

# PRAWO I MEDYCYNĄ

NR 8 (VOL 2) 2000

KWARTALNIK

ISSN 1506-8757

INDEKS 354430



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

Sekretarz Redakcji:  
dr prawa Maria Boratyńska

Prawo:  
Adw. Czesław Jaworski  
Prof. dr hab. prawa Leszek Kubicki  
Dr prawa Ewa Kulesza  
Prof. dr hab. prawa Eugeniusz Kowalewski  
Prof. dr hab. prawa Mirosław Nesterowicz  
Dr prawa Dorota Saffjan  
Prof. dr hab. prawa Marek Saffjan  
Prof. dr hab. prawa Eleonora Zielińska  
Prof. dr hab. prawa Andrzej Zoll  
Prof. dr hab. prawa Margaret Brazier (GB)

Medycyna:  
Dr Marek Balicki  
Prof. dr hab. medycyny Jan Doroszewski  
Prof. dr hab. medycyny Jerzy Leowski  
Dr medycyny Krzysztof Madej  
Dr Krzysztof Makuch  
Prof. dr hab. medycyny Jan Nielubowicz  
Prof. dr hab. medycyny Tadeusz Tołłoczko

Dział Marketingu:  
Teresa Małachwiej

**Redakcja:**  
01-450 Warszawa  
ul. Astronomów 3, pok. 424  
tel./fax (22) 836-04-16; tel. 837-32-37 w. 323, 340  
tel. 0 501 772 845  
e-mail: abacus@abacus.edu.pl

**Wydawca:**  
ABACUS Biuro Promocji Medycznej Sp. z o.o.  
01-450 Warszawa  
ul. Astronomów 3, pok. 424  
tel./fax (22) 836-04-16  
tel. 0 501 772 845  
e-mail: abacus@abacus.edu.pl

**Prenumerata:**  
Biuro Szkoleń i Konferencji  
ul. Astronomów 3, pok. 425, 01-450 Warszawa  
PKO S.A. XIII/O Warszawa  
Nr. rach. 12402034-52001639-2700-421112-001.

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

Współpraca,  
opracowanie graficzno-techniczne:  
**BORGIS**® Sp. z o.o. Wydawnictwo Medyczne  
tel./fax 837-36-92

Druk i oprawa: Multi Print

# PRAWO I MEDYCYNA

## kwartalnik

Szanowni Państwo!

W związku ze zmianą firmy obsługującej prenumeratę, prosimy o kierowanie zamówień oraz wpłat na rok 2001 na nowy adres:

Biuro Szkoleń i Konferencji (Prenumerata)  
ul. Astronomów 3 pok. 425  
01-450 Warszawa

PKO S.A. XIII/O Warszawa  
Nr. rach. 12402034-52001639-2700-421112-001.

Za zmiany serdecznie przepraszamy, oraz zapraszamy do kontynuowania prenumeraty.

*Wydawca*



## Spis treści

Prof. dr hab. prawa Andrzej Zoll Rzecznik Praw Obywatelskich <b>Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO</b> .....	7
Prof. dr hab. prawa Zdzisław Kubot Uniwersytet Wrocławski <b>Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne</b> .....	16
Prof. dr hab. prawa Leszek Kubicki Instytut Nauk Prawnych PAN <b>Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.)</b> .....	30
Mgr prawa Rafał Kubiak Uniwersytet Łódzki <b>Zgoda uczestnika eksperymentu – cz. 1</b> .....	44
Dr prawa Tomasz Justyński Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu <b>Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie orzeczenia Sądu Najwyższego RFN z 27 czerwca 1995 r.</b> .....	59
Dr prawa Marek Legień, Lek. med. Mariusz Kobek Śląska Akademia Medyczna <b>Problematyka błędu lekarskiego w ocenie sędziów i prokuratorów</b> .....	67
Dr prawa Maria Boratyńska Uniwersytet Warszawski <b>Znieczulenie na życzenie pacjenta</b> .....	70
Dr n. med. Grażyna Iwanowicz-Palus Akademia Medyczna w Lublinie <b>Prawa pacjenta w Polsce</b> .....	80

Włodzimierz Derczyński Centrum Badania Opinii Społecznej <b>Opinie o roszczeniach odszkodowawczych pacjentów</b> . . . . .	93
--	----

#### ROZDZIELENIE BLIŹNIĄT SYJAMSKICH

Dr hab. medycyny Romuald Dębski SP Szpital im. Prof. W. Orłowskiego CMKP <b>Jodie i Mary – nowy problem, jaki stworzyła natura i postęp medycyny</b> . .	101
--	-----

Dr prawa Przemysław Konieczniak Uniwersytet Warszawski <b>Jodie i Mary – argumenty prawne</b> . . . . .	106
---	-----

Prof. dr hab. n. hum. Marek Wichrowski Akademia Medyczna w Warszawie <b>Jodie i Mary – analiza etyczna</b> . . . . .	118
--	-----

<b>Wyrok NSA z dnia 16 grudnia 1999 roku w sprawie ze skargi Regionalnej Kasy Chorych w na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych</b> . . . . .	124
--	-----

Prof. dr hab. prawa Wojciech Sz wajdler Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu <b>Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 grudnia 1999 roku w sprawie II S.A. 1144/99</b> . . . . .	130
---	-----

#### OPINIE I WYPOWIEDZI

Prof. dr hab. prawa Zdzisław Marek Uniwersytet Jagielloński <b>Niepowodzenie lecznicze</b> . . . . .	140
--	-----

Dr Erwin Strzesak SP Szpital Kliniczny Nr 5 w Poznaniu <b>Aspekty praktyczne przetwarzania danych osobowych w zakładach opieki zdrowotnej</b> . . . . .	145
---	-----

## Contents

Andrzej Zoll Commissioner for Civil Rights Protection <b>Health service issues in the light of the Commissioner's for Civil Rights Protection experiences</b> .....	7
Zdzisław Kubot Wrocław University <b>A contract to order medical services</b> .....	16
Leszek Kubicki Institute of Legal Sciences of Polish Academy of Sciences <b>A new kind of the physician's liability (under Article 192 of the Penal Code)</b> .....	30
Rafał Kubiak Łódź University <b>Consent of a participant in an experiment – part 1</b> .....	44
Tomasz Justyński N. Copernicus Memorial University in Toruń <b>Childbirth as a source of damage. Remarks on the margin of the decision of June 25, 1995 of the Supreme Court of the Federal Republic of Germany</b> .....	59
Marek Legień, Mariusz Kobek Silesian Medical Academy <b>Issues of error in medical art as viewed by judges and public prosecutors</b> .....	67
Maria Boratyńska Warsaw University <b>Anaesthetisation at the patient's request</b> .....	70

Grażyna Iwanowicz-Palus Medical Academy in Lublin <b>The patient's rights in Poland</b> .....	80
Włodzimierz Derczyński Public Opinion Survey Centre <b>An opinion about claims for damages made by patients</b> .....	93
 SEPARATION OF SIAMESE TWINS	
Romuald Dębski Prof. W. Orłowski Memorial Hospital <b>Jodie and Mary – a new problem created by nature and medical progress</b> .....	101
Przemysław Konieczniak Warsaw University <b>Jodie and Mary. Legal arguments</b> .....	106
Marek Wichrowski Medical Academy in Warsaw <b>Jodie and Mary. An ethical analysis</b> .....	118
<b>Judgement of the Chief Administrative Tribunal of December 16, 1999 re the claim of the regional Health Service Authority against the decision of the Head of the Public Orders Office</b> .....	124
Wojciech Sz wajdler N. Copernicus Memorial University in Toruń <b>A gloss to the Chief Administrative Tribunal's decision of December 16, 1999, case II S.A. 1144/99</b> .....	130
 OPINIONS	
Zdzisław Marek Jagellonian University in Cracow <b>Unsuccessful medical treatment</b> .....	140
Erwin Strzesak Clinical Hospital No 5 in Poznań <b>Practical aspects of personal data processing in hospitals and out-patient clinics</b> .....	145

*Andrzej Zoll*

## **Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO**

Muszę na wstępie wprowadzić pewne wyjaśnienia. Zgodnie z tytułem mojego referatu będę mówił o problemach służby zdrowia. Z punktu widzenia doświadczeń Rzecznika mieszczą się w zakresie tego tematu dwa odrębne zagadnienia: problemy ze służbą zdrowia, czyli pytanie o realizację przez służbę zdrowia prawa człowieka do ochrony zdrowia oraz problemy samej służby zdrowia, w szczególności w obszarze szeroko rozumianego prawa pracy. W wystąpieniu moim koncentrować się będę na pierwszym zagadnieniu, co oczywiście nie oznacza, że problemy osób zatrudnionych w służbie zdrowia nie znajdują się w obszarze zainteresowań Rzecznika Praw Obywatelskich. Muszę również stwierdzić, że będę mówił o doświadczeniach Rzecznika jako urzędu. Ze względu na krótki okres pełnienia przeze mnie funkcji Rzecznika Praw Obywatelskich zdecydowana większość poruszanych przeze mnie w tym wystąpieniu spraw była przedmiotem aktywności mojego Poprzednika profesora Adama Zielińskiego<sup>1</sup>.

Zgodnie z art. 208 ust. 1 Konstytucji i art. 1 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich Rzecznik stoi na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych. Na wstępie tych rozważań należy więc zastanowić się nad podstawą prawną zainteresowań Rzecznika w sferze systemu ochrony zdrowia, a w szczególności, czy prawo do ochrony zdrowia ma bezpośrednio, i jeśli tak, to jak szeroko zakreślone, gwarancje konstytucyjne?<sup>2</sup>

Na pierwszą część postawionego pytania Konstytucja odpowiada wprost: art. 68 ust. 1 stanowi, że „każdy ma prawo do ochrony zdrowia”. Prawo do ochrony zdrowia jest więc konstytucyjnie gwarantowane i to nie jako prawo, które nadane zosta-

<sup>1</sup> Dziękuję pani Agnieszce Adamskiej-Karskiej Głównemu Specjaliście w Biurze RPO za pomoc w opracowaniu tego referatu.

<sup>2</sup> Por. na ten temat: J. Ciemniowski, Konstytucyjne podstawy praw pacjenta, Materiały Konferencji „Godność człowieka podstawą praw chorego i pacjenta”, VIII Światowy Dzień Chorego.



je jego adresatom przez władzę państwową, ale jest to prawo podstawowe wynikające z przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, którego przestrzeganie władza państwowa jest zobowiązana ochraniać. Należy się zgodzić z tezą Ciemniewskiego<sup>3</sup>, że art. 68 ust. 1 nie ma charakteru deklaratywnego, lecz jest to norma prawna, z której wynikają określone obowiązki w stosunku do władzy publicznej. „Każdy” ma prawo do ochrony, co oznacza, że Konstytucja wyklucza jakiekolwiek wyłączenia podmiotowe z zakresu jej działania. Dotyczy to zarówno ewentualnych wyłączeń ze względu na obywatelstwo poszukującego ochrony, jak i na stopień rozwoju istoty ludzkiej. Normą art. 68 ust. 1 objęci są zarówno obywatele polscy, jak i cudzoziemcy znajdujący się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej (art. 37 Konstytucji), objęte są nią także wszystkie istoty ludzkie od momentu poczęcia, aż do naturalnej śmierci. Art. 68 ust. 1 musi być odczytywany bowiem w kontekście art. 38 Konstytucji gwarantującego każdemu człowiekowi prawną ochronę życia.

Z punktu widzenia podmiotów uprawnionych do świadczeń Konstytucja wyróżnia cztery uprzywilejowane kategorie: dzieci, kobiety ciężarne, niepełnosprawni i osoby w podeszłym wieku. W stosunku do osób należących do tych kategorii Konstytucja zobowiązuje władze publiczne do zapewnienia im szczególnej opieki zdrowotnej (art. 68 ust. 2), nie precyzując jednakże na czym ta szczególność, a tym samym uprzywilejowanie, miałyby polegać.

Podstawowym obowiązkiem władz publicznych jest zapewnienie obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (art. 68 ust. 2 zd. pierwsze). Z tej normy wynika, że taki obowiązek nie spoczywa na władzach publicznych w stosunku do cudzoziemców. Z zestawienia ust. 1 i ust. 2 zd. pierwsze wynika, że ten dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych może być dla cudzoziemców ograniczony w stosunku do obywateli polskich. Trzeba tu jednak zwrócić uwagę na międzynarodowe zobowiązania Polski, z których może wynikać konieczność zrównania wszystkich lub niektórych cudzoziemców z obywatelami polskimi. Zobowiązania takie, jeżeli wynikają z umów międzynarodowych ratyfikowanych za zgodą parlamentu wyrażoną w formie ustawy mają, zgodnie z art. 91 ust. 2 pierwszeństwo przed ustawami<sup>4</sup>. Nie można zapominać także o obowiązujących nas normach prawa międzynarodowego, w tym także prawa zwyczajowego, a także o obowiązujących wszystkich normach prawnych i moralnych, nie pozwalających na pozostawienie osoby bezpośrednio zagrożonej utratą życia lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu bez pomocy medycznej.

Konstytucja nie określa zakresu dostępnych dla wszystkich obywateli na równych prawach świadczeń opieki zdrowotnej, odsyłając do ustawy określenie warunków i zakresu udzielania świadczeń (art. 68 ust. 2 zd. drugie). Jest zupełnie oczywiste, że warunki i zakres powszechnie dostępnych świadczeń zależą od kondycji majątkowej

<sup>3</sup> J. w. s. 21.

<sup>4</sup> Ostatnio prasa doniosła o decyzji Rządu niepodpisania Protokołu do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności dotyczącego zakazu jakiejkolwiek dyskryminacji. Motywy tej decyzji mają mieć podstawy finansowe.

państwa i obywateli. Ustawodawca jednak nie może zrezygnować w ogóle z określenia warunków i zakresu świadczeń. Norma zawarta w art. 68 ust. 2 zd. drugie nie jest jedynie upoważnieniem ustawodawcy zwykłego do określenia warunków i zakresu świadczeń, lecz nakłada na ustawodawcę taki obowiązek. Ustawodawca może swobodnie określić warunki i zakres świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Nie może w ogóle zrezygnować z finansowania świadczeń opieki zdrowotnej z tych źródeł. Obowiązek ten jest powiązany ściśle z nałożonym na Radę Ministrów obowiązkiem przedstawienia Sejmowi w okresie 2 lat od dnia wejścia w życie Konstytucji projektów ustaw niezbędnych do stosowania Konstytucji<sup>5</sup>. Rząd był więc zobowiązany przedstawić projekt stosownej ustawy. Do dnia dzisiejszego projekt taki nie został przedstawiony. Można powiedzieć, że nastąpiło w tym wypadku naruszenie Konstytucji. Art. 68 ust. 2 nie przesądza modelu funkcjonowania służby zdrowia, a w szczególności trybu zaangażowania środków publicznych w finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej. Ze środków publicznych mogą być finansowane w szczególności świadczenia opieki zdrowotnej wykonywane przez prywatne podmioty medyczne.

Art. 68 Konstytucji dotyczy obowiązków państwa w zakresie organizacji służby zdrowia i tym samym umożliwienia konkretnemu pacjentowi realizacji jego prawa do ochrony zdrowia. Dla ochrony wolności i praw człowieka lub obywatela mają znaczenie jeszcze inne zasady i reguły zawarte w Konstytucji. Dla statusu prawnego pacjenta istotne znaczenie ma art. 41 ust. 1 Konstytucji zapewniający każdemu netykalność i wolność osobistą. Z wyrażonej w tym przepisie normy konstytucyjnej wynika zakaz stosowania jakichkolwiek zabiegów lekarskich bez zgody pacjenta, a także zakaz jego hospitalizowania bez stosownej zgody. Wyjątki pozwalające na stosowanie środków leczniczych lub hospitalizację bez zgody pacjenta wymagają wyraźnego określenia w ustawie i wymagają, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji, usprawiedliwienia wystąpieniem przewidzianych w tym przepisie przesłanek. W szczególności określone w ustawach wyjątki nie mogą prowadzić do faktycznego przekreślenia zasady konieczności wyrażenia przez pacjenta zgody na stosowanie zabiegów leczniczych lub na hospitalizację.

Dobrowolnie wyrażona zgoda – i to już bez możliwości wprowadzenia do ustawy wyjątków – warunkuje legalność eksperymentu medycznego, a więc zarówno badawczego, jak i leczniczego (art. 39).

Z punktu widzenia ochrony praw człowieka i obywatela, w zakresie korzystania przez człowieka ze świadczeń ochrony zdrowia, mogą mieć znaczenie normy konstytucyjne zapewniające ochronę danych osobowych (art. 51 Konstytucji), a także wyrażona w art. 53 Konstytucji zasada wolności sumienia i religii mogąca rzutować na możliwość stosowania wobec pacjenta określonych metod leczniczych.

Z powyższego krótkiego omówienia rozwiązań zawartych w Konstytucji wynika jednoznacznie obowiązek Rzecznika Praw Obywatelskich do czuwania nad przestrzeganiem praw pacjentów, a w szczególności badanie, czy władza publiczna wywiązuje się należycie z nałożonych na nią konstytucyjnych i ustawowych obowiązków.

---

<sup>5</sup> Termin wykonania tego obowiązku upłynął z dniem 17 października 1999 r.

Wiele problemów dotyczących realizacji konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia przypisuje się wprowadzonej dwa lata temu reformie służby zdrowia. Ta reforma jest w opinii społecznej najgorzej oceniona<sup>6</sup>. Nie można chyba dzisiaj w sposób odpowiedzialny negocjować potrzeby zreformowania dawnego systemu opieki zdrowotnej. Przede wszystkim konieczne było uniezależnienie nakładów na opiekę zdrowotną od przetargów politycznych towarzyszących corocznej debacie budżetowej. Podstawowym założeniem reformy miało być oddzielenie funkcji organizatora opieki zdrowotnej od funkcji płatnika i świadczeniodawcy. Według opinii specjalistów<sup>7</sup> zrealizowane zostały dwa elementy tego założenia: wyodrębniony został niezależny płatnik w postaci Kas Chorych oraz funkcjonują samodzielnie publiczni i niepubliczni świadczeniodawcy. Nie dokończono natomiast budowy segmentu organizatorskiego opieki zdrowotnej, a raczej nie udało się zsynchronizować tej budowy z reformą administracyjną państwa. Można więc powiedzieć, że niepowodzenia reformy obarczają przede wszystkim prawodawcę zarówno na szczeblu parlamentu, jak i na szczeblu rządowym. Przykładem tego może być brak dla wielu samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej organu założycielskiego, co uniemożliwia wprowadzanie koniecznych zmian organizacyjnych w tych zakładach. Do sytuacji tej doszło na skutek orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny w dniu 27 czerwca 2000 r., że art. 47 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną<sup>8</sup> stanowiący podstawę do wydania aktu wykonawczego określającego organy założycielskie dla samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej jest niezgodny z Konstytucją<sup>9</sup>. Nie ma więc na szczeblu samorządów terytorialnych umocowanego prawnie podmiotu odpowiedzialnego za całokształt polityki zdrowotnej.

Ten stan ma konsekwencje znajdujące bezpośrednio odzwierciedlenie w skargach kierowanych do Biura Rzecznika Praw Obywatelskich. Do dnia dzisiejszego nie ma opracowanych planów zabezpieczenia ambulatoryjnej opieki zdrowotnej, uwzględniających zapewnienie ubezpieczonym całodobowego dostępu do świadczeń lekarskich i pielęgniarskich. Jest to wynik nieokreślenia w art. 55a ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym<sup>10</sup> jaki szczebel samorządu terytorialnego jest zobowiązany do sporządzenia planu. Do chwili obecnej nie zostały wydane przepisy wykonawcze do art. 37 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej<sup>11</sup> dotyczące planu rozmieszczenia szpitali publicznych.

Jeszcze raz należy podkreślić, że do dnia dzisiejszego nie została uchwalona ustawa określająca warunki i zakres świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Stan ten jest sprzeczny z art. 68 ust. 2 Konstytucji.

<sup>6</sup> Według badań CBOS z czerwca 2000 r. 55% respondentów ocenia, że wprowadzenie reformy było dla nich niekorzystne, a jedynie 19% twierdzi, że było dla nich korzystne (BS 97/2000).

<sup>7</sup> Opinia dr Anny Greziak dla RPO.

<sup>8</sup> Dz.U. Nr 133, poz. 872 z późn. zmianami.

<sup>9</sup> Sygn. K. 20/99, OTK Nr 5/2000, poz. 140.

<sup>10</sup> Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 153 z późn. zmianami.

<sup>11</sup> Dz.U. Z 1991 r. Nr 91, poz. 408.

Zastrzeżeń dotyczących stanu obowiązującego prawa w zakresie legislacji jest znacznie więcej. Na podstawie wpływających do Rzecznika skarg można jedynie już przykładowo wymienić następujące niedociągnięcia:

– brak jest szeregu aktów wykonawczych m.in. do ustawy o zakładach opieki zdrowotnej (np. dotyczących prowadzenia dokumentacji medycznej), ustawy o zawodzie lekarza (np. dotyczących doskonalenia zawodowego i kształcenia podyplomowego), bądź też akty te wydano ze znacznym opóźnieniem (np. w sprawie stażu podyplomowego pielęgniarek i położnych).

– wiele luk ma ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (np. w zakresie ubezpieczenia zdrowotnego cudzoziemców, osób otrzymujących świadczenia emerytalno-rentowe z instytucji zagranicznych, ubezpieczenia zdrowotnego bezdomnych, osób przebywających poza obszarem działania właściwej kasy chorych, świadczeń profilaktycznych dla dzieci i młodzieży, zasad korzystania przez kombatanów ze świadczeń w zakresie chorób powstałych w związku z działaniami wojennymi lub przebywaniem w obozach, świadczeń dla mieszkańców domów pomocy społecznej oraz placówek opiekuńczo-wychowawczych, uprawnień do bezpłatnych lub niepełnopłatnych leków, zwrotu nienależnie opłacanych składek na ubezpieczenie zdrowotne).

Powodem utrudniającym w bardzo istotnym stopniu wdrażanie reformy i wypełnienie przez służbę zdrowia jej obowiązków wobec osób szukających pomocy medycznej jest bardzo słaba informacja o zasadach reformy przekazana społeczeństwu. Z wyników badań CBOS<sup>12</sup> wynika, że 63% respondentów ma słabą orientację w możliwościach korzystania ze służby zdrowia. Dla Ministerstwa Zdrowia powinno być ważnym sygnałem, że od 1999 r. stan ten uległ tylko nieznacznej poprawie, gdyż na początku wdrażania reformy jako słabo poinformowani deklarowało się 67% respondentów. Konieczne jest więc zintensyfikowanie działalności informacyjnej.

Problemy właściwej organizacji służby zdrowia, jako warunku należytego wypełnienia obowiązków wynikających z konstytucyjnego prawa każdego człowieka ochrony jego zdrowia były przedmiotem wystąpień i interwencji Rzecznika Praw Obywatelskich ubiegłej kadencji, ale także w krótkim okresie mojego urzędowania musiałem także kilkakrotnie w tych sprawach występować.

Podstawowe problemy dostępu do świadczeń lekarskich wskazywane w listach i skargach do Rzecznika były przedmiotem obszernego wystąpienia Rzecznika do Ministra Zdrowia z 15 lipca 1999 r.<sup>13</sup> Skarżący się wskazywali na skomplikowany system skierowań wymaganych od lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, niewydolność podstawowej opieki zdrowotnej oraz utrudniające uzyskanie pomocy zmiany zasad funkcjonowania pogotowia ratunkowego. Obowiązujący system powoduje utrudnienie dostępu chorych do lekarzy, kolejki, odległe terminy badań diagnostycznych. Utrudniony jest dostęp do lekarzy specjalistów oraz możliwość zaopatrzenia się w materiały medyczne. W wielu przychodniach utrzymuje się nieżyciowy system rejestracji pacjentów, wykluczający np. możliwość telefonicznego zgło-

<sup>12</sup> BS 94/2000.

<sup>13</sup> RPO / 317521/99/I.

szenia, co prowadzi do konieczności stania w długich kolejkach. Dobrą ilustracją tego problemu, ale i jego kompromitacją jest ostatnio sprawa rejestracji działalności gospodarczej „stacza” kolejkowego. Autorzy skarg podnosili bezzasadność wymagania skierowań od lekarza opieki podstawowej do specjalisty w sytuacji, kiedy z góry wiadomo, że konieczna jest pomoc lekarza specjalisty. Rzecznik w wystąpieniu tym podnosił: „Dostęp do opieki zdrowotnej ograniczają niejasne zasady korzystania ze świadczeń lekarzy specjalistów i specjalistycznych badań diagnostycznych, brak zakresu udzielanych świadczeń (procedur medycznych) przez poszczególnych świadczeniodawców, uchylanie się kas chorych od refundowania kosztów leczenia pacjentów u wszystkich świadczeniodawców ubezpieczenia zdrowotnego, problemy z rozliczaniem kosztów świadczeń między poszczególnymi kasami chorych, ograniczenia w swobodnym dostępie do lekarzy w godzinach popołudniowych, nocnych, w niedziele, święta i dni wolne od pracy, a także ograniczenia w korzystaniu przez ubezpieczonych ze świadczeń pogotowia ratunkowego”. Rzecznik w wystąpieniu wskazał na zjawisko zalecania pacjentom dokonywania badań poza placówkami publicznej służby zdrowia, uzależniania wykonania świadczeń od opłat wnoszonych przez pacjenta lub wnoszenia dodatkowych opłat na rzecz publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Chorym hospitalizowanym wystawia się recepty na leki i środki medyczne do realizacji w aptekach otwartych. Świadczy to o zbyt niskiej wysokości stawek przeznaczanych przez kasy chorych na leczenie szpitalne.

W powołanym wystąpieniu Rzecznik zwrócił uwagę na skargi odnoszące się do poziomu świadczeń stomatologicznych. Ubezpieczeni mają wyznaczane bardzo odległe terminy, wielomiesięczne oczekiwanie na świadczenia protetyczne. Skargi dotyczyły także zbyt ograniczonego zakresu świadczeń stomatologicznych, które ubezpieczeni otrzymują bezpłatnie. W szczególności uzasadniona była krytyka skarżących odnosząca się do wprowadzenia odpłatności za świadczenia endodontyczne na rzecz dzieci i młodzieży, ograniczenia ilości gabinetów stomatologicznych w szkołach. Rzecznik zwrócił również uwagę na brak precyzyjnego określenia podziału zadań między Ministerstwem Zdrowia a kasami chorych w zakresie finansowania świadczeń wysocjespecjalistycznych (np. endoprotezoplastyka stawów, zabiegi endoskopii, bypassy). Prowadzi to do przerzucania kosztów tych drogich procedur medycznych na ubezpieczonych pacjentów.

Rzecznik w swoim wystąpieniu zwrócił także uwagę na znaczne ograniczenia w zakresie opieki zdrowotnej nad dziećmi. Wskazał w szczególności na niedostateczną opiekę pielęgniarską nad dziećmi w szkołach.

Problem zabezpieczenia chorych z chorobą wieńcową został podniesiony w wystąpieniu Rzecznika do Ministra Zdrowia, którego treść oparta została na liście skierowanym do Rzecznika przez członków Klubu Kardiochirurgów Polskich<sup>14</sup>. Kardiochirurdzy wskazali na znaczne ograniczenie dostępności chorych do świadczeń ratujących życie w zakresie procedur związanych z chorobą wieńcową i innymi chorobami serca.

<sup>14</sup> z 8 marca 1999 r. RPO/ 303206/99/I.

Rzecznik interweniował, w oparciu o liczne skargi obywateli, w sprawie nieprecyzyjnych przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 2 listopada 1998 r. w sprawie wykazu świadczeń ponadstandardowych<sup>15</sup> w szczególności chodziło o ograniczenia w korzystaniu z usług pogotowia ratunkowego. Skarżący się wskazywali na obawy ubezpieczonych lub ich opiekunów, a także np. świadków wypadków, że zostaną obciążeni kosztami przybycia lekarza pogotowia ratunkowego, co prowadzi często do rezygnacji z wezwania pomocy lub zwlekania z takim wezwaniem. Wiemy o tym, że było to niejednokrotnie przyczyną zgonu lub znacznego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta.

Przedmiotem interwencji Rzecznika w 1999 r., a także i już mojej interwencji w październiku tego roku była sprawa dostępu do leków. W swoim wystąpieniu<sup>16</sup> Rzecznik, nie kwestionując prawa kas chorych do podejmowania działań mających na celu zbilansowanie dochodów i wydatków kasy, wskazał na niedopuszczalność administracyjnego ograniczania przez kasy dostępu obywateli do leków. Praktyka taka godzi także w prawa pacjenta do uzyskania świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej. Przedmiotem mojej interwencji było wprowadzenie przez niektóre kasy chorych wykazu tańszych leków do stosowania w ramach ubezpieczenia zdrowotnego. W każdym razie wykazy takie nie mogą być wprowadzane decyzjami kas chorych, gdyż stanowi to niedopuszczalną pozaprawną ingerencję w prawa pacjenta, a także w prawa lekarza. Ingerencja taka zastrzeżona jest dla ustawodawcy<sup>17</sup>.

Z listów kierowanych do Rzecznika jednoznacznie wynika, że obowiązujące przepisy, z powodu niedoborów finansowych, nie obejmują niektórych chorób przewlekłych i nadmiernie ograniczają asortyment leków refundowanych, nie uwzględniając skutecznych leków nowej generacji, a także przewidują zbyt duży udział ubezpieczonego w cenie ich nabycia. Dotyczy to także dostępu do innych, niż leki, środków medycznych. Ten stan prowadzi często, przy obecnej kondycji finansowej społeczeństwa, do rezygnacji z leczenia. Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia nie jest więc w takich sytuacjach faktycznie realizowane. Zdaję sobie też sprawę ze stanu finansów publicznych, ale tym bardziej musi się apelować o bardziej racjonalne dysponowanie pieniędzmi przeznaczanymi na służbę zdrowia i przede wszystkim pieniędzmi pozostającymi w dyspozycji kas chorych. Nie będę tutaj wymieniał przykładów rażącego marnotrawstwa olbrzymich kwot.

Przedmiotem wystąpienia Rzecznika do Prezesa Nadzoru Ubezpieczeń Zdrowotnych<sup>18</sup> było zbyt daleko idące zróżnicowanie poziomu przewidzianych na 2000 r. świadczeń finansowanych przez poszczególne kasy chorych oraz obniżenia tego poziomu w niektórych kasach w stosunku do roku poprzedniego. Brak jest jednolitych w skali kraju zasad ustalania dostępu do niektórych świadczeń powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Prowadzi to do zróżnicowania uprawnień ubezpie-

---

<sup>15</sup> Dz.U. Nr 140, poz. 98.

<sup>16</sup> z 24 lutego 1999 r. – RPO / 299781 /99/I.

<sup>17</sup> z dnia 26 października 2000 r. RPO/355206/00/I.

<sup>18</sup> z 17 grudnia 1999 r. RPO / 328271/99/I.

czonych w zakresie udzielania świadczeń profilaktycznych, leczniczych oraz korzystania z przedmiotów ortopedycznych, środków pomocniczych i leczniczych środków technicznych. Stan taki oznacza naruszenie konstytucyjnej zasady równego dostępu do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych.

Z doświadczeń Rzecznika wynika, że dostęp do opieki zdrowotnej ograniczany jest także decyzjami kas chorych. Mam w tym wypadku na myśli odmowy finansowania leczenia u świadczeniodawcy wybranego przez pacjenta, ale nie związanego umową z kasą chorych, do której należy ubezpieczony. Praktyka taka narusza podstawową zasadę ubezpieczenia zdrowotnego, jakim jest prawo pacjenta do wyboru lekarza. Kasy chorych obciążają pacjenta kosztami leczenia w innym województwie. Do tego typu ograniczeń należy zaliczyć także odmowę finansowania terapii, które nie zostały zaliczone do rutynowych metod leczenia (pomimo, iż brak jest ustalonych standardów postępowania terapeutycznego). Dobrą ilustracją tego problemu jest odmowa przez niektóre kasy chorych finansowania ozonoterapii w okulistyce. Kasy chorych odmawiają również finansowania pobytu w szpitalu matek karmiących piersią hospitalizowane dzieci. Podstawowym jednak powodem ograniczania przez kasy chorych dostępu do świadczeń jest zbyt mała ilość kontraktowanych przez kasy chorych świadczeń w szczególności specjalistycznych. Limitowanie ilości wykupionych porad specjalistycznych ogranicza szczególnie dostęp do tych świadczeń specjalistycznych, do których nie jest wymagane skierowanie lekarza podstawowej opieki zdrowotnej (psychiatria, onkologia, ginekologia, dermatologia, leczenie uzależnień) lub do których zakłada się bezpłatny dostęp także dla osób nieubezpieczonych (uzależnienia, gruźlica, choroby weneryczne).

Ograniczenia dostępu do świadczeń wprowadzają też świadczeniodawcy. Mówiłem już o praktykach zalecania pacjentom przeprowadzenia stosownych badań poza publicznym zakładem opieki zdrowotnej. Zakłady opieki zdrowotnej odmawiają też zwrotu kosztów podróży do odległego zakładu lub lekarza. Wprowadza się opłaty za usługi wykraczające poza określony standard (np. za porody rodzinne).

Naruszenie ustawowo gwarantowanych praw pacjenta powodowane jest także przez brak reakcji ze strony Ministerstwa Zdrowia na zmianę stanu prawnego zmuszającego do wprowadzenia aktów wykonawczych. Na skutek braku aktu wykonawczego dotyczącego dokumentacji medycznej<sup>19</sup> nie jest realizowane uprawnienie pacjenta przewidziane w znowelizowanej ustawą z 20 czerwca 1997 r. o zmianie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz o zmianie niektórych innych ustaw<sup>20</sup> art. 18 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej<sup>21</sup>. Na mocy tego przepisu pacjent otrzymał prawo dostępu do dokumentacji medycznej bez pośrednictwa lekarza prowadzącego. Potrzeba wydania stosownego aktu wykonawczego była przedmiotem wystąpienia Rzecznika do Ministra Zdrowia<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 17 grudnia 1992 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania (Dz.U. z 1993 r. Nr 3, poz. 13 z późn. zmianami) utraciło moc z dniem 4 czerwca 1998 r.

