z przedstawicielami różnych podmiotów tworzących infrastrukturę dla biobanków.

Podczas zamknięcia konferencji Marialuisa Lavitrano podkreślała wagę idei biobankowania jako fundamentu rozwoju nauki i całej ludzkości. Z uwagi na fakt, że temat biobankowania jest tak istotny społecznie, a zagadnienia związane z ochroną danych przez biobanki budzą wciąż wiele kontrowersji, wskazała, że kolejna konferencja odbędzie się we wrześniu 2016 r. w Wiedniu i będzie dotyczyła właśnie danych zbieranych i wykorzystywanych przez biobanki.

Na zakończenie Jan-Eric Litton wskazał na konieczność rozszerzenia w dalszym ciągu BBMRI-ERIC na nowych członków, w tym również takich jak Polska oraz podziękował uczestnikom konferencji za owocne obrady.

Nota bibliograficzna. Krzysztof F. Bolt,
*Publicznoprawne aspekty systemu ochrony zdrowia
w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Wydawnictwo
Sejmowe, Warszawa 2012

Z polskiego punktu widzenia konstrukcja prawna amerykańskiego systemu ochrony zdrowia stoi w opozycji do modelu kontynentalnego, opartego na przyjęciu fundamentalnego prawa jednostki do ochrony zdrowia finansowanego ze środków publicznych. Systemowa analiza amerykańskiej służby zdrowia z punktu widzenia publicznoprawnego do 2012 r. nie była obecna na polskim rynku wydawniczym. Stąd z uznaniem należy ocenić wydanie monografii Krzysztofa F. Bolta, która uzupełnia lukę poznawczą w omawianym zakresie. Celem opracowania – jak podkreśla Autor - jest kompleksowe ujęcie problematyki publicznoprawnych aspektów organizacji amerykańskiej służby zdrowia. Na tle uregulowań o charakterze publicznoprawnym przedstawione są prywatnoprawne instytucje prawa ochrony zdrowia, relacje między porządkiem publiczno- i prywatnoprawnym oraz zagadnienia z zakresu państwowego (federalnego i stanowego) nadzoru nad działalnością gospodarczą w obszarze udzielania świadczeń leczniczych.

Monografia jest starannie wydana i opracowana pod względem edytorskim. Składa się z czterech zasadniczych części, wstępu

przedstawiającego: cel pracy, założenia badawcze oraz przyjętą metodologię, obszernego rozdziału wprowadzającego oraz rozdziału podsumowującego - zawierającego wnioski końcowe. W bogatej bibliografii czytelnik znajdzie zarówno literaturę polską jak i dorobek amerykańskiej myśli prawniczej. Każda z czterech zasadniczych części ma podobną długość oraz jest podzielona na rozdziały i podrozdziały systematyzujące omawiane zagadnienia.

Zawartość merytoryczna książki potwierdza przyjętą przez autora tezę badawczą, że amerykańską służbę zdrowia cechuje wieloczołowość i złożona budowa porządku publicznoprawnego stanowiąca *sui generis* prawo gospodarcze publiczne. Autor omawia klasyczne instytucje prawa publicznego gospodarczego takie jak nadzór, reglamentację działalności leczniczej jak również tendencję do rosnącej ingerencji państwa w sferę praw pacjenta. Zasadniczo jednak przedmiotem rozważań są zagadnienia organizacji i finansowania amerykańskiej służby zdrowia z uwzględnieniem najnowszych zmian legislacyjnych. W sposób przejrzysty dla polskiego czytelnika wyjaśniono cechy charakterystyczne systemu *common law* w zakresie, w jakim mają one wpływ na uregulowania systemu ochrony zdrowia oraz relacje między zagadnieniami publicznoprawnymi i prywatnoprawnymi ubezpieczeń zdrowotnych.

Zasadniczą część monografii poprzedza ujęty w ramach rozdziału pierwszego wstęp, zawierający wprowadzenie do prawnomiędzynarodowych podstaw ochrony zdrowia oraz ekonomiczną charakterystykę sektora opieki zdrowotnej, ze szczególnym uwzględnieniem roli płatnika. Obecność ekonomicznej analizy zasad funkcjonowania systemu jest tutaj szczególnie na miejscu, albowiem podstawowym założeniem amerykańskiego systemu ochrony zdrowia jest uznanie tego sektora za obszar działalności gospodarczej.

