PRAWO I MEDYCYNA

Nr 1/2016 (62 vol. 18) **KWARTALNIK** ISSN 1506-8757

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

REDAKCJA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prawo

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

Medycyna

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

Adres Redakcji:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Astronomów 3 pok. 424, 01-450 Warszawa
e-mail: sekretariat@ipoz.pl
www.ipoz.pl, www.prawoimedycyna.pl

Wydawca:

Blok Operacyjny Sp. z o.o.
ul. Bysławska 82 pok. 102, 04-993 Warszawa
tel. 22 867 24 25, e-mail: sekretariat@blokoperacyjny.pl
www.blokoperacyjny.pl, www.prawoimedycyna.pl

Prenumerata:

Blok Operacyjny Sp. z o.o.
ul. Bysławska 82 pok. 102, 04-993 Warszawa
tel. 22 867 24 25, e-mail: sekretariat@blokoperacyjny.pl
www.blokoperacyjny.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

Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz,
Mgr Natalia Karczewska-Kamińska,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Uwagi w sprawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego klauzuli sumienia lekarzy 5

Mgr prawa Jakub Hanc,
Uniwersytet Śląski
Wolność smienia a klauzula sumienia 21

adw. Marcin Pieklak,
Kancelaria Domański Zakrzewski Palinka, Warszawa
Zakres dyskrecjonalności Ministra Zdrowia przy wydawaniu decyzji refundacyjnych – czy organ może swobodnie decydować o odmowie kontynuacji refundacji terapii? 51

Dr n. hum. Monika Małek-Orłowska,
Politechnika Wrocławska
Niemoralność finansowania robota? O negatywnej rekomendacji AOTM dla robota Da Vinci 68

Dr n. prawn. Paweł Złamańczuk,
Uczelnia Łazarskiego w Warszawie
Pozbawienie wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej w świetle Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności 81

Dr hab. Maria Boratyńska,
Uniwersytet Warszawski
Postępowanie z pacjentem w stanie pozabiegowych zaburzeń psychicznych. Analiza przypadku 95

dr hab. Magdalena Radkowska-Walkowicz,
Uniwersytet Warszawski
„To wielkie zwycięstwo polskiej wolności"? Nowa ustawa regulująca leczenie metodą in vitro w Polsce w perspektywie antropologicznej 123

ORZECZNICTWO

Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 stycznia 2014 r., I ACa 1348/13, LEX nr 1540864 141

dr n. prawn. Jan Ciechorski,
Uniwersytet Śląski
Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2012r. sygn. IV CSK 373/11 149

SPRAWOZDANIA, KOMUNIKATY, NOTY

Dr n. społ. Błażej Kmieciak,
Uniwersytet Medyczny w Łodzi
Stanisław Pużyński, Dylematy współczesne psychiatrii. Problemy kliniczne, etyczne, prawne, Wydawnictwo Emetela, Warszawa 2015 160

Mirosław Nesterowicz, Natalia Karczewska-Kamińska

Uwagi w sprawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego klauzuli sumienia lekarzy[1*]

1. W ostatnich kilku latach szczególne namiętności i kontrowersje wywołuje klauzula sumienia lekarzy. Konsekwencją tego są liczne wypowiedzi w prasie, internecie i innych mediach oraz konferencje naukowe. Jedni twierdzą, że obecne unormowania prawne są wyrazem kompromisu pomiędzy prawami lekarzy a prawami pacjentów, inni, że żadnych kompromisów w tym przedmiocie być nie może, gdyż klauzula sumienia wynika z praw człowieka, z prawa moralnego, które musi być ponad prawem stanowionym, a więc sumienie lekarza jest ponad autonomią pacjenta.

W praktyce klauzula sumienia dotyczy aborcji, badań prenatalnych, środków antykoncepcyjnych, w mniejszym stopniu eksperymentów badawczych i zapłodnienia *in vitro* w prokreacji medycznie wspomaganej, gdyż w klinikach, które te zabiegi wykonują, lekarze temu przeciwni nie pracują.

Z najbardziej doniosłych wypowiedzi wymienić trzeba stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013 z dnia 12 listopada 2013 r. w sprawie tzw. klauzuli sumienia, stanowisko nr 74/13/P-VI

1 *Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r. (K 12/14, Dz.U. z 2015 r., poz. 1633). Uzasadnienie 143/9/A/2015.

Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 6 grudnia 2013 r. w sprawie korzystania z klauzuli sumienia w praktyce lekarskiej, stanowisko Zespołu Ekspertów Konferencji Episkopatu Polski ds. Bioetyki z dnia 14 lutego 2014 r. w sprawie klauzuli sumienia i odpowiedź Komitetu Bioetyki PAN na zarzuty Zespołu Ekspertów KEP z dnia 31 lipca 2014 r.

Na ogół zgodność panuje co do jednego, że lekarz – jakkolwiek może i powinien postępować zgodnie z przyjętymi przez siebie zasadami moralnymi, światopoglądem oraz wyznawanymi przekonaniami religijnymi – nie może odmówić świadczeń lekarskich, udzielenia pomocy pacjentowi w sytuacjach niecierpiących zwłoki stwarzających dla pacjenta niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Z reguły chodzi tu o lekarza działającego w szpitalu, jego obowiązek wiąże się z obowiązkiem prawnym szpitala udzielenia pomocy, a szpital na klauzulę sumienia powołać się nie może, nie ma do tego podstaw w polskim prawie. Tego się nie kwestionuje, aczkolwiek są tu też pewne niuanse. Często z góry, *a priori*, bez zbadania pacjenta, nie można prawidłowo ocenić, czy wymienione okoliczności zachodzą. W razie wątpliwości lekarze nie powinni się tu zasłaniać klauzulą sumienia, lecz podjąć działanie, gdyż tego wymaga przysięga Hipokratesa, którą składali.

2. W związku z powyższymi stanowiskami, rozbieżnością poglądów co do korzystania przez lekarzy z klauzuli sumienia, niejednolitej interpretacji obowiązujących przepisów prawnych i wątpliwościami co do ich zgodności z Konstytucją RP, Naczelna Rada Lekarska w dniu 11 marca 2014 r. skierowała do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją art. 39 ust. 1 i 2 w związku z art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

Przepisy te regulują dopuszczalność powoływania się przez lekarzy na klauzulę sumienia, wskazując, w jakich sytuacjach lekarz może odstąpić od udzielania świadczenia zdrowotnego sprzecznego z jego sumieniem, a w jakich - pomimo konfliktu sumienia - świadczenie musi zostać udzielone, pod rygorem odpowiedzialności karnej, cywilnej i zawodowej.

Przepisy te głoszą: art. 39: „Lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego"; art. 30: „Lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki".

Naczelna Rada Lekarska w swoim wniosku do TK z 11 marca 2014 r. zakwestionowała art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty w zakresie „innych przypadków niecierpiących zwłoki", uznając go za zbyt szeroki i wnioskując o doprecyzowanie, że chodzi tylko o świadczenia lecznicze (a nie nielecznicze, a więc takie, które nie należą do kategorii świadczeń służących zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia). NRL twierdziła, że w przypadku świadczeń nieleczniczych lekarz powinien bezwzględnie zachować prawo odmowy ich wykonania, gdy odmowa ich wykonania nie stwarza zagrożenia życia, ciężkiego uszkodzenia ciała czy ciężkiego rozstroju zdrowia. Sądzimy, że nie jest to jednak takie proste, często bowiem czynności nielecznicze łączą się z leczniczymi. Jeżeli np. przy zabiegu chirurgii estetycznej mającej na celu powiększenie piersi wystąpią komplikacje, wymagające poważnej interwencji lekarskiej, aby uniknąć pogorszenia stanu zdrowia, to kolejne czynności są już lecznicze.

A więc NRL chodzi w istocie o dodanie do art. 30 słowa „leczniczych" („inne przypadki świadczeń leczniczych niecierpiących zwłoki"), co korespondowałoby z art. 15 ustawy o działalności leczniczej („Podmiot leczniczy nie może odmówić udzielenia świadczenia zdrowotnego osobie, która potrzebuje natychmiastowego udzielenia takiego świadczenia ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia").

NRL za czynności nielecznicze uważa, choć wprost o tym nie mówi, te, które dotyczą ginekologii i położnictwa, jak badania preimplantacyjne (genetyczne) i prenatalne, przerwanie ciąży, stosowanie środków antykoncepcyjnych, zapłodnienie *in vitro* i chciałaby na nie „rozciągnąć" klauzulę sumienia z art. 39 ustawy.

Twierdzi więc, że obowiązek lekarza udzielenia pomocy w sytuacji „innych przypadków niecierpiących zwłoki" (a więc gdy nie zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia) nie powinien mieć pierwszeństwa przed prawem lekarza do korzystania z wolności sumienia (klauzuli sumienia).

NRL nie wspomina jednak w swoim wniosku, że odmowa skierowania pacjentki na badania genetyczne czy prenatalne narusza jej prawo do informacji o dziedzicznych chorobach genetycznych, które mogą mieć wpływ na urodzone dziecko, oraz o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwości ich leczenia w okresie płodowym - na co wskazywał w kilku wyrokach Sąd Najwyższy[2] oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyrokach przegranych przez Polskę[3].

NRL nie wspomina też, że art. 7 KEL stanowi, że „W szczególnie uzasadnionych wypadkach lekarz może nie podjąć się lub odstąpić od leczenia chorego, z wyjątkiem przypadków niecierpiących zwłoki". Rozumiem jednak, że w treści tego przepisu występuje słowo „leczenie", a więc nie mieszczą się tu – zdaniem lekarzy – badania preimplantacyjne i prenatalne czy przerwanie ciąży spowodowanej czynem niedozwolonym (zgwałcenie czy kazirodztwo) bądź też aborcja z powodu ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (art. 4a ust. 1 i 2 ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.).

2 Zob. choćby wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/2008, PS nr 4/2009 z glosą M. Nesterowicza oraz M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 2, s. 366, a także M. Nesterowicz, N. Karczewska-Kamińska, *Prawa pacjenta do świadczeń medycznych a prawo lekarzy (szpitali) i osób z innych zawodów medycznych do klauzuli sumienia*, Prawo i Medycyna nr 2/2015.

3 Zob. M. Nesterowicz, N. Karczewska-Kamińska w artykule „Prawa pacjenta...", Prawo i Medycyna 2/2015; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XI, Toruń 2016, s. 295.

Trybunał podzielił stanowisko NRL, że art. 30 co do „innych przepadków niecierpiących zwłoki" jest niedookreślony, pozostawia szeroki margines swobody oceny, który prowadzi do niedających się usunąć wątpliwości co do zakresu, w jakim ustawodawca ogranicza wolność sumienia lekarzy i narusza wywodzoną z art. 2 Konstytucji zasadę prawidłowej legislacji. Nie pozwala jednocześnie ustalić, w jakiej sytuacji zachodzi przypadek „niecierpiący zwłoki". Ogólnikowość formuły pociąga za sobą skutek dalej idący, a mianowicie nie pozwala na identyfikację wartości czy praw konstytucyjnych, wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, których realizacja mogłaby uzasadniać ograniczenie wolności sumienia. W tym zakresie zakaz powoływania się na klauzulę sumienia jest sprzeczny z Konstytucją.

Naszym zdaniem art. 30 powinien pozostać niezmieniony. Natomiast stosując się do wyroku Trybunału, trzeba poprawić art. 39 ustawy i zamiast słów: „z zastrzeżeniem art. 30" dodać: „... chyba że zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej, mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia", a więc wymienić w tym przepisie te okoliczności unormowane w art. 30. Tak zresztą postulowała NRL, wnioskując o uchylenie w art. 39 ustawy odesłania wyrażającego się w słowach: „z zastrzeżeniem art. 30".

Należy więc doprecyzować art. 39 k.c., a art. 30 pozostawić w dotychczasowym brzmieniu. „Inne przypadki niecierpiące zwłoki" wymagające pomocy lekarskiej zdarzają się bowiem np. gdy w czasie wycieczki w górach turysta złamie rękę czy nogę, co nie stwarza niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, a nie ma możliwości wezwania górskiego pogotowia ratunkowego. Jeżeli w grupie wycieczkowiczów jest lekarz, to powinien udzielić turyście pomocy, gdyż zwłoka może narazić chorego na pogorszenie stanu zdrowia, przedłużające się leczenie i cierpienie. Podobnie jeśli w małej miejscowości nie ma szpitala ani przychodni, a jest lekarz „na wakacjach", to również powinien pomóc choremu, który np. doznał zatrucia pokarmowego.

Trzeba też pamiętać, że nie zawsze lekarz może z góry, bez badania chorego, ocenić, jakie będą skutki choroby, czy uszkodzenie ciała nie rozwinie się w ciężkie. W doktrynie uważa się, że chodzi tu o sytuacje, w których opóźnienie udzielenia pomocy może zaszkodzić zdrowiu pacjenta[4], nieudzielenie pomocy spowoduje niebezpieczeństwo wystąpienia negatywnych skutków dla zdrowia, ale nie na tyle poważnych, żeby można je było zakwalifikować jako ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężkie rozstrój zdrowia. Może wystąpić niebezpieczeństwo pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, utrudnienie postawienia prawidłowej diagnozy i skomplikowanie (powikłania) procesu terapeutycznego[5].

Są to z pewnością stany chorobowe, które ujemnie wpływają na stan zdrowia pacjenta, choć nie są stanami nagłymi w rozumieniu ustawy z 8 września 2006 r., o Państwowym Ratownictwie Medycznym[6] , których skutkiem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenie ciała lub utrata życia, wymagające natychmiastowych czynności ratunkowych i leczenia[7].

3. Art. 30 ustawy nie może być oderwany od przepisów prawnych i postanowień Kodeksu Etyki Lekarskiej, które mają zapewnić choremu uzyskanie realnej pomocy lekarskiej. W zasadzie lekarz nie może odmówić podjęcia się leczenia pacjenta. Ponieważ art. 2 KEL stanowi, iż „powołaniem lekarza jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, zapobieganie chorobom, leczenie chorych oraz niesienie ulgi w cierpieniu", to art. 7 KEL daje lekarzowi prawo niepodjęcia leczenia tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach (np. choroba lekarza, ważne sprawy rodzinne). Art. 69 KEL głosi, że „Lekarz nie może odmówić pomocy w przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli pacjent

4 Zob. L. Kubicki, *Obowiązek udzielenia pomocy*, PiM nr 3/2004, s. 5; J. Kulesza, *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, PiM nr 2/2005, s. 70 i n.

5 Zob. E. Zielińska (w:) *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty/ Komentarz* (red. E. Zielińska), wyd. 2, Warszawa 2014, s. 562-563; T. Dukiet-Nagórska, *O potrzebie nowelizacji prawa medycznego*, PiM 1/2002, s. 11.

6 tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 757)

7 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XI, Toruń 2016, s. 44; M. Śliwka, *Prawo pacjenta do świadczeń opieki zdrowotnej w stanie nagłym*, PiM 2/2008, s. 47 i n.

nie ma możliwości uzyskania jej ze strony instytucji powołanych do udzielenia pomocy".

Projekt kodeksu deontologicznego z 1962 r. przewidywał, że: „Lekarz jest obowiązany udzielić pierwszej pomocy choremu w nagłym wypadku o każdej porze dnia i nocy bez względu na swoją specjalność, jeżeli pomoc pogotowia ratunkowego nie jest natychmiast z jakiejkolwiek przyczyny osiągalna" (art. 37)[8].

Jakkolwiek lekarz nie powinien wykraczać poza swoje umiejętności zawodowe przy wykonywaniu czynności diagnostycznych, zapobiegawczych, leczniczych (art. 10 KEL), to jednak w sytuacji, gdy chory potrzebuje niezwłocznej pomocy, a nie jest możliwe zwrócenie się do specjalisty czy pogotowia ratunkowego, lekarz nie może odmówić pomocy. Jako przykład można podać wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 18 marca 1938 r.[9]. Sąd uznał odpowiedzialność lekarza, który znajdując się na statku, odmówił przyjęcia porodu dziecka twierdząc, że jest lekarzem ogólnym, a nie położnikiem. Wskutek tego poród odebrała jedna z pasażerek, a rodząca nazajutrz po przybyciu statku do portu zmarła w szpitalu. W ocenie sądu lekarz dopuścił się „winy ciężkiej", nie tylko nie przyjmując porodu, lecz nawet nie proponując leczenia chorej, znajdującej się w stanie gorączki połogowej w następstwie śmierci dziecka przedwcześnie urodzonego, co ostatecznie spowodowało także jej śmierć.

4. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 października 2015 r., K 12/14[10] orzekł, że:

1. Art. 39 zdanie pierwsze w związku z art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki", jest niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

8 T. Kielanowski, *Kodeks deontologiczny polskiej służby zdrowia*, Służba Zdrowia, nr 12-14/1962.

9 Gazette du Palais 1938.I.924

10 Dz.U. z 2015 r., poz. 1633

2. Art. 39 zdanie pierwsze ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim nakłada na lekarza powstrzymującego się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym, jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.
3. Art. 39 zdanie drugie ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim zobowiązuje lekarza, wykonującego zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby, korzystającego z prawa do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem do uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego, jest zgodny z Konstytucją.
4. Art. 39 zdanie pierwsze ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim zobowiązuje lekarza korzystającego z prawa do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem do uzasadnienia i odnotowania tego faktu w dokumentacji medycznej, jest zgodny z Konstytucją.

Ponieważ wyrok Trybunału nie zawiera *vacatio legis,* to przepisy uznane za niezgodne z Konstytucją straciły swoją moc z datą wejścia w życie wyroku poprzez opublikowanie w Dzienniku Ustaw, tj. z dniem 16 października 2015 r.

Za niezgodne z Konstytucją uznał więc art. 39 w zakresie dotyczącym obowiązku lekarza, który odmawiając udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi, powołuje się na klauzulę sumienia, wskazania realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub szpitala (czy innego zakładu leczniczego) oraz odesłanie do art. 30 w zakresie sformułowania „w innych przypadkach niecierpiących zwłoki" poprzez nieprecyzyjność tego przepisu.

Wyrok Trybunału wywołał rozbieżne opinie, od negujących do aprobujących, co w tej materii jest zrozumiałe. Nawet w samym Trybunale nie było jednomyślności, troje sędziów zakwestionowało uznanie dwóch przepisów za niekonstytucyjne i złożyło zdanie odrębne.

Zdaniem Prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej wyrok to „źródło olbrzymiej satysfakcji" i „wielki dzień dla polskiej medycyny"[11], choć Trybunał tylko część wniosku NRL podzielił. Według Sędziego Stanisława Biernata, wyrażonym w zdaniu odrębnym, „stwierdzenie niekonstytucyjności kwestionowanych przepisów ustawy prowadziłoby zatem do zaakceptowania stanu prawnego, w którym lekarz, do którego zwraca się pacjent o udzielenie mu świadczenia zdrowotnego, byłby: po pierwsze – uprawniony do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem, w granicach art. 39 zdanie pierwsze ustawy; po drugie – nie byłby obowiązany do uzasadnienia tej odmowy; po trzecie – nie byłby obowiązany do odnotowania odmowy świadczenia w dokumentacji lekarskiej; po czwarte – nie byłby obowiązany do uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego o zamiarze odmowy wykonania (wykonywania) świadczeń zdrowotnych sprzecznych z jego sumieniem. Jestem przekonany, że taki stan prawny godziłby bezpośrednio w aksjologiczne podstawy konstytucyjnego systemu praw i wolności osoby, w którym każde prawo każdej osoby jest ufundowane na godności osoby ludzkiej, z pełnym poszanowaniem praw i wolności innych osób". Z kolei prof. W. Sadurski twierdzi, że Trybunał stanął jednoznacznie po stronie lekarza. „Sumienie potraktowane zostało przez TK bardzo wybiórczo. Pomoc kobiecie - choćby tylko przez wskazanie innego lekarza - nie jest traktowane jako wymóg sumienia; odesłanie kobiety z kwitkiem w chwili największej potrzeby i rozpaczy jest dyktowane przez sumienie, trybunalsko poświadczone"[12]. Natomiast dr M. Balicki, były minister zdrowia podkreślił, że obecny ustawowy zapis dotyczący klauzuli sumienia jest bardzo ogólny i niewystarczająco chroni prawa kobiet[13]. Zdaniem konstytucjonalisty dr. hab. Ryszarda Piotrowskiego orzeczenie Trybunału oznacza, że sumienie lekarza jest w pewnych przypadkach ważniejsze,

11 Rynek Zdrowia z 8 października 2015 r., dostępny online: ttp://www.rynekzdrowia.pl/Prawo/Hamankiewicz-wyrok-TK-to-zrodlo-olbrzymiej-satysfakcji,155658,2.html.

12 W. Sadurski, *Trybunał i krzyż*, Gazeta Wyborcza z 20 października 2015 r.

13 Rynek Zdrowia z 8 października 2015 r., dostępny online: http://www.rynekzdrowia.pl/Prawo/Balicki-lauzula-sumienia-powinna-byc-zgloszona-do-rejestru-lekarzy,155684,2.html.

bardziej znaczące, aniżeli sumienie pacjenta. Prawo pacjenta do ochrony zdrowia jest wtórne wobec wolności sumienia lekarza, jeżeli nie chodzi o ratowanie zdrowia i życia[14].

Trybunał rozstrzygnął sprawę tylko na linii ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty z punktu widzenia klauzuli sumienia lekarza, abstrahując od całego systemu ochrony zdrowia i praw pacjenta, lecz trzeba powiedzieć, że przez to orzeczenie usankcjonowane zostało prawo lekarza do nieudzielenia pomocy medycznej, choć tylko w pewnym zakresie. W systemie praw pacjenta powstała pewna luka, której być nie powinno, choćby ze względu na inny artykuł Konstytucji – art. 68 ust. 1, który stanowi, że każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Tę lukę ustawodawca ma obowiązek zlikwidować poprzez nałożenie obowiązku udzielenia pomocy na zakłady lecznicze, a zwłaszcza te mające umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia, gdyż klauzula sumienia dotyczy tylko lekarzy, a nie zakładów.

Trzeba wyraźnie podkreślić, że wyrok Trybunału dotyczy tylko lekarzy, a nie zakładów leczniczych czy przedstawicieli innych zawodów medycznych. Na wyrok ten nie mogą się więc powoływać farmaceuci przy odmowie sprzedaży środków antykoncepcyjnych (zresztą wyrok Trybunału w ogóle środków antykoncepcyjnych nie dotyczy), zwłaszcza leku ellaOne (tabletki antykoncepcyjnej „dzień po")[15]. W polskim ustawodawstwie prawo farmaceuty do sprzeciwu sumienia nie istnieje i nie można stosować tu jakiejś analogii do lekarzy, jako że sprzedaż leków to działalność gospodarcza, a nie świadczenie zdrowotne w postępowaniu leczniczym[16].

5. Trybunał wnikliwie analizował zgodność z Konstytucją art. 39 zd. 1 ustawy, a więc obowiązek lekarza wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia u innego lekarza lub w innym zakładzie leczniczym. Wskazał na powszechną krytykę tego przepisu w doktrynie,

14 Rynek Zdrowia z 8 października 2015 r., dostępny online: http://www.rynekzdrowia.pl/Prawo/Konstytucjonalisci-o-orzeczeniu-TK-w-sprawie-klauzuli sumienia,155693,2.html.

15 Zob. *Klauzula sumienia w aptekach: kiedy można odmówić sprzedaży leku*, Rynek Zdrowia z 14 października 2015 r., dostępny online: http://www.rynekzdrowia.pl/Prawo/Klauzula-sumienia-w-aptekach--kiedy-mozna-odmowic-sprzedazy-leku,155828,2.html.

16 Zob. M. Nesterowicz, N. Karczewska-Kamińska, *Prawa pacjenta...,* s. 28-29.

gdzie od dawna zwracano uwagę na wadliwość tego unormowania i postulowano, aby obowiązek ten obciążał zakład leczniczy, a nie lekarza[17]. W tej sprawie pismo z dnia 15 września 2012 r. do Ministra Zdrowia skierowała A. Kozłowska-Rajewicz, Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania, twierdząc, że lekarz nie ma wiedzy, który lekarz klauzuli sumienia nie stosuje, a obowiązek informacji powinien spoczywać na podmiocie, który ma kontrakt z NFZ[18]. Podobne stanowisko w piśmie z dnia 21 lipca 2014 r. do Ministra Zdrowia zajęła Rzecznik Praw Obywatelskich, której zdaniem konieczna jest „niezwłoczna nowelizacja ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty przenosząca obowiązek zagwarantowania realnej możliwości uzyskania świadczenia przez pacjenta z indywidualnego lekarza na publicznoprawne podmioty instytucjonalnie wykonujące działalność leczniczą na zlecenie państwa finansowaną ze środków publicznych”[19].

Trybunał przychylił się do powyższych poglądów. Stwierdził, że oceniana regulacja nie jest konieczna dla zagwarantowania pacjentom dostępu do informacji publicznej; nie tylko stanowi nieefektywne narzędzie do osiągnięcia celu założonego przez ustawodawcę, ale ponadto nie jest niezbędna do jego osiągnięcia. Orzekł, że zdecydowanie bardziej skuteczne byłoby nałożenie obowiązku informacyjnego na „publicznoprawne podmioty instytucjonalne” wykonujące działalność leczniczą na zlecenie państwa. W konsekwencji Trybunał uznał, że wynikające z art. 39 zd. 1 ustawy ograniczenie swobody sumienia lekarza, przez zobowiązanie go do informowania pacjenta o możliwościach uzyskania świadczenia pozostającego w sprzeczności z wyznawanymi

17 Zob. M. Nesterowicz, N. Karczewska-Kamińska, *Prawa pacjenta...,* s. 2.; A. Zoll, *Charakter prawny klauzuli sumienia,* Medycyna Praktyczna nr 1/2014, s. 103; tenże, *Klauzula sumienia* (w:) Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne, wyd. KUL, Lublin 2014, s. 78 i n.; E. Zielińska, *Klauzula sumienia,* PiM nr 13/2003, s. 30; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 158; O. Nawrot, *Sumienie lekarza a prawa człowieka w świetle standardów Rady Europy,* Medycyna Praktyczna nr 1/2014, s. 116.

18 Zob. Sprawozdanie z działalności Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania za okres od 1 stycznia 2012 r. do 30 grudnia 2012 r., s. 16-17. Tekst dostępny na stronie internetowej: http://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/sprawozdanie_z_dzialalnosci_pelnomocnika_wersja_po_krm_-_stan_15.07.br__2.pdf.

19 Zob. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z 21 lipca 2014 r. skierowane do Ministra Zdrowia, nr I.812.8.2014.AM, tekst dostępny na stronie internetowej Rzecznika Praw Obywatelskich: https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MZ_ws_ustawy_o_zawodach_lekarza_i_lekarza_dentysty.pdf

przez niego zasadami moralnymi, nie przechodzi testu proporcjonalności, a kwestionowany przepis jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

***

Wyrok jest kontrowersyjny, o czym świadczą cztery zdania odrębne w Trybunale (na 14 orzekających sędziów). Jakkolwiek zdania odrębne nie tworzą prawa, to warto na nie wskazać ze względu na ocenę całej sprawy, a nadto, że niektóre z tych wypowiedzi można podzielić, choć obecnie już tylko z punktu widzenia doktrynalnego.

Sędzia Stanisław Biernat nie zgodził się zarówno z sentencją wyroku, jak i jego uzasadnieniem, zwłaszcza że podstawą rozstrzygnięcia Trybunału jest uznanie nadrzędnego znaczenia wolności sumienia lekarzy, jej pierwotnego charakteru wynikającego bezpośrednio z Konstytucji, przy braku konfrontacji z innymi wolnościami i prawami konstytucyjnymi, z praktycznym pominięciem wolności i praw pacjentów, którzy zostali potraktowani przedmiotowo. Stwierdził, że „los pacjentów, polegający na tym, że albo zostaną im udzielone pewne świadczenia zdrowotne przewidziane przez prawo, albo odmówione, zależy od tego, co wykazuje sumienie lekarzy, natomiast wskazania sumienia, jak również prawa i wolności pacjentów, w szczególności prawo do ochrony zdrowia (art. 68 Konstytucji) oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji) nie są wzięte pod uwagę. (…) Z konstytucyjnie gwarantowanej wolności sumienia można wyprowadzić ogólne prawo jednostki do postępowania zgodnie z nakazami sumienia. Nie wynika z niej jednak jeszcze wprost prawo do odmowy wykonywania obowiązków zawodowych i służbowych, które polegają na podejmowaniu działań przewidzianych w porządku prawnym". Sędzia kwestionował pogląd Trybunału, że przesłanka „inne przypadki niecierpiące zwłoki" jest tak dalece niedookreślona, że narusza zasadę poprawnej legislacji z art. 2 Konstytucji, chodzi tu bowiem o sytuacje związane ze stanem zdrowia pacjenta, któremu wprawdzie nie grozi śmierć czy inne uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia, ale który jednak wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej (podkr. M.N., N.K.K.).

Jego zdaniem przesłanka ta może podlegać dookreśleniu. Trybunał powinien więc w miejsce przyjętego rozstrzygnięcia wydać wyrok interpretacyjny, orzekający o zgodności z Konstytucją zaskarżonego przepisu (art. 30) w ustalonym przez Trybunał rozumieniu. Powiedział, że „Władze publiczne są zobowiązane do zapewnienia warunków realizacji prawa do ochrony zdrowia, które nie może być traktowane jako uprawnienie iluzoryczne bądź czysto potencjalne (zob. wyrok z 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03). Wyłączenie spod zakresu normy zawartej w art. 68 ust. 1 Konstytucji prawa do świadczeń zdrowotnych w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki", o których stanowi art. 30 u.z.l., prowadziłoby do sytuacji, w której pacjenci pozbawieni byliby konstytucyjnego prawa do korzystania z systemu opieki zdrowotnej. Możliwość odmowy przez lekarza wykonania świadczeń zdrowotnych z przyczyn określonych w art. 39 u.z.l. w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki" może prowadzić do nieodwracalnych, negatywnych skutków dla sytuacji pacjenta. Granica między zagrożeniem dla zdrowia pacjenta a innymi przypadkami niecierpiącymi zwłoki nie zawsze jest więc wyraźna". Uznał też, że nie ma podstaw z punktu widzenia przysługującego pacjentom konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia dzielenie świadczeń na lecznicze i nielecznicze.

Za trafne uważamy zastrzeżenie Sędziego Biernata co do rozciągania przez Trybunał dopuszczalności powoływania się na wolność sumienia lekarza w związku z obowiązkiem informacji o tym, gdzie pacjent może uzyskać świadczenie zdrowotne przysługujące mu zgodnie z prawem. Naszym zdaniem klauzula sumienia nie ma z tym nic wspólnego, a twierdzenia niektórych, że wypełnienie obowiązku informacji o uzyskaniu świadczenia, które zdaniem lekarza jest niezgodne z jego sumieniem, czyni go z mocy ustawy faktycznie pomocnikiem w zakresie osiągnięcia skutku, który uznaje za niegodziwy, są nie do przyjęcia.

Zdaniem Sędziego Biernata obowiązek zorganizowania systemu przepływu informacji powinien być nałożony na NFZ i zakłady lecznicze. Informacje te powinny być następnie przekazywane lekarzom, a ci przekazywaliby je pacjentom.

Podobnie Sędzia Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz w zdaniu odrębnym nie podziela stanowiska Trybunału, że zaskarżona norma art. 39 zd. 1 dotycząca obowiązku informacyjnego lekarza jest niekonstytucyjna. Uważa, że w tym przypadku mamy do czynienia z konfliktem dwóch praw o charakterze osobistym: wolnością sumienia lekarza oraz prawem pacjenta do decydowania o sobie. Pacjent dokonuje wyboru spośród świadczeń zdrowotnych przewidzianych przez obowiązujące przepisy prawne. Sędzia nie zgadza się przede wszystkim z twierdzeniem Trybunału, że informacja, którą ma przekazać pacjentowi lekarz, jest „współdziałaniem w złu". Nawet jeżeli istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że pacjent zrealizuje swą decyzję, to czyn, którego dokona z udziałem innego lekarza, nie obciąża sumienia lekarza udzielającego informacji. Sędzia twierdzi, że informacja sama w sobie jest „aksjologicznie neutralna i można ją zakwalifikować jako oświadczenie wiedzy. To nie ona przesądza o ważnej decyzji pacjenta, aby skorzystać z przewidzianego przez prawo świadczenia zdrowotnego. Nie ta informacja jest więc motywem podjęcia przez pacjenta takiej decyzji, której lekarz w swoim sumieniu zaakceptować nie może. (…) udzielenie informacji nie narusza (…) integralności moralnej lekarza informującego". Zdaniem Sędzi Wronkowskiej-Jaśkiewicz „Orzeczenie Trybunału spowodowało, że ustawowa instytucja dostępu do świadczeń zdrowotnych stała się wadliwa, na żadnym bowiem podmiocie nie spoczywa obecnie obowiązek udzielania pacjentowi informacji o tym, gdzie oczekiwane przez niego świadczenie zdrowotne może otrzymać. Stan prawny po orzeczeniu Trybunału może być kwalifikowany jako niezgodny z art. 68 Konstytucji (prawo do ochrony zdrowia i równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych). Tej wady można było uniknąć odraczając termin utraty mocy obowiązującej przepisu" (art. 39 zd. 1).

Sędzia kwestionuje również stanowisko Trybunału uznające zwrot „inne przypadki niecierpiące zwłoki" za niedookreślony. Stwierdza, że „jeżeli zaskarżony przepis jest tak niejasny, że narusza reguły poprawnej legislacji, to znaczy, że przy zastosowaniu powszechnie przyjętych reguł egzegezy tekstu prawnego nie da się z niego odtworzyć normy.

W konsekwencji niemożliwe jest stwierdzenie, czy narusza on, czy nie konstytucyjną wolność sumienia. I dalej, skoro rażąca niejasność tekstu uniemożliwia przeprowadzenie testu proporcjonalności, a więc ustalenie, czy ukształtowany przez ustawodawcę zakres klauzuli sumienia nie ogranicza w niedopuszczalny sposób wolności lekarza, to znaczy, że ujmując sprawę z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji, domniemania konstytucyjności zaskarżonego przepisu nie obalono. (...) mimo niejasności, możliwe jest ustalenie treści zaskarżonego przepisu, tj. treści klauzuli sumienia i ustalenie prawa, z którym można wyważać wolność sumienia lekarza. Jest nim (...) prawo pacjenta do decydowania o sobie".

Podobne zastrzeżenie wobec wyroku Trybunału zgłosił Sędzia Andrzej Wróbel. Nie podziela on, podobnie jak Sędzia Biernat, stanowiska Trybunału „jakoby prawo lekarza do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnie z jego indywidualnym sumieniem, wynikało wprost z Konstytucji i aby lekarz miał prawo do takiej odmowy bez ingerencji ustawodawcy, który przyznaje lub uznaje takie prawo i określa warunki jego wykonywania, tak jak uczynił to ustawodawca stanowiąc kwestionowany przepis. (…) Art. 39 stwarza ustawowe warunki dla legalnego wykonywania przez lekarzy ich konstytucyjnego prawa do odmowy wykonania świadczenia sprzecznego z ich indywidualnym sumieniem. (…) Nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że uznanie a następnie wykonanie prawa sprzeciwu sumienia przez lekarza tworzy sytuację nierównego traktowania pacjenta (pacjentki) ze względu na ściśle indywidualne przekonania moralne lekarza odmawiającego wykonania świadczenia zdrowotnego". Trybunał „w istocie uznaje, że konstytucyjne prawo lekarza do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem jest prawem *quasi*-absolutnym i korzystającym z bezwzględnego pierwszeństwa w stosunku do konstytucyjnych praw pacjentów, co nie odpowiada aksjologii Konstytucji, wedle której godność człowieka jest źródłem wszystkich praw i wolności konstytucyjnych. W sytuacji konfliktu sumienia ochronie konstytucyjnej podlega zatem nie tylko wolność sumienia lekarzy, ale także – może w większym stopniu – prawo osoby do ochrony życia i zdrowia w ramach konstytucyjnego prawa do pomocy lekarskiej". Zdaniem Sędziego „ustawowe

prawo do sprzeciwu sumienia, niesłusznie nazywane klauzulą sumienia, stanowi konkretyzację konstytucyjnego prawa do odmowy. W przypadku lekarzy (lekarzy dentystów) prawo do sprzeciwu sumienia zostało uregulowane w art. 39 ustawy. W rozumieniu tej ustawy prawo sprzeciwu sumienia to ustawowe prawo lekarza do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego sprzecznego z jego sumieniem. Z perspektywy konstytucyjnej prawo do sprzeciwu sumienia musi być ujęte jako prawo lekarza do legalnego uchylenia się – ze względu na sprzeciw sumienia – od wykonania ciążącego na nim moralnego, etycznego i prawnego obowiązku świadczenia pomocy zdrowotnej".

Sędzia Wróbel wyraża pogląd, że: „prawo sprzeciwu nie obejmuje odmowy wykonania przez lekarza innych obowiązków wynikających z ustawy, a zwłaszcza z Kodeksu Etyki Lekarskiej, w tym zwłaszcza rutynowych obowiązków informacyjnych wobec pacjenta (pacjentki), któremu (której) odmawia wykonania świadczenia (…) prawo pacjenta (pacjentki) do udzielenia takiej informacji jest zawarte wprost w konstytucyjnym prawie do ochrony zdrowia, gwarantowanym w art. 68 Konstytucji". W konkluzji Sędzia Wróbel uznaje, że „art. 39 zdanie pierwsze ustawy w zakresie, w jakim nakłada na lekarza powstrzymującego się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym, jest zgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji".

Jakub Hanc

Wolność sumienia a klauzula sumienia

Uważam, że każdy człowiek
powinien postąpić zgodnie z własnym sumieniem.
I szczerze sądzę, że byłoby rzeczą dobrą,
gdyby i mnie pozwolono postąpić zgodnie z moim.
Thomas More[1]

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r.[2], a także wydarzenia będące podstawą do poczynionych przez niego rozważań, stanowią niewątpliwy impuls do ponownego przyjrzenia się instytucji, określanej w literaturze przedmiotu jako „klauzula sumienia", w zestawieniu z gwarantowaną przez Konstytucję[3] w art. 53 ust. 1[4] – wolnością sumienia. Zagadnienie to jest tym istotniejsze, że konstatacje z niego płynące przekładają się w sposób bezpośredni na zakresy wykonywania niektórych zawodów medycznych.

1 T. More: *Pisma więzienne*, Poznań 1985, s. 74.

2 Sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?cid=1&dokument=13021&sprawa=13434 [dostęp 30.I.2016].

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

4 Art. 53 ust. 1: „Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii."

Na wstępie wskazać należy, iż wolność człowieka jako zasada ustrojowa[5] znajduje odzwierciedlenie w art. 31 ust. 1[6] i 2[7] Konstytucji.[8] Samo pojęcie „wolności" stanowi przedmiot dociekań wielu dziedzin nauki[9], toteż nie zachodzi potrzeba detalicznego rozpoznania wszystkich dostrzeżonych w tej materii wątpliwości, a jedynie zasygnalizowania kilku wybranych uwag. Wolność człowieka jest przeto jego „naturalną zdolnością do podejmowania aktów woli (decyzji) i ich realizacji, która w warunkach życia jednostki w społeczeństwie podlega ograniczeniom w celu zapewnienia innym takiej samej możliwości korzystania z wolności."[10] Tak rozumiana wolność jest bez wątpienia wartością uniwersalną, ale nie absolutną.[11] W piśmiennictwie eksponuje się

5 Tak L. Garlicki: *Komentarz do art. 31 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2003, t. III, s. 5.

6 Art. 31 ust. 1: „Wolność człowieka podlega ochronie prawnej."

7 Art. 31 ust. 2: „Każdy jest zobowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje."

8 W piśmiennictwie zgodnie podnosi się, iż zasadnicze elementy konstruujące polskie ujęcie wolności człowieka zbieżne są zwłaszcza z postanowieniami Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 26 sierpnia 1789 r. Jej art. 4 stanowi: „Wolność polega na możności czynienia wszystkiego, co nie szkodzi drugiemu; w ten sposób wykonywanie praw naturalnych każdego człowieka nie ma innych granic niż te, które zapewniają korzystanie z takich samych praw innym członkom społeczeństwa. Granice te może określić tylko ustawa.", zaś art. 5 dodaje: „Ustawa może zabraniać tylko takiego postępowania, które szkodzi Społeczeństwu. Wszystko, co nie jest zabronione przez ustawę, nie może być zakazane i nikt nie może być zmuszony do czynienia tego, czego ustawa nie nakazuje." – zob. *Księga Jubileuszowa Rzecznika Praw Obywatelskich. Pomnik praw człowieka w historii*, (red.) H. Wajs i R. Witkowski, Warszawa 2008, t. I, s. 180; L. Garlicki, jw., s. 3 i n.; tegoż: *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2015, s. 95; L. Wiśniewski: *Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce* [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, (red.) L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 21.

9 Co najdobitniej oddaje stwierdzenie M. Zubika, iż „pojęcie «wolności» jest wielowymiarowe" – zob. M. Zubik: *«Wolność», a «prawo» (pięć hipotez o stosowaniu pojęć konstytucyjnych dotyczących praw człowieka)*, PiP nr 9/2015, s. 3; zob. także L. Wiśniewski*: Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna* [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, (red.) L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 51 i n.

10 Cyt. L. Wiśniewski: *Zakres…*, jw., s. 22. Podobnie: B. Banaszak: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 201 i n. oraz 217 i n., choć Autor ten stwierdza, że na gruncie art. 31 Konstytucji chroniona jest wolność w wąskim znaczeniu (tj. wolność osobista); L. Garlicki, *Komentarz…*, jw., s. 4 i 8; B. Gronowska: *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* [w:] *Prawo konstytucyjne*, (red.) Z. Witkowski, A. Bień – Kacała, Toruń 2015, s. 151; J. Matwiejuk: *Konstytucyjne wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* [w:] *Prawo konstytucyjne*, (red.) S. Bożyk, Białystok 2014, s. 95 i n.; M. Zubik, jw., s. 5.

11 Tak L. Garlicki: *Komentarz…*, jw., s. 6; tegoż: *Polskie…*, jw., s. 95. I. Berlin stwierdza wręcz: „Nie możemy być absolutnie wolni; musimy zrezygnować z części naszej wolności, chcąc zachować resztę." – zob. I. Berlin: *Cztery eseje o wolności*, Warszawa 1994, s. 187.

zwłaszcza jej aspekt negatywny[12] i pozytywny[13] oraz odróżnia się jej ujęcie wewnętrzne[14] i zewnętrzne[15]. Niezbędne wydaje się przy tym zasygnalizowanie, że Konstytucja posługuje się zarówno pojęciem „wolności", jak i „praw".[16] Delimitacja zakresów znaczeniowych tych wyrażeń nie jest zabiegiem prostym, tym niemniej nie wydaje się zasadne posługiwanie się wskazanymi terminami zamiennie.[17] Prawodawcę obowiązują bowiem inne reguły przy tworzeniu praw, inne zaś przy wysławianiu wolności. I tak wolność ma charakter pierwotny (naturalny), a w zakresie jej deklaracji istnieje potrzeba wymienienia jedynie nakazów, zakazów i sankcji za jej naruszenie (w myśl zasady, że wolno czynić wszystko to, co nie jest zakazane lub nakazane) – nie potrzeba zatem wskazywania, co jest dozwolone.[18] Natomiast w przypadku prawa (podmiotowego) wymaga się jego ustanowienia oraz określenia w sposób gruntowny i konkretny – komu, co i pod jakimi warunkami

12 Polegający na nieingerowaniu w działalność jednostki przez kogokolwiek – zob. I. Berlin, jw., s. 182 i n. Jest to tzw. „wolność od" umożliwiająca odpór angażowaniu się państwa w zachowania jednostki – tak A. Michalak: *Wolności i prawa jednostki* [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, (red. nauk.) D. Górecki, Warszawa 2015, s. 83; L. Wiśniewski: *Prawo…*, jw., s. 52. Nieco inaczej ujmuje ten aspekt L. Galicki: „W znaczeniu negatywnym zasada wolności oznacza, że nałożenie na jednostkę nakazu podjęcia określonego działania może nastąpić jedynie wtedy, gdy prawo to przewiduje." – zob. L. Garlicki: *Polskie…*, jw., s. 96 oraz wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. P 21/02, OTK w 2004 r. cz. I, s. 154. Z kolei R. Sobański podnosi, że „wolność od" jest „negacją uzależnienia i ograniczenia"; zadaniem prawa jest właśnie zapewnienie „wolności od" – zob. R. Sobański: *Wolność a prawo*, Prawo Kanoniczne nr 3 – 4/1994, s. 24.

13 Wyrażający się w autonomicznym podejmowaniu wszelkich decyzji przez jednostkę, według jej indywidualnego uznania – zob. I. Berlin, jw., s. 192 i n. Jest to tzw. „wolność do" pozwalająca na nieskrępowaną działalność jednostki – tak A. Michalak, jw., s. 83; L. Wiśniewski: *Prawo…*, jw., s. 52. Natomiast według L. Garlickiego zasada wolności w znaczeniu pozytywnym oznacza „swobodę czynienia wszystkiego, co nie jest przez prawo zakazane" – zob. L. Garlicki: *Polskie…*, jw., s. 96 oraz wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. P 21/02, jw.; dla R. Sobańskiego „wolność do" to „możliwość kształtowania swojego życia według własnego uznania" – zob. R. Sobański, jw., s. 24.

14 Jest to tzw. wolność intelektualna (myśli, idei, wierzeń) – tak A. Ławniczak: *Zasada poszanowania wolności i jej ograniczenia* [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP. Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, (red.) M. Jabłoński, Warszawa 2010, t. I, s. 369.

15 Polegający na „fizycznym oddziaływaniu na otoczenie" – tak A. Ławniczak, jw., s. 369.

16 Zdaniem R. Sobańskiego: „trudno znaleźć temat bardziej kontrowersyjny niż właśnie «wolność a prawo»", a to z uwagi na ich wieloznaczność – zob. R. Sobański, jw., s. 21.

17 Tak B. Gronowska, jw., s. 151 i n.; A. Michalak, jw., s. 83; L. Wiśniewski: *Prawo…*, jw., s. 58 i 60. L. Galicki wskazuje jednak, że rozróżnienie „wolności" i „praw" w Konstytucji nie jest konsekwentne – zob. L. Galicki: *Polskie…*, jw., s. 89.

18 Zob. M. Granat: *Granice wolności religijnej w społeczeństwie pluralistycznym* [w:] *Kultura i prawo. Materiały II Międzynarodowej Konferencji na temat «Religia i wolność religijna w Unii Europejskiej»*, (red.) J. Krukowski, O. Theisen, Lublin 2003, s. 175 i n.; L. Wiśniewski: *Zakres…*, jw., s. 22 i n. oraz tegoż: *Prawo…*, jw., s. 53 i 58.

ma być świadczone.[19] Niekiedy jednak spotkać się można z określeniami: „prawa do ochrony wskazanych w standardzie wolności"[20] lub po prostu „praw wolnościowych"[21], co niepotrzebnie komplikuje to i tak z natury swej niełatwe w percepcji zagadnienie. W literaturze akcentuje się silne związanie władz publicznych postanowieniami Konstytucji w zakresie praw i wolności człowieka, co implikuje konieczność ich całościowej regulacji w ustawie zasadniczej i brak konieczności definiowania ich w ustawach zwykłych oraz bezpośrednie, a także samoistne ich stosowanie.[22]

Mając na uwadze dostrzeżone powyżej twierdzenia, należy przystąpić do rozpoznania wątku związanego z przywołanym uprzednio art. 53 ust. 1 Konstytucji. Stanowiąca ważny dla dalszych analiz punkt odniesienia – wolność sumienia – posadowiona została w rozdziale II, zawierającym symptomatyczne zatytułowanie „wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela", w tytule I poświęconym wolnościom i prawom osobistym. Ustrojodawca nie charakteryzuje jednak bliżej, jak należy rozumieć sam termin „sumienie".[23] Niezbędne wydaje się zatem poddanie tego pojęcia procesowi wykładni.[24] Zabieg ten wiąże się jednak z koniecznością udzielenia odpowiedzi na pytanie o sposób dekodowania norm prawnych z przepisów Ustawy

19 Zob. L. Wiśniewski: *Zakres…*, jw., s. 22 i n.; tegoż: *Prawo…*, jw., s. 58 i n. L. Galicki zestawiając pojęcia „wolności" i „prawa" w systemie prawa pozytywnego podaje, że ten ostatni termin zastrzeżony jest „dla stanów, w których władza publiczna ma obowiązek przedsięwzięcia działań pozytywnych" – zob. L. Garlicki: *Polskie…*, jw., s. 89; tegoż: *Rozdział II. Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* [w:] *Konstytucja…*, jw., s. 5. K. Wojtyczek dodaje przy tym, że prawo podmiotowe opiera się na żądaniu jednostki, które jest skierowane do innego podmiotu, podjęcia konkretnego zachowania na jej rzecz – zob. K. Wojtyczek [w:] *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, (red.) P. Sarnecki, Warszawa 2011, s. 89; podobnie A. Michalak, jw., s. 83.

20 Tak B. Gronowska, jw., s. 152.

21 Które są utożsamiane z pozytywnym i negatywnym aspektem wolności – tak K. Wojtyczek, jw., s. 92 i n.

22 Tak B. Banaszak: *Prawa człowieka i obywatela w nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Przegląd Sejmowy nr 5/1997, s. 62; tegoż: *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015, s. 69 i 393.

23 Zob. J. Krukowski: *Konstytucyjna ochrona wolności sumienia i religii* [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, (red. nauk.) L. Galicki, A. Szmyt, Warszawa 2003, s. 161; W. Skrzydło: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 63; P. Winczorek: *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 126.

24 Wykładnia jest operacją, której zamierzeniem jest doprowadzenie do ustalenia znaczenia tekstu prawnego – tak w oparciu o orzecznictwo TK – P. Tuleja: *Podstawowe problemy związane z interpretacją Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Księga XX – lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 208.

Zasadniczej. W doktrynie prawa konstytucyjnego przyjmuje się, że do interpretacji Konstytucji znajdują zastosowanie „ogólne" metody wykładni wypracowane na gruncie teorii prawa.[25] Mimo to nie należy tracić z pola widzenia podnoszonych zastrzeżeń, ujawniających jednak pewne specyficzne dyrektywy towarzyszące wyjaśnianiu regulacji konstytucyjnych.[26] Wobec powyższego słusznym jest sprawdzenie, jaki rezultat uzyskuje się dzięki wykorzystaniu wykładni językowej.[27] W słownikach języka polskiego najczęściej wskazuje się, że sumienie to „właściwość psychiczna, zdolność pozwalająca odpowiednio oceniać własne postępowanie, jako zgodne lub niezgodne z przyjętymi normami etycznymi; świadomość odpowiedzialności moralnej za swoje czyny, postępowanie."[28] Pomimo występowania stosunkowo spójnego, słownikowego rozumienia terminu „sumienie", należy w tym miejscu lojalnie zasygnalizować, iż nie zawsze pokrywa się ono z zapatrywaniami prezentowanymi np. na gruncie filozofii.[29] Odniesienie się do

25 Tak np. B. Banaszak: *Prawo…*, jw., s. 73; P. Kociubiński: *Konstytucyjne źródła hierarchii dyrektyw interpretacyjnych* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, (red. nauk.) S. Biernat, Warszawa 2013, s. 82 i n.; M. Rączka: *Wykładnia prawa konstytucyjnego* [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, (red.) L. Morawski, Toruń 2005, s. 40 i n.; P. Tuleja, jw., s. 211. Jednakże w swojej wcześniejszej wypowiedzi P. Tuleja odmawiał przydatności stosowaniu ogólnych metod wykładni w stosunku do Konstytucji, na rzecz koncepcji norm i zasad R. Alexego oraz nadrzędności argumentów aksjologicznych – zob. P. Tuleja: *Interpretacja konstytucji* [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, (red.) A. Jankiewicz, J. Trzciński, Warszawa 1996, s. 479 i n.

26 Zalicza się do nich zakaz separowania poszczególnych norm konstytucyjnych od siebie oraz dokonywanie wykładni w taki sposób, aby maksymalnie zharmonizować wszystkie postanowienia Konstytucji – tak B. Banaszak: *Prawo…*, jw., s. 72.