<sup>20</sup> Dz.U. Nr 104, poz. 661 z późn. zmianami.

<sup>21</sup> Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zmianami.

<sup>22</sup> Wystąpienie z dnia 30 sierpnia 2000 r. RPO/343498/00/I/PP.

Z perspektywy urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich trudno jest jednoznacznie ocenić skuteczność wystąpień i interwencji Rzecznika. Na ogół adresat wystąpienia przyznaje Rzecznikowi rację i zapowiada podjęcie odpowiednich kroków legislacyjnych. Proces legislacyjny trwa jednak w Polsce zdecydowanie za długo i trudno byłoby dzisiaj wskazać legislacyjne efekty interwencji Rzecznika. Obiektywną przeszkodą załatwienia wielu spraw są trudności finansowe państwa.

Z pierwszych wypowiedzi nowego Ministra Zdrowia wynika, że bardzo dobrze zdaje sobie sprawę ze słabych punktów wprowadzonej reformy służby zdrowia. Chcę zapewnić Ministra Zdrowia, że w jego staraniach o polepszenie realizacji prawa do ochrony zdrowia znajdzie w Rzeczniku Praw Obywatelskich sojusznika.



*Zdzisław Kubot*

## **Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne**

### **1. Uwagi wstępne**

Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne często staje się w praktyce podstawą angażowania lekarzy przez samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej. Stosowanie tej umowy powoduje zawężenie zakresu stosowania umów o pracę. Zatrudnienie pracownicze „zastępowane” jest przez profesjonalne kontrakty cywilnoprawne o różnorodnych konsekwencjach nie tylko dla stron kontraktu, ale także ubezpieczonych (pacjentów) oraz kas chorych. Już podniesione względy skłaniają do poświęcenia umowie o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne szerszych analiz i badań.

### **2. Umowa nazwana czy umowa nienazwana?**

Wyjściowe, a zarazem podstawowe znaczenie w charakterystyce umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia ma ustalenie, czy umowa ta należy do kategorii umów nazwanych czy umów nienazwanych. Szeroka regulacja treści umowy, sposobu zawarcia, a także określenie stron umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne wskazuje na prawną typizację tej umowy. Typizacja została przeprowadzona w przepisach ustawowych i przepisach wykonawczych do ustawy tworząc normatywny typ umowy<sup>1</sup>. Prawodawca określił w sposób wiążący cechy (właściwości) umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne. Cechy normatywne tej umowy nie są tylko uszczegółowieniem ogólnych założeń dotyczących zobowiązań<sup>2</sup>. Stypizowanie normatywne umowy o udzielenie zamówienia na świad-

<sup>1</sup> O normatywnym typie umowy por. m.in. S. Włodyka, *Umowy gospodarcze (handlowe) i ich charakterystyka*, [w:] *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Kraków 1993, s. 26.

<sup>2</sup> Z tego względu występuje samodzielna natura umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne. Por. uwagi R. Trzaskowskiego o samodzielnej naturze typowej zobowiązania („Właściwości (natura) zobowiązaniego stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody kształtowania treści umów, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, Rok IX, 2000, z. 2, s. 382 i n.).

czenia zdrowotne oznacza, iż w obowiązującym prawie występuje normatywny wzorzec tej umowy, tworzony przez przepisy prawne bezpośrednio stosowane<sup>3</sup>.

Normatywny wzorzec umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne wyznaczony jest przepisami art. 35-35a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne. Wymienione przepisy wyróżniają umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne pod względem **nazwy, podmiotów, treści, sposobu zawarcia**, a także **ograniczeń dotyczących zmiany**. W odniesieniu do umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne prawodawca wyodrębnił zespół przepisów prawnych stosowanych bezpośrednio, a określających nazwę umowy, obligatoryjne elementy treści, cechy podmiotowe, sposób zawarcia umowy, jak też ograniczających zmiany umowy.

Wskazana regulacja prawna umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne przemawia za zaliczeniem jej do kategorii umów nazwanych. Umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne charakteryzuje szczegółowość reglamentacji prawnej tworzącej właściwy dla tej umowy reżim prawny, wykazujący odmienności zarówno wobec ogólnego reżimu prawnego umów, jak i reżimu zbliżonych umów nazwanych (umowy zlecenia, umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych określonej w art. 53 i 54 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym).

Umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie można kwalifikować jako umowy nienazwanej o fragmentarycznie, częściowo określonym reżimem prawnym<sup>4</sup>. Reżim prawny umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia jest szczegółowo określony i w zasadzie kompletny. Prawodawca wyraźnie, bezpośrednio i szczegółowo określił reżim prawny przez szczególne przepisy prawne właściwe dla tej umowy. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne regulowana jest bezpośrednio nie tylko w rozbudowanych treściowo przepisach art. 35 i 35a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, ale także w specjalnym rozporządzeniu wykonawczym poświęconym wyłącznie tej umowie. Przepisy kodeksu cywilnego znajdują jedynie zastosowanie w sprawach nie uregulowanych w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej oraz rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne.

### **3. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne a nienazwane umowy o świadczenie usług medycznych**

Wyodrębnienie zespołu przepisów prawnych stosowanych bezpośrednio do umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jednoznacznie przemawia **przeciwko zaliczaniu tej umowy do kategorii umów o świadczenie usług, o których mowa w art. 750 kodeksu cywilnego**. Do umowy o udzielenie zamówienia na świad-

<sup>3</sup> Por. S. Włodyka, j. w.

<sup>4</sup> Por. o takich umowach nienazwanych B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „Studia Cywilistyczne”, Kraków 1971, tom XVIII, s. 13-44.

czenia zdrowotne nie stosuje się z mocy art. 750 kodeksu cywilnego przepisów o umowie zlecenia. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne ma odmienny (odrębnie i szczegółowo uregulowany) reżim prawny niż umowa zlecenia. Zgodnie z § 20 rozporządzenia z 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne – w sprawach nie uregulowanych w rozporządzeniu stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Prawodawca odsyła więc do przepisów kodeksu cywilnego, a nie przepisów kodeksu cywilnego o zleceniu. Umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie można traktować jako nienazwanej umowy, do której z mocy art. 750 kodeksu cywilnego stosuje się przepisy o zleceniu. Umowa, o której mowa, należy do grupy umów uregulowanych innymi przepisami niż przepisy dotyczące zlecenia<sup>5</sup>.

#### **4. Samodzielność stron w kształtowaniu treści umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne**

Szeroka regulacja prawna umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne wyłania problem swobody stron w kształtowaniu treści tej umowy. Swoboda kształtowania treści umowy odnosi się przecież także do sytuacji, gdy strony zawierają umowę nazwaną<sup>6</sup>. Prawodawca, regulując cechy podmiotowe, obligatoryjną treść oraz sposób zawarcia umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, wyznaczył wiążącą konstrukcję normatywną umowy ograniczając znacznie swobodę stron. Inaczej mówiąc, prawodawca nakazał tu stronom respektowanie normatywnych cech właściwości umowy nazwanej<sup>7</sup>. Ograniczenie swobody kontraktowej nastąpiło głównie z uwagi na ochronę praw i interesów ubezpieczonych (pacjentów). Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne dotyczy nie tylko sfery prawnej kontrahentów. Umowa ta w swej treści powinna zawierać postanowienia korzystne dla podmiotów nie uczestniczących bezpośrednio w ich zawarciu. Umowa ta powinna mieć więc na względzie ochronę osób trzecich<sup>8</sup>.

Pominięcie lub modyfikacja przez strony elementów cech normatywnie określających (cechy podmiotowe, elementy treści czy sposób zawarcia umowy) prowadzi do **znieskształcenia ustalonego wzorca umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne**<sup>9</sup>. Istotne odstępstwa mogą oznaczać zawarcie przez strony nienazwanej umowy o świadczenie usług medycznych, a nie umowy nazwanej. Wydaje się, iż zawarcie umowy o świadczenie usług medycznych poza konkursem ofert unieumożliwia kwalifikowanie jej jako umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne.

<sup>5</sup> O tej grupie umów por. S. Grzybowski, *O przepisach kodeksu cywilnego dotyczących zlecenia*, „Nowe Prawo” 1967, nr 10, s. 1281 i n.

<sup>6</sup> O ograniczeniach stron związanych z normatywnie określonymi elementami umowy nazwanej por. M. Safian, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 3531 k.c.)*, „Państwo i Prawo”, 1993, nr 4, s. 16.

<sup>7</sup> W piśmiennictwie trafnie podkreśla się, że celem działania zmierzającego do sklasyfikowania konkretnej umowy jako nazwanej może być bowiem zapobieganie obejściu prawa. Por. B. Gawlik, *op. cit.*, s. 89.

<sup>8</sup> Charakterystykę takich umów przeprowadza R. Radwański, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III cz. 1. *Prawo zobowiązań. Część ogólna* (red. Z. Radwański), Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981, s. 442-444.

<sup>9</sup> Por. ogólne uwagi dotyczące umowy nazwanej, M. Safian, *j.w.*, s. 14.

Umowa nienazwana o świadczenie usług medycznych jest umową, do której z mocy art. 750 kodeksu cywilnego stosuje się przepisy o zleceniu. Taka kwalifikacja nienazwanej umowy o świadczenie usług medycznych w aspekcie prawa cywilnego rzutuje na kwalifikacje w aspekcie prawa podatkowego oraz prawa ubezpieczeń społecznych<sup>10</sup>.

Wskazanie przez prawodawcę obligatoryjnych elementów treści umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie eliminuje szerokiej swobody stron w ich kształtowaniu. Przykładem może być obligatoryjny element treści tej umowy w postaci określenia dni i godzin udzielania świadczeń zdrowotnych. Strony mogą dość swobodnie określać wymiar godzin udzielania świadczeń zdrowotnych uwzględniając interesy ubezpieczonych oraz jakość i bezpieczeństwo udzielonych świadczeń zdrowotnych. Ustalanie zbyt długiego czasu udzielania świadczeń zdrowotnych w skali dobowej, tygodniowej czy miesięcznej może pociągać za sobą negatywne skutki w zakresie leczenia, a zwłaszcza przyczyniać się do powstania szkody w leczeniu. W konsekwencji zrodzi to nie tylko odpowiedzialność przyjmującego zamówienie i udzielającego zamówienia, ale także odpowiedzialność kasy chorych za wadliwą organizację świadczenia usług medycznych. W procesie leczenia występują bowiem silne funkcjonalne powiązania i uwikłanie aspektów czynników organizacyjnych oraz ściśle medycznych<sup>11</sup>.

Element treści umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w postaci **określenia dni i godzin udzielania świadczeń** jest podobny do elementu treści umowy o pracę w postaci **wymiaru i rozkładu czasu pracy**. Warto zaznaczyć, iż dni i godziny udzielania świadczeń zdrowotnych określone są na ogół w umowie o udzielanie świadczeń zdrowotnych zawieranych ze świadczeniodawcami przez kasy chorych<sup>12</sup>. W niektórych umowach o udzielanie świadczeń zdrowotnych, które nie określają dni i godzin udzielania świadczeń zdrowotnych, ustala się obowiązek świadczeniodawcy podania do publicznej wiadomości szczegółowego harmonogramu udzielania zakontraktowanych świadczeń zdrowotnych<sup>13</sup>.

Jak widać, **zastrzeżenie wykonywania usług (pracy) w określonych dniach i godzinach jest charakterystyczną cechą umowy o udzielanie zamówienia na świadczenia zdrowotne zawieranej na podstawie art. 35 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, jak i umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych zawieranej w oparciu o art. 53 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym**. Wykonywanie pracy w określonym wymiarze i określonych dniach oraz godzinach nie jest więc tylko właściwe dla zatrudnienia pracowniczego. Obowiązek udzielania świadczeń zdrowotnych w określone dni i godziny, ustalony w umowie o świadczenie usług medycznych, nie może stanowić okoliczności przemawiającej za zawarciem wyłącznie umowy o pracę.

---

<sup>10</sup> Szerzej Z. Kubot, *Umowy o świadczenie usług medycznych*, Wrocław 2000, s. 52-57.

<sup>11</sup> M. Pełka, *Podstawy prawne i zakres odpowiedzialności cywilnej Kasy Chorych*, „Prawo i Medycyna”, 2000, nr 6-7, s. 31-39.

<sup>12</sup> Por. m. in. *Wzór kontraktu lekarza stomatologa*, „Gazeta Medyczna”, nr 2, 22 kwietnia 1999 r.

<sup>13</sup> Por. *Wzór umowy z pielęgniarką środowiskową*, „Gazeta Medyczna”, nr 8, 15 lipca 1999 r.

Określenie dni i godzin świadczenia usług w umowie o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, choć stanowi pod względem funkcji i istoty instytucję podobną do czasu pracy pracowników medycznych, to jednak różni się co do aspektu ochrony wykonawcy. Czas wykonywania usług medycznych (czas udzielania świadczeń zdrowotnych) nie jest, w przeciwieństwie do czasu pracy, poddawany regulacjom ochronnym. Co do czasu wykonywania usług medycznych na podstawie umowy cywilnoprawnej – przepisy prawne nie przewidują norm czy granic. Inaczej mówiąc, nie mają tu zastosowania normy ograniczające czas wykonywania usług, takie jak norma dobową czy normą tygodniową. W konsekwencji nie występuje pojęcie pracy w godzinach nadliczbowych ani pojęcie dyżuru medycznego.

Stosowanie umów o świadczenie usług medycznych, w miejsce umów o pracę, pozwala na odejście od ograniczeń przewidzianych w regulacji czasu pracy, a więc regulacji mających szczególny ochronny charakter. Umowy o świadczenie usług medycznych stwarzają ogromną elastyczność w kształtowaniu wymiaru i rozkładu czasu opieki zdrowotnej. Stanowi to niewątpliwie zaletę z punktu widzenia potrzeb samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Może też pod pewnymi względami odpowiadać wykonawcom usług medycznych, zwłaszcza jeżeli z dłuższym wymiarem czy nietypowym rozkładem usług medycznych wiąże się wysokie wynagrodzenie. Istnieje tu jednak niebezpieczeństwo ograniczenia możliwości wypoczynku czy swoistej wyprzedazy wypoczynku. Nadmienić należy, iż w Konstytucji RP prawo do określonych w ustawie dni wolnych od pracy i coroczne płatne urlopy, a także maksymalne normy czasu pracy, zostały zastrzeżone dla pracowników.

W praktyce stosowania umów o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne wymiar i rozkład sprawowania opieki zdrowotnej ustala się dość standardowo, powielając godziny normalnej pracy oraz godziny dyżuru lekarzy będących pracownikami samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej.

Często zamówienie na udzielanie świadczeń zdrowotnych dotyczy sprawowania opieki medycznej poza przyjętymi w danym samodzielnym publicznym zakładzie opieki zdrowotnej normalnymi godzinami pracy lekarzy, czyli na ogół w dni robocze od godziny 15.00 do 8.00 dnia następnego oraz w wolne soboty i niedziele. Są to godziny dyżurów lekarskich<sup>14</sup>, a dzienny wymiar sprawowania opieki medycznej wynosi 17 godzin w dni robocze oraz 24 godziny w wolne soboty i niedziele. Ustalenie takiego dziennego wymiaru godzin wykonywania usług medycznych nie napotyka na bariery prawne ze względu na cywilnoprawny charakter umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne. Rodzą się jednak wątpliwości dotyczące jakości usług, bezpieczeństwa i higieny ich wykonywania oraz dobra pacjentów podlegających opiece medycznej.

Rozważając wyrażone wątpliwości należy wziąć pod uwagę konkretne warunki związane ze sprawowaniem opieki medycznej. Czy wymagają one stałej aktywności i znacznej intensywności wykonawcy usług medycznych (lekarza, pielęgniarki), czy też obejmują godziny, w których wykonawca pozostaje jedynie w gotowo-

<sup>14</sup> O pojęciu dyżuru lekarskiego por. Z. Kubot, *op. cit.*, s.

ści do udzielania świadczeń zdrowotnych, a nawet może pozwolić sobie na swobodny odpoczynek?

#### **5. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w aspekcie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych**

Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne wymaga kwalifikacji w aspekcie ustawy o systemie świadczeń społecznych. Kwalifikacja ta ma w szczególności doniosłe znaczenie z uwagi na treść art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, zgodnie z którym za pracownika w rozumieniu ustawy uważa się także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia albo umowy o dzieło, jeżeli umowę taką zawarła z pracodawcą, z którym pozostaje w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonuje pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostaje w stosunku pracy.

W praktyce dość często umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne zawierane są z lekarzami prowadzącymi indywidualną praktykę lekarską, ale będącymi także pracownikami danego publicznego zakładu opieki zdrowotnej.

W świetle wskazanej praktyki nasuwa się pytanie, czy lekarz będący pracownikiem samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, który zawarł z tym zakładem w ramach prowadzonej indywidualnej praktyki lekarskiej umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, powinien być w zakresie tej umowy uważany za pracownika w rozumieniu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Odpowiedź na to pytanie zależy od tego, czy umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jest „**inną umową o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia**”.

Przeprowadzone wcześniej rozważania poświęcone charakterowi prawnemu umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne przemawiają przeciwko traktowaniu tej umowy jako „innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia”. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jest umową nazwaną, i to wyraźnie wyróżnioną od innych umów nazwanych. Występujące w art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych pojęcie „inna umowa o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia” obejmuje umowy nienazwane zbliżone, podobne do zlecenia. W art. 750 kodeksu cywilnego stanowi się: „Do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu”. Z przepisu tego wynika, że z mocy kodeksu cywilnego nie stosuje się przepisów o zleceniu do umów o świadczenie usług, które są uregulowane innymi przepisami. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jest uregulowana innymi przepisami niż przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu.

Przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu mogą znaleźć zastosowanie do umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne z woli stron tej umowy. Prze-

szkodą do tego nie jest kwalifikowanie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jako umowy nazwanej. Poza szczególną regulacją prawną przewidzianą dla określonego rodzaju umowy nazwanej, można stosować analogicznie przepisy innych umów nazwanych, jeżeli skłania ku temu podobieństwo sytuacji<sup>15</sup>.

Zaznaczyć należy, że zgodnie z § 20 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w sprawach nie uregulowanych rozporządzeniem, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Zawarte tu odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego, a nie przepisów kodeksu cywilnego dotyczących zlecenia – jednoznacznie wskazuje, iż **umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie jest umową o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy o zleceniu**.

Interpretując art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych nie można utrzymywać, iż treść tego przepisu obejmuje każdą cywilnoprawną umowę o świadczenie usług, jeżeli tylko zawarta została pomiędzy podmiotami pozostającymi już ze sobą w stosunku pracy<sup>16</sup>. Taka interpretacja jest niezgodna z brzmieniem wymienionego przepisu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, a zapewne też i jego celem.

W razie zawarcia przez lekarza, będącego pracownikiem samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, z tym zakładem umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w ramach indywidualnej (indywidualnej specjalistycznej) praktyki lekarskiej – stwierdzić należy, iż w zakresie tej umowy lekarz nie może być traktowany jako pracownik w rozumieniu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie jest bowiem w rozumieniu art. 8 ust. 2a tej ustawy „inną umową o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia”.

Stanowisko, zgodnie z którym lekarz-pracownik samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej nie może być uważany za pracownika tego zakładu w zakresie zawartej z nim umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, nie pozostaje w sprzeczności z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1998 r.<sup>17</sup>, którego teza brzmi: „Jeżeli pracownik jako osoba prowadząca działalność gospodarczą zawiera ze swym pracodawcą umowę agencyjną lub umowę zlecenie, to dochód otrzymywany z tytułu takich umów traktuje się w zakresie obliczania składki na ubezpieczenia społeczne jako wynagrodzenie z tytułu zatrudnienia u tego pracodawcy”. Warto dodać, iż w uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy podnosił, że pracownik, który jednocześnie jako osoba prowadząca działalność zawiera ze swym pracodawcą umowę agencyjną lub umowę zlecenie, nie traci przy-  
miotu pracownika.

<sup>15</sup> Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1974, s. 224-225.

<sup>16</sup> Tak jednak utrzymuje J. Skoczyński, *Zmiany regulacji obowiązku ubezpieczeń społecznych z tytułu świadczenia pracy na podstawie cywilnoprawnych umów o świadczenie pracy*, „Prawa i Zabezpieczenie Społeczne” 2000, nr 2, s. 24-25.

<sup>17</sup> II UKN 92/98 OSNAPIUS 1999, poz. 12, nr 406.

Istota problemu nie sprowadza się do tego, iż przytoczony wyrok Sądu Najwyższego zapadł na tle stanu prawnego sprzed obowiązywania ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, ale do tego, iż wyrok o którym mowa, **dotyczy umowy zlecenia oraz umowy agencyjnej**. Umowy te wymienione są w art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, natomiast przepis ten, jak wykazano, nie dotyczy umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne będącej umową nazwaną i uregulowaną w art. 35-35a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz w rozporządzeniu wykonawczym.

Lekarza będącego pracownikiem samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej lekarskiej, z którym zakład ten zawarł umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, należy w zakresie tej umowy uważać za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność w rozumieniu art. 8 ust. 6 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych<sup>18</sup>. Taka kwalifikacja umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne może zostać jednak podważona, gdy umowa, o której mowa, jest umową pozorną lub została zawarta w celu obejścia prawa (zwłaszcza przepisów o dyżurze medycznym oraz obejścia przepisów o podstawie wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne). Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne może zostać uznana za pozorną, gdy faktyczne warunki pracy lekarza wykonującego usługi na podstawie tej umowy są identyczne z warunkami pracy lekarza-pracownika tzn. identyczna jest nie tylko organizacja pracy, ale utrzymane zostało kierownictwo pracodawcy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy<sup>19</sup>. Umowa o udzielenie zamówienia zmierza do obejścia przepisów prawa, gdy zawarta zostaje w celu zniweczenia skutków bezwzględnie obowiązujących przepisów określających pojęcie dyżuru medycznego czy przepisów określających podstawę wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne<sup>20</sup>.

## **6. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w aspekcie ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym**

W świetle ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym nasuwa się pytanie, czy lekarz prowadzący indywidualną praktykę lekarską, który zawarł z samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, podlega obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność czy jako osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia.

Jak już zaznaczono, lekarz prowadzący indywidualną praktykę lekarską jest osobą prowadzącą pozarolniczą działalność w rozumieniu art. 8 ust. 6 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym. Z tego tytułu podlega więc obowiązkowi

---

<sup>18</sup> Także B. Bukiel, podkreśla, że umowa zawarta przez lekarza na podstawie art. 35 ustawy o zakładach opieki społecznej jest częścią indywidualnej praktyki lekarskiej czyli działalnością pozarolniczą w rozumieniu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych *Zakontraktować dyżur*, „Gazeta Medyczna” nr 5, 9 marca 2000.

<sup>19</sup> Szerzej o podobieństwach i rozmiarach między umowami o świadczenie usług medycznych a umową o pracę Z. Kubot, *Umowy o świadczenie usług medycznych*, Wrocław 2000.

<sup>20</sup> Szerzej o obejściu prawa poprzez umowy o świadczenie usług medycznych Z. Kubot, *Prawne formy świadczenia usług medycznych*, Wrocław 2000, s.28 i nast.



ubezpieczenia zdrowotnego i zgodnie z art. 23 wymienionej ustawy lekarz sam opłaca składkę na ubezpieczenie zdrowotne.

Analogicznie przedstawia się podleganie obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego oraz opłacanie składek na takie ubezpieczenie w sytuacji zawarcia umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne między samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej a grupową praktyką lekarską (grupową praktyką pielęgniarek, położnych).

Rozważyć należy kwestię podlegania obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego lekarza prowadzącego indywidualną praktykę, który zawarł z samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne będąc pracownikiem takiego zakładu. Czy, z uwagi na stosunek pracy łączący lekarza z samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej, należy zmienić tytuł prawny podlegania obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego z osoby prowadzącej pozarolniczą działalność na osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia? Zmiana, o której mowa oznaczałaby, iż składkę na ubezpieczenie zdrowotne jako płatnik powinien obliczać, pobierać z dochodu ubezpieczonego i odprowadzać zleceniodawca, czyli samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej.

Kwalifikacja umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jako umowy nazwanej wyklucza kwalifikowanie jej w aspekcie ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym jako umowy zlecenia. Kwalifikacja umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym powinna być spójna z kwalifikacją tej umowy w aspekcie prawa cywilnego.

W przypadku kwalifikacji umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w aspekcie ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym pozostaje problem pozorności takich umów czy zawarcia ich w celu obejścia prawa.

## **7. Kwalifikacja wynagrodzenia z tytułu umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w świetle przepisów prawa podatkowego**

Kwalifikacja wynagrodzenia z tytułu umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne wskazuje na to, czy wykonawca usługi będzie **samodzielnie wpłacał zaliczki na podatek dochodowy, czy też za pośrednictwem płatnika** oraz czy wykonawcy będą przysługiwały koszty uzyskania przychodów według normy procentowej, czy ustalone według faktycznie poniesionych kosztów.

W ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych rozróżnia się przychody z wykonywania wolnego zawodu **jako działalności wykonywanej osobiście** (art. 10 ust. 1 pkt 3, art. 13 pkt 8) oraz przychody z wykonywania wolnego zawodu **jako działalności gospodarczej** (art. 10 ust. 1 pkt 2, art. 14). Według art. 13 pkt 8 wymienionej ustawy za przychody z działalności wykonywanej osobiście (o której mowa w art. 10 ust. 1 pkt 2) uważa się m. in. przychody z osobistego wykonywania usług na podstawie umowy zlecenia lub umowy o dzieło albo wykonywania wolnego zawodu, uzyskiwane wyłącznie od osoby prawnej, jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej lub przedsiębiorcy – jeżeli podatnik wykonuje te usługi

wyłącznie na potrzeby tych podmiotów i tego samego rodzaju usług nie wykonuje na rzecz ludności.

W sytuacji, gdy lekarz prowadzący indywidualną praktykę lekarską świadczy usługi dla ludności czy jeszcze innych osób prawnych, to uzyskuje przychody z pozarolniczej działalności gospodarczej. W takiej sytuacji usługi medyczne wykonywane przez lekarza na rzecz samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej na podstawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne wchodzi w zakres prowadzonej działalności gospodarczej, o której mowa w art. 10 ust. 1 pkt 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

Kwalifikacja wynagrodzenia z tytułu umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne uzyskiwanego przez lekarza prowadzącego indywidualną praktykę lekarską zależy od tego, czy lekarz taki świadczy usługi na rzecz ludności (wówczas wynagrodzenie stanowi przychód z pozarolniczej działalności gospodarczej) czy też uzyskuje przychody wyłącznie od osoby prawnej, jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej lub przedsiębiorcy, jeżeli lekarz wykonuje usługi medycznej wyłącznie dla tych podmiotów i tego samego rodzaju usług nie wykonuje na rzecz ludności (wówczas wynagrodzenie stanowi przychód z tytułu działalności określonej w art. 13 pkt 8 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych).

W kwestii kwalifikacji wynagrodzenia z tytułu umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne warto zaznaczyć, iż w Piśmie PO 2/8-1108/95/01790 z dnia 12 stycznia 1996 r. w sprawie opodatkowania przychodów z kontraktów za usługi zdrowotne zawieranych z prywatnie praktykującymi lekarzami, Ministerstwo Finansów zawarło m. in. następujące wyjaśnienie „W przypadku, gdy podatnik uzyskuje przychody z osobiście wykonywanych usług medycznych wyłącznie w ramach zawartego kontraktu i wykonuje te usługi wyłącznie dla potrzeb podmiotu, z którym podpisał kontrakt, a tego samego rodzaju usług nie wykonuje na rzecz ludności – nie ma obowiązku prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów. Przychody te są traktowane analogicznie jak przychody z tytułu osobistego wykonywania usług na warunkach umowy zlecenia (art. 13 pkt 8 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych – Dz. U. z 1993 r., nr 90, poz. 416 z późn. zm.). Podmioty wypłacające należności z tego tytułu (np. zakład opieki zdrowotnej) są obowiązane jako płatnicy potrącać zaliczki na podatek dochodowy w wysokości 20% przychodu pomniejszonego o koszty uzyskania również w wysokości 20%. Płatnicy ci są obowiązani wpłacać potrącone zaliczki w terminie do 7 dni następnego miesiąca do urzędu skarbowego, właściwego dla miejsca zamieszkania podatnika, a po upływie roku sporządzić informacje na formularzu PIT-8 B. Podatnik zaś po upływie roku ma obowiązek złożyć zeznanie podatkowe w terminie do 30 kwietnia roku następnego”<sup>21</sup>.

Z przytoczonego stanowiska Ministerstwa Finansów wynika, iż w sytuacji, gdy podatnik uzyskuje przychody z osobiście wykonywanych usług medycz-

---

<sup>21</sup> Pismo Ministerstwa Finansów, o którym tu mowa, zawarte w pracy D. Piecuch, *Interpretacje i wyjaśnienia ministerstwa finansów*, Bielsko-Biała 1998, s. 141-143.

nych, nie wyłącznie w ramach zawartego kontraktu ale także z usług wykonywanych na rzecz ludności, to przychody podatnika powinny być traktowane jako przychody z działalności gospodarczej. W celu wyeliminowania wątpliwości, jakie mogą powstać co do kwalifikacji przychodu uzyskiwanego z osobiście wykonywanych usług medycznych nie tylko w ramach kontraktu, ale także z usług wykonywanych na rzecz ludności, wskazana jest stosowna interpretacja Ministra Finansów wydana w oparciu o art. 14 Ordynacji Podatkowej.

### **8. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne a problem podzlecenia**

Umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne należy poddać analizie w aspekcie tzw. podzlecenia. Kwestia ta staje się istotna z uwagi na warunki udzielania świadczeń zdrowotnych określone przez niektóre kasy chorych. Zdarzyło się bowiem, iż w projekcie umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych kasa chorych wprowadziła postanowienie o treści: „Strony zgodnie wyłączają możliwość podzlecenia udzielania świadczeń zdrowotnych podmiotom trzecim”. Na tle takiego postanowienia wyłania się kwestia, czy zawarcie przez samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej umowy o udzielenie zamówienia na udzielanie świadczeń zdrowotnych czy umowy nienazwanej, której przedmiotem jest udzielanie świadczeń zdrowotnych – stanowi podzlecenie.

Dla wyjaśnienia podniesionej kwestii istotne znaczenie mają przepisy art. 738 i art. 474 kodeksu cywilnego. W świetle pierwszego przepisu przyjmujący zlecenie może powierzyć wykonanie zlecenia osobie trzeciej tylko wtedy, gdy to wynika z umowy lub ze zwyczaju albo gdy jest do tego zmuszony przez okoliczności. Natomiast zgodnie z art. 474 dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania lub zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonuje, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza.

Czy w świetle powołanych przepisów przyjmujący zamówienia na udzielanie świadczeń zdrowotnych jest osobą, z której pomocą samodzielny publiczny zakład wykonuje zobowiązanie (pomocnikiem), czy osobą, której wykonanie zobowiązania powierzono (zastępcą)?

Oczywiste jest, iż samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej wykonuje zawartą z kasą chorych umowę o udzielanie świadczeń zdrowotnych **przy pomocy** zaangażowanych na podstawie umów cywilnoprawnych osób uprawnionych do wykonywania zawodu medycznego, czyli przy pomocy tzw. personelu medycznego. Do personelu medycznego należą nie tylko pracownicy medyczni, ale także osoby fizyczne uprawnione do wykonywania zawodu medycznego, zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych. W zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych pozycja osób fizycznych zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia, nazwanej umowy o świadczenie usług medycznych czy umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, niewiele odbiega od pozycji pracowników.

Jeżeli w projekcie umowy przedstawionym przez kasę chorych stawia się warunek, aby świadczenia zdrowotne były realizowane przez personel lekarski, pielę-

gniarski i inny posiadający odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia określone w obowiązujących przepisach, to do takiego personelu należy zaliczyć nie tylko lekarzy i pielęgniarki będących pracownikami danego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, ale także lekarzy i pielęgniarki zaangażowane przez taki zakład na podstawie nienazwanych umów o świadczenie usług medycznych oraz umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne. Węższe znaczenie pojęcia „personel lekarski i pielęgniarski” w aspekcie wykonywania świadczeń zdrowotnych wymagałoby wyraźnego ustalenia przez kasę chorych jako stronę określającą warunki dotyczące udzielania świadczeń zdrowotnych. Jeżeli nie miało to miejsca, należy przyjąć, iż lekarze i pielęgniarki zaangażowani przez zakład opieki zdrowotnej na podstawie umów cywilnoprawnych są osobami, **przy pomocy których zakład wykonuje umowę zawartą z kasą chorych, a nie osobami, którym powierza wykonanie umowy na zastępstwa (substytucji)**. Wydaje się, iż intencją kasy chorych wyłączonej możliwość podzlecenia udzielania świadczeń zdrowotnych nie było eliminowanie z kręgu personelu medycznego zakładów opieki zdrowotnej lekarzy i pielęgniarek świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych<sup>22</sup>. Oznaczałoby to bowiem narzucanie zakładom opieki zdrowotnej wyłączenia form zatrudnienia pracowniczego. Trudno przypuszczać, aby takie zamierzenia miała kasa chorych wyłączając możliwość podzlecenia udzielania świadczeń zdrowotnych podmiotom trzecim. Cywilnoprawne formy angażowania personelu medycznego są często dogodniejsze dla zakładu opieki zdrowotnej i umożliwiają uzyskanie od lekarza świadczenia usług o jakości nie mniejszej od lekarza zatrudnionego w ramach stosunku pracy.