W części pierwszej opracowania Autor prezentuje fundamenty amerykańskiego systemu ochrony zdrowia oraz źródła prawa ochrony zdrowia. Rozważania w tym zakresie rozpoczyna od paradygmatu wolności jednostki jako podstawy filozofii liberalizmu oraz Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Z podstaw tych należy wywodzić

fundamentalne założenia ustrojowe świadczeń opieki zdrowotnej: świadczenia społeczne nie stanowią tam praw konstytucyjnych¹ oraz zasadę jednostkowej odpowiedzialności za stan własnego zdrowia. Pochodną tych założeń stanowi zasadniczy brak obowiązku powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, a co za tym idzie - uznanie opieki zdrowotnej za domenę działalności gospodarczej podlegającej regulom rynkowym. Autor przedstawia rolę oraz miejsce państwa w systemie ochrony zdrowia oraz charakteryzuje wady i zalety hybrydowego modelu ubezpieczenia. Dokonuje szerokiego uzasadnienia funkcjonowania tego modelu posiłkując się bogatym orzecnictwem Sądu Najwyższego oraz opisem organizacji amerykańskiej służby zdrowia. Elementy konstytucyjne zostały omówione z perspektywy prawnoporównawczej, przy wskazaniu na odmienne uregulowanie konstytucyjne prawa do ochrony zdrowia w art. 68 Konstytucji RP². Na szczególną uwagę zasługuje przedstawienie zagadnień odnoszących się do podziału kompetencji federalnych i stanowych w zakresie stanowienia prawa oraz administrowania służbą zdrowia. Autor wskazuje na złożoność relacji wielopoziomowego zarządzania i wspólnego sprawowania władzy w omawianym obszarze przez władze federalne i stanowe na zasadach analogicznych do sprawowania władzy przez instytucje Unii Europejskiej i jej państwa członkowskie. W ostatnim rozdziale części pierwszej, także na płaszczyźnie prawnoporównawczej, Autor przedstawia pozycję prawną lekarza, charakter stosunku prawnego lekarz – pacjent oraz zasady odpowiedzialności lekarza.

W części drugiej Krzysztof F. Bolt przedstawia zasady finansowania świadczeń ze środków niepublicznych. Na wstępie przedstawiono uzasadnienie wybranej systematyki, które w spójny i logiczny sposób przedstawia relację pomiędzy publicznoprawną regulacją rynku ubezpieczeń zdrowotnych a reformą służby zdrowia z 2010 r. wprowadzającą restrukturyzację rynku ubezpieczeń zdrowotnych. Wskazuje się, że owa reforma wprowadza rewolucyjne zmiany, m.in. w postaci

1 Zob. sprawy: *Golberg v. Kelly* (1972), *Jefferson v. Hockeny* (1972), *Dandridge v. Williams* (1970)

2 Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr. 78, poz. 483 ze zm.

nałożenia obowiązku nabycia polisy ubezpieczeniowej. Rozdział zawiera szczegółową charakterystykę rynku niepublicznego ubezpieczenia zdrowotnego (komercyjnego). Z jednej strony autor wskazuje na jego konstrukcyjnie dominującą rolę względem subsydiarnego filaru zabezpieczenia publicznego. Z drugiej strony, w toku charakterystyki, wymienia negatywne cechy wiążące się z funkcjonowaniem dobrowolnego i komercyjnego systemu ubezpieczenia zdrowotnego oraz publicznoprawne rozwiązania reformy z 2010 r. mające na celu niwelowanie wad systemowych. Szczególnie interesujące w tym zakresie są uwagi na temat problemu osób nieubezpieczonych, których liczba w 2007 r. była równa 15,3% ludności (s. 145 i nast.) oraz wiążącym się z tym zagadnieniem obowiązkiem szpitala do udzielenia pomocy z przypadku nagłego zagrożenia zdrowia.