27 Orzecznictwo TK przydaje wykładni językowej szczególny walor, polegający na pierwszeństwie tej metody przed innymi, zastrzegając jednak, iż nie ma ona charakteru niepodważalnego oraz że nie można wykluczyć sytuacji, w której pierwszeństwo będą miały pozostałe metody wykładni – tak P. Tuleja: *Podstawowe…*, jw., s. 211 – 214. Są jednak autorzy, którzy wątpią w pożyteczność zabiegu, polegającego na wyjaśnieniu znaczenia wyrazu „sumienie" – tak M. Winiarczyk – Kossakowska: *Wolność sumienia i religii*, Studia Prawnicze nr 1/2001, s. 27.

28 Tak *Słownik języka polskiego. R – Z*, (red.) M. Szymczak, t. III, Warszawa 1992, s. 370; identycznie: *Słownik 100 tysięcy potrzebnych słów*, (red.) J. Bralczyk, Warszawa 2008, s. 801; *Uniwersalny słownik języka polskiego. P – Ś*, (red.) S. Dubisz, Warszawa 2006, s. 1450 oraz *Wielki słownik języka polskiego*, (red.) E. Polański, Kraków 2008, s. 790. Nieco inaczej – *Inny słownik języka polskiego PWN. P – Ż*, (red.) M. Bańko, Warszawa 2014, s. 718: „Sumienie człowieka to jego zdolność oceny własnego postępowania i poczucie odpowiedzialności za nie, a zwłaszcza poczucie winy za zło, które się wyrządziło" oraz *Słownik współczesnego języka polskiego*, (red.) B. Dunaj, t. IV, Kraków 2000, s. 396: „Sumienie – indywidualna psychiczna zdolność oceniania i odczuwania czegoś w kategoriach dobra i zła".

29 Co wydają się dobrze ilustrować poniższe przykłady. T. Styczeń odnotowuje: „Paradoks sytuacji polega na tym, że tylko sumienia możemy pytać, czym jest sumienie", choć dodaje do tego „Sumienie jest

pojawiających się tu różnic zdecydowanie przekracza ramy niniejszego opracowania.[30] Autonomia pojęć konstytucyjnych oraz pomocniczy charakter pozostałych metod wykładni[31] skłaniają do bliższego przestudiowania, jak w doktrynie prawa konstytucyjnego kształtuje się pojęcie wolności sumienia. Wydaje się, że najczęściej identyfikuje się ją z autonomią w zakresie przyjmowania określonego światopoglądu.[32] Podkreśla się przy tym istnienie jej sfery wewnętrznej (zawierającej

sądem o powinności. Sądem o powinności adresowanej do mnie" oraz „Sumienie osiąga swój zenit w tym, że podmiot udziela głosu odkrytej prawdzie" – zob. T. Styczeń: *Sumienie: źródło wolności czy zniewolenia?*, Zeszyty Naukowe KUL nr 1–3/1979, s. 89, 91 i 94. A. Szostek podkreśla teologiczne i filozoficzne pochodzenie słowa „sumienie" i oznajmia: „Sumienie jest terminem teoretycznym – w tym sensie, że nie odnosi się do żadnego prostego, łatwo uchwytnego przedmiotu ani jego cechy. Między innymi właśnie dlatego tak łatwo poddaje się różnorakim interpretacjom." – zob. A. Szostek: *Sumienie – prawda – prawo*, Znak nr 11/1992, s. 71. „Sumienie określa się w nurcie klasycznej filozofii arystotelesowsko – tomistycznej jako sąd podmiotu na temat wartości jego konkretnego czynu. Ów sąd ma wyraźnie normatywny (oceniająco – powinnościowy) charakter, «wytrąca» jakby podmiot ze stanu biernej percepcji rzeczywistości, dotyczy bowiem jego własnego działania, a poprzez nie – jego samego." – zob. A. Szostek: *Sumienie i źródła jego wiążącej mocy*, Ethos. Kwartalnik Instytutu Jana Pawła II KUL nr 6–7/1989, s. 231. „Sumienie jest miejscem, w którym doświadczamy bezwarunkowego wezwania do urzeczywistniania tego, co poznaliśmy jako moralnie powinne." – zob. J. Seifert: *Sumienie – poznanie – prawda*, Ethos. Kwartalnik Instytutu Jana Pawła II KUL nr 15–16/1991, s. 46. Od strony negatywnej stwierdza się, iż „niepodobna identyfikować ludzkiego sumienia z samoświadomością swego własnego «ja», z własną subiektywną pewnością dotyczącą tegoż «ja» i jego własnego postępowania moralnego"; sumienie to „miejsce otwarcia się podmiotu na Boga" – zob. J. Ratzinger: *Prawda i sumienie*, Ethos. Kwartalnik Instytutu Jana Pawła II KUL nr 15–16/1991, s. 175 i n. Najbardziej zbliżona do definicji słownikowych jest konstatacja T. Ślipki: „sumienie jest to w świetle ogólnej oceny lub normy uformowany osąd o moralnym dobru/złu zamierzonego przez człowieka jego własnego konkretnego aktu, którego zrealizowanie staje się dlań źródłem wewnętrznej aprobaty bądź poczucia winy, własnego bycia dobrym lub złym człowiekiem" – zob. T. Ślipko: *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2004, s. 377.

30 Zob. np. zestawienia S. L. Stadniczeńko, P. Zamelski: *Sumienie w międzyludzkim współżyciu*, Medyczna Wokanda nr 5/2013, s. 57 – 69; W. Szuta: *Potrójnie o sumieniu*, Kraków 2013, zwłaszcza s. 127–152; E. Tuora – Schwierskott: *Pojęcie sumienia w doktrynie konstytucjonalistów niemieckich w świetle ochrony prawnej wolności sumienia i religii*, PiP nr 8/2014, s. 89 i n.

31 Zob. M. Rączka, jw., s. 30–35; P. Tuleja: *Podstawowe*…, jw., s. 214–218.

32 Tak np. B. Banaszak: *Konstytucja*…, jw., s. 323; L. Garlicki: *Polskie*…, jw., s. 112; M. Granat, jw., s. 178 i n.; Z. Łyko: *Wolność sumienia i wyznania w relacji: człowiek – kościoły – państwo* [w:] *Podstawowe prawa jednostki*…, jw., s. 84; A. Michalak, jw., s. 90; M. Pietrzak: *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2013, s. 22; M. Piechowiak: *Wolność religijna – aspekty filozoficznoprawne*, Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju nr 3/1994–1995, s. 11 i 16; K. Pyclik: *Pojęcie wolności sumienia i wyznania w Rzeczypospolitej Polskiej (założenia filozoficzno – prawne)* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, (red.) B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 437 i 460; P. Sarnecki: *Komentarz do art. 53 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*…, jw., s. 3; E. Schwierskott: *Gwarancja wolności sumienia w systemach prawnych Polski i Niemiec*, Przegląd Sejmowy nr 6/2003, s. 58 i n.; J. Szymanek: *Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji RP*, Przegląd Sejmowy nr 2/2006, s. 56; P. Tuleja: [w:] *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, jw., s. 122; E. Tuora – Schwierskott, jw., s. 90 i n.; P. Winczorek, jw., s. 126. Odmiennie W. Skrzydło, który zestawiając wolność sumienia i religii stwierdza – „wolność sumienia to możliwość przyjęcia innego światopoglądu niż religijny" – zob. W. Skrzydło, jw., s. 63. Co pojęcia „światopoglądu" – zob. np. W. Janyga: *Przestępstwa obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010, s. 50 – 55.

w sobie indywidualne przemyślenia jednostki) i zewnętrznej (obejmującej możliwość: formułowania i prezentowania własnych przekonań oraz działania lub zaniechania w zgodzie z własnym sumieniem, jak również brak przymusu postępowania wbrew niemu).[33] Niekiedy jednak zdarza się, że w zestawieniu z wolnością religii (wyznania) wolność sumienia jest zawężana wyłącznie do wskazanego powyżej aspektu wewnętrznego.[34] Bywa także postrzegana jako niezbywalne i osobiste prawo (podmiotowe) człowieka.[35] Na kanwie powyższych obserwacji nie sposób w pełni zaaprobować pogląd, w myśl którego wolność sumienia to „pojęcie elementarne, niewymagające definicji prawnej, zrozumiałe w języku i kulturze, której elementem jest prawo".[36]

Na tak zaprezentowane spostrzeżenia należy „nałożyć" konstrukcję klauzuli sumienia. Pod nazwą tą kryje się „akceptowana w systemie prawnym możliwość uchylenia się od powinności, której wykonanie rodzi konflikt sumienia, bowiem uznawane jest przez adresata

33 Tak B. Banaszak: *Konstytucja…*, jw., s. 323; W. Janyga, jw., s. 74 i 77 i n.; podobnie J. Nikołajew: *Wolność sumienia i religii nieletnich przestępców w zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich*, Studia z Prawa Wyznaniowego nr 15/2012, s. 163 i 164, choć Autor ten wydaje się utożsamiać wolność sumienia z wolnością religii i dlatego przedstawia zarówno aspekt wewnętrzny jak i zewnętrzny jako wspólny dla tych wolności. Podobnie czyni także A. M. Abramowicz: *Przedmiotowy zakres wolności religijnej*, Studia z Prawa Wyznaniowego nr 10/2007, s. 325 i n. Nieco odmiennie prezentuje ten wątek M. Pietrzak. Zestawiając wolność sumienia z wolnością wyznania podaje, że ich aspekt wewnętrzny odnosi się do formowania myśli i poglądów w kwestiach religii, natomiast aspekt zewnętrzny to uzewnętrznienie tychże indywidualnych zapatrywań oraz podejmowanie zachowań zbieżnych z nimi – zob. M. Pietrzak, jw., s. 21, podobnie W. Brzozowski: *O pojęciu granic wolności sumienia i wyznania*, Studia Prawnicze nr 1/2007, s. 68.

34 Tak np. M. Makarska: *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w Kodeksie karnym z 1997 roku*, Lublin 2005, s. 22; J. Nikołajew, jw., s. 163; M. Pietrzak: *Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999, s. 275; R. Prostak*: Konstytucyjna zasada neutralności światopoglądowej państwa w Stanach Zjednoczonych Ameryki (w świetle sprawy Newdow v. U.S. Congress)*, PiP nr 3/2004, s. 75 i n.; M. Winiarczyk – Kossakowska, jw., s. 28. Czasem wskazuje się także, że wolność sumienia i wyznania jest wolnością *par excellence*, wolnością pełną i elastyczną oraz „wolnością w maksymalnie szerokim tego słowa znaczeniu" – tak J. Szymanek, jw., s. 42 i n. oraz 44 i 47; tegoż: *Konstytucjonalizacja prawa do wolności myśli, sumienia, religii i przekonań*, Studia z Prawa Wyznaniowego nr 10/2007, s. 96. Nie ma przy tym zgodności, czy wolność sumienia jest wolnością indywidualną, zaś wolność religii – wolnością grupową – zob. np. E. Schwierskott, jw., s. 59 i n.

35 Tak np. M. Makarska, jw., s. 18; Z. Łyko, jw., s. 88 i n.; K. Pyclik, jw., s. 440 i n.; A. Rogowska: *Wolność sumienia i wyznania* [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, (red.). M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 241; S. L. Stadniczeńko, P. Zamelski, jw., s. 70.

36 Tak L. Bosek: *Klauzula sumienia – czy ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty jest zgodna z Konstytucją RP*, Medycyna Praktyczna nr 1/2014, s. 105; podobne wnioski Autor odnosi także do samego terminu „sumienie" – zob. L. Bosek: *Problem zakresowej niekonstytucyjności art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty* [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne*, (red.) P. Stanisz, J. Pawlikowski, M. Ordon, Lublin 2014, s. 91.

obowiązku za moralnie naganne lub sprzeczne z przekonaniami religijnymi lub światopoglądowymi".[37] W tym miejscu zadać można pytanie, w jaki sposób tak pojmowana klauzula sumienia powiązana jest z konstytucyjnie chronioną wolnością sumienia. Powstaje bowiem wrażenie, że w płaszczyźnie normatywnej funkcjonuje „generalna" klauzula sumienia, przysługująca każdej jednostce, w tym przedstawicielom wszystkich zawodów medycznych.[38] Spiesząc z wyjaśnieniem tego wątku od razu wskazać należy, że Konstytucja w ogóle nie operuje sformułowaniem „klauzuli sumienia" lub „sprzeciwu sumienia"[39]. Oczywiście nie oznacza to jeszcze, że milczenie Ustawy Zasadniczej w tej materii skutecznie uniemożliwia poszukiwania w niej zakotwiczenia dla sprzeciwu sumienia. Tym niemniej refleksja ta powoduje ponowną konieczność skierowania rozważań w kierunku art. 53 ust. 1 Konstytucji. W moim przekonaniu nie powinno budzić wątpliwości, iż klauzula sumienia stanowi element wolności sumienia, ale wyłącznie w jej aspekcie zewnętrznym[40], polegającym

37 Cyt. W. Wróbel: *Problem klauzuli sumienia w prawie polskim w odniesieniu do ochrony życia*, Annales Canonici nr 6/2010, s. 23, podobnie np. H. Banaś: *Rządy prawa wobec moralności: klauzula sumienia w pracy* [w:] *Rządy prawa i europejska kultura prawna*, (red.) A. Bator, J. Helios, W. Jedlecka, Wrocław 2014, s. 127; W. Chańska: *Klauzula sumienia jako wyraz moralnego kompromisu*, PiM nr 3–4/2013, s. 46 i n.; M. Drozd: *Prawo farmaceuty do sprzeciwu sumienia w świetle obowiązujących reguł prawnych*, Studia z Prawa Wyznaniowego nr 16/2013, s. 267 i n.; A. Górski [w:] *Leksykon prawa medycznego. 100 podstawowych pojęć*, (red.) A. Górski, Warszawa 2012, s. 77 i n.; M. Hucał [w:] *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, (red.) A. Mezglewski, Warszawa 2014, s. 153; *International Encyclopedia of Ethics*, (eds.) J. K. Roth, London – Chicago 1995, s. 190; R. Kubiak: *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 155 i n.; J. Pawlikowski*: Prawo do wyrażania sprzeciwu sumienia przez personel medyczny – problemy etyczno – prawne*, PiM nr 3/2009, s. 29; tegoż: *Spór o klauzulę sumienia z perspektywy celów medycyny i etyki lekarskiej* [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce…*, jw., s. 145; K. Kubuj: *Opinia prawna w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, Zeszyty Prawnicze BAS nr 4/2014, s. 124; P. Stanisz [w:] *Prawo wyznaniowe*, (red.) A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, Warszawa 2011, s. 117 i n.; R. Sztychmiler: *Spór o klauzulę sumienia w Polsce*, Kościół i Prawo nr 1/2015, s. 187 i n.

38 Zob. np. W. Galewicz: *Jak rozumieć medyczną klauzulę sumienia*, Diametros nr 34/2012, s. 136; A. Zoll: *Charakter prawny klauzuli sumienia*, Medycyna Praktyczna nr 1/2014, s. 102; *Państwo prawa jeszcze w budowie. Andrzej Zoll w rozmowie z Krzysztofem Sobczakiem*, Warszawa 2013, s. 269, 278 i 280, choć z drugiej strony A. Zoll nie dostrzega konieczności posiłkowania się klauzulą sumienia np. przez adwokata – s. 284. Odmiennego zdania (tj. co do możliwości korzystania ze sprzeciwu sumienia przez adwokata) jest M. Skwarzyński: *Sprzeciw sumienia w adwokaturze* [w:] *Standardy bezstronności światopoglądowej władz publicznych*, (red.) A. Mezglewski, A. Tunia, Lublin 2013, s. 201 – 219.

39 Zob. M. Nesterowicz, N. Karczewska – Kamińska: *Prawa pacjenta do świadczeń medycznych, a prawo lekarzy (szpitali) i osób z innych zawodów medycznych do klauzuli sumienia*, PiM nr 2/2015, s. 6.

40 Czyli w tym, co regulacje prawa międzynarodowego publicznego i prawa unijnego określają jako *forum externum* – zob. np. L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.*

na podjęciu postępowania zgodnie z tym, co jednostka uważa za akceptowalne z punktu widzenia jej indywidualnej moralności i dania odporu temu, co ocenia jako „moralnie ujemne".[41] Przyjęcie takiej tezy otwiera co prawda możliwość ograniczenia wolności sumienia we wskazanym wymiarze, ale dopiero wtedy, kiedy spełnione zostaną wymogi stawiane w art. 31 ust. 3 Konstytucji.[42]

Człowiek nie może zatem powoływać się na konstytucyjną klauzulę sumienia, gdyż taka konstrukcja w ustawie zasadniczej nie występuje, może natomiast czynić użytek z wysłowionej w niej wolności sumienia, która jednak nie jest niczym nieograniczona.[43] W ujęciu wewnętrznym człowiek korzysta z wolności sumienia, która nie podlega jakiejkolwiek reglamentacji.[44] Innymi słowy ma on pełną swobodę co do oceny zjawisk jako dobrych (moralnych) lub złych (niemoralnych). Natomiast w ujęciu zewnętrznym – polegającym np. na demonstrowaniu własnych zapatrywań światopoglądowych i postępowaniu zgodnie z nimi – wolność ta może doznawać ograniczeń ze strony praw i wolności innych osób.[45] Wolność sumienia nie jest wolnością bezkolizyjną

Komentarz do artykułów 1 – 18, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2010, t. I, s. 565 – 576. Szczególnego znaczenia nabiera przy tym art. 10 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej: „(1) Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i religii. Prawo to obejmuje wolność zmiany religii lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania, indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swej religii lub przekonań poprzez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i uczestniczenie w obrzędach. (2) Uznaje się prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa." – zob. I. C. Kamiński [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, (red.) A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 337.

41 Oczywiście nie jest to stwierdzenie bezsporne, na co wskazują wcześniej cytowane różnorodne uwagi doktrynalne. Akceptacja założenia, że wolność sumienia to tylko indywidualne zapatrywanie jednostki w zakresie światopoglądu, czyli zawężenie jej wyłącznie do wskazanego uprzednio aspektu wewnętrznego, powodowałoby moim zdaniem utratę solidnego oparcia dla zakotwiczenia konstrukcji sprzeciwu sumienia w Konstytucji.

42 Art. 31 ust. 3: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw."

43 Podobnie – zob. zdanie odrębne S. Biernata do wyroku TK z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl..., jw., s. 55.

44 Tak też np. K. Kubuj, jw., s. 126; O. Nawrot: *Sumienie lekarza a prawa człowieka w świetle standardów Rady Europy*, Medycyna Praktyczna nr 1/2014, s. 113; tegoż: *Prawa człowieka, sprzeciw sumienia i państwo prawa* [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce*…, jw., s. 108 i n.; A. Zoll, jw., s. 101.

45 Zob. np. L. Bosek: *Klauzula sumienia*…, jw., s. 105 i n.; K. Kubuj, jw., s. 126; O. Nawrot: *Sumienie*…, jw., s. 112 i n.; tegoż: *Prawa*…, jw., s. 108 i n.; K. Szczucki: *Klauzula sumienia – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, Studia Iuridica nr 50/2009, s. 169; zdanie odrębne S. Wronkowskiej – Jaśkiewicz do wyroku TK z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl..., jw., s. 67; A. Zoll, jw., s. 101. J.

– tj. nie mogącą wchodzić w konflikt z innymi wolnościami i prawami. Obowiązek rozstrzygnięcia takiego sporu spoczywa bez wątpienia wyłącznie na ustawodawcy.

Podstawą zatem dla budowania instytucji klauzuli sumienia jest bez wątpienia art. 53 ust. 1 Konstytucji[46], dlatego też stanowczo należy odrzucić pogląd doszukujący się oparcia dla klauzuli sumienia w dyspozycjach części szczególnej Kodeksu karnego (np. w art. 172 k.k.).[47] Naprawdę trudno wyobrazić sobie sytuację, w której tzw. obrońcy życia mogliby „powołać się na ten przepis" i to jeszcze poszukując w nim swoistego wzmocnienia dla klauzuli sumienia. Typ czynu zabronionego z art. 172 k.k. posadowiony został w rozdziale przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, nie zaś w rozdziale przestępstw przeciwko wolności sumienia i wyznania, co sprawia, że rodzajowym (a zarazem indywidualnym i głównym) przedmiotem ochrony jest

---

Krukowski stwierdza wręcz: „Osąd sumienia pozostaje poza zasięgiem interwencji władzy publicznej, dopóki nie zostanie uzewnętrzniony w stosunkach międzyludzkich. Wewnętrzna sfera sumienia nie może podlegać reglamentacji prawnej. Natomiast mogą jej podlegać różne sposoby uzewnętrzniania przekonań, podjętych zgodnie z nakazem sumienia." – zob. J. Krukowski, jw., s. 162 oraz E. Tuora – Schwierskott, jw., s. 92. Podobnie (w perspektywie praw człowieka) wypowiada się T. Jasudowicz: „Kiedykolwiek jednak sumienie «uzewnętrznia się» w postaci wypowiedzi, działań lub zaniechań, wykracza poza swoją wewnętrzną bezwzględnie chronioną istotę i przemienia się co najmniej w manifestowane «przekonanie», w którego sferze wchodzi już w grę klauzula limitacyjna. (…) Jeżeli prowadzi do czynów, może ugodzić w inne chronione prawa człowieka." – zob. T. Jasudowicz: *Wolność myśli, sumienia, religii i przekonań* [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona*, (red.) B. Gronowska i in., Toruń 2010, s. 380 i n.

46 Tak np. J. Lipski: *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją RP poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, Zeszyty Prawnicze BAS nr 4/2014, s. 143 i n. W. Wróbel, jw., s. 30; zob. odmiennie np.: J. T. Balicki, A. Wilczek: *Profesor Andrzej Zoll o błędach lekarskich i klauzuli sumienia*, Palestra nr 10/2014, s. 51; O. Nawrot: *Prawa*…, jw., s. 112 i n.

47 Takie stanowisko zajmuje R. Sztychmiler: „Ważne regulacje dotyczące ochrony życia i klauzuli sumienia zawiera ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodek karny. Wydaje się, że w świadomości społecznej oraz w wypowiedziach prawników za mało uwidocznia się przepis, który stanowi, że osobom przeszkadzającym w działaniach podejmowanych dla ochrony życia wielu osób grozi kara przewidziana w art. 172 k.k.: «Kto przeszkadza działaniu mającemu na celu zapobieżenie niebezpieczeństwu dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat». Na podstawie tego przepisu podejmowanie akcji dla ochrony życia ludzkiego wielu osób jest prawnie chronione. Może to dotyczyć działań dla ochrony wielu osób przed eutanazją. Obrońcy życia dzieci poczętych czy osób zagrożonych eutanazją mogą zatem powoływać się na ten przepis. Przepis ten można zakwalifikować jako rozszerzający klasyczny przepis klauzuli sumienia." – zob. R. Sztychmiler, jw., s. 191. Ostatnie zacytowane zdanie Autor opatruje przypisem odsyłającym do monografii – K. Wiak: *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Lublin 2001, jednakże bez podania strony, na której taki pogląd został zaprezentowany.

w jego przypadku bezpieczeństwo powszechne[48], a nie wolność sumienia i wyznania[49]. W piśmiennictwie typizacja ta określana jest zgodnie jako przeszkadzanie ratowaniu (akcji ratowniczej).[50] Norma sankcjonowana wywiedziona z przywołanego przepisu brzmi po prostu: „nie przeszkadzaj działaniu mającemu na celu zapobieżenie niebezpieczeństwu dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach!". Nie zawiera ona zatem przesłanek, które warunkowałyby możliwość uchylenia się od nałożonego ustawowo obowiązku; nie ogranicza także wolności sumienia jednostki ani nie poręcza jej w jakiś szczególny sposób. Ponadto zadania, jakie mają do zrealizowania normy prawnokarne[51], przekreślają możliwość poszukiwania w nich oparcia dla konstrukcji klauzuli sumienia. Z tych też kilku względów zamarkowany uprzednio pogląd nie może się ostać.[52]

---

48 Jak podkreśla R. A. Stefański – ustawodawca konstruując niniejszy przepis, w zakresie „powszechności" opowiedział się za kryterium ilościowym (niebezpieczeństwo zostało powiązane z zagrożeniem dla życia lub zdrowia wielu osób lub mienia w wielkich rozmiarach) – zob. R. A. Stefański: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu* [w:] *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, (red.) L. Gardocki, Warszawa 2013, t. 8, s. 168 i n.

49 Zob. np. M. Filar [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) M. Filar, Warszawa 2014, s. 1127; S. Hypś [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) A. Grześkowiak, A. Wiak, Warszawa 2015, s. 968 i n.; W. Janyga [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117 – 221*, (red.) M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, t. I, s. 579; W. Wróbel [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117 – 277 k.k.*, (red. nauk.) A. Zoll, Warszawa 2013, t. II, s. 643.

50 Tak np. D. Gruszecka [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, (red.) J. Giezek, Warszawa 2014, s. 325 i n.; R. G. Hałas [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) A. Grześkowiak…, jw., s. 903; M. Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, (red. nauk.) M. Mozgawa, Warszawa 2015, s. 459; P. Petasz [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz art. 117 – 221*…, jw., s. 367 i n.; R. A. Stefański [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) R. A. Stefański, Warszawa 2015, s. 1019 i n.; tegoż: *Przestępstwa*…, jw., s. 259 i n.

51 Normy prawnokarne realizują funkcję ochronną, polegającą na zabezpieczeniu określonych dóbr prawnych przed ich naruszeniem bądź unicestwieniem. Ich konstrukcja ma zapewnić adekwatną reakcję na wyrządzone zło. Z drugiej jednak strony funkcja gwarancyjna prawa karnego osłania jednostkę (poprzez zasadę określoności) przed nieuzasadnioną ingerencją ze strony organów stosujących prawo. Mimo to są to normy, które przede wszystkim zakazują lub nakazują określonych zachowań, oddziałując tym samym w płaszczyźnie prewencji ogólnej i indywidualnej. Zob. np. L. Gardocki: *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 7 i n.; M. Królikowski, R. Zawłocki: *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 64 – 66; Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 25 – 27; W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne. Część ogólna,* Kraków 2014, s. 39 – 45.

52 Być może Autor kontestowanej wypowiedzi traktuje normę z art. 172 k.k. jako swoisty, bezwzględny nakaz ratowania życia. Stanowisko takie nie znajduje jednak oparcia w zestawie ustawowych znamion we wskazanej typizacji. Być może jest i tak, iż cytowany Autor dopuszcza możliwość takiego odczytania dyspozycji art. 172 k.k., aby przez pojęcie „osób" rozumieć także „dzieci poczęte, a jeszcze nienarodzone". Wówczas norma sankcjonowana brzmiałaby: „nie przeszkadzaj działaniu mającemu na celu zapobieżenie niebezpieczeństwu dla życia i zdrowia wielu dzieci poczętych a jeszcze nienarodzonych." Moim zdaniem tego rodzaju wykładnia, jako rozszerzająca zakres kryminalizacji i działająca bez wątpienia na niekorzyść sprawcy – jest niedopuszczalna. Uczciwość nakazuje nadmienić przy tym, iż Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 26

Ustawodawca, tworząc w ustawach „klauzule sumienia", rozstrzyga w nich sytuacje rozdźwięku między prawami i wolnościami różnych jednostek.[53] Są to zatem klauzule kolizyjne. Wydaje się, że ich celem jest maksymalne (o ile to możliwe) zapewnienie ochrony każdej wolności i każdego prawa, pozostających ze sobą w konflikcie.[54] Wówczas pełnią one swoistą funkcję gwarancyjną.[55] Jednakże (co z pewnością będzie mieć miejsce częściej) mogą one przewidywać warunki ograniczenia wolności sumienia (w zgodzie z art. 31 ust. 3 Konstytucji).[56] Powyższe

października 2006 r. (Sygn. I KZP 18/06, OSNKW nr 11/2006, poz. 97) w zakresie znamienia „człowiek" stwierdził: „przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodu), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia, kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu. (…) Należy jednak przyjąć, że w wypadku, w którym zabieg cesarskiego cięcia nie jest dokonywany w okresie trwającego już porodu, lecz stanowi alternatywny sposób ukończenia ciąży (a nie porodu) – także w całym okresie wykonywania tego zabiegu życie i zdrowie rodzącego się podlega prawnokarnej ochronie przyznanej człowiekowi". Stanowisko to nie spotkało się jednak z wyłączną aprobatą przedstawicieli doktryny – zob. M. Gałązka: *Glosa do uchwały SN z 26 października 2006 r., I KZP 18/06*, PS nr 2/2008, s. 98 i n.; J. Postulski: *Glosa do uchwały SN z 26 października 2006 r., I KZP 18/06*, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa nr 3/2007, s. 143 i n.; A. T. Olszewski: *Glosa do uchwały SN z 26 października 2006 r., I KZP 18/06*, PiP nr 5/2007, s. 140 i n. Nie można przy tym tracić z pola widzenia, że nawet przy takiej argumentacji nadal konieczne byłoby wykazanie, że niebezpieczeństwo oddziałuje na „wiele" podmiotów. W moim przekonaniu niełatwo jest skonstruować stan faktyczny, naruszający skonstruowaną powyżej normę sankcjonowaną. Ponadto nawet taka interpretacja nie pozwala na dostrzeżenie w art. 172 k.k. elementów klauzuli sumienia.

53 Podobnie np. W. Chańska, jw., s. 46 i n.; B. Dobrowolska: *Sprzeciw sumienia w praktyce pielęgniarki i położnej*, Studia z Prawa Wyznaniowego nr 16/2013, s. 252 i n.; K. Kubuj, jw., s. 124; S. Wronkowska – Jaśkiewicz, jw., s. 68; W. Wróbel, jw., s. 26 i n.; E. Zielińska: *Klauzula sumienia*, PiM nr 13 (vol. 5)/2003, s. 27. Nieco inaczej J. Pawlikowski i M. Skwarzyński, którzy klauzulę sumienia postrzegają jako rozstrzygnięcie konfliktu między normami systemu prawa stanowionego a normami światopoglądowymi – zob. J. Pawlikowski: *Prawo do sprzeciwu sumienia w ramach legalnej opieki medycznej. Rezolucja nr 1763 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 7 października 2007 r.*, Studia z Prawa Wyznaniowego nr 14/2011, s. 314 i n.; M. Skwarzyński: *Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka*, Przegląd Sejmowy nr 6/2013, s. 10.

54 Podobnie np. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 202; J. Lipski, jw., s. 152. W tym sensie regulacje ustawowe traktujące o klauzuli sumienia wykazują silne powiązanie z konstytucyjną zasadą proporcjonalności w jej najściślejszym aspekcie – zob. K. Wojtyczek: *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania* [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, (red.) A. Zoll, Warszawa 2001, s. 306. A. Zoll wskazuje przy tym, że tego typu klauzule rozstrzygają w istocie konflikt wartości – zob. A. Zoll, jw., s. 102; podobnie M. Kobak: *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia a klauzula sumienia lekarza* [w:] *Odpowiedzialność administracji i w administracji*, (red.) Z. Duniewska, M. Stahl, Warszawa 2013, s. 361 i n.

55 Podobnie zob. np. W. Chańska, jw., s. 46; K. Kubuj, jw., s. 131; J. Lipski, jw., s. 152; S. Wronkowska – Jaśkiewicz, jw., s. 68; M. Żelichowski: *Klauzula sumienia – aspekt prawny*, Medycyna Praktyczna nr 6/2004, s. 74. W. Wróbel stwierdza przy tym: „Nie ulega wątpliwości, że «klauzula sumienia» w sposób najpełniejszy realizuje autonomię światopoglądową i etyczną jednostki, stanowiąc wyraz konstytucyjnej chronionej wolności sumienia." – zob. W. Wróbel, jw, s. 28.

56 Wskazuje na to np. L. Bosek: *Klauzula sumienia*…, jw., s. 105; W. Chańska, jw., s. 38 i 40. Nieco odmienne zapatrywanie wydaje się prezentować R. Sztychmiler: „Klauzula sumienia umożliwia zgodne

spostrzeżenia prowadzić muszą do wniosku, że klauzule sumienia wcale nie muszą mieć jednolitego charakteru i powinny być uzależnione od natury stosunków, które uzasadniają powołanie się na nią.

Przesłanki limitujące ograniczenia wolność sumienia wyznacza konstytucyjna zasada proporcjonalności.[57] Warto w tym miejscu odnieść się do kwestii związanej z ostatnim zdaniem art. 31 ust. 3 Konstytucji. Po jego myśli – nie wolno dokonywać takich ograniczeń wolności sumienia, które naruszałby istotę[58] tej wolności. W związku z tym zadać można kolejne już pytanie, czy klauzula sumienia – stanowiąca jeden z zewnętrznych atrybutów wolności sumienia – stanowi jej „istotę"? W moim przekonaniu na tak postawione pytanie udzielić należy odpowiedzi przeczącej. Dzieje się tak z kilku powodów. Po pierwsze, stwierdzenie odmienne oznaczałoby, że ilekroć mielibyśmy do czynienia z sytuacją konfliktu sumienia, tylekroć jednostka mogłaby zawsze i w każdej sytuacji, uchylić się od ciążącego na niej obowiązku.[59] Po drugie prowadziłoby to do niczym nieuzasadnionej absolutyzacji wolności sumienia, kosztem innych wolności i praw z rozdziału II Konstytucji.

Wobec tego sformułować można inne – równie kłopotliwe pytanie – co w takim razie (jeśli nie klauzula sumienia) stanowi „istotę" wolności sumienia? Odpowiedź na pytanie tak postawione przekracza rzecz jasna ramy niniejszego opracowania, a także kompetencje autora czynionych tu refleksji.[60] Argumentem dodatkowo usprawiedliwiającym

---

z prawem rozstrzyganie konfliktu sumienia na korzyść normy sumienia, a uwolnienia się od nakazu wynikającego z normy prawa stanowionego." – zob. R. Sztychmiler, jw., s. 188.

57 Zob. np. L. Bosek: *Klauzula sumienia*…, jw., s. 106; J. Lipski, jw., s. 152; A. Rogowska, jw., s. 243 i n.; A. Zoll, jw., s. 101.

58 W dotychczasowych wypowiedziach TK wskazywano, że „w treści każdego z konstytucyjnych praw i wolności zawierają się pewne elementy podstawowe, istnienie których jest konieczną przesłanką zachowania przez to prawo lub wolność swej konstytucyjnej tożsamości" – tak wyrok TK z dnia 17 lipca 1996 r., sygn. K 8/96 (OTK Zb. Urz. nr 4/1996, poz. 39, s. 275). W innym orzeczeniu TK rozwija zarysowaną uprzednio argumentację stwierdzając, że zagadnienie „istoty" wolności i praw „opiera się na założeniu, że w ramach każdego konkretnego prawa i wolności, można wyodrębnić pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), bez których takie prawo czy wolność w ogóle nie mogła istnieć oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa czy wolności" – tak wyrok TK z dnia 25 maja 1999 r., sygn. SK 9/98 (OTK Zb. Urz. nr 4/1999, poz. 78, s. 411).

59 W takiej sytuacji ustawowe regulacje klauzul sumienia jako norm kolizyjnych byłyby całkowicie zbędne, skoro „istota" wolności i praw nie może podlegać żadnym ograniczeniom.

60 Zaryzykować można jednak tezę, iż istotę wolności sumienia wiązać można (generalnie) z jej aspektem wewnętrznym, mając jednocześnie świadomość pewnych ułomności takiego rozumowania. Wynikać

uchylenie się od zaproponowania określonego rozwiązania jest ważkie spostrzeżenie, iż „sądy konstytucyjne chętniej posługują się zasadą proporcjonalności, pozostawiającą im znacznie większą elastyczność", unikając natomiast „wyznaczania wyraźnych granic «istoty» poszczególnych praw i wolności" z obawy, iż „może to nadmiernie krępować przyszłe orzecznictwo"[61], a także supozycja o braku jednolitości poglądów co do rozumienia samego terminu „istota"[62]. Tym niemniej koncepcja „istoty" i proporcjonalność są ważnymi, wzajemnie się uzupełniającymi sposobami łagodzenia konfliktów między wolnościami i prawami jednostek.

Jak bardzo trudnym zadaniem dla ustawodawcy jest z jednej strony harmonizowanie poszczególnych praw i wolności w konkretnych sytuacjach, z drugiej zaś umiejętne stosowanie zasady proporcjonalności[63] w celu dopuszczalnego ograniczenia przysługujących jednostce wolności i praw zaobserwować można analizując art. 39 ustawy z 6

---

może z niego bowiem chociażby to, iż przy założeniu, że każda wolność konstytucyjna cechuje się jakimś obszarem wewnętrznym i zewnętrznym i tylko ten drugi może podlegać reglamentacji – wówczas będzie możliwe ingerowanie w każdą wolność, w jakiejś części. Wydaje się jednak, że przesądzanie w tak definitywny sposób pojmowania „istoty" wolności sumienia nie jest adekwatne. Granice istoty zdają się mieć bowiem charakter płynny, który ulega stabilizacji nie w płaszczyźnie dywagacji abstrakcyjnych, ale konkretnych. Dopiero osadzenie w rzeczywistych realiach faktycznych i prawnych umożliwia zarysowanie przekonującej linii demarkacyjnej. Niemniej jednak spotkać się można z poglądami dekretującymi istotę wolności sumienia: „Tymczasem rdzeniem wolności sumienia jest wierność wyznawanym wartościom, możliwość ich ochrony, a w razie potrzeby również świadczenie o nich słowem i czynem wobec innych." – zob. S. L. Stadniczeńko, P. Zamelski, jw., s. 78.

61 Cyt. L. Garlicki: *Komentarz*…, jw., s. 36.

62 Tak B. Banaszak: *Konstytucja*…, jw., s. 222; tegoż: *Prawo*…, jw., s. 378. K. Wojtyczek stwierdza przy tym, że stosowanie wymogu nienaruszania istoty wolności i praw „ma charakter intuicyjny" – zob. K. Wojtyczek [w:] *Prawo*… jw., s. 101. A. Łabno diagnozując analizowany tu problem wskazuje: „Sądzę, że rozważając istotę prawa nie dysponujemy odpowiednim instrumentarium niezbędnym do ustalenia kryteriów rozróżnienia, co stanowi jego istotę, a co mieści się już w owej otoczce. W rzeczywistości zagadnienie to pozostaje nadal sprawą nierozwiązaną. Nie potrafimy bowiem ustalić operatywnych kryteriów. Trafne jest zatem stanowisko, że ustalenie minimalnej treści wolności lub prawa może nastąpić jedynie w konkretnym przypadku." – zob. A. Łabno: *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie*…, jw., s. 708. Wydaje się, że częściowo poprzestać można na następującym wniosku L. Garlickiego: „Ogólnie powiedzieć można, że koncepcja «istoty» stanowi pewien argument ostateczny, odnoszony do sytuacji, w której ograniczenia praw i wolności pójdą w sposób oczywisty za daleko" – zob. L. Garlicki: *Polskie*…, jw., s. 107.

63 Tak też np. A. Łabno: *Istota zasady proporcjonalności* [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, (red.) T. Dukiet – Nagórska, Warszawa 2010, s. 32.

grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[64] w zakresie, w jakim nakładał on na lekarza powstrzymującego się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym.[65] Zdaniem TK badane ograniczenie wolności sumienia lekarza nie obroniło się po przeprowadzeniu testu proporcjonalności.[66] W jego ocenie stanowiło ono nieefektywne narzędzie do osiągnięcia ustawowego celu, tj. uzyskania przez pacjenta świadczenia zdrowotnego, co do którego lekarz zgłasza obiekcje światopoglądowe.[67] Trybunał zaznaczył przy tym: „Zdecydowanie bardziej skuteczne na drodze do zapewnienia pacjentom równego i szybkiego dostępu do świadczeń zdrowotnych byłoby nałożenie obowiązku informacyjnego na «publiczne podmioty instytucjonalne» wykonujące działalność leczniczą na zlecenie państwa."[68]

Zważyć należy, iż w piśmiennictwie już od dłuższego czasu postulowano przeniesienie obowiązku informacyjnego z lekarza na inne podmioty.[69] Wobec powyższego rozstrzygnięcia TK, ustawodawca

64 Art. 39: „Lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego."

65 We wskazanym zakresie przepis ten został uznany przez TK za niezgodny z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31. ust. 3 Konstytucji – zob. pkt 2 wyroku TK z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl..., jw., s. 2. Co do innych zakresów zaskarżenia cytowanego przepisu i ich braku zgodności z Konstytucją – zob. pozostałe postanowienia powyższego orzeczenia.

66 Choć zdaniem S. Biernata testu tego TK w ogóle nie przeprowadził – zob. S. Biernat, jw., s. 63.

67 Zob. wyrok TK z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl..., jw., s. 45.

68 Zob. wyrok TK z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl..., jw., s. 45.

69 *Ad exemplum* – A. Zoll wskazuje, że w zakresie dopuszczalności przerywania ciąży obowiązek udzielenia informacji, gdzie i przez kogo zabieg ten może zostać przeprowadzony, spoczywać powinien na Rzeczniku Praw Pacjenta – zob. J. T. Balicki, A. Wilczek, jw., s. 52. W innej wypowiedzi Autor ten podaje: „Ze względu na prawne dopuszczenie aborcji w przypadku tzw. przesłanek eugenicznych oraz kryminalnych kobieta, decydująca się na dokonanie takiego czynu powinna uzyskać w urzędzie informację, gdzie aborcja może być przeprowadzona" – zob. A. Zoll: *Klauzula sumienia* [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce*..., jw., s. 84. Kiedy indziej ten sam Autor konkluduje: „To nie lekarz powinien udzielać takiej informacji. W pełni należy się zgodzić ze stanowiskiem zajętym przez Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej, że taki obowiązek winien ciążyć na podmiotach odpowiedzialnych za ochronę zdrowia" – zob. A. Zoll: *Charakter prawny*…, jw., s. 103. M. Nesterowicz i N. Karczewska – Kamińska stwierdzają, że obowiązek informacyjny „powinien obciążać zakład, a nie lekarza". Zastrzegają jednak, iż obowiązek ten „nie powinien obciążać prywatnie praktykujących lekarzy ani wykonujących swój zawód w formie indywidualnej praktyki lekarskiej, na podstawie umowy z zakładem leczniczym" – zob. M. Nesterowicz, N. Karczewska – Kamińska, jw., s. 15; tychże: *Prawa pacjenta*

staje zatem ponownie przed koniecznością zagwarantowania zarówno wolności sumienia lekarza, jak i prawa pacjenta do ochrony zdrowia (zawierającego w sobie prawo do uzyskania określonej informacji na temat dostępnych świadczeń medycznych). Nieodzowne jednak wydaje się pytanie, czy dotychczasowe propozycje właściwie harmonizują poszczególne prawa i wolności różnych podmiotów oraz czy nie naruszają one zasady proporcjonalności.

Starając się rozstrzygnąć nagromadzone wątpliwości podnieść należy, iż za nie do zaakceptowania uznać trzeba te wszystkie postulaty, które zmierzają do utworzenia listy zawierającej dane lekarzy, którzy wykonywaliby określone świadczenia medyczne. Uwaga ta dotyczy zarówno rejestrów o charakterze pozytywnym (wówczas lista obejmowałaby tylko lekarzy przeprowadzających zdefiniowane świadczenia medyczne), jak i negatywnym (lista zawierałaby wyłącznie wykaz lekarzy niewykonujących pewnych świadczeń medycznych).[70] Rozwiązanie takie jest ryzykowne nie tylko ze względu na zaistnienie wysokiego ryzyka napiętnowania (stygmatyzacji) lekarzy decydujących się na wykonanie kontestowanych świadczeń medycznych, ale także z uwagi na konieczność opracowania ewentualnych ustawowych domniemań (związanych z figurowaniem bądź niefigurowaniem konkretnego lekarza na którejś z zaproponowanych list), jak również z powodu potrzeby zapewnienia konstytucyjnej ochrony przed ujawnieniem preferowanego światopoglądu.[71]

---

w kontekście odmowy udzielenia świadczeń medycznych przez lekarza lub szpital (w związku z klauzulą sumienia) [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce*…, jw., s. 123. E. Zielińska jako podmioty upoważnione do udzielania informacji, gdzie uzyskać można świadczenia zdrowotne, co do których istnieje ryzyko powołania się na klauzulę sumienia, wskazuje na terenowe oddziały Narodowego Funduszu Zdrowia oraz właściwą okręgową izbę lekarską (podobnie M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim*…, jw., s. 24). Zdaniem Autorki podmioty te powinny dysponować rejestrem lekarzy odmawiających wykonywania określonych zabiegów – zob. E. Zielińska, jw., s. 31. Na NFZ jako podmiot zobligowany do udzielania informacji, o uzyskaniu określonego świadczenia medycznego wskazują: L. Bosek, *Klauzula sumienia*…, jw., s. 109 i K. Szczucki, jw., s. 175.

70 Zob. podobnie np. raport poseł Mc Cafferty podany za: J. Pawlikowski, *Prawo do sprzeciwu sumienia*…, jw., s. 325, a także M. Kobak, jw., s. 377; M. Świderska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 196 i n. (zwłaszcza przypis 359).

71 Zob. M. Kobak, jw., s. 375; R. Kubiak, jw., s. 158, którzy zgłaszają wątpliwości co do zgodności istnienia takich list z art. 53 ust. 7 Konstytucji: „Nikt nie może być obowiązany przez organy władzy publicznej do ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania". Zob. także P. Winczorek, jw., s. 130, który określa wskazany przepis jako „prawo do milczenia". Jego zdaniem stoi on na straży prawa do

Za akceptowalne uznane być musi rozwiązanie polegające na sporządzeniu listy placówek, w których będą wykonywane zabiegi medyczne, mogące generować sprzeciw sumienia.[72] Słusznie podkreśla się, że administratorem takiego spisu powinien być Narodowy Fundusz Zdrowia. Rejestr powinien mieć charakter jawny, a dostęp do niego nie może być opatrzony żadnymi ograniczeniami. Obowiązek gromadzenia i udostępniania zawartych w takim spisie danych wymaga wprowadzenia wyraźnej podstawy prawnej.

Naiwnością byłoby jednak przypuszczenie, że tak sformułowana propozycja harmonizacji praw i wolności różnych podmiotów nie będzie generowała dalszych problemów. Jednym z nich może okazać się samo opracowanie rejestru, jak również jego obsługa (w tym np. obsługa informatyczna). Stoi temu na przeszkodzie bardzo szerokie rozumienie przez Trybunał pojęcia pomocnictwa do „świadczenia niegodziwego"[73], gdyż idąc tym tokiem rozumowania (a zatem chcąc zachować jego pełną konsekwencję) nie tylko trzeba będzie odszukać osobę, która nie zgłosi zastrzeżeń co do samego sporządzenia takiej listy (co wydaje się zadaniem nieco łatwiejszym do zrealizowania), ale także – zgodzi się obsługiwać taki rejestr.[74] Zarówno bowiem samo udostępnienie takiego wykazu, jak i każdorazowa jego zmiana poprzez

---

prywatności oraz chroni jednostkę przed dyskryminacją. B. Banaszak podaje przy tym, że „Powzięcie wiadomości o tych przekonaniach przez władze publiczne nie może powodować jakichkolwiek skutków prawnych." – zob. B. Banaszak, *Konstytucja…*, jw., s. 329. W tym duchu także H. Misztal [w:] *Prawo wyznaniowe*, (red.) H. Misztal, P. Stanisz, Lublin 2003, s. 192 oraz W. Skrzydło, jw., s. 54. Zob. jednak – J. Cupriak: *Prawo do milczenia w sprawie światopoglądu, przekonań religijnych i wyznania w Polsce i w Niemczech* [w:] *Standardy bezstronności*…, jw., s. 223 i 229 – 233. O sankcjach prawnokanonicznych, wynikających z figurowania przez lekarza w tego typu rejestrach zob. M. Czelny: *Obowiązek informacyjny a sankcje prawnokanoniczne w kontekście przerywania ciąży* [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce…*, jw., s. 65 i n.

72 Jednakże nawet i to rozwiązanie mogłoby zostać uznane za zbędne. Jeżeli bowiem dany zakład leczniczy zakontraktował np. świadczenia z zakresu ginekologii i położnictwa (bez wyłączenia procedur związanych z dopuszczonym przez ustawę przerywaniem ciąży), wówczas to na osobie zawierającej kontrakt ciążyć będzie obowiązek zapewnienia takiego stanu personelu, który umożliwi wykonanie świadczeń wynikających z umowy (przy założeniu, że nic innego nie stanowi umowa, zawarta między zakładem leczniczym a NFZ).

73 „Konstytucyjna gwarancja wolności sumienia chroni bowiem jednostkę nie tylko przed przymusem podjęcia bezpośrednio zamachu na chronione dobro, lecz także przed takim postępowaniem niezgodnym z sumieniem jednostki, które pośrednio prowadzi do nieakceptowalnego etycznie skutku, w szczególności przed przymusem współdziałania w osiąganiu celu niegodziwego (por. orzeczenie TK z 15 stycznia 1991r., sygn. U 8/90)." – cyt. za wyrok TK z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl..., jw., s. 41 i n.

74 Na zaznaczone mankamenty zwrócili uwagę: S. Biernat, jw., s. 62 – 65; S. Wronkowska – Jaśkiewicz, jw., s. 68 – 71.

np. wykreślenie lub dopisanie zakładu leczniczego może przypuszczalnie rodzić konflikt sumienia. Nad wyraz specyficzne pojmowanie pomocnictwa do czynu ocenianego jako „moralnie ujemny" powoduje stan swoistego „błędnego koła"[75], który paradoksalnie przełamać może angaż podmiotów, które nie zgłaszają sprzeciwu sumienia co do wykonywania określonych obowiązków, a to z kolei może generować problem dyskryminacji z uwagi na wyznawany światopogląd.[76] W procesie udzielania pacjentowi informacji nie da się całkowicie wyeliminować czynnika ludzkiego[77], co implikuje smutną konstatację, iż brak dostatecznej refleksji co do tego, gdzie wolność sumienia powinna ustąpić[78], uniemożliwia *de facto* konstruowanie skutecznych metod urzeczywistniających prawo pacjenta do dostępu do określonej procedury medycznej i nie ułatwia rozstrzygnięcia badanych tu kwestii.[79]

Kolejnym obszarem badawczym – bez wątpienia godnym rozpoznania – jest materia bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji[80] w kontekście następującej wypowiedzi TK: „Trybunał uznał, że prawo lekarza do powołania się na klauzulę sumienia w obrębie stosunków prawa medycznego wynika nie z art. 39 u.z.l. [tj. usta-

75 Za trafną uznać trzeba propozycję z punktu 4 projektu Rezolucji nr 1763 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, który ograniczał prawo do sprzeciwu sumienia jedynie do pracowników bezpośrednio zaangażowanych w realizację określonego świadczenia. Podobne rozwiązanie znane jest w Wielkiej Brytanii – informacje podane za J. Pawlikowski: *Prawo do sprzeciwu sumienia*…, jw., s. 319 i 326. Taka koncepcja mogłaby oczywiście stanowić jedynie punkt wyjścia do prowadzenia dalszych dyskusji, przy całej świadomości wynikających z niej mankamentów. Nie trzeba wszak przypominać, ile kłopotów np. na gruncie prawa karnego materialnego wywołuje ustawowe znamię „bezpośredniości" – zob. np. rozważania O. Sitarz: *Czynny żal w związku z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna*, Katowice 2015, s. 131 – 143.

76 Wskazany tu dylemat związany jest także z bezpośrednim stosowaniem przepisu art. 53 ust. 1 Konstytucji, który zostanie poruszony w dalszej części.

77 Zob. S. Wronkowska – Jaśkiewicz, jw., s. 70.

78 Wszak sumienie lekarza nie może zostać ocenione jako bardziej godne ochrony niż np. sumienie pracownika NFZ lub informatyka.

79 Stworzenie zatem sytemu, który ochroni wolność sumienia oraz zabezpieczy prawa innych podmiotów, rzeczywiście być może nie jest czymś, co „przekracza możliwości przeciętnego ustawodawcy", ale jak widać nie jest to też zadanie najłatwiejsze – zob. O. Nawrot, *Sumienie*…, jw., s. 116. Nie można przy tym zgodzić się z następującą tezą: „Rynek usług medycznych jest obecnie na tyle rozwinięty, że pacjent, nawet bez pomocy organów władzy publicznej, ma zazwyczaj możliwość znalezienia lekarza, który wykona oczekiwaną przez niego procedurę medyczną." – zob. K. Szczucki, jw., s. 174.