Uważam, iż wyłączenie podzlecenia udzielania świadczeń zdrowotnych ma na celu wyłączenie zlecenia udzielania szerokiego zakresu czy wszystkich świadczeń zdrowotnych przez zakład opieki zdrowotnej, który zawarł umowę z kasą chorych innemu czy innemu zakładom opieki zdrowotnej. W takiej sytuacji nastąpiłoby powierzenie wykonania umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych na zasadzie zastępstwa (substytucji) innemu świadczeniodawcy. Kasa chorych jako strona umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych może, poprzez stosowne postanowienia umowy, zapobiegać takiej substytucji. Podmiot, któremu powierza się udzielanie świadczeń zdrowotnych, może bowiem nie spełniać wymagań jakie kasa chorych postawiła świadczeniodawcy, z którym zawarła umowę. Postanowienie wyłączające możliwość podzlecenia świadczeń zdrowotnych podmiotom trzecim oznacza wyłączenie możliwości **powierzenia** wykonania szerokiego zakresu świadczeń innemu zakładowi opieki zdrowotnej. Możliwa jest też interpretacja, zgodnie z którą kasa chorych poprzez postanowienia o których mowa, dąży do całkowitego wyłączenia możliwości przenoszenia wykonania umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych na rzecz innego zakładu opieki zdrowotnej. Wyłączenie możliwości podzlecenia nie wyłącza udzielania świadczeń zdrowotnych przez zakład opieki zdrowotnej przy

---

<sup>22</sup> Warto zaznaczyć, że w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2000 r. w sprawie rejestru zakładów opieki zdrowotnej nazwa „personel medyczny zakładu” oznacza osoby wykonujące w zakładzie zawody medyczne na podstawie umowy o pracę oraz umów cywilnoprawnych

pomocy personelu medycznego zaangażowanego na podstawie umów cywilnoprawnych. Osoby wchodzące w skład personelu medycznego zakładu opieki zdrowotnej udzielają świadczeń zdrowotnych w charakterze pomocników, a nie na zasadzie substytucji

## 9. Konkluzje

1. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jest umową nazwaną, kwalifikowaną podmiotowo i wyróżnioną pod względem treści i sposobu zawarcia. Umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne cechuje specyficzna szczegółowa regulacja stanowiąca wyodrębniony zespół przepisów stosowanych do tej umowy bezpośrednio. Reżim prawny umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne określony jest szczegółowo przez przepisy prawa cywilnego właściwe dla tego typu umowy.

2. Kwalifikacja umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w dziedzinie prawa cywilnego powinna być spójna z kwalifikacją w aspekcie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym oraz ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

3. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne jako umowa nazwana nie może być kwalifikowana – w aspekcie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych – jako umowa zlecenie czy inna umowa o świadczenie usług, do której na podstawie kodeksu cywilnego stosuje się przepisy o zleceniu. Nazwany charakter umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne wyklucza kwalifikowanie tej umowy – w aspekcie ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym – jako umowy zlecenia.

4. Lekarz prowadzący indywidualną praktykę, który zawarł umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, jest osobą prowadzącą pozarolniczą działalność w rozumieniu art. 8 ust. 6 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Z tego tytułu lekarz, o którym mowa, podlega obowiązkowo ubezpieczeniu emerytalnemu, rentowemu, chorobowemu i wypadkowemu (art. 13 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) oraz obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego (art. 8 ust. 1 lit. c ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym).

5. Wskazany tytuł ubezpieczeń społecznych oraz ubezpieczenia zdrowotnego nie ulega zmianie w sytuacji, gdy lekarz prowadzący indywidualną praktykę zawarł z samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej umowę o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne będąc pracownikiem takiego zakładu. Warunkiem jest tu jednak, aby umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie miała charakteru umowy pozornej lub nie została zawarta w celu obejścia prawa (zwłaszcza przepisów o dyżurach medycznych oraz przepisów o podstawie wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne). Kwestia ta zasługuje na odrębne opracowanie.

6. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne ma jednorodny charakter prawny niezależnie od tego, który z podmiotów wymienionych w art. 35 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej występuje jako strona przyjmująca zamówienie.

wienie. Kwalifikacja umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne nie może zostać zmieniona ze względu na to, iż lekarz prowadzący indywidualną praktykę i będący stroną tej umowy jest także pracownikiem danego samodzielnego zakładu opieki zdrowotnej.

7. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne stanowi umowę profesjonalną (dwustronnie profesjonalną), a więc jest pod względem charakteru prawnego zasadniczo innym rodzajem umowy niż umowa o zatrudnienie.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Szerzej por. Z. Kubot, *Szczególne formy zatrudnienia i samozatrudnienia*, [w:] *Szczególne formy zatrudnienia*, (red. Z. Kubot), Wrocław 2000, s.10-37

*Leszek Kubicki*

## **Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art.192 k.k.)**

### **I**

Nowy kodeks karny z 1997 r. określa w art. 192 nowy rodzaj przestępstwa polegającego na wykonywaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Przepis ten rozciąga więc bezpośrednią ochronę prawno-karną na wartość o szczególnym znaczeniu, jaką jest autonomia jednostki w zakresie stanowienia o swoim zdrowiu i życiu. W perspektywie historycznej ta nowa decyzja ustawodawcza stanowi istotny etap w długiej ewolucji kształtowania regulacji prawnej stosunku między lekarzem a pacjentem, zamykając – miejmy nadzieję – ostatecznie dominację paternalistycznego charakteru tej relacji.

Nie wolno bowiem zapominać, że znaczenie zgody pacjenta na czynności lecznicze wyjątkowo mozolnie torowało sobie drogę w rozwoju lekarskiej deontologii i ustawodawstwa medycznego. Dla podkreślenia osiągniętego dziś w tej mierze postępu warto przypomnieć na przykład formuły zawarte w tekście „Zasad obowiązków i praw lekarzy” przyjętym przez Warszawskie Towarzystwo Lekarskie na posiedzeniu w dniu 29 IV 1884 r.<sup>1</sup>, a więc już w końcu XIX w. W art. 11 „Zasad” stanowiono: „Lekarz z wszelką słuszością żądać może od chorych spełnienia **wszystkiego**, co dla zdrowia tych ostatnich, wedle **jego przekonania** jest pożyteczne” (podkr. – L.K.). Trudno przyjąć, aby tak ujętą onnipotencję ograniczała treść art. 9 owych „Zasad”, w którym stwierdzono: „Z natury swojego stosunku do chorego lekarz zyskuje nad nim **przewagę** moralną. Wpływu tego lekarzowi nadużywać nie wolno” (podkr. – L.K.).

W „Kodeksie deontologii lekarskiej” przyjętym na X Zjeździe Lekarzy i Przyrodników Polskich we Lwowie 24 VII 1907 r. problem zgody pacjenta zupełnie pominięto<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> A.Tulczyński: Polskie lekarskie kodeksy deontologiczne, Warszawa 1975, s. 85-94.

<sup>2</sup> Tamże, s. 108-118.

Podobnie także w „Zbiorze zasad deontologii lekarskiej” przyjętym przez Naczelną Izbę Lekarską w dniu 16 VI 1935 r.<sup>3</sup>

Znaczenia zgody pacjenta na leczenie początkowo nie dostrzegano też nie tylko w sferze deontologicznej, lecz również w płaszczyźnie legislacyjnej. W pierwszej przedwojennej ustawie dotyczącej zawodu lekarza<sup>4</sup> problematyka ta w ogóle nie występuje. Dopiero w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 III 1928 r. o zakładach leczniczych<sup>5</sup> w art. 37 stanowiono, iż „zabiegi operacyjne można podejmować tylko za zgodą chorego”. W przypadku niepełnoletniości pacjenta, jego niedojrzałości umysłowej lub braku zdolności – ze względu na stan zdrowia – oceny potrzeby zabiegu operacyjnego – wymagana była zgoda zastępcy prawnego chorego. W sytuacji niebezpieczeństwa dla życia zabieg był dopuszczalny bez jakiegokolwiek zgody, natomiast o potrzebie wykonania zabiegu decydował dyrektor zakładu. Przesłanki dopuszczalności zabiegu operacyjnego dokonywanego **poza** zakładem leczniczym określało wydane cztery lata później Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 25 IX 1932 r. o wykonywaniu praktyki lekarskiej<sup>6</sup>. W art. 12 tego Rozporządzenia uzależniono dopuszczalność takiego zabiegu od „uprzedniej zgody chorego lub jego prawnego zastępcy”, z tym, że zgoda pacjenta nie była wymagana w przypadku, gdy „życiu grozi bezpośrednie niebezpieczeństwo”. Ustawodawca w tym akcie legislacyjnym niestety abstrahował w ogóle od zdolności chorego do wyrażenia zgody.

Należy jednak podkreślić, że zgodnie z art. 25 wskazanego Rozporządzenia naruszenie przez lekarza zasady uprzedniej zgody pacjenta na dokonanie zabiegu operacyjnego zagrożone było odpowiedzialnością karno-administracyjną (m.in. z karą aresztu do 3 miesięcy), o ile za czyn taki nie groziła kara surowsza. Ta ostatnia klauzula nie była należycie jasno sformułowana i nie wskazywała wyraźnej podstawy dla ustalenia przesłanek ewentualnej odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo przeciwko wolności człowieka a jego odpowiedzialnością karno-administracyjną za samo dokonanie zabiegu operacyjnego bez zgody pacjenta. W szczególności klauzula ta nie pozwalała w sposób oczywisty odpowiedzieć na pytanie, czy przepis o odpowiedzialności karno-administracyjnej lekarza za działanie bez zgody pacjenta stanowił *lex specialis* w stosunku do przepisów karnych o ochronie wolności bądź nietykalności cielesnej czy też tylko tzw. przepis subsydiarny.

Stan przedwojennego prawa medycznego w odniesieniu do fundamentalnej kwestii zgody pacjenta trudno ocenić pozytywnie. Przede wszystkim wskazać trzeba, że regulacja prawna miała charakter ograniczony, gdyż dotyczyła tylko jednej kategorii czynności leczniczej a mianowicie zabiegu operacyjnego. Ponadto poziom legislacyjny tej regulacji nasuwał szereg zasadniczych zastrzeżeń. Brak było wyraźnej spójności między art. 37 rozporządzenia o zakładach leczniczych z 1928 r. a art. 12 rozporządzenia z 1932 r. o wykonywaniu praktyki lekarskiej, nie określono należy-

<sup>3</sup> Tamże, s. 115-154.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 21 XII 1921 r. w przedmiocie wykonywania praktyki lekarskiej w Państwie Polskim. Dz.U. RP z 1921 r., Nr 105 poz. 762.

<sup>5</sup> Dz.U. RP Nr 38 poz. 582.

<sup>6</sup> Dz.U. RP Nr 81, poz. 712.



cie precyzyjnie zakresu wyjątków od zasady zgody, a zwłaszcza pojęcia „groźby niebezpieczeństwa dla życia”, co poddał wnikliwej analizie współczesny surowy krytyk ówczesnego stanu prawa w tej dziedzinie G. Popower<sup>7</sup>, zastrzeżenia budziły też – jak już podkreślano – przepisy karne związane z naruszeniem zasady zgody pacjenta, choć istotny był sam fakt sankcjonowania tego naruszenia.

W pierwszej powojennej ustawie o zawodzie lekarza z 26 X 1950 r.<sup>8</sup> braków tych niestety nie usunięto. W art. 17 ustawy kwestię zgody pacjenta (lub jego zastępcy prawnego) potraktowano równie rudymenarnie, ograniczając ją tylko do zgody na zabieg operacyjny. Od obowiązku uzyskania zgody zwalniał „stan nieprzytomności chorego”, gdy zwłoka w wykonaniu zabiegu mogła „spowodować ujemne następstwo”. Tak więc granice wyjątku określono tu w istocie szerzej niż w rozporządzeniu z 1932 r., gdyż wymagano w nim „bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia”, podczas gdy nowa regulacja tylko możliwości „ujemnego następstwa”.

W ustawie utrzymano w formie blankietowej (art. 26 ust. 5) odpowiedzialność karno-administracyjną (za wykroczenie) za naruszenie jej przepisów, a więc również za naruszenie art. 17, pomijając kwestię relacji do odpowiedzialności karnej.

Istotny przełom w tej dziedzinie nastąpił w Polsce stopniowo w końcu lat pięćdziesiątych.

Złożyło się nań kilka powodów, spośród których za najważniejsze uznać należy następujące:

1) Międzynarodowy konwencyjny ruch na rzecz ochrony praw człowieka akcentował rangę podstawowej kategorii tych praw – autonomii jednostki, jej prawa do samostanowienia o swym losie i pełnej prywatności; w konsekwencji w sferze prawa medycznego musiało to prowadzić do upodmiotowienia pacjenta w jego relacji z lekarzem i zakładem opieki zdrowotnej.

2) Ujawniony na tym tle anachroniczny stan polskiego prawa medycznego, rażąca luka w zakresie prawnej regulacji statusu pacjenta, brak należycie określonych podstaw prawnych leczenia przymusowego, zwłaszcza w dziedzinie leczenia psychiatrycznego – wskazywały na potrzebę gruntownej zmiany ustawodawstwa i stymulowały podejmowanie przez doktrynę prawa prac badawczych w tym kierunku.

3) Część środowiska lekarskiego, głównie akademickiego, dostrzegła istnienie głębokich nawarstwień tradycyjnego paternalizmu w postawie lekarzy wobec pacjentów. Fakt ten pobudzał do rozwoju dyskusji nad problemami deontologii zawodowej i stanu prawa medycznego. Znamiennym jej przejawem była żywa debata toczona na łamach prasy lekarskiej („Służba Zdrowia”) na przełomie lat 1961-1962 na temat operacyjnego – ewentualnie przymusowego – leczenia gruźlicy<sup>9</sup>.

Przełom, o którym mówimy, wiązał się z działalnością przede wszystkim dwóch postaci – spośród lekarzy Tadeusza Kielanowskiego – spośród prawników – Jerzego Sawickiego.

<sup>7</sup> „Encyklopedia podręczna prawa karnego” pod red. W. Makowskiego, t. II, (bez roku wydania) – hasło „Lekarz” s. 805-825.

<sup>8</sup> Dz.U. Nr 50, poz. 458.

<sup>9</sup> Por. w tej sprawie J. Sawicki: Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa Warszawa 1966, s. 105.

Tadeusz Kielanowski ogłosił w 1959 r. obszerny, kompetentnie opracowany własny projekt kodeksu deontologii lekarskiej<sup>10</sup>, w którym eksponuje zasadę zgody pacjenta jako przesłanki dopuszczalności wszelkiej czynności leczniczej a nie tylko operacyjnej. W art. 47 projektu autor stwierdzał: „Leczenie lub operowanie chorego wbrew jego woli lub wbrew woli jego rodziców lub prawnych opiekunów, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez prawo, jest ciężkim przekroczeniem zawodowym, bez względu na wynik leczenia lub operacji”. W tym ujęciu działanie bez zgody uznano za delikt zawodowy *sui generis* naruszający samą wolność pacjenta niezależnie od szkodliwego rezultatu czynności, a także niezależnie od przestrzegania w toku zabiegu zasad działania *lege artis*.

Jerzy Sawicki natomiast poświęcił problematyce zgody pacjenta specjalną monografię (w dwu wydaniach), w której analizował problem w świetle bogatego materiału historycznego i prawno-porównawczego<sup>11</sup>. Autor szeroko uzasadnia tezę, iż „regułą zasadniczą postępowania lekarza nie jest jakaś norma ogólna uprawniająca do leczenia bliźnich, nawet bez ich zgody i wbrew ich woli, do dbania o zdrowie człowieka również wtedy, kiedy sobie tego wyraźnie nie życzy<sup>12</sup>. W pracy tej Sawicki wyraził też pogląd, że jakikolwiek zabieg lekarski „dokonany wbrew sprzeciwowi zainteresowanego... ocenić należy jako «wymuszenie»” z art. 251 obowiązującego wówczas k.k. z 1932 r.<sup>13</sup> Stanowiska tego szerzej jednak nie uzasadnił. Uzasadnienie to byłoby zresztą trudne ze względu na to, że przepis art. 251 k.k. z 1932 r. zawierał znamię „przemocy”, którego zakres nie był adekwatny do sytuacji lekarza działającego wbrew woli pacjenta.

Zapewne z tych powodów Sawicki był inicjatorem wprowadzenia do projektu kodeksu karnego z 1965 r. nowego odrębnego przepisu penalizującego – jak to określał – „samowolny zabieg lekarski”.

Nieznany dotąd<sup>14</sup> typ przestępstwa określono następująco:

„Art. 266

§ 1. Kto dokonuje zabiegu leczniczego na innej osobie bez wymaganej na to jej zgody lub zgody innej osoby uprawnionej albo wbrew jej sprzeciwowi, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2 lub grzywny.

§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego<sup>15</sup>”.

Sformułowanie tego przepisu z kilku względów trudno uznać za szczęśliwe, zwłaszcza wobec trudnej do ustalenia relacji między brakiem „wymaganej zgody” a „sprzeciwem” niemniej z pełną aprobatą odnieść się należy do samej idei objęcia odrębną ochroną prawno-karną wartości tak doniosłej jak autonomia jednostki w sferze decydowania o własnym zdrowiu i życiu. Omawiany przepis stanowi niewątpliwie pierwowzór obecnie obowiązującego nowego typu przestępstwa z art. 192 k.k.

<sup>10</sup> A. Tulczyński, op. cit., s. 162-170.

<sup>11</sup> „Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa”, Warszawa 1964 oraz „Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa”, Warszawa 1966.

<sup>12</sup> „Przymus leczenia...”, Warszawa 1966, s. 74.

<sup>13</sup> Jw., s. 79.

<sup>14</sup> Podobny przepis wprowadzono do austriackiego k.k. dopiero w 1974 r.

<sup>15</sup> Projekt kodeksu karnego, Warszawa 1965. Por. komentarz J. Sawickiego do tego przepisu w wywiadzie: „Nie zgadzam się na zabieg”, „Służba Zdrowia” nr 5/1965, s. 1 i 5.

Projekt kodeksu karnego z 1965 r. został jednak – z przyczyn pozamerytorycznych – odrzucony w dość hałaśliwej atmosferze demagogiczno-politycznej, która niestety nierzadko fatalnie służy rozwojowi racjonalnego ustawodawstwa. Autorzy kodeksu karnego z 1969 r. propozycji projektu k.k. z 1965 r. nie podjęli, a tym samym w odniesieniu do odpowiedzialności karnej za „samowolny zabieg leczniczy” utrzymali wysoce niejasny stan prawny. A. Zoll uznawał w związku z tym potrzebę zmiany tego stanu „za nagłą”<sup>16</sup>.

Wypada jednak zaznaczyć, że wprowadzenie omawianego przepisu karnego w życie nastęrczałoby poważne trudności w praktyce, gdyż ówczesny stan prawa medycznego był – jak wskazywano – anachroniczny. Pojęcie „wymaganej zgody” nie miało przecież należytego określenia w ustawie o zawodzie lekarza z 1950 r., ani w zasadach deontologii zawodowej. Brak też było reguł nierozzerwalnie związanych z właściwym rozumieniem istoty instytucji zgody, tj. reguł dotyczących obowiązku należytego informowania pacjenta. Warunkiem prawnej relewancji zgody była bowiem przesłanka zgody wyrażanej przez osobę należycie poinformowaną.

Ważnym etapem w kształtowaniu tych reguł było przyjęcie przez Walne Zgromadzenie Delegatów Polskiego Towarzystwa Lekarskiego w dniu 3 czerwca 1967 r. „Zasad Etyczno-Deontologicznych PTL”<sup>17</sup>. Zgodnie z postanowieniem I.6 „Zasad” – „lekarz, podejmując leczenie, powinien poinformować chorego bądź jego opiekuna o zamierzonych zabiegach i metodach postępowania oraz uzyskać jego zgodę”. Ta reguła deontologiczna – choć nader jeszcze lakoniczna – była o tyle istotna, że pojęcie zgody odnosiła do każdej czynności lekarskiej oraz wiązała z powinnością lekarza informowania chorego.

Problematyka zgody pacjenta w sposób należycie pogłębiony i wielotorowy podjęta została dopiero w pracach nad projektem kompleksowej ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, jakie rozpoczęto z początkiem lat siedemdziesiątych. W pierwszych wersjach projektu określono po raz pierwszy w Polsce rozbudowane przepisy dotyczące zgody pacjenta, uwzględniając podstawowe aspekty tej problematyki<sup>18</sup>. Stały się one następnie wzorem – niestety w okrojonym zakresie – ujęcia praw pacjenta w ustawie z dnia 30 VIII 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (głównie art. 19-22)<sup>19</sup> a następnie – w postaci już bardzo rozwiniętej – przepisów o zgodzie pacjenta zawartych w ustawie z dnia 5 XII 20 1996 r. o zawodzie lekarza<sup>20</sup> (art. 31-35), a także w ostatecznej wersji ustawy z dnia 19 VIII 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego<sup>21</sup>.

Z ubolewaniem należy stwierdzić, że problematyka zgody pacjenta nie została w należytych stopniu uwzględniona w tekście Kodeksu Etyki Lekarskiej, o czym świadczy treść art. 13 i 15 Kodeksu. Po wejściu w życie ustawy o zawodzie lekarza Kodeks ten powinien zresztą ulec istotnej modyfikacji.

<sup>16</sup> A. Zoll: Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Warszawa 1988, s. 16.

<sup>17</sup> A. Tuleżyński, op. cit., s. 171-176.

<sup>18</sup> Por. W. Daszkiewicz, I. Dąbrowski, L. Kubicki: Prawna regulacja ochrony zdrowia psychicznego, „Państwo i Prawo” z. 8-9/1974.

<sup>19</sup> Dz.U. Nr 91, poz. 408.

<sup>20</sup> Dz.U. z 1997 r. Nr 28 poz. 158 z późn. zm.

<sup>21</sup> Dz.U. Nr 111 poz. 555 z późn. zm.

## II

Próbie analizy nowego typu przestępstwa, określonego w art. 192 k.k., należy rozpocząć od. przypomnienia jego ustawowego brzmienia:

„§ 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

Tak określone przestępstwo – ze względu na ustawowe granice sankcji – stanowi występki. Jednocześnie należy do wąskiej kategorii czynów, które są ścigane z oskarżenia publicznego, lecz **tylko** na wniosek pokrzywdzonego. Brak wniosku zamyka drogę postępowania karnego.

Opis czynu w występku z art. 192 k.k. zawiera dwa podstawowe elementy: zabieg leczniczy i „zgoda pacjenta” – wydawałoby się proste i jasne, rodzą one jednak – jak się okazuje – gęsty las problemów.

**Przedmiotem ochrony** prawnokarnej w omawianym przepisie jest prawo samostanowienia (autonomia) pacjenta w sferze jego zdrowia i życia<sup>22</sup>. Sfera ta jest elementem szerzej rozumianej wolności człowieka, gwarantowanej odpowiednimi normami prawa międzynarodowego oraz Konstytucji RP. Art. 41 ust. 1 Konstytucji zapewnia każdemu nietykalność osobistą i wolność osobistą, a art. 47 Konstytucji deklaruje prawo każdego do decydowania o swoim życiu osobistym. Podpisana zaś przez Polskę tzw. Konwencja bioetyczna w art. 5 stanowi, że „nie można przeprowadzić interwencji medycznej bez swobodnej i świadomej zgody osoby jej poddanej”.

Szczegółowe zasady wyrażania przez pacjenta zgody na świadczenie zdrowotne oraz sytuacje, w których zgoda wyjątkowo nie jest wymagana, określają przepisy zawarte w art. 32-35 ustawy o zawodzie lekarza oraz przepisy niektórych innych ustaw. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia zakresu zachowania lekarskiego w świetle art. 192 k.k.

**Przedmiotem wykonawczym**, wobec którego przestępstwo z art. 192 k.k. może być popełnione, jest według określenia kodeksowego **pacjent**. Pojęcie to – z merytorycznego punktu widzenia – należy rozumieć szeroko. Nie może być ono ograniczane wyłącznie do osoby leczonej, a więc tylko chorej. Przedmiotem czynności medycznej może być bowiem osoba zdrowa poddawana np. zabiegom profilaktycznym (np. szczepieniu profilaktycznemu), badaniom profilaktycznym lub kontrolnym, dawca komórki, tkanki lub organu, czy też ten kto poddaje się eksperymentowi czysto badawczemu. Dlatego też przez ustawowe określenie „pacjent” należy rozumieć każdego, wobec kogo dokonywana jest jakakolwiek „interwencja medyczna” – jak to nazwano w Konwencji bioetycznej czy też – jak to sformułowano w art. 32 ustawy o zawodzie lekarza – każda osoba badana bądź której udzielane jest „inne świadczenie zdrowotne”.

Analogicznie więc należy szeroko pojmować kodeksową formułę dla **czynności wykonawczej** tego przestępstwa ujętą jako wykonywanie „zabiegu leczniczego”.

---

<sup>22</sup> Por. Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz pod red. A. Zolla, t. II, s. 476.

Pojęcie to obejmować może zarówno działania polegające na badaniu stanu zdrowia, tzn. najszerzej rozumianą diagnostykę, całokształt działalności profilaktycznej, wszelkie postępowanie terapeutyczne (w tym pobranie przeszczepu od osoby zdrowej), rehabilitacyjne, jak też postępowania związane z pracami badawczymi w dziedzinie medycyny, farmakologii, fizjologii i biologii, także badania połączone z eksperymentem. Zabiegiem „lecniczym” – w rozumieniu omawianego przepisu – jest także taki zabieg medyczny nie spełniający funkcji leczniczej *sensu stricto* (jak np. zabieg z zakresu chirurgii kosmetycznej, czy też dopuszczalny prawnie zabieg przerwania ciąży dokonywany z innych wskazań, niż medyczne), który uznawany jest w obowiązującym systemie prawnym za czynność o charakterze medycznym<sup>23</sup>.

Najważniejszym znamieniem przestępstwa z art. 192 k.k. jest **brak zgody** osoby, wobec której wykonywana jest interwencja medyczna. Pojęcie takiej zgody określają przepisy prawa medycznego, w szczególności przepisy ustawy o zawodzie lekarza. Należy tu wszakże mieć na względzie również przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz art. 19 ust. 1 pkt. 3, art. 21 i 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej.

Zgoda, o której mowa w analizowanym przepisie, odpowiadać musi kilku istotnym warunkom.

Przede wszystkim musi być to zgoda wyrażana przez osobę zdolną jej wyrażenia. Zdolność ta jednak nie może być utożsamiana ze zdolnością do czynności prawnych w rozumieniu przepisów prawa cywilnego<sup>24</sup>. Trafnie zauważa M. Safjan, że zdolność do wyrażenia zgody przez pacjenta „jest coraz częściej traktowana jako kategoria niezależna od zdolności do czynności prawnych, co stanowi logiczne następstwo założenia, wedle którego zgoda nie jest oświadczeniem woli *sensu stricto*. W kategoriach aksjologicznych jest to podejście całkowicie uzasadnione. Zgoda ma być aktem realizującym ochronę autonomii danej osoby w odniesieniu do podstawowych dóbr człowieka, zatem stopień respektu dla podejmowanych w tym obszarze aktów woli podmiotu powinien być z natury rzeczy większy niż przy określeniu zdolności do czynności prawnych. Zdecydowana większość współczesnych europejskich systemów prawnych stoi na gruncie coraz szerszego poszanowania – w kontekście medycznym – autonomii osób małoletnich, ubezwłasnowolnionych czy dotkniętych zaburzeniami psychicznymi, a więc osób należących do kategorii niezdolnych do czynności prawnych”<sup>25</sup>.

Ustawodawca polski wyraźnie podzielił powyższe założenia aksjologiczne i dał temu wyraz w szeregu przepisach prawnych. Wskazać tu należy na następujące:

1) stosownie do art. 32 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza – na przeprowadzenie badania – obok zgody przedstawiciela ustawowego osoby całkowicie ubezwłasno-

<sup>23</sup> Za szerokim rozumieniem pojęcia „zabieg lecniczy” opowiada się również A. Zoll, jw., s. 477 oraz M. Filar: Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Z. 18, s. 86.

<sup>24</sup> Zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej „samodzielnie zgodę wyrazić może tylko osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych” (Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim – „Prawo i Medycyna” Nr 6-7 z 2000 r., s. 87). Autorka nie uwzględnia jednak odmienności regulacji tej kwestii w ustawie o zawodzie lekarza i ustawie o ochronie zdrowia psychicznego.

<sup>25</sup> M. Safjan: Prawo i medycyna, Warszawa 1998, s. 35-36.

wolnionej – konieczne jest również uzyskanie zgody tej osoby, jeżeli jest ona w stanie z rozeznaniami wypowiedzieć opinię w sprawie badania;

2) zgodnie z art. 32 § 5 ustawy o zawodzie lekarza niezależnie od zgody przedstawiciela ustawowego małoletniego na badanie wymagana jest także zgoda pacjenta, który ukończył lat 16;

3) na podstawie art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza przeciw małoletniego, który ukończył 16 lat, osoby ubezwłasnowolnionej, osoby chorej psychicznie lub upośledzonej umysłowo, lecz dysponującej dostatecznym rozeznaniami, wobec czynności medycznej, powoduje konieczność wyrażenia zgody przez sąd opiekuńczy, mimo zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego.

Należy też wskazać, że art. 3 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego zawiera szczególną definicję zgody wyrażonej przez osobę z zaburzeniami psychicznymi. Zgodnie z tą definicją pojęcie to oznacza „swobodnie wyrażoną zgodę osoby z zaburzeniami psychicznymi, która niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego – jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania”. Ta interesująca definicja, która mogłaby mieć walor ogólniejszy, stanowi *lex specialis* wobec powołanego przepisu art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza w odniesieniu do leczenia psychiatrycznego.

W rozumieniu art. 3 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego zgoda wyrażona przez osobę spełniającą warunki określone w tym przepisie, ma charakter zgody udzielonej samodzielnie, niezależnie od zdolności tej osoby do czynności prawnych w rozumieniu kodeksu cywilnego<sup>26</sup>. Zdolność do czynności prawnych wymagana jest jedynie na podstawie art. 9 ustawy transplantacyjnej – przy wyrażeniu zgody ze strony dawcy – po udzieleniu mu szczegółowej informacji – na pobranie komórek, tkanek lub narządów w celu ich przeszczepienia określonemu biorcy.

Dalszym istotnym elementem „zgody” jako znamienia art. 192 k.k., jest „rozeznanie pacjenta” co do przedmiotu proponowanej mu lub wykonywanej wobec niego czynności medycznej. Decyzja pacjenta (przedstawiciela ustawowego) musi opierać się na należytej informacji. W art. 31 ustawy o zawodzie lekarza nałożono na lekarza obowiązek udzielenia pacjentowi (jego przedstawicielowi ustawowemu) przystępnej informacji dotyczącej jego zdrowia, ustalono niezbędny jej zakres oraz określono zasady wykonywania tego obowiązku<sup>27</sup>.

Zgoda na czynność medyczną nie może być bowiem aktem li tylko formalnym ani pozornym, musi być aktem rzeczywistym, subiektywnie adekwatnym do rodzaju podejmowanej interwencji, opartym na należytych przyswojeniu niezbędnych informacji tzn. na właściwym rozeznananiu sytuacji. Dlatego też zgoda na czynności medyczne nie może mieć charakteru generalnego aktu woli, nie może być „blankietowym” upoważnieniem do wszelkich „potrzebnych” czynności. Zgoda musi

<sup>26</sup> Por. uwagi na ten temat art. 3 ust. 4 – I. Dąbrowski, J. Pietrzykowski: Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz, Warszawa 1997, s. 66-70.

<sup>27</sup> Szerzej na ten temat T. Dukiet-Nagórska, op. cit., s. 78 i nast.

dotyczyć konkretnej czynności, musi mieć też charakter pozytywny, nie może jej zastępować tylko brak manifestowanego sprzeciwu. Podnieść jednak trzeba, że przepis art. 31 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza zwalnia lekarza z obowiązku udzielania pacjentowi informacji na jego żądanie. Spełnienie tego żądania sprawia, że zgoda pacjenta nie będzie miała waloru pełnej miarodajności, gdyż była wyrażana bez uprzedniego należytego poinformowania. Ta wadliwość powstaje jednak na wyraźne życzenie pacjenta. Lekarz powinien w takim przypadku dążyć do tego, aby tego rodzaju okoliczność była udokumentowana.

Odrębne – choć merytorycznie zbliżone – zasady dotyczą wyrażenia zgody na dokonanie eksperymentu medycznego. Zostały one określone w art. 24, 25 i 27 ustawy o zawodzie lekarza. Kwestie te wymagałyby specjalnego omówienia, które jednak w tym przypadku zostanie celowo pominięte. Wiąże się to z zasadniczą ułomnością legislacyjną całego rozdziału czwartego ustawy poświęconego eksperymentowi medycznemu. Ten fragment ustawy powinien bowiem zostać gruntownie zmodyfikowany.

Zgoda, która legalizuje czynność medyczną, musi być oczywiście dobrowolna, tzn. podjęta bez przymusu w jakiegokolwiek postaci oraz bez ewentualnych różnych form nacisku, związanych zwłaszcza z wykorzystaniem stosunku zależności ze strony osób trzecich. Trafnie natomiast zwraca się uwagę w piśmiennictwie, że „sama perswazja ze strony najbliższych lub lekarza, wskazująca na dobro i interes chorego nie może być oczywiście uznana za formę niedopuszczalnego nacisku na wolę chorego”<sup>28</sup>.

Jeśli chodzi o **formę** wyrażenia wymaganej zgody, to ustawa o zawodzie lekarza wyróżnia dwie jej postaci, które można nazwać jako podstawową oraz kwalifikowaną.

Postać podstawową określa art. 32 ust. 4 tej ustawy. Przepis ten stanowi, że zgoda może być wyrażona ustnie albo nawet poprzez takie zachowanie, które w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym.

Postać kwalifikowaną stanowi – wymagana w przypadkach wyraźnie w ustawie określonych – forma pisemna bądź ustna w obecności dwu świadków. Zgoda w formie pisemnej dotyczy następujących przypadków:

- 1) przyjęcia osoby z zaburzeniami psychicznymi do szpitala psychiatrycznego (art. 22 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego),
- 2) wykonania zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 34 ustawy o zawodzie lekarza),
- 3) wykonania przerwania ciąży (art. 4 a ust. 4-7 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży),
- 4) przeprowadzenia eksperymentu medycznego, przy czym w odniesieniu do tej sytuacji za równoważną formie pisemnej uznaje się wyrażenie zgody ustnie, złożone w obecności dwóch świadków (art. 25 ustawy o zawodzie lekarza).