W części trzeciej Autor przedstawia złożoną strukturę finansowania świadczeń zdrowotnych ze środków publicznych. W pierwszej kolejności omówione zostały podstawy prawne programów ochrony zdrowia finansowanych ze środków publicznych. Autor koncentruje się na podstawach prawnych funkcjonowania dwóch najważniejszych programów *Medicare* i *Medicaid* oraz zasad ich finansowania i administrowania. Omawiając zasady finansowania obu programów Autor powraca do problemu podziału koncepcji w wielopoziomowym zarządzaniu federalnym i stanowym. Obszerne omówienie zasad funkcjonowania przedstawia też ewolucję ich funkcjonowania sięgającą lat 60 XX wieku, jak również analizy systemowe odnoszące się do aktualnie istniejących problemów demograficznych: starzenia się społeczeństwa oraz wzrostu liczby rodzin niepełnych. W następnym rozdziale przedstawiono instytucje publicznych programów ochrony zdrowia z uwzględnieniem ich struktury podmiotowej. Autor kolejno omawia społeczne ubezpieczenie osób starszych i niepełnosprawnych, zakres podmiotowy uprawnionych do korzystania do świadczeń *Medicaid* (przeznaczonego dla osób ubogich, przy czym szczegółowe warunki uzyskania świadczeń określa każdy stan odrębnie), zasady udzielania świadczeń *Medicaid* dla cudzoziemców i imigrantów, program ubezpieczeń zdrowotnych dla dzieci, system państwowej opieki dla

weteranów. W ramach analizy świadczeń publicznych szeroko omówiono także problematykę nierzetelności rozliczeń, oszustw i nadużyć.

Ostatnia część opracowania jest podzielona na trzy zasadnicze rozdziały: prawa pacjenta, nadzór nad jakością świadczeń oraz tzw. reformę Obamy. Gdy chodzi o uwagi odnoszące się do relacji państwo – pacjent, to ta intensywnie rozwijająca się również w Polsce dziedzina została przedstawiona przez pryzmat Konstytucji Stanów Zjednoczonych, orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz Karty Praw Pacjenta. Rozdział dotyczący nadzoru nad jakością świadczeń sprowadza się do opisu specyfiki nadzoru w amerykańskim modelu służby zdrowia rozumianej jako sektor działalności gospodarczej oraz omówienia poszczególnych instytucji, m. in. stanowych licencji dla świadczeniodawców, akredytacji i certyfikacji. Pozytywnie należy ocenić obszerny opis reformy amerykańskiego systemu ochrony zdrowia wprowadzony przez ustawę *Patient Protection and Affordable Care Act* ze zm. z ustawy *Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*. Autor przeprowadza szczegółową analizę szerokich zmian, których zasadniczym celem jest zagwarantowanie mieszkańcom USA (prawie) powszechnego zaopatrzenia zdrowotnego (str. 251). Autor w interesujący sposób przedstawia nowoczesne rozwiązania publicznoprawne, których celem jest usprawnienie funkcjonowania zaopatrzenia zdrowotnego. Wprowadzane zmiany z racji swojej istoty wymagają rozpatrzenia pod względem konstytucyjności, czemu wyraz daje Autor formułując nie tylko uwagi własne, lecz także przywołując zarzuty stawiane postanowieniom ustawy w poszczególnych powództwach skierowanych do sądów federalnych.

We wnioskach końcowych Autor w skondensowany sposób przedstawia podstawy aksjologii amerykańskiego systemu ochrony zdrowia oraz źródła regulacji prawnej omawianej dziedziny. Od modelowych założeń sprawnie przystępuje do wskazania kluczowych problemów. Modelowe założenia funkcjonowania amerykańskiej służby zdrowia rozpatrywane są z perspektywy fundamentalnych zmian z 2010 r., których istota wiąże się ze zwiększeniem odpowiedzialności rządu federalnego za funkcjonowanie całego systemu ochrony zdrowia.

Monografia Krzysztofa F. Bolta stanowi rzeczowe i kompleksowe studium wiedzy o amerykańskim systemie ochrony zdrowia. Podkreślenia wymaga, że w każdym rozdziale opracowania pojawiają się praktyczne przykłady, które są cenną ilustracją akademickiej analizy zagadnienia, dane statystyczne określające skalę omawianych problemów oraz przykłady orzeczeń ukazujących amerykańskie kontrowersje powstałe wokół omawianych zagadnień. Każda część zawiera precyzyjnie określone podstawy prawne, przywołanie poglądów doktrynalnych na omawiane zagadnienie oraz konkluzje. Wszystkie te zabiegi sprawiają, że omawiana przez autora tematyka, pomimo swojej obszerności oraz wielowątkowości jest przedstawiona w sposób przystępny, usystematyzowany i zrozumiały.

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 naukowci proszeni są również o wskazanie uczelni macierzystej.

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

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.