80 Art. 8 Konstytucji: „(1) Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej. (2) Przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej."

wy o wykonywaniu zawodu lekarza i lekarza dentysty – wyjaśnienie moje J.H.], lecz bezpośrednio z przepisów konstytucyjnych i aktów prawa międzynarodowego. (…) a zatem także w braku unormowania w art. 39 u.z.l. lekarz mógłby odmówić świadczenia z powołaniem się na sprzeciw sumienia. Jednakże na lekarzu spoczywa ponadto ustawowy obowiązek działania w zgodzie z sumieniem; bez art. 39 u.z.l. zwolnienie z tego obowiązku nie byłoby oczywiste."[81] Dla tak zaprezentowanego stanowiska niezbędne jest wykazanie, że art. 53 ust. 1 Konstytucji nadaje się do bezpośredniego stosowania. Ma to ogromne znaczenie z uwagi na fakt, iż w wielu regulacjach ustawowych traktujących o poszczególnych zawodach medycznych brak jest odpowiednika wspomnianego uprzednio art. 39 u.z.l. Niestety nauka prawa konstytucyjnego daleka jest we wskazanej materii od wypracowania jednobrzmiącego stanowiska. Analizując jednak jej dorobek wskazać trzeba, że bezpośrednie stosowanie Konstytucji polegać może na tzw. samoistnym jej stosowaniu, które wyrażać się może np. w wydawaniu orzeczenia przez sąd powszechny, gdzie materialnoprawną podstawą rozstrzygnięcia będzie użyty wprost i wyłącznie (czyli bez odwołania się do regulacji ustawowej) przepis Konstytucji.[82] Jednakże by tak się stało, wywiedziona zeń norma musi posiadać zdatność do bezpośredniego zastosowania – tj. być wystarczająco precyzyjna i jednoznaczna.[83] Trudno w moim przekonaniu przypisać wskazane walory art. 53

81 Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl..., jw., s. 30 i n.

82 Zob. np. K. Działocha: *Zasada bezpośredniego stosowania konstytucji w dziedzinie wolności i praw obywateli* [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, Warszawa 1998, s. 30; tegoż: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)* [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, (red.) K. Działocha, Warszawa 2005, s. 15; tegoż: *Komentarz do art. 8 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2007, t. V, s. 43 i n.; L. Garlicki: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji* [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, Warszawa 1999, s. 23 i n., choć Autor ten stwierdza przy tym, że tego rodzaju stosowanie „z reguły (…) nie przystaje do przedmiotu i sposobu orzekania sądowego"; *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport końcowy z badań*, (red.) K. Działocha, Warszawa 2006, s. 22.

83 Zob. np. P. Czarny, B. Naleziński: *Bezpośrednie stosowanie konstytucji; normy samowykonalne w konstytucji* [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, (red. nauk.) J. Trzciński, Warszawa 1997, s. 135; B. Banaszak: *Konstytucja*…, jw., s. 89, 93 i n. i 98, K. Działocha: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, (red. nauk.) K. Działocha, Warszawa 2004, s. 45 i 48; tegoż: *Zasada*…, jw., s. 35; tegoż: *Komentarz*…, jw., s. 43 i n. oraz 47; tegoż: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)*..., jw., s. 19; L.

ust. 1 Konstytucji. Dzieje się tak z uwagi na wysoki stopień ogólności i lakoniczności tego przepisu, jak również z racji kłopotów, na jakie natrafia się przy próbie odtworzenia desygnatów terminu „sumienie”[84]. Dodatkowo sytuację komplikuje brak zgodności co do charakteru relacji zachodzącej między pojęciami „sumienie” i „religia”, które znajdują się w tej samej jednostce redakcyjnej Konstytucji. Klauzula sumienia jako szczególnego rodzaju klauzula kolizyjno – gwarancyjna znajduje oparcie w art. 53 ust. 1 Konstytucji, tym niemniej fakt ten nie uprawnia jeszcze do forsowania tezy, że przywołany przepis jej jedyną i wystarczającą podstawą. Człowiek może bowiem powoływać się bezpośrednio na działanie w ramach wolności sumienia[85], jednakże wolność sumienia i klauzula sumienia to przecież nie to samo.

Wydaje się przy tym, że problemem istotnym, choć zupełnie innego kalibru jest powoływanie się w sporze sądowym jednostki na swoje wolności lub prawa w relacji do państwa, czym innym zaś – powoływanie się na określone wolności lub prawa między jednostkami. Zagadnienie to dotyka problemu tzw. wertykalnego oddziaływania praw i wolności (na linii władza publiczna – jednostka), co do którego istnienia panuje powszechna zgodność.[86] Nie odnotowuje się natomiast jednomyślności co do tzw. horyzontalnego działania konstytucyjnych wolności i praw (tj. na osi między jednostkami).[87] Jeżeli przyjmuje

---

Garlicki: *Bezpośrednie*…, jw., s. 24; W. Kręcisz: *Konsekwencje zasady bezpośredniego stosowania konstytucji i zasady niezawisłości sędziowskiej dla statusu władzy sądowniczej na gruncie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku* [w:] *Konstytucyjny ustrój państwa. Księga jubileuszowa Profesora Wiesława Skrzydły*, Lublin 2000, s. 108; M. Haczkowska: *Zasada bezpośredniego stosowania konstytucji w działalności orzeczniczej sądów*, Przegląd Sejmowy nr 1/2005, s. 58 i n.; A. Mączyński: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, PiP nr 5/2000, s. 7; B. Nita: *Bezpośrednie stosowanie konstytucji a rola sądów w ochronie konstytucyjności prawa*, PiP nr 9/2002, s. 37; *Podstawowe problemy stosowania*…, jw., s. 20; P. Winczorek, jw., s. 33. Odmiennie M. Florczak – Wątor: *Wątpliwości dotyczące wyjątku od zasady bezpośredniego stosowania Konstytucji RP*, Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego nr 2/2012, s. 20.

84 Co próbowano wykazać w początkowej części niniejszego artykułu.

85 W tym zakresie realizowany jest postulat doktryny nakazujący bezpośrednie stosowanie przepisów Konstytucji z obszaru wolności i praw jednostki – zob. np. K. Działocha: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji PRL przez sądy*, Studia Prawnicze nr 4/1988, s. 10 i 31; B. Nita, jw., s. 37; S. Wronkowska: *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, PiP nr 9/2001, s. 13 i n.

86 Tak np. L. Garlicki: *Polskie*..., jw., s. 102 i n.

87 Istota wzmiankowanego oddziaływania sprowadza się do możliwości bezpośredniego powołania przepisu konstytucyjnego (np. o wolności sumienia) jako podstawy żądania określonego działania lub zaniechania np. od innej jednostki. Tezę o bezpośrednim efekcie horyzontalnym praw i wolności na gruncie

się rozumienie klauzuli sumienia jako szczególnej normy chroniącej wolność sumienia lub jako normy statuującej dopuszczalne przesłanki jej ograniczenia, to nie można nie zaaprobować tezy o wyłącznym oddziaływaniu praw i wolności wyłącznie w pierwszej ze wskazanych płaszczyzn. W sporze o klauzulę sumienia lekarza[88] pojawiają się zwykle trzy podmioty: lekarz, pacjent i ustawodawca (państwo). Nie jest to zatem ścisłe oddziaływanie wertykalne lub horyzontalne. Oczywiście pacjent zwraca się do lekarza w celu uzyskania skonkretyzowanego świadczenia. W rzeczywistości jednak żądanie, którego treścią jest domaganie się zapewnienia określonej wolności lub prawa, lekarz i pacjent winni kierować do ustawodawcy. Miarą bowiem konkretnej wolności nie są wyłącznie deklaracje, wyrażone choćby w najważniejszym akcie normatywnym danego systemu prawnego, ale normy wykonawcze, które chronią tę wolność przed nieuzasadnioną ingerencją.

W perspektywie bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji nie jest problemem udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy sprzeciw sumienia znajduje oparcie w Konstytucji[89], ale czy Ustawa Zasadnicza daje samodzielną podstawę umożliwiającą uchylenie się od wykonania określonych (zwykle w ustawie) czynności[90]?

---

polskiego systemu prawnego zdecydowanie neguje L. Garlicki: *Polskie*…, jw., s. 103; podobnie B. Banaszak: *Prawo*…, jw., s. 382. Niezależnie od istniejących wątpliwości, akceptuje się istnienie tzw. pośredniego efektu horyzontalnego, który polega na tym, że normy ustawodawstwa zwykłego (odnoszące się do relacji jednostka – jednostka) muszą być aplikowane w sposób zharmonizowany z zakresem praw i wolności przysługującej jednostce względem władzy publicznej oraz, że ta władza gwarantuje każdemu ochronę przed zachowaniami innych podmiotów, które ingerują w obszar zastrzeżony dla relacji z nią – tak L. Garlicki: *Polskie*…, jw., s. 103. B. Banaszak natomiast upatruje w pośrednim efekcie horyzontalnym „oddziaływania praw i wolności jako klauzul generalnych lub wartości wyrażonych w Konstytucji, pomocnych przy dokonywaniu wykładni norm prawa cywilnego" – zob. B. Banaszak: *Prawo*…, jw., s. 383. K. Wojtyczek podaje zaś, iż prawa człowieka mogą działać zarówno w płaszczyźnie wertykalnej jak i horyzontalnej, przy czym niektóre z nich oddziałują jedynie w pierwszej z nich – zob. K. Wojtyczek, jw., s. 91. A. Łabno w oparciu o doktrynę austriacką wskazuje, że możliwe jest bezpośrednie stosowanie praw i wolności pomiędzy podmiotami prywatnymi „w takich przypadkach, gdy analogia ze stosunkami publicznoprawnymi uzasadnia takie działania lub środki przewidziane przez prawo prywatne są niewystarczające dla ochrony określonych praw lub wolności." – zob. A. Łabno: *Zasada bezpośredniego obowiązywania konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Analiza prawnoporównawcza* [w:] *Podstawowe prawa jednostki*…, jw., s. 79.

88 Prezentowane w tym akapicie wnioski można, nie narażając się na zarzut nadmiernej generalizacji, odnieść także do innych zawodów medycznych.

89 Na które można udzielić odpowiedzi pozytywnej.

90 Na to pytanie trzeba udzielić odpowiedzi przeczącej.

Odwołując się do przykładów wzmacniających powyższą argumentację podać można, iż w hipotetycznym sporze pomiędzy farmaceutą a osobą, której odmówiono sprzedaży określonego preparatu w aptece, sąd opierając swoją decyzję wyłącznie na regulacji konstytucyjnej musiałby *de facto* zdecydować, której wolności przyznać ochronę, a której tej ochrony odmówić. Nie mógłby bowiem konstruować pozanormatywnych przesłanek limitujących jedną bądź drugą wolność, a to z uwagi na wyłączną kompetencję ustawodawcy w tej materii. Podobnie działoby się w sytuacji, w której sąd miałby do dyspozycji normę z art. 53 ust. 1 Konstytucji i ustawową regulację klauzuli sumienia. Wydaje się, że nie mógłby odmówić zastosowania przepisu ustawy, powołując się na własne wątpliwości co do jego konstytucyjności, gdyż z kolei właściwość w zakresie badania zgodności ustawy zasadniczej z aktami prawnymi hierarchicznie niższymi zastrzeżona jest dla TK. Gdyby jednak wydał orzeczenie wyłącznie w oparciu o normę konstytucyjną, wówczas i tak prawdopodobnie nie ustrzegłby się zarzutu „prawotwórstwa".[91] Konstytucja zapewnia jednostce wolność sumienia, nie dekretując przy tym przesłanek zwalniających podmiot z wykonania ustawowo uregulowanego obowiązku z uwagi np. na konflikt sumienia. Rozstrzygnięcia kolizyjne w postaci klauzuli sumienia pozostawione są decyzji ustawodawcy, który jest w tym aspekcie ograniczany zasadą proporcjonalności. Uprawniona w tym kontekście wydaje się konstatacja, iż dla skutecznego powołania się na klauzulę sumienia wymaga się stosownej regulacji ustawowej.[92]

Mając na uwadze powyższe stwierdzić trzeba, że w przypadku zagadnienia klauzuli sumienia będziemy mieli do czynienia jedynie ze „słabszą" formą bezpośredniego stosowania Konstytucji, tj.

91 Podobnie M. Haczkowska, jw., s. 73. Odmiennie A. Łabno: *Zasada*…, jw., s. 64. Przyjmuje się przy tym, iż nie jest dopuszczalne bezpośrednie stosowanie Konstytucji z pominięciem (zgodnych z ustawą zasadniczą) przepisów ustawowych – tak np. *Podstawowe problemy stosowania*…, jw., s. 25; P. Winczorek, jw., s. 33.

92 Gdyż taka konstrukcja podnosi poziom pewności prawa – tak np. zdanie odrębne A. Wróbla do wyroku TK z dnia 7 października 2015r., sygn. akt K 12/14 - http://ipo.trybunal.gov.pl..., jw., s. 78; zob. także S. Biernat, jw., s. 55 i n.; T. Zieliński: *Głos w dyskusji w panelu «Bezpośrednie stosowanie Konstytucji»* [w:] *Konferencja naukowa*…, jw., s. 35. Podobnie np. M. Żelichowski, s. 73 i n.; M. Nesterowicz, N. Karczewska – Kamińska, s. 5. Odmiennie np. S. L. Stadniczeńko, P. Zamelski, jw., s. 73; M. Skwarzyński: *Sprzeciw sumienia w adwokaturze*…, jw., s. 204 i n.; tegoż: *Sprzeciw sumienia w europejskim*…, jw., s. 23.

z niesamoistnym jej stosowaniem[93], polegającym na użyciu oprócz przepisu ustawy zasadniczej także przepisu ustawy „zwykłej" (o ile taki istnieje).

Podsumowując tę część rozważań wypada z przykrością stwierdzić, iż mimo stosunkowo długiego okresu obowiązywania Konstytucji RP nadal nie dysponujemy wymiernymi „narzędziami", które umożliwiłyby łatwo i bezspornie rozstrzygnąć, które z jej norm nadają się do bezpośredniego zastosowania przez sądy, a które nie.[94] Chyba jedyną i właściwą optyką, jaką należałoby w tym przypadku zastosować, jest konieczność permanentnego poszukiwania odpowiedzi na pytanie – na ile w danym momencie jednostka posiada możliwość bezpośredniego dochodzenia swoich wolności i praw?[95]

Ostatni wątek, organicznie powiązany z możliwością bezpośredniego zastosowania art. 53 ust. 1 Konstytucji, dotyczy kilku zagadnień szczegółowych, związanych z ustawowymi klauzulami sumienia. Jak już wspomniano nie występują one we wszystkich ustawach, traktujących o wykonywaniu poszczególnych zawodów, w tym zawodów medycznych. Jedynie lekarz oraz pielęgniarka i położna[96] posiadają w tym zakresie odpowiednie regulacje. Brak ich tymczasem chociażby

---

93 Niekiedy określanym jako „współstosowanie" – zob. np. B. Banaszak: *Komentarz*…, jw., s. 89 i 98; K. Działocha: *Bezpośrednie stosowanie podstawowych praw jednostki (w związku z projektem Karty Praw i Wolności)* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tomasza Dybowskiego*, Warszawa 1994, s. 36; tegoż: *Komentarz*…, jw., s. 44 i n.; tegoż: *Zasada*…, jw., s. 30 i n.; tegoż: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*…, jw., s. 45 i n. oraz 51 i 55; tegoż: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)*…, jw., s. 19; L. Garlicki: *Bezpośrednie*…, jw., s. 24 i n.; M. Haczkowska, jw., s. 58 i n.; *Podstawowe problemy stosowania*…, jw., s. 22.

94 Tak też S. Wronkowska, jw., s. 12.

95 Taki sens bezpośredniego stosowania konstytucyjnych wolności i praw postrzega A. Łabno: *Zasada*…, jw., s. 68.

96 Art. 12 ustawy z dnia 15 czerwca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. nr 174/2011, poz. 1039 ze zm.): „(1) Pielęgniarka i położna są obowiązane, zgodnie z posiadanymi kwalifikacjami zawodowymi, do udzielenia pomocy w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować stan nagłego zagrożenia zdrowotnego. (2) Pielęgniarka i położna mogą odmówić wykonania zlecenia lekarskiego oraz wykonania innego świadczenia zdrowotnego niezgodnego z ich sumieniem lub z zakresem posiadanych kwalifikacji, podając niezwłocznie przyczynę odmowy na piśmie przełożonemu lub osobie zlecającej, chyba że zachodzą okoliczności, o których mowa w ust. 1. (3) W przypadku, o którym mowa w ust. 2, pielęgniarka i położna mają obowiązek niezwłocznego uprzedzenia pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego bądź opiekuna faktycznego o takiej odmowie i wskazania realnych możliwości uzyskania tego świadczenia u innej pielęgniarki, położnej lub w podmiocie leczniczym. (4) W przypadku odstąpienia od realizacji świadczeń zdrowotnych z przyczyn, o których mowa w ust. 2, pielęgniarka i położna mają obowiązek uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej."

w przypadku farmaceutów. Nasuwać to może pytanie – jakie mogą być tego konsekwencje. Mając na uwadze poczynione powyżej wywody, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż ustawodawca może poniechać tworzenia klauzul sumienia, gdyż na podstawie analizy całokształtu unormowań danego zawodu nie dostrzega on, aby konflikt sumienia w ogóle mógł wystąpić.[97] Nie wydaje się przy tym, aby prawidłowe było tworzenie swoistego rodzaju „klauzul negatywnych" dekretujących, iż dany podmiot w ogóle nie może skorzystać z klauzuli sumienia. Niekiedy jednak milczenie ustawodawcy jest po prostu zwykłym, aczkolwiek bardzo niebezpiecznym przeoczeniem. Zagłębiając się w niniejszy wątek należy odwołać się do postanowień ustawy z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania[98], konkretnie zaś do art. 3.[99] Zastanawiać może zwłaszcza, czy w przypadku braku ustawowych regulacji, poświęconych klauzuli sumienia dla danego zawodu, wolno skorzystać z przywołanej regulacji jako rozstrzygającej sytuacje kolizyjne. Czy jeżeli np. farmaceuta odmawia sprzedaży określonego preparatu z powołaniem się bezpośrednio na swoją (nie mającą w tym wypadku żadnych ograniczeń ustawowych) wolność sumienia, to czy dla przełamania takiego oporu, użyteczny może okazać się art. 3 ust. 2[100] przywołanej uprzednio ustawy. Kluczowym wydaje się tu ustalenie, co rozumie się przez „obowiązek publiczny", który dodatkowo musi być nałożony w drodze ustawowej. Rozwikłanie po-

97 W moim przekonaniu dzieje się tak w odniesieniu do zawodu ratownika medycznego, w oparciu o aktualny stan prawny.

98 Dz. U. Z 1989 r., Nr 25, poz. 155 ze zm.

99 Art. 3: „(1) Uzewnętrznianie indywidualnie lub zbiorowo swojej religii lub przekonań może podlegać jedynie ograniczeniom ustawowym koniecznym do ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób. (2) Korzystanie z wolności sumienia i wyznania nie może prowadzić do uchylania się od wykonywania obowiązków publicznych nałożonych przez ustawy. (3) Ze względu na przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne obywatele mogą występować o skierowanie ich do służby zastępczej, na zasadach i w trybie określonych w ustawie o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej. Korzystanie z tego prawa wymaga złożenia oświadczenia w sprawie przekonań religijnych lub wyznawanych zasad moralnych."

100 Podobne brzmienie posiadał art. 112 Konstytucji z 17 marca 1921 r. (Dz. U. Z 1921 r, Nr 44, poz. 267), który stanowił: „Wolności wyznania nie wolno używać w sposób przeciwny ustawom. Nikt nie może uchylać się od spełnienia obowiązków publicznych z powodu swoich wierzeń religijnych. Nikt nie może być zmuszony do udziału w czynnościach lub obrzędach religijnych, o ile nie podlega władzy rodzicielskiej lub opiekuńczej." – zob. M. Pietrzak: *Demokratyczne*…, jw., s. 279; K. Pyclik, jw., s. 448.

wyższej rozterki nie jest zadaniem łatwym głównie dlatego, że sama ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania nie definiuje tego pojęcia, co implikuje konieczność dokonania jego wykładni w oparciu o metodę językową, gdyż prawdopodobnie jedynie wtedy nie naruszy się autonomii pojęciowej wzmiankowanego aktu normatywnego.

I tak pod pojęciem „obowiązku" kryje się: „konieczność zrobienia czegoś wynikającego z nakazu wewnętrznego (moralnego), administracyjnego, prawnego"; jeśli zaś idzie o liczbę mnogą (tj. „obowiązki"), wówczas są to: „czynności, funkcje związane z piastowaniem jakiegoś stanowiska, urzędu itp., wykonywanie takich czynności".[101] Natomiast przymiotnik „publiczny" to inaczej „dotyczący ogółu ludzi, służący ogółowi, przeznaczony, dostępny dla wszystkich; związany z jakimś urzędem, z jakąś instytucją itp., ogólny, powszechny, społeczny, nieprywatny."[102] W świetle tak zaprezentowanych definicji niełatwo jest stwierdzić, czy sprzedaż określonej substancji, co do której farmaceuta sygnalizuje własne obiekcje moralne, mieści się w kategorii „obowiązku publicznego". Zaaprobowanie takiego wniosku byłoby możliwe jedynie w przypadku akceptacji założenia, że „obowiązek publiczny" to „konieczność zrobienia czegoś dostępnego dla wszystkich i wynikającego z nakazu prawnego". Niestety słowniki języka polskiego znacznie szerzej opisują zarówno rzeczownik „obowiązek", jak i przymiotnik „publiczny". Wydaje się przy tym, że poszukiwanie wyrażenia „obowiązek publiczny" w innych dziedzinach prawa jest skazane na niepowodzenie.[103] Nie pozostaje przy tym

101 Tak *Słownik języka polskiego. R – Z*, (red.) M. Szymczak, t. II, Warszawa 1992, s. 419; identycznie: *Inny słownik języka polskiego PWN. A - Ó*, (red.) M. Bańko, Warszawa 2014, s. 1069; *Słownik 100 tysięcy*…, jw., s. 477; *Uniwersalny słownik języka polskiego. P – Ś*…, jw., s. 1069 i n.; nieco inaczej *Słownik współczesnego języka polskiego*, (red.) B. Dunaj, t. III, Kraków 2000, s. 147, który podaje: „obowiązek – to, co ktoś musi zrobić, do czego powinien się poczuwać, ze względów prawnych, moralnych, społecznych i in.; to, do czego ktoś jest zobowiązany; zobowiązanie, powinność", zaś w przypadku liczby mnogiej „obowiązki – czynności, które musi się wykonać, pełniąc jakąś funkcję; także samo ich wykonanie."

102 Tak *Słownik języka polskiego. R – Z*, (red.) M. Szymczak, t. II, Warszawa 1992, s. 1074; identycznie *Słownik współczesnego języka polskiego*, (red.) B. Dunaj, t. IV, Kraków 2000, s. 144; *Uniwersalny słownik języka polskiego. P – Ś*…, jw., s. 843; natomiast *Inny słownik języka polskiego PWN. P – Ż*…, jw., s. 394 oraz *Słownik 100 tysięcy*…, jw., s. 682 podają, iż „publiczny" to „dotyczący całego społeczeństwa lub jakiejś zbiorowości".

103 Jedynie tytułem przykładu podać należy, że posługuje się nim np. Konstytucja w art. 150: „Członek Rady Ministrów nie może prowadzić działalności sprzecznej z jego obowiązkami publicznymi". Ustawa Zasadnicza nie wskazuje przy tym, co kryje się za zastosowanym wyrażeniem. Z kolei materialnemu prawu

nic innego, jak przyjrzenie się stosownym regulacjom ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne[104], w celu ustalenia, czy sprzedaż produktów leczniczych lub wyrobów medycznych jest „obowiązkiem" farmaceuty lub technika farmaceutycznego. Art. 96 ust. 1[105] przywołanej ustawy wydaje się udzielać na tak postawione pytanie odpowiedzi twierdzącej. Co prawda przepis ten nie operuje terminem „obowiązek", tym niemniej skutecznie zastępuje go słowo „wydawane". Tak skonstruowana powinność ma przy tym charakter ustawowy. Argumentem niejako subsydiarnym, wzmacniającymi jednak niniejsze spostrzeżenia jest także i to, że zarówno ustawa Prawo farmaceutyczne[106], jak i przepisy wykonawcze[107] do tej ustawy, precyzyjnie określają, w jakich przypadkach można odmówić wydana produktu leczniczego. Ponadto nie bez znaczenia jest też i fakt, że w zakresie dystrybuowania produktów leczniczych i wyrobów medycznych zasadniczo utrzymany został monopol apteczny. Pacjent nie ma zatem możliwości uzyskania określonych preparatów w innych miejscach niż apteka[108], co implikuje konieczność zapewnienia

administracyjnemu znane jest co najwyżej pojęcie „obowiązku publicznoprawnego", które występuje przy zagadnieniu ciężaru publicznego – zob. np. R. Michalska – Badziak [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcie, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, (red. nauk.) M. Stahl, Warszawa 2013, s. 109.

104 Dz. U. z 2001 r., Nr 126, poz. 1381 ze zm.

105 Art. 96: „Produkty lecznicze i wyroby medyczne wydawane są z apteki ogólnodostępnej przez farmaceutę lub technika farmaceutycznego w ramach jego uprawnień zawodowych: (1) na podstawie recepty; (2) bez recepty; (3) na podstawie zapotrzebowania uprawnionych jednostek organizacyjnych lub osób fizycznych uprawnionych na podstawie odrębnych przepisów."

106 Traktuje o tym art. 96 ust. 4: „Farmaceuta i technik farmacji mogą odmówić wydania produktu leczniczego, jeżeli jego wydanie może zagrażać życiu lub zdrowiu pacjenta."

107 Na podstawie delegacji ustawowej z art. 96 ust. 7 wspomnianej ustawy, wydane zostało rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 października 2002 r. w sprawie wydawania z apteki produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Zgodnie z jego §5 odmowa wydania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego może nastąpić jeżeli: (1) zachodzi uzasadnione podejrzenie co do autentyczności recepty lub zapotrzebowania; (2) konieczne jest dokonanie zmian w leku recepturowym, przy braku możliwości porozumienia się z osobą, która jest uprawniona do wystawiania recept; (3) od dnia sporządzenia leku upłynęło co najmniej 6 dni – w przypadku leku recepturowego lub leku sporządzonego na podstawie etykiety aptecznej; (4) osoba, która przedstawiła receptę do realizacji nie ukończyła 13 roku życia; (5) zachodzi uzasadnione podejrzenie co do wieku osoby, dla której została wystawiona recepta.

108 Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Pichon and Sajous v. France* uznał, że farmaceuta wykonujący obowiązki zawodowe nie może korzystać z klauzuli sumienia, jeśli leki, które sprzedaje, dostępne są jedynie w aptekach i na receptę – zob. np. M. Drozd, jw., s. 237; O. Nawrot: *Klauzula sumienia w zawodach medycznych w świetle standardów Rady Europy*, Zeszyty Prawnicze BAS nr 3/2012, s. 18 i n.; J. Pawlikowski, *Prawo do sprzeciwu sumienia*…, jw., s. 327.

przez państwo[109] odpowiedniej dostępności podlegających reglamentacji produktów i wyrobów. Pomimo zasadności podniesionych do tej pory twierdzeń nie sposób nie zauważyć, że tracą one na znaczeniu w konfrontacji z kłopotliwym przymiotnikiem „publiczny". Jeśli bowiem oznacza on odesłanie do związania z jakimś urzędem, wówczas badany art. 3 ust. 2 nie znajdzie zastosowania do farmaceutów, odmawiających wydania określonego asortymentu aptecznego.

Komunikowane w tym miejscu liczne niejasności niepodważalnie wskazują na ogromną dysfunkcyjność art. 3 ust. 2 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania. Dokonując jego ostatecznej oceny podnieść trzeba, że nie jest on ograniczeniem dla wolności sumienia farmaceuty.[110] Przykład powyższy ukazuje namacalnie, jak bardzo brak regulacji ustawowej, rozstrzygającej ważkie kwestie antynomiczne, antagonizuje relacje na linii farmaceuta – pacjent. Dostrzeżony niedostatek powoduje, że każdy z podmiotów pozostaje w obrębie swojej wolności (sumienia) lub swego prawa (do ochrony zdrowia).[111] Paradoksalnie, we wskazanym sporze to wolności i prawa farmaceuty są słabiej chronione, bo choć orzeczenie TK z 7 października 2015 r. otworzyło możliwość bezpośredniego powoływania się na klauzulę sumienia wyłącznie w oparciu o art. 53 ust. 1 Konstytucji, to jednak przedstawiciele zawodów medycznych o nieuregulowanej ustawowo klauzuli sumienia nie postrzegają Konstytucji jako dostatecznej gwarancji ich wolności, słusznie upatrując, iż w ich przypadku bliższa okazuje się materia ustawowa, a to z uwagi na wykonywany przez nich zawód.[112]

---

109 Zob. np. wnioski z raportu poseł Mc Cafferty podane za: J. Pawlikowski: *Prawo do sprzeciwu sumienia*…, jw., s. 325; podobnie O. Nawrot: *Klauzula*…, jw., s. 15;

110 Prawdopodobnie przy konstruowaniu wskazanego przepisu intencją ustawodawcy było uniemożliwienie odmowy wykonania obowiązków publicznych przez urzędników - np. w przypadku uregulowania sytuacji prawnej związków partnerskich urzędnik stanu cywilnego nie mógłby odmówić jego rejestracji z powołaniem się na swoje przekonania. Zob. także W. Wróbel, jw., s. 27, 31 i 36.

111 Oczywiście w tym przypadku najwięcej traci pacjent, ponieważ zmuszony jest poszukać innej apteki, w której otrzyma określony produkt leczniczy lub wyrób medyczny. Nie dysponuje on bowiem żadnymi gwarancjami (instrumentami) przymuszającymi farmaceutę.

112 Tak np. M. Drozd, jw., s. 278 i n.; W. Głusiec, E. Puacz: *Sprzeciw sumienia w zawodzie diagnosty laboratoryjnego* [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce*…, jw., s. 234; M. Prusak: *Sprzeciw sumienia w praktyce aptecznej* [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce*…, jw., s. 225.

Poglądy hołdujące możliwości bezpośredniego powołania się na art. 53 ust. 1 Konstytucji po to, by uchylić się od wykonania określonego obowiązku, wydają się nie dostrzegać kolejnego, swoistego „zagrożenia". W piśmiennictwie podnosi się, że z klauzuli sumienia mogą korzystać także studenci medycyny oraz pielęgniarstwa i położnictwa, w zakresie uczestnictwa w procedurach niezgodnych z wyznawanym przez nich światopoglądem.[113] Otóż powstaje pytanie, na ile da się oddzielić teorię od praktyki. Przecież w sytuacji, w której zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, sumienie lekarza – ustępuje. Nie może on w takim przypadku odwołać się do klauzuli sumienia i co więcej - nie może zasłaniać się brakiem umiejętności w przeprowadzeniu określonej procedury. Nieprawidłowe przeprowadzenie zabiegu, będące wynikiem niedostatków w zakresie wykształcenia lub stanowiące brak wymaganej biegłości, nie zwalnia automatycznie lekarza z odpowiedzialności cywilnej, karnej, czy dyscyplinarnej. W związku z tym zaznaczyć należy, że formułowana co do studentów lub stażystów możliwość powołania się na konstytucyjną klauzulę sumienia jest głęboko nieprzemyślana i niebezpieczna.

* * *

O tym, jak ważna jest w życiu jednostki wolność sumienia (ze wszystkim jej aspektami), nie trzeba chyba już nikogo przekonywać. Nie wolno przy tym jednak zapominać, że z jednej strony wolność ta nie jest amorficzna, z drugiej zaś, że nie jest odizolowana od innych wolności i praw oraz że nie ma ona charakteru absolutnego. Poddana testowi proporcjonalności może ustąpić wobec innych wolności lub praw.[114] Zadanie harmonizowania wolności sumienia z innymi

113 Tak (z powołaniem się na literaturę anglojęzyczną) – B. Dobrowolska, jw., s. 263. Autorka podaje przy tym, że odmowa nie może obejmować udziału w zajęciach, w trakcie których wykładana jest wiedza dotycząca kwestionowanej procedury. Nieco odmiennie kwestia ta została ta przedstawiona w piątej poprawce do Rezolucji nr 1763 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, gdzie nacisk położono na konieczność kształcenia przyszłego personelu medycznego (w tym studentów i stażystów) tak, aby był on zdolny do przeprowadzenia wszystkich zgodnych z prawem zabiegów, niezależnie od występujących własnych zapatrywań moralnych – podaję za: J. Pawlikowski: *Prawo do sprzeciwu sumienia*…, jw., s. 330.

114 Nie sposób przy tym podzielić zapatrywania R. Sobańskiego, że „wbrew obiegowym opiniom, wysuwanym zwłaszcza w charakterystyce państwa liberalnego, nie ogranicza też wolności wolność drugiego,

wartościami konstytucyjnymi stanowi współcześnie jedno z najtrudniejszych wyzwań, które nadto wymaga pilnej realizacji. Wolność sumienia domaga się wypracowania rzetelnego standardu ochrony. Niedopuszczalne jest zatem tworzenie regulacji mających charakter niekompletny i fasadowy.[115] Ustawodawca zobligowany jest przeto do wypracowania właściwych gwarancji, dotyczących nie tylko wolności sumienia, ale także innych wolności lub praw.[116]

Badana w niniejszym tekście klauzula sumienia nie może stanowić sposobu ograniczenia wolności innych jednostek, gdyż daje ona jedynie możliwość zadecydowania o własnym sposobie postępowania; nie legitymuje natomiast do ingerowania w sferę wolności i praw innych podmiotów.[117] Sprzeciw sumienia powinien być postrzegany wyłącznie jako środek ekstraordynaryjny, gdyż osłonięcie się nim nigdy nie prowadzi do kompromisu, lecz do konfrontacji.[118]

Ustawodawcy nie wolno przy tym zapominać, że bardzo liczne procedury medyczne niejednokrotnie powodują „zaprzęgnięcie" elementarnych przekonań moralnych.[119] Stąd też regulacje prawa medycznego, obejmujące autonomię światopoglądową, powinny być głęboko przemyślane. I choć niemożliwe jest skonstruowanie w pełni spójnego systemu, który odpowiadałby wszystkim preferencjom[120], to jednak argument ten nie stanowi dostatecznej podstawy dla zwolnienia się z konieczności umiejętnego wyważenia kolidujących ze sobą wolności i praw. Nie zawsze zajdzie przy tym potrzeba ustawowego regulowania klauzuli sumienia, jeśli w oparciu o analizę specyfiki danego

---

gdyż wolność nie może być ograniczeniem wolności. Granicą wolności jest równość: ograniczenie wolności człowieka ma miejsce, gdy ktoś chce sprawować władzę nad aktami drugiego." – zob. R. Sobański, jw., s. 23. Nawet jeśli jest to ta sama „kategorialna" wolność, to jednak przydana jest ona różnym podmiotom.

115 Tak też np. K. Pyclik, jw., s. 462; E. Schwierskott, jw., s. 62; J. Szymanek, jw., .s. 56.

116 Tak M. Pietrzak: *Demokratyczne*…, jw., s. 287 i n.

117 Podobnie R. Sobański, jw., s. 35.

118 Tak Z. Krasnodębski: *Przemiany sumienia*, Znak nr 7/1996, s. 10.

119 Podobnie P. Łuków: *Rola światopoglądów w tworzeniu prawa medycznego*, PiM nr 1/2011, s. 6 oraz W. Łączkowski: *Wartościowanie prawa* [w:] *Jedność norm i wartości. Zbiór studiów dedykowany Profesor Marii Gintowt – Jankowicz*, Warszawa 2014, s. 100.

120 Tak też R. Legutko: *O obiektywnym pluralizmie wartości* [w:] *Liberalizm u schyłku XX wieku*, (red.) J. Miklaszewska, Kraków 1999, s. 28. Słuszna jest również uwaga tego Autora, że wszystkie teorie absolutystyczne okazują się ostatecznie defektywne.

zawodu ustawodawca nie dopatrzy się możliwości powstania sytuacji, które wygenerować mogą obiekcje moralne. Podstawą jej istnienia są bowiem przyszłe i potencjalne stany kolizyjne, wymagające przesądzenia, czy wolność sumienia zyskuje pierwszeństwo (bezwarunkowo lub dopiero po zrealizowaniu określonych przesłanek), czy też będzie musiała podporządkować się innej wolności lub prawu. Polski ustawodawca może przy tym czerpać ze schematów postępowania, wypracowanych już w innych państwach.[121]

Niezależnie od tego przedstawiciele zawodów szczególnie narażonych na powstawanie konfliktów sumienia winni odpowiednio wcześnie (z własnej inicjatywy) informować swojego przełożonego o mogących zaistnieć dysonansach związanych z ich wolnością sumienia. Wydaje się, że pozwoli to na odpowiednią modyfikację (czasową lub merytoryczną) wykonywanych obowiązków, która zapobiegnie powstaniu dyskomfortu moralnego, zapewniając jednocześnie wykonanie ustawowego obowiązku przez inną osobę.

Bez wątpienia wyrok TK z 7 października 2015 r. rozstrzyga kategorycznie pewne kwestie, stawiając w nowym świetle problemy, będące od dawna przedmiotem żywego zainteresowania przedstawicieli prawa medycznego. Nie zamyka on jednak definitywnie sporu o pryncypia, traktujące o wolności sumienia i klauzuli sumienia.

Przywołany na początku rozważań wybitny renesansowy humanista Thomas More okupił wierność swojemu sumieniu najwyższą ceną. Kolizyjnymi wartościami były w jego przypadku: obowiązek dochowania wierności monarsze oraz pragnienie utrzymania własnej integralności moralnej. Na gruncie koncepcji państwa liberalnego przywołany XVI – wieczny kazus powinien nieustannie uświadamiać, że wolność sumienia w relacji z organami władzy publicznej winna zawsze zyskiwać pierwszeństwo. Sprawa nie jest jednak już taka oczywista, kiedy w miejsce państwa wkracza, równa w wolnościach i prawach jednostka, z sobie właściwym rozumieniem dobra i zła.

121 Zob. zwłaszcza A. Malicka, E. Tuora – Schwierskott, jw., s. 79 i n. oraz E. Tuora – Schwierskott, jw., s. 87 i n.

Marcin Pieklak

Zakres dyskrecjonalności Ministra Zdrowia przy wydawaniu decyzji refundacyjnych – czy organ może swobodnie decydować o odmowie kontynuacji refundacji terapii?

Uwagi ogólne

Przeszło cztery lata od wejścia w życie Ustawy o refundacji[1] przepisy tej regulacji nadal budzą wiele uzasadnionych wątpliwości związanych ze skutkami, jakie niosą dla wszystkich interesariuszy[2]. Od połowy lipca ub.r. rozpoczął się kolejny proces wydawania decyzji refundacyjnych dla produktów objętych finansowaniem w ramach pierwszego wykazu opublikowanego w grudniu 2011 r. Refundacja tych produktów rozpoczęła się z dniem 1 stycznia 2012 r., po czym została przedłużona na mocy kolejnych 2-letnich decyzji do końca 31 grudnia 2015 r.

Ratio legis analizowanej regulacji było zwiększenie dostępu do skutecznych i bezpiecznych terapii. Celowi temu miało służyć nie tylko

1 Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696 ze zm.), dalej jako „Ustawa o refundacji".

2 Zob. S. Bogusławski, A. Smaga, B. Falkiewicz, T. Kiełczewski, P. Burliński, M. Matczak, M. Czarnuch, M. Pieklak oraz Sz. Łajszczak, *Wpływ ustawy o refundacji leków na dostęp pacjenta do farmakoterapii, budżet NFZ oraz branżę farmaceutyczną. Ocena skutków regulacji,* INFARMA, Warszawa 2014, s. 5 i nast.

wprowadzenie okresów obowiązywania decyzji refundacyjnych, ale również nakazanie przeprowadzenia kolejnego postępowania w przedmiocie objęcia refundacją przy okazji wydawania nowej decyzji. Skutkiem tego przy okazji rozpatrywania wniosku dla produktu objętego w tym samym czasie refundacją wnioskodawcy prowadzą również negocjacje cenowe.

Jednocześnie już w 2013 roku z inicjatywy grupy posłów doszło do nowelizacji przepisów regulujących ceny wymagane dla produktów procedowanych w postępowaniach dotyczących kontynuacji refundacji. Najważniejszą zmianą było wprowadzenie art. 13 ust. 6a Ustawy o refundacji, który zostanie szczegółowo omówiony w dalszej części niniejszego opracowania. W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z jego treścią urzędowa cena zbytu ustalona w decyzji dotyczącej refundacji na kolejny okres nie może być wyższa niż urzędowa cena zbytu wnioskowanego produktu, obowiązująca w dniu złożenia kolejnego wniosku refundacyjnego w wykazie refundacyjnym, w danym wskazaniu.

Praktyczny wymiar analizowanego zagadnienia

Obecnie w trakcie prowadzenia postępowań dotyczących nowego, wchodzącego w dniu 1 stycznia 2015 r. wykazu koniecznym jest przedstawienie analizy pożądanego sposobu interpretowania obowiązujących przepisów. Dotychczasowe spotkania negocjacyjne, w świetle propozycji cenowych wskazujących, iż Komisja Ekonomiczna oczekuje znacznych, sięgających 50 – 70 % dotychczasowej ceny obniżek, charakteryzuje znaczna presja cenowa, która nie znajduje oparcia w obowiązujących regulacjach[3].

Niniejszy artykuł pozbawiony jest akademickiego charakteru również w związku z analizą ostatnich obwieszczeń refundacyjnych. Zgodnie z wcześniejszą praktyką Minister Zdrowia w ramach dokumentów towarzyszących publikacji kolejnego obwieszczenia zamieszcza zestawienia wskazujące na produkty, w stosunku do których zostały

3 Zob. *Farmacja negocjuje umowy refundacyjne*, Puls Medycyny, 21 sierpnia 2015 r. http://pulsmedycyny.pl/4262816,29708,farmacja-negocjuje-umowy-refundacyjne dostęp na dzień 31 października 2015 r.

wydane decyzje w przedmiocie skrócenia okresu obowiązywania danej decyzji. Natomiast z publikacją obwieszczenia z dnia 1 maja 2015 r. w zestawieniu dotyczącym skracanych decyzji zostały ujęte również decyzje w przedmiocie odmowy kontynuacji refundacji[4]. Co więcej, analiza trzech ostatnich obwieszczeń wykazała, że w ten sposób z obwieszczenia zostały usunięte produkty, które zgodnie z wcześniejszą praktyką powinny być dalej refundowane[5].

Na podstawie analizy ostatnich trzech wykazów, które weszły w życie w 2015 r., pojawiło się zatem pytanie, czy Minister Zdrowia może prowadzić politykę refundacyjną w taki sposób, aby stosować do postępowań w przedmiocie kontynuacji refundacji przepisy ogólne. Tym bardziej, iż na skutek kolizji pomiędzy obowiązującymi normami stosowanie tych ostatnich wydaje się zostać wyłączone. Nowe przepisy mają bowiem charakter *lex specialis* w stosunku do regulacji dotyczących postępowań prowadzonych dla dotąd nierefundowanych produktów.

Problem ten jest o tyle istotny, iż wbrew przyjętym przepisom – art. 13 ust. 6a Ustawy o refundacji – Minister Zdrowia wydaje się decydować zamiast pacjentów czy lekarzy, jakimi lekami będzie w dalszym ciągu prowadzona obecna terapia, podczas gdy *ratio legis* przepisów wprowadzonych nowelizacją poselską[6] było zapewnienie pacjentowi kontynuacji skutecznej oraz bezpiecznej terapii. Prawo to przyjęte w Konstytucji RP zostało szczegółowo doprecyzowane w przepisach Ustawy o świadczeniach gwarantowanych ze środków publicznych.

Postępowanie w przedmiocie objęcia refundacją

Przed udzieleniem odpowiedzi na postawione wcześniej pytanie należy zacząć od analizy regulacji dotyczących procesu objęcia

4 Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. Urz. DZ. URZ. Min. Zdr. z 2015 poz. 23).

5 Zob. M. Pieklak, M. Czarnuch, *Czy od stycznia 2016 znów zabraknie leków dla polskich pacjentów?* Medexpress, 1 sierpnia 2015 r. http://www.medexpress.pl/start/czy-od-stycznia-2016-znow-zabraknie-lekow--dla-polskich-pacjentow/60922/ dostęp na dzień 31 października 2015 r.

6 Ustawa o zmianie ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych z dnia 24 maja 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 766).

refundacją i ustalenia urzędowej ceny zbytu. Obecny system refundacji opiera się bowiem na wydawaniu decyzji administracyjnych na ściśle określone okresy. W przepisie art. 11 ust. 3 Ustawy o refundacji dany produkt jest obejmowany refundacją na okres 2, 3 albo 5 lat. Co istotne, po jego upływie nie ma automatyzmu w dalszym finansowania danego produktu przez płatnika publicznego. Celem utrzymania refundacji konieczne jest bowiem wydanie kolejnej takiej decyzji poprzedzone całym procesem refundacyjnym.

Tym samym używane często w praktyce określenie „kontynuacja refundacji" jest pewnym skrótem myślowym określającym proces, w którym dany wnioskodawca składa kolejny wniosek i ponownie negocjuje cenę, aż do zakończenia tego postępowania decyzją. Skutkiem tego na refundację danego produktu składają się oddzielne byty prawne w postaci wydawanych na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o refundacji decyzji refundacyjnych, które powinien cechować jeden wspólny cel, tj. zapewnienie skutecznej oraz bezpiecznej terapii potrzebującym pacjentom.

Sam proces wszczynany jest na podstawie złożenia wniosku refundacyjnego, który jest następnie oceniany pod kątem spełnienia wymogów formalnych. Co istotne, w tym miejscu pojawia się pierwsze odstępstwo od regulacji dotyczących rozpatrywania wszystkich wniosków refundacyjnych. Nowelizacja poselska wprowadziła w przypadku wniosków dotyczących kontynuacji refundacji wyjątek dotyczący zakresu obowiązkowego uzasadnienia wniosku. Dla tych ostatnich wnioskodawca nie jest zobowiązany do przedłożenia obowiązkowego zakresu uzasadnienia[7]. Co ciekawe, w tym przypadku pomimo obowiązywania przepisów ogólnych dotyczących zakresu wniosku refundacyjnego Minister Zdrowia nie przedstawia żadnych wątpliwości w zakresie konieczności ich zastosowania, również w tych postępowaniach.

Po pozytywnym zakończeniu tego etapu wniosek co do zasady kierowany jest do Komisji Ekonomicznej, celem przeprowadzenia

7 Zob. M. Pieklak (w:) M. Pieklak, R. Stankiewicz, *Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych,* Komentarz do art. 25 ustawy, Warszawa 2014 r., Legalis.

negocjacji cenowych[8]. Wyjątkiem jest sytuacja, kiedy dany produkt nie posiada refundowanego odpowiednika[9] bądź jest wnioskowany do objęcia refundacją w ramach programu lekowego. W pierwszym przypadku przed negocjacjami przeprowadzana jest dodatkowa ocena przez ciała eksperckie ustanowione na mocy Ustawy o refundacji – Prezesa Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji, Radę Przejrzystości oraz samą Agencję[10].

Natomiast drugi z dodatkowych etapów pojawia się również w odniesieniu do produktów wnioskowanych w ramach kontynuacji refundacji. W tym przypadku Minister Zdrowia przed przejściem do dalszego negocjacji cenowych bądź przed przekazaniem wniosku do AOTMiT uzgadnia z Wnioskodawcą treść danego programu. W przypadku obu dodatkowych etapów procesów przepisy Ustawy o refundacji wskazują na 60-dniowy termin na ich zakończenia.

Kolejnym etapem, który następuje w omawianym procesie, są wspomniane wcześniej negocjacje cenowe. W ich ramach Komisja Ekonomiczna negocjuje urzędową cenę zbytu produktu, refundowane wskazania, poziom odpłatności refundacyjnej oraz dodatkowe porozumienia cenowe, określone w ustawie jako instrumenty dzielenia ryzyka. Postępowanie to kończy wydanie przez Komisję Ekonomiczną stanowiska, które jest następnie przekazywane Ministrowi Zdrowia. Podstawy do jego przyjęcia zawiera przepis art. 19 ust. 2 Ustawy o refundacji. Wśród nich ustawa wymienia rekomendację Prezesa AOTMiT, maksymalną i minimalną cenę zbytu netto, uzyskaną na terytorium RP, UE oraz EFTA, w ramach finansowania ze środków publicznych tych państw wraz z informacją o obowiązujących rabatach, upustach lub porozumieniach cenowych, koszt terapii przy

8 Zob. M. Pieklak, M. Czech, *Miejsce farmakoekonomiki w procesie refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych*, Czasopismo Aptekarskie nr 2(242)/2014, s. 18–22).

9 Odpowiednikiem jest produkt uznany przez ustawodawcę za podobny terapeutycznie w takim sposób, że może być stosowany zamiennie z innym. Przykładowo dla leku jest to inny lek zawierający tę samą substancję czynną oraz mający te same wskazania i tę samą drogę podania przy braku różnic postaci farmaceutycznej (art. 2 pkt 13 Ustawy o refundacji).

10 Zob. art. 35 Ustawy o refundacji.

zastosowaniu wnioskowanego produktu w porównaniu z innymi możliwymi technologiami medycznymi, wpływ na budżet płatnika publicznego oraz wysokość progu kosztu uzyskania dodatkowego roku życia skorygowanego o jakość. Dodatkowo przepis ten wskazuje obowiązek równoważenia interesów pacjentów, wnioskodawcy oraz możliwości finansowe płatnika publicznego.

Po tym etapie dochodzi do zakończenia postępowania refundacyjnego, które następuje w drodze wydania decyzji refundacyjnej. Minister Zdrowia przyjmuje dane rozstrzygnięcie na podstawie kryteriów refundacyjnych określonych w art. 12 Ustawy o refundacji. Wydając je organ jest zobowiązany do ważenia oceny spełnienia wszystkich przesłanek refundacyjnych[11]. Celem ich oceny jest przyjęcie rozstrzygnięcia realizującego w sposób najpełniejszy *ratio legis* Ustawy o refundacji. Ten ostatni polega na zwiększeniu dostępności farmakoterapii poprzez system refundacyjny, mający na celu zmniejszanie udziału pacjentów w kosztach leczenia[12].

Zakres dyskrecjonalności organu w wydawania decyzji refundacyjnych

Jednocześnie nie ulega wątpliwości, iż przy obejmowaniu refundacją i ustalaniu urzędowej ceny zbytu pojawia się po stronie organu tzw. dyskrecjonalność (uznaniowość) w przyjmowaniu danego rozstrzygnięcia oraz związany z nią luz decyzyjny[13]. Co istotne, w przypadku postępowań refundacyjnych luz ten jest związany z brakiem ustalenia jednoznacznego następstwa prawnego faktu oraz pozostawieniem tego organowi[14]. Innymi słowy, w przepisach nie został uregulowany

11 M. Pieklak, M. Czech, *Kryteria podejmowania decyzji w refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych przez pryzmat elementów analizy ekonomicznej*, Czasopismo Aptekarskie nr 3(242)/2014, s. 29–35.

12 Uzasadnienie projektu Ustawy o refundacji, s. 5.

13 Zob. wyr. NSA z 28 czerwca 1982 r., sygn. akt SA/WR 245/82, ONSA 1982, Nr 1, poz. 62.

14 Zob. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2009 r., s. 52.

katalog przesłanek, których spełnienie powoduje automatyczne wydanie pozytywnej decyzji refundacyjnej.

Nie oznacza to jednak, iż przy wydawaniu rozstrzygnięcia refundacyjnego po stronie Ministra Zdrowia występuje pełna dowolność. Uznanie występujące przy podejmowaniu tej decyzji jest bowiem ograniczone w kontekście procesu przyjmowania danego rozstrzygnięcia oraz sporządzania towarzyszącego mu uzasadnienia[15]. Ograniczenie to wynika z obowiązujących dyrektyw konsekwencji prawnych, które powinny być brane pod uwagę w każdym tego typu postępowaniu. Wśród nich należy wymienić wspomniany wcześniej cel, przesłanki refundacyjne, przepisy postępowania administracyjnego oraz przepisy Konstytucji[16].