<sup>28</sup> S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, op. cit., s. 68.

Pisemna forma wymagana jest także co do wypisania ze szpitala na własne żądanie (art. 22 ust. 5 ustawy o z.o.z.).

Wymóg pisemności odnosi się również w każdym ze wskazanych przypadków do zgody wyrażanej przez przedstawiciela ustawowego osoby poddawanej czynności medycznej.

Przepisy prawa medycznego przewidują – obok zgody osoby bezpośrednio zainteresowanej – również instytucję tzw. **zgody zastępczej**. Oparta jest ona generalnie na zasadzie określonej w art. 32 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza i art. 21 ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, zgodnie z którą, jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego. W odniesieniu do samego tylko badania zgodę może wyrazić także opiekun faktyczny, którego definicję zawarto w art. 31 ust. 8 tej ustawy. Wskazywane już dążenie do zwiększenia autonomii pacjenta sprawiło, że ustawodawca przewidział w wielu sytuacjach wymóg tzw. zgody „**podwójnej**” czy „**równoległej**”, tzn. zgody przedstawiciela ustawowego i jednocześnie zgody osoby przez niego reprezentowanej. Dotyczy to zwłaszcza małoletnich, którzy ukończyli lat 16 i osób ubezwłasnowolnionych, które wykazują rozeznanie (art. 32 ust. 4 i 5, art. 25 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza). Na udział w eksperymencie medycznym wymagana jest również równoległa zgoda małoletniego, który nie ukończył 16 lat, lecz może wypowiedzieć się z rozeznanie (art. 25 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Podobnie przyjęcie osoby małoletniej powyżej 16 lat lub osoby ubezwłasnowolnionej zdolnej do wyrażenia zgody do szpitala psychiatrycznego wymaga wyrażenia przez nią zgody niezależnie od zgody przedstawiciela ustawowego (art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Także na pobranie szpiku od małoletniego powyżej 13 lat – obok zgody przedstawiciela ustawowego – potrzebna jest zgoda samego małoletniego.

Szczególną formą zgody zastępczej jest **zgoda sądu opiekuńczego**. Jest ona przewidywana w prawie medycznym w wielu sytuacjach. Za najbardziej typowy należy uznać przypadek, gdy osoba małoletnia lub niezdolna do świadomego wyrażania zgody nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim jest niemożliwe. Wówczas właśnie wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Analogiczna zasada dotyczy zabiegu operacyjnego lub czynności stwarzającej podwyższone ryzyko (art. 34 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza). Zgoda sądu opiekuńczego potrzebna jest także wtedy, gdy przedstawiciel ustawowy nie wyraża zgody na zabieg kwalifikowany, a czynność ta jest niezbędna dla usunięcia niebezpieczeństwa dla życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstrój zdrowia (art. 34 ust. 6). Sąd opiekuńczy wyraża również zgodę wówczas, gdy wymagane jest udzielenie zgody równoległej a między przedstawicielem ustawowym danej osoby a nią samą występuje zasadnicza odmienność stanowiska (art. 34 ust. 6 i art. 25 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza). Zgoda sądu opiekuńczego jest konieczna na udział w eksperymencie medycznym osoby, która ma pełną zdolność do czynności prawnej lecz nie jest w stanie wypowiedzieć się z rozeznanie co do swego uczestnictwa w eksperymencie (art. 25 ust. 5 ustawy o zawodzie lekarza). Sąd – na



wniosek lekarza – może wyrażać także zgodę na udział w eksperymencie nawet wówczas, gdy zgody takiej odmówił przedstawiciel ustawowy osoby poddawanej eksperymentowi (art. 25 ust. 6 powyższej ustawy). To rozwiązanie jednak nasuwa istotne zastrzeżenie merytoryczne. Do kompetencji sądu należy również ocena zasadności odmowy wypisania pacjenta ze szpitala na żądanie przedstawiciela ustawowego, gdy stan zdrowia chorego w opinii lekarza wymaga leczenia w szpitalu (art. 22 ustawy o z.o.z.).

Szczególne role przypada sądowi opiekuńczemu w leczeniu psychiatrycznym. W przypadku sprzecznych oświadczeń w sprawie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego małoletniego powyżej 16 lat, bądź osoby ubezwłasnowolnionej i ich przedstawiciela ustawowego, zgodę na przyjęcie wyraża sąd opiekuńczy (art. 22 ust. o 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Należy też wskazać, że zgoda na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego wyrażona przez przedstawiciela ustawowego osoby, który nie pozostaje pod władzą rodzicielską, wymaga zezwolenia sądu opiekuńczego (art. 22 ust. 5 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Ogromne znaczenie ma fakt, że o przymusowym leczeniu w szpitalu psychiatrycznym chorego psychicznie, który z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób orzeka wyłącznie (co prawda następczo) sąd opiekuńczy (art. 25 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Sąd orzeka też o takim przyjęciu w przypadku innych przesłanek, które określa art. 29 ustawy psychiatrycznej, a także rozpatruje wnioski o wypisaniu ze szpitala osoby leczonej przymusowo (art. 36 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Decyzja sądowa wymagana jest również o przyjęciu bez zgody do domu pomocy społecznej (art. 39 omówionej ustawy). Decyzja sądu jest także wymagana na leczenie przymusowe małoletniego uzależnionego od środków narkotycznych, (art. 17 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 21 IV 1977 r.).

Zezwolenie sądu jest ponadto wymagane na pobranie szpiku od małoletniego (art. 9 ust. 4 ustawy transplantacyjnej), a także na pobranie komórek tkanek i narządu na rzecz osoby bliskiej dawcy, z którą nie łączą go więzy pokrewieństwa (art. 10 ustawy transplantacyjnej).

W prawie medycznym występuje w jedynym przypadku zasada zgody domnie-maniej. Dotyczy ona zgody na dokonanie przeszczepu *ex mortuo*. Zabieg taki jest prawnie dopuszczalny, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu, złożonego w określonej w ustawie formie. Sprzeciw może być również wyrażony przez przedstawiciela ustawowego małoletniego lub innej osoby, nie mającej pełnej zdolności do czynności prawnych, za ich życia. Małoletni powyżej lat 16, bądź osoba, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, mogą także za życia wyrazić sprzeciw samodzielnie (art. 4 i 5 ustawy transplantacyjnej).

W polskim systemie prawnym występuje kilka szczególnych sytuacji, w których **uchyla się z mocy prawa** wymóg stosownej zgody na wykonanie określonej czynności medycznej.

W pewnym sensie klauzulą generalną, uchylającą wymóg zgody, jest przepis art. 33 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza. Według tego przepisu dopuszczalne jest wykona-

nie czynności medycznej bez zgody, jeżeli osoba poddana tej czynności wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może ona wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym. W takim przypadku lekarz powinien „w miarę możliwości” skonsultować swą decyzję z innym lekarzem. Podobnie dopuszczalne jest wykonanie zabiegu operacyjnego lub czynności o podwyższonym ryzyku, „gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia” (art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza). Ustawa o zawodzie lekarza upoważnia także lekarza (art. 35) do zmiany – bez zgody pacjenta – zakresu zabiegu operacyjnego lub stosowanej metody leczniczej lub diagnostycznej, jeżeli w trakcie ich wykonywania wystąpią okoliczności, których, nieuwzględnienie groziłoby niebezpieczeństwem wystąpienia podobnych skutków, „a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego”. Treść tego przepisu uznać należy za stanowczo zbyt szeroką, co starałem się wykazać w jednej z publikacji<sup>29</sup>. Bez zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego dopuszczalne jest badanie osoby, której zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych może zagrażać bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, bądź nie jest zdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych (art. 21 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego).

Listę ustawowych zwolnień od wymogu zgody uzupełniają przepisy ustaw o zwalczaniu chorób zakaźnych<sup>30</sup>, zwalczaniu gruźlicy<sup>31</sup>, dekrety o zwalczaniu chorób wenerycznych<sup>32</sup>, które przewidują dokonywanie badań, a także hospitalizacji bądź kwarentanny przy zastosowaniu trybu administracyjnego postępowania przymusowego.

Ponadto przepisy kodeksu postępowania karnego pozwalają w odniesieniu do oskarżonego na przeprowadzenie bez jego zgody, z zastosowaniem przymusu, badań psychiatrycznych połączonych na podstawie orzeczeń sądu z obserwacją kliniczną oraz badań połączonych z dokonaniem zabiegów, z wyjątkiem chirurgicznych, jeżeli jest to nieodzowne. W szczególności oskarżony jest obowiązany poddać się pobraniu krwi lub wydzielin organizmu (art. 74 § 2 pkt. 2, art. 205 i 215 k.p.k.). W postępowaniu cywilnym sąd może zarządzić badania psychiatryczne w zakładzie leczniczym (art. 554 k.p.c.) bez zgody osoby, co do której rozpoznawany jest wniosek o ubezwłasnowolnienie.

Powyższy przegląd różnych dziedzin obowiązującego systemu prawnego uwydatnia jak złożona i skomplikowana jest problematyka zgody na wykonanie czynności medycznej, stanowiącej przecież podstawowe ustawowe znamię nowego przestępstwa z art. 192 k.k. Występuje tu niezwykle bogata mozaika różnych kategorii i postaci pojęcia zgody. Próbując dokonać tu pewnej syntezy należy stwierdzić, że zgoda na czynność medyczną występować może w następujących postaciach:

<sup>29</sup> Por. L. Kubicki: Sumienie lekarza jako kategoria prawna, „Prawo i Medycyna” nr 4/1999, s. 9-10.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 15 XI 1965 r., Dz.U. nr 50/1965, poz. 279, art. 2 i 7.

<sup>31</sup> Ustawa z dnia 22 IV 1959 r., Dz.U. Nr 27/1959, poz. 170, w szczególności art. 6.

<sup>32</sup> Dekret z 16 IV 1946 r., Dz.U. nr 51/1946, poz. 594.

- 1) samodzielnej zgody pacjenta, który zdolny jest do jej wyrażenia z należyтым rozeznaniam,
- 2) zgody zastępczej wyrażonej przez przedstawiciela ustawowego pacjenta, a w niektórych przypadkach jego opiekuna faktycznego,
- 3) podwójnej czy równoległej zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta oraz jego samego, gdy spełnia on pewne ustawowo określone warunki,
- 4) zgody sądu opiekuńczego orzekającego na wniosek lub z urzędu,
- 5) zgody wyrażanej w szczególnej kwalifikowanej postaci na niektóre rodzaje czynności medycznych.

Jednocześnie w systemie prawnym przewiduje się szereg sytuacji, w których ustawodawca – z różnych nadzwyczajnych powodów natury faktycznej lub prawnej – znosi wymóg uzyskania zgody na wykonanie interwencji medycznej.

Wskazana różnorodność postaci „zgody” sprawia, że to określenie występujące w opisie czynu przestępnego z art. 192 k.k., stanowi w istocie znamię „blankietowe”, którego treść musi być ustalona i konkretyzowana na podstawie wnikliwej analizy szeregu przepisów ustawowych pozakodeksowych, mających zastosowanie do ocenianego konkretnego zdarzenia. Analizę tę utrudnia nie zawsze dostateczna precyzja wchodzących w grę przepisów, brak ich spójności merytorycznej, a także często niejednorodność terminologiczna w odniesieniu do kwestii o istotnym znaczeniu. Dotyczą one np. kryteriów zdolności do wyrażenia zgody („rozeznanie”, „rzeczywista zdolność do zrozumienia przekazywanej informacji”, itp.). Sprawę komplikuje nadto ogólnikowość i często wysoka ocenność szeregu klauzul, upoważniających do rezygnacji z uzyskiwania zgody (np. wymóg „niezwłoczności pomocy lekarskiej”, „zwłoka grożąca niebezpieczeństwem”).

Rodzi się również pytanie, czy o przestępności czynu, opisanego w art. 192 k.k., decyduje tylko brak zgody samego pacjenta, czy przestępność tego czynu zachodzi także w przypadku braku wszelkich postaci zgody zastępczej. Ograniczenie karalności omawianego występku wyłącznie do braku zgody samego pacjenta prowadziłoby do sytuacji paradoksalnych i powodowałoby to depenalizację naruszenia wolności jednostki, która nie jest w stanie samodzielnie stanowić o swoim losie. *Ratio legis* tej normy przemawia za przyjęciem stanowiska, iż karalność tzw. samowolnego leczenia występuje zarówno w sytuacji braku samodzielnej zgody pacjenta bądź wymaganej jego zgody równoległej, jak też w sytuacji braku wyrażanej w imieniu i interesie pacjenta przez przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sądu opiekuńczego.

Wątpliwości tych ustawodawca mógł uniknąć, gdyby nawiązując do pierwotowego nowego przepisu, tzn. do brzmienia art. 266 projektu k.k. z 1965 r., wprowadził do art. 192 formułę o działaniu „bez wymaganej zgody pacjenta lub innego uprawnionego podmiotu”.

W piśmiennictwie prawniczym zarysował się spór co do znamienia **podmiotu** przestępstwa z art. 192 k.k. Zdaniem jednych<sup>33</sup> podmiotem tego występku może

<sup>33</sup> Z. Kallus: Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze, Warszawa, z. 2, s. 94 oraz E. Góral: Kodeks karny. Praktyczny komentarz. Warszawa 1988, s. 262.

być tylko lekarz jako osoba wyłącznie upoważniona do wykonania „zabiegu leczniczego”. W tym ujęciu przestępstwo z art. 192 k.k. należałoby do kategorii tzw. przestępstw indywidualnych, które mogą być popełniane przez osoby o szczególnych właściwościach.

Zdaniem drugich<sup>34</sup> podmiotem omawianego występkę mogą być również inne osoby, bądź uprawnione do pewnych rodzajów czynności medycznych (np. pielęgniarki, technicy medyczni), bądź w ogóle nie uprawnione, lecz wykonujące *de facto* czynności lecznicze. W tym ujęciu byłoby to tzw. przestępstwo powszechne. Ogólne zasady wykładni przemawiają za trafnością właśnie tego drugiego stanowiska.

Występek z art. 192 k.k. należy do kategorii tzw. **przestępstw formalnych** bezskutkowych. Dokonanie tego czynu następuje bowiem już w chwili samego podjęcia czynności medycznej bez wymaganej zgody, niezależnie od skutku tej czynności oraz niezależnie od tego, czy czynność ta wykonywana była *lege artis*. Naruszenie zasad sztuki otwiera natomiast nową kwestię odpowiedzialności karnej za ewentualne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, pozostające w zbiegu z występkę z art. 192 k.k.

Omawiany występek może być popełniony tylko **umyślnie**, tzn. z zamiarem bezpośrednim lub zamiarem ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wówczas, gdy podmiot ma pełną świadomość, że nie została wyrażona prawnie wymagana zgoda na podejmowaną czynność medyczną, a mimo to czynność tę wykonuje, a także gdy wie, że zgoda pacjenta została wyrażona w wyniku celowo fałszywej informacji pacjentowi udzielanej, a więc w istocie jest pozorna lub wręcz wyłudzona. O zamiarze ewentualnym można mówić natomiast wówczas, gdy działający podmiot podejmuje czynność medyczną dopuszczając brak prawnie wymaganej na nią zgody. Analizując stronę podmiotową tego przestępstwa w konkretnym przypadku należy też zawsze wnikliwie badać czy nie występował tu błąd sprawcy co do prawa, bądź co do faktu, gdyż okoliczności te wyłączają winę umyślną.

---

<sup>34</sup> J. Wojciechowski: Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo. Warszawa 1997, s. 554; M. Filar, op. cit., s. 86-87; O. Górniok: Kodeks karny. Komentarz. T.III, Gdańsk 1999, s. 165.

*Rafał Kubiak*

## **Zgoda uczestnika eksperymentu – cz. 1.**

### **1. Regulacja prawna dotycząca zgody uczestnika eksperymentu**

Ekspertyzy ze względu na nowatorskie metody i niesprawdzone dotąd konsekwencje zastosowania nowych środków czy urządzeń niosą z sobą zawsze niebezpieczeństwo uszczerbku dla dóbr prawnych osób biorących udział w doświadczeniu. Obecnie powszechnie przyjmuje się, iż warunkiem koniecznym dla wystąpienia kontraktu eksperymentu jest uzyskanie od jego uczestnika zgody. Jej zakres i przesłanki najczęściej omawiane były w przypadku eksperymentów biologicznych na człowieku, jednakże rozważania te można uznać za trafne również w przypadku innych doświadczeń (technicznych czy ekonomicznych)<sup>1</sup>.

Wymóg uzyskania przez badacza zgody uczestnika eksperymentu nie zawsze był jednak oczywisty. Z jednej bowiem strony niektórzy przedstawiciele przedwojennej nauki niemieckiej lansowali tezę o absolutnym prawie lekarza do eksperymentowania na ludziach. W myśl ich poglądów doświadczenie na człowieku było dopuszczalne nawet bez zgody, czy wręcz przy sprzeciwie jego uczestnika, jeśli podyktowane było istotnymi interesami nauki lub koniecznością państwową. Brak zgody w takich okolicznościach nie miał wpływu na legalność zachowania lekarza i był indyferentny dla etycznej oceny jego postępowania<sup>2</sup>.

Z drugiej strony zgoda uczestnika eksperymentu nie miała również prawnego znaczenia w opiniach niektórych teoretyków francuskich i belgijskich, wyrażających swe poglądy w okresie międzywojennym. Uważali oni bowiem, iż eksperymentowanie na ludziach jest w ogóle niedopuszczalne i nie legalizuje go nawet zgoda osoby poddanej doświadczeniu<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Tezę o uniwersalnym charakterze zgody, koniecznej na dokonanie jakiegokolwiek eksperymentu, który może przynieść szkodę jego uczestnikowi podkreślają komentatorzy art. 23a kk. z 1969. K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 183.

<sup>2</sup> J. Sawicki: *Przymus leczenia, eksperyment, udzielenie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 196-197.

<sup>3</sup> Pogląd taki głosili m.in. Garraud i Laborde-Lacoste, którzy w 1927 r. stanowczo sprzeciwiali się jakimkolwiek doświadczeniom na ludziach. Tamże, s. 195.

Pierwszy z poglądów znalazł swój wstrząsający epilog w doświadczeniach dokonywanych na więźniach obozów koncentracyjnych w Europie, czy jeńcach wojennych na Dalekim Wschodzie<sup>4</sup> i spotkał się z potępieniem opinii międzynarodowej. Z drugiej strony całkowity zakaz przeprowadzania badań na ludzkim organizmie wydaje się nie do pomyślenia w związku z burzliwym rozwojem medycyny, farmakologii czy nauk technicznych.

Stanowisko kompromisowe dopuszcza więc dokonywanie doświadczeń, które mogą przynieść uszczerbek dla ich uczestników, uzależniając legalność tych działań między innymi od udzielenia zgody osoby poddanej doświadczeniu<sup>5</sup>.

Pierwszy po drugiej wojnie światowej zajął stanowisko w tej materii Norymberski Trybunał Wojskowy, który w 1947 sformułował jako priorytetową zasadę udzielenia zgody przez osobę, na której ma być wykonane doświadczenie<sup>6</sup>. Podobny zapis znalazł się w uchwale Akademii Medycznej w Paryżu, powziętej 25 listopada 1952 r. Stwierdza się w niej, iż eksperyment „nie może być dokonany inaczej jak tylko na osobach, które się dobrowolnie temu poddadzą”<sup>7</sup>. Pogląd ten podzielono także na I Międzynarodowym Kongresie Etyki Lekarskiej odbywającym się w Paryżu w 1955 r. oraz na XIV Zjeździe Światowej Organizacji Medycznej<sup>8</sup>.

Wskazania zawarte w postulatach organizacji międzynarodowych zostały zaszczerpione również na grunt polski. W 1960 r. A. Gubiński<sup>9</sup> zaliczył do katalogu warunków koniecznych dla legalności „ryzyka nowatorstwa” zgodę osoby zainteresowanej, która poddaje się czynności „związanej z niebezpieczeństwem”. Podobny pogląd odnośnie eksperymentów medycznych wyraził J. Sawicki<sup>10</sup>, który kategorycznie stwierdził, iż brak zgody uprawnionego powoduje zawsze odpowiedzialność lekarza za uszkodzenie ciała lub naruszenie nietykalności cielesnej. Sytuacji tej nie zmienia fakt nieodniesienia przez osobę eksperymentalną żadnego uszczerbku. Powyższy warunek powtórzono następnie w licznych wypowiedziach przedstawicieli doktryny<sup>11</sup>, jak i stał się powszechnie wymienianą przesłanką dopuszczalnego ryzyka opisaną w podręcznikach prawa karnego<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> Najbardziej znane eksperymenty pseudonaukowe dokonywane na ludziach miały miejsce w obozie koncentracyjnym w Oświęcimiu. Zajmowali się nimi dr Wirths (badał Żydówki podejrzane o chorobę nowotworową i wykonywał na nich zabiegi), dr Mengele (zajmował się badaniem jednojajowych bliźniąt), prof. Clauberg (przedmiotem jego badań były zabiegi sterylizacyjne) oraz dr Schuman (naświetlał organy rodne promieniami Roentgena w celu wywołania bezpłodności). Doświadczenia na żywych i martwych ludziach praktykował także lekarz obozowy Kremer. Zob. przykładowo: F. Piper: *Oświęcim*, pod red. W. Michalak, Warszawa 1987, s.112-116; I. Polska: *Oświęcim w oczach SS*, Katowice 1972, s. 192-196; K. Leszczyński (red.): *Wspomnienia Rudolfa Hoessa, Komendanta obozu oświęcimskiego*, Warszawa 1965, s. 349-350.

Na Dalekim Wschodzie zbrodnicze eksperymenty prowadzone były przez specjalną jednostkę wojsk japońskich o numerze 731. Przeprowadzano eksperymenty bakteriologiczne oraz związane z badaniem oddziaływania niskich temperatur na ciało człowieka. Por. J. Sawicki: *Przymus...*, s. 186-187. Podobnych informacji dostarcza fabularyzowany film dokumentalny: *Laboratorium diabła*.

<sup>5</sup> Por. W. Wanatowska: *Eksperyment lekarski*, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. XII 1974, s. 75-76.

<sup>6</sup> Por. J. Radzicki: *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 186; J. Sawicki: *Przymus...*, s. 197.

<sup>7</sup> J. Sawicki: *Przymus...*, s. 203.

<sup>8</sup> Tamże, s. 203-204.

<sup>9</sup> A. Gubiński: *Ryzyko nowatorstwa*, *PiP* nr 1 z 1960 r., s. 64.

<sup>10</sup> J. Sawicki: *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym*, PWN, Warszawa 1965 r., s. 133-134.

<sup>11</sup> Por. przykładowo: A. Gaberle: *Dopuszczalne ryzyko jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, *Nowe Prawo* nr 12 z 1965 r., s. 1400; H. Popławski: *Uregulowanie prawno-karne ryzyka gospodarczego*, *Palestra* nr 2 z 1967 r., s. 57; F. Orłowicz: *Ryzyko gospodarcze a prawo karne*, *Nowe Prawo* nr 3 z 1968 r., s. 357; A. Spotowski: *Zgoda uczestnika eksperymentu leczniczego podejmowanego w ramach dozwolonego ryzyka*, *NP* nr 11-12 z 1987r., s. 50.

Postulaty doktryny nabrały również charakteru normatywnego i konieczność uzyskania zgody uczestnika doświadczenia została wprowadzona do aktów prawnych.

Przodowały w tym zakresie ustawy szczególne dotyczące świadczeń zdrowotnych i stosowania środków farmaceutycznych. Regulację taką zawierał na przykład projekt nowelizacji z 1963 r. ustawy o zawodzie lekarza<sup>13</sup>, który w art. 19 ust. 3 wymagał, aby lekarz (lekarz dentyista) uzyskał od pacjenta (lub osoby sprawującej nad nim opiekę) zgodę na zastosowanie metody leczniczej lub diagnostycznej o wyższym stopniu ryzyka dla zdrowia lub życia pacjenta<sup>14</sup>. Rozwiązanie takie utrzymano w kolejnych nowelizacjach i ostatecznie znalazło się ono w obecnie obowiązującej ustawie o zawodzie lekarza z 1996 r.<sup>15</sup> Wymóg ten określa art. 25 ust. 1, stanowiąc, iż „przeprowadzenie eksperymentu medycznego wymaga pisemnej zgody osoby badanej mającej w nim uczestniczyć”.

Innym zespołem aktów prawnych, wymagających dla badań eksperymentalnych zgody ich uczestników, były ustawy dotyczące środków farmaceutycznych. Przykładowo art. 11 ust. 2 pkt. 2 ustawy o środkach farmaceutycznych, artykułach sanitarnych i aptekach<sup>16</sup> wymagał dla legalności badań klinicznych nad środkami farmaceutycznymi, lekami i artykułami sanitarnymi na człowieku, jego zgody wyrażonej na piśmie. Obecnie obowiązująca ustawa<sup>17</sup> w art. 15 dopuszcza wprowadzenie na rynek nowego środka farmaceutycznego lub materiału medycznego bądź potencjalnego leku po uprzednim przeprowadzeniu badań laboratoryjnych i klinicznych. Te z kolei mogą być zrealizowane na zasadach określonych w odrębnych przepisach, dotyczących eksperymentu medycznego (art. 16 ust. 3) tj. na podstawie wspomnianych już przepisów ustawy o zawodzie lekarza.

W zakresie eksperymentów medycznych nakaz uzyskania zgody został zawarty również w normach etyki lekarskiej. Przewiduje go Kodeks Etyki Lekarskiej z 1994 r.<sup>18</sup>, recypowany z Międzynarodowego Kodeksu Etyki Lekarskiej uchwalonego na generalnym zgromadzeniu Światowego Związku Lekarzy w 1975 r. w Tokio (tzw. III Deklaracja Hawajska<sup>19</sup>). Polska regulacja zawarta jest w art. 43 ust. 1 kodeksu, który stanowi, iż „osoba poddana eksperymentowi biomedycznemu musi wyrazić zgodę na udział w eksperymencie”. Oczywiście sformułowanie „musi” nie wskazuje na przymus udzielenia zgody, lecz uzależnia prawną dopuszczalność przeprowadzenia doświadczenia od jej wyrażenia.

Ustawodawca tworząc przepisy karne również starał się uregulować zagadnienia zgody uczestnika doświadczenia. Początkowo jednak pierwowzór kontraktynu eksperymentu, zawarty w art. 217 §3 kodeksu karnego z 1969 r., dotyczący tzw.

<sup>12</sup> Zob. przykładowo: J. Śliwowski: *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 184; I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*, PWN, Warszawa 1978, s. 217; M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1990, s. 246; L. Gardocki: *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 1998, s. 128.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 50 z 1950 r., poz. 458 z późn. zm.).

<sup>14</sup> Por. J. Sawicki: *Ryzyko stosowania nowych leków w świetle przepisów projektu kk.*, Palestra nr 3 z 1963 r., s. 51.

<sup>15</sup> Dz.U. nr 28 z 1997r., poz. 152 z późn. zm.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 28 stycznia 1987 (Dz.U. nr 3 z 1987 r., poz. 19).

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym, (Dz.U. nr 105 z 1991 r., poz. 452. z późn. zm.).

<sup>18</sup> Kodeks Etyki Lekarskiej uchwalony przez III Krajowy Zjazd Lekarzy w dniach 12-14 grudnia 1993 r.

<sup>19</sup> S. Olejnik: *Etyka lekarska*, Katowice 1994, s. 116-117.

ryzyka gospodarczego, nie zawierał wymogu zgody. Tym niemniej zgodnie z Uchwałą nr 46 Rady Ministrów z 28 II 1969 r.<sup>20</sup> eksperyment gospodarczy dopuszczalny był po uprzednim uzyskaniu pozytywnej opinii (zgody) właściwego ministra. W owym czasie postulowano również konieczność uzyskania zgody załogi zakładu pracy lub jednostki badawczej, w której doświadczenie miało być przeprowadzone. Wymóg ten stawiano, jeśli eksperyment miał być prowadzony „w warunkach ryzyka dla zdrowia i życia” członków załogi<sup>21</sup>.

Prace nowelizacyjne nad kodeksem karnym zaowocowały ogłoszeniem w 1981 r. projektu nowego kodeksu<sup>22</sup>, w którym dodano art. 23a, stanowiący o kontratybie dopuszczalnego ryzyka. Jego paragraf 2 ustalał, iż koniecznym znamieniem tej okoliczności wyłączającej bezprawność czynu jest zgoda uczestnika przedsięwzięcia, jeśli skutki doświadczenia mogą go dotknąć. Ostatecznie zapis ten przybrał charakter normatywny w wyniku nowelizacji mającej miejsce w 1985 r.<sup>23</sup>, kiedy to wprowadzono art. 23a, którego §2 brzmiał: „Zgoda uczestnika jest niezbędna, gdy skutki mogą go dotknąć”. Taka redakcja przepisu spotkała się jednak z krytyką ze względu na swoją lakoniczność. Podnoszono, iż norma ta nie realizuje funkcji gwarancyjnej istotnej dla uczestnika eksperymentu. Stąd też postulowano rozbudowanie dyspozycji o wykaz warunków, które muszą być spełnione dla uzyskania relewantnej zgody, w szczególności dotyczących: obowiązku poinformowania uczestnika doświadczenia o zakresie eksperymentu, jego celach i spodziewanych korzyściach oraz ewentualnym ryzyku; dobrowolności i świadomości przy wyrażaniu zgody, a także konieczność regulacji trybu uzyskania zgody w przypadku gdy eksperyment ma dotyczyć małoletnich lub osób wykazujących zaburzenia psychiczne<sup>24</sup>. W obowiązującym kodeksie karnym szerzej zatem określono zasady dopuszczalności eksperymentu. Jest on niedozwolony bez zgody jego uczestnika, który podejmuje decyzję po uzyskaniu informacji o korzyściach i ryzyku związanym z doświadczeniem, oraz o możliwości odstąpienia z udziału w nim (art. 27§2). Z redakcji przepisu ujętej negatywnie („niedopuszczalny”) widać, jak wielką wagę przykładają ustawodawcy do ochrony autonomii woli osoby poddanej doświadczeniu. Owa niedopuszczalność odgrywa rolę pierwszoplanową i może być zniesiona dopiero po uzyskaniu zgody osoby, na której eksperyment ma być przeprowadzony. Tę tezę akcentuje również Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego do ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – kodeks karny. Zawiera ono stwierdzenie o zasadzie niedopuszczalności eksperymentów i wyjątku w postaci możliwości przeprowadzenia doświadczenia dopiero po wyrażeniu przez jego uczestnika prawnie relewantnej zgody<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Uchwała nr 46 RM z 28 lutego 1969 r. w prawie zasad i trybu wprowadzenia oraz oceny eksperymentów gospodarczych, Mon. Pol., nr 10, poz. 93.

<sup>21</sup> B. Nietyska: *Srodki prawne wdrażania postępu technicznego*, PiP nr 5 z 1974 r., s. 59.

<sup>22</sup> Projekt zmian przepisów kodeksu karnego wydany przez Ministerstwo Sprawiedliwości w sierpniu 1981 r.

<sup>23</sup> Art. 1 pkt. 2. ustawy z dnia 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach (Dz.U. Nr 23 z 1985r., poz. 100).

<sup>24</sup> L. Kubicki: *Medyczny eksperyment badawczy dokonywany na człowieku w świetle prawa polskiego*, w: M. Filra (red.): *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, Toruń 1987, s. 112; (por. także L. Kubicki: *Medyczny eksperyment badawczy. Warunki dopuszczalności w prawie polskim*, PiP nr 7 z 1988 r., s. 57).

<sup>25</sup> Nowe kodeksy karne z 1997r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 132.



Omawiany przepis jest więc bardziej rozbudowany od swojego odpowiednika w kodeksie karnym z 1969 r., ponieważ zawiera wskazania co do warunków, jakie musi spełnić eksperymentator, by zgoda uczestnika była świadoma i dobrowolna, a więc prawnie relewantna. Analiza tych warunków będzie przedmiotem dalszych rozważań.

Przesłanki prawnie skutecznej zgody na przeprowadzenie eksperymentu można zgrupować w dwóch kategoriach. Pierwsza z nich ma charakter przedmiotowy i dotyczy warunków samej zgody, która musi być:

1. świadoma,
2. dobrowolna<sup>26</sup>.

Druga kategoria odnosi się do podmiotu udzielającego zgodę, którym jest najczęściej sama osoba poddawana doświadczeniu, choć może nim być również w niektórych sytuacjach inna osoba, pod opieką której znajduje się uczestnik eksperymentu, a niekiedy odpowiednia władza państwowa<sup>27</sup>.

## 2. Warunek „świadomej” zgody

Art. 27§2 kk. wymaga, by zgoda uczestnika eksperymentu była świadoma, tj. udzielona w oparciu o uzyskane wiadomości na temat doświadczenia oraz ryzyka z nim związanego. A zatem ustawodawca łączy skuteczną zgodę z właściwym poinformowaniem osoby biorącej udział w doświadczeniu o zakresie eksperymentu i zamiarach eksperymentatora<sup>28</sup>. Z drugiej zaś strony dla legalności doświadczenia wymaga, by prowadzący je udzielił wszelkich informacji koniecznych dla podjęcia decyzji przez uczestnika eksperymentu. Kiedy zatem osoba doświadczalna może udzielić prawnie relewantnej zgody oraz jaki jest zakres obowiązku informowania?

Zagadnienie to koresponduje z opisanym zwłaszcza w literaturze niemieckiej – obowiązkiem objaśnienia (*Aufklärungspflicht*) nakładanym na lekarza względem pacjenta<sup>29</sup>. Objaśnienie to ma służyć z jednej strony odpowiedniemu przebiegowi leczenia (tzw. objaśnienie terapeutyczne), z drugiej zaś umożliwia podjęcie przez pacjenta decyzji co do dalszej kuracji i jej zakresu (objaśnienie w celu samostanowienia). Wydaje się, iż ten drugi typ objaśnienia znajdzie zastosowanie również na gruncie analizy zgody uczestnika eksperymentu (zwłaszcza leczniczego). O ile jednak przy zabiegach leczniczych wystarczające jest udzielenie przez lekarza ogólnej informacji o ewentualnych typowych następstwach danej terapii, gdy prawdopodobieństwo ich z reguły jest znane, to przy nowatorskich doświadczeniach taka in-

<sup>26</sup> Na takie warunki wskazują w doktrynie m.in.: A. Gubiński: *Wylączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Wyd. Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1961, s. 97; Tenże: *Ryzyko...*, s. 64; A. Gaberle: *Dopuszczalne ryzyko jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, NP. nr 12 z 1965 r., s. 1409; J. Jaroszek: *Prawne problemy eksperymentu i ryzyka w medycynie*, Problemy Praworządności Nr 4 z 1985 r., s. 23; A. Marek: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997 r., s. 181.

<sup>27</sup> Por. przykładowo: A. Gubiński: *Ryzyko...*, s. 65; J. Śliwowski: *Prawo karne*, Warszawa 1975 r., s. 186; K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll: *Komentarz...*, Warszawa 1990 r., s. 140.

<sup>28</sup> O obowiązku poinformowania pacjenta o zakresie planowanych doświadczeń orzekał również SN. Stwierdził on, iż brak pouczenia chorego o możliwych konsekwencjach terapii, w postaci bólu oraz niepewnym i wątpliwym wyniku leczenia, implikuje odpowiedzialność cywilną lekarza za wszystkie ujemne skutki doświadczenia. (wyrok SN z dnia 6 listopada 1937 r. opublik. w C II 888/37, ZbO 1938, poz. 291).

<sup>29</sup> Por. A. Liszewska: *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*, PiP Nr 1 z 1997 r., s. 45-46 i literatura tam podana.

formacja nie jest ani możliwa, ani wystarczająca<sup>30</sup>. Ze względu na nowatorski charakter doświadczenia badacz sam przecież nie jest zorientowany co do ewentualnych skutków podjętych działań i może jedynie domyślać się konsekwencji swego postępowania. Nie jest więc możliwe, by zaprezentował uczestnikowi eksperymentu wszelkie informacje dotyczące przewidywanego przebiegu doświadczenia. Przebieg ten bowiem może się zmieniać i być modulowany w zależności od uzyskanych rezultatów. Z drugiej strony eksperymentator nie może ograniczyć się do zdawkowych informacji o swych planach, lecz przedstawić osobie doświadczalnej wszystko co wie na temat eksperymentu, w szczególności to, co może dotyczyć tej osoby. Powinien więc wyjaśnić cel i istotę doświadczenia<sup>31</sup>. Zakres informacji będzie uzależniony tu od roli, jaką pełni w eksperymencie dana osoba. I tak w przypadku uczestników eksperymentów leczniczych winni oni dowiedzieć się o konieczności zastosowania nowatorskiej kuracji i przeprowadzonych dotąd już badaniach laboratoryjnych (w szczególności na organizmach żywych) oraz o ich wynikach. Następnie eksperymentator powinien zaprezentować projekt harmonogramu dalszych badań, opisać ich przebieg z uwzględnieniem roli danego uczestnika. Wskazać na planowany czas zakończenia badań i korzyści, jakim ma służyć całe to postępowanie<sup>32</sup>. W przypadku doświadczeń terapeutycznych, realizowane są one z reguły w sytuacji wyczerpania wszystkich konwencjonalnych metod leczenia. Chory zatem *de facto* nie ma szans na poprawę zdrowia lub zachowanie życia po zastosowaniu dostępnych, zbadanych metod. Powstaje więc pytanie, czy o fakcie bezsilności lekarzy i beznadziejnym stanie należy informować pacjenta, proponując mu jednocześnie uczestnictwo w eksperymencie, który może mu pomóc. Niewątpliwie istotna będzie w takiej sytuacji zręczność lekarza-eksperymentatora. Nie może on bowiem sugerować pacjentowi, iż ten skazany jest już na śmierć, a jedynie wzięcie udziału w doświadczeniu stanowi dla niego ratunek. Takie bowiem stanowisko lekarza wpływałoby na racjonalny przebieg procesu decyzyjnego, który zostałby zakłócony nadzieją na cudowne uleczenie i powstałym na tym gruncie instynktem samozachowawczym. Z drugiej jednak strony rzeczowe przedstawienie choremu jego stanu oraz prezentacja owej metody wraz ze wskazaniem prawdopodobieństwa korzystnego rezultatu (a jak wiadomo kontratyp eksperymentu występuje, gdy prawdopodobieństwo sukcesu jest odpowiednio wysokie) czyni z pacjenta aktywnego uczestnika badań i służy również poprawie jego stanu psychicznego<sup>33</sup>. Czuje się on bowiem czynnym podmiotem badań, a nie tylko środkiem, za pomocą którego zdobywa się dane doświadczalne, a nadto uznaje swój stan za nie beznadziejny, upatrując w doświadczeniu szanse na wyzdrowienie.

<sup>30</sup> W. Wanatowska, W. Kulesza: *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Warszawa 1988 r., s. 33.<sup>31</sup> J. Sawicki: *Przymus leczenia, eksperyment, udzielenie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich, Warszawa 1966 r., s. 197.

<sup>32</sup> Por. J. Radzicki: *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich, Warszawa 1967 r., s. 186.

<sup>33</sup> W. Wanatowska postuluje ponadto, by nie używać w rozmowach z pacjentem słowa „eksperyment”, gdyż chory może wykazać wówczas negatywną reakcję spowodowaną złymi skojarzeniami z tym pojęciem oraz wyobrażeniem o jedynie naukowym charakterze doświadczenia. Stąd według tej autorki lepiej posługiwać się zwrotem „leczenie nowatorskie” lub „leczenie nowymi środkami”. W. Wanatowska: *Eksperyment lekarski*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1974 r., t. XII, s. 81.

Lekarz, przedstawiając choremu jego stan i planowany eksperyment, nie może natomiast utonąć w morzu spekulacji i domysłów co do ewentualnego przebiegu postępowania doświadczalnego i jego wyniku. Takie bowiem zachowanie spowoduje jedynie awersję pacjenta do poddania się eksperymentowi, niejasnemu, prowadzonemu przez niekompetentnego badacza, który nie potrafi wyraźnie zaprezentować swych planów. Może to także spowodować pogorszenie stanu psychicznego pacjenta, który uzna w tych okolicznościach swoją sytuację za beznadziejną<sup>34</sup>.

Nieco inaczej przedstawia się sytuacja osób poddawanych eksperymentom neterapeutycznym (medycznym). Tu osoba, na której dokonywane jest doświadczenie, musi zostać w pełni poinformowana o całokształcie spraw związanych z planowanym badaniem<sup>35</sup>.

W przypadku eksperymentów innego rodzaju, np. technicznych lub gospodarczych, brak jest uczestnika jednostkowego, a jego miejsce zajmuje zazwyczaj określony zespół osób prowadzących badania. Ma to miejsce przykładowo w zakładach wdrażających nowe rozwiązania, opracowujących nowe technologie czy nowatorskie metody produkcyjne (np. zakłady lotnicze, laboratoria kosmiczne czy badające energię atomową). W takich sytuacjach trudno wymagać, by kierownik zespołu informował dokładnie wszystkich pracowników o poszczególnych etapach badań. Wydaje się, iż wystarczające jest, by udzielił tylko takich informacji, które są istotne dla konkretnej osoby i wskazał niebezpieczeństwa, które na nią czyhają na jej odcinku badawczym<sup>36</sup>.

Wymóg poinformowania uczestnika eksperymentu zawarty jest również w obecnej obowiązującej ustawie o zawodzie lekarza w art. 24 ust. 1, który stanowi, iż uczestnik eksperymentu medycznego powinien zostać pouczony o celach, sposobach prowadzenia i warunkach eksperymentu.

Powstaje jednak problem sposobu przekazania udzielonych informacji. Należy bowiem zdać sobie sprawę z faktu, iż uczestnik eksperymentu jest najczęściej dyletantem, osobą postronną, dla której fachowa terminologia i naukowe analizy stanowiące podstawę badania, są enigmatyczne i niezrozumiałe<sup>37</sup>. Rozmija się więc z celem wygłaszanie przez eksperymentatora wykładów na temat planowanego doświadczenia, okraszonych obcym dla osoby poddawanej doświadczeniu aparatem pojęciowym, czy nic nie znaczącym dla laika zbiorem wskaźników, liczb czy danych. Przede wszystkim więc informacja kierowana do uczestnika badania, powinna być dla niego zrozumiała. Eksperymentator winien więc uwzględnić poziom inteligencji osoby badanej, stopień wykształcenia (zwłaszcza w dziedzinie, w której ma być prowadzone doświadczenie), jej stan fizyczny i psychiczny, możliwości percepcyjne itd.<sup>38</sup>. W każdym jednak wypadku dawka informacji powinna być jednakowa, jedynie zmieniony sposób ich prezentacji.

<sup>34</sup> W. Wanatowska, W. Kulesza: *Odpowiedzialność...*, s. 33.

<sup>35</sup> M. Sośniak: *Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych na ludziach*, PiP nr 5 z 1985 r., s. 37.

<sup>36</sup> Por. B. Nietyska: *Eksperyment-ryzyko-odpowiedzialność karna*, Warszawa 1967 r., s. 237.

<sup>37</sup> W stosunku do eksperymentu medycznego por. M. Sośniak: *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1968 r., s. 45.

<sup>38</sup> M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, Toruń 1994 r., s. 49.

Przekazywane pouczenie powinno zawierać również objaśnienie możliwych negatywnych konsekwencji planowanego badania. W szczególności zagadnienie to nabiera znaczenia, jeśli ujemne skutki mogą spowodować zagrożenie dla życia lub zdrowia uczestnika doświadczenia. W tym zakresie art. 27§2 kk. dobitnie stanowi, iż uczestnik eksperymentu powinien zostać poinformowany o grożących ujemnych skutkach oraz prawdopodobieństwie ich zaistnienia. Podobnego zdania jest Komisja do spraw Nadzoru nad Dokonywaniem Badań na Ludziach<sup>39</sup>. Wyraziła ona pogląd, iż nie wystarczy ogólne pouczenie osoby doświadczałnej o ewentualnych komplikacjach, lecz należy przedstawić jej wszystkie grożące niebezpieczeństwa. Zabronione jest zatajenie określonych złych prognoz, a niezbędna prezentacja wszystkich potencjalnych powikłań<sup>40</sup>. Konieczność takich informacji akcentowana jest również w doktrynie prawa np. przez J. Sawickiego<sup>41</sup> i M. Sośniaka<sup>42</sup>.

Ze względu na nowatorski charakter przedsięwzięcia badacz niewątpliwie nie może przewidzieć wszelkich konsekwencji doświadczenia. Powinien jednak podzielić się z osobą doświadczałną tą wiedzą, którą posiada i zasygnalizować punkty niepewne oraz do tej pory w ogóle niezwyfikowane<sup>43</sup>.

Katalog informacji przekazywanych osobie doświadczałnej dopełnia pouczenie o możliwości wycofania się z eksperymentu w każdej jego fazie. Normatywny wyraz tego wymogu znajduje się zarówno w art. 27§2 kk. („należycie poinformowany o... możliwości odstąpienia od udziału w eksperymencie na każdym jego etapie), jak i w przepisach szczególnych. I tak zapis taki zawiera aktualna ustawa o zawdzie lekarza, która nakazuje udzielić informacji o możliwości odstąpienia przez uczestnika od eksperymentu w każdym jego stadium (art. 24 ust. 1 *in fine*). Nadto lekarz ma obowiązek poinformowania osoby doświadczałnej o zauważonych niebezpieczeństwach dla jej życia lub zdrowia, które wyniknęły w trakcie badań. Nakaz ten posiada doniosłą funkcję gwarancyjną dla uczestnika doświadczenia. Osoba taka, będąc najczęściej laikiem, może nie spostrzec zmian w swym organizmie zagrażających jej najcenniejszym dobrom. Ponadto eksperymentator dysponuje odpowiednią aparaturą badawczą, która umożliwi mu przewidzenie (choć przybliżone) rozwoju wypadków. Z drugiej strony norma ta ma za zadanie pohamować badaczy, którzy widząc niekorzystne efekty swego postępowania, skłonni byłiby do zatajenia tych informacji, przynajmniej do czasu ujawnienia się ich w taki sposób, by zainteresowany mógł je zaobserwować. Rozwiązanie to służy nadto poszanowaniu woli pacjenta, który świadom zagrożeń związanych z kontynuacją doświadczenia, może zdecydować o ich dalszym przebiegu lub przerwaniu<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Komisja ta została utworzona przy Radzie Naukowej Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej na mocy Zarządzenia nr 13 Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 11 czerwca 1982 r.

<sup>40</sup> S. Raszeja: *Uwagi o dotychczasowej działalności terenowej Komisji do Spraw Nadzoru nad Dokonywaniem Badań na Ludziach (KNDBL)*, w: M. Filar: *Prawo a medycyna...*, s. 26.

<sup>41</sup> J. Sawicki: *Przymus...*, s. 197-198. Analogiczne poglądy głoszą również inni przedstawiciele doktryny, por. przykładowo: J. Jaroszek: *Prawne problemy eksperymentu i ryzyka w medycynie*, *Problemy Praworządności* nr 4 z 1985 r., s. 23; A. Gaberle: *Dopuszczalne ryzyko jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, NP nr 12 z 1965 r., s. 1409; A. Marek: *Prawo karne. Część ogólna*, Agencja Marketingowa Branta, Bydgoszcz 1992 r., s. 176.

<sup>42</sup> M. Sośniak: *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1977 r., s. 56.

<sup>43</sup> W. Wanatowska, W. Kulesza: *Odpowiedzialność...*, s. 33.

Dopełnieniem tych ograniczeń jest stanowcze postanowienie art. 27 ust. 1 ustawy, który nakazuje lekarzowi przerwać eksperyment, gdy podmiot udzielający zgody zdecyduje się ją cofnąć. Etyczny wymóg zaniechania dalszych badań w sytuacji cofnięcia zgody zawierał także Zbiór Zasad Etyczno-Deontologicznych Polskiego Lekarza<sup>45</sup>. Zgodnie bowiem z jego Zasadą nr 32 (*in fine*) lekarz zobowiązany był do przerywania badań nad nowymi metodami oraz prób leczniczych, jeśli chory tego zażądał. Podobny wydzźwięk posiada również art. 43 powołanego już Kodeksu Etyki Lekarskiej, który co prawda nie określa konieczności przerywania prac eksperymentalnych po cofnięciu zgody uczestnika doświadczenia, zawiera jednak nakaz poinformowania go o prawie odstąpienia w każdym czasie od uczestnictwa w eksperymencie. Taka redakcja art. 43 jest szersza od postanowień Zasady nr 32, gdyż umożliwia kontynuację doświadczenia w zakresie, w jakim nie jest konieczny udział dotychczasowego jego uczestnika, który cofnął swą zgodę na uczestniczenie w eksperymencie. Dopuszczalne jest więc prowadzenie dalszych badań z udziałem innych osób oraz dokonywanie prac niewymagających realizacji badań na człowieku (np. analiza zebranego materiału badawczego, jego prezentacja i opracowanie itd.). Wydaje się, iż również w takim kontekście należy interpretować postanowienie art. 27 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza, dotyczące obowiązku przerywania eksperymentu po cofnięciu zgody przez jego uczestnika.

Rozwój nauki i techniki powoduje, iż możliwość przerywania eksperymentu i wycofania się jego uczestnika może stać się jedynie ułudą. Planuje się już bowiem załogowe loty na Marsa czy eksploracje dna oceanów przy pomocy podwodnych stacji badawczych. Trudno sobie wyobrazić, by osoba uczestnicząca w takich przedsięwzięciach (które przecież mają zawsze charakter nowatorski) mogłaby w trakcie lotu kosmicznego, czy przebywania w głębinach morskich, zrezygnować z kontynuowania badań eksperymentalnych. Nie jest to przecież fizycznie i technicznie możliwe. Ponadto przerywanie doświadczenia przez jednego z członków załogi mogłoby nie tylko spowodować fiasko całego przedsięwzięcia, ale wręcz narazić zdrowie lub życie innych członków załogi. Na tym tle rysuje się bardziej ogólny problem możliwości odstąpienia od badań, jeśli zachowanie takie powoduje bezpośrednie zagrożenie dla cennych dóbr prawnych innych osób (np. ich życia). Wydaje się, iż w takiej sytuacji, przy spełnieniu warunków stanu wyższej konieczności, można by zastosować art. 26§1 kk. i poświęcić wolność decydowania o sobie jednego z uczestników, celem uchylecia grożącego bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia innych osób. Konstrukcja ta jednak nie będzie miała zastosowania w sytuacji ewentualnego pośredniego zagrożenia np. przerywanie badań nad nowym lekiem

<sup>44</sup> Problem ten podnosi G. Rejman omawiając przypadek, gdy zakończenie prac badawczych łączyłoby się ze śmiercią pacjenta (np. odłączenie od sztucznego serca). W praktyce amerykańskiej stosuje się rozwiązanie polegające na wręczeniu pacjentowi klucza (odpowiedniego wyłącznika), przy pomocy którego sam zainteresowany (bez pośrednictwa eksperymentatora) może doświadczenie przerwać i zdecydować o swej śmierci. G. Rejman: *Odpowiedzialność...*, s. 246.

<sup>45</sup> Tekst uchwalony przez Nadzwyczajne Walne Zebranie Delegatów Polskiego Towarzystwa Lekarskiego w dniu 10 listopada 1977 r.; por. także: L. Kubicki: *Medyczny eksperyment...*, w: *Prawo a medycyna...*, s. 114; por. także L. Kubicki: *Medyczny eksperyment badawczy. Warunki dopuszczalności w prawie polskim*, PiP nr 7 z 1988 r., s. 61).

lub szczepionką może spowodować w przyszłości nieopanowanie określonej choroby i śmierć lub kalectwo wielu osób. Brak jednak bezpośredniego, realnego zagrożenia eliminuje możliwość powoływania się na stan wyższej konieczności i niweczenia woli uczestnika eksperymentu.

### 3. Warunek „dobrowolnej” zgody

Warunkiem, jaki musi być spełniony, by zgoda uczestnika doświadczenia miała znaczenie prawne, jest jej dobrowolność. Wydaje się, iż w sytuacji podjęcia decyzji wymuszonej i niezgodnej z wewnętrzną wolą decydenta, trudno w ogóle mówić o zgodzie, której warunkiem *sine qua non* jest swoboda i dobrowolność. Innymi słowy nie ma „niedobrowolnej zgody”, a jedynie uzewnętrzniona decyzja. Ustawodawstwo i piśmiennictwo posługuje się jednak takim pojęciem, stąd dla zachowania kompatybilności, na potrzeby niniejszego opracowania terminologia ta zostania recypowana.

Warto jednak zauważyć, iż zarówno w literaturze jak i materiale normatywnym występuje zarówno pojęcie dobrowolnie wyrażonej zgody, jak również swobody jej wyrażenia. Sformułowania te mają charakter synonimiczny i oznaczają działanie bez przymusu, z własnej woli, nieskrępowanie, w sposób wolny i naturalny<sup>46</sup>. Można jednak przyjąć, iż przymiotnik „dobrowolny” związany jest z samą decyzją, a więc ma charakter statyczny, natomiast „swobodny” dotyczy procesu decyzyjnego, niezakreślanego, więc cechuje go dynamizm. Abstrahując od rozważań semantycznych, należy przyjąć, iż terminy te są synonimami.

O ogromnym znaczeniu, jakie posiada warunek dobrowolności zgody, można przekonać się w oparciu o fakt, iż zagadnienie to znalazło swój normatywny wyraz w Konstytucji. Zgodnie z jej art. 39 żadna osoba nie może być poddana eksperymentom naukowym, jeśli nie wyrazi na to „dobrowolnej” zgody. Ochrona pochodząca z tego zapisu wydaje się na tyle dostateczna, że ustawodawca pominął tę przesłankę zarówno w art. 27§2 kk., jak i w obowiązującej ustawie o zawodzie lekarza. W uzasadnieniu rządowym do nowego kodeksu karnego wskazuje się jednak wyraźnie, iż warunkiem dopuszczalności eksperymentu jest „dobrowolnie wyrażona zgoda [jego] uczestnika”<sup>47</sup>. Takie ujęcie tego zagadnienia odpowiada również poglądom doktryny prawa karnego. Podobne bowiem wypowiedzi można odnaleźć zarówno w opracowaniach<sup>48</sup>, jak i komentarzach do kodeksu karnego<sup>49</sup>.

Jakim zatem warunkom musi odpowiadać przeprowadzenie procesu decyzyjnego, by można stwierdzić istnienie dobrowolności poddania się doświadczeniu przez jego uczestnika?

<sup>46</sup> Por.: M. Szymczak: *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1995, T.I, s. 379 i T.III, s. 350.

<sup>47</sup> Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego, Departament Kadry i Szkolenia Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1997, s. 132.

<sup>48</sup> Por. przykładowo: A. Gaberle: *Dopuszczalne ryzyko jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, NP nr 12 z 1965 r., s. 1409; A. Spotowski: *Zgoda uczestnika eksperymentu leczniczego podejmowanego w ramach dozwolonego ryzyka*, NP nr 11-12 z 1987 r., s. 53.

<sup>49</sup> Por. przykładowo: K. Buchała, Z. Cwiągalski, M. Szewczyk, A. Zoll: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990, s. 140; K. Buchała, A. Zoll: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, s. 79.

J. Sawicki stwierdza, iż decydent powinien „znajdować się w położeniu, które pozwala na swobodne powzięcie *decyzji bez nacisku, podstępny, groźby lub jakiegokolwiek przymusu*”<sup>50</sup>. Warto przeanalizować te sytuacje.

Przemoc, mająca na celu zmuszenie danej osoby do określonego zachowania, rozumiana jest w prawie karnym jako oddziaływanie przy pomocy środków fizycznych na inną osobę w celu przełamania oporu oraz ukierunkowania jej procesu decyzyjnego w stronę pożądaną przez stosującego przemoc<sup>51</sup>. Przez przemoc należy rozumieć również zaniechanie skutkujące pozbawieniem lub ograniczeniem praw innej osoby np. przez zamknięcie jej w budynku lub pozostawanie tam wbrew jej woli<sup>52</sup>. Tak szerokie ujęcie przemocy daje pole do rozważań w zakresie braku dobrowolności zgody. O ile więc raczej nie zdarzają się sytuacje, gdy eksperymentator oddziałuje na osobę doświadczalną stosując *vis absoluta*, to można sobie wyobrazić sytuację przymuszania psychicznego, choćby przez zmniejszenie racji żywnościowych osób chorych znajdujących się w szpitalu. Ograniczenie swobody podjęcia decyzji w wyniku przemocy może także dotyczyć uczestników eksperymentów technicznych np. przez zamknięcie ich w laboratorium do czasu zakończenia prac.

Kolejnym powodem podjęcia decyzji niezgodnie z własną wolą może być użycie groźby bezprawnej. Stanowi ona znamię tworzące opis czynu zabronionego ujętego w art. 190 k.k., jak i wchodzi do katalogu znamion przestępstwa z art. 191. Groźba ta, to ustna lub uzewnętrzniiona w inny sposób zapowiedź popełnienia czynu zabronionego<sup>53</sup>. Zgodnie z art. 115§12 za groźbę taką ustawodawca uznał również zapowiedź spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci grożonemu. Adresat groźby nie musi być tożsamy z osobą, wobec której groźba ma być spełniona, przy czym dla bezprawności zachowania sprawcy wymagane jest by była nią osoba najbliższa<sup>54</sup>. Cywiliści traktują groźbę jako czynnik wpływający na wadę oświadczenia woli<sup>55</sup>, a zatem podjęta decyzja nie ma znaczenia prawnego (ściślej: można uchylić się od jej skutków<sup>56</sup> – art. 88 k.c.).

Wziąwszy te ustalenia pod uwagę, należy stwierdzić, że nie będzie relewantna prawnie zgoda uczestnika eksperymentu, jeśli zostanie uzyskana przy użyciu groźby bezprawnej. Celem ilustracji można sobie wyobrazić stan faktyczny, w którym osoba poddana eksperymentowi przystaje na dokonanie na nim badań, ponieważ obawia się ujawnienia przez prowadzącego doświadczenie kompromitujących go informacji np. związanych z jego „wstydliwą” chorobą<sup>57</sup>. Udział w badaniach np.

<sup>50</sup> J. Sawicki: *Przymus leczenia, eksperyment, udzielenie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich, Warszawa 1966, s. 197; por. także: J. Radzicki: *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich, Warszawa 1967, s. 186.

<sup>51</sup> T. Hanausek: *Przemoc jako forma działania przestępczego*, Kraków 1966, s. 65.

<sup>52</sup> J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971, s. 388.

<sup>53</sup> I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter: *Kodeks...*, s. 484.

<sup>54</sup> O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski: *Kodeks...*, s. 161.

<sup>55</sup> Z. Reisch (red.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, T.I, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1972, T.I, s. 219.

<sup>56</sup> Szerzej patrz: S. Grzybowski (red.): *Prawo cywilne*, PWN, Warszawa 1979, s. 69-70.

<sup>57</sup> Por. W. Wanatowska, W. Kulesza: *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1988, s. 17.

znanych autorytetów naukowych może być również wymuszony szantażem, skierowanym na ich bliskich lub na należące do nich mienie<sup>58</sup>.

W podanych stanach faktycznych brak jest legalności eksperymentu ze względu na niewypełnienie znamienia dobrowolnej zgody. A zatem badacz poniesie odpowiedzialność za ewentualne narażenie lub naruszenie dóbr prawnych uczestników eksperymentu, a nadto grozi mu zarzut popełnienia przestępstwa zmuszania lub użycia groźby karalnej. Poza tym, jeśli eksperymentator jest równocześnie funkcjonariuszem publicznym (np. kierownikiem w państwowej jednostce badawczo-rozwojowej – art. 115§13 pkt.6), może odpowiadać z art. 231, gdy przekroczył swe uprawnienia.

Kolejnym powodem wyłączającym swobodę podjęcia decyzji jest uzyskanie zgody osoby biorącej udział w doświadczeniu w drodze podstęp. Można przyjąć, że podstęp, to ukierunkowane wprowadzenie kogoś w błąd, w celu wykorzystania jego mylnego przekonania dla swych potrzeb, zmylenie kogoś, oszukanie, podejście, fortel<sup>59</sup>. Podstęp więc może polegać na przekazaniu nieprawdziwych informacji lub zatajeniu prawdziwego stanu rzeczy celem ukształtowania u ich adresata mylnego wyobrażenia o rzeczywistości<sup>60</sup>.

Wykorzystując te rozważania na gruncie analizy dobrowolności zgody osoby doświadczalnej należy stwierdzić, iż niewątpliwie uzyskanie zgody badanego w przedstawionych wyżej warunkach, eliminuje swobodę podjęcia przez niego decyzji. Nie są to bynajmniej rozważania teoretyczne, gdyż egzemplifikując można podać stan faktyczny, w którym zdeterminowany lekarz-eksperymentator umyślnie wprowadza pacjenta w błąd np. co do stanu jego zdrowia, wykorzystania wszelkich metod konwencjonalnej kuracji czy zataja przed nim niebezpieczeństwa, jakie niesie z sobą leczenie nowatorską metodą. Analogiczną sytuację można odnieść do innych eksperymentów naukowych, gdy np. zgoda pilota-oblatywacza zostaje uzyskana po udzieleniu mu informacji na temat pozytywnego rezultatu prób laboratoryjnych, gdy takowe w ogóle nie miały miejsca lub zakończyły się fiaskiem.

W podanych przykładach brak jest dobrowolnej zgody, a więc eksperyment nie jest dopuszczalny, a prowadzący go nie zostanie uwolniony od odpowiedzialności za ewentualne naruszenie lub narażenia dóbr prawem chronionych.

Najwięcej trudności występuje przy ustaleniu braku nacisków, mogących wpłynąć na decyzję osoby uczestniczącej w doświadczeniu. Wydaje się bowiem, iż w zasadzie nie ma sytuacji, kiedy poddający się eksperymentowi człowiek wolny jest od jakichkolwiek motywacji zewnętrznych. Najlepiej widać to na przykładzie eksperymentu leczniczego, który stanowi ostatnią deskę ratunku dla śmiertelnie chorego. Powstaje jednak pytanie, na ile jego decyzja jest zupełnie swobodna i nie podjęta pod presją zbliżającej się śmierci. Postuluje się, aby lekarz kontrolował w takiej sytuacji stan

<sup>58</sup> L. Gardocki uznaje, iż przestępstwo zmuszenia zawiera w sobie również postępowanie nazywane potocznie szantażem. L. Gardocki: *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 1998, s. 241.

<sup>59</sup> Por.: M. Szymczak: *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1995 r., T.II, s. 717. W ujęciu cywilistycznym podstęp traktowany jest jako kwalifikowana postać błędu, wywołanego w celu skłonienia danej osoby do złożenia określonego oświadczenia woli. Z. Reisch (red.): *Kodeks...*, T.I, s. 218.

<sup>60</sup> Tak rozumiane jest wprowadzenie w błąd przy przestępstwie oszustwa opisanym w art. 286 kk. Por. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: *Kodeks...*, s. 475; O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski: *Kodeks...*, s. 361.



psychiczny chorego i ocenił, czy jego zgoda na eksperyment jest racjonalnie przemyślana. Równocześnie zakazuje się wykorzystywania tego stanu chorego do uzyskania zgody w celu przeprowadzenia eksperymentu pozornie przedłużającego życie<sup>61</sup>.

Zagadnienie nacisków na wolę kandydata na uczestnika eksperymentu normuje art. 43 ust. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej przewidujący, iż udzielający zgody na uczestnictwo w eksperymencie nie może działać pod wpływem zależności od lekarza, czy pozostawania pod jakąkolwiek presją.

Problem ten nie dotyczy jednak tylko chorych, wobec których może być zastosowany eksperyment terapeutyczny. Jak dowodzi historia ubiegłych lat, osoby poddane badaniom rekrutowano często spośród ludzi biednych, którzy licząc na darmową opiekę medyczną, ciepły posiłek i „dach nad głową”, chętnie zgadzali się na udział w tego rodzaju przedsięwzięciach<sup>62</sup>. W czasach nam współczesnych zjawisko to zanotowano w przypadku „gastarbeiterów” pochodzących z Turcji, którzy przebywali, często nielegalnie, na terenie państw Europy Zachodniej. Przymus ekonomiczny, jakiemu byli poddani, skłaniał ich do podpisywania umów, kształtowanych swobodnie przez podmiot prowadzący eksperyment, w których decydowali się na uczestnictwo w doświadczeniu<sup>63</sup>. Trudno w takich przypadkach mówić o swobodzie podjęcia decyzji, która została tu przecież zakłócona nadzieją na poprawę sytuacji materialnej lub choćby szansą na godniejsze życie. Niewątpliwie wykorzystywanie trudnego położenia ekonomicznego ludzi dla celów prowadzenia na nich doświadczeń, jest niemoralne, a zgoda wyrażona przez nich – nie w pełni dobrowolna.

Dla ustalenia dobrowolności zgody istotne jest również sprawdzenie, czy osoba poddawana badaniom nie pozostaje w stosunku zależności od eksperymentatora. Należy podkreślić, iż taki stosunek zależności zaburza proces swobodnego podjęcia decyzji i czyni zgodę niedobrowolną, a co za tym idzie, powoduje niedopuszczalność eksperymentu<sup>64</sup>. Źródła uzależnienia (poza wskazanymi, dotyczącymi pacjentów) mogą być różnorakie: np. słuchacze/studenci w stosunku do swego wykładowcy, pracownicy (np. kliniki lub laboratorium) wobec pracodawcy, wojskowi w służbie czynnej wobec swoich przełożonych, czy ostatecznie więźniowie, w szczególności skazani na długoterminową karę pozbawienia wolności lub karę śmierci<sup>65</sup>. W każdej z tych sytuacji należy zastanowić się, na ile stopień zależności od eksperymentatora wpłynął na proces decyzyjny osoby doświadczalnej.

<sup>61</sup> G. Rejman: *Odpowiedzialność karna lekarza*, Wyd. Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1991, s. 244. Na zakaz stosowania niesprawdzonych leków i metod terapeutycznych wobec śmiertelnie chorych wskazał również Sąd Najwyższy Izraela, który rozpatrywał sprawę chorego na nowotwór dziennikarza R.Ma'ayana. Pacjent znajdując się w ostatnim etapie choroby zabiegał o wytestowanie na nim niesprawdzonego dotąd leku. Jednakże SN odmówił zezwolenia na takie postępowanie, argumentując m.in., iż precedens taki mógłby otworzyć drogę do wielu nadużyć ze strony lekarzy. Mogliby oni bowiem łatwo wykorzystać stan śmiertelnie chorych i uzyskać od nich zgodę na doświadczenie nęcąc ich oszukańczymi zapowiedziami „cudownych leków”. Za: A. Spotowskim: *Zgoda...*, s. 53.

<sup>62</sup> Tamże, s. 184-185; por. także: M. Sośniak: *Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych na ludziach*, PiP nr 5 z 1985 r., s. 37.

<sup>63</sup> G. Rejman: *Odpowiedzialność...*, s. 247-248.

<sup>64</sup> L. Kubiak: *Medyczny eksperyment badawczy dokonywany na człowieku w świetle prawa polskiego*, w: M. Filar (red.): *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, Towarzystwo Naukowe Prawa Karnego, Toruń 1987, s. 112.

<sup>65</sup> J. Radzicki: *Ryzyko...*, s. 188; J. Sawicki: *Ryzyko stosowania nowych leków w świetle przepisów projektu kk.*, Palestra nr 3 z 1963 r., s. 52.