Zgodnie ze stanowiskiem WSA w Warszawie, kierunkowe dyrektywy wyboru są normami prawnymi, które ograniczają zakres uznania (luzu decyzyjnego), organu administracyjnego[17]. Podobnie wskazuje NSA dodając, iż najczęściej są one zapisane pod postacią zasad i norm postępowania. Jednakże NSA nie ogranicza ich zakresu do regulacji procedury administracyjnej, co jest szczególnie istotne w kontekście uregulowania wspomnianych wcześniej przesłanek refundacyjnych[18]. Stanowisko to aprobuje również Szymon Łajszczak, który wskazuje, iż postępowanie refundacyjne ma charakter nieautonomicznego postępowania szczególnego, którego instytucje procesowe wynikają nie tylko z przepisów kodeksowych, ale również z przepisów ustawy szczególnej – Ustawy o refundacji[19].

Wśród tych ostatnich ustawa wymienia 13 kryteriów refundacyjnych, które powinny zostać wzięte pod uwagę przez Ministra Zdrowia w ramach poszczególnych postępowań refundacyjnych. Organ uznaje przy tym dla produktów wnioskowanych w ramach kontynuacji refundacji, iż z urzędu spełnione zostały kryteria dotyczące skuteczności

15 Zob. wyrok NSA z 11 czerwca 1981 r., sygn. akt 820/81, ONSA 1981, Nr 1, poz. 57.

16 M. Pieklak (w:) M. Pieklak, R. Stankiewicz, *Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia medycznego i wyrobów medycznych,* Komentarz do art. 12, Warszawa 2014 r. Legalis.

17 Zob. wyrok WSA w Warszawie z 22 czerwca 2005 r., sygn. akt IV SA/WA 328/05, Legalis.

18 Zob. wyrok NSA z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt II FSK 451/09, Legalis.

19 Zob. Sz. Łajszczak, *Postępowanie w sprawie refundacji leków środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych – wybrane problemy*, PiM nr 1/2014,, s. 128 – 129.

terapeutycznej i bezpieczeństwa stosowania oraz porównania tych wskaźników z innymi produktami. Podobnie za spełnione uznawane są kryteria: istotności stanu klinicznego, którego dotyczy dany wniosek, istnienia alternatywnej technologii medycznej, w rozumieniu ustawy o świadczeniach..., oraz jej efektywności klinicznej i bezpieczeństwa stosowania, wiarygodności i precyzji oszacowań kryteriów refundacyjnych, priorytetów zdrowotnych oraz wysokości progu kosztu uzyskania dodatkowego roku życia. Wynika to z charakteru postępowania – dotyczy ono produktów refundowanych wcześniej, dla których spełnienie tych przesłanek oceniono wcześniej. Takie stanowisko można znaleźć również w uzasadnieniach do poszczególnych decyzji refundacyjnych. Skutkiem tego omówienie owych przesłanek zostanie pominięte.

Istotne pozostają zatem kryteria dotyczące efektywności kosztowej, tj. kryterium stosunku kosztów do uzyskiwanych efektów zdrowotnych dotychczas refundowanych produktów w porównaniu z wnioskowanym, konkurencyjności cenowej oraz wpływu na wydatki płatnika publicznego. Jednocześnie kryteria te zostały od samego początku doprecyzowane w zakresie maksymalnej dopuszczanej ceny poszczególnych produktów składanej dla nowych wniosków refundacyjnych. W związku z brakiem przepisów szczególnych w początkowym okresie obowiązywania, decyzje regulacje miały również zastosowanie do postępowań w przedmiocie kontynuacji refundacji, o czym dalej.

Regulacje te różnią się w swoim zakresie w zależności od produktów, których dotyczą. Obecny podział obowiązuje według kryterium poziomu ceny właściwego dla produktów nieposiadających refundowanego odpowiednika, produktów dla których taki odpowiednik został wcześniej objęty finansowaniem oraz produktów w stosunku do których upłynął okres wyłączności rynkowej.

W przypadku pierwszej grupy produktów przy ustalaniu maksymalnego poziomu urzędowej ceny zbytu stosuje się przepisy art. 13 ust. 3 i 4 Ustawy o refundacji. W ich myśl jeżeli analiza kliniczna nie zawiera randomizowanych badań klinicznych, dowodzących wyższości leku nad technologiami opcjonalnymi, to jego urzędowa cena zbytu musi

być skalkulowana w taki sposób, aby koszt stosowania produktu nie był wyższy niż koszt technologii o najkorzystniejszym współczynniku uzyskiwanych efektów zdrowotnych do kosztów ich uzyskania. Jednocześnie w przypadku załączenia takich badań do wniosku refundacyjnego dla procedowanego produktu Ustawa o refundacji nie wskazuje, w jaki sposób ma zostać ustalona cena[20].

Druga grupa produktów to leki, dla których upłynął okres wyłączności rynkowej. W tym przypadku w pierwszej decyzji administracyjnej wydanej po zaistnieniu powyższej okoliczności urzędowa cena zbytu nie może być wyższa niż 75% określonej w poprzedniej decyzji. Co ciekawe, praktyka Ministra Zdrowia w zakresie stosowania tego przepisu nie kontestuje uznania jego charakteru za *lex specialis* w stosunku do ogólnych zasad ustalania urzędowej ceny zbytu. Innymi słowy, organ nie zaprzecza, iż przepis ten ma charakter przepisu szczególnego wyłączającego zastosowanie pozostałych norm zawartych w art. 13 Ustawy o refundacji[21].

Wreszcie, do większości produktów – dla leków, środków spożywczych oraz wyrobów medycznych nieposiadających refundowanych odpowiedników – zastosowanie mają przepisy art. 13 ust. 6 Ustawy o refundacji. Zgodnie z jego brzmieniem maksymalna urzędowa cena zbytu przyjęta w decyzji refundacyjnej nie może być wyższa niż 75% ceny pierwszego odpowiednika, ceny produktu stanowiącego podstawę limitu finansowania albo ceny produktu będącego najtańszym odpowiednikiem w danej grupie limitowej. Ostatni z wymienionych przepisów ma zastosowanie do grup wielocząsteczkowych, w przypadku kiedy limit finansowania oparty jest na innej substancji czynnej. Co istotne, każda z w/w norm prowadzi do obejmowania refundacją nowych produktów wyłącznie w przypadku, kiedy są one bardziej efektywne kosztowo aniżeli większość finansowanych dotychczas produktów. W „najgorszym" z perspektywy płatnika publicznego wypadku

20 Zob. M. Pieklak, M. Czech, *Ustalanie ceny i instrumentów podziału ryzyka, Ustalanie ceny i instrumenty podziału ryzyka jako elementy procesu refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych*, Czasopismo Aptekarskie, nr 4 /2014 r.

21 Zob. M. Pieklak, w M. Pieklak, R. Stankiewicz, *Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych*. Komentarz do art. 13 Ustawy o refundacji, Warszawa 2014 r. Legalis.

wnioskowane produkty muszą być nie droższe niż produkt, który zapewnia co najmniej 15% obrotów w danej grupie limitowej.

Reasumując, Minister Zdrowia wydając decyzję w przedmiocie objęcia refundacją i ustalenia urzędowej ceny zbytu działa w ramach luzu decyzyjnego ograniczonego obowiązującymi przepisami. W przypadku postępowań w przedmiocie objęcia refundacją nowego produktu bądź produktu w nowym wskazaniu obowiązują w tym zakresie wskazane powyżej przepisy ogólne. Natomiast dla postępowań szczególnych, np. w przedmiocie kontynuacji refundacji, zakres dyskrecjonalności powinien zostać ograniczony przepisami szczególnymi omówionymi w rozdziale 5. W tym miejscu należy dodać, iż w przypadku spełnienia przesłanek refundacyjnych doprecyzowanych za pomocą wspomnianych przepisów trudno zgodzić się z możliwością odmowy objęcia refundacją procedowanego w ramach kontynuacji refundacji produktu. Zakładając spełnienie również pozostałych kryteriów – np. brak informacji o nieskuteczności leku – luz decyzyjny organu ulega w tym zakresie znacznemu ograniczeniu.

Podejmowanie rozstrzynięć w zakresie kontynuacji refundacji

Taki kształt przepisów doprowadził do powstania wspomnianych wcześniej wątpliwości i dał asumpt do zmiany obowiązujących przepisów. Nowelizacja, która weszła w życie z dniem 4 lipca 2013 r., zwana potocznie nowelizacją poselską, zaakcentowała ten problem. Wprowadziła bowiem odrębny tryb dla procedowania nad wnioskami w przedmiocie kontynuacji refundacji. Co istotne, odstępstwo od przepisów ogólnych dotyczy nie tylko oceny formalnej wniosków, ale przede wszystkim merytorycznych podstaw do przyjęcia kolejnego rozstrzygnięcia refundacyjnego dla finansowanego wcześniej produktu.

Stanowisko to wynika z treści uzasadnienia do projektu w/w nowelizacji. Wskazano tam bowiem, iż „Obecnie brak jest regulacji prawnej określającej wprost sposób ustalania ceny dla kolejnych decyzji refundacyjnych oraz zakres przedmiotowy takiego wniosku. Zastosowanie

wprost przepisów ustawy wymuszałoby obniżenie cen wszystkich leków do wysokości obowiązującego dla nich aktualnie limitu."[22]. Tym samym, jak wskazano w uzasadnieniu do przyjętego w późniejszym czasie projektu, do momentu wprowadzenia do obrotu prawnego przepisu art. 13 ust. 6a Ustawy o refundacji nie istniały przepisy szczególne, regulujące postępowanie dla produktów refundowanych w dniu złożenia kolejnego wniosku.

Jednocześnie, przyjęcie analizowanej regulacji takie przepisy wprowadziło. Jak wskazano w przytoczonym uzasadnieniu „Zdaniem projektodawców konieczna wydaje się więc taka zmiana ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, która w kontekście upływającego z końcem bieżącego roku okresu obowiązywania części decyzji refundacyjnych, zapewniła pacjentowi możliwość dokonania wyboru spośród leków zawierających tę samą substancję czynną."

W tym miejscu należy poczynić dodatkowe wyjaśnienia – jedną z naczelnych reguł kolizyjnych funkcjonujących w polskim prawodawstwie jest zasada *lex specialis derogat legi generali*. Zgodnie z jej treścią zastosowanie normy szczególnej uchyla każdorazowo jej ogólny odpowiednik. Oczywiście następuje to pod warunkiem, że norma szczególna nie jest normą niższego rzędu[23]. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż przepis art. 13 ust. 6a Ustawy o refundacji jest przepisem regulującym postępowanie w przedmiocie kontynuacji refundacji. Nie ma zatem wątpliwości, iż jest normą szczególną w stosunku do regulacji dotyczących ogólnego ustalania urzędowej ceny zbytu. Powinien być zatem stosowany jako przepis mający wyłączne zastosowanie do wszystkich postępowań dotyczących produktów finansowanych w dniu złożenia kolejnego wniosku.

22 Projekt ustawy o zmianie ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, druk 1360.

23 R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, M. Wyrzykowski, M. Ziółkowski, *System Prawa Administracyjnego*, Warszawa 2014, t. I s. 40 i nast.

W świetle wcześniejszych wyjaśnień za nieprawidłową należy zatem uznać interpretację, która polega na wskazaniu, że do w/w wniosków mają zastosowanie również przepisy ogólne, regulujące urzędowe cen zbytu dla nowych, nierefundowanych dotychczas produktów. Wśród tych ostatnich należy w pierwszej kolejności wymienić przepisy dotyczące ogólnych zasad ustalania urzędowej ceny zbytu dla produktów posiadających refundowane odpowiedniki. Przepis ten ma bowiem zastosowanie do największej liczby produktów. W związku z tym niezasadnym jest wymaganie, aby w przypadku produktów wnioskowanych do kontynuacji refundacji Minister Zdrowia zmuszał do referowania kosztu uzyskania jednostki efektu zdrowotnego uzyskiwanego za pomocą produktu, którego cena stanowi limit finansowania, bądź analogicznego kosztu dla najtańszego odpowiednika[24].

Co istotne, w związku z odmiennym brzmieniem przepisów dla produktów poddawanych procedurze kontynuacji refundacji, w swoisty sposób powinny być również rozpatrywane wskazane wcześniej kryteria refundacyjne. W tym miejscu należy przypomnieć, iż zgodnie z wcześniejszymi wyjaśnieniami dla tego typu wniosków znaczenie mają: kryterium stosunku kosztów do uzyskiwanych efektów zdrowotnych dotychczas refundowanych produktów w porównaniu z wnioskowanym, kryterium konkurencyjności cenowej oraz kryterium wpływu na wydatki płatnika publicznego.

Najlepszym przykładem przesłanki, która powinna być oceniana w inny sposób, jest kryterium konkurencyjności cenowej, zostało uregulowane w art. 12 pkt. 8 Ustawy o refundacji. W przypadku kontynuacji refundacji za konkurencyjne powinny zostać zatem uznane produkty, których urzędowa cena zbytu, zgodnie z art. 13 ust. 6a Ustawy o refundacji jest na poziomie nie wyższym, niż cena obowiązująca dla tego produktu w dniu złożenia kolejnego wniosku refundacyjnego.

---

24 W związku z faktem, iż poszczególne produkty mogą zawierać różną ilość efektu zdrowotnego, przepisy Ustawy o refundacji nakazują prowadzenie wyliczeń w oparciu o DDD (ang. *Daily Defined Dose*) dla jednostki środka spożywczego lub jednostki albo jednostkowego wyrobu medycznego, zob. M. Pieklak (w:) M. Pieklak, R. Stankiewicz, *Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia medycznego i wyrobów medycznych*. Komentarz do art. 12, Warszawa 2014 r., Legalis.

Co istotne, potwierdzała to również dotychczasowa praktyka Ministra Zdrowia, która zarówno przed opublikowaniem majowego obwieszczenia, jak i w późniejszym okresie, opierała się wyłącznie na przepisie szczególnym. W wyniku jego zastosowania do postępowań w przedmiocie kontynuacji refundacji, finansowaniem na dalsze okresy obejmowane były produkty, których cena pozostawała na poziomie wyższym niż aktualny limit finansowania. W większości przypadków wnioskodawcy nie obniżali bowiem swojej wyjściowej ceny do tego poziomu. Zdarzały się nawet takie przypadki, kiedy produkt objęty refundacją na kolejny okres był finansowany w identycznej cenie, jak poprzednio.

W tamtym momencie wydawało się, że Minister Zdrowia również rozumie, iż ustawodawca za pomocą przepisów nowelizacji poselskiej uznał za niezasadne dalsze stosowanie presji cenowej opartej na cenie najtańszych produktów finansowanych w danej grupie limitowej. Założenie to wydaje się o tyle zasadne, że praktyka rynkowa wskazuje na brak możliwości wprowadzania kolejnych 20 – 30 % obniżek w 2 – 3 letnich przedziałach czasowych. W tym miejscu należy przypomnieć, iż takie spadki cen w praktyce występują niezwykle rzadko – najczęściej dotyczy to leku oryginalnego, gdy w cenie zawarty był tzw. koszt innowacji. Dla kosztu wyprodukowania tych produktów znaczenie ma bowiem przede wszystkim koszt wynalezienia danej cząsteczki, którego zwrot następuje zazwyczaj w okresie pierwszych dziesięciu lat od wprowadzenia danego produktu do obrotu. Po tym okresie oraz po wejściu na rynek kolejnych odpowiedników takie obniżki stanowią rzadkość. Cena ulega wtedy najczęściej jednokrotnemu znacznemu spadkowi, natomiast potem zmiany cen są zazwyczaj dużo mniejsze.

Podobnie trudno uznać poprawność wykazywania braku spełnienia kryterium wpływu na budżet płatnika publicznego oraz pacjenta, w przypadku kiedy ten ostatni partycypuje w nabyciu danego leku. Przyjęcie, iż limit finansowania powinien być oparty o koszt za jednostki efektu zdrowotnego produktu, który kumulatywnie dopełnia 15% obrotu, wskazuje, iż ustawodawca zaakceptował, że nawet 85% leków może ten poziom przekraczać. Oczywiście takie przekroczenie prowadzi do wyższych kosztów terapii, natomiast dla pacjenta jest

równoznaczne z wyższą dopłatą do zakupu danego leku. Jednakże pacjent, który nie zgadza się na ponoszenie takiej dopłaty może zażądać wydania tańszego zamiennika. Za niezrozumiałe należy zatem uznać odejście od wspomnianego założenia w ostatniej praktyce Ministra Zdrowia. Zastrzeżenie to jest tym bardziej zasadne jeżeli przeanalizujemy, jak drastycznie spadły ceny leków od wejścia w życie Ustawy o refundacji oraz pozytywny wpływ dobrowolnych w wielu przypadkach obniżek na budżet płatnika publicznego[25].

Analizowane stanowisko winno mieć również zastosowanie w przypadku Komisji Ekonomicznej. Powinna ona, w trakcie prowadzonych negocjacji interpretować kryteria określone w art. 19 ust. 2 Ustawy o refundacji mając na uwadze szerszą perspektywę: charakter postępowań, w których negocjacje się odbywają. Zgodnie bowiem z wcześniejszymi wyjaśnieniami trudne do obrony byłoby założenie, że przy okazji trzeciej tury odnawiania decyzji refundacyjnych możliwe jest uzyskanie znacznych, przekraczających połowę dotychczasowej ceny obniżek. Zwłaszcza, iż obecna cena wielu produktów utrzymuje się na najniższym poziomie spośród pozostałych państw członkowskich UE i EFTA.

Co istotne, charakter postępowań w przedmiocie kontynuacji refundacji wpływa również na możliwości skutecznego kontestowania takiej decyzji. Tak jak w przypadku każdego postępowania w przedmiocie objęcia refundacją i ustalenia urzędowej ceny zbytu, wnioskodawcy przysługuje na podstawie art. 127 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Wniosek ten jest rozpatrywany przez organ wydający decyzję refundacyjną, tj. Ministra Zdrowia. Jednakże, w związku z koniecznością zapewnienia kontynuacji terapii brak ciągłości w refundacji może z jednej strony sprawić, że część pacjentów będzie zmuszona do rezygnacji z realizacji pełnopłatnej recepty, a z drugiej - doprowadzić do sytuacji, w której pacjenci wyjdą z systemu refundacji. Powoduje to, że trudno mówić o skutecznym środku zaskarżenia. Wpływ na to ma również obecne

25 Zob. S. Bogusławski, A. Smaga, B. Falkiewicz, T. Kiełczewski, P. Burliński, M. Matczak, M. Czarnuch, M. Pieklak oraz Sz. Łajszczak, *Wpływ ustawy o refundacji leków na dostęp pacjenta do farmakoterapii, budżet NFZ oraz branżę farmaceutyczną. Ocena skutków regulacji.* INFARMA, Warszawa 2014 r. s. 5 i nast.

brzmienie przepisów – zgodnie z art. 31 Ustawy o refundacji – zarówno w pierwszej instancji, jak i w ramach postępowania odwoławczego maksymalny czas rozpatrzenia wniosku wynosi 180 dni. W ten sposób, w związku z niedopatrzeniem ustawodawcy oraz przyjęciem zbyt długich terminów może dojść do sytuacji, w której Minister Zdrowia nie przekraczając terminu w postępowaniu odwoławczym nie wyda na czas pożądanego rozstrzygnięcia. W praktyce wydanie decyzji refundacyjnych w postępowaniach w zakresie kontynuacji refundacji, kiedy to jednocześnie procedowanych jest znaczna liczba produktów, następuje na około 1 – 2 miesiące przed zakończeniem okresu obowiązywania danej decyzji. Wnioskodawca dysponuje zatem bardzo ograniczonymi możliwościami skarżenia takiego rozstrzygnięcia. Jednocześnie analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku dalszego skarżenia rozstrzygnięcia wydanego w postępowaniu odwoławczym do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. W praktyce postępowania ze skargi na decyzję administracyjną prowadzone są od 3 do 6 miesięcy przed wydaniem pierwszego rozstrzygnięcia w danej sprawie.

Obowiązek brania pod uwagę interesu zaintresowanych podmiotów

Idąc dalej, również obowiązek brania pod uwagę interesu płatnika publicznego, świadczeniobiorców oraz wnioskodawców powinien być rozpatrywany ze względu na istotę omawianego postępowania. Wyraz temu ustawodawca dał w przepisie art. 13 ust. 1 Ustawy o refundacji, nakazującym równoważenie w/w interesów. Należy w tym miejscu podkreślić: nieobjęcie refundacją na kolejny okres leków, które są powszechnie uznawane za skuteczne oraz bezpieczne (również przez Ministra Zdrowia) nie leży w istocie w interesie żadnej ze wskazanych przez ustawodawcę grup czy podmiotów.

Co istotne, w przypadku pacjentów problem nie polega wyłącznie na odebraniu im możliwości wyboru, którym lekiem ma być prowadzona terapia – pacjent w myśl przepisów Ustawy o refundacji może zdecydować o nabyciu tańszego zamiennika. Ograniczenie ilości produktów

objętych refundacją wraz z ryzykiem ich wywozu mogą spowodować ograniczenie w dostępie do potrzebnej terapii[26]. Zjawisko jest tym bardziej kłopotliwe, iż w wielu przypadkach odsetek leków zamienianych na tańsze odpowiedniki sytuuje się na bardzo niskim poziomie. Co więcej, w przypadku leków usuniętych z obwieszczenia powstaje wątpliwość co do możliwości wydawania innego, refundowanego produktu, które to ryzyko zostanie przerzucone na farmaceutę. Nietrudno wyobrazić sobie zatem sytuację, gdy powróci znane z okresu sprzed wejścia w życie Ustawy o refundacji, zjawisko turystyki refundacyjnej. Tym razem będzie ono polegało no konieczności ponownej wizyty u lekarza celem przepisania produktu refundowanego w miejsce tego, który refundacji został pozbawiony.

Co zastanawiające, dalsze przyjmowanie, iż do produktów w ramach kontynuacji refundacji mają zastosowania przepisy ogólne, nie prowadzi po stronie płatnika publicznego do powstania pożądanych oszczędności. Usunięcie części produktów, które znajdują się powyżej obecnych limitów finansowania, nie wpłynie bowiem na obniżenie wykorzystania środków publicznych. Dodatkowo pojawia się kolejna wątpliwość, czy za pożądaną oszczędność można uznać przerzucenie 100% nabycia ceny leku na pacjenta, co wydaje się wszak naturalnie sprzeczne z *ratio legis* obowiązującej regulacji. Tym bardziej, iż do obecnego budżetu na refundacje zostały dodane nowe środki w postaci 377 mln złotych w roku 2015 oraz 603 mln zł w roku kolejnym[27].

Wreszcie nie można pominąć interesów branży, która w wielu przypadkach prowadziła szeroką działalność inwestycyjną na terytorium RP. Należy oczywiście zgodzić się, iż Minister Zdrowia powinien kierować się innymi priorytetami aniżeli Minister Gospodarki. Jednakże Ustawa o refundacji nakłada na resort zdrowia konieczność brania pod

26 M. Pieklak, M. Piórkowska, *Nowe regulacje antywywozowe – czy jesteśmy w stanie zapobiec wywozowi leków?*, Czasopismo Aptekarskie nr 10 (262)/2015.

27 Kwoty rezerwy zostały określone w przepisach: rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie podziału kwoty środków finansowych stanowiącej wzrost całkowitego budżetu na refundację z dnia 22 września 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1481) oraz Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie podziału kwoty środków finansowych stanowiącej wzrost całkowitego budżetu na refundację z dnia 27 lipca 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1060).

uwagę również interesów firm zajmujących się wytwarzaniem i obrotem produktami objętymi refundacją. Obowiązek ten jest o tyle istotny, że prowadzi do zwiększenia dostępu do bezpiecznej i skutecznej terapii. W tym miejscu należy powtórzyć, iż ceny wielu refundowanych w Polsce leków już w tym momencie pozostają na najniższych poziomach spośród wszystkich państw członkowskich UE oraz EFTA. Powoduje to powstanie dwóch zagrożeń: oprócz wspomnianego wcześniej wywozu leków jest to ryzyko wycofania się części podmiotów z ich refundacji z uwagi na system referencyjności cenowej, który zakłada porównywanie cen z różnych koszyków referencyjnych[28].

Podsumowanie

W świetle powyższych wyjaśnień należy wskazać, iż niezasadna jest odmowa uznania przepisu art. 13 ust. 6a Ustawy o refundacji za przepis szczególny. Takie postępowanie pozostaje w sprzeczności z jedną z podstawowych norm kolizyjnych – *lex specialis derogat legi generali*. W przeciwnym razie Minister Zdrowia naraża się na zarzut działania wbrew wyrażonej w w/w przepisie woli ustawodawcy, która została poparta przytoczonym wcześniej uzasadnieniem do projektu nowelizacji poselskiej oraz stanowiskiem doktryny.

Za przedstawioną w niniejszym opracowaniu interpretacją przemawiają również normy wykładni systemowej: w związku z brzmieniem pozostałych przepisów, a także charakterystyką obszaru, w którym się poruszamy, stosowanie do w/w stanu faktycznego przepisów ogólnych stoi w sprzeczności z celem samego systemu refundacji. Prowadziłoby to do ryzyka ograniczenia dostępu do potrzebnej terapii. Produkty posiadające kilkuletnią historię refundacji, co do których nie występowały wątpliwości w ich skuteczność i bezpieczeństwo, należy uznać za technologie potrzebne. W tym zakresie Ustawa o refundacji w klarowny sposób stawia przed tymi produktami wymóg rywalizacji cenowej zamiast dowodu na przydatność terapeutyczną.

28 R. Kołton, *Opinia brzemienna w skutki*, Medycyna Praktyczna, dostępna pod adresem www.mp.pl.

Monika Małek-Orłowska

Niemoralność finansowania robota? O negatywnej rekomendacji AOTM dla robota Da Vinci

Ocena technologii medycznych ma w Polsce niedługą historię, stanowiąc jednocześnie ważny element kształtowania polityki zdrowotnej państwa. Niniejszy artykuł nie przedstawia systematycznej analizy teorii i praktyki polskiej. Zamiast tego, biorąc za przykład konkretny kazus identyfikuje kluczowe problemy tej dziedziny. Analiza wybranego przykładu z praktyki AOTM ma na celu nie tyle krytykę pracy ekspertów, ile podjęcie dyskusji na temat kryteriów oceny i sposobów komunikowania decyzji – po to, aby kształtować w tym zakresie dobre praktyki i modelowe wzorce. Wybór kazusu jest o tyle znamienny, że dotyczy negatywnych rekomendacji w zakresie finansowania zabiegów chirurgii robotowej, a technologia ta jest stosowana w wielu krajach.

Kto ocenia

Agencja Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji[1] jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną i nadzorowaną przez ministra właściwego do spraw zdrowia (art. 31m ust.1 Ustawy z dn. 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej

1 Określana w dalszej części tekstu akronimem AOTM.

finansowanych ze środków publicznych[2]). Szczegółowy wykaz należących do niej zadań został zawarty w treści art. 31n. Znalazły się wśród nich m.in. takie, jak wydawanie rekomendacji w sprawie kwalifikacji świadczenia opieki zdrowotnej jako świadczenia gwarantowanego, określania lub zmiany poziomu lub sposobu finansowania świadczenia gwarantowanego, usuwanie danego świadczenia opieki zdrowotnej z wykazu świadczeń gwarantowanych. Artykuł 31b ust.1 niniejszej ustawy stanowi, że kwalifikacji świadczenia opieki zdrowotnej jako świadczenia gwarantowanego dokonuje minister właściwy do spraw zdrowia po uzyskaniu rekomendacji Prezesa Agencji, biorąc pod uwagę kryteria określone w art. 31a ust. 1 ustawy. Warto te kryteria skrótowo przytoczyć. Otóż, w świetle artykułu 31a ust. 1 podstawą zakwalifikowania świadczenia opieki zdrowotnej jako świadczenia gwarantowanego jest jego ocena uwzględniająca następujące kryteria:

1) wpływ na poprawę zdrowia obywateli przy uwzględnieniu: priorytetów zdrowotnych określonych w odrębnych przepisach, wskaźników zapadalności, chorobowości lub śmiertelności określonych na podstawie aktualnej wiedzy medycznej,
2) skutki następstw choroby lub stanu zdrowia, w szczególności prowadzące do: przedwczesnego zgonu, niezdolności do samodzielnej egzystencji w rozumieniu przepisów o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, niezdolności do pracy w rozumieniu przepisów o emeryturach i rentach z FUS, przewlekłego cierpienia lub przewlekłej choroby, obniżenia jakości życia,
3) znaczenie dla zdrowia obywateli, przy uwzględnieniu konieczności: ratowania życia i uzyskania pełnego wyzdrowienia, ratowania życia i uzyskania poprawy stanu zdrowia, zapobiegania przedwczesnemu zgonowi, poprawiania jakości życia bez istotnego wpływu na jego długość,

2 Dz.U. 2004 Nr 210 poz. 2135. Powoływane przepisy zostały wprowadzone Ustawą z dn. 25 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o cenach (Dz.U. 2009 Nr 118 poz. 989). Akt posiada tekst jednolity, dostępny na stronie http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20042102135

4) skuteczność kliniczną i bezpieczeństwo,
5) stosunek uzyskiwanych korzyści zdrowotnych do ryzyka zdrowotnego,
6) stosunek kosztów do uzyskiwanych efektów zdrowotnych,
7) skutki finansowe dla systemu ochrony zdrowia, w tym dla podmiotów zobowiązanych do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych[3].

Minister Zdrowia nie jest prawnie związany rekomendacją AOTM, może postąpić zgodnie z nią lub wbrew niej; jego decyzja musi jednak wynikać z oparcia się na wyżej wymienionych kryteriach. Opracowując rekomendacje, AOTM nie jest bezpośrednio związana schematem kryteriów wynikających z przywołanego wyżej art. 31a ust. 1, w praktyce jednak nie może formułować opinii ignorujących przywołany zestaw kryteriów. Ocena technologii medycznej jest działalnością, która zarówno w zakresie praktyki, jak i założeń teoretycznych opiera się na określonych standardach, do których AOTM bezpośrednio się odwołuje[4]. Na oficjalnej internetowej stronie Agencji znajduje się deklaracja: „oceny technologii medycznych uczymy się od najlepszych i najlepszym w tej dziedzinie chcemy dorównać"[5]. W ustalonym standardzie przeprowadzanej oceny na pełną ocenę składają się trzy elementy: analiza efektywności klinicznej, analiza ekonomiczna, analiza wpływu na system ochrony zdrowia[6]. W sformułowanych wytycznych wskazano także na wybrane aspekty etyczne i społeczne, które powinny zostać zawarte w ocenie, konkretnie zagadnienie relacji między efektywnością danej technologii a równością dostępu do niej[7].

---

3 Por. art. 31a ust. 1 Ustawy.

4 Ocena technologii medycznych (angielski akronim HTA pochodzi od *Health Technology Assessment*) wpisuje się w szerszą tradycję oceny technologii (TA – *Technology Assessment*), na którą to tradycję składa się zarówno teoria, jak i ustalone standardy praktyki. Ocena technologii jest przedsięwzięciem wielodziedzinowym, korzystającym zarówno z wiedzy ekspertów, jak i opartym na w pełni ukształtowanych metodach podejmowania decyzji, w tym metodach partycypacyjnych. Istotnym elementem oceny technologii jest informowanie społeczeństwa o przeprowadzanych ewaluacjach, wraz z rzetelnym ich uzasadnianiem.

5 Patrz: http://www.aotm.gov.pl/www/index.php?id=9.

6 Por. z dokumentem opracowanym przez AOTM, *Wytyczne przeprowadzania oceny technologii medycznych (HTA), http://www.aotm.gov.pl/www/assets/files/wytyczne_hta/2007/Wytyczne_HTA_w_AOTM_03_2007.pdf.*

7 Patrz: *Wytyczne przeprowadzania oceny technologii medycznych (HTA),* s. 36.

„Nie rekomendujemy robota”

Analizując teorię i praktykę oceny technologii medycznych w Polsce warto przyjrzeć się negatywnej rekomendacji Prezesa AOTM dla leczenia chirurgicznego z zastosowaniem systemu robotowego[8]. Rzecz dotyczy trzech Rekomendacji z dnia 15 grudnia 2014 r., oznaczonych numerami: 254, 255, 256.[9] Ponieważ w każdej z nich schemat analizy oraz sposób argumentowania jest podobny, dalsze rozważania odnosić będę do przykładu Rekomendacji nr 255/2014.

W ramach analizy efektywności klinicznej porównano skuteczność i bezpieczeństwo chirurgii robotowej w populacji chorych z rakiem gruczołu krokowego do chirurgii laparoskopowej, a także do chirurgii otwartej. Bezpośrednie porównanie (badania randomizowane, o umiarkowanej jakości) było możliwe tylko w przypadku chirurgii laparoskopowej. Po zabiegu robotowym stwierdzono „istotnie statystyczne lepsze wyniki dotyczące przywrócenia funkcji układu moczowego oraz odzyskania funkcji seksualnych, przy podobnej częstości występowania powikłań, mimo wydłużenia czasu trwania zabiegu z systemem robotowym”[10]. W przypadku chirurgii otwartej możliwe było tylko porównanie pośrednie (tzn. brak badań randomizowanych). Skuteczność i bezpieczeństwo stosowania chirurgii robotowej oceniano na podstawie 12 najnowszych, bardzo dużych, kontrolowanych badań nierandomizowanych. Wyniki te w większości potwierdzają wyniki otrzymane w ramach oceny skuteczności klinicznej na

8 W tym przypadku chodzi o robota chirurgicznego Da Vinci.

9 Pełne tytuły: Rekomendacja nr 254/2014 z dnia 15 grudnia 2014 r. Prezesa Agencji Oceny Technologii Medycznych w sprawie zakwalifikowania świadczenia opieki zdrowotnej „leczenie chirurgiczne raka jelita grubego z zastosowaniem systemu robotowego, jako świadczenia gwarantowanego; patrz: http://www.aotm.gov.pl/bip/assets/files/zlecenia_mz/2013/047/REK/RP_254_2014_JELIT_system_robotowy.pdf

Rekomendacja nr 255/2014 z dnia 15 grudnia 2014 r. Prezesa Agencji Oceny Technologii Medycznych w sprawie zakwalifikowania świadczenia opieki zdrowotnej „leczenie chirurgiczne raka gruczołu krokowego z zastosowaniem systemu robotowego”, jako świadczenia gwarantowanego. Patrz: http://www.aotm.gov.pl/bip/assets/files/zlecenia_mz/2013/048/REK/RP_255_2014_PROSTATA_system_robotowy.pdf

Rekomendacja nr 256/2014 z dnia 15 grudnia 2014 r. Prezesa Agencji Oceny Technologii Medycznych w sprawie zakwalifikowania świadczenia opieki zdrowotnej „leczenie chirurgiczne raka błony śluzowej macicy z zastosowaniem systemu robotowego”, jako świadczenia gwarantowanego; patrz: http://www.aotm.gov.pl/bip/assets/files/zlecenia_mz/2013/049/REK/RP_256_2014_MACICA_system_robotowy.pdf

10 Patrz: Rekomendacja nr 255/2014, s. 1

podstawie badań randomizowanych oraz wskazują na lepsze wyniki dla chirurgii robotowej w porównaniu do otwartej w zakresie czasu hospitalizacji oraz powikłań[11]. W uzasadnieniu rekomendacji jest to ujęte następująco: „wyniki […] wskazują na większe korzyści kliniczne wynikające z zastosowania chirurgii robotowej w zakresie utraty krwi i odsetków transfuzji, przy wydłużeniu czasu trwania zabiegu"[12]. W rekomendacji wyraźnie też zaznaczono, że „brak jest wyników w zakresie odległych wyników: przeżycia, przeżycia wolnego od progresji, jakości życia", dodając, że „nie oceniono wpływu technologii na dalsze leczenie"[13]. W konkluzji uzasadnienia zawarto też stwierdzenie, że „nie wykazano ewentualnej przewagi terapii z wykorzystaniem systemu robotowego w raku gruczołu krokowego nad operacjami laparoskopowymi"[14].

Skrótowa analiza ekonomiczna podsumowana jest wnioskiem: „obecne realia ekonomiczne nie uzasadniają ponoszenia około 3-krotnie większych kosztów leczenia raka gruczołu krokowego z użyciem systemu robotowego, kosztów zakupu sprzętu, a także wysokich rocznych kosztów jego eksploatacji i konserwacji"[15]. Analizę wpływu na system ochrony zdrowia zastępuje stwierdzenie: „finansowanie wnioskowanego świadczenia ze środków publicznych nie spowoduje wzrostu dostępności do leczenia i poprawy skuteczności terapii raka gruczołu krokowego"[16]. Uzasadnienie rekomendacji zamyka stwierdzenie: „Prezes przychyla się do opinii Rady Przejrzystości, że leczenie raka gruczołu krokowego z udziałem systemu robotowego powinno być finansowane, jako przedsięwzięcie naukowe, nie jako świadczenie gwarantowane"[17].

11 Por. Ibidem, s. 4.
12 Rekomendacja 255/2014, s. 1.
13 Ibidem, s. 1.
14 Ibidem, s. 2.
15 Ibidem, s. 2.
16 Ibidem, s. 2.
17 Ibidem, s. 2.

Dyskusja nad kryteriami oceny

Poddając niniejszą rekomendację krytyce należy zwrócić uwagę na kilka problemów, które wiążą się z oceną technologii medycznych. Pierwszy dotyczy treści opinii, jej statusu poznawczego oraz źródeł, na podstawie których została sformułowana. Ocena technologii medycznych z reguły postrzegana jest jako dziedzina, w ramach której formułowane sądy i opinie winny cechować się naukową obiektywnością, popartą dowodami empirycznymi, sądy wartościujące zaś, jako element subiektywny, należy ograniczać do minimum. Jednak, jak wykazał Bjoern Hofmann i in.[18] sądy wartościujące nie tylko nie powodują zaburzenia ostatecznego wyniku procesu oceny technologii, ale są nieuchronnym elementem każdego etapu procesu – od wyboru technologii, która ma być poddawana ewaluacji, poprzez kolejne etapy procesu oceny, aż do sformułowania ostatecznej treści rekomendacji. Przytoczone przez ekspertów AOTM badania randomizowane, jak i nierandomizowane cechuje obiektywność, rzetelność itd., w tym więc sensie ich wyniki odpowiadają obiektywnym faktom. Sama jednak decyzja, aby dokonywać oceny na podstawie konkretnego rodzaju i ilości badań jest wynikiem pewnego wartościowania. Tak samo, jak opieranie ostatecznej decyzji na stwierdzeniu, że brak jest badań w zakresie odległych wyników (dotyczących np. jakości życia pacjentów po operacji). Stosując inne podejście można na przykład wykazać wyższość chirurgii robotowej nad otwartą i laparoskopową, odwołując się do badań zestawiających średni czas rekonwalescencji po zabiegu chirurgii otwartej i laparoskopowej ze średnim czasem rekonwalescencji po zabiegu wykonanego przy pomocy robota[19]. Chirurgia robotowa, chociaż w Polsce zjawisko rzadkie i wciąż nowe, w Europie i na świecie - z powodów uznawanych przez ekspertów HTA za racjonalne

18 Por. B.Hofmann i in., *Revealing and Acknowledging Value Judgments in Health Technology Assessment,*"International Journal of Technology Assessment in Health Care", 30:6 (2014), 579-586.

19 Dla przykładu, z danych udostępnionych przez australijski Royal Brisbane & Women's Hospital wynika, że w przypadku zabiegu chirurgii otwartej prostatektomii średni czas pobytu pacjenta w szpitalu to 4.4 dnia (2-14), podczas gdy chorzy poddani zabiegowi z wykorzystaniem robota pozostają w szpitalu średnio 1.2 dnia (1-4). Patrz: R.M.Hall, N.Linklater, G.Coughlin, *Robotic and open radical prostatectomy in the public health sector: cost comparison, "*ANZ Journal of Surgery" 84 (2014) 477-480.

i obiektywne – jest coraz powszechniejszym sposobem leczenia. Zwrócono na to uwagę także w uzasadnieniu rekomendacji pisząc, że „system da Vinci aktualnie jest objęty finansowaniem w 7 krajach, w tym we wskazaniach urologicznych – w 6 krajach, we wskazaniach ginekologicznych – w 3 krajach, w chirurgii ogólnej – w 2 krajach oraz ogólnie w onkologii – w Słowacji […]. Systemy robotowe są dostępne w Grecji (10 systemów) oraz w Portugalii (1 system), bez dedykowanego finansowania. Pełna refundacja systemu robotowego w urologii jest we Włoszech, Wielkiej Brytanii, Belgii, Danii, Czechach, Japonii, a do wysokości kosztów laparoskopii - we Francji, Włoszech, Niemczech, USA, Szwajcarii, Szwecji, Holandii, Norwegii”[20].

Druga istotna kwestia w ocenie technologii dotyczy problemu hierarchizowania przyjmowanych kryteriów. Jak zauważyliśmy, kryteria tzw. dowodów empirycznych w analizie efektywności klinicznej same w sobie nie są wartościujące, ale ich dobór już tak. Wartościowanie stanowi jeszcze mocniejszy element w przypadku kryteriów ekonomicznych. Analiza ekonomiczna tylko z pozoru jest procesem neutralnym i wolnym od wartościowania. Jeśli porównamy wartości bezwzględne kosztu zabiegu robotowego z laparoskopowym lub z zabiegiem chirurgii otwartej, wynik zawsze będzie dla systemu robotowego niekorzystny (3-krotnie wyższy, jak podają eksperci AOTM). Gdyby jednak dokonać innej kalkulacji, np. porównując koszty i czas trwania rekonwalescencji, rehabilitacji, w tym długość okresu niesprawności niepozwalające pacjentowi na wykonywanie codziennych obowiązków, pracy zawodowej - koszt zabiegu robotowego prawdopodobnie nie byłby już znacząco wyższy od pozostałych dwóch typów chirurgii. Problem polega na tym, że do tej pory nie opracowano kompleksowych analiz uwzględniających wszystkie te czynniki i okoliczności. Jest to spowodowane przede wszystkim krótką historią robotów w chirurgii (da Vinci został wprowadzony na rynek pod koniec lat 90. XX wieku) oraz wciąż niewystarczającą ilością badań na ten temat.[21]

20 Patrz: Rekomendacja nr 255/2014, s. 7.

21 Jeśli przyjmiemy, że do kompletnej ewaluacji ekonomicznej potrzeba analizy minimalizacji kosztów (*cost minimization analysis)*, analizy efektywności kosztów (*cost-efectiveness analysis*), analizy stosunku

Inną kwestią przy dokonywaniu rachunku ekonomicznego jest ogólniejsze pytanie, jaką wartość społeczeństwo chce maksymalizować (czyli co chce w kategoriach ekonomicznych przeliczać). Można za B.Hofmanem i in. postawić pytanie o sam przedmiot wartościowania: czy chcemy maksymalizować zdrowie, czy raczej coś innego, np. możliwości (*capabilities*)[22]. Pacjent może być człowiekiem, u którego nie da się uzyskać stanu pełnego zdrowia, ale wciąż mieć zdolność do w miarę sprawnego i samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie w oparciu o określone możliwości. Maksymalizowanie zdrowia przyjmuje się z reguły za obiektywny element w ocenie technologii, tymczasem jest to także decyzja wartościująca. Jeśli chory w trakcie procesu leczenia, poprzez mniejszy zasięg zabiegu, mniejszą inwazyjność, ma wyższą sprawność a przez to więcej możliwości, tworzy to pewną wartość dodaną, być może nawet ekonomiczną, nawet jeśli proces ten nie zakończy się pełnym wyzdrowieniem.

Kolejnymi kryteriami przyjmowanymi w procesie oceny są tzw. społeczne i etyczne aspekty podejmowanej decyzji. W przyjętych dla procesu oceny technologii medycznych wytycznych AOTM ograniczyło je w zasadzie do kryterium równości w dostępie do danej technologii oraz do ewentualnego zwiększania tej dostępności. Jest to oczywiście wybór niepełny i także wartościujący. Problemem tutaj jest jednak nie tyle sama wartościująca natura przyjmowanych kryteriów, ile przyjęta hierarchia ich stosowania (dodajmy, że przyjęta w sposób raczej milczący, niż wprost wypowiedziany). Kryterium ekonomiczne zostało tutaj potraktowane jako rozstrzygające. Kryteria efektywności klinicznej wskazywały bowiem na pewnego rodzaju przewagę systemu

kosztów do uzyskiwanych korzyści (*cost-benefit analysis*) oraz analizy użyteczności kosztów (*cost-utility analysis*), trudno znaleźć publikację (o ile taka w ogóle obecnie istnieje), która przedstawiałaby choćby szkicowo taką analizę. W artykule opublikowanym w 2012 roku G.Turchetti i in. twierdzą, że żadna z poddanych przez nich ocenie publikacji nie zawierała tego typu ewaluacji, lecz tylko prostą analizę kosztów (por. G.Turchetti, I.Palla, F.Pierotti, A.Cuschieri, *Economic evaluation of da Vinci-assisted robotic surgery: a systematic review,* Surg Endosc (2012) 26: 598-606). Taka prosta analiza kosztów sprowadza się do porównania kosztów samego wykonania zabiegu, co przy dodaniu kosztu zakupu i konserwacji robota od razu zamyka dyskusję przy porównaniu zabiegów robotowych z chirurgią otwartą i laparoskopią. W analizowanych rekomendacjach AOTM zastosowało również prostą analizę kosztów, tzn. porównano koszty jednostkowych procedur.

22 Por. B.Hofman i in., s. 581.

robotowego nad innymi rodzajami chirurgii, jednak przewaga ta nie została uznana za wystarczająco dużą, aby uzasadniała podniesienie kosztów zabiegu. Pozostaje zadać pytanie, czy kryterium ekonomiczne schodzi na dalszy plan jedynie wtedy, gdy efektywność kliniczna wykazałaby miażdżące różnice (na korzyść proponowanej) pomiędzy ocenianymi technologiami? Kierując się bowiem taką logiką podejmowania decyzji, możemy w ogóle zrezygnować z przeprowadzania ewaluacji zabiegów wykonywanych przy pomocy nowoczesnych technologii, ponieważ nominalnie będą one najczęściej droższe od metod już zastanych i tradycyjnych. Nigdy też nie będzie w opiece zdrowotnej tak, aby dysponowano nadmiarem środków – tutaj zawsze potrzeb jest więcej niż środków do rozdysponowania.

W kontekście negatywnej rekomendacji dla robota Da Vinci pojawia się też ogólniejsze pytanie: o możliwość wprowadzania do systemu opieki zdrowotnej najnowszych technologii, w tym robotów. Zwłaszcza w przypadku technologii radykalnie odmiennych od tego, co już dostępne, pojawia się problem uzgodnienia kryteriów oceny. Jak słusznie zauważa Armin Grunwald, kryteria dotychczasowe mogą świetnie sprawdzać się w przypadkach typowych *(business as usual*), skutkują jednak poważnymi ograniczeniami, gdy w grę wchodzą technologie nowe, nietypowe, radykalnie odmienne od tego, co znamy i do czego się przyzwyczailiśmy[23]. Zwłaszcza kryterium ekonomiczne może nas tutaj zawieść. Nowe rozwiązania są z reguły technologiami drogimi i wymagającymi u stosujących je wysokich kompetencji. Nie zawsze też dają porażająco lepsze wyniki od tradycyjnych metod. Stosowanie kryterium ekonomicznego jako rozstrzygającego będzie więc czynnikiem hamującym, który może spowodować, że medycyna w Polsce stanie się przestarzała i niekonkurencyjna względem innych państw UE, co w przyszłości może mieć negatywne konsekwencje dla systemu opieki zdrowotnej, w tym również finansowe.

23 Por. A. Grunwald, *The Normative Basis of (Health) Technology Assessment and the Role of Ethical Expertise,* "Poiesis Praxis" (2004) 2, s. 191.

Przekaz do opinii publicznej

Odrębnym problemem, dotyczącym nie tyle treści rekomendacji, ile samych uwarunkowań procesu oceny technologii, jest sposób komunikowania proponowanej opinii do wiadomości publicznej, a zwłaszcza sposób jej uzasadniania. Ten element procesu zawsze zaznacza swoją obecność bardzo szeroko, czyli w mediach, dlatego tym bardziej winien być planowany i przeprowadzany z dużą znajomością rzeczy. Wypowiedź rzeczniczki prasowej AOTM, Katarzyny Jagodzińskiej, zawierała w sobie komunikat wewnętrznie sprzeczny, a nawet wprowadzający opinię publiczną w błąd. Przywołując uzasadnienie negatywnej rekomendacji zaczęła ona od kryterium ekonomicznego: *„Jeśli weźmiemy całą populację chorych, którzy kwalifikują się do operacji, to koszty idą w setki milionów złotych"*[24]. Gdyby rzeczniczka na tym swoją wypowiedź skończyła, wszystko byłoby w najlepszym porządku, zgodne z argumentacją przedstawioną w rekomendacji. Trzeba byłoby jednak przyznać przed opinią publiczną, że AOTM postawiła w pierwszej kolejności na kryterium ekonomiczne. Jednak drugą częścią uzasadnienia rzeczniczki jest odwołanie do małej dostępności zabiegu, co według rzeczniczki kreowałoby *„hazard moralny"*. Dla pełnego zobrazowania problemu związanego ze stylem i treścią komunikatu warto przytoczyć obszerny fragment wypowiedzi:

„Drugą niezwykle ważną kwestią jest dostępność tych operacji, czyli kto będzie operowany. AOTM oszacowała też średnią liczbę zabiegów z wykorzystaniem systemu robotowego. Wynik – w ciągu roku możliwe będzie przeprowadzenie 436 operacji. – To zaledwie nikły odsetek pacjentów, którzy mogliby skorzystać z tego rodzaju operacji. Nie jest więc prawdą, że robot może pomóc tysiącom ludzi. […] W samym województwie dolnośląskim w latach 2011-2012 na te trzy nowotwory [raka prostaty, raka macicy, raka jelita grubego – M.M.] *zachorowało ponad 5000 osób. Oznacza to, że w ciągu roku operację można by przeprowadzić u co 11 pacjenta tylko z jednego województwa. Należałoby*

24 Por. *Robot byłby niemoralny,* Gazeta Wyborcza z dn. 2 lutego 2015.

zapytać więc: którego pacjenta? Dobieranego losowo? Jakie będą kryteria kwalifikacji? Na usta ciśnie się też pytanie, co z resztą chorych z całej Polski? Jaki dostęp do leczenia będą mieli chorzy na raka z pozostałych 15 województw […] Nie możemy pozwolić na uprawianie hazardu moralnego.[25]

Powyższa wypowiedź, choć operuje prawdziwymi danymi liczbowymi, jest tyle nieprofesjonalna, co demagogiczna. Jest ona utrzymana w stylu polityka prowadzącego kampanię wyborczą, a nie stanowi komunikatu objaśniającego opinii publicznej powody negatywnej rekomendacji. Używając retoryki stosowanej przez rzeczniczkę należałoby zapytać, czy eksperci AOTM przed przystąpieniem do opracowania rekomendacji zakładali, że jeden robot Da Vinci pomoże wszystkim chorym na raka prostaty w Polsce[26]? A może zakładali, że pomoże wszystkim i w tej samej cenie, co dotąd wykonywane zabiegi? Jeśli tak, to już przed przystąpieniem do pracy nad rekomendacją musieli przyjąć, że zmarnują środki publiczne (nie wykonują wszak swej pracy za darmo), bo wiadomo, że licząc w wartościach bezwzględnych zabiegi robotowe są drogie oraz, że jeden robot nie obsłuży tysięcy chorych. Kto tutaj więc uprawia „moralny hazard", strona zgłaszająca robota czy eksperci oceniający? Powyższy argument jest przykładem ironicznej demagogii, tym razem ze strony autorki. Spróbujmy jednak pokusić się o rzetelną polemikę. Zwiększenie dostępności danej technologii nie oznacza, że automatycznie ma być ona dostępna całej populacji chorych, zwłaszcza, że póki co mówimy o jednym urządzeniu. Jeśli rzeczniczka AOTM pyta, w jaki sposób dobierać pacjentów do zabiegu (czy np. robić to losowo), stawia tym samym w fałszywym świetle nie tylko lekarzy kwalifikujących pacjentów do zabiegu, ale i cały system opieki zdrowotnej. Kryteria doboru pacjentów do zabiegu nie są bowiem nigdy losowe i zawsze można starać się je w możliwie obiektywny sposób sformułować. Rozpaczliwe pytanie kierowane do opinii publicznej, jak dobierać pacjentów, jest więc zabiegiem pokazującym brak

25 Por. Ibidem.

26 Dla ścisłości, w rekomendacjach znalazły się trzy wersje kalkulacji: dla jednego robota, dwóch, oraz pięciu (por. Rekomendacja 255/2014, s. 6).

profesjonalizmu w formułowaniu komunikatów do szerszej publiczności. Skoro AOTM tak bardzo lubi posługiwać się bezwzględnymi wartościami liczbowymi, można ten argument odwrócić. Co zwiększa dostępność pacjentów do zabiegów robotowych: 0 przeprowadzonych zabiegów czy 436 rocznie?