W przypadku żołnierzy doktryna polska dopuszcza ich udział w eksperymencie<sup>66</sup>. Należy jednak wyrazić wątpliwości, czy na pewno ich proces decyzyjny nie jest niczym zakłócony. Poddanie się doświadczeniu nie może być podyktowane rozkazem przełożonego, który to rozkaz zastąpi zgodę żołnierza. Teza ta wynika z przyjętego rozumienia pojęcia rozkazu. Nowy kk. w art. 115 §18 podaje, iż rozkazem jest polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem. W doktrynie przyjmuje się, iż rozkaz musi dotyczyć spraw służbowych, tj. „związanych z zakresem określonym przez zadania wojska, cele służby wojskowej oraz sumę uprawnień i obowiązków żołnierskich”<sup>67</sup>. A zatem polecenia nie dotyczące „spraw służbowych są materialnie nieważne ze względu na przedmiot czynności wykonawczej”<sup>68</sup>. Wydaje się zatem, iż polecenie poddania się określonego doświadczeniu nie pozostaje, co do zasady, w związku ze sprawami służbowymi wojska, a więc nie może być traktowane jako rozkaz. Takie stanowisko sprawia, iż żołnierz może nie wykonać takiego polecenia i wówczas nie będzie odpowiadał z art. 343 kk. Ponadto zgoda nie będzie prawnie ważna również w sytuacji, gdy żołnierz udzieli jej pod wpływem lęku, powstałego w wyniku szantażu przez przełożonych (np. utrata szans na przepustkę, konieczność wykonania dodatkowych ćwiczeń itd.) lub też presji wywieranej ze strony starszych kolegów, dysponujących supremacją ze względu na nieformalne stosunki panujące w wojsku. Celem zagwarantowania praw żołnierzy i zabezpieczenia ich przed nieformalnymi naciskami ustawodawca polski zdecydował się więc wprowadzić ogólny zakaz dokonywania na nich medycznych eksperymentów badawczych (art. 26 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza).

Najwięcej kontrowersji powoduje możliwość dokonywania eksperymentów na osobach odbywających karę pozbawienia wolności. W przeszłości więźniowie byli doskonałym „materiałem badawczym” ze względu na łatwość złamania ich oporu przed eksperymentem oraz istnienie warunków dla stałej nad nimi kontroli. Stąd brało się częste podejmowanie badań na osadzonych w zakładach karnych. Przykładowo można wskazać, iż 800 więźniów z 3 zakładów karnych w Illinois zostało w celach badawczych zakażonych malarią, w Manili zaś testowano leki na skazanych oraz prowadzono doświadczenia z osłabionymi szczepami dżumy na 900 przestępcach skazanych na karę śmierci<sup>69</sup>. Często osoby doświadczalne motywowane były możliwością złagodzenia kary, wcześniejszym zwolnieniem lub darowaniem kary śmierci<sup>70</sup>.

O ile doświadczenia na kryminalistach, często skazanych na karę śmierci, nie bulwersowały dogłębnie opinii społecznej, to z bezwarunkowym sprzeciwem spotkały się zbrodnicze eksperymenty medyczne prowadzone w czasie II wojny świato-

<sup>66</sup> A. Spotowski: *Zgoda uczestnika...*, s. 53.

<sup>67</sup> J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 290; O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski: *Kodeks...*, s. 451.

<sup>68</sup> J. Ziwiński: *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1973, s. 60.

<sup>69</sup> J. Bogusz: *Zasady deontologiczne rodzone przez postępy w wiedzy lekarskiej*, w: Kielanowski T.: *Wybrane zagadnienia z etyki i deontologii lekarskiej*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich, Warszawa 1980 r., s. 67.

<sup>70</sup> Przykładowo na Hawajach zakażono skazanego na śmierć trędem, który wyraził na to zgodę po uzyskaniu zapewnienia o darowaniu mu kary. Tamże, por. także M. Sośniak: *Uwarunkowania...*, s. 36.

wej przez hitlerowców i Japończyków na jeńcach wojennych i więźniach obozów koncentracyjnych. Efektem powszechnej dezaprobaty takiego postępowania było wypracowanie przez opinię międzynarodową reguł zabraniających podobnego procederu<sup>71</sup>. Na gruncie polskim wyrazem tego trendu było sformułowanie w Zbiorze zasad etyczno-deontologicznych polskiego lekarza zakazu stosowania eksperymentów nieterapeutycznych na więźniach oraz innych osobach pozostających w stosunku zależności (zasada nr 34). Kwestię tę reguluje obecnie ustawa o zawodzie lekarza, która w art. 26 ust. 3 zakazuje prowadzenia doświadczeń nielecniczych na osobach pozbawionych wolności. Ponadto w rządowym Uzasadnieniu do nowego kodeksu karnego podaje się, iż ze względu na przyjętą w nim regułę swobody samostanowienia uczestnika eksperymentu, zakazane jest prowadzenie badań m.in. na osobach pozbawionych wolności<sup>72</sup>. Niedopuszczalność eksperymentowania na tych kategoriach osób nie wyłącza jednak możliwości prowadzenia doświadczeń mających na celu pomoc lekarską niesioną skazanemu, a więc zakaz ten nie dotyczy eksperymentów leczniczych<sup>73</sup>.

Konkludując całość rozważań należy podkreślić, iż tylko swobodnie podjęta decyzja o uczestnictwie w eksperymencie może być traktowana jako zgoda osoby biorącej udział w doświadczeniu. Powinność zaś oceny relewantności zgody spoczywa zawsze na osobie prowadzącej badanie i ową zgodę przyjmującej<sup>74</sup>.

Prócz wymogów stawianych samej zgodzie, w celu spełnienia warunku określonego w art. 27§2 kk. istotne jest również ustalenie, kto może podejmować decyzję o uczestnictwie w doświadczeniu, a zatem jaki jest zakres podmiotowy zgody. Jednakże dla realizacji wymogów materialnych dotyczących zgody (świadoma i dobrowolna), jak i ustalenia, iż została ona wyrażona przez podmiot uprawniony nie jest wystarczające, by uznać ją za prawnie relewantną. Konieczne jest bowiem zrealizowanie również kilku przesłanek natury formalnej. Tym też zagadnieniom poświęcony będzie kolejny artykuł o zgodzie uczestnika eksperymentu.

<sup>71</sup> Por. J. Radzicki: *Ryzyko...*, s. 188.

<sup>72</sup> Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego, Departament Kadr i Szkolenia Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1997, s. 132.

<sup>73</sup> Tamże, s. 133, K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1995, s. 218.

<sup>74</sup> J. Sawicki: *Ryzyko stosowania...*, s. 52.

*Tomasz Justyński*

## **Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie orzeczenia Sądu Najwyższego RFN z 27 czerwca 1995 r.<sup>1</sup>**

### **1. Uwagi ogólne**

Tzw. procesy medyczne, a więc te, w których powodem jest poszkodowany nieprofesjonalnym działaniem lekarza (lub placówki opieki zdrowotnej) pacjent, stają się również w Polsce czymś coraz bardziej codziennym. Ostatnio częściej słyszy się o korzystnych dla pacjentów-powodów wyrokach czy ugodach. Warto wobec tego zapoznać się z bardzo ciekawym orzeczeniem Sądu Najwyższego RFN (*Bundesgerichtshof*) z 27 czerwca 1995 r. Dobrze ilustruje ono bowiem zaawansowany poziom niemieckiej judykatury „medycznej”. Na tle obecnego rozwoju polskiego orzecznictwa sądowego w sprawach medycznych może ono wydawać się nieco egzotyczne, a nawet budzić sprzeciw. Wydaje się jednak, iż wraz z rozwojem poziomu usług medycznych świadczonych w Polsce oraz wzrostem świadomości potencjalnych pacjentów co do przysługujących im uprawnień problem stanie także przed sądami polskimi. Można chyba zaryzykować stwierdzenie, że tylko kwestią czasu wydaje się być zapadnięcie podobnego rozstrzygnięcia. Ekonomiczne koszty błędu lekarza nie mogą przecież być przerzucane wyłącznie na pacjenta (także w tak nietypowych sprawach jak ta, która była przedmiotem rozstrzygnięcia sądu niemieckiego). Wniosek taki będzie łatwiejszy do zaakceptowania wówczas, gdy uwzględni się postępującą komercjalizację wszelkich obszarów życia społecznego, w tym również rynku usług medycznych.

### **2. Wyrok Sądu Najwyższego RFN**

Sąd Najwyższy RFN orzekł, że: „jeżeli przy zabiegu sterylizacji mężczyzny lekarz niewystarczająco pouczył o konieczności przeprowadzenia badania spermy (sper-

<sup>1</sup> *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1995, z. 37, s. 2407 i n.

miogramm) i pomimo zabiegu urodzi się dziecko, możliwe jest zgłoszenie roszczenia o pokrycie kosztów jego utrzymania (w drodze roszczenia odszkodowawczego) oraz roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę dla matki dziecka”.

Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań celowe wydaje się zrekonstruowanie stanu faktycznego, na którego tle doszło do wydania wyroku.

Otóż powódka pragnęła (ze względów przede wszystkim ekonomicznych) uniknąć zajścia po raz kolejny w ciążę. Wobec tego 29 stycznia 1990 r. Dr P., ordynator pozwanego szpitala okręgowego (*Bezirkskrankenhaus*), przeprowadził na życzenie powódki i jej męża M. u tegoż męża zabieg sterylizacji w formie wasektomii (przecięcie nasieniowodu). Ponieważ mąż powódki pomimo zabiegu pozostał nadal płodny, 15 stycznia 1991 r. doszło do urodzenia się syna jako szóstego dziecka powódki i jej męża. Powódka wywodziła, że wyjaśnienia, jakie uzyskał jej małżonek odnośnie możliwości niepowodzenia zabiegu sterylizacji, były niedostateczne. Jej zdaniem przeprowadzający pouczenie Dr P. i jego asystent Dr G. powinni wyraźnie wskazać na to, że ocena powodzenia operacji może być dokonana dopiero po przeprowadzeniu badania spermy w 4 tygodnie po zabiegu.

Obok miesięcznej renty w wysokości 430 DM na pokrycie kosztów utrzymania dziecka powódka zażądała 1000 DM zadośćuczynienia za krzywdę dla siebie ponieważ od trzeciego miesiąca ciąży cierpiała z powodu silnych bólów.

Sąd I instancji (*Landesgericht*) uwzględnił powództwo w całości. Następnie sąd odwoławczy (*Oberlandesgericht*) zasadniczo uznał odpowiedzialność pozwanego szpitala, ponieważ Dr P. nie poinformował właściwie męża powódki co do sposobu postępowania po zabiegu. Dr P. powinien był wyraźnie pouczyć pacjenta o konieczności przeprowadzenia badania spermy w cztery tygodnie po zabiegu, a także wskazać na istniejące ryzyko zapłodnienia oraz upewnić się, czy pacjent pouczenie zrozumiał. Co więcej, zdaniem sądu obowiązek udzielenia tego rodzaju informacji dotyczył nie tylko samego pacjenta, ale rozciągał się również na powódkę. Także ona była bowiem objęta „sferą ochronną” zawartej umowy. Materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwolił jednak na przyjęcie, że takie wystarczające pouczenie nastąpiło. W rezultacie sąd odwoławczy przyjął, że powódce należy się zadośćuczynienie za krzywdę związaną z cierpieniami fizycznymi i psychicznymi w czasie ciąży i porodu. Roszczenie o pokrycie kosztów utrzymania dziecka sąd odwoławczy uznał natomiast za nieuzasadnione i oddalił.

Rewizja powódki od tego wyroku została w pełni uwzględniona przez Sąd Najwyższy.

Pominięte w tym miejscu zostanie bliższe roztrząsanie zagadnienia prawnej dopuszczalności zabiegu sterylizacji. Uwagi na ten temat ograniczyć wypada do stwierdzenia, iż zarówno dobrowolna sterylizacja kobiety, jak i takiż zabieg przeprowadzony u mężczyzny są w Niemczech (podobnie jak w wielu innych krajach) od lat uznawane za dopuszczalne. Przeciwnie jest natomiast w Polsce, gdzie zdaje się panować wcale nie bezdyskusyjne przekonanie o tym, iż dobrowolna sterylizacja (nazywana też sterylizacją dla wygody) jest w aktualnym stanie prawnym zabroniona<sup>2</sup>.

Ponieważ sprawa dotyczyła w istocie dwóch zasadniczo odmiennych kwestii, konieczne wydaje się osobne ich rozważenie. W pierwszej kolejności przybliżone zostanie zagadnienie zgłoszonego przez powódkę roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę. Następnie zaś rozważona będzie problematyka związana z dopuszczalnością zasądzenia odszkodowania na pokrycie kosztów utrzymania dziecka.

W rozpatrywanej sprawie nie został popełniony tzw. błąd w sztuce lekarskiej. Zabieg sterylizacji przeprowadzony był bez wątplenia prawidłowo. Nawet jednak w takich przypadkach zdarza się, że nie zostanie osiągnięty cel interwencji medycznej. Różne metody sterylizacji obciążone są bowiem większym lub mniejszym ryzykiem niepowodzenia. Nawet więc przy prawidłowo przeprowadzonej interwencji medycznej może czasami dojść do rekanalizacji jajowodów i samoistnego „odtworzenia się” płodności. Z tego powodu judykatura wymaga, aby lekarz szczegółowo pouczył pacjenta o istniejącym w konkretnym przypadku ryzyku. Jeśli obowiązek ten zostanie naruszony, lekarza dotykają te same konsekwencje prawne, jakie pojawiają się przy niewłaściwie przeprowadzonym zabiegu sterylizacji.

Podstawowe znaczenie dla ustalenia zasadności każdego z roszczeń zgłoszonych przez powódkę ma zatem kwestia prawidłowości pouczenia, jakiego winien był udzielić lekarz<sup>3</sup>. Sąd Najwyższy podzielił stanowisko sądów niższych instancji co do niedostatecznego zakresu informacji udzielonych pacjentowi i powódce. Wyjaśnił również, że samo wskazanie na potrzebę przeprowadzenia badania spermy w cztery tygodnie po zabiegu (które to wskazanie w rozpatrywanej sprawie miało miejsce) było niewystarczające. Należało bowiem wziąć pod uwagę to, że pacjent zwykle jest laikiem w sprawach medycznych i że wskazanie to może zinterpretować jako środek czysto ostrożnościowy, nie przydając mu właściwej wagi. Dlatego też lekarz informację o realnej możliwości zapłodnienia powinien „doprowadzić do świadomości pacjenta”. W konkretnych okolicznościach powinien zatem uzyskać pewność, że pacjent zrozumiał wskazówki oraz że jest świadomy istniejącego ryzyka zapłodnienia. Dopiero wówczas można by przyjąć, iż lekarz uczynił zadość ciążącemu na nim obowiązkowi pouczenia pacjenta.

### **3. Zadośćuczynienie za krzywdę**

Skoro zaś w sprawie występuje zawinione naruszenie obowiązku płynącego z zawartej umowy o przeprowadzenie zabiegu medycznego (tutaj obowiązku pouczenia pacjenta), to skonstruowanie uzasadnienia dla roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę wydaje się dość proste.

Po pierwsze, mamy tutaj do czynienia z uszkodzeniem ciała kobiety. Zgodnie bowiem z utrwalonym już orzecznictwem Sądu Najwyższego RFN wywołanie ciąży wbrew woli kobiety stanowi uszkodzenie jej ciała. Dotyczy to w takim samym stop-

---

<sup>2</sup> Szerzej na ten temat: E. Zielińska, *Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacji*, PiP 1985, z. 9, s. 69 i n.; M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, Prawo i medycyna 2000 nr 5. M.zd. na tle obowiązującego w Polsce porządku prawnego możliwe do obrony byłoby stanowisko dopuszczające dobrowolną sterylizację.

<sup>3</sup> O obowiązku poinformowania pacjenta o ryzyku i skutkach zabiegu lekarskiego w polskiej literaturze pisał np. M. Nesterowicz (*Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 101 i n.).

niu ciąży wywołanej na normalnej z fizjologicznego punktu widzenia drodze<sup>4</sup>. Z uszkodzeniem ciała mamy do czynienia także wówczas, kiedy ciąża i poród przebiegały bez patologicznych okoliczności towarzyszących<sup>5</sup>.

Po drugie, trzeba jednakże postawić sobie pytanie, czy to uszkodzenie ciała pozostaje w związku przyczynowym z zaniedbaniem lekarza. Kwestia była początkowo sporna. W literaturze niemieckiej pojawiały się bowiem wątpliwości co do tego, czy ciąża (także powstała w takich warunkach) nie leży w ogóle poza „sferą ochronną” normy deliktowej. Podkreślano, że zapłodnienie należy przecież do ryzyka życiowego współżyjących fizycznie partnerów. Orzecznictwo ostatecznie nie podzieliło tej myśli. Dostrzegło bowiem prawnie relewantny związek przyczynowy pomiędzy zaniedbaniem lekarza a uszkodzeniem ciała kobiety (zapłodnieniem). Związek ten nie może zostać uznany za przerwany z tego powodu, że bezpośrednią przyczyną szkody jest dopiero zaistnienie współżycia pomiędzy pacjentem poddanym sterylizacji a jego małżonką.

Warto w tym miejscu odwołać się do bardzo ciekawego, podobnego orzeczenia niemieckiego Sądu Najwyższego z 30 kwietnia 1991 r.<sup>6</sup>, w którym również potwierdzona została odpowiedzialność lekarza za takie „pośrednie” uszkodzenie ciała współmałżonka pacjenta. W sprawie tej pacjentkę podczas operacji dwunastnicy przeprowadzonej w klinice uniwersyteckiej w E. poddano transfuzji krwi. Została przy tym zainfekowana wirusem HIV, a następnie przeniosła go na współmałżonka. W tej sytuacji sąd bez wahania przyjął związek przyczynowy, a co za tym idzie, odpowiedzialność lekarza za uszkodzenie ciała współmałżonka pacjentki.

Podobnie musi wyglądać ocena sytuacji wówczas, gdy mimo sterylizacji pacjenta dochodzi do zapłodnienia jego współmałżonki. Ma to w szczególności miejsce w przypadku, jaki zaistniał w niniejszej sprawie, a więc wówczas, gdy chodzi o niewłaściwe pouczenie pacjenta. Trzeba bowiem zdawać sobie sprawę z tego, że z reguły małżonkowie w braku właściwego wyjaśnienia działają w zaufaniu do powodzenia zabiegu sterylizacji i rezygnują ze stosowania innych środków zapobiegawczych (antykoncepcyjnych).

Można oczywiście obstawać przy tym, że celem sterylizacji mężczyzny nie mogło być wykluczenie fizycznej możliwości zajścia w ciążę przez jego współmałżonkę. Stwierdzenie to, aczkolwiek trafne, nie może mieć wpływu na ocenę konkretnej sytuacji. Przeprowadzony przez Dr P. zabieg miał bowiem służyć planowaniu rodziny, a zatem miał wykluczyć na przyszłość posiadanie przez małżonków kolejnych wspólnych dzieci. To było jego celem. Cel ten został zniweczony w wyniku niewłaściwego, niezgodnego z treścią wiążącej strony umowy, zachowania lekarza. Małżonkowie stali się przecież, co nie było w sprawie kwestionowane, rodzicami kolejnego wspólnego dziecka.

<sup>4</sup> NJW 1980, s. 1452; NJW 1981, s. 2002; *Versicherungsrecht* (VersR) 1981, s. 730; NJW 1985, s. 671; VersR 1984, s. 240; BGHZ 86, s. 240 (248). Wszystkie te orzeczenia dotyczyły jednak nieudanego zabiegu sterylizacji kobiety.

<sup>5</sup> K.Geiß, H. Greiner, *Arzthaftungsrecht*, München 1999, s. 93, nb. 182 i powołane tam orzecznictwo. Zob. też E. Steffen, *Arzthaftungsrecht. Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung*, Köln 1999, s. 115, nb. 266.

<sup>6</sup> BGHZ 114, s. 284 (290 i n.).

Osobnym zagadnieniem, któremu warto w tym miejscu poświęcić nieco uwagi, jest pytanie, jaki jest zakres „sfery ochronnej” wynikającej z zawartej umowy mającej na celu sterylizację. Chodzi mianowicie o to, czy rozciąga się ona także na inne niż współmałżonek pacjenta osoby?

Judykatura niemiecka jak dotąd nie rozstrzygnęła wyraźnie tej kwestii. Zagadnienie było natomiast sygnalizowane w doktrynie, chociaż trudno powiedzieć, aby osiągnięto w tej materii zgodę. Sprawa przedstawia się prościej, gdy chodzi o zabieg sterylizacji kobiety. Tutaj większość autorów skłonna jest bowiem uznać, iż „sfera ochronna” rozciąga się nie tylko na współmałżonków pozostających w formalnym związku małżeńskim<sup>7</sup>. Nie brakuje jednak głosów przeciwnych wskazujących na to, że przecież Sąd Najwyższy uznaje zasadność roszczeń odszkodowawczych ze względu na zakłócenie planowania r o d z i n y. A z tą mamy do czynienia jedynie przy związku formalnym. Zdecydowanie trudniej jest rozstrzygnąć kwestię w przypadku sterylizacji mężczyzny. Konsekwentne zajęcie stanowiska, iż również w tym przypadku sfera ta nie podlega żadnym ograniczeniom (a więc rozciąga się na każdą jego partnerkę) powodowałoby w efekcie nieograniczony wręcz wzrost ryzyka zawodowego andrologów i urologów przeprowadzających zabieg wasektomii. Nietrudno przecież wyobrazić sobie, że taki mężczyzna, w zaufaniu do rezultatu zabiegu, utrzymuje kontakty seksualne z wieloma partnerkami, które zapewnia, że „nic nie może się przydarzyć”, a te z kolei nie stosują środków antykoncepcyjnych. Zakres odpowiedzialności lekarza byłby w tym przypadku nieporównanie większy niż wówczas, gdy mielibyśmy do czynienia z zabiegiem sterylizacji kobiety.

Warto jeszcze dodać, iż zadośćuczynienia za krzywdę może także domagać się kobieta, która w związku z nieudaną sterylizacją poddała się zabiegowi przerwania ciąży i nie urodziła dziecka<sup>8</sup>.

#### 4. „Alimenty”

Jak już wspomniano, Sąd Najwyższy RFN uznał za zasadne również odszkodowawcze roszczenie o pokrycie kosztów utrzymania dziecka, co jest zgodne z dotychczasową, utrwaloną już linią orzecznictwa. Nowość orzeczenia z 27 czerwca 1995 r. polega jedynie na wyraźnym „rozciągnięciu” dotychczasowych poglądów judykatury, wyrażonych w związku z zabiegiem sterylizacji kobiety również na analogiczną interwencję medyczną przeprowadzoną u mężczyzny. Uznaje się zatem, iż co do zasady odszkodowanie wynikające z niewłaściwego wykonania kontraktu obejmującego sterylizację rozciąga się także na koszty utrzymania dziecka urodzonego w wyniku zaniedbania lekarza.

Na tle roszczenia o zasądzenie kosztów utrzymania dziecka wykształciły się w judykaturze niemieckiej pewne zasady. Otóż odpowiedzialność lekarza wchodzi w grę jedynie w tych przypadkach, w których sterylizacja miała na celu uniknięcie negatywnych następstw ekonomicznych dla pacjenta związanych z urodzeniem się dziec-

<sup>7</sup> Zob. np. H. Schlund, *Anmerkung*, JR 1980, s. 370; H. Franzki, *Neue Dimensionen in der Arzthaftung: Schäden bei der Geburtshilfe und wrongful life als Exponenten einer Entwicklung*, VersR 1990, s. 1183.

<sup>8</sup> OLG Brannschweig, NJW 1980, s. 643.



ka. Regułą jest, że dobrowolna sterylizacja ma właśnie taki charakter, i że jej przeprowadzenie miało służyć uniknięciu tych obciążeń (*abgeschlossene Familienplanung*, zakończone planowanie rodziny). O odpowiedzialności tej nie może być natomiast mowy wówczas, gdy sterylizacja podjęta została ze względów medycznych (np. rak macicy, operacja jajowodów), a więc wówczas, gdy jest ona metodą leczniczą<sup>9</sup>.

Odpowiedzialność lekarza związana z kosztami utrzymania dziecka nie upada w związku z odmową rodziców dziecka oddania go do adopcji lub odmową poddania się zabiegowi przerwania ciąży<sup>10</sup>.

Roszczenie o pokrycie kosztów utrzymania dziecka mogłoby być w pewnych przypadkach uznane za nadużycie prawa. Byłoby tak na przykład wówczas, gdy „zakłócenia w planowaniu rodziny”, spowodowane nieudaną sterylizacją odpadły (np. nagle śmierć wszystkich już posiadanych dzieci, znacząca poprawa sytuacji materialnej rodziców)<sup>11</sup>. Wówczas sąd mógłby powództwo oddalić.

Prawo do żądania pokrycia kosztów utrzymania dziecka służy jedynie rodzicom, nie zaś samemu dziecku. Wygasa wobec tego wraz z ich śmiercią. Dziecku nie służy roszczenie przeciwko lekarzowi, gdyż nie ma ono przecież roszczenia o to, by nie być urodzonym (*wrongful life*)<sup>12</sup>.

Zgodnie z utrwalonym już orzecnictwem odszkodowanie nie może obejmować szkody związanej ze zmniejszeniem się zarobków rodziców (nawet związanym z urodzeniem się dziecka)<sup>13</sup>. Obowiązek odszkodowawczy lekarza nie rozciąga się również na obowiązek alimentacyjny pacjenta-małżonka względem rozwiedzionej z nim właśnie z powodu urodzenia dziecka małżonki<sup>14</sup>.

## 5. Konstytucyjna godność człowieka (dziecka)

Nie sposób jednak pominąć tego, iż stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w kwestii dopuszczalności roszczenia o pokrycie kosztów utrzymania dziecka spotkało się początkowo z wyraźną dezaprobatą II Izby (II Senatu) niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*). W swoim postanowieniu z 28 maja 1993 r.<sup>15</sup> Trybunał wyraził mianowicie pogląd, zgodnie z którym „prawna kwalifikacja bytu dziecka jako źródła szkody jest ze względów konstytucyjnych (art. 1 ust. 1 Konst. niem.) nie do przyjęcia. Obowiązek wszystkich organów władzy państwowej co do poszanowania istnienia każdego człowieka zakazuje traktowania kosztów

<sup>9</sup> Por. np. L. Pahmeier, *Die Geburt eines Kindes als Quelle eines Schadens*, Göttingen 1996, s. 24; W. Uhlenbruck, [w:] A. Laufs, W. Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, München 1999, s. 972, nb. 4; K. Geiß, H. Greiner, op. cit., s. 94, nb. 183.

<sup>10</sup> K. Weibl, *Kindesunterhalt als Schaden*, München 1986, s. 53.

<sup>11</sup> Steffen, op. cit., s. 119.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, VersR 1995, s. 1498. Szerzej na ten temat patrz S. Stieglitz, *Die wrongful birth und wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht*, s. 115 i n.

<sup>13</sup> OLG Düsseldorf, VersR 1993, s. 883.

<sup>14</sup> BGH, NJW 1981, s. 630 (VersR 1981, s. 278).

<sup>15</sup> BverfGE 88, s. 203. Zob. też M. Safjan, *Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny*, w: *Prawo i Medycyna* nr 1, s. 6) Odmienne poglądy wyraziła później I Izba Trybunału Konstytucyjnego w orz. z 12.11.1997 r. (NJW 1998, s. 519) z komentarzem E. Deutsch (NJW 1998, s. 510) Zdaniem tej Izby TK orzecznictwo sądów cywilnych w tym zakresie nie jest sprzeczne z treścią art. 1 Konst. niem.

utrzymania dziecka jako szkody”. Orzeczenie to nie miało wprawdzie wiążącego sądy charakteru, jednakże skłoniło Sąd Najwyższy RFN do ponownego rozważenia swego stanowiska i wyrażenia go wraz z szerszym uzasadnieniem. Nastąpiło to w roku z 16 listopada 1993 r.<sup>16</sup>, a także w uzasadnieniu prezentowanego orzeczenia z 27 czerwca 1995 r. Wcześniejszy kierunek orzecznictwa został tu w całej rozciągłości potwierdzony. Zdaniem Sądu Najwyższego pogląd, zgodnie z którym niedopuszczalne jest traktowanie kosztów utrzymania dziecka jako szkody w rozumieniu cywilnoprawnym, musiał być prawidłowy tak długo, jak długo proces prowadzący do urodzenia się dziecka pozostawał w dużym stopniu poza „sferą dyspozycyjną” rodziców. Sytuacja uległa zmianie wraz ze znacznym postępem medycyny w tym zakresie. Umożliwił on bowiem daleko pewniejsze kierowanie tym procesem (poprzez stosowanie skuteczniejszych środków antykoncepcyjnych), a nawet wykluczenie zapłodnienia (np. poprzez sterylizację). Nieodłącznym następstwem tego rozwoju jest to, że potencjalni rodzice sami mogą określić, w jakim zakresie gotowi są poddać się obciążeniom finansowym, które przynoszą ze sobą dzieci.

Ze względu na ten postęp stało się możliwe zawieranie umów z lekarzem, których celem jest „ubezpieczenie” jednego z rodziców a tym samym uniemożliwienie posiadania kolejnych dzieci. Oczywiście nie każdy postęp w obrębie medycyny musi prowadzić do prawnej akceptacji jego skutków i uznania wszystkich teoretycznie możliwych umów za zgodne z prawem. Najlepszym, bardzo aktualnym tego przykładem może być dyskusja tocząca się również w Polsce wokół problemu klonowania człowieka.

Według Sądu Najwyższego umowy, za pomocą których człowiek w pełni zdolny do czynności prawnych zamierza osiągnąć zakończenie swojej zdolności reprodukcyjnej w drodze interwencji medycznej, nie wywołują zasadniczo wątpliwości co do ich prawnej dopuszczalności<sup>17</sup>. Inaczej niż przy zabiegu przerwania ciąży nie powstaje tu chociażby konflikt takiej umowy z prawem do życia już istniejącego embrionu. Zgodnie z dominującym w niemieckiej literaturze prawniczej poglądem, sam zabieg sterylizacji nie jest sprzeczny z przysięgą Hipokratesa, nie narusza także norm prawa karnego<sup>18</sup>. Ciągle jednak nie jest wyraźnie uregulowany prawnie<sup>19</sup>.

Prawo do zadecydowania o zakończeniu własnej zdolności reprodukcyjnej uznawane jest w Niemczech za fragment konstytucyjnego prawa człowieka do samookreślenia (*Selbstbestimmungsrecht*)<sup>20</sup>. Wykonywanie tego prawa jednostka może

<sup>16</sup> BGHZ 124, s. 128 i n. (NJW 1994, s. 788).

<sup>17</sup> BGHZ 67, s. 48 i 49; BGHZ 76, s. 249 (253) (NJW 1980, s. 1450); BGHZ 124, s. 128 (NJW 1994, s. 788). Szerzej na ten temat: W. Uhlenbruck, op.cit., s. 972-974. Por. też E. Steffen, W. Dressler, *Arzt haftungsrecht*, Köln 1999, s. 114, nb. 261, 262.

<sup>18</sup> W. Uhlenbruck, op. cit., s. 972, nb. 4.

<sup>19</sup> Prawną regulację dobrowolnej sterylizacji zawiera rządowy projekt ustawy o reformie prawa karnego (*Gesetz zur Reform des Strafrechts*) BT – Drucks VI/3434. Zgodnie z jego treścią dopuszczalność przeprowadzenia dobrowolnej sterylizacji nie podlegałaby żadnym ograniczeniom jeśli podejmowana byłaby u osób, które ukończyły 25 lat. Aktualnie § 1631 k.c.n. bezwzględnie zakazuje sterylizacji małoletnich.

<sup>20</sup> Zob. np. S. Stieglitz, op. cit., s. 134 in.

oczywiście z różnych względów odrzucić (np. etycznych, religijnych), z drugiej zaś strony państwo nie może nikogo zmusić, aby czynił z niego użytek.

Jeśli jednak pacjent korzysta ze swojego prawa i zawiera umowę z lekarzem, to umowa taka musi być wykonana zgodnie z zasadami rządzącymi prawem cywilnym. Gdy zatem lekarz dopuści się zaniedbania, w wyniku którego dojdzie, wbrew celowi zawartej umowy, do urodzenia się dziecka, to w związku z niewłaściwym wykonaniem umowy ponosi odpowiedzialność cywilną. Musi on więc „naprawić” sytuację kontrahenta tak, jak gdyby wykonał umowę w sposób właściwy. W sprawach wynikających na tle zabiegu sterylizacji odpowiedzialność lekarza musi zatem polegać na uwolnieniu kontrahenta od obciążenia kosztami utrzymania dziecka.

Swoje rozstrzygnięcia Sąd Najwyższy RFN opiera na przekonaniu, że to nie dziecko, czy też jego egzystencja stanowią szkodę. Szkada wynika dopiero i wyłącznie z obciążenia kosztami utrzymania tegoż dziecka. Nie można przecież zapominać o tym, że ustalenie wysokości szkody opiera się na metodzie *différence*. A ta polega na porównaniu majątku rodziców bez obciążenia kosztami utrzymania dziecka z majątkiem tymi wydatkami obciążonym. To właśnie ta różnica stanowi szkodę, nie zaś dziecko. Taki prawno-ekonomiczny punkt widzenia zgodny jest z podstawowymi zasadami nauki o szkodzie i nie uchybia godności dziecka. Pojęcie szkody jako takie nie ma charakteru ocenego, a wobec tego nie może zawierać w sobie negatywnej oceny bytu dziecka. Nie porównuje także w uwłaczający dla godności dziecka sposób jego istnienia z nieistnieniem. Zdaniem Sądu Najwyższego chodzi tutaj raczej o ocenę z punktu widzenia nauki o szkodzie strony ekonomicznej niezwykle skomplikowanego stanu faktycznego, który właśnie w tym punkcie jest zdominowany przez stosunek zobowiązaniowy łączący rodziców z lekarzem. Uwzględniwszy nawet to, że pojęcie kosztów utrzymania dziecka zakłada jego egzystencję, natomiast ewentualne uniknięcie tych kosztów – brak tej egzystencji, trzeba pamiętać, że chodzi tu jedynie o nieocenny związek przyczynowy, który nie wymaga tworzenia *in se* całości z kosztów utrzymania dziecka i jego ludzkiej godności.

Stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy RFN podzieliła następnie I Izba (I Senat) niemieckiego TK w orzeczeniu z 12.11.1997 r.<sup>21</sup> Zdaniem tej Izby TK orzecznictwo sądów cywilnych nie jest sprzeczne z treścią art. 1 Konstytucji niemieckiej.

I na zakończenie jeszcze jedno spostrzeżenie. Również w USA podzielany jest pogląd, iż koszty utrzymania dziecka urodzonego w związku z „zakłóconym planowaniem rodziny” stanowią szkodę<sup>22</sup>. Ten typowy przypadek odpowiedzialności zawodowej ginekologów wolny jest tam jednak od rozważań na temat godności człowieka.

<sup>21</sup> Por. np. sprawa *Gallagher v. Duke University*, 852 F. 2 d773 (*wrongful conception*).

<sup>22</sup> NJW 1998, s. 519 z komentarzem E. Deutsch (NJW 1998, s. 510). Zob. też M. Safjan *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 218.

*Marek Legień, Mariusz Kobek*

## **Problematyka błędu lekarskiego w ocenie sędziów i prokuratorów**

Praca przedstawia wyniki badania ankietowego na temat problematyki błędu lekarskiego, przeprowadzonego wśród sędziów i prokuratorów instancji rejonowych, okręgowych i apelacyjnych.

Ankieta zawierała pytania dotyczące:

- 1) definicji pojęć „błąd lekarski” i pokrewnych,
- 2) zakresu tych pojęć,
- 3) odpowiedzialności prawnej lekarza za popełnienie błędu lekarskiego.

### **Wprowadzenie i cel**

Błąd lekarski, sytuowany w obszarze zainteresowania medycyny sądowej, ma niewątpliwie cechy pomostowości, niezależnie od przenoszenia akcentu na jego bardziej medyczne lub prawne aspekty. Brak jednoznacznych regulacji prawnych przy jednoczesnym zróżnicowaniu definicyjnym na gruncie nauk medycznych nadaje tej kwestii dużej kontrowersyjności, i to zarówno w zakresie teorii jak i praktyki orzeczniczej, przy czym podnosi się tu głównie problemy podziału kompetencji w orzecznictwie pomiędzy sądownictwem lekarskim a powszechnym.

Celem opracowania jest prezentacja poglądów prawników praktyków na temat wybranych problemów dotyczących błędu lekarskiego.

### **Materiał i metoda**

Przeprowadzono anonimowe badanie ankietowe wśród sędziów i prokuratorów instancji podstawowych i odwoławczych. Uzyskano 78 ankiet, w tym od 24 (30,8%) sędziów i 54 (69,2%) prokuratorów, reprezentujących pierwszą w 67 (85,9%) oraz drugą w 11 (14,1%) przypadkach instancję orzekania. Średni staż respondentów w praktyce – 11 lat.

## Wyniki i omówienie

Materiał ankietowy przyniósł następujące wyniki badania

1. Na pytanie dotyczące definicji pojęcia „błąd lekarski” – 35 (44,9%) respondentów wybrało opcję „postępowanie sprzeczne z podstawową wiedzą medyczną”, 9 (11,5%) – „postępowanie sprzeczne z podstawową wiedzą medyczną oraz zasadami etyki lekarskiej”, 31 (39,7%) – „postępowanie sprzeczne z podstawową wiedzą medyczną, zasadami etyki lekarskiej i przyjętymi zwyczajowo regułami postępowania klinicznego w różnych placówkach medycznych”, natomiast 7 (9,0%) z nich podało własną definicję (np. „działanie zawinione” [prokurator I inst., 7 lat stażu], „postępowanie sprzeczne z wiedzą medyczną”, przy wydzieleniu postaci kwalifikowanej tzw. rażącego błędu lekarskiego jako „postępowania sprzecznego z podstawową wiedzą medyczną” [sędzia II inst., 14 lat stażu] albo „niedołożenie koniecznej staranności” [sędzia II inst., 21 lat stażu]).

2. Na pytanie dotyczące konkretnych, nieprawidłowych działań lekarza 65 (83,3%) respondentów za błąd lekarski uznało „pozostawienie przez lekarza chirurga narzędzia w ciele pacjenta”, 58 (74,3%) – „błędną ordynację leku” i tyleż samo – „błędną diagnozę mimo posiadania prawidłowo zebranych, pełnych danych w postaci wywiadu, wyników badań przedmiotowych i dodatkowych”.

3. Na pytanie czy błąd lekarski jest kategorią tylko medyczną czy też i prawną – 15 (19,2%) respondentów uznało go za wyłącznie problem medyczny, zaś 51 (65,4%) – także za prawny. W uzasadnieniu jeden z respondentów [prokurator I inst., 3 lata stażu] porównywał błąd lekarski do błędu sędziowskiego, za który – jak stwierdził – nie ponosi się odpowiedzialności.

4. Na pytanie, za co powinien odpowiadać lekarz w swojej pracy zawodowej – 72 (93,3%) respondentów podało, że za „prawidłowość leczenia bez względu na skutek”, natomiast 8 (10,2%) – za „wynik, skutek, bez względu na przebieg leczenia”.

5. Na pytanie o zdefiniowanie zawinienia lekarza, jako przesłanki odpowiedzialności prawnej – 68 (87,2%) respondentów uznało, iż jest nim „nieznajomość podstawowych reguł wiedzy medycznej”, 63 (80,8%) respondentów – „przeoczenie objawów choroby” i po 71 (91,0%) – „nieprawidłową diagnozę, mimo nie budzących wątpliwości przesłanek” i „niedbalstwo w czynnościach leczniczych”, wreszcie 9 (11,5%) podało inne własne określenia (np. „przekazanie czynności zastrzeżonych dla lekarza pielęgniarce” [sędzia I inst., 18 lat stażu], „stosowanie parafarmaceutyków lub paramedycznych metod leczenia” [sędzia, I inst., 5 lat stażu]).

6. Na pytanie dotyczące zdefiniowania pojęć „błąd lekarski” i „błąd medyczny” – 19 (24,3%) respondentów uważa je za całkowicie tożsame, zaś 50 (64,1%) za odmienne. Podawano przy tym wiele definicji własnych (np. „błąd lekarski to błąd lekarza, a błąd medyczny – to błąd zespołu lekarzy” [prokurator II inst., 17 lat stażu] albo „błąd lekarski to naruszenie reguł ostrożności” [sędzia I inst., 10 lat stażu]).

7. Na pytanie dotyczące zróżnicowania pojęć „błąd lekarski” i „niepowodzenie lecznicze” – 75 (96,1%) respondentów uważa je za nietożsame, a tylko 2 (2,6%) za analogiczne.

8. Na dodatkowe pytanie dotyczące obiegowej opinii o kumoterstwie zawodowym w opiniowaniu sądowo-lekarskim w sprawach o błąd lekarski, aż 58 (74,3%) respondentów potwierdziło ten zarzut, zaś tylko 7 (9,0%) z nich opinii tej zaprzecza. Znamienne są tu komentarze (np. „jest ono charakterystyczne dla tej grupy zawodowej” [prokurator I inst., 9 lat stażu], „nie znam przypadku by biegli lekarze potwierdzili błąd lekarski innego lekarza” [sędzia II inst., 9 lat stażu], „tak, umożliwia to jawność biegłych dla stron procesowych” [prokurator I inst., 8 lat stażu], „kumoterstwo istnieje niezależnie od stopnia naukowego” [sędzia I inst., 14 lat stażu]).

### **Wnioski**

1. Badania potwierdziły zróżnicowany poziom wiedzy prawników na tematy związane z szeroko rozumianą problematyką błędu medycznego.

2. Poglądy prawników w dużej części wynikają z próby dopasowywania oceny błędów lekarskich tylko do prawnych procedur interpretacyjnych.

3. Brak wyodrębnionych, jednoznacznych regulacji prawnych dotyczących odpowiedzialności z powodu popełnienia błędu lekarskiego przyczynia się w dużej mierze, z jednej strony – do często nieuzasadnionych i nieuprawnionych, obiegowych, negatywnych opinii na temat środowiska lekarskiego, z drugiej – do chaosu orzeczniczego w tym zakresie.

### **Piśmiennictwo**

1. Kunz J., – Niektóre przyczyny rozbieżności stanowisk prawników i biegłych lekarzy w opiniowaniu sądowo-lekarskim, Cz. 1: Problematyka związku przyczynowego, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 1992, 42, 1, 38-60.
2. Marek Z., Plac-Bobula E., – Klasyfikacja błędu medycznego, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 1994, 44, 2, 198-201.
3. Marek Z., – Błąd medyczny, Krakowskie Wydawnictwo Medyczne, Kraków 1999.
4. Sośniak M., – Cywilna odpowiedzialność lekarza, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989. *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989.
5. Śliwka K., Berent J., – Przydatność opiniowania sądowo-lekarskiego w sprawach dotyczących błędu lekarskiego, *Postępy Medycyny Sądowej i Kryminologii* 1997, 3, 35-41.
6. Świątek B., – Błędy lekarskie w praktyce medyka sądowego, *Prawo i Medycyna* 2000, 5 (vol. 2), 39-47.
7. Zoll A., – Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenia w leczeniu, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1988.
8. Zoll A., – Zaniechanie leczenia – aspekty prawne, *Prawo i Medycyna* 2000, 5 (vol. 2), 31-38.

*Maria Boratyńska*

## Znieczulenie na życzenie pacjenta

Pacjent (chyba, że jakiś okaz wyjątkowy) nie chce cierpieć, jeśli nie musi. Jest to tymczasem jedna z tych rzeczy, na które liczni lekarze w ogóle nie zwracają uwagi. Powody są różne: niektórzy sądzą, że skoro ból jest fizjologiczną reakcją organizmu na urazy (oraz na niektóre medyczne manipulacje), to znaczy, że **jest zjawiskiem „normalnym”** i nie należy się nim specjalnie przejmować („musi boleć”)<sup>1</sup>. Inni uważają wręcz ból za „**zjawisko dobroczynne**”, o korzystnym wpływie terapeutycznym („powinno boleć” – pogląd ten jest mitem, nie mającym najmniejszego oparcia we współczesnej wiedzy medycznej). Unika się też zwalczania bólu w obawie przed **niekorzystnym wpływem środków znieczulających** na organizm pacjenta. Jeszcze inni lekarze są przekonani, że znoszenie bólu z zaciśniętymi zębami **dobrze wpływa na charakter pacjenta** i uczy go filozoficznego podejścia do przeciwności losu. „Cierpienie uszlachetnia” – mawiała jak najpoważniej znajoma dentystka do rzeźżących na fotelu osób (!)<sup>2</sup>. Są i tacy, którzy nie zauważają problemu ze względu na to, że ból **nie jest zjawiskiem stwierdzalnym obiektywnie**, tylko jakimś podejrzanym fenomenem, który zgłasza sam pacjent. Albo to ktoś kiedyś sfotografował ból, zamknął go w probówce, zmierzył linijką itp.?

W przeciwieństwie do innych wrażeń zmysłowych nie da się tego dziwnego „czegoś” opisać ilościowo w kategoriach bodziec-reakcja. Gdy poddaje się człowiek oddziaływaniu wysokiej temperatury, bodźca mechanicznego czy akustycznego, ból pojawia się obok, a nie zamiast odczuwania tego bodźca. Gdy zmysły zasadniczo odbierają tylko bodźce w określonej formie energetycznej, przyłożonej do określonego obszaru ciała, ból może być wywołany dowolnym bodźcem w niemal dowolnym miejscu. W efekcie podnosi się, że nauka mimo wysiłków nie wyjaśniła, co

<sup>1</sup> Na użytek pacjenta wyrażane w formie złagodzonej: „poboli i przestanie” lub kłamliwej: „nie będzie bolało”.

<sup>2</sup> Wg A. Smitha w medycynie panuje wiara (podzielana przez niektórych pacjentów), że „*godzenie się z bólem zastępuje na podziw. Gdy ktoś cierpi ból i nie prosi o pomoc, milcząco aprobując jego postawę; prośba o ulżenie wywołuje często tylko grymas niezadowolenia.*” A. Smith: *Umysł*; Warszawa 1989 PZWL, s. 197. Jak złośliwie zauważa ten sam autor, „*Stoicy i Spartanie, mogłoby się zdawać, żyją wciąż wśród nas, zwłaszcza gdy chodzi o cierpienia kogoś innego.*” (ibid. s. 198).

stanowi adekwatny bodziec dla pojawienia się bólu<sup>3</sup>. W identycznym obiektywnie przypadku jeden syknie, drugi zawyje, trzeci będzie wierzgał, a czwarty zemdleje. W tej sytuacji wg A. Smitha: „**Najistotniejsze w leczeniu bólu jest uznanie, że tylko sam pacjent zna stopień cierpienia**”<sup>4</sup>, gdyż „lekarze nie dysponują dobrymi narzędziami do analizowania bólu, robią to zatem nie najlepiej”<sup>5</sup>. Tenże autor wskazuje, iż różne bywają u pacjenta rodzaje uszkodzeń, nastawienie do bólu, skłonność do zgłaszania skarg, umiejętność opisywania bólu – tymczasem wszystkich poddaje się często takiemu samemu leczeniu, nie zważając na indywidualne odrębności.

Jak ogólnie ocenia lekarz E.J. Cassel: „*Wydaje się, że łagodzenie cierpienia jest uważane za jeden z podstawowych celów medycyny w opinii pacjentów i laików, ale bynajmniej nie środowiska medycznego*”<sup>6</sup>.

Problem bólu występuje z największą siłą u pacjentów terminalnych w ostatniej fazie choroby nowotworowej; w tym przypadku ograniczenie walki z bólem stanowi oczywiste naruszenie prawa do „umierania w spokoju i godności”, jak to sformułowała ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. „Spokój i godność” to nie tylko kwestia właściwego otoczenia, w jakim znajduje się pacjent, ale i uwolnienia od tych cierpień, na które medycyna jest zdolna wywierać jakiś wpływ.

Niechęć do zwalczania bólu ma także swój wymiar szary i codzienny przy zwykłych, rutynowych czynnościach, niekiedy bolesnych w stopniu, który „da się znieść” (stomatologia, iniekcje). Jednak fakt, iż coś „da się znieść” wcale nie oznacza, że pacjent musi to znosić. Powoli przywykamy np. do tego, że znieczulenie otrzymujemy u dentysty, aczkolwiek za dodatkową opłatą. Znane są przekonywania typu: „po co ma pan dodatkowo płacić za znieczulenie, ja wykonam zabieg tak, że **na pewno** nie będzie boleć”. W tym ostatnim przypadku niewątpliwie dobre były chęci, zasługują jednak w sam raz na to, by wybrukować nimi piekło. Nikt nie może wiedzieć na pewno, że drugiego nie będzie boleć. Z przyczyn nadal nie wyjaśnionych wiele osób odczuwa bóle jeszcze długo po ustaniu ich pierwotnych przyczyn. Być może jest to długofalowa reakcja na szok spowodowany samym wystąpieniem bólu, kiedy indziej zaś – przedłużona reakcja ostrzegawcza organizmu. Wiadomo na przykład, iż zranienia niektórych tkanek miękkich: mięśni, więzadeł, ścięgien, które w zwykłych warunkach nadają się do wyleczenia w ciągu maksimum dwóch miesięcy, ponad połowę spośród pacjentów bołą nadal – mimo że „już nie powinny”<sup>7</sup>. Podobnie jak było to wcześniej z różnymi chorobami, których nie potrafiono rozpoznać, ból w chwili obecnej albo nie jest leczony wcale, albo leczy się go niewłaściwie<sup>8</sup>. W terapii przeciwbólowej rozróżnia się ból ostry i ból przewlekły. Przewlekły, to taki, jak uważa się na ogół, który trwa dłużej niż sześć miesięcy. Może on być uleczony rzadko i nie z użyciem tradycyjnych

<sup>3</sup> D. N. Robinson [w:] *Encyclopedia of Bioethics*; hasło „Pain and Suffering: Psychobiological Principles”, s. 1177.

Wydaje się, że po ponad dwudziestu latach uwaga ta zachowuje aktualność.

<sup>4</sup> A. Smith: *Umysł*; s. 199.

<sup>5</sup> Ibid. Autor cytuje tu amerykańskiego lekarza J. D. Levine.

<sup>6</sup> Cyt. za A. Smith: *Umysł*; s. 197. Pogląd wyrażony w artykule w „New England Journal of Medicine”.

<sup>7</sup> Na podstawie: A. Kozłowski: *Przezwyciężyć ból*, Warszawa 2000, s. 15.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 7.



metod<sup>9</sup>, gdy tymczasem ból ostry – przeciwnie: ustępuje pod wpływem odpowiednich środków medycznych. Uważany jest za symptom towarzyszący procesowi chorobowemu lub uszkodzeniu ciała i jego funkcja alarmowa kończy się, gdy zlikwidowane zostaną przyczyny schorzenia<sup>10</sup>. Wydawałoby się więc – nic prostszego, jak zaaplikować właściwy preparat w stosownej dawce. Jednak znane są przypadki, gdy lekarze z zasady przepisują pacjentom zaniżone dawki środków uśmierzających, wiedząc od początku, iż są one zbyt małe. Nie dość, że stanowi to wysiłek jałowy, bo z góry skazany na bezskuteczność – zamiast znieść cierpienie przedłuża je tylko – to również zaprzecza etyce lekarskiej, zawartej w przysiędze Hipokratesa („łagodzić cierpienie”)<sup>11</sup>, nie mówiąc już o tym, że prowadzi do zbędnego w świetle wiedzy medycznej faszerowania pacjenta chemią<sup>12</sup>. Pacjenci padają w ten sposób ofiarą przestarzałych poglądów na działanie niektórych środków uśmierzających (np. morfiny) bądź przesadnych obaw lekarzy przed popadnięciem chorego w uzależnienie i dostarczeniem mu „prochów”, które zostaną wykorzystane do innych celów. Swą niechęć do podawania środków narkotycznych na uśmierzanie bólu lekarze tłumaczą często obawą przed przedawkowaniem ich przez pacjenta i związaną z tym groźbą odpowiedzialności<sup>13</sup>. Oznacza to w takim razie, iż starają się zaordynować lek w dawce tak niewielkiej, by pacjent nie mógł go przedawkować lub „na wszelki wypadek” nie ordynują go w ogóle. Tylko jak to się ma do ogólnego obowiązku niesienia ulgi w cierpieniu?! Jest to bowiem zachowanie o typowych przymiotach „krakowskiego targu”, które uspokaja tylko sumienie lekarza, nie przynosząc pacjentowi żadnego pożytku.

Do niedawna ból nie był uważany za problem sam w sobie. Traktuje się go na ogół jako jedynie uboczny efekt urazu ciała lub rozwijającej się choroby, zupełnie oderwany od innych doznań człowieka. Tymczasem wszystkie bóle mają jeden wspólny mianownik – cierpienie, a ono obejmuje cały organizm, nie zaś poszczególne jego części<sup>14</sup>.

Powstaje pytanie: czy lekarz hojnie stosujący znieczulenia jest aniołem miłosierdzia, czy też należy to do jego obowiązków? Do jakiego stopnia na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej da się ustalić, czy pacjenta trzeba, czy nie trzeba w danym przypadku znieczulić? Dlaczego rutynowo znieczula się ekstrakcję zęba, a nie znieczula się porodu? I jaka powinna być reakcja lekarza, gdy pacjent spodziewający się ostrego bólu zawczasu prosi o znieczulenie?

W kwestii tej nie ma jednolitej praktyki, z wyjątkiem oczywiście znieczuleń operacyjnych i czynności o powszechnie znanej, wysokiej bolesności. Rozgoryczeni pacjenci podnoszą, że za pieniądze dostaje się znieczulenie prawie zawsze, ale za darmo (obecnie – w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego) – nie można się doprosić. Środki znieczulające należą do tych specyfików, na które najczęściej nie starcza funduszy.

<sup>9</sup> tamże, s. 10.

<sup>10</sup> s. 14.

<sup>11</sup> A. Kozłowski, s. 6.

<sup>12</sup> Bo po co podawać choremu lek, o którym wiadomo od początku, że w tej dawce nie podziała.

<sup>13</sup> A. Kozłowski, s. 8.

<sup>14</sup> s. 9.

Znieczula się pacjentów w stanach terminalnych – żeby choć tyle dla nich zrobić. Można mówić o rutynie w prywatnych gabinetach stomatologicznych. Wykonywane prywatnie zabiegi chirurgiczne, nawet tak drobne i powierzchowne jak usunięcie kaszaka – również odbywają się pod znieczuleniem. Słyszysz się opinię, że każdy zabieg typu punkcji także co do zasady wymaga znieczulenia. Standardowo znieczula się zastrzyki w oko i laryngologiczne badania gardła. W niektórych z tych sytuacji można jednak zapytać gorzko: czy bardziej chodzi o to, by pacjent nie cierpiał, czy też by nie szarpał się w rękach lekarza?...

Instytucja znieczulenia na życzenie toruje sobie drogę mozolnie i z oporami. Osoby narzekające na ból przy zabiegach typowo niezbyt dolegliwych nadal traktowane są w najlepszym razie protekcjonalnie i pobłaźliwie. Pacjentkę uspokaja się nieuważnie, niczym rozkapryszoną dziewczynkę z fanaberiami, zaś pacjentowi przygaduje się: „niech pan będzie mężczyzną”. W tzw. cywilizowanym świecie pacjentki są rutynowo znieczulane (zewnątrzoponowo) do porodu; w Warszawie wszystkie szpitale położnicze z wyjątkiem jednego<sup>15</sup> oferują takie znieczulenie na życzenie, ale za dodatkową, raczej wysoką opłatą.

Pojawia się w tym miejscu pytanie: czy pacjent ma prawo do znieczulenia na żądanie? Uprawnienie takie nie jest nigdzie ustanowione *expressis verbis* (jest to zresztą kwestia na tyle specyficzna i praktycznie ważna zarazem, że wymagałaby uregulowania zarówno prawnego, jak i w przyszłych nowelach do KEL). Niemniej prawo takie da się wyprowadzić z norm ogólnych, posługujących się pojęciem „należytej staranności”<sup>16</sup>. Lekarz staranny uśmierza cierpienia fizyczne, a nie ogranicza się do przyczynowego lub objawowego zwalczania innych, fizycznie bardziej „namacalnych” niż ból zjawisk. Dotyczy to nie tylko cierpienia, którego źródłem jest choroba, ale i takiego, które stanowi skutek uboczny podejmowanych u pacjenta czynności.

Pośrednio wykładni takiej sprzyja (mimo nieposługiwania się określeniem: prawo pacjenta) treść obowiązującego przyrzeczenia lekarskiego – „*przysięgam (...) według najlepszej mej wiedzy przeciwdziałać cierpieniu i zapobiegać chorobom*”<sup>17</sup> oraz artykułu 2 ust. 1 KEL – „*Powołaniem lekarza jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, zapobieganie chorobom, leczenie chorych oraz niesienie ulgi w cierpieniu; lekarz nie może posługiwać się wiedzą i umiejętnością lekarską w działaniach sprzecznych z tym powołaniem*”.

Rzecz jasna, o prawie do znieczulenia można mówić tylko w sytuacji braku poważniejszych przeciwwskazań medycznych (przeciwwskazaniem takim **nie** jest normalne ryzyko, związane ze znieczuleniem taką, czy inną metodą) i z uwzględnieniem dostosowania techniki znieczulenia do możliwej w danym przypadku bole-

<sup>15</sup> Osoby ciekawe, który to szpital, odsyłamy do „Gazety Wyborczej” z 5-6.06.2000 r. Owa jedyna placówka znieczula „ze wskazań medycznych”, jak np. naciśnięcie u ciężarnej (**silny ból nie jest najwyraźniej wskazaniem medycznym...**).

<sup>16</sup> Przypominamy, że staranność „należyta”, to staranność **ogólnie wymagana**, a nie ogólnie przyjęta w praktyce. Fakt, że praktyka znieczulenia na życzenie nie jest ogólnie przyjęta, nie stoi na przeszkodzie uznania jej za wymóg odpowiadający medycynie współczesnej.

<sup>17</sup> Zauważmy, że przeciwdziałanie cierpieniu zostało tu wymienione na miejscu pierwszym!

sności. Żądanie znieczulenia ogólnego przy borowaniu zębów można chyba uznać za przesadne – „chyba”, ponieważ próg odporności na ból u jednego pacjenta jest wyższy, u drugiego niższy, a ponadto zgorzel i ropienie sprawiają, że znieczulenie miejscowe nie działa.

Dzisiejsza anestezjologia dysponuje bardzo szerokim wachlarzem metod w tym zakresie: od odpinięcia w sen przy znieczuleniu ogólnym, zwanym potocznie narkozą, poprzez silne znieczulenia miejscowe, mniej lub bardziej wyrafinowane, z zewnątrzoponowym i podpajęczynówkowym włącznie, aż do „zwykłych” miejscowych oraz prostych i absolutnie bezpiecznych metod znieczulenia powierzchniowego z użyciem odpowiednich kremów czy preparatów w aerozolu. Wiele z tych metod może być zresztą stosowanych bez udziału anestezjologa. Nawiasem mówiąc istnieje znacznie więcej przeciwwskazań medycznych do znieczuleń miejscowych, niż do znieczulenia ogólnego. To tylko atawistyczny lęk przed utratą świadomości i ewentualnym stanem śpiączki, podsycany przez thrillery medyczne sprawia, że pacjenci częściej wzbraniają się przed tym rodzajem znieczulenia.

Wśród lekarzy młodszej generacji częściej spotyka się pogląd, że pacjent powinien otrzymać znieczulenie, ilekroć o nie poprosi, chyba że w jego przypadku zachodzą przeciwwskazania (np. alergia). W sumie to pacjent wie najlepiej, czy boli go, czy nie. Reakcja bólowa nie jest zjawiskiem do końca wyjaśnionym i co komu po naukowych wywodach, że w tym miejscu nie ma receptorów, więc boleć „nie ma prawa” – gdy jak na złość boli.

Z drugiej strony – równie chyba rozpowszechniony wydaje się slogan, iż „cierpienie uszlachetnia”. Owszem, różne sposoby zadawania bólu w celu udowodnienia hartu ducha znane są ludom prymitywnym. Im większa dzicz, tym bardziej dokuczliwe fizycznie tzw. obrzędy przejścia w wiek dojrzały dla młodych mężczyzn, co w dodatku traktowane jest zdaje się jako swoisty przywilej płci. Z kolei w stosunku do kobiet twierdzi się z całą powagą, że są od mężczyzn bardziej na ból wytrzymałe, skoro muszą przetrzymać bóle porodowe. Nie wiadomo dlaczego właśnie poród uważany jest za najwyższy próg bólu, bo nie ma czegoś takiego, jak skala porównawcza dla bólu. Każdy cierpi po swojemu i tylko on sam wie, jak bardzo, a wszelkie próby zobiekttywizowania bólu opierają się na okazywanych reakcjach; jedni są w tej materii bardziej ekspresyjni, a inni mniej, więc natężenie krzyku lub wymowne grymasy nie mogą decydować.

Cywilizacja poszła naprzód i nie ma powodów, abyśmy brali wątpliwy przykład z Indian czy Zulusów. W dzisiejszych czasach, gdy nie poluje się na bizony ani nie leczy ran przez polewanie ich wrzącym olejem trudno byłoby racjonalnie uzasadnić konieczność znoszenia bólu w imię jakichś „wyższych celów”. Owszem, ból ostry ma z zasady charakter ostrzegawczy, jednak te zabiegi, podczas których reakcja bólowa ma spełniać funkcję kontrolną, należą do nielicznych. W większości sytuacji ból towarzyszący diagnozie lub terapii jest zjawiskiem niepożądanym. U bardziej wrażliwych pacjentów, zwłaszcza u dzieci, może prowadzić do postaw traumatycznych. Jest to oczywiste dla każdego lekarza – neurologa, jednak lekarze innych specjalności często to lekceważą: no bo niby jakie ma znaczenie, że pacjent wrzesz-

czy z bólu, skoro właśnie ratują mu życie? A ten niewdzięcznik próbuje się wyrwać i wydziera się wniebogłosy. Gdy nasilenie bólu przekracza pewien próg wytrzymałości jednostki – pojawiają się odruchy. Gdy odruchy te przeszkadzają w prowadzeniu leczenia – dostrzega się potrzebę ich minimalizacji. Dawniej pacjentów przywiązywano do stołu lub do krzesła – dziś powinno się podawać znieczulenie.

W praktyce zdarzają się przypadki nie tylko odmowy zaaplikowania leków usmięrzających, ale wręcz – złośliwego wykonywania zabiegu na tzw. żywca, pojmowanego jako swoisty odwet: pijany pacjent szalał na izbie przyjęć, podbił oko lekarzowi, więc „wychowawczo” miał ranę zszywaną bez znieczulenia bądź bez znieczulenia nastawianą szczękę. Również ze względów „wychowawczych” bywały bez znieczulenia wykonywane aborcje. Skoro podobne barbarzyństwo jest wciąż obecne – tym silniejszego zaakcentowania wymaga prawo pacjenta do otrzymania środka przeciwbólowego – w kontekście poszanowania jego godności.

Deklaracja Światowego Stowarzyszenia Medycznego, dotycząca praw pacjenta, przyjęta przez 34 Światowe Zgromadzenie Medyczne w 1981 r. w Lizbonie (uzupełniona i poprawiona w 1995 r. na 47 Generalnym Zgromadzeniu w Bali) ujmuje prawo pacjenta do znieczulenia właśnie jako wycinek prawa do godności (pkt 10b): „Pacjent ma prawo oczekiwać środków przeciwbólowych zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej”.

„Deklaracja niniejsza prezentuje **podstawowe** prawa pacjenta będące przedmiotem promocji i wdrożenia przez zawody medyczne. Lekarze i inne osoby lub instytucje zaangażowane w proces zapewnienia opieki medycznej ponoszą wspólną odpowiedzialność za uznanie i przestrzeganie tych praw. W każdym przypadku naruszenia, względnie uszczuplenia praw pacjenta przez system legislacyjny, działania rządu, administracji lub innych instytucji, lekarz powinien zastosować odpowiednie środki w celu zapewnienia lub przywrócenia tych praw” (z preambuły). I nie jest tutaj argumentem, że Deklaracja nie stanowi aktu prawnego obowiązującego w naszym państwie; miarą należytej staranności zawodowej lekarza jest również przestrzeganie praw pacjenta – zaliczają się one do zasad ostrożności w postępowaniu leczniczym, których lekarzowi nie wolno łamać. Nasze ustawodawstwo wymienia zachowanie godności jako jedno z praw pacjenta, choć jednocześnie nie precyzuje, w czym dokładnie owe poszanowanie godności miałyby się przejawiać. Jednak w naszym kręgu kulturowym publiczne okazywanie cierpienia uważane jest za rzecz wstydliwą. Żenuje tak cierpiącego, jak i mimowolnych świadków. Zbyt naszym zdaniem gwałtowne reakcje na ból przyjmujemy z niechęcią i wyższością („ale ryczy, że też nie potrafi się opanować”). Przed krzykami bólu najchętniej schowalibyśmy się w mysią dziurę, żeby tylko ich nie słyszeć. Być może i to jest reakcją atawistyczną, skoro udowodniono, że nagrany głos zarzynanego pobratymca skutecznie płoszy niektóre zwierzęta.

W każdym razie człowiek instynktownie ukrywa ból przed obcymi. Mimo, iż personel medyczny na co dzień obcuje z cierpieniem, a jego zawodowym i etycznym powołaniem jest niesienie w tym cierpieniu ulgi – dla pacjenta są to osoby obce. Konieczność znoszenia bólu przy obcych działa deprymująco, upokarza i wzbu-

dza uczucie wstydu. Ból jest więc szkodliwy nie tylko od strony fizycznej, nie tylko z punktu widzenia pomyślanej terapii – ale i ze względów psychologicznych. Nikt nie ma prawa skazywać drugiego na niepotrzebne cierpienia w swojej obecności, o ile jest w posiadaniu medycznych środków mogących temu zapobiec. Zbędne cierpienie nie uszlachetnia, tylko wręcz przeciwnie: upodla. Jeżeli pacjent ma prawo do tego, by w procesie leczenia szanowano jego godność – to narażanie na zbędny ból jest upokorzeniem. Zwłaszcza, gdy towarzyszą temu złośliwe docinki. Nikt nie zdoła w sposób miarodajny stwierdzić, jak bardzo boli bliźniego i czy bliźni „powinien” to wytrzymać, czy nie. Przede wszystkim zaś nie ma czegoś takiego, jak powinność znoszenia bólu.

Z punktu widzenia pacjenta lepsze jest znieczulenie na wszelki wypadek od – również na wszelki wypadek – braku znieczulenia. Co do zasady należy liczyć się z tym, że każde naruszenie ciągłości tkanek powoduje ból. Dla jednych zastrzyk czy nakłucie w celu pobrania krwi nic nie znaczą – inni zaś z wrażenia mdleją. Do pewnych rodzajów bólu z czasem można się przyzwyczaić i nauczyć się je opanowywać – tylko po co? I przede wszystkim – jak to wytłumaczyć np. dzieciom?

Ból towarzyszy nie tylko schorzeniom: istnieją bolesne zabiegi diagnostyczne – wystarczy wymienić pobranie szpiku kostnego, HSG czy amniopunkcję.

Nie trzeba tłumaczyć, że istnieje zasadnicza różnica między dwiema następującymi postawami:

- znieczulać na życzenie, o ile nie ma przeciwwskazań zdrowotnych;
- czy znieczulać tylko, gdy istnieją wskazania „natury medycznej” – np. nadciśnienie, odruch (wymiotny przy badaniu laryngologicznym lub odruch mrugania przy zastrzyku w oko).

Ryzyko powikłań może stanowić argument przeciwko zastosowaniu znieczulenia tylko wówczas, gdy jest ono realne w przypadku konkretnego pacjenta. Jakiekolwiek próby stosowania w tej dziedzinie wskazań jednolitych dla wszystkich pacjentów zasługują na jednoznaczne potępienie jako przejaw przedmiotowego, a nie podmiotowego traktowania pacjenta. Uzasadnienie typu: „*sporadycznie również opisywane są reakcje uczuleniowe na środki znieczulające, co może być kolejnym argumentem przeciwko wykonywaniu nieuzasadnionych działań medycznych*”<sup>18</sup> stanowi przejaw czysto urzędniczego asekurantstwa.