Demagogia w wypowiedzi rzeczniczki polega jednak głównie na tym, że przeważający w rekomendacji argument ekonomiczny został niejako wyciszony przez rzekome argumenty etyczne i zagłuszony obawą ewentualnej „niemoralności" zastosowania robota w stosunku do zbyt małej liczby osób. Jeśli jednak już trzymamy się profesjonalizmu, to warto zauważyć, że chociaż w składzie Rady Przejrzystości AOTM znalazło się miejsce dla etyka[27], to w przypadku wydania tej konkretnej rekomendacji wydaje się, iż żadna z osób podpisujących się pod nią nie jest specjalistą w dziedzinie filozofii i etyki. Zachodzi tu więc pewne pomieszanie porządków. Każdy może uznać siebie za kompetentnego w dziedzinie sądów moralnych, ponieważ każdy ma do tego kwalifikacje - do posiadania określonych postaw moralnych nie trzeba specjalistycznej wiedzy. Etyka jednak, jako refleksja teoretyczna oraz dyscyplina praktyczna, takiej wiedzy i kompetencji już wymaga. Niekoniecznie jest błędem, że w procesie decyzji prowadzącej do negatywnej rekomendacji nie brał udziału etyk – być może nie był tam potrzebny, poza tym w skład rady wchodzą znakomici fachowcy. Błędem jest natomiast posługiwanie się przez rzeczniczkę dla celów uzasadnienia głównie argumentami etycznymi, podczas gdy powodem decyzji były argumenty inne (ekonomiczne), a ponadto w rekomendacji nie widać nawet śladu dyskusji nad istotnymi argumentami etycznymi (kwestią dostępności do zabiegu, równości pacjentów, jakości życia po zabiegu, jego wpływie na społeczeństwo itd.). Niejako dla osłody w rekomendacji zalecono, aby robot nadal był finansowany

27 W skład Rady Przejrzystości AOTM wchodzi: 10 osób posiadających doświadczenie, uznany dorobek oraz stopień naukowy doktora nauk medycznych lub dziedzin pokrewnych lub innych dziedzin odpowiednich dla przeprowadzenia oceny świadczeń opieki zdrowotnej, w tym etyki; 4 przedstawicieli Ministra Zdrowia; 2 przedstawicieli Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia; 2 przedstawicieli Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych; 2 przedstawicieli Rzecznika Praw Pacjenta.

jako przedsięwzięcie naukowe, nie jako świadczenie gwarantowane. Z punktu widzenia dostępności dla pacjenta, właśnie taka decyzja faktycznie ową dostępność zmniejsza. Robot niby jest dostępny, ale tylko w reżimie prowadzenia badań naukowych, a przecież nie jest to dokładnie to samo, co standardowe leczenie chorych. Dodatkowo pozostaje problem zdobywania pieniędzy na prowadzone badania, co *de facto* sprowadza się do kwestii, czy zespół przeprowadzający operację robotem Da Vinci będzie efektywnie pozyskiwał kolejne granty badawcze lub środki od sponsorów. Trudno w tym wszystkim dostrzec zwiększenie dostępności robota dla pacjentów.

Podsumowując, przykład negatywnej rekomendacji AOTM dla finansowania chirurgii robotowej pokazuje, że praktyka oceny technologii medycznych w Polsce wymaga dopracowania czytelniejszej hierarchii kryteriów oceny, w tym bardziej szczegółowego określenia społecznych i etycznych aspektów zastosowania danej technologii. Należy też wypracować standardy komunikowania opinii publicznej decyzji, jakie zostały podjęte, w tym rzetelnego ich uzasadniania. Z analizowanego przykładu można wysnuć też szerszy wniosek dla technologii innowacyjnych, a raczej - konieczności wypracowania metod oceny, które uwzględnią zarówno ich specyfikę oraz istniejące potrzeby pacjentów, a przede wszystkim będą mieć na uwadze długoterminową perspektywę społeczną.

Paweł Złamańczuk

Pozbawienie wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej w świetle Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Z przepisu art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r.[1] wynika dopuszczalność zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby (*lawful detention of person*) w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej, osoby umysłowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi. W dotychczasowym orzecznictwie Europejski *Trybunał* Praw Człowieka stosunkowo rzadko zajmował się sprawami o naruszenie Konwencji w związku z pozbawieniem wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej (*prevention of the spreading of infectious disease*). Pomocny w tym zakresie może być dużo bogatszy dorobek Trybunału, wypracowany na tle innych podstaw zastosowania przepisu art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Wymienione w tym przepisie kategorie osób łączy bowiem wspólna relacja prawna. Osoby te, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, mogą mianowicie być pozbawione wolności w celu udzielenia im leczenia lub ze względu na uwarunkowania wynikające z polityki społecznej.[2] Pozwala to na podjęcie próby ustalenia oraz

1 Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej jako: „Konwencja".

2 Zob. wyr. ETPCz z 4.04.2000 r. w sprawie *Litwa p. Polsce*, § 60; wyr. ETPCz z 25.01.2005 r. w sprawie *Enhorn p. Szwecji*, § 43.

usystematyzowania przesłanek dopuszczalności pozbawienia wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej oraz odniesienia ich do przepisów krajowych. W zakresie obowiązującego prawa polskiego zagadnienie pozbawienia wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej wymaga rozpatrzenia na gruncie ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. *o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi*.[3]

Przepis art. 5 Konwencji zawiera gwarancję wolności i bezpieczeństwa osobistego. Określa on ponadto sytuacje, w których pozbawienie wolności jest dopuszczalne oraz minimalne gwarancje, jakie muszą być zapewnione każdej osobie pozbawionej wolności.[4] Zawarte w art. 5 ust. 1 Konwencji wyliczenie okoliczności uzasadniających dopuszczalność pozbawienia wolności ma charakter zamknięty oraz podlega ścisłej wykładni.[5] Okoliczności te odnoszą się do wyjątków od generalnej zasady. Z tego też względu nie podlegają wykładni ekstensywnej.[6]

Przepis art. 5 ust. l lit. e Konwencji określa katalog podmiotów, wobec których dozwolone jest pozbawienie wolności. W literaturze oraz orzecznictwie Trybunału przyjmuje się, że ujęte tam wyliczenie ma charakter autonomiczny.[7] Interpretacja określeń użytych w tym przepisie powinna zatem uwzględniać założenie, że ich znaczenie może odbiegać od znaczenia, które mają one nadane w prawie wewnętrznym poszczególnych krajów członkowskich.[8] Powstaje przy tym pytanie, czy sformułowanie dopuszczalności pozbawienia wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej ogranicza zakres zastosowania

3 tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 947 z późn. zm.

4 P. Hofmański, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów, 1-18*, Tom I, *L. Garlicki* (red.), Warszawa 2010, s. 156-157.

5 D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2014, s. 289; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 157. Zob. wyr. ETPCz z 24.10.1979 r. w sprawie *Winterwerp p. Niderlandom*, § 37; wyr. ETPCz z 2.08.2001 r. w sprawie *Mancini p. Włochom*, § 23.

6 Zob. *Litwa p. Polsce*, § 59.

7 D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 321; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 184.

8 Szerzej na temat interpretacji autonomicznej, zob. A. Wiśniewski, *Interpretacja autonomiczna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Gdańskie Studia Prawnicze", 2005, t. 13, ss. 127-143.

tego przepisu wyłącznie do osoby chorej zakaźnie.[9] Przyjęcie takiej interpretacji mogłoby prowadzić do wyłączenia spoza zasięgu oddziaływania przepisu przypadków pozbawienia wolności osób podejrzanych o chorobę zakaźną oraz osób, które były narażone albo mogły być narażone na zakażenie. Ponadto wykładnia taka znacząco osłabiłaby realizację prewencyjnego charakteru przepisu. Głównym bowiem jego celem jest usunięcie zagrożenia dla porządku i zdrowia publicznego.[10] Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że Trybunał definiując poszczególne kategorie osób wymienionych w art. 5 ust. l lit. e Konwencji dopuszcza wykładnię rozszerzającą.[11] Przykładowo przy interpretacji pojęcia „alkoholika" w sprawie *Hildy Hafsteinsdóttir p. Islandii* Trybunał odwołał się do przedmiotu i celu tego przepisu. Pozwoliło mu to stwierdzić, że w świetle art. 5 ust. l lit. e Konwencji pojęcie „alkoholika" nie może być ujmowane jedynie w ograniczonym znaczeniu, obejmującym wyłączenie osoby w stanie alkoholizmu w sensie *klinicznym*. W opinii Trybunału dopuszczalne jest również pozbawienie wolności z uwagi na zagrożenie dla porządku publicznego lub dla samych osób, które nie zostały zdiagnozowane jako alkoholicy.[12] Wydaje się, że okoliczności te można również odnieść do sytuacji ustalenia kontaktu z osobą zakażoną lub podejrzenia choroby zakaźnej, której objawy wystąpiły u osoby. Sytuacje te uzasadniają zagrożenie dla porządku publicznego oraz dla samej osoby narażonej na zakażenie lub podejrzanej o zakażenie. Interpretacja taka nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji występowania choroby szczególnie niebezpiecznej i wysoce zakaźnej.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. *o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych*

9 Tekst angielski art. 5 ust. l lit. e Konwencji brzmi: „…*the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases*…". W wyr. w sprawie *Enhorn p. Szwecji* Trybunał posługuje się określeniami: „*persons spreading infectious diseases"* (§ 43), „*person infected*" (§ 44). W opinii załączonej do tego wyroku sędzia Costa posłużył się dodatkowo określeniem „*capable of "spreading"* […] *disease*" (§ 6). Por. P. Hofmański, *op. cit.*, s. 187.

10 P. Hofmański, *op. cit.*, s. 187.

11 Zob. P. Hofmański, *op. cit.*, s. 185.

12 Wyr. ETPCz z 8.6.2004 r. w sprawie *Hilda Hafsteinsdóttir p. Islandii*, § 42. D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 322.

u ludzi dopuszcza stosowanie izolacji wobec osób chorych lub podejrzanych o chorobę zakaźną. Istnieje ponadto możliwość zastosowania kwarantanny osoby zdrowej, która była narażona na zakażenie. Z przyjętych w ustawie definicji legalnych (art. 2 pkt 11 i 12) wynika, że izolacja i kwarantanna są rodzajami odosobnienia. *Międzynarodowe Przepisy Zdrowotne* (2005) przyjęte przez państwa członkowskie Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) przewidują stosowanie izolacji osób chorych lub skażonych (*separation of ill or contaminated persons*). Kwarantanna ma natomiast zastosowanie do osób, które nie są chore, ale były narażone lub mogły być narażone na zagrożenie dla zdrowia publicznego i stanowią potencjalne źródło rozprzestrzeniania się choroby.[13]

Dla ustalenia przesłanek dopuszczalności pozbawienia wolności w związku z zapobieżeniem szerzeniu choroby zakaźnej niezbędne jest ustalenie treści prawa do wolności (*right to liberty*) wynikającego z Konwencji. Użyte w przepisie art. 5 Konwencji pojęcie „wolności" rozumiane jest stosunkowo wąsko. Znaczenie tego pojęcia ujmowane jest w powiązaniu ze swobodą przemieszczania się i wyraża fizyczną wolność osoby (*physical liberty of the person*).[14] W praktyce istotną wagę będzie miała ocena możliwości opuszczenia miejsca pobytu, w którym została umieszona osoba w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej.

Problematyczna niejednokrotnie jest kwestia ustalenia, czy w konkretnej sytuacji mamy do czynienia z pozbawieniem wolności. Trudność ta ujawnia się w szczególności na gruncie stosowania przepisu art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Działania podejmowane wobec osób wymienionych w tym przepisie mogą bowiem przybierać różne formy. Każdy przypadek wymaga zatem indywidualnej oceny. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał wyodrębnił kryteria decydujące o tym, czy

13 *International health regulations (2005)*, World Health Organization 2008.

14 Wyr. ETPCz z 8.6.1976 r. w sprawie *Engel i inni p. Holandii*, § 57; *Guzzardi p. Włochom*, § 37; wyr. ETPCz z 2.08.2001 r. w sprawie *Mancini p. Włochom*, § 17. Zob. A. Błachnio-Parzych, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, A. Wróbel (red.), C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 197; D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 288; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 158; M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 451.

w konkretnych okolicznościach mamy do czynienia z pozbawieniem wolności w znaczeniu art. 5 Konwencji. Do kryteriów tych zaliczone zostały: rodzaj (istota), czas, skutki oraz warunki wykonania omawianego środka.[15] Ponadto Trybunał wskazywał, że na pojęcie pozbawienia wolności składa się element obiektywny oraz subiektywny.[16] Ten pierwszy obejmuje umieszczenie w ograniczonej (wyznaczonej) przestrzeni (*confinement in a restricted space*) przez istotny okres. Element subiektywny pozbawienia wolności polega natomiast na braku ważnej (mającej moc prawną) zgody na takie ograniczenie (*lack of valid consent to the confinement*). Za istotne czynniki obiektywne na gruncie orzecznictwa Trybunału należy uznać w szczególności: swobodę poruszania się[17], możliwość podtrzymywania kontaktów społecznych ze światem zewnętrznym[18], dopuszczalność opuszczenia wyznaczonej przestrzeni[19], stopień kontroli nad opieką i poruszaniem się[20]. W rozumieniu art. 5 Konwencji z pozbawieniem wolności mamy do czynienia niezależnie od zgody osoby poddanej detencji. Istotne jest, że następuje ono w wyniku władczego działania.[21]

Jako pozbawienie wolności na gruncie art. 5 Konwencji zakwalifikowana została przymusowa hospitalizacja (*compulsory hospitalisation*). W sprawie *M. p. Ukrainie* Trybunał ocenił, że brak swobody przemieszczania się na terenie szpitala, ścisła kontrola nad swobodą i prywatnością oraz pozbawienie możliwości dobrowolnego opuszczenia szpitala zdecydowały o uznaniu umieszczenia w szpitalu za pozbawienie wolności.[22] W sprawie *Enhorn p. Szwecji,* za pozbawienie

15 Wyr. ETPCz z 6.11.1980 r. w sprawie *Guzzardi p. Włochom*, § 92. D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 290; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 159.

16 Wyr. ETPCz z 16.06.2005 r. w sprawie *Storck p. Niemcom*, § 74; wyr. ETPCz z 19.04.2012 r. w sprawie *M. p. Ukrainie*, § 69. Zob. D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 294-295.

17 Wyr. ETPCz z 28.11.1988 r. w sprawie *Nielsen p. Danii*, § 70; wyr. ETPCz z 26.02.2002 r. w sprawie *H.M. p. Szwajcarii*, § 45.

18 Wyr. ETPCz z 26.02.2002 r. w sprawie *H.M. p. Szwajcarii*, § 45.

19 Wyr. ETPCz z 28.11.1988 r. w sprawie *Nielsen p. Danii*, § 70.

20 Wyr. ETPCz z 5.10.2004 r. w sprawie *H.L. p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 91; wyr. ETPCz z 19.04.2012 r. w sprawie *M. p. Ukrainie*, § 71.

21 Zob. wyr. ETPCz z 18.06.1971 r. w sprawie *De Wilde, Ooms i Versyp p. Belgii*, § 67.

22 *M. p. Ukrainie*, § 71-74.

wolności uznano przymusową izolację szpitalną (*compulsory isolation*) zastosowaną wobec osoby zarażonej wirusem HIV.[23] W wyroku wydanym w sprawie *Pekov p. Bułgarii* Trybunał uznał, że do pozbawienia wolności w rozumieniu art. 5 Konwencji doszło w wyniku aresztu domowego stosowanego wobec osoby, która została zwolniona z aresztu policyjnego w związku z koniecznością podjęcia specjalistycznego leczenia.[24] Przyjmuje się, że art. 5 Konwencji może mieć zastosowanie niezależnie od czasu *trwania pozbawienia wolności*. W sprawie *X. p. Austrii* przymusowe doprowadzenie na badanie krwi (*enforcing a blood test*) zostało uznane za pozbawienie wolności pomimo jego krótkotrwałego charakteru.[25]

Na gruncie prawa polskiego ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. *o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi* przewiduje tzw. przymus leczniczy, stosowany bez zgody lub wbrew woli.[26] Do form tego przymusu zalicza się w szczególności przymusowe: badania, leczenie, hospitalizację, izolację i kwarantannę.

Formy przymusu leczniczego przewidziane w tej ustawie ujmowane są w literaturze również jako rodzaje legalnego pozbawienia wolności.[27] Konstatacja ta dotyczy w szczególności przymusowej: hospitalizacji, izolacji oraz kwarantanny, które niewątpliwie wiążą się z pozbawieniem pacjenta fizycznej wolności. Ustawa nie definiuje przymusowej hospitalizacji. W doktrynie przyjmuje się, że należy przez nią rozumieć umieszczenie w szpitalu celem leczenia bez zgody pacjenta.[28] Zgodnie z przyjętymi w ustawie definicjami legalnymi (art. 2 pkt 11 i 12) izolacja oznacza odosobnienie osoby lub grupy osób chorych na chorobę

23 *Enhorn p. Szwecji*, § 44.

24 Wyr. ETPCz z 30.03.2006 r. w sprawie *Pekov p. Bułgarii*, § 39, 73.

25 Dec. Komisji z 13.12.1979 r. w sprawie *X. p. Austrii*; M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 462.

26 Szerzej zob. M. Paszkowska, *Przymus medyczny stosowany w zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych*, Przegląd Prawa Publicznego, 2009, nr 7-8, s. 107-119; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 151-153.

27 Zob. J. Liszewski, *Przegląd przypadków pozbawienia wolności oraz minimalnych gwarancji przysługujących osobom pozbawionym wolności*, [w:] *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały konferencyjne*, S. Pikulski (red.), Olsztyn 2002, s. 362; M. Mozgawa, *Bezprawne pozbawienie wolności (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania)*. [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego: księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), Lublin 2005, s. 304.

28 M. Paszkowska, *op. cit.*, s. 114.

zakaźną albo osoby lub grupy osób podejrzanych o chorobę zakaźną, w celu uniemożliwienia przeniesienia biologicznego czynnika chorobotwórczego na inne osoby, natomiast przez kwarantannę ustawa rozumie odosobnienie osoby zdrowej, która była narażona na zakażenie, w celu zapobieżenia szerzeniu się chorób szczególnie niebezpiecznych i wysoce zakaźnych.

Przymus leczniczy polegający na obowiązku poddania się hospitalizacji, kwarantannie czy izolacji należy rozpatrywać jako pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Cechy pozbawienia wolności mogą posiadać ponadto środki zapobiegające szerzeniu się zachorowań podjęte przez lekarza lub felczera na podstawie art. 28 omawianej ustawy. Zgodnie z tym przepisem lekarz lub felczer, który podejrzewa lub rozpoznaje chorobę szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną, stanowiącą zagrożenie dla zdrowia publicznego lub stwierdza zgon w wyniku takiej choroby, podejmuje działania zapobiegające szerzeniu się zachorowań. Działania te polegają w szczególności na skierowaniu do szpitala specjalistycznego zapewniającego izolację i leczenie oraz zapewnieniu transportu uniemożliwiającego przeniesienie zakażenia na inne osoby. Skuteczna realizacja powyższych obowiązków w stosunku do osoby podejrzanej o zakażenie lub zachorowanie albo zakażonej lub chorej na chorobę zakaźną może wiązać się z krótkotrwałym pozbawieniem wolności. Ustawa nie zawiera jednak precyzyjnej regulacji w tym zakresie.

Konwencja znajduje zastosowanie również w sytuacji krótkiego okresu pozbawienia wolności.[29] Stąd charakter pobawienia wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji mogą mieć środki przymusu bezpośredniego przewidziane w art. 36 ustawy z 2008 r. *o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi*, w formie: przytrzymania lub unieruchomienia. Zgodnie z ustawą lekarz oraz felczer posiadają kompetencje w zakresie stosowania tych form przymusu co do ich określenia oraz nadzoru nad ich wykonaniem. Lekarz oraz felczer mogą zwrócić się o pomoc w zastosowaniu środka przymusu

29 M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 461.

bezpośredniego do Policji, Straży Granicznej lub Żandarmerii Wojskowej. Warto jednak w tym miejscu zwrócić uwagę, że do przymusu bezpośredniego, o których mowa w tej ustawie nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 24 maja 2013 r. *o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej*.[30]

Prawnie relewantne jest miejsce, w którym zostanie umieszczona osoba pozbawiona wolności ze względu na chorobę zakaźną. Kwestia miejsca, w którym przebywa osoba pozbawiona wolności, była wielokrotnie podnoszona przez Trybunał na gruncie spraw osób chorych psychicznie.[31] Z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału wynika, że osoby takie powinny być umieszczone w szpitalu, klinice lub innym odpowiednim zakładzie.[32] Trybunał dopuszcza jednak sytuacje przejściowego umieszczenia w innym miejscu, jeżeli detencja w odpowiednim zakładzie nie jest możliwa do zapewnienia.[33] Ustalenie przewlekłości w tym zakresie może prowadzić do naruszenia art. 5 ust. 1 Konwencji.[34]

Z przepisu art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji Trybunał wywodzi, że prawnie uzasadnione pozbawienie wolności może znajdować swoją podstawę zarówno wówczas, gdy następuje ze względu na potrzebę ochrony zdrowia publicznego, jak również w celu ochrony osoby poddanej detencji.[35] W oparciu o argumentację Trybunału przyjąć zatem należy, że interpretacja art. 5 Konwencji ma wymiar publiczny oraz indywidualny. W sytuacji jednak, w której aktualne jest zagrożenie rozprzestrzeniania się choroby szczególnie niebezpiecznej i wysoce zakaźnej, pierwszorzędny charakter będzie miała przesłanka zagrożenia dla zdrowia publicznego i jego bezpieczeństwa. Szerzenie się choroby zakaźnej posiada bowiem wymiar zagrożenia o charakterze publicznym. Wynika to również z brzmienia samego przepisu art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji, który

30 Art. 3 pkt 6, Dz.U. z 2013 r. poz. 628, z późn. zm.

31 Zob. P. Hofmański, *op. cit.*, s. 188.

32 Wyr. ETPCz z 28.05.1985 r. w sprawie *Ashingdane p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 44. Zob. D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 298.

33 Wyr. ETPCz z 11.05.2004 r. w sprawie *Morsink p. Holandii*, § 67; wyr. ETPCz z 6.11.2007 r. w sprawie *Mocarska p. Polsce*, § 47; wyr. ETPCz z 12.02.2008 r. w sprawie *Pankiewicz p. Polsce*, § 44.

34 *Mocarska p. Polsce*, § 48; *Pankiewicz p. Polsce*, § 45.

35 *Litwa przeciwko Polsce*, § 60.

wskazuje na prewencyjny charakter pozbawienia wolności związanego z szerzeniem choroby zakaźnej. Choroba taka oraz jej szerzenie powinno stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa i zdrowia publicznego. Argumentację tę przyjął Trybunał w sprawie *Enhorn p. Szwecji* dotyczącej przymusowej izolacji szpitalnej osoby zarażonej wirusem HIV. Trybunał uznał, że zagrożenie zdrowiu publicznemu i bezpieczeństwu stanowi istotne kryterium oceny zgodności pozbawienia wolności z prawem w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej.[36]

Niezbędna powinna być konsultacja specjalisty lub informacja medyczna potwierdzająca rozpoznanie lub podejrzenie choroby zakaźnej. Na tle spraw osób chorych psychicznie Trybunał uznał, że pozbawienie wolności nie może nastąpić bez zbadania przez lekarzy i uznania przez nich, że stan pacjenta wymaga detencji.[37] Trybunał wskazywał, że wymagany jest w takich przypadkach dowód medyczny (*medical evidence*).[38] W chwili wystąpienia przesłanek pozbawienia wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej, organ zatrzymujący może nie dysponować opinią lekarza dotyczącą stanu zdrowia danej osoby. Trybunał dopuszcza jednak, by w wypadkach niecierpiących zwłoki możliwe było pozbawienie wolności bez opinii medycznej, ale natychmiast po zatrzymaniu opinia taka musi być zasięgnięta.[39] Te ostatnie wskazania Trybunału mogą być aktualne w przypadku wystąpienia choroby szczególnie niebezpiecznej i wysoce zakaźnej. Osoba pozbawiona wolności musi być jednak niezwłocznie zwolniona w wypadku ustania przyczyn detencji.

Pozbawienie wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej powinno odpowiadać przesłance zgodności z prawem krajowym (*accordance with a procedure prescribed by law*).[40] Pozbawienie

36 *Enhorn p. Szwecji*, § 44; wyr. ETPCz z 18.09.2012 r. w sprawie *James, Wells i Lee p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 195

37 P. Hofmański, *op. cit.*, s. 186

38 Zob. *Winterwerp p. Niderlandom*, § 39

39 Wyr. ETPCz z 5.10.2000 r. w sprawie *Vov p. Bułgarii*, § 47; *Winterwerp p. Niderlandom*, § 39.

40 Zob. *Winterwerp p. Niderlandom*, § 39; wyr. ETPCz z 16.05.2013 r. w sprawie *Radu p. Niemcom*, § 94. Zob. D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 301; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 162-163; M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 452.

wolności odpowiadające prawu (*lawful detention*) należy rozpatrywać w zakresie prawa materialnego oraz norm proceduralnych. Przede wszystkim środek detencyjny musi być przewidziany przez prawo krajowe (*legal basis in domestic law*), a dany środek zastosowany po spełnieniu określonych prawem krajowym przesłanek oraz po przeprowadzeniu wymaganej prawem procedury. Trybunał akcentuje również wymaganie co do jakości prawa (*quality of the law*), które powinno być dostępne, precyzyjne i przewidywalne.

Przepis art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji nie określa wymagań co do tego, jaki podmiot lub organ może podjąć decyzję o pozbawieniu wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej.[41] Kwestia ta pozostaje zatem w zakresie domeny Państwa oraz jego administracji. Wobec akcentowanego przez Trybunał wymagania co do jakości prawa przyjąć należy, że organ wydający decyzję o pozbawieniu wolności na podstawie art. 5 ust. 1 lit. e powinien być wyraźnie wskazany w przepisach prawa krajowego. Konwencja nakłada ponadto obowiązek objęcia decyzji o pozbawieniu wolności kontrolą sądową w związku z treścią art. 5 ust. 4 Konwencji.

Zgodność detencji z prawem krajowym nie jest elementem jedynym i decydującym. Pozbawienie wolności musi ponadto odpowiadać zasadzie proporcjonalności (*principle of proportionality*) oraz ochronie obywatela przed arbitralną ingerencją w jego wolność (*freedom from arbitrariness*). W sprawie *Enhorn p. Szwecji* Trybunał wskazał, że w przypadku pozbawienia wolności osób wymienionych w art. 5 ust. 1 lit. e konieczne jest wykazanie, że środek detencyjny jest środkiem ostatecznym, który służy zapobieżeniu szerzeniu choroby zakaźnej. Jednocześnie zastosowanie środków mniej surowych byłby niewystarczające dla zabezpieczenia interesu publicznego. Środki takie powinny być zatem *in concreto* rozważone.[42] Istotne znaczenie ma również długość okresu pozbawienia wolności zastosowanego w tym celu. Okoliczność ta uzasadniona jest wymogiem zachowania właściwej

41 Zob. P. Hofmański, *op. cit.*, s. 187.

42 *Enhorn p. Szwecji*, § 44, 49.

równowagi pomiędzy prawem do wolności a potrzebą zapewnienia, że nie dojdzie do rozprzestrzenienia choroby zakaźnej.[43]

Osoba pozbawiona wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej powinna być poinformowana o przyczynach detencji. Obowiązek ten wynika z przepisu art. 5 ust. 2 Konwencji, który ma zastosowanie niezależnie od podstawy pozbawienia wolności.[44] Określone w tym przepisie przesłanki interpretowane są autonomicznie, z uwzględnieniem celu przepisu art. 5 Konwencji, a zatem ochrony przed arbitralną ingerencją w wolność.[45] Informacja dla osoby pozbawionej wolności powinna być udzielona w prostym, nie technicznym języku oraz obejmować najważniejsze prawne i faktyczne podstawy detencji.[46]

Uprawnienie wynikające z art. 5 ust. 2 Konwencji pozostaje w bliskiej relacji z przewidzianym w art. 5 ust. 4 Konwencji prawem sądowej kontroli detencji.[47] Zakres obu tych gwarancji jest analogiczny.[48] Uprawnienie do odwołania się do sądu w celu ustalenia legalności pozbawienia wolności przysługuje niezależnie od tego, na jakiej podstawie nastąpiła detencja, a zatem również w sytuacji pozbawienia wolności celem zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej. Podkreślić przy tym należy, że na gruncie art. 5 ust. 4 Konwencji pojęcie „sądu" ma charakter autonomiczny.[49] A zatem prawo krajowe nie musi posługiwać się terminem „sądu" na określenie organu rozpatrującego odwołanie od decyzji o pozbawieniu wolności.[50] Musi to być jednak organ o charakterze sądowym (*judicial character*).[51] Przykładowo w sprawie *D. N. p. Szwajcarii*, dotyczącej umieszczenia w klinice psychiatrycznej, za „sąd" w rozumieniu art. 5 ust. 4 Konwencji została uznana Administracyjna Komisja Odwoławcza (*Administrative Appeals*

43 *Enhorn p. Szwecji*, § 55.
44 Zob. P. Hofmański, *op. cit.*, s. 195; M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 488.
45 Wyr. ETPCz z 21.02.1990 r. w sprawie *Van Der Leer p. Holandii*, § 27.
46 Wyr. ETPCz z 18.03.2008 r. w sprawie *Laden p. Polsce*, § 63.
47 *Van Der Leer p. Holandii*, § 28.
48 P. Hofmański, *op. cit.*, s. 194.
49 P. Hofmański, *op. cit.*, s. 211.
50 *Ibidem*.
51 P. Hofmański, *op. cit.*, s. 211; M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 502. *De Wilde, Ooms i Versyp p. Belgii*, § 76.

Commission), składająca się z dwóch prawników oraz trzech wyspecjalizowanych sędziów, z których jeden był psychiatrą działającym jako sędzia sprawozdawca.[52] Trybunał zwraca uwagę, że w sytuacji, gdy decyzja o pozbawieniu danej osoby wolności jest podejmowana przez organ administracyjny, Państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić prawo odwołania do „sądu".[53] Organ taki powinien posiadać atrybut bezstronności oraz musi być niezależny zarówno od egzekutywy, jak i od stron postępowania.[54] Powinien posiadać kompetencję do prawnej oceny legalności pozbawienia wolności oraz do zarządzenia zwolnienia, jeżeli detencja jest niezgodna z prawem.[55]

Postępowanie przed organem realizującym sądową kontrolę detencji powinno przewidywać gwarancje odpowiednie do rodzaju pozbawienia wolności.[56] W stosunku do osoby pozbawionej wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej niezbędne jest zapewnienie gwarancji procesowych uwzględniających stan zdrowia tej osoby. W niektórych sytuacjach konieczne może być ustanowienie dla takiej osoby fachowej reprezentacji.[57]

Prawo kontroli pozbawienia wolności przysługuje również w przypadku, gdy detencja jest krótkotrwała.[58] Zgodnie jednak ze stanowiskiem Trybunału przepis art. 5 ust. 4 Konwencji ma zastosowanie wyłącznie w stosunku do osoby, która jest pozbawiona wolności w chwili składania odwołania.[59] Jeżeli zatem osoba objęta detencją zostanie zwolniona przed uruchomieniem postępowania odwoławczego, będzie ona mogła skorzystać z regulacji przewidzianej w art. 13 Konwencji.[60]

---

52 Wyr. ETPCz z 29.03.2001 r. w sprawie *D. N. p. Szwajcarii*, § 39.

53 *De Wilde, Ooms i Versyp p. Belgii*, § 76.

54 *De Wilde, Ooms i Versyp p. Belgii*, § 78; *D. N. p. Szwajcarii*, § 42. D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 355.

55 D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 356; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 211. Zob. wyr. ETPCz z 5.11.1981 r. w sprawie *X p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 61.

56 *De Wilde, Ooms i Versyp p. Belgii*, § 76; *D. N. p. Szwajcarii*, § 41.

57 Por. D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 360-361; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 213-214.

58 D. Harris, M., O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, s. 366; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 208; M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 501.

59 P. Hofmański, *op. cit.*, s. 206; M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 501.

60 Wyr. ETPCz z 30.08.1990 r. w sprawie *Fox, Campbell i Hartley p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 45.

Stanowisko Trybunału nie jest jednak jednolite, na co zwraca się uwagę w literaturze.[61] W sprawie *Herz p. Niemcom* Trybunał uznał, że art. 5 ust. 4 Konwencji gwarantuje także sądową kontrolę detencji, również po uwolnieniu skarżącego.[62] Nierozpoznanie środków prawnych, które zostały wykorzystane przez osobę pozbawioną wolności, stanowi naruszenie art. 5 ust. 4 Konwencji.[63] W sprawie pozbawienia wolności osoby zaburzonej psychicznie *L. M. przeciwko Słowenii* Trybunał uznał, że sam fakt zaprzestania stosowania detencji nie powinien pozbawiać uzyskania oceny właściwych władz, czy detencja była rzeczywiście konieczna w okolicznościach danego przypadku.[64]

W zakresie sądowej kontroli nad pozbawieniem wolności wynikającej z art. 5 ust. 4 Konwencji regulacje obecnie obowiązującej ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. *o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi* są niewystarczające.[65] Należy zwrócić uwagę, że poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 6 września 2001 r. *o chorobach zakaźnych i zakażeniach* przewidywała w przepisie art. 30 ust. 3 obligatoryjne powiadomienie pacjenta poddanego obowiązkowej hospitalizacji, izolacji lub kwarantannie, w przypadku braku wyrażenia zgody na zastosowanie tych form przymusu leczenia, o prawie odwołania się do sądu w celu niezwłocznego ustalenia legalności pozbawienia wolności oraz umożliwienie pacjentowi odwołanie się do sądu.[66] *De lege lata* natomiast zgodnie z przepisem art. 39 ust. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. *o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi* w przypadku niewyrażenia zgody na hospitalizację, izolację lub kwarantannę przez osobę poddaną hospitalizacji, izolacji lub kwarantannie, kierownik podmiotu leczniczego, w którym umieszczona jest ta osoba, ma obowiązek powiadomienia jej

61 P. Hofmański, *op. cit.*, ss. 208-209.

62 Wyr. ETPCz z 3.12.2003 r. w sprawie *Herz p. Niemcom*, § 68.

63 Wyr. ETPCz z 1.09.2006 r. w sprawie *Bednov p. Rosji*, § 29-34.

64 Wyr. ETPCz z 12.09.2014 r. w sprawie *L. M. p. Słowenii*, § 127.

65 Por. krytyczne uwagi M. Paszkowskiej, *op. cit.*, s. 118-119. Podobne uwagi w zakresie wcześniejszego stanu prawnego opartego na ustawie z 13 listopada 1963 r. *o zwalczaniu chorób zakaźnych* (Dz. U. nr 50, poz. 279), zob. J. Liszewski, *op. cit.*, s. 371, 374.

66 Dz. U. z 2001 r. Nr. 126, poz. 1384 z późn. zm.

o przysługujących jej środkach odwoławczych. W tym zakresie obowiązująca ustawa powiela krytykowaną w literaturze wadę uchylonej ustawy z dnia 6 września 2001 r. *o chorobach zakaźnych i zakażeniach* co do braku przepisu ustanawiającego wprost uprawnienie pacjenta do możliwości odwołania się do sądu.[67] Wydaje się ponadto, że przewidziany w ustawie przepis nie gwarantuje pacjentowi adekwatnej do wymogów art. 5 ust. 4 Konwencji procedury, stosowanej przed niezależnym od egzekutywy organem o charakterze sądowym.

Podsumowanie

Pozbawienie wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej do tej pory rzadko pojawiało się w orzecznictwie Europejskiego *Trybunału* Praw Człowieka. Wspólna relacja prawna łącząca kategorie osób wymienionych w przepisie art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji pozwala jednak na określenie przesłanek dopuszczalności detencji osoby w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej. Pomocne jest w szczególności porównanie wypracowanych dotychczas przez Trybunał kryteriów zgodności pozbawienia wolności z zasadą proporcjonalności oraz ochroną obywatela przed arbitralną ingerencją w jego wolność. Z punktu widzenia dotychczasowego orzecznictwa Trybunału niezwykle istotne jest ustalenie, czy pozbawienie wolności w celu zapobieżenia szerzeniu choroby zakaźnej uzasadnione jest zagrożeniem dla zdrowia publicznego i jego bezpieczeństwa. Dodatkowo środek detencyjny powinien być środkiem ostatecznym, służącym zapobieżeniu szerzeniu choroby zakaźnej, gdy mniej surowe środki są niewystarczające dla zabezpieczenia interesu publicznego.

67 Zob. T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach*, Prawo i Medycyna nr 11, vol. 4., 2002, s. 28; M. Paszkowska, *op. cit.*, s. 118. Przykładowo tylko można wskazać, że prawo angielskie przewiduje uprawnienie do odwołania się od decyzji o zastosowaniu przymusu leczniczego do Sądu Koronnego (Crown Court), zob. *Public Health (Control of Disease) Act* 1984, s 67(2).

Maria Boratyńska

Postępowanie z pacjentem w stanie pozabiegowych zaburzeń psychicznych. Analiza przypadku

Wprowadzenie

Zagadnienie, o którym będzie mowa, sytuuje się na pograniczu psychiatrii i leczenia somatycznego. Notowane są przypadki, gdy pacjent doznaje skutków ubocznych zastosowanego leczenia objawiających się urojeniami, połączonymi niekiedy z zachowaniami agresywnymi. Stan ten został określony jako majaczenie (łac. *delirium*). O ile personel zakładów psychiatrycznych posiada przygotowanie, zaplecze techniczne oraz podstawę ustawową do zastosowania adekwatnej interwencji, o tyle w „zwykłych" szpitalach sprawa może zakończyć się tragicznie: skokiem pacjenta z siódmego piętra na beton lub spektakularną strzelaniną w wykonaniu wezwanej na pomoc policji. Ponadto odpowiednie stosowanie przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (wraz z rozporządzeniem wykonawczym co do dopuszczalnych środków przymusu bezpośredniego) uważane jest słusznie za co najmniej problematyczne.

Celem niniejszego opracowania jest opis zachowań pacjentów w delirium, wiążących się z tym możliwych zagrożeń dla nich samych

oraz otoczenia, jak również zaproponowanie podstaw prawnych umożliwiających skuteczną, a jednocześnie humanitarną reakcję.

Celowość i sens użycia wobec takich osób przymusu bezpośredniego wydają się oczywiste, niemniej dobór środków nie jest obojętny z punktu widzenia dobra zdrowotnego pacjenta oraz poszanowania jego dóbr osobistych i godnych ochrony interesów z jednej strony, a bezpieczeństwa innych osób – z drugiej. Pacjent może stanowić nawet poważne zagrożenie, ale nie powinien być traktowany przez szpital na równi z przypadkowymi szaleńcami, którzy wtargnęliby z ulicy. Nie należy tracić z oczu faktu, że – dotknięty chorobą somatyczną – znalazł się pod opieką szpitala, poddany zabiegom wymagającym nierzadko znieczulenia ogólnego i jego reakcje przynajmniej częściowo wynikają z zastosowanych leków.

Jednym z naczelnych obowiązków szpitala jest zapewnienie chorym bezpieczeństwa pobytu[1]. Według M. Nesterowicza chodzi o stworzenie pacjentowi warunków zabepieczających przed zdarzeniami niezwiązanymi z ryzykiem wynikającym z istoty tych zabiegów, na które wyraził zgodę.[2] Z. Banaszczyk postuluje jednak rozumieć tę powinność znacznie szerzej: jako obowiązek szczególnej dbałości o prawa pacjenta w toku leczenia. Wynika on zdaniem autora z całokształtu ustaw medycznych, gdzie powinny być zawarte instytucjonalne gwarancje, minimalizujące naruszenie dóbr osobistych pacjenta do granic niezbędnych z punktu widzenia ochrony jego zdrowia.[3] Obowiązek ten jest szerszy w odniesieniu do placówek psychiatrycznych, jednocześnie jednak orzecznictwo od dawna uznaje, że nad chorym nieprzytomnym oraz takim, który nie zachowuje się normalnie, powinna być roztoczona opieka szczególna i szczególny nadzór[4].

1 M. Nesterowicz, *Glosa* do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 18 marca 2013 r., I ACa 852/12, Prawo i Medycyna nr 4/2015 s. 118 i n.

2 M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa*, Państwo i Prawo nr 1/1999, s. 40 oraz tegoż w: *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 344.

3 Z. Banaszczyk, *O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych*, PiM nr 4/2015, s. 63.

4 *Ibidem*, s. 119. Autor przywołuje wyroki SN z 7 lutego 1969 r., II CR 589/68, LEX nr 6453 oraz z 19 listopada 1969 r., II CR 294/69, OSPiKA nr 12/1970, poz. 249. Zob. tez D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, Warszawa 2012, s. 284.

Problem majaczenia pacjentów został opracowany w lieraturze przedmiotu,[5] wymaga jednak szerszego upowszechnienia, o czym świadczy opisywany w prasie dramatyczny przypadek ze Śląska, który posłuży za kanwę do rozważań.

Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-10) WHO odróżnia osobno majaczenie alkoholowe[6], natomiast większość piśmiennictwa stosuje kryteria Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego i rozpoznaje wszystkie przypadki majaczenia łącznie, bez rozróżniania na przyczyny.[7] Majaczenie o podłożu somatycznym to zespół zaburzeń psychicznych, których początek jest zwykle nagły. Rozwija się w krótkim czasie i wiąże z obecnością chorób współistniejących. Główny czynnik determinujący rozwój majaczeń stanowi wiek: częściej narażeni sa pacjenci starsi.[8] W obrazie klinicznym dominują zmienne w cyklu dobowym zaburzenia świadomości z upośledzeniem podstawowych funkcji poznawczych, dezorientacja, błędne rozpoznawanie osób z otoczenia. Pacjent nie potrafi podać daty ani rozpoznać miejsca, doznaje upośledzenia pamięci świeżej.[9] Etiologia majaczenia jest wieloczynnikowa, ale bardziej zagrożeni są pacjenci obciążeni wieloma chorobami, w złym stanie ogólnym, z występującymi wcześniej zaburzeniami funkcji poznawczych.[10] Wśród niefarmakologicznych czynników ryzyka wymienia się m.in. sam fakt pobytu w szpitalu[11] oraz stres.[12] Zidentyfikowane zostały grupy leków sprzyjających wystąpieniu majaczenia: m.in. niektóre antybiotyki (penicyliny, cyklosporyny), leki przeciwzapalne (m.in. kortykosteroidy) oraz, co oczywiste, leki działające na ośrodkowy układ nerwowy:

5 Ł. Krzych, *Ocena ryzyka występowania majaczenia i jego wpływ na rokowanie u chorych poddawanych operacjom kardiochirurgicznym*, Katowice 2011, M. Lach, A. Rojek-Jarmuła, Ł. Krzych, *Majaczenie – często niedoceniany problem u pacjentów kardiologicznych*, Kardiologia po Dyplomie, nr 1-2/2015.

6 Zaburzenia psychiczne i zaburzenia zachowania spowodowane użyciem alkoholu (zespół abstynencyjny z majaczeniem); kod F10.4

7 M. Lach, A. Rojek-Jarmuła, Ł. Krzych, *Majaczenie...,* s. 52.

8 *Ibidem,* s. 52 i 53.

9 s. 54.

10 s. 55.

11 s. 56 tab. 4 pkt N.

12 s. 55.

benzodiazepiny (w tym popularne relanium), opioidy (morfina, tramadol), a także stosowana do znieczulenia przedoperacyjnego ketamina.[13]

Majaczenie pozabiegowe może przybrać postać hipoaktywną lub hiperaktywną. Jedną i drugą da się zakwalifikować jako normalne następstwo pobytu w szpitalu i podjętych czynności leczniczych, choć przyczyny na ogół mają charakter złożony. Najbardziej rozpowszechniona jest hipoteza, według której delirium stanowi następstwo stresu biologicznego wywołanego: hipoksją (niedotlenieniem), hipoperfuzją (niedokrwieniem) mózgu, odwodnieniem lub zaburzeniami elektrolitowymi.[14] Nie ustalono dotychczas standardowych algorytmów terapii, ale uważa się, że objawowe leczenie farmakologiczne powinno być stosowane tylko wobec pacjentów pobudzonych i niebezpiecznych.[15]

I. **Postać hipoaktywna** delirium jest o tyle mniej groźna, że pacjenta cechuje wycofanie, apatia, obniżony afekt, senność. Może spać, ale doznawać przeżyć wewnętrznych, które z kolei prowadzą do bezładnego rzucania się po łóżku. Zachodzi ryzyko spadnięcia, złamań, urazów głowy, naruszenia szwów pooperacyjnych itp. Według statystyk dotyczy to jednej czwartej pacjentów po operacjach. Występujące marzenia lub koszmary senne po obudzeniu mogą utrzymywać się jako omamy lub iluzje[16]. Pacjent w tym stanie jest niewątpliwie niekompetentny i łatwo to zauważyć. W razie potrzeby trzeba ratować go przed nim samym, podobnie jak pacjenta dotkniętego zaburzeniami psychicznymi uzasadniającymi przyjęcie do szpitala psychiatrycznego. Częstość zjawiska pozwala wymagać, aby w ramach zapewnienia choremu bezpieczeństwa w szpitalu zaplanować określone środki zaradcze. Analogia z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego nasuwa się sama, skoro zbliżona jest natura objawów. Jak słusznie jednak zwróciły uwagę A. Augustynowicz i A. Czerw, dopuszczalność przymusu bezpośredniego przewidziana w ustawie psychiatrycznej związana jest z „wykonywaniem

13 Pełną listę zawiera tabela 5 na s. 57.

14 s. 55.

15 s. 60.

16 M. Lach, A. Rojek-Jarmuła, Ł. Krzych, *Majaczenie...,* s. 53, tabela 1 pkt D ppkt 3.

czynności przewidzianych w niniejszej ustawie" (art. 18).[17] Gwarancyjna specyfika tego aktu prawnego nakazuje daleko posuniętą ostrożność w posługiwaniu się analogią. Więcej: wolno *prima facie* twierdzić, iż jakiekolwiek analogie wyklucza między innymi dlatego, że przymus psychiatryczny odnosi się do pacjentów już zdiagnozowanych lub wymagających zdiagnozowania, a jednocześnie dopuszczających się zamachu na życie lub zdrowie własne bądź innych, bezpieczeństwo powszechne, demolujących wnętrza lub poważnie zakłócających funkcjonowanie placówki psychiatrycznej (art. 18 ust. 1). Użycie przymusu jest tam powiązane z konkretnymi czynnościami medycznymi przewidzianymi w ustawie. Pojęcie zaburzeń psychicznych zostało zdefiniowane na użytek ustawy i oznacza „inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym" (art. 3 pkt 1 ppkt c). Nie każde zatem zaburzenia psychiczne w rozumieniu medycznym odpowiadają tej definicji i tym samym uzasadniają zastosowanie środków leczniczych przewidzianych w ustawie. Przemijające zaburzenia o charakterze majaczeń do owej definicji nie przystają, ponieważ pacjent w tym stanie nie wymaga pomocy *niezbędnej do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym*, tylko krótkotrwałej opieki na czas dojścia do siebie. Kształt unormowań zawartych w ustawie psychiatrycznej jest, by tak rzec, hermetyczny: jednoznacznie ogranicza przewidziane działania, w tym przymus bezpośredni, do stanów faktycznych tam określonych i wyklucza jakiekolwiek podobieństwo z innymi. Ponadto według Sądu Najwyższego przepisy dotyczące użycia przymusu bezpośredniego powinny być wykładane w sposób restryktywny, ponieważ ograniczają prawa i wolności obywatelskie.[18] Przymus bezpośredni wolno uznać za do-

17 A. Augustynowicz, A. Czerw, *Stosowanie środków przymusu bezpośredniego przez personel medyczny w procesie diagnostyczno – terapeutycznym w podmiotach leczniczych innych niż szpitale psychiatryczne – zagadnienia wybrane*, PiM nr 1-2/2013, s. 43-44.

18 Postanowienia SN z 27 lutego 2008 r., III CSK 318/07, LEX nr 452962 oraz z 16 kwietnia 2009 r., I CSK 402/08, LEX nr 560512, za: M. Nesterowicz, *Glosa*..., PiM nr 4/2015, s. 118.

puszczalny tylko w wypadkach wskazanych w ustawie,[19] odnosi się to jednak do konkretnych kontekstów medycznych. Takie ograniczenie realizuje cel gwarancyjny: zapobieżenie ewentualnym nadużyciom. Z drugiej strony – istnieje potrzeba ustalenia postępowania z pacjentami w pozabiegowym stanie niekompetencji, którym należy się zapewnienie bezpieczeństwa. Ratowanie człowieka przed nim samym, gdy ten z powodu zupełnej dezorientacji w otoczeniu sprowadza sam na siebie bezpośrednie niebezpieczeństwo dla życia lub ciężkie niebezpieczeństwo dla zdrowia, wykracza poza ramy szczegółowych unormowań: stanowi obowiązek moralny i prawny na zasadach ogólnych i obarcza każdego, kto nie musi w tym celu ryzykować własną osobą ani dobrem innych (art. 162 k.k.). Z kolei lekarz ma zawodowy obowiązek udzielenia pomocy w sytuacjach niecierpiących zwłoki (art. 30 u.z.l.). Sprawę komplikuje fakt wkroczenia w inne dobra prawne ratowanego, przede wszystkim w jego wolność: rzucającego się pacjenta trzeba będzie fachowo i skutecznie skrępować, a uwolnić dopiero po ustąpieniu objawów, zaś użycie tego rodzaju przymusu trudno uznać za pomoc lekarską. Jeśli chodzi o przymusowe leczenie wymagających niezwłocznej pomocy, ale opierających się pacjentów bez kontaktu logicznego, T. Dukiet-Nagórska postuluje powołać się na konflikt obowiązków z art. 26 § 5 k.k. Lekarz znajduje się bowiem w sytuacji takiego konfliktu: powinien udzielić pomocy, jednak prawo nie daje mu podstaw do użycia przymusu[20]. Przywołany przepis nakazuje odpowiednio stosować postanowienia art. 26 § 1 i 2 k.k., tzn. przesłanki stanu wyższej konieczności, które literalnie odnoszą się do kolizji dóbr przynależnych różnym osobom, ale dzięki zastosowaniu „odpowiedniemu" pozwalają zdaniem autorki posłużyć się nimi dla rozstrzygnięcia konfliktu między dobrami tej samej osoby, o ile mieści się to w granicach subsydiarności i proporcjonalności.[21] Fizyczne pozbawienie wolności dla ochrony przed wyrządzeniem sobie przez pacjenta szkody

19 M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 475.

20 T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 140-141.

21 *Ibidem* s. 141.

w stanie niekompetencji nie stanowi działania medycznego, tylko ratunkowe, wobec czego wykluczone byłoby powołanie się na art. 35 u.z.l. o rozszerzeniu pola leczenia. Realizacja ciążącego na całej placówce medycznej obowiązku (co do zapewnienia bezpieczeństwa pobytu) odbywać się będzie kosztem wolności pacjenta, zaś środkiem do celu jest przymus bezpośredni. Biorąc pod uwagę występujący u pacjenta stan niekompetencji oraz prawidłowo udzieloną uprzednią zgodę na hospitalizację i zabieg oraz znieczulenie (lub zezwolenie zastępcze bądź sytuację naglącą w rozumieniu art. 33 u.z.l.), wolno przyjąć, iż została zachowana ustawowa proporcja między dobrem ratowanym a poświęconym. Jednak tylko szczególny kontekst - zastosowanego legalnie leczenia - stanowi moim zdaniem okoliczność uzasadniającą uznanie wolności pacjenta za dobro o wartości niższej niż dobra ratowane, przymus służy bowiem osiągnięciu znanego i wcześniej zaakceptowanego celu. Wobec niedopuszczalności odpowiedniego zastosowania przepisów ustawy psychiatrycznej[22] pozostaje do ustalenia kwestia środków przymusu bezpośredniego, które mogą zostać użyte. Ich katalog zawiera ustawa psychiatryczna, co może stanowić wskazówkę o charakterze technicznym: skoro podobny jest stan kliniczny pacjenta i uznajemy dopuszczalność przymusu bezpośredniego w imię rozstrzygnięcia kolizji dóbr i obowiązków, dopiero można z owej wskazówki skorzystać. Do wyboru jest przytrzymanie, przymusowe podanie leków, unieruchomienie lub izolacja (art. 3 pkt 6). Z pozycji bardzo ogólnie ujętego przepisu art. 26 k.k. nie ma przeszkód, by posłużyć się innymi sposobami, tyle że te przewidziane w ustawie zostały dobrane tak, by pacjentowi zapewnić humanitarne i stosunkowo bezpieczne traktowanie. Podobnie jak według ustawy psychiatrycznej, zastosowanie jednego nie wyklucza innych, ale zostało to podyktowane względami czysto funkcjonalnymi. Celem zastosowania przymusu jest tutaj przeczekanie majaczenia hipoaktywnego, które po pewnym czasie powinno ustąpić samoistnie. Z tego punktu widzenia przydatne są przede

22 Odmiennie A. Augustynowicz i A. Czerw, *Stosowanie przymusu bezpośredniego*... s. 45, które opowiadają się za „posiłkowaniem się ustawą o ochronie zdrowia psychicznego w drodze wykładni systemowej".

wszystkim przytrzymanie, a następnie unieruchomienie oraz izolacja, bo leki już pacjent otrzymał i chodzi o przeczekanie ich działania, a nie o podawanie następnych, które w dodatku mogłyby wejść w szkodliwe interakcje. Użyteczne praktycznie będą natomiast konkretne sposoby postępowania oraz czas ich trwania, kontrolowanie (ze szczególnym uwzględnieniem obowiązku sprawdzania stanu pacjenta co 15 minut) oraz dokumentowanie. Warte zaakcentowania są również dyrektywy o charakterze gwarancji dla praw pacjenta zawarte w ustawie i w rozporządzeniu wykonawczym[23] - choć pod rządem obecnych przepisów, przede wszystkim ustawy o prawach pacjenta, niektóre z nich dałoby się wywieść z tam zawartych unormowań. Jako przykład może posłużyć § 7 rozporządzenia, z którego wynika, że przymus bezpośredni w formie unieruchomienia jest stosowany w pomieszczeniu jednoosobowym, a w braku takiej możliwości – w sposób umożliwiający oddzielenie pacjenta od innych osób przebywających w tym samym pomieszczeniu i zapewniający poszanowanie jego godności oraz intymności, w szczególności przez wykonywanie zabiegów pielęgnacyjnych bez obecności innych osób. Wymagania dalej idące – jak obowiązek wyposażenia izolatki w instalację monitoringu umożliwiającą stały nadzór – mogą już być dyskusyjne, jako że placówce niepsychiatrycznej nie da się ze względów czysto praktycznych stawiać wymagań takich samych jak psychiatrycznej. Mimo iż nie ma podstaw, by omówione przepisy psychiatryczne stosować wprost ani nawet odpowiednio, wolno stamtąd zapożyczyć skuteczne i humanitarne metody postępowania, z uwzględnieniem zaczerpniętych również z ustawy, ale też oczywistych wymogów humanitarnych: jak najmniejszej uciążliwości dla pacjenta przy *szczególnej ostrożności* i dbałości o jego dobro oraz zaprzestania przymusu niezwłocznie po ustaniu przyczyny. Także ze względów gwarancyjnych zastosowanie przymusu powinno być dokładnie odnotowane w dokumentacji z podaniem powodu i ze szczegółowym opisem, wzorowanym (ale tylko wzorowanym) na formularzach z załącz-

23 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 28 czerwca 2012 r. w sprawie sposobu stosowania i dokumentowania zastosowania przymusu bezpośredniego oraz dokonywania oceny zasadności jego zastosowania, Dz. U. z 12.VI.2012 r. Poz. 740.

ników do rozporządzenia psychiatrycznego. Inne natomiast środki przymusu bezpośredniego, o ile podpowie takie wyobraźnia, mogą być użyte tylko przy braku alternatywy, w imię założenia, że te z ustawy psychiatrycznej zostały zaplanowane jako najlepiej wyważony sposób postępowania z pacjentem dotkniętym zaburzeniami. Przy okazji warto zwrócić uwagę, że kryterium szczególnej ostrożności jest w prawie stosowane rzadko; prawo medyczne operuje na zasadach ogólnych mniej rygorystycznym terminem „należyta staranność". W odniesieniu do przymusu bezpośredniego szczególna ostrożność powinna być moim zdaniem wymagana w każdym przypadku przemocy na pacjencie, zwłaszcza stosowanej przy braku specjalnie skonstruowanej podstawy prawnej. Ostrożność jako termin węższy niż staranność kładzie akcent na bezpieczeństwo pacjenta, zaś jej szczególność – oznacza, iż dawkowanie przemocy powinno być wyjątkowo wyważone.

Pacjent po ocknięciu się z maligny może jednak zgłaszać pretensje, że pozbawiono go wolności przez dajmy na to unieruchomienie pasami „jak u wariatów" lub w izbie wytrzeźwień i pogwałcono godność osobistą przez dopuszczenie do zmoczenia przezeń łóżka. Z tego względu informacja o mogącej się pojawić potrzebie unieruchomienia pooperacyjnego i środkach w tym celu stosowanych powinna być pacjentowi udzielana na zasadach ogólnych, identycznie jak np. informuje się o możliwości powikłań śród- i pooperacyjnych. Majaczenie „poanestetyczne" spełnia przecież literę art. 32 ust. 1 ustawy lekarskiej (oraz art. 9 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta): należy do informacji o „proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, **dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania** albo zaniechania". Jest to więc zwykły obowiązek, a nadto taka informacja pozwala oszczędzić pacjentom niemiłego zdziwienia.

Z informacją wiąże się kwestia uprzedniej zgody na ewentualne zastosowanie przymusu bezpośredniego. Unieruchomienie pooperacyjne pacjenta niekompetentnego (niewybudzonego) mimo braku takiej zgody da się z pewnym trudem uzasadnić, pozostaje bowiem w bezpośrednim związku z prawidłowo i legalnie przeprowadzonym zabiegiem medycznym, dla którego jest przedłużeniem usprawiedliwionym

okolicznościami: swoistą wyższą koniecznością ratowania zdrowia lub życia przy poświęceniu wolności ograniczonej ramami zgody pacjenta na czynności główne, tzn. zabieg i znieczulenie.

Z drugiej strony pozabiegowy przymus bezpośredni jest ingerencją nie tylko w autonomię, ale i w inne dobra osobiste pacjenta (co najmniej nietykalność cielesną); może być postrzegany jako praktyka „nielecznicza" w potocznym rozumieniu, drastyczna obyczajowo, a nawet kłócić się z systemem wartości lub innymi preferencjami zainteresowanego. Nie ma przeszkód technicznych, by pacjenta pytać o zgodę warunkową („na wszelki wypadek") na zastosowanie takiego środka, gdy chodzi o operacje o charakterze planowym, większość operacji pilnych a nawet niektóre nagłe. Dodatkowym czynnikiem jest to, że przymus bezpośredni wykracza, jak zostało wspomniane, poza upoważnienie z art. 35 u.z.l., a trudno przyjmować fikcję prawną, że zgadzając się na zabieg chirurgiczny w znieczuleniu ogólnym człowiek *implicite* zgadza się i na to, by go w razie potrzeby związano.

Odmowa pacjenta co do ewentualnego przymusu pozabiegowego stwarzałaby sytuację kłopotliwą praktycznie, bo w takim wypadku należałoby odmówić mu leczenia (analogicznie jak gdyby pacjent oświadczył na przykład, że nie zgadza się na zakładanie szwów naczyniowych w razie masywnego krwawienia) albo zaproponować znieczulenie innego rodzaju, co nie zawsze jest możliwe.

II. Postać hiperaktywna majaczenia przejawia się pobudzeniem, niepokojem, zmiennością emocjonalną, halucynacjami i urojeniami,[24] nierzadko prześladowczymi. Pacjent może zrzucić na podłogę monitory, zerwać przewody i w napadzie paniki popędzić na dach lub wyskoczyć oknem. Przyczyna niekoniecznie ma naturę polekową: delirium może powstać jako postać zespołu abstynencyjnego, najczęściej na tle odstawienia alkoholu, którego poza szpitalem pacjent regularnie nadużywał. Wystarczą dwa do czterech dni bez picia. Lepiej obeznani z podobnymi przypadkami są lekarze ze szpitali położonych w tzw. trudnej okolicy (np. warszawska Praga). Pacjentowi należy wówczas

24 M. Lach, A. Rojek-Jarmuła, Ł. Krzych, *Majaczenie..., s. 54.*

podać zastrzyk uspokajający, ale najistotniejsze jest wczesne rozpoznanie zagrożenia dzięki umiejętnemu zebraniu wywiadu. W dokumentacji medycznej znajduje się rubryka „pije, pali, przeszłość", która powinna zostać wypełniona skrupulatnie i szczegółowo. Jeśli pacjent deklaruje, iż pije „jak wszyscy" bądź „okazjonalnie", dobrze jest dopytać, ile razy dziennie trafia mu się owa *okazja*.[25] Pościg lekarzy za delirycznym pacjentem po dachach szpitala[26] świadczy o swego rodzaju bohaterstwie, którego nie można przecież wymagać od każdego, wolno natomiast oczekiwać starannego wywiadu, wyodrębnienia czynników ryzyka, wyciągnięcia właściwych wniosków, zachowania pogotowia oraz adekwatnego reagowania.

III. Na tym tle warto prześledzić czynności personelu wobec pacjenta ze szpitala w Rudzie Śląskiej i zastanowić się nad ich prawidłowością.

Pięćdziesięcioszześcioletni Horst D. był operowany w trybie pilnym z powodu stwierdzonego tomografią komputerową krwiaka opłucnej.[27] W wywiadzie podał, że został pchnięty nożem przez nieznanego sprawcę wkrótce po tym, jak na murku przed sklepem spożywczym wypił dwa piwa Żubr. Wcześniej jeszcze, w samotności, wypił pół litra wódki. Następnego dnia po operacji, a cztery dni po feralnym wieczorze, wyrwał się pielęgniarkom, które zaalarmowane przez inną pielęgniarkę, odwiedzającą drugiego pacjenta na tej sali, próbowały przewieźć Horsta D. gdzie indziej. Wołał, że chcą go zabić i w urojonej obronie wymachiwał butlą, w której zbierał mu się płyn z jamy opłucnowej. Nie pozwalał do siebie nawet podejść. Następnie wpadł do sali chorych, otworzył okno i stanął na parapecie. Próbował wyskoczyć, ale w ostatniej chwili udało się go ściągnąć. Jeden z lekarzy zawołał, by wezwać policję. Pacjent wymachiwał butlą i na oślep walił pięściami. Wbiegł do kuchni, gdzie porwał dwa noże i próbował atakować personel. Nie powiodło się zamknięcie go tam, bo szyba w drzwiach nie wytrzymała uderzeń metalowym dzbankiem. Lekarze

25 Informacje uzyskane od lekarza z długoletnią praktyką w takim szpitalu.

26 Zdarzenie autentyczne, opowiedziane przez znajomego lekarza praktykującego w dzielnicy o złej reputacji.

27 Stan faktyczny na podstawie D. Kortko, J. Watoła, *Złe sny*, Gazeta Wyborcza Duży Format, 15.X.2015, s. 7-8.

i pielęgniarki pierzchali na boki i barykadowali się po pokojach. Przybyli policjanci osaczyli pacjenta na klatce schodowej na poziomie piwnicy, dokąd trafili po śladach krwi i parokrotnie wzywali do rzucenia broni. Bezskutecznie: Horst. D. twierdził, że to broń, która służy mu do obrony i wykonywał pchnięcia w ich kierunku. Policjant zakręcił tonfą trafiając go w nadgarstek. Po takim uderzeniu każdy powinien zwinąć się z bólu, ale Horst D. nie zareagował, co może sugerować, że działało jeszcze znieczulenie, względnie podane już po wybudzeniu środki przeciwbólowe. Nie zareagował również na gaz pieprzowy ani na następne ciosy tonfą. Padły dwa strzały. Jedna kula trafiła w tętnicę udową, druga przeszła na wylot przez miednicę. Sekcja zwłok jako przyczynę śmierci wykazała utratę krwi.

Regulamim szpitalny przewidywał, że pacjenta agresywnego należy odizolować od innych chorych, zadbać o własne bezpieczeństwo, zorganizować grupę czterech – pięciu osób do zastosowania przymusu bezpośredniego, podać leki uspokajające, a gdy pacjent jest bardzo niebezpieczny - wezwać policję.[28]

Post factum personel żałował, że nie otrzymał żadnego przeszkolenia. Zatrudnieni na oddziale lekarze najwyraźniej nie mieli w takich sprawach praktyki.

IV. Opisany przypadek sytuuje się na pograniczu ryzyka sytuacyjnego i lekarskiego ryzyka zawodowego. Co do pierwszego w nauce prawa medycznego panuje zgoda, iż lekarz nie ma obowiązku go opanowywać i wolno mu zaczekać z udzieleniem pomocy medycznej aż zadziałają wyspecjalizowane służby. Ryzyko sytuacyjne: powódź, pożar, niebezpieczne zwierzęta lub niebezpieczni ludzie – uchyla obowiązek lekarski w sytuacji naglącej, określony w art. 30 u.z.l.[29] Horst D. zachowywał się jakby był chory psychicznie i prezentował zestaw zachowań, które mogłyby wystraszyć każdego. Personel miał podstawy

28 Na podstawie tego samego źródła, s. 8.

29 Zob. L. Kubicki, *Zasady odpowiedzialności prawnej lekarza w świetle nowej ustawy o zawodzie lekarza*, PiM nr 1/1991, s. 26-27, tenże: *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, PiM nr 13/2003, E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, E. Zielińska (red.), Warszawa 2008, s. 447-448, M. Boratyńska, *Wolny wybór*... s. 300-303.

do obaw (z zastrzeżeniem, że zachowania pacjenta sprawiały wrażenie gwałtownej, lecz defensywnej reakcji na urojenia prześladowcze). Pracownicy szpitala udaremnili mu próbę samobójczej ucieczki przez okno, natomiast trudno jest wymagać, by dali się nadziać na ostrza noży. Pacjent nikogo nie próbował nimi przebić, ale jak najpoważniej traktował jako narzędzie obrony. Nie sposób było bez śmiertelnego ryzyka zbliżyć się ze strzykawką, nawet gdyby ktoś zdołał zajść od tyłu lub wykorzystał, że ktoś drugi odwrócił uwagę; zresztą leki uspokajające nie działają natychmiast.

Niemożliwe nie może być przedmiotem obowiązku, powstaje jednak pytanie, czy szpital jako placówka mógł i powinien był takie wypadki przewidzieć i czy wytworzone ryzyko uzasadniało wezwanie policji. Wydaje się, że nikomu z pesonelu nie można postawić zarzutu winy, bo to nie szpital psychiatryczny, gdzie szalejący pacjenci są na porządku dziennym, więc zamiast wzywać policję można zawołać na pomoc wyszkolonych sanitariuszy z odpowiednim sprzętem.

Delirium na tle odstawienia trunków lub używek[30] wynika z dwóch przyczyn: uszkodzenia centralnego układu nerwowego wskutek długotrwałego ich przyjmowania, przy czym uzależnienie pacjenta powinno zostać w należycie staranny sposób (art. 4 u.z.l.) ustalone w wywiadzie - oraz abstynencji podczas pobytu w szpitalu. Kluczowe znaczenie ma zatem, powtórzmy, sumiennie zebrany wywiad. Istotne informacje mogą zostać przez pacjenta lub członków jego rodziny zatajone, możliwe jest również, iż pacjent był hospitalizowany w stanie niekompetencji lub w trybie pilnym. Te wszystkie czynniki wymagają uwzględnienia przy ocenie należytej staranności. Horst D. sam jednak przyznał, ile i czego wypił, a jest to ilość raczej spora, po której mało kto zdoła utrzymać się na nogach, on zaś dotarł do domu o własnych siłach. Pozwalało to podejrzewać, że miał pewną praktykę w przyjmowaniu dużych ilości trunku i nakazywało z ostrożności przyjąć, że może należeć do osób zagożonych zespołem abstynencyjnym.

30 Do szpitali ogólnych trafiają ze schorzeniami somatycznymi również pacjenci dotknięci politoksykomanią, jest to jednak przypadłość rzadsza niż alkoholizm, bo alkohol taniej kosztuje.

Osoby przewlekle nadużywające alkoholu stanowią grupę podwyższonego ryzyka, ale delirium może mieć również etiologię inną, by tak rzec - szpitalną: stanowić następstwo podania trojakiego rodzaju anestetyków - usypiających, zwiotczających i przeciwbólowych, których działanie ustąpiło nierównocześnie, przy uwzględnieniu obciążeń osobniczych: stresu, starości, wyniszczenia organizmu, cukrzycy, niedożywienia, nadciśnienia tętniczego, odwodnienia.[31] Horst D. został pchnięty nożem i przeszedł operację ratującą życie (nie trzeba uzasadniać, że stwarza to sytuację silnego stresu). Jego stan i możliwe zaburzenia mieszczą się zatem moim zdaniem w granicach ryzyka lekarskiego.

Z powodu podanych wyżej uwarunkowań należy realnie liczyć się z wystąpieniem „delirium szpitalnego" na każdym oddziale zabiegowym i zaplanować skuteczne sposoby reagowania. Umiejętność postępowania z takim pacjentem jest również kwestią należytej staranności, a jej niedochowanie obciąża placówkę jako tzw. wina organizacyjna. Wobec pacjenta w pierwszej dobie po wybudzeniu powinna obowiązywać zasada braku zaufania, a w konsekwencji - wzmożona obserwacja oraz gotowość niezwłocznego zareagowania na niepokojące symptomy (czyli – ujmując w uproszczeniu - strzykawka w zasięgu ręki). Gdy zaś okaże się za późno na środek uspokajający i pacjenta nikt nie jest w stanie powstrzymać, wezwanie policji może być rzeczywiście niezbędne (np. gdy pacjent w ataku urojeń prześladowczych weźmie zakładnika). Przy ocenie niezbędności należy jednak uwzględnić czynnik organizacyjny: personel oddziału powinien zostać zapoznany z tego rodzaju ryzykiem i odpowiednio wyedukowany oraz wyposażony w stosowne środki.

Zachowania pacjenta w tym stanie mogą być wymierzone przeciwko niemu samemu, co przybiera postać udanej albo nieudanej próby skoczenia oknem lub z dachu, bądź agresji wobec otoczenia: ataku na personel szpitalny. Jak podano w relacji prasowej, Horst D. reagował agresją na białe kitle, włączając również obsługę kuchni. Wcześniej próbował wyskoczyć oknem. Próba tego rodzaju mogła wynikać bądź

31 Ł. Krzych, *op. cit*.

z zamiaru samobójczego, bądź z paniki popychającej do opuszczenia przerażającego miejsca najkrótszą możliwą drogą. Jeśli był to zamach samobójczy podjęty w stanie niekompetencji, to doraźne zastosowanie przymusu w celu ratowania należy uznać za, można powiedzieć, podwójnie uzasadnione.[32] Ustalenie zakresu obowiązków placówki niepsychiatrycznej w takich wypadkach wymaga podejścia realistycznego. Z jednej strony – w szpitalu ogólnym bez oddziału psychiatrycznego (lub w szpitalu specjalistycznym) trudno oczekiwać krat we wszystkich oknach i drzwi bez klamek. Z drugiej – przypadki delirium (lub stanów o podobnych konsekwencjach) nie mogą być traktowane jako zdarzenie losowe i nieprzewidywalne; wiadomo o ich względnie częstym występowaniu, znane są czynniki ryzyka, wolno zatem wymagać umieszczenia pacjenta z obciążeniami w odpowiednio przystosowanej izolatce, czy przynajmniej objęcia stosownym nadzorem pooperacyjnym, uwzględniającym niebezpieczeństwo wystąpienia zaburzeń „poznieczuleniowych".

W sprawie rozstrzygniętej wyrokiem Sądu Najwyższego z 19. XI.1969 r.[33] wypowiedziana została teza, iż *Szpital jest obowiązany zapewnić choremu nieprzytomnemu całkowitą opiekę, wyłączającą wyrządzenie sobie krzywdy i nie może powoływać się na fakt, że chory sam wyskoczył oknem, jako na jego przyczynienie się do powstania szkody.* Chodziło o szpital ogólny, dokąd przywieziono pacjentkę z zapaleniem płuc, nieprzytomną po zatruciu lekowym do tego stopnia, że bez reakcji na bodźce bólowe, a poza tym chorą psychicznie. Lekarz dyżurny zarządził ścisłą opiekę pielęgniarską, co oznaczało konieczność nieprzerwanego czuwania przy łóżku przez zmieniające się pielęgniarki. Jednocześnie chora została unieruchomiona pasami zabezpieczającymi oraz siatką ochronną, czyli takimi środkami, które (jak wynika z uzasadnienia wyroku) stosuje się w warunkach ogólnego

32 Na temat ratowania samobójców zob. E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku zgody na leczenie oraz wobec paxjenta w stanie terminalnym,* PiM nr 5/2002, s. 37, T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta...*, s. 79-83 i tam powołane piśmiennictwo, J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz*, red. A. Wąsek, t. I, Warszawa 2004, s. 681, J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2006, s. 86, M. Boratyńska, *Wolny wybór*..., s. 499.

33 Sygn. II CR 294/69, OSPiKA nr 12/1970, poz. 249, z gl. E Łętowskiej.

oddziału szpitalnego. Pacjentka pod nieobecność pielęgniarki wyswobodziła się z pasów, pokonała siatkę i wyskoczyła oknem z drugiego piętra.[34] „Niezależnie od tego, czy stan zamroczenia względnie nieprzytomności był spowodowany zapaleniem płuc czy zatruciem lekami, czy jednym i drugim (wszystkie te wpisy znajdują się w karcie choroby), reakcje powódki były chorobliwe i gdyby nawet uwalniając się z pasów i wyskakując oknem «planowała» ucieczkę ze Szpitala, byłyby to chorobliwe majaczenia umysłu zamroczonego, nie mogące ani uchylić, ani nawet zmniejszyć odpowiedzialności strony pozwanej".[35]

W przypadku Horsta D. mylące było jego niewzbudzające podejrzeń zachowanie w obecności żony. Zajście miało jednak miejsce później, gdy pani D. już wyszła. Prasa podaje w przybliżeniu godz. 22.00, czyli porę nocną: czas wzmożonego występowania majaków. Krzyki pacjenta, jakoby chciano go zabić, odpowiadają podawanemu kryterium *„marzeń lub koszmarów sennych, które po obudzeniu mogą się utrzymywać jako omamy lub iluzje"*. Wszystko to sugeruje, że Horstowi D. przyśniło się coś przerażającego, być może w związku z doznaną wcześniej napaścią.

V. Łatwo wymagać, gdy nieszczęście już się wydarzyło, jednak na przyszłość trzeba by zaplanować bardziej przemyślaną profilaktykę. W przypadku Horsta D. wywiad został zebrany prawidłowo, tyle że z dostępnych faktów nie wyciągnięto właściwych konsekwencji. Personel ewidentnie nie był przygotowany na wystąpienie delirium; jedyne, co się udało, to doraźnie zapobiec skokowi pacjenta z okna. Tymczasem na pierwszy sygnał alarmowy należało pospieszyć z napełnioną strzykawką.[36]

Agresywne zachowanie pacjenta mogłoby skłaniać do rozważenia kontratypu obrony koniecznej (art. 25 k.k. i 423 k.c.). W tym konkretnym przypadku jest to jednak pomysł chybiony. Z relacji prasowej

34 Przeżyła, ale złamała nogę w kolanie i mocno sie potłukła. W rezultacie wniosła o odszkodowania i wygrała.

35 Fragment uzasadnienia, s. 539.

36 Takie zapatrywanie wyrazili niezależnie od siebie doświadczony psychiatra, Marek Balicki, poproszony o opinię w sprawie przypadku Horsta D. (*Złe sny*, s. 8) oraz nagabnięty przeze mnie internista ze szpitala w dzielnicy o „złej reputacji".

wiadomo, że Horst D. wymachiwał w powietrzu pięściami i butlą, ale nie celował w nikogo. Wyrywał się, uciekał, w kuchni pogonił z nożami obsługę i lekarza, chwycił za rękę pielęgniarkę tak mocno, że zostawił siniaki, przemocą wydostał się z pomieszczenia waląc w szybę metalowym dzbankiem, ale potem pobiegł dalej szukając drogi ucieczki. Jego działania miały charakter chaotycznej bieganiny, nie zaś przemocy skierowanej wyraźnie przeciwko osobom. Nie atakował współpacjentów; wobec personelu przejawiał wprawdzie lęk i wrogość, ale jeżeli w danym momencie na kogoś nastawał, to jedynie krótkotrwale, a jego reakcje były zasadniczo defensywne.

Opisana sekwencja zdarzeń wzięta jako całość nie stanowi „bezpośredniego, bezprawnego zamachu na dobro chronione prawem" w rozumieniu art. 25 § 1 k.k., bo za takie nie można w moim przekonaniu uznać ładu i porządku w szpitalu (który Horst D. niewątpliwie poważnie zakłócił). Zamach miał miejsce tylko w tych chwilach, gdy w działaniach przejawiała się przemoc przeciw osobom (złapanie pielęgniarki za rękę) lub rzeczom (wybicie szyby w drzwiach) i wówczas „doraźne" odparcie owego zamachu mogłoby być usprawiedliwiane obroną konieczną.

Należy też zadać kłopotliwe pytanie, czy działania osoby dotkniętej bardzo głębokimi zaburzeniami świadomości odpowiadają prawnemu pojęciu czynu – bo postawiony w art. 25 k.k. warunek zamachu nie może być rozumiany czysto mechanicznie i należy przyjąć, że spełnia go tylko czyn. Jeżeli przyjmiemy, że ruchy wykonywane przez pacjenta „delirycznego" nie stanowią czynu, wówczas da się je traktować jedynie jako przypadek „niebezpieczeństwa bezpośredniego" z art. 26 k.k., co każe miarkować reakcję zgodnie z przesłankami stanu wyższej konieczności i stawia dwa ograniczenia gwarancyjne w postaci proporcjonalności dóbr oraz subsydiarności („jeżeli niebezpieczeństwa nie można uniknąć w inny sposób").

Horst D. wszedł swobodnie do kuchni, wziął stamtąd dwa noże i tak wyekwipowany miotał się dalej. Rajd pacjenta z nożami po korytarzach, krzyki, gwałtowny przebieg zajścia i niezdolność opanowania sytuacji skłoniły personel do wezwania policji. Była to decyzja trafna,

ale celu interwencji nie należało pojmować jako załatwienie sprawy zamiast lekarzy i bez ich udziału. Na poziomie organizacyjnym w szpitalu stworzono regulamin, który okazał się niewydolny w praktyce: pacjent uciekł, a zawezwana policja ustrzeliła go jak groźnego rewolwerowca, bez próby negocjacji lub humanitarnego obezwładnienia. Tymczasem policja potencjalnie dysponuje właściwym ku temu rodzajem sprzętu w postaci siatki obezwładniającej wystrzeliwanej na odległość z urządzenia przypominającego garłacz, a także pasów jedno- i wieloczęściowych.[37] Funkcjonariusze musieliby jednak mieć wcześniej dostateczne rozeznanie w sytuacji, żeby go zabrać, tymczasem przybyli tylko z uzbrojeniem. W innej sprawie, pozornie niemającej związku z tematem, ratownicy pogotowia nie przywieźli ze sobą niezbędnego dla ratowania życia leku, ponieważ w wezwaniu z przychodni stomatologicznej nie powiadomiono ich, do jakiego przypadku jadą[38]; tutaj luka informacyjna niewykluczone, że ma podobne źródło. W toku akcji personel szpitala mógł jednak chwilę pomyśleć i zaoferować zwykłe prześcieradła, których w szpitalu nie brakuje.

Postępowanie policjantów po przybyciu do szpitala sprawia wrażenie mechanicznie rutynowego: wezwali uzbrojonego do poddania się, jakby był sprawcą burdy ulicznej, podczas gdy mieli do czynienia z człowiekiem w głębokiej dezorientacji połączonej z lękiem i urojeniami prześladowczymi. Czyniło to komendy w stylu „rzuć broń" bezcelowymi, za to ponownie pobudziło pacjenta do działania. Można zgadywać, że gdy nie zareagował na gaz ani uderzenia tonfą, funkcjonariuszom nie pomieściło się w głowie, że może nie czuć bólu; stracili głowę i dlatego zaczęli strzelać. Według prokuratury było to działanie prawidłowe, ponieważ *sposób użycia broni palnej stanowił ostateczny i jedyny racjonalny środek odparcia bezpośredniego i bezprawnego*

37 Możliwość i zasady użycia takich urządzeń przewiduje ustawa z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, Dz.U. z 2013 r. poz. 628, ze zm. (art. 12 ust. 1 pkt 5; podstawa użycia art. 18), znająca też inne techniczne środki obezwładniające. Pas jednoczęściowy jest tam wymieniony dla unieruchomienia samych rąk, zaś wieloczęściowy – całej osoby. Użycie sieci postulował Marek Balicki, (*Złe sny*, s. 8).

38 Chodziło o przypadek hipertermii złośliwej, która wystąpiła u czterolatka w reakcji na znieczulenie ogólne do leczenia próchnicy. Bardziej szczegółowy opis przypadku zob. M. Boratyńska, *Wolny wybór*..., s. 251-252.

zamachu na życie i zdrowie interweniujących funkcjonariuszy, a użycie broni nie powodowało bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia osób trzecich innych niż zamachowiec.[39] Z uzasadnienia wynika, że w chwili oddania strzałów zagrożenie ze strony Horsta D., o ile w ogóle istniało, ograniczało się do samych policjantów, którzy rozdrażnili niepoczytalnego nieadekwatnym podejściem.

Z uzasadnienia postanowienia umarzającego postępowanie karne da się wywnioskować, że prokuratura potraktowała kwestię wąsko i bez wyczucia kontekstu zaburzeń psychicznych: przez mechaniczne porównanie zewnętrznych przejawów zagrożenia ze strony wymachującego dwoma nożami „zamachowca" z otwarciem ognia po regulaminowym wezwaniu do poddania się i zastosowaniu środków łagodniejszych. Według prasy sąd podtrzymał umorzenie, co nie przesądza, że było to trafne merytorycznie. Pełnomocnik rodziny podnosił, iż nie zostało ustalone, czy życie policjantów było naprawdę zagrożone i czy musieli strzelać – sugerując, że doszło do przekroczenia uprawnień przez interweniujących funkcjonariuszy i tym samym - bezprawność ich działania.

Wprawdzie to oni pozbawili życia Horsta D., jednak główny ciężar odpowiedzialności za przebieg zdarzenia spada na szpital. Policję wezwano zgodnie z treścią szpitalnego regulaminu. Abstrakcyjnie taką decyzję trudno podważyć, choć z punktu widzenia lekarskich obowiązków zawodowych bardziej właściwa byłaby próba unieszkodliwienia pacjenta przy użyciu zaimprowizowanych środków jak prześcieradła lub kotary z okien bądź wezwania na pomoc sanitariuszy z zakładu psychiatrycznego, wytrenowanych w okręcaniu szaleńców płachtami.

Zasadnicza nieprawidłowość polega jednak nie na samym wezwaniu policji, ale na tym, że od momentu przybycia funkcjonariuszy szpital praktycznie pozostawił im wolną rękę w dalszych działaniach, nie próbował ich ukierunkować, a powstaje wręcz wątpliwość, czy dostatecznie poinformowano, z kim właściwie mają do czynienia. „Zamachowiec" był zaburzonym polekowo chorym po operacji, który nawet

39 Cyt. za *Złe sny...*, s. 8.

z nożem w ręku wymagał szczególnego traktowania. Takie traktowanie należało mu się również ze strony policjantów. Personel szpitala miał obowiązek myśleć o nim nadal jako o swoim pacjencie i odpowiednio do tego powiadomić policję, a następnie działać z nią wespół. Tymczasem wezwanie zmieniło *modus operandi* na nieadekwatny do sytuacji i zbyt drastyczny: strzelanie do człowieka w szpitalnej piżamie, majaczącego o urojonej obronie przed urojonym zagrożeniem.

Istotą problemu jest, że do pacjenta w delirium nie należy strzelać, tylko próbować na wstępie dokonać przynajmniej orientacyjnej medycznej oceny jego zaburzeń[40], a następnie obezwładnić go wypróbowanymi, potencjalnie mało szkodliwymi metodami znanymi praktyce psychiatrycznej. W ten sposób chcąc nie chcąc powracamy do psychiatrycznych środków przymusu, mimo że nie ma wyraźnej podstawy prawnej dla ich użycia w sytuacjach zaburzeń psychicznych niespełniających definicji z art. 3 ust. 1 u.o.z.p. Jest to jednak o tyle lepsze niż odwoływanie się do samej tylko prawnokarnej wyższej konieczności (czy tym bardziej do obrony koniecznej albo policyjnych środków przymusu), że zawiera jednocześnie omówione wcześniej konkretne gwarancje dla pacjenta.

VI. Do zastosowania drastycznej formy przymusu bezpośredniego pod postacią oddania strzałów z broni palnej upoważnia art. 16 ustawy o policji w związku z art. 45 ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej. Stanowi on w szczególności, iż broni palnej można użyć, gdy zaistnieje **konieczność** odparcia bezpośredniego, bezprawnego zamachu na życie, zdrowie lub wolność uprawnionego lub innej osoby albo konieczność przeciwdziałania czynnościom zmierzającym bezpośrednio do takiego zamachu (pkt 1 ppkt a) bądź **konieczność** przeciwstawienia się osobie niepodporządkowującej się wezwaniu do natychmiastowego porzucenia broni, materiału wybuchowego lub innego niebezpiecznego przedmiotu, którego użycie może zagrozić życiu, zdrowiu lub wolności uprawnionego lub innej osoby (pkt 2 ppkt a).

40 Użyteczne jest kontrolne zapytanie pacjenta, jak się nazywa, skąd przyjechał itp. – doc. Ł.Krzych (*Złe sny*..., s. 7) – ponieważ do klasycznych objawów delirium należą, jak podano wcześniej: *zaburzenia świadomości z upośledzeniem podstawowych funkcji poznawczych, dezorientacja, błędne rozpoznawanie osób z otoczenia.*

Jednocześnie ustawa o policji zobowiązuje funkcjonariuszy do przestrzegania i ochrony praw człowieka (art. 14 ust. 3), co w nieunikniony sposób prowadzi de zestawienia omawianych regulacji z Europejską Konwencją Praw Człowieka, której art. 2 posługuje sie pojęciem *bezwzględnej konieczności*.[41] Według art. 7 ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej zastosowanie broni palnej jest możliwe dopiero wtedy, gdy spełniony zostanie jeden z dwu warunków: inne środki przymusu okażą się niewystarczające do osiągnięcia celów, dla jakich je wykorzystano albo ich użycie jest niemożliwe ze względu na okoliczności zdarzenia. Jak wyjaśnia K. Frąckowiak, „trzeba przez to rozumieć, że funkcjonariusz podejmując decyzję o użyciu broni palnej powinien kierować się szczególną rozwagą, a użycie broni palnej powinno nastąpić po wyczerpaniu innych możliwych środków"[42].

Konieczność to nie to samo, co użyteczność lub potrzeba; jest warunkiem węższym i oznacza, że nie dało się inaczej. *Mutatis mutandis* wolno tu moim zdaniem wykorzystać niektóre spostrzeżenia doktryny prawa karnego poczynione na gruncie obrony koniecznej, ponieważ pozwalają wyjaśnić bliżej pojęcie samej konieczności. Jednocześnie, ze względu na odesłanie do Konwencji, wymóg konieczności na gruncie ustawy o środkach przymusu należy pojmować bardziej restryktywnie, niż w art. 25 § 1 k.k., tj. jako nieuchronność (co ogranicza dopuszczalność oddania strzału warunkiem subsydiarności), a nie – konieczność w sensie społecznym.

W ocenie należy brać pod uwagę właściwości fizyczne i budowę napastnika oraz broniących się, wiek (Horst D. był już raczej niemłody, ale potężnej budowy), stan psychofizyczny: urojenia, lęki, agresywność i na tej podstawie wnioskować o stosunku sił.[43] W sprawie, o której mowa, policjanci w randze aspirantów, czyli młodzi i sprawni fizycznie, wytropili owego *niebezpiecznego napastnika* po śladach

41 Zob. K. Frąckowiak, *Kontratyp stosowania służbowej broni palnej przez funkcjonariuszy państwowych w świetle ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej z dnia 24 maja 2013 r.*, Wojskowy Przegląd Prawniczy nr 2/2014 s. 63-84 i tam powołane orzecznictwo ETPC.

42 K. Frąckowiak, *Kontratyp*..., s. 70.

43 K. Buchała, *Granice obrony koniecznej*, Palestra nr 5/1974, s. 43.

krwi i zastali skulonego na klatce schodowej. Na wezwanie do rzucenia noży odpowiedział, że służą mu one do obrony. Pacjent bosy (uciekł wszak wprost z łóżka), w piżamie, mówiący od rzeczy i wymachujący nożami kuchennymi, swym wyglądem i zachowaniem musiał sprawiać wrażenie niepoczytalnego, a niepotrzebnie rozdrażniony przez policjantów zaczął wykonywać pchnięcia w ich kierunku. Ci potraktowali go najpierw gazem, potem pałką, a w braku reakcji złożyli się do strzału. W kontekście obrony koniecznej podkreśla się, że przy braku powszechnej umiejętności prowadzenia walki od napadniętego trudno wymagać, by sposób użycia narzędzia obronnego był odpowiedni.[44] Jednak w opisywanych wydarzeniach „bronili się" zawodowcy, którzy nie zostali zaatakowani znienacka, tylko przybyli na wezwanie do interwencji. Sam element obrony po ich stronie nie był zresztą oczywisty.

Niebezpieczeństwo zamachu, jak podsumowuje w kontekście obrony koniecznej A. Marek,[45] stanowi wypadkową wielu czynników: charakteru i wartości dobra, w które ów zamach godzi (tu: zdrowie funkcjonariuszy; mniej prawdopodobne, żeby aż życie; nikomu zaś innemu pacjent w kącie klatki schodowej już nie zagrażał), właściwości napastnika (dotknięty urojeniami prześladowczymi deliryk wciśnięty w kąt) i napadniętego (uzbrojeni i przeszkoleni w walce wręcz policjanci) oraz wiążącej się z tym proporcji sił (dwóch na jednego), sytuacji psychicznej napadniętego (policjanci nie mieli powodów do specjalnego przestrachu, a jak wynika z relacji, nie byli to nowicjusze), natężenia zamachu (pchnięcia nożami w kierunku policjantów), używanych przez napastnika środków zamachu (dwa noże kuchenne) i rozwijającego się dynamicznie jego przebiegu (bezsensowny dialog, który ponownie uaktywnił napastnika oraz brak reakcji bólowej), z obiektywnego punktu widzenia potęgującego lub zmniejszającego zagrożenie. Tak przedstawiają się czynniki, które według prokuratury uzasadniły *konieczność* użycia broni palnej.

44 A. Wroński, *Glosa* do wyroku SN z 23.XII.1971 r., IV KR 194/91, OSPiKA nr 12/1971, poz. 252, za: A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo, Warszawa 2008*, s. 114.

45 A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym*, s. 117.

Sprawca nie staje się wprawdzie mniej niebezpieczny przez swoją niepoczytalność, jednak w przypadku Horsta D. zagrożenie z jego strony zdążyło już ustać, a odnowione i skierowane przeciwko policjantom było niewystarczające, by użycie broni uznać za konieczne. Oddanie niecelnych mimo bliskiej odległości strzałów (skoro należy najpierw mierzyć w nogi)[46] - powinno być oceniane w kategoriach konieczności nie tylko technicznej, ale i moralno-społecznej.To drugie występuje zaś ze *szczególną mocą,* gdy napastnikiem jest dziecko lub osoba niepoczytalna.[47]

VII. Co do zasady problem z „delirycznym" pacjentem ma podłoże i naturę medyczną, więc medycy powinni go zdiagnozować i rozwiązać we własnym zakresie, a policyjne posiłki wzywać dopiero gdy wyczerpią się dostępne im sposoby postępowania. Co ważne, nawet i wówczas chodzi tylko o **wsparcie** w wykonywaniu interwencji medycznej, a nie o zastąpienie tej ostatniej procedurami policyjnymi. Mimo niemożliwości stosowania wprost ustawy psychiatrycznej, prawidłowy wzorzec podsuwa tu jej art. 18 ust. 9: w razie stosowania przymusu bezpośredniego wobec osób z zaburzeniami psychicznymi Policja (a także jednostki PRM i PSP) jest obowiązana do udzielania lekarzowi, pielęgniarce lub kierującemu akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych **„pomocy na ich żądanie"**. Przesądza to, że rola policjantów w tego rodzaju sytuacjach ma być akcesoryjna. Nie ma żadnego powodu, by w stosunku do pacjentów dotkniętych „okołoanestetycznymi" zaburzeniami psychicznymi stosować zasadę przeciwną.

W przypadku Horsta D. stało się inaczej. Jak wynika z opisu, owej nocy personel szpitala szybko i definitywnie przestał traktować go w kategoriach pacjenta, wobec którego ma się obowiązki zawodowe, a stał się on tylko źródłem zagrożenia wymagającym likwidacji.

---

46 Zasady użycia broni palnej, określone w art. 6 i 7 ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, zalecają traktować broń palną jako ostateczny środek przymusu bezpośredniego oraz używać broni palnej w sposób wyrządzający możliwie najmniejszą szkodę. Te ogólne dyrektywy wymuszają określony sposób działania od momentu podjęcia decyzji do użycia broni palnej przeciwko konkretnej osobie lub jej wykorzystaniu. Wymagają „**przedsięwzięcia wielu czynności mogących zapobiec użyciu broni (np. ostrzegawczych, mediacyjnych)** [podkr. M.B.]. Funkcjonariusz zobowiązany jest zatem do minimalizowania skutków użycia broni palnej (np. w miarę możliwości kierować strzał w nogi)" – K. Frąckowiak, *Kontratyp*..., s. 70.

47 I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, s. 167.

Wysoce niepokojąca jest przytoczona przez prasę reakcja szpitalnego ortopedy, któremu *od razu ulżyło, gdy przyjechała policja* i dla którego *oczywiste było, że policjanci będą musieli strzelać*, więc *cofnął się, by nie dostać rykoszetem*.[48] Sugeruje to, że policję wezwano zakładając z góry czysto siłowy, jeśli nie krwawy scenariusz dalszych wydarzeń.

Tymczasem funkcjonariusze powinni w takich wypadkach służyć tylko pomocą fizyczną: złapać pacjenta, obezwładnić i przytrzymać lekarzom do dalszych czynności, wreszcie zapewnić im fizyczne bezpieczeństwo gdyby ten podjął aktualny (bezpośredni) atak przeciwko osobom. Konieczność ewentualnego oddania strzału po wyczerpaniu dostępnych środków należy oceniać przede wszystkim w kategoriach psychologicznych i psychiatrycznych. W omawianej sprawie nie próbowano negocjacji, zaniechano na przykład sprowadzenia członków rodziny dla uspokojenia pacjenta, który finalnie schował się w piwnicy, więc przestał stanowić zagrożenie. Uaktywnił się ponownie dopiero na widok mundurowych; można domyślać się, że pod wpływem trwających urojeń prześladowczych.

W żadnym razie nie znaczy to, że lekarzom i pielęgniarkom nie wolno się bronić z powołaniem się na art. 25 k.k.. Wolno, o ile pośród chaotycznych zachowań „deliryka" wystąpi akt przemocy skierowany bezpośrednio przeciwko konkretnym osobom i spełniający warunki w przepisie tym wymienione. Działanie w obronie nie uchyla jednak automatycznie obowiązku pieczy. Kolizja ta ogranicza tylko sposób działań obronnych. Lekarz stosujący obronę konieczną w stosunku do zaburzonego psychicznie pacjenta pozostaje jednocześnie związany obowiązkami profesjonalnymi wobec niego i te obowiązki trzeba uwzględnić w ocenie jako jedno z kryteriów proporcjonalności sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu.

VIII. Kluczowe znaczenie ma zatem opracowanie efektywnego sposobu postępowania z pacjentem w delirium, innymi słowy – sformułowanie zasad ostrożności, z uwzględnieniem wskazań i przeciwwskazań medycznych. Trzeba skorzystać z wiedzy psychiatrów

48 *Złe sny*, s. 7.

i psychologów oraz doświadczeń lekarzy z „trudnych" okolic. Ustalić precyzyjnie sposób postępowania zapobiegawczy i w razie alarmu, ze szczególnym zwróceniem uwagi na profilaktykę: kwalifikowanie pacjentów jako bardziej lub mniej zagrożonych majaczeniem, wzmożone obserwowanie tych pierwszych i lokowanie ich w pomieszczeniach zabezpieczonych. Zgromadzić na podorędziu „zestaw antykryzysowy": środek uspokajający w zastrzyku[49], pasy do trwałego unieruchomienia w łóżku, do doraźnego obezwładnienia płachtę materiału lub sznurkowej siatki;[50] może też rezerwową piżamę na przebranie dla negocjatora.[51] Wprowadzić nakaz natychmiastowego wezwania członków rodziny lub innych osób zaufanych dla pacjenta wskazanych przezeń w dokumentacji. Przebrać nieznanego pacjentowi lekarza w piżamę, żeby oddziaływał łagodząco udając współpacjenta. W sytuacjach kryzysowych stosuje się czasem wobec osób niezrównoważonych maskaradę i lepsza najgłupsza maskarada niż podziurawiony kulami nieboszczyk. Wszystkie te pomysły dadzą się zakwalifikować jako *szczególna ostrożność* przy zastosowaniu przymusu psychiatrycznego, *ostrożność wymagana w danych okolicznościach* przez kodeks karny (art. 9 § 2) oraz *należyta staranność* według kodeksu cywilnego (art. 355 § 2), ustawy lekarskiej (art. 4) oraz ustawy o prawach pacjenta (art. 8). Przymus bezpośredni jest dopuszczalny, ale nie na zasadzie ustawy psychiatrycznej, tylko poprzez odwołanie się do instytucji stanu wyższej konieczności[52]. Następuje tutaj sprzężenie dwóch kontratypów: kolizji obowiązków z ustawy karnej oraz przymusu bezpośredniego

49 Jako lek pierwszego wyboru u pacjentów bez przeciwwskazań zaleca się haloperidol, który znosi objawy niepokoju i wrogości do otoczenia, zmniejsza agresywność, pobudzenie psychoruchowe oraz urojenia i omamy. U pacjenta obciążonego chorobami dodatkowymi jako bezpieczniejsze sugeruje się stosowanie neuroleptyków II generacji: risperidonu, kwetiapiny lub olanzapiny. Podkreśla się, że w przypadku delirium na podłożu somatycznym zdecydowanie nie należy stosować benzodiazepin (M. Lach, A. Rojek-Jarmuła, Ł. Krzych, *Majaczenie...* - s. 62).

50 Która jest do kupienia z metra w cenie umiarkowanej rzędu 20 – 30 zł za mb.

51 Jeden z pacjentów oddziału relacjonował, że w jego obecności Horst D. uspokoił się na chwilę i prosił, by ten pozwolił mu położyć się u siebie w pokoju. Źle reagował natomiast na białe kitle i mundury.

52 Bądź w razie bezpośredniego zamachu - proporcjonalnej obrony koniecznej, ale tylko przy uznaniu za czyn działania osoby niepoczytalnej.

jako jednego z „kontratypów prawa medycznego".[53] Odwołanie się do kolizji obowiązków pozwala uniknąć zarzutu, że art. 18 ustawy psychiatrycznej jest stosowany w drodze czystej analogii. Jednocześnie przepisy psychiatryczne narzucają dla sytuacji „niepsychiatrycznych" pacjentów w delirium istotne ograniczenia co do sposobów stosowania przymusu, których nie dałoby się wyprowadzić z niesłychanie ogólnych sformułowań kodeksu karnego o kolizji obowiązków i stanie wyższej konieczności. **Analogia z ustawy psychiatrycznej działa tutaj na korzyść pacjenta, ponieważ zawęża przesłanki kontratypu prawa karnego i tylko z tego względu można ją uznać za dopuszczalną.**

Stwierdzenie przesłanek uzasadniających działanie w ramach kontratypów wymaga jednak moim zdaniem włączenia kryteriów medycznych: uwzględnienia stanu klinicznego konkretnego pacjenta - na czele z niepoczytalnością, ustalonych obciążeń zdrowotnych warunkujących określone obowiązki personelu, a także prawidłowej zgody pacjenta na pobyt w szpitalu i leczenie. Przymus wobec chorego somatycznie pacjenta w delirium wymaga uwzględnienia specyfiki szpitalnej. Policję wezwać można, ale tylko jako wsparcie siłowe dla personelu medycznego, który powinien przewodzić akcji, a nie stać i czekać, aż go wyratują. Nie sposób zaprzeczyć, że sytuacja zaliczała się do trudnych. Jednak gdy w sprawę zostały wmieszane siły porządkowe, do lekarzy w pierwszym rzędzie jako znajdujących się na własnym dobrze znanym terenie i zobowiązanych do opieki należało takie „pośredniczenie" między stróżami prawa a niebezpiecznym pacjentem, by temu ostatniemu stała się jak najmniejsza krzywda. Tylko bowiem personel szpitala dysponował niezbędnymi informacjami.

Zakończenie

Przymus policyjny, jakiego pokaz został dany w niniejszej sprawie, wykraczał poza wszystkie wymienione kryteria. Działania personelu szpitalnego nie da się podsumować inaczej niż jako bez pojęcia

53 Przymus bezpośredni w ustawie psychiatrycznej stanowi z perspektywy karnistycznej kontratyp szczególnych uprawnień.

i chaotyczne, a przede wszystkim ignorujące dobra i interesy pacjenta przez porzucenie go na łaskę policji, podczas gdy wolno oczekiwać większego profesjonalizmu na poziomie powiązania faktów i wyciągnięcia wniosków. Horst D. wykazywał wiele cech kwalifikujących go do grupy podwyższonego ryzyka zaburzeń. Regulamin szpitalny okazał się wadliwy i dysfunkcjonalny. Pozwala to wnioskować o winie organizacyjnej i uzasadnia odpowiedzialność odszkodowawczą szpitala jako osoby prawnej na rzecz najbliższych członków rodziny zastrzelonego pacjenta (art. 446 k.c.), wobec którego placówka miała obowiązek szczególnej pieczy. **Gdy ze strony pacjenta pojawia się czynnik pozamedycznego ryzyka sytuacyjnego, ale na terenie placówki medycznej – nie można uznać, aby obowiązki opiekuńcze i lekarskie ustawały z chwilą wkroczenia policjantów. Od tej pory powinności jednych i drugich uzupełniają się: wymagają połączenia sił, by nad pacjentem zapanować, ale w sposób minimalizujący ryzyko wyrządzenia mu krzywdy. Środki przymusu bezpośredniego z ustawy psychiatrycznej wraz z gwarancjami dla pacjenta nadają się do zastosowania w stanie wyższej konieczności bądź w obronie koniecznej i przy wsparciu siłowym policji, ale użytym w sposób niezagrażający życiu chorego.[54] Dopiero gdy te okażą się niewystarczające, wolno posłużyć się innymi w granicach wyznaczonych przez konieczność.** Praktykę postępowania z pacjentem w delirium należałoby ujednolicić przez wydanie opracowanych wspólnie przez anestezjologów i psychiatrów rekomendacji, ze szczególnym naciskiem na profilaktyczne wyodrębnienie czynników ryzyka - ponieważ wiedza na ten temat wymaga szerokiego i urzędowego rozpowszechnienia. Policji przydałoby się również z pozycji urzędowych przypomnieć, że ma służyć tylko pomocą dla lekarzy i ściśle wykonywać ich polecenia: odpowiednim miejscem byłaby ustawa o działalności leczniczej,

54 Chyba żeby zachodziła niedająca się usunąć kolizja dóbr: życie funkcjonariuszy albo życie pacjenta. Powtórzmy jednak: wymachiwanie nożem w kierunku wyszkolonego i wysportowanrgo policjanta nie upoważnia go jeszcze moim zdaniem do oddania strzału; dopiero gdyby to pacjent dysponował bronią palną. W takich okolicznościach jednoznaczna przewaga sił jest po stronie policji.

regulująca tę kwestię na wzór art. 18 ust. 9 ustawy psychiatrycznej.[55] W omawianym przypadku solidarnie ze szpitalem powinien ponieść odpowiedzialność Skarb Państwa za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej (art. 417 k.c.), ponieważ w mojej ocenie doszło do przekroczenia uprawnień pod wpływem strachu. Sąd cywilny orzekając odszkodowanie nie jest związany umorzeniem w sprawie karnej, bo nie nastąpiło skazanie.[56] Szkoda została wyrządzona wspólnie przez szpital i policję: uchybienie stanowiło rezultat braku właściwego współdziałania.

Odszkodowanie nie pomoże ani pacjentowi, ani jego bliskim, ale orzeczenie odpowiedzialności solidarnej miałoby w tych okolicznościach pożądaną wymowę wychowawczą jako sankcja za niedopuszczalne uleganie panice, gdy potrzeba odwagi oraz umiejętności i powinno skłonić do wyciągnięcia odpowiednich wniosków na przyszłość.

---

55 „W przypadkach określonych w ust. 1 jednostki systemu Państwowe Ratownictwo Medyczne, Policja oraz Państwowa Straż Pożarna sa obowiązane do udzielania lekarzowi, pielęgniarce lub kierującemu akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych pomocy na ich żądanie".

56 Art. 11 k.p.c.:*Ustalenia wydanego w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego co do popełnienia przestępstwa wiążą sąd w postępowaniu cywilnym. Jednakże osoba, która nie była oskarżona, może powoływać się w postępowaniu cywilnym na wszelkie okoliczności wyłączające lub ograniczające jej odpowiedzialność cywilną.*

Materiał zebrany w postępowaniu karnym może w postępowaniu cywilnym stanowić tylko pomocniczy materiał dowodowy, a i to w zasadzie jedynie co do dowodów, których przeprowadzenie w postępowaniu cywilnym nie jest możliwe. Dokonywanie ustaleń na podstawie zeznań świadków w sprawie karnej byłoby poważnym uchybieniem dla procesu cywilnego: m.in. pozbawiłoby strony możliwości zadawania tym świadkom pytań. Zob. J. Jodłowski [w] *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, red. J. Jodłowski, K. Piasecki, t. I, Warszawa 1989, s. 71. Przepis art. 11 od tamtego czasu nie był zmieniany.

Magdalena Radkowska-Walkowicz

„To wielkie zwycięstwo polskiej wolności"? Nowa ustawa regulująca leczenie metodą in vitro w Polsce w perspektywie antropologicznej[1]

Zapłodnienie pozaustrojowe metodą *in vitro* stosowane jest w Polsce z powodzeniem od niemal 30 lat. W Polsce w tej chwili mamy około 50 klinik leczenia niepłodności, w których można skorzystać z technologii wspomaganego rozrodu (*assisted reproductive technology*, dalej: ART). Do 2015 r. nie było jednak prawa, które wprost regulowałoby zasady i warunki korzystania z niej. Częściowo zmienił to ministerialny program refundujący zapłodnienie *in vitro*, który zaczął działać w 2013 r. i określał zasady dofinansowania procedury przez państwo. W programie zawarto wytyczne dla klinik, które chcą z niego korzystać. Jednak dopiero od 1 listopada 2015 r. wszystkie ośrodki są zobowiązane do działania zgodnie z wytycznymi ustawy o leczeniu niepłodności.

W Polsce jednak nieprzerwanie – w zasadzie od końca 2007 r., kiedy ówczesna minister zdrowia Ewa Kopacz zapowiedziała, że będzie się starała o refundację zabiegów z wykorzystaniem metody *in vitro* z budżetu państwa – trwa burzliwa dyskusja na temat niemedycznych kwestii związanych z leczeniem[2] niepłodności tą metodą.

---

1 Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/07/E/HS3/01024.

2 Przeciwnicy technologii *in vitro* często argumentują, że nie jest ona metodą leczenia. Nie będę się wdawała tu w szczegóły tej dyskusji, uznając, że wspomniany argument jest niezasadny, bowiem opiera

Głównymi aktorami tej dyskusji są hierarchowie Kościoła Katolickiego, który odwołując się do dokumentów watykańskich bardzo ostro sprzeciwia się korzystaniu z metod ART; politycy, zwłaszcza partii uznanych za konserwatywne; sprzyjający im publicyści; lekarze, a także działacze organizacji pozarządowych (z jednej strony Stowarzyszenia na rzecz Leczenia Niepłodności i Wspierania Adopcji „Nasz Bocian", z drugiej - tzw. ruchów *pro-life*). Rzadko głos zabierają osoby, które korzystały z tej metody, i dzieci, które dzięki niej przyszły na świat[3].

Krytycy *in vitro* posługują się bardzo mocnymi środkami retorycznymi, by wskazać na „niegodność", „nieludzkość" i „nieetyczność" metod ART. Padają tu słowa o mordowaniu i holocauście, a dzieci urodzone w wyniku zastosowania takich metod jak *in vitro* mają mieć – wg krytyków – problemy zdrowotne, psychiczne i społeczne[4]. W zasadzie jedyną widoczną retoryką odpowiadającą na tak postawione zarzuty jest język mocno zmedykalizowany, pokazujący metody ART jako neutralne i niepodlegające dyskusji z innej niż medyczna perspektywy. Następuje tu proces neutralizacji, w którym niepłodność i technologia *in vitro* są postrzegane jako należące jedynie do pola medycyny, nie wiążą się z problemami etycznymi czy kulturowymi (takimi np. jak kwestia pokrewieństwa, turystyka reprodukcyjna, medykalizacja) ani pytaniami natury psychologicznej.

---

się na bardzo wąskiej definicji leczenia, nieprzystającej ani do uznanych definicji zdrowia, w tym definicji WHO, ani do sposobów postępowania we współczesnej medycynie, nie tylko reprodukcyjnej. Ustawa, której dotyczy niniejszy tekst, także jednoznacznie przyjmuje, że zapłodnienie pozaustrojowe jest metodą leczenia niepłodności.

3 Z rozpoznania tej nieobecności dzieci urodzonych dzięki *in vitro* w debacie wynikł prowadzony przeze mnie projekt badawczy pt. *Nowe technologie reprodukcyjne – perspektywa childhood studies*, w ramach którego powstał niniejszy tekst. Badania w nim, poza mną, prowadzą: Anna Krawczak, dr Ewa Maciejewska-Mroczek, Maria Reimann.

4 O braku naukowych podstaw tego typu argumentów czyt. B. Dolińska, *Uczciwość i wiarygodność nauki – odpowiedzialność za słowa w walce o dopuszczalność in vitro*, „Nauka" 2009, nr 4, s. 87-101; M. Radkowska-Walkowicz, *doświadczenie in vitro*, Warszawa 2013; o monsteryzacji dzieci z in vitro zob. M. Radkowska-Walkowicz, *The creation of "monsters": the discourse of opposition to in vitro fertilization in Poland*, Reproductive Health Matters 2012, listopad, s. 30–37.

Debata o *in vitro* – kontekst

Spór o *in vitro* trzeba widzieć w szerszej polityczno-historycznej perspektywie. Zwłaszcza znaczące będą tu transformacja ustrojowa w 1989 r., wejście Polski do Unii Europejskiej i narastające wpływy w polskiej polityce Kościoła Katolickiego w ostatnich latach. Historia sporu o *in vitro* naświetla różne napięcia w procesie polskiej transformacji, jest rodzajem mikrohistorii, częścią „wielkiej” historii Polski po 1989 r. W tym kontekście widać, że spór ten nie dotyczy tylko kwestii moralnych i prawnych, ale także koncepcji obywatelstwa, narodu, państwa i udziału w nim Kościoła Katolickiego[5]. Co więcej, debata wokół *in vitro* – wraz z tzw. debatą aborcyjną – wykreowała nowy typ obywatela: zamrożony zarodek, który stał się autonomiczną osobą, mającą nie tylko prawo do życia, ale również do „godności” i opieki. Ponadto spór ten, podobnie jak debaty dotyczące uregulowań kwestii aborcji wskazuje, że proces demokratyzacji w Polsce jest bardzo mocno związany z ograniczeniem praw reprodukcyjnych, włączając prawo do wyboru drogi wyjścia z niepłodności[6]. Prawa reprodukcyjne, co jest widoczne szczególnie w krajach postsocjalistycznych, nie są zdobywane na zawsze i chociaż ART, jak wiele medycznych technologii, stopniowo podlega procesowi normalizacji i naturalizacji od 1978 r., w politycznym świecie możemy obserwować odwrotną praktykę: opisywania *in vitro* jako procesu niezgodnego z naturą, biologią i społecznym porządkiem.

Oczywiste jest, że w sporze o *in vitro* nie chodzi tylko o niepłodność i reprodukcję. Jak w przypadku dyskusji o aborcji, reprezentuje on „zakodowany dyskurs, który odbija fundamentalne obawy dotyczące kształtu państwa, jego obowiązków względem społeczeństwa

5 M.Radkowska-Walkowicz, *Płaczące zarodki, polskie dzieci. O in vitro w polskim parlamencie*, w*: Niebezpieczne związki. Macierzyństwo, ojcostwo i polityka*, red. R. E. Hryciuk, E. Korolczuk, Warszawa 2014; J. Holc, *The purest democrat: Foetal citizenship and subjectivity in the construction of democracy in Poland*, „Signs” 2004, nr 3(29), s. 755–782.

6 J. Mishtal, *Matters of ‘conscience’: The politics of reproductive healthcare in Poland*, Medical Anthropology Quarterly nr 23(2)/2009 , s. 161–183; M. Radkowska-Walkowicz, *Frozen children and despairing embryos in the ‘new’ post communist state: debate on IVF in the context of Poland’s transition’*, European Journal of Women’s Studies nr 21(4)/2014, , s. 399-414.

(i *vice versa*), zasad prawa i […] zakresu ochrony praw obywatelskich i podstawowych wolności”[7]. Spór o *in vitro* jest więc polem, na którym polityczni aktorzy negocjują narodowy kod moralny[8], narodową tożsamość, wzorce dotyczące płci, a także to, co Michel Herzfeld nazwał zażyłością kulturową[9] oraz warunki uczestnictwa w wyobrażonej wspólnocie, jaką jest naród[10]. W polskim kontekście chodzi przede wszystkim jednak o negocjacje wpływu Kościoła Katolickiego i jego moralnych wskazówek na politykę, prawo i codzienne życie zwykłych ludzi.

Spór o *in vitro* jest więc mocno zideologizowany i upolityczniony, co potwierdzają słowa Ewy Kopacz tuż po przyjęciu w czerwcu 2015 r. przez Sejm ustawy o leczeniu niepłodności. Ówczesna premier ogłosiła: „To wielkie zwycięstwo polskiej wolności”. Przyglądając się zatem tej ustawie, zastanowię się nad ograniczeniami owej wolności, faktycznymi beneficjentami owego zwycięstwa i tymi, którzy zostali z niego wykluczeni.

Ustawa o leczeniu niepłodności, która weszła w życiu 1 listopada 2015, określa „zasady ochrony zarodka i komórek rozrodczych w odniesieniu do ich zastosowania w biologii i medycynie w związku z leczeniem niepłodności”, ponadto: sposoby leczenia niepłodności, w tym ART; zadania w zakresie ochrony i promocji zdrowia rozrodczego; warunki dawstwa, pobierania, przetwarzania, testowania, przechowywania i dystrybucji komórek rozrodczych oraz zarodków; zasady funkcjonowania ośrodków leczenia niepłodności oraz banków komórek rozrodczych i zarodków. To, co mnie będzie szczególnie interesowało w tej ustawie, to kwestia dostępności leczenia metodą *in vitro* oraz jej oblicze biomedyczne.

---

7 E. Zielińska, *Between ideology, politics and common sense: The discourse about reproductive rights in Poland* [w:] S. Gal i G. Kligman (red.) *Reproducing Gender: Politics, Publics, and Everyday Life after Socialism*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2000, s. 24.

8 T. Mayer T, *Gender ironies of nationalism. Setting the stage* [w:] T. Mayer T (red.) *Gender Ironies of Nationalism: Sexing the Nation*, London, New York 1999, s. 1–24.

9 M. Herzfeld, Zażyłość kulturowa, Kraków 2007.

10 B. Anderson, *Wspólnoty wyobrażone: rozważania o źródłach i rozprzestrzenianiu się nacjonalizmu*, Kraków 1997.

Wykluczenia

Ustawa nie podaje wprost katalogu osób, które mogą poddać się procedurom ART, jednak analiza prawna pozwala przyjąć, że wykluczone są z niej osoby samotne i pary nieheteroseksualne. Taka interpretacja nie jest oczywista, ale stanowisko projektodawcy, czyli Ministerstwa Zdrowia nie pozostawia już wątpliwości. Pisze o tym Rzecznik Praw Obywatelskich Adam Bodnar we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego, wskazując na art. 2 pkt 8 ustawy, art. 20 ust. 1 pkt 1, art. 21 ust. 1 pkt 1 oraz odpowiednie zmiany w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, jako na źródła ograniczenia możliwości skorzystania z *in vitro* do osób różnej płci pozostających w związku: „należy przyjąć, że ustawodawca wprowadził wymóg przystąpienia do procedury zapłodnienia pozaustrojowego dwóch osób (męża i żony lub osób pozostających we wspólnym pożyciu), nie tylko w przypadku dawstwa partnerskiego, ale także dawstwa innego niż partnerskie […] Mimo więc ewentualnych wątpliwości co do takiej interpretacji (pojawiają się bowiem również uzasadnione stanowiska, że przepisy dotyczące męża lub partnera biorczyni aktualizują się wyłącznie, gdy kobieta pozostaje w związku z mężczyzną), w świetle stanowiska Ministerstwa Zdrowia, przyjęcie wskazanego rozumienia przepisów wydaje się uzasadnione”[11].

Intencją ministerstwa, jak wynika m.in. z pisma ministerstwa do Stowarzyszenia „Nasz Bocian”[12], było więc zapewnienie każdemu dziecku urodzonemu dzięki metodzie *in vitro* „prawa do posiadania obojga rodziców”. Ministerstwo powołuje się tu na kategorię dobra dziecka, a owo dobro zapewnić ma wychowanie przez dwoje ludzi różnej płci. Kategoria dobra dziecka doczekała się już krytyki m.in. przedstawicieli tzw. *childhood studies*, nie będę dłużej jej tu analizować; zaznaczę tylko za Ewą Maciejewską-Mroczek, że „bywa narzędziem

11 https://www.rpo.gov.pl/content/wniosek-do-trybunalu-konstytucyjnego-ws-procedury-vitro; dostęp: 8.02.2016.

12 http://www.nasz-bocian.pl/node/53595; dostęp: 8.02.2016.

sprawowania kontroli społecznej i kluczem do uzasadniania rozmaitych stanowisk dyskursywnych”[13], więc należy do niej podchodzić z ostrożnością.

Należy przy tym odnotować, że ustawa nie reguluje limitu wieku, co może dziwić w kontekście swoistej paniki moralnej, która wybucha często na łamach mediów w związku z doniesieniami o macierzyństwie kobiet w wieku pomenopauzalnym (ostatnio w Polsce taką medialną matką została 60-letnia aktorka). Granicę wieku ustalał wprowadzony w 2013 r. program refundacyjny, więc można uznać, że jej brak w ustawie wynikł nie tyle z pragmatycznego założenia, że ciąże osób w wieku pomenopauzalnym raczej nie staną się społecznym problemem, czy – co w kontekście ustawy i politycznego klimatu wokół niej nie jest zasadnym podejrzeniem – że ustawodawca nie chciał żadnej grupie ograniczać praw reprodukcyjnych, ile raczej z niedopatrzenia lub (mniej prawdopodobne) - z nacisku ze strony klinik, dla których prowadzenie tego rodzaju ciąż, z wykorzystaniem komórek dawczyń, może być korzystne ekonomicznie. Z antropologicznego punktu widzenia ciekawe wydaje się, że nie zaproponowano takiego rozwiązania odwołując się do koncepcji dobra dziecka, że większy niepokój budzi dobrze znane w naszej kulturze i uznane dziś za normę tzw. samotne macierzyństwo – a trzeba podkreślić, że także prawo adopcyjne je dopuszcza – niż rodzicielstwo w wieku poreprodukcyjnym. Można przypuszczać, że w niedopuszczeniu do leczenia kobiet samotnych chodzi jednak o dobrze rozpoznany w naukach społecznych (i mocno obecny w życiu politycznym) lęk przed rodzicielstwem jednopłciowym, które mogłoby znaleźć swoje ustawowe przyzwolenie, jeśli zrezygnowano by z zapisu o niezbędności partnera, który przed transferem zarodka zadeklaruje się jako ojciec (z wszystkimi tego konsekwencjami) w przypadku korzystania z metod ART. Dobrze tu widać kontekstowość i polityczność

13 E. Maciejewska-Mroczek, *Tyci-tyci dar życia. Dziecko wobec dawstwa gamet*, w: *Etnografie biomedycyny*, red. M. Radkowska-Walkowicz, H. Wierciński, Warszawa 2014, s. 129, przyp. 4. O historyczności i kontekstualności pojęcia „dobro dziecka”, a także jego aspektach prawnych czyt. np. D. Monk, *Dzieciństwo i prawo: w czyim „najlepiej pojętym interesie?”* [w:] *Wprowadzenie do badań nad dzieciństwem*, red. M.J. Kehily, Kraków 2008, s. 219–241.

wspominanej kategorii dobra dziecka, a także – co potwierdzają też inne zapisy ustawy, o czym poniżej – przywiązanie prawodawców do definicji rodziny tradycyjnej i dosyć anachronicznej w kontekście zmian relacji pokrewieństwa i rodziny we współczesnym świecie. Ograniczenie możliwości stosowania metody *in vitro* do heteroseksualnych par jest też oczywiście w pewien sposób logiczną konsekwencją tego, o czym można przeczytać w tekstach na temat sporów o aborcję i co ma związek w Polsce z procesami transformacji: tworzeniu tożsamości narodowej także w oparciu o ograniczanie praw reprodukcyjnych[14] i przywiązanie do wąskiej, tradycyjnej definicji rodziny.

Zakaz korzystania z metod ART przez samotne kobiety spowodował, że zarodki, które powstały z ich gamet przed wejściem w życie ustawy i zostały zamrożone, nie mogą być przez nie wykorzystane. Jeżeli samotna kobieta chciałaby „odebrać” swój zarodek, musiałaby wejść w związek, co *de facto* oznacza znalezienie mężczyzny, który zgodziłby się zostać ojcem przyszłego dziecka – ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tymi finansowymi. Nie będzie więc tu rozwiązaniem przyprowadzanie do kliniki „fałszywego” partnera, co praktykowały czasem kobiety leczące się w bardziej zachowawczych w tej kwestii klinikach (z prawnej perspektywy nie miało to oczywiście uzasadnienia, ale reguły postępowania w sytuacji braku prawa dyktowane były także osobistymi przeświadczeniami właścicieli ośrodków). Co więcej, zgodnie z art. 97 ustawy, zarodki od kobiet, które nie mogą ich wykorzystać, będą oddawane po 20 latach do tzw. adopcji prenatalnej bez zgody i wiedzy osób, z których gamet powstały.

To rozwiązanie także zostało skrytykowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich: „W ocenie Rzecznika, zaskarżone przepisy, regulując w opisany sposób sytuację kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, które posiadają zdeponowane zarodki, powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy, naruszają zasadę demokratycznego państwa

14 J. Mishtal, dz.cyt.; M. Radkowska-Walkowicz, *Frozen*..., dz.cyt.

prawnego, przewidzianą w art. 2 Konstytucji w zw. z art. 47”[15]. Rzecznik powołuje się m.in. na konstytucyjne prawo do prywatności, zasadę praw słusznie nabytych (kobiety poddawały się programowi, będąc pewnymi, że będą mogły wykorzystać swoje zarodki w niedługim czasie) i zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego prawa.

Nie mam wątpliwości, że to rozwiązanie jest niezgodne nie tylko z Konstytucją, o czym pisze Rzecznik, ale także z intuicyjnym poczuciem sprawiedliwości i z pojęciem sprawiedliwości reprodukcyjnej, wypracowanym podczas zwołanej przez ONZ Międzynarodowej Konferencji na rzecz Populacji i Rozwoju w Kairze w 1994 r. Kobiety, których to dotyczy bezpośrednio, ale także inne mające za sobą doświadczenie niepłodności wyrażają swoje oburzenie na forach internetowych i w rozmowach wprost: „To nieludzkie i niehumanitarne!!!!!” – pisze Ita na stronie Naszego Bociana. Zuzia777 dodaje: „Czuję się tak bardzo oszukana. Codziennie zadaję sobie pytanie, dlaczego kraj i rząd tak bardzo mnie i wiele innych kobiet takich jak ja krzywdzi. W czym jesteśmy gorsze?”[16].

Jak pokazują badania antropologiczne[17], stosunek kobiet do zarodków, które powstały z ich komórek jajowych, może być różny, najczęściej jednak jest bardzo osobisty.

Są takie osoby, które nie przywiązują olbrzymiej wagi do związku genetycznego i nie mają problemu z oddaniem zarodka np. do adopcji przez inną parę. Ale wiele kobiet nie wyobraża sobie, by „ich dziecko” było wychowywane przez inną osobę. Nie trzeba się opowiadać za determinizmem genetycznym, ale warto zobaczyć, że współczesna kultura kładzie bardzo silny nacisk na ten rodzaj relacji. Rozwój genetyki powoduje zakorzenienie tożsamości i pokrewieństwa w biologii. Można mówić wręcz o nowym esencjalizmie, determinizmie biologicznym i fetyszyzacji DNA[18]. Czy w takiej sytuacji odbieranie komuś

15 https://www.rpo.gov.pl/content/wniosek-do-trybunalu-konstytucyjnego-ws-procedury-vitro; dostęp: 8.02.2016.

16 http://www.nasz-bocian.pl/node/52864.

17 M. Radkowska-Walkowicz, *Doświadczenie*…, dz.cyt.

18 D. Le Breton, *Genetic fundamentalism or the cult of the gene*, Body & Society nr 10 (4)/2004, s. 1-20; P. Rabinow, *Artificiality and Enlightenment: From Sociobiology to Biosociality*, w: *Anthropologies of*

– nawet po 20 latach – zarodków nie jawi się jako rodzaj przemocy symbolicznej, a nawet znęcania psychicznego?

Ale problem niemożności podejścia do transferu na skutek ustawowego zakazu i być może w przyszłości konieczność oddania zarodka to oczywiście nie tylko problem związku genetycznego. Często kobiety, o których tu mowa, nie mają żadnych dzieci, a zamrożone zarodki to ich kapitał biologiczny, inwestycja emocjonalno-genetyczna, być może jedyna szansa na posiadanie dziecka[19]. Taki zapis to też ogromna interwencja w ich plany życiowe i narracje tożsamościowe budowane na wizji bycia matką.

Możemy również zwrócić uwagę, że niektóre z kobiet, których dotyczy niniejszy wywód, mają już swoje biologiczne dziecko, więc zamrożone zarodki są nie tylko czyimiś potencjalnymi dziećmi (bardzo realnymi, bowiem w wyobraźni stają się podobne do tych, które są już na świecie), ale także rodzeństwem. I tu chciałabym przejść do kolejnego wykluczenia ustawy, na które w zasadzie w ogóle nie zwraca się uwagi. Art. 21 ust. 3 pkt 2 ustawy stanowi, że do adopcji są przekazywane wszelkie zarodki (nie tylko kobiet samotnych) „w przypadku upływu określonego w umowie terminu na przechowywanie zarodków, nie dłuższego jednak niż 20 lat […] albo śmierci obojga dawców zarodka albo, jeżeli zarodek został utworzony w wyniku dawstwa innego niż partnerskie – śmierci biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu”. Ustawa nie bierze w ogóle pod uwagę istnienia, a co za tym idzie - ewentualnych praw potencjalnego rodzeństwa dziecka, które mogłoby powstać z zarodka. Pisze o tym Monika Bulmańska Wingett w swoim komentarzu do projektu ustawy, zamieszczonym na stronie nasz-bocian.pl: „[zapis] zupełnie pomija nie tylko wolę, ale nawet sam fakt istnienia rodzin oraz, a właściwie przede wszystkim, fakt istnienia potencjalnych dzieci zmarłych pacjentów. One przecież w przypadku zakończonej sukcesem adopcji prenatalnej, będą miały swoje biologiczne rodzeństwo, o którego istnieniu nie będą

Modernity: Foucault, Governmentality, and Life Politics, red. Jonathan Xavier Inda, Malden, Oxford 2005, s. 181–193.

19 Dziękuję Annie Krawczak za zwrócenie uwagi na ten aspekt.

miały pojęcia. Można przyjąć, iż takie rozwiązanie jest niejako naturalną konsekwencją szczególnej ochrony nadanej zarodkowi w przyszłej ustawie, ale być może warto byłoby jednak uwzględnić prawa żyjących już ludzi i wprowadzić do ustawy wymóg zadysponowania zarodkami na wypadek śmierci dawców przez nich samych"[20].

Rodzeństwo potencjalnego dziecka w ogóle więc nie zostało uwzględnione w ustawie jako istotni aktorzy całego procesu. Jak pisałam, po 20 latach kończy się także prawo do jakiegokolwiek decydowania o losach zarodka przez parę, która przyczyniła się do jego powstania, tak jakby ustawodawca zakładał rozluźnienie więzi genetycznej po tym czasie. Nie muszą być poinformowani o tym, że zarodek zostaje przekazany komuś innemu, nie mają żadnej możliwości odwołać się od tej decyzji ani jej negocjować. Zaznaczę także, że według ustawy zabronione jest i niszczenie zarodka, i przekazywanie go na badania naukowe, co w sytuacji, kiedy para lub samotna kobieta nie mogą wykorzystać zamrożonych zarodków – z powodów społecznych, medycznych czy jakichkolwiek innych – może być postrzegane jako jedyne dobre rozwiązanie. Rozwinięcia wymagałaby oczywiście kwestia stosunku do zarodków, także wyrażonego w ustawie. Można bowiem zasadnie argumentować, że to zarodek – nowy aktor polskiej sceny politycznej, wprowadzony na nią za sprawą przede wszystkim debaty o *in vitro* – jest głównym zwycięzcą tej ustawy[21].

Czas i zapomnienie

Dwadzieścia lat – nie wiemy, dlaczego przyjęto akurat taki okres; jest to granica czysto arbitralna. Te 20 lat wskazuje też na specyficzne podejście w ustawie do czasu, który jest w dyspozycji ustawodawcy. Czas ma tu mieć szczególną moc zamazywania relacji i usprawiedliwiania sytuacji, którą można definiować jako niesprawiedliwość,

20 http://www.nasz-bocian.pl/node/51265; dostęp: 8.02.2016.

21 Więcej o konstrukcji zarodka w polskiej debacie o in vitro: M. Radkowska-Walkowicz, *Doświadczenie*, dz. cyt. Por też. J. Holc, dz.cyt.

a nawet przemoc względem kobiet, a także mężczyzn i osób z nimi i/lub zarodkami spokrewnionych.

Ale te 20 lat można też interpretować w inny sposób: jako specyficzną niewiarę legislatorów w to, że prawo ustala się na dłużej. Biorąc pod uwagę historię sporu o *in vitro* i jego upolitycznienie, ta niewiara nie jest bezzasadna, choć z perspektywy filozofii prawa wydaje się groźna. Nawet jeżeli w prawie innych krajów możemy znaleźć analogiczne zapisy (choć raczej dotyczą one niszczenia lub przekazywania zarodków na badania naukowe niż przymusowego oddawania do adopcji), na taki przepis w prawie polskim trzeba patrzeć w szerszym kontekście i widzieć w nim właśnie rodzaj niewiary czy też politycznego pragmatyzmu. W kontekście powstawania tej ustawy i stosunku do technologii *in vitro* obozu, który miał przejąć (i przejął) władzę po Platformie Obywatelskiej, odpowiedzialnej za omawianą ustawę, te 20 lat wydało się bez znaczenia. Znając sytuacje polityczną w Polsce, przygotowano prawo na tu i teraz. Słowa premier Ewy Kopacz o zwycięstwie wolności w pewnym stopniu to potwierdzają. Chodziło tu przede wszystkim o akt symboliczny, o symboliczne zwycięstwo, a nie o stworzenie dobrego prawa, zgodnego z zasadami sprawiedliwości reprodukcyjnej i szanującego reprodukcyjne prawa kobiet i mężczyzn.

Niemniej trzeba zauważyć, że ustawa jest też po prostu pewnym kompromisem i z tego wynika jej „niedoskonałość”. W tworzeniu nowego prawa uczestniczyli lekarze-eksperci, którzy wsparli polityków w definiowaniu równości, dali im przyzwolenie na kompromisy i to oni zgodzili się na omawiane wykluczenia, w tym singielek[22]. Ostatecznie więc okazali się drugą grupą zwycięzców (a nawet jedyną, biorąc pod uwagę losy polityczne PO i prezydenta Komorowskiego, który opowiedział się „za *in vitro*” w swojej kampanii prezydenckiej). Lekarze na ustawie zyskali bardzo dużo i ich postulaty zostały spełnione. Oczywiste dla mnie jest, że to oni przede wszystkim powinni tworzyć tego typu regulacje, niemniej zastanawiające wydaje się sprowadzenie problemu leczenia niepłodności do kwestii czysto medycznej – jak

22 Dziękuję Annie Krawczak za zwrócenie uwagi na ten aspekt.

pokazują liczne badania, problem niepłodności i leczenia jej należy widzieć w szerszej perspektywie, m.in.: psychologicznej, kulturowej, bioetycznej. To, że ustawa reprezentuje biomedyczną perspektywę, widać w wielu jej punktach. Powrócę na początek do kwestii 20 lat.

Regulacja ta ilustruje także relację pomiędzy ART a czasem. Technologia *in vitro* to technologia poddawana procesowi normalizacji, łączącemu się m.in. z naturalizacją i rutynizacją technologii[23], a także biomedykalizacją reprodukcji[24]. Jak piszą Olga De Jong i Willemijn Tkach: „normalizacja technologii wspomaganego rozrodu jest większym społecznym i kulturowym mechanizmem, który te technologie i ich społeczne efekty wciela w istniejące idee i praktyki, a jednocześnie przekształca istniejący porządek społeczny"[25]. Technologia wspomaganego rozrodu w modelu biomedycznym stara się zatem ukryć swoją interwencję i działać niczym „pomocna dłoń dla natury". Dąży do bycia zapomnianą, nie chce zostawiać śladów. Legislator zakłada, że 20 lat to wystarczająco dużo, żeby zapomnieć, że skorzystano z zabiegu ART, czego wynikiem były zamrożone zarodki. Jak wynika z prowadzonych w ramach mojego projektu badań, owo zapomnienie jest zgodne z intencjami wyrażanymi przez wielu lekarzy.

Biomedyczny dyskurs jest drugą siłą w polskiej debacie o *in vitro*, w której niewątpliwie głos konserwatywny, związany z Kościołem Katolickim, jest najmocniej reprezentowany. W odpowiedzi na żądania delegalizacji procedur *in vitro* czy znacznego ograniczenia warunków ich stosowania, lekarze wskazują, że niepłodność i jej leczenie także za pomocą ART są kwestią czysto medyczną – mówią: politycy niech nie

23 Proces dobrze opisany w literaturze przedmiotu – np. W. de Jong i O. Tkach (red.), *Making Bodies, Persons and Families. Normalising Reproductive Technologies in Russia, Switzerland and Germany*, Berlin, Hamburg, Münster 2009; Ch. Thompson, *Making Parents. The Ontological Choreography of Reproductive Technologies*, Cambridge 2005; Throsby, *When IVF Fails: Feminism, Infertility and Negotiation of Normality*, London 2004.

24 M. Kirejczyk, *Shaping users through the cultural and legal appropriation of in vitro fertilization* [w:] *Bodies of Technology. Women's Involvement with Reproductive Medicine*, red. A.R. Saetnan, N. Oudshoorn, M. Kirejczyk, Ohio 2000, s. 177–182.

25 W. de Jong i O. Tkach, dz. cyt., s. 17.

mieszają się do spraw medycyny[26]. Wydaje się oczywiste, że omawiana ustawa nie jest pisana tylko przez i dla polityków w symbolicznych celach, ale także przez i dla lekarzy.

Siła biomedycyny

Teraz skupię się na dwóch przestrzeniach ustawy, w których mocno widać wpływ dyskursu biomedycznego: na psychologii i dawstwie gamet oraz zarodków. W ustawie brakuje wspomnienia o psychologach jako ważnych aktorach w leczeniu niepłodności i uznania psychologicznych rozpoznań za istotne dla tego procesu. W modelu biomedycznym nie ma miejsca na psychologiczne wsparcie i doradztwo, co wydaje się konieczne w przypadku bardziej skomplikowanych i niejednoznacznych sytuacji związanych np. z kwestią dawstwa. Jak pokazują nasze badania, a także bardzo ciekawy raport Stowarzyszenia „Nasz Bocian” z monitoringu klinik leczenia niepłodności[27], pracujący w nich lekarze często uznają konsultacje psychologiczne za zbędne w procesie terapii niepłodności, a pomoc psychologiczna traktowana jest jedynie jako konieczna z marketingowego punktu widzenia (dziś większość klinik zatrudnia psychologa) lub w razie sytuacji kryzysowej, po nieudanych próbach zapłodnienia. Według ustawy o leczeniu niepłodności lekarze są wystarczająco kompetentni do decydowania o każdym aspekcie terapii. Nie ma w niej więc mowy o tym, że lekarz powinien kierować leczącą się parę do psychologa zanim ci podejmą decyzję o skorzystaniu z dawstwa, nie ma też wpisanych żadnych innych konsultacji w przypadkach niejednoznacznych etycznie czy psychologicznie.

I to właśnie w przestrzeni dawstwa ten brak wydaje się najbardziej znaczący. Ustawa daje tu lekarzom ogromną władzę. To właśnie lekarz ustali – jak stanowi art. 32 pkt 2 – „na podstawie danych fenotypowych podobieństwo z dawcą komórek rozrodczych, w przypadku

26 Por. np. wypowiedzi prof. Mariana Szamatowicza podczas uroczystości wręczenia nagród osobom zasłużonym w propagowaniu pełnej dostępności metody *in vitro* w Polsce, Sejm RP, 6 listopada 2012 r., Warszawa; czy podczas konferencji prasowej zorganizowanej w ramach sympozjum *Postępy w leczeniu niepłodności – 25 lat dziecka z in vitro*, 16 listopada 2012 r., Białystok.

27 http://www.nasz-bocian.pl/pacjencki_monitoring_raport_centralny; dostęp: 8.02.2016.

gdy utworzenie zarodka wymaga zastosowania komórek rozrodczych z dawstwa innego niż partnerskie". Monika Bulmańska-Wingett komentuje to tak: „Ustawa pisana z pozycji medycyny okazuje się nagle zupełnie niespodziewanie skręcać w kierunku dawno obalonych teorii psychologicznych z ubiegłego wieku, gdzie utrzymanie fizycznego podobieństwa dziecka i rodziców udaje kategorię medyczną, podczas gdy jest wyłącznie kategorią społeczną. […] Projektodawca funduje nam uczestnictwo w jakiejś fikcji. Być może są to wnioski zbyt daleko posunięte, ale naprawdę trudno się oprzeć wrażeniu, że ustawodawca promuje zachowanie tajemnicy w sprawie dawstwa innego niż partnerskie. Wszelkie zabiegi mające ją utrzymać powodują, iż kojarzy się z czymś wstydliwym. Jak inaczej rozumieć ten wymóg obok anonimowości dawstwa jako jedynej dopuszczalnej opcji?"[28].

Ustawa wskazuje więc, że to lekarz będzie według uznania dobierał dawców; co więcej, stwierdzenie na podstawie danych fenotypowych podobieństwa przyszłych rodziców z dawcami zarodka lub gamet (art. 32 pkt 2 ust. 2, art. 36 pkt 1 ust. 4) jest w ustawie zapisane jako warunek konieczny przystąpienia do procedury dawstwa. Podobieństwo uznawane jest tu za kategorię ściśle medyczną, fizyczną, podczas gdy jest to przede wszystkim kategoria kulturowa i symboliczna, o czym często wiedzą rodzice adopcyjni, gdy świat dokoła przekonuje ich o podobieństwie do nich ich adoptowanych dzieci. Czemu służy w ustawie ten wymóg? Wydaje się, że przede wszystkim wzmocnieniu symbolicznej władzy lekarza nad procesem i ukazaniu siły naturalizacji tkwiącej w technologii.

Badania prowadzone w ramach kierowanego przeze mnie projektu, jak i badania Naszego Bociana wśród ponad 700 pacjentów pokazują, że dla pacjentów niekoniecznie znaczenie musi mieć podobieństwo oparte na prostych wyróżnikach, jak kolor oczu, włosów, wzrost. Znacznie istotniejsze może być poczucie wpływu i kontroli nad procesem. Możliwość wyboru dawcy czy dawczyni przez przyszłych rodziców rozumiałabym więc raczej nie jako spełnienie czarnego snu

28 http://www.nasz-bocian.pl/node/51265; dostęp: 8.02.2016.

konserwatystów o „*designer baby*”, lecz jako możliwość odzyskania kontroli w przestrzeni znaczonej przez władzę biomedycznych dyskursów. Często pacjenci korzystający z dawstwa chcą móc wybrać dawcę na podstawie pewnych informacji – mogą one być związane z cechami fizycznymi, jak grupa krwi czy kolor włosów, ale może też chodzić o cechy charakteru, motywacje czy historię życia potencjalnego dawcy (w profilu rozszerzonym duńskiego Cryosu, skąd pochodzi większość importowanej do krajów europejskich spermy, można zapoznać się z zostawionym od dawcy dla biorców listem, a w nim nacisk najczęściej jest kładziony właśnie na powody, dla których dany mężczyzna został dawcą, czy na jego sytuację rodzinną lub biograficzną). Biorąc udział w wyborze dawcy, przyszli rodzice mogą więc odzyskać poczucie kontroli i sprawczości w procesie leczenia niepłodności, często wiążącego się z uprzedmiotowieniem i zagubieniem. Są też tacy pacjenci, dla których podobieństwo fizyczne nie jest istotne i chcą zostawić wybór „naturze” czy też przypadkowi. Wówczas lekarz, wybierając dawcę, niejako działa w imieniu natury czy też losu.

Rozwiązania, które proponuje ustawa, dotyczące dawstwa gamet i zarodków, wydają mi się zresztą najbardziej dyskusyjne w całej ustawie i wzmacniają mój argument o jej biomedycznym charakterze. Według regulacji ustawowych tylko dawstwo anonimowe jest dopuszczalne. Opowiedzenie się w ustawie przeciw jawności jest zgodne z podejściem wielu lekarzy i właścicieli klinik leczenia niepłodności. Jeden z lekarzy, z którymi rozmawiałyśmy w ramach projektu, na pytanie o to, czy powinno się mówić dziecku, że jest poczęte dzięki anonimowemu dawcy, powiedział: „to nie niesie specjalnej wartości dodanej, a niesie bardzo duże zagrożenie komplikacjami. […] na moje poczucie takiej, takiej sprawiedliwości i życzenia wszystkiego dobrego każdemu człowiekowi ja bym chciał chronić ludzi od informacji, które nie dają żadnej pozytywnej wartości”. Potwierdza to analiza forów internetowych, na których kobiety wymieniają się doświadczeniami z leczenia niepłodności. Jedna z nich, na forum portalu Nasz-bocian.pl pisze: „Przy AZ [adopcji zarodka] jeden z naszych błędów – w moim mniemaniu – polegał na tym, że nie powiedzieliśmy rodzinie, za silną

sugestią lekarza. […] Co do lekarzy – […] z jednej strony lekarz pyta mnie o choroby w rodzinie (w kontekście wczesnej menopauzy, cukrzycy, chorób autoimmunologicznych, raka) a z drugiej beztrosko mówi, ze »lepiej nikomu nie mówić« w sensie: lekarzom też? czyli jak spytają o choroby przy dziecku to mam tworzyć fikcję medyczną? Ze szkodą dla dziecka?" Anna Krawczak widzi problem także jako element strategii kontrolowanego milczenia, które służy rożnym grupom, w tym przypadku lekarzom. „To stanowisko jest zdumiewające – pisze – o tyle, że zgromadzone dotąd prace badające dynamikę więzi w rodzinach utworzonych dzięki dawstwu jednoznacznie pokazują, że ukrywanie przed dzieckiem okoliczności poczęcia dzięki dawstwu jest strategią niemal zawsze bardziej ryzykowną i potencjalnie szkodliwą dla rodzinnych więzi aniżeli strategia jawności. Samo przeciwstawianie powiedzenia prawdy i dobra dziecka już jest koncepcją, która może budzić zdziwienie"[29].

Jak pisałam, lekarze często podnoszą kwestię dobra dziecka jako argument za zachowaniem jego przeszłości w tajemnicy. Przyznają, że używają go w rozmowach z pacjentami – przyszłymi rodzicami. Dobro dziecka, podobnie jak w wielu innych kontekstach, staje się poręczną kategorią, która może służyć obronie różnych stanowisk i moralnemu odciążeniu – w tym przypadku lekarzy, dążących do zneutralizowania technologii przez uczynienie jej niewidzialną (anonimowość jest jednym z czynników, który na to wpływa).

W międzynarodowym prawodawstwie można zaobserwować tendencję do zakazywania anonimowego dawstwa – takie zapisy stosują m.in. Szwecja, Austria, Szwajcaria, Holandia, Norwegia, Wielka Brytania, Nowa Zelandia, Finlandia, niektóre stany Australii. Niemniej w Polsce nie będzie możliwości skorzystania z dawstwa jawnego, w tym wewnątrzrodzinnego. Z bliskiej mi perspektywy tzw. *childhood studies*, które w centrum zainteresowania stawiają dziecko jako

29 A. Krawczak, *Czego nie widać. Obszary przemilczeń w polskiej debacie o in vitro na podstawie zagadnienia dawstwa heterologicznego*, w: *Etnografie biomedycyny*, dz. cyt., s. 116. Por. np. E. Marquadt, *My Daddy's Name Is Donor*, Institute for American Values 2010, wersja online: http:// www.americanvalues.org/search/item.php?id=25, dostęp: 8.02.2016.

pełnoprawnego uczestnika i badań naukowych, i życia społecznego, wydaje się oczywiste, że anonimowe dawstwo stoi na straży interesów dorosłych: lekarzy i rodziców, a nie samych dzieci czy już dorosłych osób poczętych w ten sposób. Oczywiście dyskusja na temat jawności i anonimowości dawstwa jest znacznie szersza i wykracza daleko poza ramy tego tekstu; tutaj chciałabym jeszcze tylko zasygnalizować, że coraz więcej dorosłych osób urodzonych dzięki anonimowemu dawstwu szuka swoich genetycznych krewnych, argumentując to potrzebami tożsamościowymi. Trafny wydaje mi się argument o analogii między dawstwem a adopcją społeczną, w przypadku której od lat nie podaje się w wątpliwość prawa dziecka do wiedzy o rodzicach biologicznych, czyli znajomości tożsamości genetycznej.

Co ciekawe, w kontekście ustawy dorosłe osoby urodzone z gamet anonimowych dawców często poszukują wcale nie rodziców, ale rodzeństwa. To znów pokazuje siłę tego typu relacji, przemilczanej zupełnie w ustawie o leczeniu niepłodności i generalnie w debacie na temat ART. Prawdopodobnie jest to wynik kultury indywidualizmu i inwestowania w relację pomiędzy rodzicami (najczęściej matką) a dziećmi, bez widzenia problemu w perspektywie szerszej rodziny. Z jednej strony ART wzmacnia tę „wąską relację”, z drugiej buduje bardzo szeroką genetyczno-społeczną rodzinę[30]. Nie wchodząc szerzej w te antropologiczne dywagacje na temat konstrukcji współczesnych rodzin i relacji pokrewieństwa, które zostają zmienione na skutek rozwoju ART, jeszcze raz chciałabym zaznaczyć, że istnieje wielu aktorów zaangażowanych w tworzenie rodziny dzięki ART, a nie tylko matka, dziecko i doktor. Zatem pytanie o ich interesy powinno pojawić się także podczas procesu tworzenia tego typu projektu.

Konkluzja

Podsumowując, chciałabym wrócić do pytania, które pojawia się w kontekście cytowanej wypowiedzi Ewy Kopacz: o czyją wolność

30 P. Nordqvist i C. Smart, *Relative Strangers: Family life, genes and donor conception, Palgrave Macmillian 2014.*

chodzi? Odpowiedź wydaje mi się oczywista: przede wszystkim biomedycyny i pewnej grupy polityków. Będąc aktem przede wszystkim politycznym, ustawa na temat *in vitro* zapewne zostanie wkrótce zmieniona przez nową grupę rządzących. Następne regulacje prawdopodobnie nie będą tak biomedyczne, lecz bardziej ideologiczne (choć pamiętajmy, że dyskurs biomedyczny też jest rodzajem ideologii), w duchu wyznaczanym przez protagonistów Kościoła Katolickiego. W tym przypadku długie, wieloletnie debatowanie nad ustawą nie spowodowało, że przyjęta regulacja jest dopracowana i przemyślana. Przeciwnie: sporo w niej rozwiązań niezasadnych, konserwujących *status quo*, które w sytuacji braku prawa oznaczało nadmiar władzy biomedycznej, a jednocześnie wykluczających wiele grup z prawa do korzystania z technologii wspomaganego rozrodu. Jest to więc ustawa wykluczeń: osób samotnych, nieheteroseksualnych, dawstwa jawnego i możliwości zdobycia wiedzy o tożsamości przez dzieci urodzone z udziałem gamet osób trzecich, ale też wykluczenia psychologów i ewentualnie innych specjalistów, takich jak bioetycy, jako istotnych aktorów procesu leczenia niepłodności. Jednocześnie nie mam wątpliwości, że ta ustawa jest bardzo potrzebna, dobrze że została przyjęta, bowiem w wielu aspektach służy pacjentom, pacjentkom i ich przyszłym dzieciom.

ORZECZNICTWO

Mirosław Nesterowicz

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 stycznia 2014 r., I ACa 1348/13, LEX nr 1540864

1. Odpowiedzialność za skutki zerwania przez pacjenta umowy leczenia obciążają lekarza jedynie w wypadku, gdy poprzedzające decyzję pacjenta czynności tego ostatniego były sprzeczne z powszechnie uznanym stanem wiedzy medycznej. Nie mają zatem znaczenia fakty związane z możliwością przyjęcia innego od przyjętego przez lekarza modelu leczenia. Istotą jest bowiem ocena tego modelu leczenia, jaki został przyjęty przez lekarza. Ocena ta dokonana być powinna *ex ante* z poziomu rozpoczęcia procesu leczenia pacjenta.

2. Umowa o świadczenie medyczne jest umową starannego działania, a nie rezultatu, i jedynie pewne elementy mogłyby posiadać walor rezultatu, a to w zakresie, w jakim związane byłyby nie tyle z efektem leczenia, co z rodzajem materiału użytego do leczenia, np. służącego do wykonania implantu czy protezy[1].

G L O S A

Coraz częściej na wokandach sądowych pojawiają się sprawy „medyczne" oparte na reżimie kontraktowym (art. 471 i n. k.c.), co wiąże

1 Teza druga jest odautorska, wynika z uzasadnienia wyroku.

się z niewykonaniem lub przeważnie z nienależytym wykonaniem umowy przez lekarza (niepubliczny zakład leczniczy)[2]. Wynika to z coraz większej „prywatyzacji" służby zdrowia. Oprócz prywatnych gabinetów lekarzy powstają coraz liczniejsze kliniki i szpitale poza sektorem publicznym. Jeżeli korzystają one z funduszy publicznych na podstawie umów z Narodowym Funduszem Zdrowia, to pacjenci swoje prawo do ich usług leczniczych wywodzą z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Uważa się na ogół, że umowy świadczeniodawców z Funduszem są umowami o świadczenie na rzecz osoby trzeciej - pacjentów (*pactum in favorem tertii*). Odpowiedzialność świadczeniodawców za szkody wyrządzone pacjentom przy leczeniu ma charakter kontraktowy przy zbiegu z odpowiedzialnością deliktową (art. 443 k.c.)[3].

W niektórych dziedzinach medycyny dominuje jednak sektor prywatny, jak zwłaszcza w stomatologii czy chirurgii plastycznej. Wtedy istotna jest treść zawieranych umów i ważność postanowień. Jeżeli zakład leczniczy stosuje wzorce umowne (ogólne warunki umów o udzielenie świadczeń zdrowotnych), to nie są w nich dopuszczalne postanowienia, które można określić jako niedozwolone (art. 385^3 k.c.). Trzeba przy tym pamiętać, że szkoda na osobie jest zawsze czynem niedozwolonym i może prowadzić do odpowiedzialności deliktowej (art. 415 i n. k.c.). Zachodzi wówczas zbieg odpowiedzialności kontraktowej z odpowiedzialnością deliktową (art. 443 k.c.). Tę ostatnią często pacjenci wskazują jako podstawę powództwa, gdyż - w obecnym stanie prawnym - tylko w reżimie odpowiedzialności deliktowej

2 Zob. wyrok SA w Poznaniu z 29 IX 2005 r., I ACa 236/05, Prawo i Medycyna nr 1/2008, z glosą M. Nesterowicza; wyrok SA we Wrocławiu z 9 VII 2010 r., I ACa 665/10, PiM nr 1/2011, z glosą A. Niewęgłowskiego; wyrok SA w Gdańsku z 23 IV 2013 r., I ACa 721/12, PiM nr 1/2014, z glosą M. Nesterowicza; wyrok SA w Poznaniu z 3 XII 2014 r., I ACa 213/14, niepubl.; wyrok SA w Łodzi z 2 X 2014 r., I ACa 625/14, LEX nr 1544888.

3 Por. E. Bagińska, *Umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych zawierane między NFZ a świadczeniodawcami (w:) System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań - umowy nienazwane*, t. 9 (red. W.J. Katner), Warszawa 2015, s.420 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, wyd. X, s. 44.

mogą dochodzić zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (art. 445 § 1, 446 § 4, 448 k.c.)[4].

W tej sprawie powódka dochodziła od pozwanej, mającej prywatny gabinet stomatologiczny, kwoty początkowo 40.000 zł, na którą składały się zwrot wpłaconych kosztów leczenia w kwocie 22.600 zł i za nienależyte wykonanie umowy (założenie implantów i wykonanie protez na wszczepach stomatologicznych), o odszkodowanie („przy wadliwie wykonanych pracach posiada ona całkowity dyskomfort, nie wymawia prawidłowo zgłosek, ma trudności z rozdrobnieniem pokarmu, gdyż zgryz uległ totalnemu pogorszeniu") w kwocie 17.400 zł. Następnie rozszerzyła powództwo o zadośćuczynienie w kwocie 180.000 zł do łącznej kwoty powództwa 220.000 zł. Ustalono, że pozwana wykonywała u powódki prace implantologiczno-protetyczne w okresie od 6 września 2006 r. do września 2008 r., kiedy to powódka przerwała leczenie i odstąpiła od umowy przedstawiając roszczenia odszkodowawcze. Powódka twierdziła, że prace były przez pozwaną wykonane wadliwie, na skutek czego nastąpiło uszkodzenie aparatu żucia, cechy bólu głowy, wzmożone napięcie karku i mięśni skroniowych, zaburzenia ruchomości żuchwy wynikające z zaniżonego zgryzu. Pozwana wnosiła o oddalenie powództwa ze względu na to, że prace stomatologiczne zostały wykonane prawidłowo i że powódka nie wykazała istnienia szkody.

W związku z tym powstaje kilka kwestii: określenia charakteru prawnego umowy pomiędzy stronami, charakteru zobowiązania pozwanej, odstąpienia od umowy przez powódkę oraz zakresu roszczeń odszkodowawczych.

Umowę pomiędzy lekarzem (zakładem leczniczym) a pacjentem o usługi lecznicze uważa się przeważnie za umowę nienazwaną podobną do zlecenia, do której stosuje się odpowiednie przepisy o zleceniu (art. 750 w zw. z art. 734 i n. k.c.). W jej ramy wchodzą jednak także przepisy imperatywne (wynikające z ustaw, np. ustawy o zawodach

4 Zob. orzecz. SN z 3 VI 1981 r., IV CR 18/81, LEX nr 8331; orzecz. SN z 10 X 1997 r., III CKN 202/97, OSN 3/1998, poz. 42.

lekarza i lekarza dentysty (1996), ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (2008) czy innych, postanowienia Kodeksu Etyki Lekarskiej, wiążące lekarzy), niezależnie, czy strony o tym mówiły. Dlatego też lekarz naruszając te przepisy narusza również zawartą umowę[5]. Jest to umowa starannego działania, a nie rezultatu. Choć lekarz jest zobowiązany uczynić wszystko, aby zamierzony rezultat osiągnąć, to nie może odpowiadać za brak pomyślnego wyniku leczenia, który ze względu na stopień zaawansowania choroby, nie zawsze jednakową i możliwą do przewidzenia reakcję organizmu, nie jest absolutnie pewny. Zobowiązaniem lekarza nigdy nie może być „wyleczenie".

W Polsce warto wskazać na orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3 III 1998 r. (I ACa 14/98, *Wokanda* nr 10/1998), które głosi, że wysokie wymagania staranności, jakiej oczekuje się od lekarzy, nie mogą się przekładać w przypisywanie im obowiązków niemożliwych praktycznie do wykonania i tym samym wprowadzenie swoistej odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, co w sposób szczególny dotyczy czynności, z których podjęciem połączone jest niebezpieczeństwo oraz wynikająca stąd możliwość - częstszego niż to zazwyczaj się dzieje - powstania szkody. W takich wypadkach, przy zachowaniu maksymalnej staranności ze strony podmiotu organizującego lub wykonującego np. operacje - przy zastosowaniu wszelkich dostępnych środków ostrożności, nie da się wyłączyć możliwości powstania szkody, gdyż jej ryzyko stanowi nieodłączny i przez nikogo niezawiniony element tego rodzaju czynności. Na wysoki stopień staranności wymaganej od lekarza wskazał Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 29 IX 2005 r. (I ACa 510/05, *Prawo i Medycyna* nr 3/2006, z glosą M. Nesterowicza), który stwierdził, że 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 nienarażenie pacjentów na pogorszenie stanu

5 Por. G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil, t. 2, Les obligations*, Paryż 1962, s. 35 i n. ; G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paryż 1948, s. 280 i n.

zdrowia. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 10 II 2010 r. (V CSK 287/09, *Prawo i Medycyna* nr 3-4/2012, z glosą M. Nesterowicza). Rozbieżności zdań istnieją jednak w przedmiocie chirurgii estetycznej, przy której pacjentowi z istoty rzeczy chodzi tylko o rezultat (poprawienie linii, usunięcie tzw. błędu piękności itp.). Z jednej strony część teoretyków podnosi, że jest to typowe zobowiązanie rezultatu i lekarz ponosi odpowiedzialność za sam fakt jego nieosiągnięcia. Z drugiej strony uważa się, że jest to taka sama operacja jak każda inna. Jej dozwoloność powinna opierać się na porównaniu ryzyka szkody i oczekiwanego rezultatu.

Trzeba zauważyć, że w nauce i w orzecznictwie niemieckim, jak i francuskim łączy się często zobowiązanie stomatologa z zobowiązaniem rezultatu. Dotyczy to np. ekstrakcji zębów czy wykonania i założenia protez dentystycznych. To samo odnosi się do różnych implantów (orzeczenia Sądu Kasacyjnego z 15 XI 1972 r., D.1973.243, z 22 XI 1994 r., Bull. civ. I, n^{o} 340 i z 9 XI 1999 r., D.2000.117). Wydaje się więc, że nie ma przeszkód, aby przyjąć tu zobowiązanie rezultatu. Pacjent rezultatu oczekuje i rezultat jest tu możliwy do osiągnięcia[6].

Czasami jednak, zwłaszcza w dawnej doktrynie i orzecznictwie dopuszczano przyrzeczenie rezultatu. Twierdzono, że wówczas w razie nieosiągnięcia rezultatu odpowiedzialność lekarza zachodziłaby za sam fakt niedotrzymania przyrzeczenia (*breach of contract*) bez dowodu jego winy[7].

W glosowanej sprawie Sąd Okręgowy nie analizował charakteru prawnego umowy między stronami twierdząc jedynie, że nie ma podstaw do uznania, że pozwana dopuściła się błędu w sztuce medycznej i wykonała zobowiązanie w sposób niewłaściwy. Odwołał się tu do art. 471 k.c. Uznał także, że powódka nie udowodniła, czy pozwana dopuściła się wobec niej zachowania bezprawnego, aby można było

6 Por. M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa-Poznań 1972, s. 54 i n.

7 Por. Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Paryż 2008, s. 577 ; J. Savatier, *La profession liberale*, Paryż 1947, s. 227 ; B. Shartel, M.L. Plant, *The Law of Medical Practice*, Springfield (Illinois) 1959, s. 10 ; J. Kennedy, A. Grubb, *Medical Law*, Londyn 2000, s. 276.

przypisać pozwanej winę, zatem brak jest podstaw do uwzględnienia powództwa także w oparciu o przepis art. 415 k.c.

Natomiast Sąd Apelacyjny powiedział, że „umowa o świadczenie medyczne jest umową starannego działania (a nie rezultatu) i jedynie pewne jej elementy mogłyby posiadać walor rezultatu, a to w zakresie, w jakim związane byłyby nie tyle z efektem leczenia, co z rodzajem materiału użytego do leczenia, np. służącego do wykonania implantu, czy protezy". Inaczej orzekł Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 9 VII 2010 r. (I ACa 665/10)[8] przyjmując, że Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (NZOZ) i pacjent dla wykonania zabiegu implantów zębowych zawarły umowę wzajemną podobną do umowy o dzieło. Dlatego NZOZ może odpowiadać za nienależyte wykonanie zobowiązania umownego, również w ramach reżimu rękojmi za wady, nawet jeśli nie doszło do uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, ale nie osiągnięto objętego zamiarem stron efektu estetycznego.

Jeżeli przyjmiemy, że umowa o usługi lecznicze jest umową podobną do zlecenia (art. 750 k.c.), to zlecenie może być w każdym czasie odwołane (art. 746 k.c.). Uważa się powszechnie, że pacjent jest w bardziej uprzywilejowanej sytuacji aniżeli lekarz, może zakończyć umowę w każdym czasie[9]. Lekarz jest ograniczony przez przepisy prawne i Kodeks Etyki Lekarskiej[10]. Jeżeli jednak wypowiedzenie umowy przez pacjenta nastąpiło bez ważnego powodu[11], a umowa jest odpłatna (co jest regułą), to oprócz zwrotu wydatków i części wynagrodzenia odpowiadającego dotychczasowym czynnościom lekarza, pacjent

8 LEX nr 603925, z glosą A. Niewęgłowskiego, Prawo i Medycyna nr 1/2011.

9 Jak piszą B. Shartel, M.L. Plant, jw., s. 5 „the relation may be terminated at any time by the patient´s dismissal of the physician".

10 Art. 38 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (1996) przewiduje, że lekarz może nie podjąć lub odstąpić od leczenia pacjenta, o ile nie zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 30 (ten przepis głosi, że lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki). Art. 7 KEL stanowi, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach lekarz może nie podjąć się lub odstąpić od leczenia chorego, z wyjątkiem przypadków niecierpiących zwłoki. Nie podejmując albo odstępując od leczenia lekarz winien wskazać choremu inną możliwość uzyskania pomocy lekarskiej.

11 Zob. M. Nesterowicz, *Umowy o świadczenie usług medycznych* (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań - Umowy nienazwane,* t. 9, (red. W.J. Katner), Warszawa 2015, s. 417.

powinien także wynagrodzić szkodę (zwykle w wysokości honorarium lekarza) poniesioną przez lekarza. Poza tym pacjent może oczywiście wypowiedzieć umowę, gdy lekarz zobowiązania swojego nie wykonuje lub wykonuje je nienależycie. Wtedy przysługuje pacjentowi roszczenie o wynagrodzenie poniesionej szkody.

Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny orzekły, że powódka nie udowodniła, aby pozwana wykonywała umowę w sposób niewłaściwy. Opierając się na opinii biegłych Sąd Okręgowy stwierdził, że nie ma dowodów świadczących, by proces leczenia powódki przez pozwaną przed podjęciem przez powódkę decyzji o przerwaniu leczenia był sprzeczny ze sztuką stomatologiczną. Sąd Apelacyjny trafnie przyjął, że odpowiedzialność za skutki odstąpienia pacjenta od umowy leczenia obciążają lekarza jedynie w przypadku, gdy poprzedzające decyzję pacjenta czynności lekarza były sprzeczne z powszechnie uznanym stanem wiedzy medycznej. Odwołał się jednak dla oceny prawidłowości postępowania lekarza do jakiegoś „modelu leczenia" przyjętego przez lekarza. Jest to termin dziwaczny, należało raczej mówić o sposobie i metodzie leczenia czy metodzie postępowania medycznego, jak to określa art. 6 i 13 ust. 3 Kodeksu Etyki Lekarskiej oraz art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (1996) oraz orzecznictwo[12].

Sąd powołał się jeszcze na art. 491 k.c., dotyczący odstąpienia od umowy wzajemnej w razie zwłoki drugiej strony umowy, wskazując, że powódka nie wykazała, że skutecznie odstąpiła od umowy. Moim zdaniem przepis ten nie ma tu zastosowania, gdyż powódka nie powoływała się na zwłokę pozwanej w leczeniu. Odstąpienie od umowy było skuteczne na podstawie art. 746 § 1 k.c., lecz ponieważ nastąpiło bez ważnego powodu, to powódka nie ma roszczeń o zwrot wydatków. Nie ma też roszczeń odszkodowawczych *ex contractu* (art. 471 w zw. z art. 361 § 2 k.c.) z braku winy pozwanej w wykonaniu umowy.

Gdyby natomiast Sąd Apelacyjny uznał, że strony łączyła umowa o dzieło, gdyż celem umowy nie było dołożenie należytej staranności

12 Zob. orzecz. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 18 IX 2013 r., I ACa 35513, LEX nr 1383480, PiM nr 2/2015, z glosą M. Nesterowicza.

przez pozwaną w leczeniu powódki, lecz założenie implantów i wykonanie protez na wszczepach stomatologicznych, to do oceny odstąpienia od umowy przez powódkę stosowałyby się dwa przepisy: art. 636 § 1 k.c. („Jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie") i art. 644 k.c. („Dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić, płacąc umówione wynagrodzenie. Jednakże w wypadku takim zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła").

Zarówno więc wymienione przepisy umowy zlecenia i umowy o dzieło potwierdzają prawo pacjenta do odstąpienia od umowy o usługi lecznicze w ramach reżimu kontraktowego. Inną kwestią są natomiast roszczenia odszkodowawcze odstępującego, zwłaszcza według art. 494 k.c. („Strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania").

Ponieważ powódka dochodziła także zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na skutek uszczerbku na zdrowiu na skutek wadliwego - jak twierdziła - leczenia stomatologicznego, Sąd Apelacyjny rozważył także podstawę deliktową. Uznał, że nie można przypisać pozwanej popełnienia czynu niedozwolonego (postępowania niezgodnego z prawem albo powszechnie uznanym stanem wiedzy medycznej) oraz winy w postępowaniu (w tym także zawinionego błędu sztuki lekarskiej). W konsekwencji orzekł, że roszczenia o odszkodowanie (straty w postaci zbędnie poniesionych wydatków na leczenie) i zadośćuczynienie za krzywdę nie były usprawiedliwione i to niezależnie od ich podstawy kontraktowej czy deliktowej. Na skutek tego Sąd Okręgowy oddalił powództwo, a Sąd Apelacyjny apelację powódki.

Jan Ciechorski

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2012 r., sygn. IV CSK 373/11[1]

1. Wymogi uzasadnienia sądu drugiej instancji ulegają częściowo modyfikacji w stosunku do wymogów art. 328 § 2 k.p.c., bowiem z ustanowionego w art. 378 § 1 k.p.c. obowiązku rozpoznania sprawy w granicach apelacji nie wynika konieczność osobnego omawiania w uzasadnieniu orzeczenia przez sąd każdego z argumentów podnoszonych w apelacji, natomiast wynika z niego konieczność sporządzenia uzasadnienia w sposób wskazujący, że zarzuty apelacji były rozważone przed wydaniem orzeczenia. Ponadto sąd drugiej instancji jest obowiązany zamieścić w uzasadnieniu takie elementy, które ze względu na treść apelacji i zakres rozpoznania są potrzebne do rozstrzygnięcia sprawy.

2. Osobą z zaburzeniami psychicznymi jest zarówno osoba, o której mowa w art. 23 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, jak i w art. 24 ustawy, z tym że w tym drugim wypadku charakter zaburzeń, wobec wątpliwości, czy mogą być kwalifikowane jako choroba psychiczna, ma ulec wyjaśnieniu w czasie pobytu w szpitalu. Mieć należy na uwadze, że o przyjęciu do szpitala w obu wypadkach postanawia lekarz wyznaczony do tej czynności po zbadaniu pacjenta i zasięgnięciu w miarę możliwości opinii drugiego lekarza psychiatry

1 LEX nr 1169841.

lub psychologa, a kontrola przyjęcia następuje w drodze zatwierdzenia przez ordynatora w ciągu 48 godzin od przyjęcia. Decyzja zapada zatem w dniu przybycia pacjenta do szpitala, a kontrola w ciągu najwyżej dwóch dni. To zaś oznacza, że po tak krótkim czasie może być niemożliwe kategoryczne stwierdzenie, jaki charakter noszą zaburzenia psychiczne zaobserwowane u pacjenta i dopiero dalsza obserwacja umożliwi ich prawidłowe zakwalifikowanie i wskazanie prawidłowej podstawy przyjęcia. Kontrola legalności następuje w odniesieniu do podstawy przyjęcia wskazanej przez kierownika szpitala w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 23 ust. 4 zd. 2 ustawy, i które musi być skierowane do sądu w ciągu najdłużej 72 godzin od przyjęcia.

3. Sprawy unormowane przepisami ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego nie są sprawami z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego (aczkolwiek są rozpoznawane przez sąd opiekuńczy), a są sprawami z zakresu prawa osobowego.

4. Konstrukcja artykułu 25 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego i rozdzielenie podstaw wszczęcia postępowania dotyczącego przyjęcia danej osoby do szpitala psychiatrycznego wskazuje na to, że zawiadomienie kierownika szpitala jest samodzielną podstawą wszczęcia postępowania, a ponieważ jest to przepis szczególny w stosunku do przepisów ogólnych o postępowaniu nieprocesowym oraz o postępowaniu opiekuńczym, nie będą one miały w tym zakresie zastosowania.

GLOSA

Glosowane orzeczenie zostało wydane na podstawie następującego stanu faktycznego: Sąd Rejonowy stwierdził zasadność przyjęcia J.T., uczestniczki postępowania, do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 24 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Oddalając apelację uczestniczki w zaskarżonym postanowieniu Sąd Okręgowy zaakceptował w całości ustalony stan faktyczny i podzielił jego ocenę prawną. J.T. została wbrew swej woli przywieziona do szpitala w dniu 7

grudnia 2009 r. przez męża i córkę, albowiem była w tzw. ciągu alkoholowym i wielokrotnie groziła popełnieniem samobójstwa. Z przekazanych przez rodzinę informacji wynikało, iż zły stan zdrowia J.T. był spowodowany nadużywaniem alkoholu. Rok wcześniej uczestniczka była hospitalizowana w tym szpitalu z powodu stanów depresyjnych i zespołu abstynencyjnego. Została ona przyjęta do oddziału psychiatrycznego na podstawie art. 23 u.o.z.p. Jako rozpoznanie wstępne odnotowano zaburzenia psychiczne i zaburzenia zachowania spowodowane użyciem alkoholu, a jako przyczynę zastosowania wskazanego przepisu - bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia. Wobec J.T. zastosowano przymus bezpośredni, podano leki uspokajające oraz płyny infuzyjne. Badanie nie wykazało ilościowych ani jakościowych zaburzeń świadomości, ostrych objawów wytwórczych ani klinicznie istotnych cech organicznego uszkodzenia ośrodkowego układu nerwowego. 8 grudnia 2009 r. dyrektor szpitala zawiadomił sąd opiekuńczy o przyjęciu uczestniczki do szpitala na podstawie art. 24 powołanej ustawy, a w dniu 9 grudnia 2009 r. została ona wypisana. Sąd Okręgowy uznał, że przyjęcie było zasadne z uwagi na wątpliwości dotyczące stanu psychicznego pacjentki, informacje przekazywane przez członków rodziny o poprzedniej hospitalizacji psychiatrycznej, wypowiadanie przez nią treści samobójczych oraz z powodu jej zachowania w szpitalu (była pobudzona, agresywna, a także istniały trudności w nawiązaniu z nią kontaktu). Powyższe okoliczności uzasadniały – zdaniem Sądu Okręgowego – przyjęcie bez zgody.

W skardze kasacyjnej uczestniczka postępowania zarzuciła naruszenie art. 24 u.o.z.p. przez jego bezzasadne zastosowanie do sytuacji przyjęcia na podstawie art. 23, jak i z uwagi na okoliczność, że była ona zdrowa psychicznie, a opinia biegłych nie wskazuje, iżby w dacie przyjęcia bezpośrednio zagrażała swojemu życiu lub wykazywała zaburzenia psychicznie, co zaś do ich genezy istniała wątpliwość. Zarzuciła także błędną wykładnię art. 24 ustawy polegającą na przyjęciu jego zastosowania wobec „pacjentów budzących wątpliwości, że swoim zachowaniem zagrażają sobie lub innym", mimo że z przepisu tego wynika, iż obserwacja ta ma zastosowanie w stosunku do osób,

których dotychczasowe zachowanie wskazuje, że z powodu zaburzeń psychicznych zagrażają bezpośrednio swojemu życiu albo zdrowiu lub życiu innych. Podniesiono również zarzuty naruszenia przepisów postępowania: art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. i art. 378 § 1 k.p.c. polegające na nieodniesieniu się do zarzutów apelacyjnych, art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 §1 k.p.c. w postaci niewskazania, dlaczego sąd odmówił wiarygodności dowodom w postaci karty przyjęcia oraz stwierdzenia przyjęcia do szpitala.

Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu wyjaśnił, że wymogi dotyczące uzasadnienia orzeczenia określone w art. 328 § 2 k.p.c. doznają w postępowaniu apelacyjnym modyfikacji, a z obowiązku ustanowionego w art. 378 § 1 k.p.c. rozpoznania sprawy w granicach apelacji nie wynika konieczność omawiania każdego argumentu zawartego w apelacji, konieczne jest natomiast wykazanie, iż sąd odwoławczy rozważył wszystkie z podniesionych tam zarzutów. Odwołując się do swego orzecznictwa[2] Sąd Najwyższy wskazał, że w uzasadnieniu sąd II instancji obowiązany jest uwzględnić elementy, które z uwagi na zarzuty apelacyjne i zakres rozpoznania są konieczne do rozstrzygnięcia sprawy. Tymczasem Sąd Okręgowy rozważał dowody wskazane w apelacji poprzez zaakceptowanie ustaleń Sądu I instancji (przy niedokonaniu własnych ustaleń), który oceniał ich znaczenie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa materialnego Sąd Najwyższy trafnie wyjaśnił, iż przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego stanowi głęboką ingerencję w sferę wysoko chronionych dóbr osób z zaburzeniami psychicznymi, co wprowadza konieczność interpretowania w sposób ścisły zezwalających na takie postępowanie przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Przywołując dotychczasowe swoje stanowisko[3] Sąd Najwyższy stwierdził, że kontrola przyjęcia pacjenta bez zgody sprawowana przez sąd opiekuńczy

2 Wyroki: z dnia 11 grudnia 2008 r., sygn. IV CSK 331/08; z dnia 24 lipca 2009 r., sygn. I PK 38/09; z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. I CSK 67/11.

3 Postanowienie z dnia 14 lutego 1996 r., sygn. II CRN 201/95, LEX nr 24925; postanowienie z dnia 12 lutego 1997 r., sygn. II CKU 72/96, OSNC 1997/6-7/84; z dnia 27 lutego 2008 r., sygn. III CSK 318/07, niepubl.; postanowienie z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 402/08, LEX nr 560512.

obejmuje zarówno przesłanki materialnoprawne przyjęcia określone w art. 23 ust. 1 ustawy, jak i sposób postępowania szpitala psychiatrycznego (określony w art. 23 ust. 2 – 3, art. 24 ust. 2 zw. z art. 23 ust. 2 – 3). Naczelną zaś dyrektywą postępowania sądu powinien być wymóg celowości orzeczenia z punktu widzenia dobra i interesu osoby, której postępowanie dotyczy. Trafnie podniesiono, iż zasadniczy problem w rozpoznawanej sprawie stanowi ustalenie, czy dopuszczalne jest orzekanie przez sąd opiekuńczy o legalności przyjęcia w trybie art. 24 u.o.z.p. w przypadku, gdy pacjent został przyjęty w oparciu o art. 23. Zagadnienie to jest istotne z uwagi na odmienność przesłanek dla tych podstaw przyjęcia, a także różne uprawnienia przysługujące szpitalowi psychiatrycznemu. Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 1 w tym trybie może być przyjęta wyłącznie osoba chora psychicznie, bezpośrednio zagrażająca swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych. W takim przypadku może być wdrożone przymusowe leczenie w oparciu o przepisy art. 33 powołanej ustawy. Natomiast art. 24 umożliwia prymusowe przyjęcie osoby, która z powodu zaburzeń psychicznych zagraża bezpośrednio swojemu życiu albo życiu innych osób, a zachodzą wątpliwości, czy jest chora psychicznie. Czas pobytu pacjenta przyjętego w tym trybie nie może przekraczać 10 dni oraz nie może być wobec niego podejmowane leczenie na podstawie art. 33 ustawy. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że osobą z zaburzeniami psychicznymi – zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy – jest zarówno osoba chora psychicznie (z zaburzeniami psychotycznymi), jak osoba upośledzona, a także osoba wykazująca inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych. Stwierdzono, iż osobą z zaburzeniami psychicznymi jest zarówno ta określona w art. 23, jak i w art. 24 ustawy, jednakże w tym drugim przypadku zachodzą wątpliwości, czy zaburzenia mają charakter choroby psychicznej. Obserwacja w czasie hospitalizacji ma te wątpliwości wyjaśnić. Trafnie podniesiono, że decyzja o podstawie zapada w chwili przyjęcia do szpitala, a ocena jego zasadności musi być dokonana przez ordynatora (kierownika oddziału) w terminie do 48 godzin, natomiast zawiadomienie sądu opiekuńczego musi nastąpić nie później niż do 72 godzin

od chwili przyjęcia. W tym czasie może być niemożliwe ostateczne zakwalifikowanie dolegliwości pacjenta i podanie prawidłowej podstawy prawnej, a postawienie właściwego rozpoznania umożliwi jedynie dalsza obserwacja. W konsekwencji Sąd Najwyższy uznał, iż ocena dokonywana przez sąd opiekuńczy jest przeprowadzana w stosunku do podstawy prawnej wskazanej w powiadomieniu dokonywanym przez kierownika szpitala psychiatrycznego. Wskazano również, iż podnoszone w skardze kasacyjnej naruszenie art. 24 ust. 1 polegające na jego błędnym zastosowaniu w sytuacji, gdy J.T. była zdrowa psychicznie jest bez znaczenia, skoro zachodziły przesłanki przyjęcia w tym trybie, w szczególności stan psychiczny można było kwalifikować jako zaburzenia psychotyczne. Odnosząc się do zarzutów dotyczących braku stwierdzenia w opinii biegłych podstaw do przyjęcia bez zgody Sąd Najwyższy przyjął, że jest to niedopuszczalne kwestionowanie ustalonego stanu faktycznego. Nadto biegli rozpoznali u uczestniczki postępowania zaburzenia zachowania o złożonej etiologii, a we wnioskach uznali, że takie zachowanie mogło stanowić zagrożenie dla jej życia. Wbrew wywodom skargi kasacyjnej uznano, że zaburzenia zachowania mogą wskazywać na zaburzenia psychiczne, które wymagają obserwacji w celu wyjaśnienia ich charakteru.

Powołując się na swe wcześniejsze orzeczenie[4] Sąd w glosowanym postanowieniu wyjaśnił, że postępowania unormowane w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego nie są sprawami z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego, a sprawami z zakresu prawa osobowego. Powyższe twierdzenie wywiódł z brzmienia art. 42 ustawy, który odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym przy zachowaniu zmian wynikających z ustawy. Wynika stąd pierwszeństwo przepisów proceduralnych u.o.z.p., a w części nimi nieobjętej stosowanie przepisów ogólnych k.p.c. o postępowaniu nieprocesowym i o postępowaniu opiekuńczym, zaś w zakresie w nich nieuregulowanym - przepisów o procesie (art. 13 § 2 k.p.c.). Powyższą konstatację SN odniósł do

4 Z dnia 25 stycznia 2001 r. sygn. III CKN 1454/00, OSNC nr 7-8/2001 poz. 116.

charakteru prawnego powiadomienia sądu o przyjęciu bez zgody. Podniósł, że art. 25 ustawy wyraźnie określa podstawy wszczęcia postępowania. Są nimi zawiadomienie kierownika szpitala (art. 25 ust. 1), wniosek osoby, której postępowanie dotyczy, jej przedstawiciela ustawowego, jej małżonka, krewnych w linii prostej, rodzeństwa, opiekuna faktycznego (art. 25 ust. 2), sąd też może rozpoznać sprawę z urzędu (art. 25 ust. 2 *in fine*). Zauważono, że rozdzielenie podstaw wszczęcia postępowania oraz konstrukcja art. 25 ustawy wskazuje, iż zawiadomienie kierownika szpitala psychiatrycznego stanowi samodzielną podstawę wszczęcia postępowania, a przepis ten wyłącza – z uwagi na swój szczególny charakter wobec przepisów k.p.c. – te przepisy. Jednocześnie Sąd trafnie podniósł, iż zawiadomienie przewidziane w tym przepisie nie jest zawiadomieniem, o którym mowa w 572 k.p.c. Tym samym postępowanie wszczęte wskutek zawiadomienia kierownika nie toczy się z urzędu, czy na wniosek, ale wskutek tego zawiadomienia. W konsekwencji skarga kasacyjna została oddalona.

Powyższe postanowienie wymaga komentarza, albowiem zawiera twierdzenia o podstawowym znaczeniu dla wykładni przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

Aprobuję co do zasady stanowisko Sądu Najwyższego, iż sąd opiekuńczy winien kierować się w postępowaniu na podstawie art. 25 u.o.z.p. celowością wydawanego orzeczenia z punktu widzenia dobra i interesów osoby, której ono dotyczy, jednakże nie można zapominać, iż przymusowe przyjęcie nie następuje wyłącznie w wyżej wskazanym celu. Zarówno z art. 23 ust. 1, art. 24 ust. 1 czy art. 28 u.o.z.p. wprost wynika, że przyjęcie bez zgody może nastąpić również z uwagi na bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia innych stwarzane przez osobę chorą psychicznie lub z zaburzeniami psychicznymi. Tym samym można zasadnie twierdzić, że to przyjęcie następuje również w interesie ogólnym.

Niewątpliwie słusznie w glosowanym postanowieniu wskazano na zagadnienie właściwej podstawy prawej przyjęcia bez zgody, albowiem determinuje to dalsze postępowanie w stosunku do osoby przyjętej. Z przepisu art. 24 ust. 2 u.o.z.p. wynika, że czas obserwacji

nie może przekraczać 10 dni, a wobec osoby obserwowanej nie mogą być podejmowane czynności lecznicze z zakresu psychiatrii przewidziane w art. 33 ust. 4. Trafnie SN wskazał na niepewność wstępnej diagnozy stawianej na izbie przyjęć. W piśmiennictwie przyjmuje się podział przesłanek warunkujących dopuszczalność przyjęcia bez zgody na medyczne i behawioralne[5]. Do medycznych zalicza się chorobę psychiczną (art. 23 ust. 1 u.o.z.p.) oraz zaburzenie psychiczne (art. 24 ust. 1 u.o.z.p.). W świetle kategorycznego sformułowania przepisu art. 23 ust. 1 na jego podstawie może być przyjęta osoba chora psychicznie (wykazująca zaburzenia psychotyczne – art. 3 pkt 1 lit. a u.o.z.p.), a diagnoza musi zostać postawiona w czasie przyjęcia do szpitala. Powyższe stanowisko prezentowane jest w piśmiennictwie, np. J. Duda stwierdza, że „Fakt istnienia u określonej choroby psychicznej powinien być bezsporny."[6] Podobnie wskazują pozostali komentatorzy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, uznając, że „Warunkiem przyjęcia do szpitala psychiatrycznego osoby chorej psychicznie bez wyrażonej przez nią zgody jest wcześniejsze rozpoznanie u niej choroby psychicznej."[7]

Rację ma Sąd Najwyższy wskazując, iż trudne jest zdiagnozowanie choroby psychicznej z całkowitą pewnością na etapie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego. Podczas badania w izbie przyjąć lekarz zazwyczaj nie ma wystarczającej ilości czasu do postawienia pewnego rozpoznania. Tym samym zakres podmiotowy zastosowania przepisu art. 23 ust. 1 u. o.z.p. byłby wyjątkowo wąski, ograniczający się wyłącznie do osób, u których wcześniej rozpoznano zaburzenia psychotyczne albo u których te zaburzenia są ewidentne, możliwe do stwierdzenia w czasie krótkotrwałego badania przy przyjęciu. W konsekwencji przy ścisłym stosowaniu tego wymogu większość hospitalizacji bez zgody powinna następować na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy, którego cechą

5 S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Przegląd ważniejszych zagadnień*, Warszawa 1995, s. 34, J. Ciechorski, *Glosa* do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r., sygn. I ACa 361/13, OSP nr 4/2015.

6 J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 236.

7 P. Gałecki, K. Bobińska. K. Eichstaedt, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2013, s. 137.

konstrukcyjną jest niepewność rozpoznania. Uważam, że zachodzi tutaj kolizja między koniecznością ścisłego wykładania przepisów dotyczących tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności, jaką jest przymusowe przyjęcie do szpitala psychiatrycznego, a możliwością udzielenia tej osobie pomocy poprzez wdrożenie właściwego leczenia. Wydaje się, że konflikt ten dostrzega również Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu i jako rozwiązanie wskazuje potraktowanie rozpoznania stawianego przez lekarza podczas przyjęcia jako diagnozy wstępnej, która poddana jest weryfikacji podczas dalszej hospitalizacji pacjenta. Powyższa koncepcja musi *implicite* zakładać możliwość zmiany (konwersji) podstawy prawnej. Jednakże stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy nie znajduje wyraźnego oparcia w przepisach ustawy. W moim przekonaniu ocenę poprawności zastosowanej podstawy należy odnosić do czasu przyjęcia pacjenta, innymi słowy odpowiedzieć trzeba na pytanie, czy lekarz przyjmujący miał podstawy do stwierdzenia choroby psychicznej, nie zaś - czy rozpoznanie w kontekście późniejszej hospitalizacji było trafne. Wydaje się, że powyższy pogląd prezentuje Sąd Najwyższy podnosząc, iż dla oceny zasadności przyjęcia do szpitala w określonym trybie nie jest istotne, czy w rzeczywistości dana osoba była chora psychicznie, czy z zaburzeniami psychicznymi lub nawet zdrowa psychicznie. Istotne jest zaś, czy lekarz dokonujący przyjęcia miał merytoryczne podstawy do uznania zasadności zastosowania danego trybu, a w szczególności, czy były podstawy do traktowania stanu pacjentki jako zaburzeń psychotycznych. Jednocześnie *de lege ferenda* celowa byłaby interwencja ustawodawcy, która dałaby wyraźną podstawę normatywną dla zmiany kwalifikacji.

Kwestią wymagającą również skomentowania jest charakter prawny zawiadomienia sądu opiekuńczego o przyjęciu bez zgody dokonywanego przez kierownika szpitala. Prawidłowa jest konstatacja zawarta w glosowanym postanowieniu, iż zawiadomienie to stanowi odrębną od wniosku podstawę wszczęcia przez sąd postępowania. Nadto słusznie zauważono, że nie jest ono tożsame z zawiadomieniem przewidzianym w art. 572 k.p.c. Niestety Sąd Najwyższy ograniczył się wyłącznie do wskazania braku między nimi tożsamości, nie uzasadniając bliżej

swojego stanowiska. Zagadnienie to ma istotne znaczenie, albowiem w najnowszym orzecznictwie SN dokonuje identyfikacji zawiadomienia określonego w art. 25 ust. 1 u.o.z.p. jako odmiany zawiadomienia, o którym mowa w art. 572 k.p.c. W postanowieniu z dnia 9 stycznia 2015 r.[8] wprost wskazano, że „Nałożenie na kierownika szpitala psychiatrycznego obowiązku zawiadomienia sądu opiekuńczego o przyjęciu do szpitala osoby chorej psychicznie lub wskazanej w art. 24 ust. 1 powołanej ustawy z 1994 r. bez jej zgody, określonego w art. 23 ust. 4 tej ustawy, stanowi jedynie uściślenie i uszczegółowienie ogólnego obowiązku zawiadomienia tego sądu o zdarzeniu uzasadniającym wszczęcie z urzędu postępowania opiekuńczego, który dotyczy każdego, zgodnie z art. 572 § 1 k.p.c., a w szczególności zakładów zajmujących się opieką nad osobami psychicznie chorymi (art. 572 § 2 k.p.c.).”[9] Nie budzi kontrowersji twierdzenie, że zawiadomienie dokonywane przez kierownika szpitala jest czymś odrębnym od wniosku składanego przez podmiot uprawniony na mocy art. 25 § 2 u.o.z.p. Odróżnienie to już *prima faciae* zostało wprowadzone w powołanych przepisach art. 25. Odnosząc się do wzajemnej relacji zawiadomienia dokonywanego przez kierownika szpitala w stosunku do obowiązku ogólnego wprowadzonego w art. 572 k.p.c. wskazać należy na zachodzące między nimi różnice. Przede wszystkim podnieść trzeba, iż art. 25 ust. 2 dokładnie indywidualizuje zakres podmiotowy obowiązku, obarczając nim wyłącznie kierownika szpitala psychiatrycznego. W przeciwieństwie do powszechnego obowiązku zawiadomienia sądu, niedochowanie wymogu wprowadzonego w przepisie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego może wprost prowadzić do uznania przyjęcia bez zgody za bezprawne, co w prostej konsekwencji może powodować odpowiedzialność szpitala. Nadto możliwe jest uznanie, że niezawiadomienie

8 Sygn. V CZ 89/14, LEX nr 1652708.

9 Sądowi Najwyższemu można postawić zarzut, iż w orzeczeniu tym popadł w wewnętrzną sprzeczność, albowiem z jednej strony wskazuje, iż zawiadomienie dokonywane przez kierownika szpitala psychiatrycznego jest „jedynie uściśleniem i uszczegółowieniem” zawartego w art. 572 k.p.c. ogólnego obowiązku zawiadomienia sądu o zdarzeniu uzasadniającym wszczęcie z urzędu postępowania opiekuńczego”, z drugiej zaś wskazuje, że zawiadomienie to jest samodzielną podstawą wszczęcia postępowania, które nie jest postępowaniem z rzędu.

stanowi wypełnienie znamion czynu zabronionego określonego w art. 231 k.k. Jak już wcześniej wspomniałem, zawiadomienie w trybie art. 25 ust. 1 u.o.z.p. stanowi samodzielną podstawę wszczęcia postępowania opiekuńczego. Jednocześnie jest to sposób podstawowy. Zarówno w orzecznictwie[10], jak i w doktrynie[11] przyjmuje się, że uprawnienia osób wymienionych w ust. 2 art. 25 aktualizują się dopiero wówczas, gdy kierownik nie wypełnił nałożonego nań obowiązku, co świadczy o subsydiarnym charakterze kompetencji tych osób. Zawiadomienie dokonane przez kierownika wszczyna postępowanie przed sądem – co oznacza, że po otrzymaniu zawiadomienia sąd ma obowiązek wszczęcia postępowania, natomiast w przypadku zawiadomienia dokonanego na podstawie art. 572 k.p.c. od stwierdzenia przez sąd, czy zachodzą przesłanki do wszczęcia postepowania z urzędu zależy jego wszczęcie.

Reasumując należy zaakceptować stanowisko Sądu Najwyższego prezentowane w glosowanym postanowieniu przy uwzględnieniu zastrzeżeń wskazanych w niniejszej glosie.

10 Tak Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu.

11 P. Gałecki, K. Bobińska, K. Eichstaedt, *op.cit*., s. 149 – 150. Podobnie stwierdza A. Rydzewski, *Problematyka skuteczności i wykonalności orzeczeń sądu wydanych na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Rejent nr 1/1998, s. 88 – 89.

SPRAWOZDANIA, KOMUNIKATY, NOTY

Błażej Kmieciak

Stanisław Pużyński, „Dylematy współczesne psychiatrii. Problemy kliniczne, etyczne, prawne", Wydawnictwo Emetela, Warszawa 2015

Wstęp

Czy współczesne prawo może poradzić sobie bez wiedzy psychiatrycznej? Czy karniści, cywiliści oraz znawcy prawa rodzinnego, a nawet podatkowego natrafić mogą na sytuację, w której to konieczna będzie konsultacja sprawy z lekarzem diagnozującym oraz leczącym zaburzenia psychiczne? W tym miejscu warto odwrócić podobne pytania; Czy współczesny psychiatra może praktykować nie znając przepisów prawnych? Czy elementem aktualnej wiedzy psychiatrycznej nie stały się również zagadnienia prawne? To właśnie podobne pytania postawił oraz obszernie rozbudował w recenzowanej w tym miejscu książce, Stanisław Pużyński. Wspominamy w tym miejscu wybitny lekarz w swoich licznych publikacjach podejmował zagadnienia dotyczące prawnych oraz etycznych i społecznych wyzwań uprawianej przez niego psychiatrii, a więc dyscypliny w istocie nadal tajemniczej także dla środowiska medycznego. Lektura „Dylematów współczesnej psychiatrii", udowadnia z całą pewnością jedno: ani psychiatria nie istnieje dzisiaj bez prawa,

ani prawo nie istnieje bez psychiatrii. Prof. Pużyński zakończył pracę nad przywołaną w tym miejscu książką w listopadzie 2014 r. Rok później Polskie Towarzystwo Psychiatryczne powiadomiło opinię publiczną o śmierci lekarza oraz badacza, którego z całą pewnością można określić mianem jednego z ojców uchwalonej w 1994 r. ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Warto pochylić się zatem nad wspomnianą publikacją zwracając uwagę na prawne oraz etyczne konteksty podejmowania w czasach dzisiejszych działań przez psychiatrów.

Problem psychiatryczny

Z czym kojarzy nam się wyrażenie „choroba psychiczna”? Próbując odpowiedzieć na pytanie z perspektywy prawnej natychmiast natrafiamy na takie pojęcia, jak niepoczytalność, ubezwłasnowolnienie, przymusowa hospitalizacja itd. Poszczególne kodeksy, ustawy oraz rozporządzenia wielokrotnie odnoszą się do pojęć choroby psychicznej, zaburzenia psychicznego, upośledzenia umysłowego oraz uzależnienia. To ocena stanu zdrowia psychicznego wpływa na pojawienie się możliwości podjęcia takich działań jak pozbawienie czy ograniczenie zdolności do czynności prawnych, umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym lub skierowanie do zamkniętego oddziału psychiatrycznego osoby, której z racji na stan zdrowia nie można przypisać winy w związku z dokonanym przez nią czynem karalnym. Stanisław Pużyński ukazując w swojej książce związek między prawem oraz psychiatrą podziela opinię wyrażoną niegdyś przez prof. Stanisława Dąbrowskiego, który podkreślał, że psychiatria jest najbardziej „prawniczą” dyscypliną medycyny.[1] Autor omawianej książki idzie jednak w swoich refleksjach znacznie dalej, zwraca bowiem uwagę, iż współpraca wspomnianych dyscyplin jest niezwykle złożona i trudna. Stan ten spowodowany jest przede wszystkim specyfiką samej psychiatrii.

1 Zob. szerzej, S. Dąbrowski, *Prawa chorych psychicznie i przesłanki przymusowego postępowania* [w:] (red.) M. Siwiak - Kobayashi, S. Leder, *Psychiatria i etyka*, Biblioteka Psychiatrii Polskiej, Komitet Redakcyjno - Wydawniczy Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego, Kraków 1995, s. s. 54–56 oraz A. Gruszczyńska - Młodożeniec, K. Pierzgalska, *Wybrane zagadnienia prawne w psychiatrii. Wywiad z prof. S. Dąbrowskim*, Wiadomości Psychiatryczne nr 4 (t. 7)/2004, s. 293–300.

Zdaniem Pużyńskiego przywołaną medyczną specjalność charakteryzuje nadal brak precyzji. Opiera się ona na różnych koncepcjach, podejściach oraz teoriach. Szczególnym jednak problemem jest przywołane we wstępie pojęcie „choroby psychicznej". Pużyński zaznacza, że nie ma jasnych kryteriów oceny normy oraz patologii. Zależne są one bowiem w znacznej mierze od społeczno-kulturowej oceny danego postępowania. Co więcej, w aktualnych klasyfikacjach dotyczących podziału zaburzeń psychicznych nie spotykamy pojęcia „choroby psychicznej". Podobne spostrzeżenia są kluczowe dla refleksji nad obecnym brzmieniem ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Warto bowiem przypomnieć, że zgodnie z utrwaloną doktryną prawno-psychiatryczną przymusowy pobyt pacjenta w szpitalu możliwy jest wyłącznie w chwili, gdy dana osoba zagraża swojemu życiu lub życiu bądź zdrowiu innych osób w związku z prezentowanymi objawami charakterystycznymi dla choroby psychicznej; ustawa o ochronie zdrowia psychicznego odnosi się tutaj do obrazów psychotycznych).[2] Zdaniem Pużyńskiego podobne podejście jest obecnie całkowicie anachroniczne. Odwołuje się ono bowiem do koncepcji przyjętych pomiędzy XIX a XX w. Spostrzeżenia autora posiadają kluczowe znaczenie praktyczne związane z ochroną praw i wolności pacjenta szpitala psychiatrycznego.

W tym miejscu pojawia się bowiem pytanie, w jaki sposób postąpić z agresywnymi lub autoagresywnymi osobami, u których stwierdzono zaburzenia ze spektrum autyzmu? Co zrobić, jeśli osoba ta nie wykazuje symptomów upośledzenia umysłowego? Autyzm nie jest chorobą psychiczną. Czy podobną osobę można przyjąć do szpitala bez jej zgody? Ale w jakim trybie, na podstawie jakiego przepisu? [3] Okazuje się bowiem, że ani art. 22. ust 2, ani 23 ustawy o o.z.p. nie mają w tym miejscu zastosowania. Co w podobnym kontekście uczynić

2 Art. 3 ust. 1 pkt a w pow. z art. 23, 28 i 29 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U.94.111.535 z późn. zm.)

3 Szerzej zob. J. Wygnańska, *Rzecznik Osób z Autyzmem Porozumienia Autyzm Polska przy Fundacji Synapsis* [w:] (red.) A. Rojner, J. Wygnańska, *Rzecznictwo – jak skutecznie zabiegać o realizacje praw osób z autyzmem i innymi całościowymi zaburzeniami rozwojowymi*, Fundacja SYNAPSIS, Warszawa 2004, s. 61–61.

z pacjentką, u której zdiagnozowano zaburzenia odżywiania typu anoreksja? Pacjentka ta nie doświadcza objawów psychotycznych. Pragnąc jednak „zrzucić kolejne 10 kg", doprowadzić się może do stanu bezpośredniego zagrodzenia życia. Także w tym przypadku nie ma mowy o chorobie psychicznej.[4]

Ocena Pużyńskiego w podobnych kwestiach jest wyraźna, a niekiedy surowa. Autor zaznacza, że samo pojęcie choroby psychicznej posiada coraz częściej charakter negatywny. Uznanie, iż dana osoba doświadcza podobnych schorzeń, niemal automatycznie powoduje pojawienie się ocen stygmatyzujących. Niejednokrotnie w tym kontekście dochodzi do łamania elementarnych zasad prawa. Polski system refundacji leków zdaniem autora „preferuje" osoby doświadczające zaburzeń o psychotycznym charakterze. Zdarzają się, jak twierdzi sytuacje, w których lekarz wpisuje pacjentowi nieprawdziwe rozpoznanie, chcąc w ten sposób pomóc mu po przez umożliwienie zakupu tańszych lekarstw. Pużyński podobne konteksty prezentuje zastanawiając się: Czy psychiatria doświadcza dzisiaj kryzysu?

Pozytywy i wyzwania

Odpowiadając na powyższe pytanie autor dostrzega szczególną rolę przedstawicieli bliskiej mu specjalności medycznej. W „Dylematach współczesnej psychiatrii" zaprezentowany zostaje obraz psychiatrii, która podjęła wewnętrzną walkę o utworzenie standardów mających na celu poszanowanie praw i wolności pozostających pod jej opieką pacjentów. Autor uczciwie zwraca uwagę na zbrodnie, jakich dokonali nazistowscy psychiatrzy eksterminujący w okresie II wojny światowej tysiące pacjentów znajdujących się w polskich oraz niemieckich szpitalach psychiatrycznych. Nie omija on również takich kontekstów, jak wykorzystanie w Związku Radzieckim psychiatrii do celów politycznych, czy też podejmowanie na terenie USA działań w sposób bezpośredni naruszający godność osób doświadczających zaburzeń

4 B. Kmieciak, - *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego z perspektywy wybranych wyzwań oraz dylematów, Medycyna Praktyczna - Psychiatria, nr 5 /2014,, 78-89.*

psychicznych (sterylizacja, lobotomia, przymusowe zabiegi z użyciem elektrowstrząsów). Zagadnienia te nie są jednakże prezentowane wyłącznie przez pryzmat swoistego krytycznego narzekania. Pużyński stawia w swojej książce wymagania, których celem jest konkretna osoba, osoba leczona, osoba cierpiąca oraz osoba posiadająca określone prawa. To w ramach wspomnianych praw autor „Dylematów współczesnej psychiatrii" szczególnie analizuje zagadnienia zgody oraz autonomii pacjenta. Zarówno na podstawie przekazu w mediach, jak i w badaniu zawartości części literatury przedmiotu dojść można do nieprawdziwego wniosku, zgodnie z którym standardem postępowania psychiatrycznego jest przede wszystkim podejmowanie wobec danej osoby działań przymusowych. Prawda prezentuje się natomiast w sposób przeciwny. Pużyński podkreśla, że w istocie mało jest stanów klinicznych, które uprawniałyby do uznania, iż pacjent nie może wyrazić zgody na leczenie szpitalne. W tym miejscu postawiony może zostać jednak zarzut, iż psychiatrzy są lekarzami, którzy posiadają „zbyt dużo praw". Idąc w tym miejscu torem koncepcji Michela Foucaulta można uznać, że wspomniani specjaliści posiadając „tajemniczą" wiedzę, jednocześnie dysponują „władzą", w tym władzą ograniczania praw poprzez zastosowanie przymusu.[5] Wydaje się, iż Pużyński dostrzega podobne niebezpieczeństwo. Dlatego też zwraca uwagę, iż od psychiatrów w istocie należy więcej „wymagać". Wskazuje w tym miejscu m. in. na standardy relacji środowiska lekarskiego z mediami, które bardzo często zainteresowane są prezentacją - zwłaszcza negatywnych - informacji dotyczących zachowań osób z zaburzeniami psychicznymi. Autor omawianej książki w sposób wyraźny podkreśla znaczenie tajemnicy psychiatrycznej, której charakter posiada w istocie jeszcze głębszy charakter niż tajemnicy lekarskiej. Zdaniem Pużyńskiego brak poszanowania dla wspomnianego prawa pacjenta następuje nie tylko z racji na niedojrzałość psychiatrów, ale również nieodpowiedzialne

5 „władza i wiedza wprost się ze sobą wiążą; że nie ma relacji władzy bez skorelowanego z nimi pola wiedzy ani też wiedzy, która nie zakłada i nie tworzy relacji władzy". Cyt. za M. Karaś, *Władza, wiedza i dyskurs a niepełnosprawność. Konstruowanie podmiotu „niepełnosprawnego" w kontekście filozofii Michela Foucaulta,* Przegląd Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny, nr 2/2013, s. 22

działania sądów, oczekujących w trakcie postępowania informacji, których nie mają prawa uzyskać, np. dotyczących przyznania się danej osoby do winy.

W omawianej publikacji Stanisława Pużyńskiego zaskakująca jest także refleksja dotycząca aktualnych prawno-etycznych wyzwań psychiatrii. Autor jako jeden z pierwszych badaczy wypowiedział się na temat klauzuli sumienia stosowanej także w praktyce psychiatrycznej. Opowiedział się jako jej orędownik. Jego pozytywna ocena omawianej instytucji wynika przede wszystkim z obserwacji rzeczywistości, jaką dostrzec można m. in. na terenie Holandii oraz Belgii, coraz szerzej dopuszczających możliwość stosowania eutanazji. Autor w sposób jednoznaczny oraz krytyczny ocenia podobne praktyki. Jego zdaniem bez względu na sposób wyjaśniania oraz analizowania nie da się pominąć w tym względzie skojarzeń z działaniami podejmowanymi w ramach Akcji T4 przez nazistowskich lekarzy. Równie negatywna jest ocena Pużyńskiego w zakresie wykorzystywania psychiatrów do oceny stanu zdrowia psychicznego osób skazanych na terenie USA na śmierć. Działania te prowadzą w istocie do pojawienia się tragicznego paradoksu. Lekarz wykorzystany zostaje do stwierdzenia, czy dana osoba jest na tyle zdrowa psychicznie, by można było pozbawić ją życia.

Refleksja

Pod koniec 2005 r. prof. Stanisław Pużyński był obecny w trakcie pierwszego egzaminu kandydatów mających pełnić funkcję Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego. To właśnie perspektywa uprawnień osoby poddawanej terapii wydaje się dominować w refleksjach wspomnianego autora. Pużyński w swojej praktyce zetknął się z przykładami łamania praw pacjenta. Doświadczył sytuacji, w których to polskie środowisko psychiatrów nakłaniane było do akceptacji w istocie zbrodniczych działań podejmowanych przez radziecką psychiatrię. Był on jednak świadkiem jednoznacznych działań polskich psychiatrów przeciwstawiających się podobnym działaniom. Psychiatria w refleksjach prof. Stanisława Pużyńskiego w sposób bezpośredni

odnosi się do godności człowieka, który doświadcza cierpienia. Dyscyplina ta jawi się nadal jako nauka „poznawana", jednocześnie jednak nauka, która odgrywa szczególną rolę w aktualnej refleksji prawnej. To właśnie perspektywa prawna jest w tym miejscu szczególnie cenna. W jaki bowiem sposób ocenić, czy dana osoba była niepoczytalna w chwili popełniana danego, czasem szczególnie społecznie szkodliwego czynu? Jak ocenić, czy dany człowiek posiada nadal możliwość podejmowania racjonalnych decyzji dotyczących jego osoby? Gdzie leży granica uznania, iż dany człowiek nadal jest „bezpieczny" dla siebie i innych? Udzielenie odpowiedzi na podobne pytania wpływa w sposób bezpośredni na przyszłość danego człowieka. Decyduje o możliwości swobodnego poruszania się lub też podejmowania przez niego samodzielnych decyzji. Nieuchronnie w tym miejscu pojawia się pytanie o władzę psychiatrii. Pużyński, zwłaszcza w kontekście spraw sądowych, przestrzega z jednej strony lekarzy, by jako biegli nie zastępowali wymiaru sprawiedliwości. Z drugiej strony zaznacza, iż wymiar sprawiedliwości nie ma prawa oczekiwać wiedzy, którą niejednokrotnie psychiatra musi zachować dla siebie, co jest często nie tyle przywilejem, ile trudnością.

„Dylematy współczesne psychiatrii. Problemy kliniczne, etyczne, prawne" to publikacja trudna do przecenienia. Stanowi ona bowiem dialog pomiędzy refleksją prawno-etyczną oraz psychiatryczną. Praktyka psychiatryczna, immanentnie wiąże się z praktyką prawnoczłowieczą. Analiza spraw, problemów oraz refleksji prezentowanych przez Stanisława Pużyńskiego z jednej strony wskazuje, iż dokumenty takie, jak ustawa o ochronie zdrowia psychicznego, to zjawiska, które określić można mianem „prawa żywego".[6] Z drugiej zaś strony uświadamia, iż prawo jest elementem życia psychicznego każdego człowieka[7], bez względu na stan psychiczny owego człowieka.

6 A. Kojder, *Z Czerniowców w szeroki świat... Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa, (w:) Stawanie się społeczeństwa. Szkice ofiarowane Piotrowi Sztompce z okazji 40-lecia pracy naukowej*, red. A. Flis, Universitas, Kraków 2006, s. 146

7 L. Petrażycki, *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego* [w:] *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, PWN, Warszawa 1985, s. 157.