Medycyna powinna przyjąć założenie, że wystarczającym wskazaniem do znieczulenia jest ból – o ile sam pacjent przewiduje, iż będzie – o dłań uciążliwy na tyle, że chciałby go uniknąć. Oczywiście zależy to od oceny własnej pacjenta. Przy czynnościach drobniejszych i nie bardzo bolesnych jest ona o tyle pożądana, że nie każdy takie żądanie będzie zgłaszał. Mimo wszystkich argumentów na korzyść subiektywistycznego traktowania bólu nie unikniemy, jak się zdaje, odruchowego relatywizmu i porównywania zachowań danego pacjenta z reakcjami innych w analogicznych przypadkach. Może więc zdarzyć się, że lekarz, bez złej woli czy niedbalstwa, nie ma odruchu znieczulania w przypadkach drobnych i ze względu na stwierdzoną

<sup>18</sup> Autentyczny fragment pisma wyjaśniającego, skierowanego do pacjenta, któremu odmówiono znieczulenia.

przeważającą i akceptowaną praktykę trudno będzie postawić mu na tej podstawie zarzut. W tej sprawie można doradzić pacjentom, ażeby w celu uniknięcia nieporozumień głośno i natarczywie dopominali się o znieczulenie zawczasu i w żadnym razie nie krępowali się deklaracjami w rodzaju: mam obniżony próg wytrzymałości na ból. Nie każdy musi być twardy jak Johnny Rambo, który dezynfekował sobie rany, posypując je kordytem z naboju karabinowego i podpalając. Doświadczenie uczy, że nadmiar ekspresji ze strony pacjenta działa tutaj na jego korzyść, bo spokojne tłumaczenia i perswazje są lekceważone znacznie częściej niż histeria i dzikie wrzaski.

Na zakończenie warto przyrzeć się, jak prawo pacjenta do zachowania godności w cierpieniu (inaczej mówiąc – prawo do znieczulenia) jest lub powinno być realizowane od strony technicznej.

Wiele znieczuleń jest i zapewne długo jeszcze będzie zaliczanych do kategorii świadczeń ponadstandardowych. Lekarz ma jednak obowiązek informować o możliwości znieczulenia – siłą rzeczy w oparciu o swoje dotychczasowe doświadczenia na tle innych przypadków podobnych, istnieje więc ryzyko niezawinionego pominięcia takiej informacji. Na wyraźne zapytanie pacjenta bardziej uczciwa będzie odpowiedź: „nie wiem, czy to bardzo boli, bo sam nie byłem temu poddawany” niż wykręty w rodzaju: „to nic, poboli i przestanie”.

W kwestii bólu trzeba uczciwie przyznać, że od lekarza nie możemy wymagać jasnowidzeń, dlatego nie zawsze wolno mówić o obowiązku podania znieczulenia, skoro nie zawsze wiadomo, z czego dokładnie owa powinność miałaby wynikać. Ale też dlatego właśnie powinno wystarczyć samo życzenie pacjenta. Z tego względu uznaję, że pacjent ma prawo do znieczulenia na żądanie, o ile jednocześnie nie istnieją po temu przeciwwskazania. Prawo do znieczulenia bez potrzeby wyraźnego zgłoszenia zapotrzebowania jest kwestią bardziej dyskusyjną i siłą rzeczy może być formułowane tylko na podstawie znanych prawidłowości statystycznych.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że tego rodzaju uogólnienia znajdują rację tylko wobec pacjentów dorosłych. Dzieci odbierają ból inaczej: pierwsze w życiu pobranie krwi z żyły może stać się przeżyciem traumatycznym. Niby wszyscy wiemy, że dzieciom powinno się oszczędzać drastycznych przeżyć, a jednak zabiegi medyczne są tą sferą, o której się zapomina. „Hartowanie od małego” może na dłuższą metę przynieść więcej szkody niż pożytku, lepiej więc przyjąć założenie, że nawet najbardziej powierzchowne ukłucie skóry dziecka należy znieczulić. Dlatego wobec lekarzy pediatrów można skonstruować zaostrzony model staranności w znieczulaniu. Nie jest zatem w porządku, gdy o istnieniu kremu do znieczulenia powierzchniowego rodzic dziecka dowiaduje się dopiero z tygodnika „Polityka”, a nie od lekarza.

Jeżeli z jakichś przyczyn lekarz w danym przypadku nie dysponuje odpowiednimi środkami – niech w miarę możliwości przynajmniej wypisze na nie receptę. O możliwości znieczulenia pacjent powinien być powiadamiany zawczasu, tak samo jak o tym, że znieczulenia się nie przewiduje. Gdy pacjent już leży na stole lub siedzi na fotelu, stwierdzenie „my nie znieczulamy” może stanowić uchybienie obowiązkowi

należytej staranności, jeśli istnieją placówki, które w takich razach znieczulenie stosują i uprzedzenie o tym wpłynęłoby na decyzję co do wyboru innego lekarza czy szpitala.

Bywa, że od pacjenta odbiera się pisemną zgodę na znieczulenie. Dotyczy ona znieczuleń uważanych za niosące ze sobą podwyższone ryzyko: znieczulenie ogólne, podpajęczynówkowe czy zewnątrzoponowe. Dają się jednak odnotować także przypadki „zgody wiązanej”: formularz dla znieczulenia zewnątrzoponowego zawiera klauzulę: „wyrażam zgodę również na inne metody znieczulenia”. Na tym tle powstaje problem, czy taka zgoda „w ciemno” jest prawnie skuteczna i spełnia wymogi należytej informacji. Z drugiej strony nie przesadzajmy: czy pacjent ma być za każdym razem szczegółowo informowany, jaki specyfik wobec niego stosują? Wydaje się, że odpowiedź powinna być twierdząca wszędzie tam, gdzie konkretny lek może później spowodować większe dolegliwości od przeciętnie oczekiwanych: statystyka notuje na przykład różne niedobre reakcje na lek o nazwie dolargan. Pacjentom należy więc na wszelki wypadek odradzić podpisywanie zgody na „inne rodzaje znieczuleń” bez wyszczególnienia, chyba że im wszystko jedno – aby tylko podziałało.

Jest bezsporne, że zastosowanie konkretnego znieczulenia powinno być poprzedzone wywiadem zorientowanym na wykrycie ewentualnych przeciwwskazań medycznych. Przed narkozą wymaga się ponadto, aby pacjent był na czczo, jednak owa czczość określana jest mniej lub bardziej szczegółowo. Tymczasem ktoś nieświadomiony mógłby rozumować tak: „co komu przeszkadza, że wypiję szklankę wody”? Doświadczenie uczy, że pacjent pouczony wyczerpująco jest bardziej skłonny przestrzegać zaleceń i nie mędrkuje. Dotyczy to rzecz jasna osób myślących, ale trudno z góry zakładać, iż pacjent jest tak głupi, że nie warto mu nic tłumaczyć. Perspektywa zachłyśnięcia się w wyniku narkozy własnymi wymiocinami będzie zdecydowanie bardziej sugestywna niż najsurowszy zakaz konsumpcji bez podania wyjaśnienia. Za każdym razem jednak pacjent powinien też być poinformowany o środkach ostrożności także PO zabiegu ze znieczuleniem – np. w stomatologii: „dopóki znieczulenie nie przestanie działać, proszę nic nie jeść, bo można sobie dotkliwie przygryźć policzek lub poranić dziąsła i nic nie poczuć”.

Zastosowanie środka znieczulającego nie zależy od dobrej woli lekarza; jest prawem pacjenta, któremu odpowiada ustawowy obowiązek. Ponadto niesienie ulgi w cierpieniu stanowi jeden z podstawowych nakazów etycznych w tym zawodzie. Również lekarską należyta staranność da się ująć i w tej kategorii: staranny lekarz, który w sposób należyty troszczy się o pacjenta, nie pozwala mu cierpieć bardziej, niż to niezbędne dla prawidłowego postawienia diagnozy i zaordynowania właściwej terapii. Metody psychologiczne, polegające na odwróceniu uwagi od bólu poprzez wciąganie w rozmowę na tematy oderwane – mogą zadziałać jedynie połówicznie albo nawet w ogóle, a zależy to zarówno od inteligencji pacjenta, jak od pozamedycznych umiejętności lekarza, podczas gdy znieczulenie farmakologiczne mieści się w kanonie wiedzy medycznej i wystarczy tylko po nie sięgnąć. Okłamywanie, że „to nie będzie bolało” narusza prawo pacjenta do rzetelnej informacji

i nie dałoby się obronić poglądu, iż „to dla jego dobra”. Jeśli ma boleć, to zaboli i tak, a pacjent poczuje się tylko jeszcze gorzej: oszukany i upokorzony, ponieważ ból jest odczuciem wstydlwym. Lekarz (ani zresztą nikt inny) nie może wiedzieć lepiej od pacjenta, skoro doznanie bólu ma charakter wyraźnie subiektywny i zależy od najrozmaitszych, w dodatku nie do końca zbadanych czynników. Dlatego też nikt nie może być autorytetem w sprawie cudzego bólu: nie pozostaje nic innego, jak przyjąć na wiarę zapewnienie pacjenta, że ten wytrzyma lub nie. Jednak z drugiej strony – gdy pacjent odgrywa bohatera i dobrowolnie rezygnuje ze znieczulenia – jest to okoliczność, która wyklucza następnie postawienie lekarzowi zarzutu. Gdy natomiast pacjent od pierwszej chwili deklaruje swój niski próg odporności na ból – bagatelizowanie tego kwalifikuje się jako uchybienie zawodowe, gdyż w tym wyjątkowym przypadku, to pacjent wie lepiej.



*Grażyna Iwanowicz-Palus*

## **Prawa pacjenta w Polsce**

Prawa pacjenta stanowią integralną część i konkretyzację szeroko rozumianych praw człowieka oraz są konsekwencją ewolucji, jaka dokonała się w ostatnim półwieczu w sferze tych praw. Wyrastają bowiem ze wspólnego, tak charakterystycznego dla naszych czasów, poczucia zagrożenia podmiotowych praw i godności jednostki ludzkiej.

Prawo do ochrony zdrowia jest jednym z podstawowych praw człowieka, a w szczególności dotyczy uzyskania niezbędnej pomocy medycznej w razie choroby lub urazu oraz świadczeń medycznych zapobiegających chorobie lub trwałemu kalectwu.

Państwo zapewnia realizację tego prawa poprzez działalność prawodawczą, określając szczegółowo zakres uprawnień do świadczeń zdrowotnych, dostępnych bez względu na sytuację ekonomiczną potrzebujących oraz zadania i obowiązki zakładów opieki zdrowotnej udzielających tych świadczeń.

Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymogom wiedzy medycznej implikuje skorelowany z nim rodzaj stałego zobowiązania pracowników służby zdrowia, iż we wszystkich ważnych dla pacjenta sprawach będą podejmować decyzje na podstawie kryteriów medycznych oraz w oparciu o listy oczekujących na wykonanie określonych działań medycznych (27). Tymczasem wielu spośród polskich pacjentów i lekarzy traktuje istnienie takich list jako zjawisko przejściowe, kryzysowe, a także jako dobitny dowód patologii obecnego systemu.

Zagadnienie ograniczonego dostępu do określonych metod diagnozy i terapii, które może zaoferować nowoczesna medycyna, powinno być z całą otwartością uświadamiane społeczeństwu i stawać się przedmiotem publicznej debaty. Prawo do ochrony zdrowia było i będzie limitowane – nie może więc być traktowane jako prawo absolutne.

Wiemy, że oczekiwania chorych w stosunku do służby zdrowia są większe niż jej możliwości. Tak jest zresztą na całym świecie, nawet w krajach, gdzie nakłady na nią są wielokrotnie większe niż w Polsce, np. w Niemczech czy Stanach Zjednoczonych (16).

Na całym świecie zmiany w systemie ochrony zdrowia pociągają za sobą potężne naciski organizacyjne i ekonomiczne na sposób wykonywania praktyki lekarskiej. Medycyna staje się „interese” zarządzanym przez ekonomistów, w którym lekarze są technikami leczenia, a chorzy klientami. W praktyce prowadzi to często do skrócenia czasu kontaktu lekarza z chorym, ograniczenia środków na leczenie i – co za tym idzie – dostępu do możliwych, choć kosztownych sposobów leczenia, a u pacjentów – do poczucia anonimowości (13).

Wszystkie kraje europejskie muszą stawić czoło wzrastającym wydatkom na ochronę zdrowia. W każdym z nich podejmuje się specyficzne kroki zmierzające do ograniczenia nakładów na opiekę zdrowotną. Niemniej wszędzie bierze się pod uwagę także poprawę jakości usług oraz lepsze dostosowanie środków finansowych do jakości tych usług i wzrost roli klienta, jakim jest pacjent w tym zakresie.

Nie ma żadnych dowodów na to, że dla realizacji praw pacjenta w Polsce uzasadnienie mają jedynie regulacje rynkowe, czy też wyłącznie nierynkowe (26). Wiadomo jednak, że niektóre rozwiązania systemowe, jeśli nie zostaną uzupełnione innymi, nie zapewnią realizacji tych praw. Przykładem może być prawo pacjenta do wyboru lekarza i miejsca uzyskiwania świadczeń. Realizacja takiego prawa sprzyja zwiększaniu satysfakcji pacjenta, jego wolności. Alokacja środków zależna od wyborów dokonanych przez pacjenta rozszerza krąg podmiotów realizujących gwarantowane przez państwo uprawnienia do świadczeń, wprowadza między nimi konkurencję, a więc instrument regulacji rynkowej. Nie jest jednak możliwe realizowanie prawa pacjenta do wyboru, jeśli jednocześnie nie zostanie zapewnione i nie będzie realizowane prawo do informacji umożliwiającej docenienie owego wyboru.

Wprowadzenie praw pacjenta do praktyki funkcjonowania społecznego w naszym kraju przypomina raczej schemat działań rodem z epoki absolutyzmu oświeconego niż inicjatywę wyrastającą ze świadomych potrzeb społeczeństwa. W tej sytuacji zrozumiałe jest, że zapisy prawne wyprzedzają jakąkolwiek infrastrukturę instytucjonalną, która działałaby na rzecz faktycznego egzekwowania owych praw oraz ich popularyzacji (4).

Chociaż regulacje prawne w zakresie praw pacjenta, przyjęte w Polsce po 1990 roku nie odbiegają w istotnych treściach od przyjętych w większości krajów europejskich, to respektowanie ich w naszym kraju budzi bardzo wiele zastrzeżeń i uwag.

Zarówno badania opinii społecznej, w tym również własne (9), jak i kontrole odpowiednich instytucji potwierdzają, że prawa pacjentów są w Polsce niestety bardzo często łamane (5, 7, 8, 10, 30).

Nie respektowane są nie tylko prawa związane z aspektem finansowym opieki zdrowotnej, ale i prawa nie wymagające żadnych nakładów finansowych, jak w szczególności prawo do informacji, prawo do wyrażania zgody na podejmowane działania medyczne, prawo do intymności i poszanowania godności – czyli nawet te prawa, które były najczęściej wymieniane przez wszystkie badane grupy. Wreszcie pojawiające się coraz częściej procesy sądowe jak i składane skargi do Rzeczników Odpowiedzialności Zawodowej przeciwko pracownikom służby zdrowia, potwierdzają także fakt łamania praw pacjenta (18, 19, 24).

Prawa te muszą być dostrzeżone, zaakceptowane i realizowane przez pracowników służby zdrowia. A do tego niezbędna jest znajomość przepisów prawnych i norm etycznych z tego zakresu, gdyż relacja pomiędzy personelem medycznym a pacjentem uległa zasadniczej zmianie nie tylko z powodu nowych uregulowań prawnych, ale przede wszystkim z powodu poszerzenia zakresu świadomości prawnej społeczeństwa, jak i dojrzałości jednostek do decydowania o własnym życiu i zdrowiu.

Wyniki badań własnych (9), jak i innych autorów (5, 6, 7, 30) wskazują, że stopień upowszechniania wiedzy o prawach pacjenta jest w społeczeństwie dalece niewystarczający. Ponad jedna trzecia badanych pacjentów (36,3%) w ogóle nie słyszała o przepisach ich chroniących, a zaledwie dwie dziesiąte (20,1%) przyznawało się do dobrej ich znajomości, aczkolwiek stopień poinformowania w tej grupie był bardzo nierównomierny. Lepiej były zorientowane w tej kwestii osoby z wyższym wykształceniem (59,7%), a kobiety dwukrotnie przewyższały (23,6%) mężczyzn (11,6%) (9).

To przede wszystkim pacjenci powinni być zainteresowani swoimi prawami, gdyż właściwe ich egzekwowanie powinno doprowadzić do zmiany podejścia usługodawców świadczeń zdrowotnych (z przedmiotowego na podmiotowy stosunek do pacjenta) i zapewnić wysoką jakość tych świadczeń oraz wymusić przestrzeganie zasad kodeksów etyki zawodowej wśród pracowników ochrony zdrowia, jak również uświadomić im zakres odpowiedzialności, jakiej podlegają.

Konieczna jest także dobra znajomość prawa wśród pracowników służby zdrowia, aby względami etycznymi nie próbowali usprawiedliwiać swej niekompetencji w zakresie prawnych aspektów wykonywania zawodu (28). Wyniki badań w tym zakresie przedstawiają sytuację zdecydowanie niekorzystną i świadczą o zaledwie częściowej jego znajomości i to tylko wśród jednej czwartej osób z tych grup zawodowych. Natomiast dobra znajomość praw pacjenta sprzyja upowszechnianiu ich treści wśród podopiecznych, szczególnie w sytuacji, gdy personel medyczny stanowi w tym zakresie znikome źródło informacji (pielęgniarki i położne – 38,9%; lekarze – 18,3%) (9).

Szczególnie charakterystycznym przejawem zmian występujących w relacjach pacjent – pracownik służby zdrowia są przede wszystkim nowoczesne koncepcje zgody na interwencję medyczną. To właśnie dzięki położeniu silnego akcentu na akt zgody danej osoby na podejmowane wobec niej czynności medyczne realizuje się ochrona autonomii każdego co do decydowania o samym sobie, ochrona prywatności, a także zasada poszanowania integralności cielesnej każdego człowieka (25).

Obowiązujące u nas przepisy regulujące kwestię zgody chorego na leczenie są podobne do zasad obowiązujących w Europie. Autonomia jednostki wyrażająca się w bardzo szeroko pojmowanym prawie do decydowania o sobie i wynikająca z niej konieczność uzyskania zgody na każdą interwencję medyczną, związaną z możliwością poważniejszych powikłań, są podstawowymi zasadami, na których te przepisy zostały oparte (13).

W postępowaniu medycznym powszechnie przyjmuje się, że zgoda oznacza dobrowolną, nieprzymuszoną decyzję, podjętą z dostatecznym rozeznaniem przez

osobę zdolną do świadomego wyrażenia woli, przy czym decyzja ta ma zostać podjęta na podstawie adekwatnej informacji oraz po rozważeniu, czy przyjąć, czy też raczej odrzucić zaproponowany sposób postępowania. W systemie prawnym uzależniającym legalność działań medycznych od zgody pacjenta, przeprowadzenie ich bez takiej zgody czyni je bezprawnymi (29), ponieważ „(...) zgoda stanowi *sedno leczenia jako wspólnego przedsięwzięcia pacjenta i lekarza*” (46 s. 30). Niejednokrotnie jednak działania medyczne podejmowane są w istocie bez zachowania tego wymogu, mimo powszechnie spotykanych zapewnień personelu medycznego, iż prawo pacjenta do świadomej zgody na zabieg jest w pełni respektowane. Ten rozdzźwięk między teoretycznymi deklaracjami a szpitalną praktyką potwierdzają także wyniki badań własnych (86,3-100,0%) (9).

Nieprzestrzeganie tego prawa dostrzegane jest najczęściej w przypadkach podejmowania badań laboratoryjnych (45,5%), diagnostycznych (37,8%), czynności pielęgnacyjnych (37,8%), czy też zabiegów lekarskich w celu diagnostycznym (35,6%), zabiegów rehabilitacyjnych (33,1%) oraz badań lekarskich (32,7%) (9).

Nawet w przypadku respektowania co do zasady prawa pacjenta odnośnie samostanowienia – wyrażanie zgody nie za każdym razem miało miejsce **przed** danym działaniem medycznym. Najczęściej łamane było ono w przypadku badań laboratoryjnych (21,1%), zabiegów lekarskich w celu diagnostycznym (16,7%), czynności pielęgnacyjnych (14,3%) oraz w takim samym zakresie dotyczyło zabiegów rehabilitacyjnych (12,5%) i badań lekarskich (12,4%). Nie zawsze była to również „świadoma zgoda” pacjenta. Ta nie do końca uświadomiona zgoda dotyczyła najczęściej badań laboratoryjnych (23,0%), zabiegów lekarskich w celu diagnostycznym (16,4%), czynności pielęgnacyjnych (14,7%) oraz w prawie takim samym zakresie proponowanego leczenia (13,8%) i badań diagnostycznych (13,7%) (9).

Brak poszanowania prawa pacjenta do świadomego udziału w procesie leczenia odbija się negatywnie na możliwości uzyskania przez niego informacji niezbędnych przy podejmowaniu decyzji o wyrażeniu zgody lub jej odmowie na konkretne postępowanie medyczne, szczególnie w tej sytuacji, gdy zgoda pacjenta, jako warunek legalności zabiegu lub innych usług medycznych, nie jest jedynie instytucją prawną chroniącą prawo pacjenta do decydowania o własnym losie. Świadoma zgoda pacjenta służy też lekarzowi. Pozwala bowiem przynajmniej w części przerzucić na pacjenta moralną odpowiedzialność za decyzje co do przebiegu leczenia. Sprzyja budowie zaufania pomiędzy lekarzem a pacjentem, który w procesie leczenia jest traktowany jako podmiot tego procesu, a nie wyłącznie w sposób przedmiotowy (29).

Należy jednak pamiętać, że zgoda sama w sobie nigdy nie gwarantuje, iż pacjent istotnie był zdolny do jej wyrażenia, gdyż ktoś nastawiony ugodowo czy wręcz skłonny do uległości może wyrazić zgodę bez zrozumienia i właściwej oceny uzyskanych informacji. Przy uzyskiwaniu świadomej zgody należy zawsze wziąć pod uwagę możliwość stosowania przez pacjenta strategii obronnych, polegających na wypieraniu, odrzucaniu i odwracaniu uwagi od informacji o zagrożeniu albo nawet na ich aktywnym zniekształcaniu.

Ochrona prawa do samostanowienia, chociaż prawnie zagwarantowana, nie jest jednak absolutyzowana. Są przewidziane wyjątkowe sytuacje, w których można pominąć zgodę pacjenta w imię ratowania jego życia i zdrowia, bądź też dla ochrony innych dóbr prawnych (15).

Postęp medyczny, niosący ze sobą rozmaite skutki uboczne, szkody i ryzyko, uwiódł wyrażną sprzeczność pomiędzy lekarskim „łaskawym paternalizmem” a prawem pacjenta do samostanowienia. Wybór między alternatywnymi sposobami leczenia o zróżnicowanym stopniu ryzyka zależy od indywidualnego systemu wartości. Nie może być podjęty tylko na podstawie kompetencji medycznych, lecz wyłącznie przez samego zainteresowanego w oparciu o porady eksperta medycznego, jakim może być lekarz czy pielęgniarka (16). Okazuje się jednak, że tylko dwie piąte badanych pacjentów (40,2%) miało wpływ na wybór jednego spośród omówionych przez lekarza sposobów leczenia; jedna piąta tej grupy respondentów (19,3%) sugerowała lekarzowi określoną metodę, ale jedynie w przypadku około dwóch trzecich tych pacjentów (73,5%) sugestie ich zostały uwzględnione (9). Natomiast w procesie pielęgnowania tylko ponad jedna czwarta ankietowanych pacjentów (28,9%) miała wpływ na wybór jednego ze sposobów pielęgnacji, omówionych przez pielęgniarkę, a nieznacznie ponad jedna dziesiąta badanych (13,0%) sugerowała pielęgniarcie określony sposób pielęgnacji i w przypadku większości tych pacjentów (84,9%) sugestie te zostały również uwzględnione. Wszystko to wskazuje niestety na raczej niewielki udział pacjentów w procesach mających przyczynić się do poprawy ich stanu zdrowia. Z kolei opinie lekarzy, pielęgniarek i położnych w tym zakresie świadczą o znacznie większym udziale pacjentów w podejmowaniu decyzji dotyczących ich osoby (9).

To poszerzenie autonomii pacjenta i ograniczenie paternalizmu medycznego znajdują już obecnie wyraz w konkretnych rozstrzygnięciach normatywnych wprowadzanych w poszczególnych krajach, przy czym jest rzeczą charakterystyczną, że są one najbardziej eksponowane w ramach regulacji dotyczących prawa pacjenta do informacji (21, 25).

Należy jeszcze raz przy tym podkreślić, że czynna zgoda pacjenta co do dotyczących go interwencji medycznych powinna być właśnie rezultatem prawidłowo przebiegającego procesu informowania. Podobną sugestią wyraża Papieska Rada do spraw Duszpasterstwa Służby Zdrowia: „(...) *choremu należy podać prawdziwy stan jego choroby i możliwości terapeutyczne, wraz z niebezpieczeństwami, trudnościami i konsekwencjami, jakie zakładają. Oznacza to, że od pacjenta powinna być wymagana zgoda oparta na informacji*” (11 s. 66).

Dostarczenie pacjentowi informacji jest warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym do wyrażenia przez niego świadomej zgody. Dla uzyskania takiej zgody informacje powinny być zrozumiane i zapamiętane. Niewłaściwe informowanie chorych – brak informacji lub informacje niepełne oraz używanie określeń niezrozumiałych lub niewłaściwie pojmowanych przez pacjentów budzi lub pogłębia istniejący lęk oraz sprzyja kształtowaniu się nieprawidłowej relacji lekarz-pacjent. Prowadzi do lekceważenia niektórych problemów psychologicznych pacjenta, któ-

re wynika z poczucia wyższości i przekonania o bezwzględny podporządkowaniu pacjenta decyzjom lekarza (14, 17).

Jeśli fachowa informacja dotycząca diagnozy, leczenia, pielęgnacji, rokowań jest niedostateczna, wówczas działa informacja nieformalna, nieraz nieprawdziwa bądź wypaczona, powodująca lęki i podważająca zaufanie do lekarzy, podkopująca nadzieję lub właśnie osłabiająca czujność swym przesadnym optymizmem. A to przecież głównie informacje dotyczące rozpoznania i istoty choroby oraz rokowania i możliwości wyleczenia były otrzymywane w stopniu niewystarczającym przez ponad jedną dziesiątą badanych pacjentów (odpowiednio 12,0% i 15,9%). Natomiast około jednej trzeciej pacjentów było w ogóle pozbawionych informacji dotyczących alternatywnych nieoperacyjnych metod leczenia (31,7%) lub też na temat możliwości zastosowania innego postępowania medycznego (31,1%) (9).

Człowiek chory, szukający pomocy medycznej, musi nawiązać kontakt ze służbą zdrowia, z instytucjami medycznymi, z fachowym personelem i podjąć z nim współdziałanie. Stając się pacjentem napotyka trudności związane z brakiem orientacji, której wszak nie ułatwia informacja niepełna. W procesie leczenia pacjent jest skazany na ingerencję obcych ludzi w stosunku do swego ciała czy psychiki. Jednocześnie jest podczas hospitalizacji pozbawiony bliskości osób, które w życiu codziennym określają jego pozycję i rolę społeczną, jak również oderwany od przedmiotów stanowiących symbol statusu społecznego.

Pierwszy etap pobytu w szpitalu oznacza konieczność przestawienia się na nowe realia. Czynniki socjopsychiczne, towarzyszące wejściu w rolę pacjenta, zaakceptowanie instytucjonalnych oczekiwań w stosunku do siebie jako pacjenta – wymagają przystosowania do specyficznych warunków. Szczególnie istotną rolę odgrywają tutaj należyte informacje ułatwiające ów proces oraz wskazujące na możliwości i warunki realizacji przysługujących praw. Opinie badanych pacjentów w tym zakresie wykazują, iż przeciętna sytuacja szpitalna procesowi temu nie sprzyja (9). Zaledwie połowa badanych pacjentów (48,7%) otrzymywała informacje co do możliwości oraz sposobów kontaktowania się rodziny z lekarzem i pielęgniarką dyżurną, a tylko ponad dwie piąte spośród nich było informowanych o możliwości uczestnictwa w obrzędach religijnych organizowanych w szpitalu (45,1%), o topografii oddziału (44,5%), o rozkładzie dnia w oddziale (44,0%) i o obowiązkach wynikających z nowej roli (41,7%). Mniej liczne grupy, stanowiące ponad jedną trzecią ankietowanych pacjentów, uzyskiwały informacje dotyczące możliwości sprawowania opieki duszpasterskiej (39,1%), zwyczajów panujących w oddziale (37,6%), przysługujących praw (37,6%) i możliwości sprawowania opieki pielęgnacyjnej przez osoby bliskie (26,4%) (9).

Jednocześnie personel służby zdrowia, przeciążony nadmiarem zadań, często zdominowany przez technikę medyczną, nieraz nie dostrzega zagubienia pacjenta oczekując jedynie właściwego rozumienia zaleceń, dyscypliny w ich realizacji i ogólnego podporządkowania autorytetowi medycyny.

Dostęp do informacji medycznych nie tylko warunkuje prawidłowość podejmowanych przez pacjenta decyzji w związku z przewidywanymi zabiegami medycznymi

mi, ale jest przecież także wyrazem poszanowania jego godności, autonomii, a zarazem przesłanką „samookreślenia się” każdego człowieka i prawa swobodnego decydowania o sobie samym. Eliminujący to prawo paternalizm w podejściu do chorego, traktowany jest jako naruszenie podmiotowości pacjenta. Zasadnicze znaczenie z punktu widzenia ochrony prawa pacjenta do informacji mają nie tylko odpowiednie regulacje ustawowe czy zapisy deontologiczne, ale przede wszystkim zmiana postawy personelu medycznego wobec tych kwestii. Najlepsze nawet konstrukcje normatywne trafiają w próżnię, jeśli nie będzie im towarzyszyć akceptacja ze strony środowiska medycznego (25).

Z prawem do informacji w oczywisty sposób wiąże się prawo pacjenta do wglądu w dokumentację odnoszącą się do jego osoby. Z prawa tego korzysta ponad połowa pacjentów (51,0-55,6%), chociaż w warunkach polskich jest ono respektowane w znacznie mniejszym zakresie (36,6%) (1,9).

Poszanowanie prawa pacjenta do uzyskania informacji o swym własnym stanie zdrowia, rokowaniach, szansach, ryzyku itd. oraz przestrzeganie tajemnicy zawodowej – to sprawy, które w relacjach pacjent-pracownik służby zdrowia wzajemnie się uzupełniają (25). W Polsce natomiast rozpowszechniony jest zwyczaj omawiania rozpoznań, stosowanego leczenia i rokowania bardziej z rodzinami niż z pacjentami. Problem jest szczególnie widoczny na tle przypadków trudnych, a zwłaszcza tych o niepomyślnym rokowaniu. Znajduje to potwierdzenie również w wypowiedziach pacjentów, którzy stwierdzają, że odbiorcami informacji dotyczących ich osoby bywa zazwyczaj każdy zainteresowany członek rodziny (40,0%), a nawet każda osoba zgłaszająca się do lekarza prowadzącego (10,4%), gdy tymczasem powinien nią być przede wszystkim sam pacjent, względnie osoba przezeń wskazana co jednak ma miejsce niezwykle rzadko (13,8%) (9). Takie podejście stoi w sprzeczności z zasadą przestrzegania tajemnicy lekarskiej. Wyraźnie określa to Ustawa o zawodzie z lekarza, która stwierdza, że lekarz nie może udzielać informacji osobom trzecim nie zapytawszy uprzednio chorego, czy i w jakim zakresie może daną osobę poinformować (28).

Należy uznać, że już z samej zasady tajemnica lekarska obowiązuje lekarza wobec osób najbliższych chorego i na pierwszym miejscu powinien być respekt dla woli samego zainteresowanego, tj. pacjenta. Trzeba jednak z drugiej strony pamiętać, że zgoda na informowanie rodziny nie musi być przy tym wyrażona w sposób bezpośredni i sformalizowany – wystarczy, że jest przejawiana przez takie zachowanie chorego, z którego można wnosić, iż jest on zainteresowany „scedowaniem” na osobę najbliższą sprawy kontaktów z opiekującym się nim lekarzem (25).

Inną niewłaściwą praktyką, bardzo w polskich realiach rozpowszechnioną, jest udzielanie informacji o zdrowiu chorego przez telefon, zarówno przez lekarzy (67,4%), pielęgniarki (57,5%) jak i położne (38,3%) (9).

Naruszeniem tajemnicy zawodowej jest również często spotykany zwyczaj opowiadania o pacjentach innym pielęgniarkom, lekarzom lub kolegom poza miejscem pracy. Jednak znajomość prawa pacjenta do poufności wyraźnie przyczynia się do tego, że poruszanie w prywatnych rozmowach tematów dotyczących pacjen-

tów spotyka się czterokrotnie rzadziej (5,9%) w porównaniu z sytuacjami naznaczonymi brakiem świadomości w tym zakresie (21,1%) (9).

Ponadto w relacji lekarz/pielęgniarka-pacjent wchodzenie w sferę prywatności jest regułą. Stąd tak istotne są warunki, w jakich realizowane są świadczenia zdrowotne (8).

Niepokojącym zjawiskiem jest powszechne przeprowadzanie przez lekarzy (74,5%) badania pacjentów i zbieranie wywiadów na wieloosobowej sali, co ewidentnie narusza zasadę przestrzegania tajemnicy. Również działania pielęgniarek (77,5%) i położnych (54,9%) w badanych zakładach opieki zdrowotnej w czasie realizacji świadczeń zdrowotnych nie są odosobnionym przypadkiem wskazującym na naruszenie prawa do ochrony godności i intymności pacjenta (13). Bez względu na obiektywne trudności lokalowe, pracowników służby zdrowia obarcza obowiązek zadbania o to, aby informacje udzielane im przez chorego były przekazywane tylko do ich wiadomości a udzielanie świadczeń zdrowotnych odbywało się z poszanowaniem intymności i godności osobistej. Zastąpienie się fatalną bazą łóżkową polskiego szpitalnictwa często ma ukryć brak taktu, bezmyślność lub zwykłe wygodnictwo (28).

Zdaniem Najwyższej Izby Kontroli badanie pacjentów na sali ogólnej jest w pełni uzasadnione jedynie w stosunku do pacjentów tzw. unieruchomionych (np. w oddziałach intensywnej opieki kardiologicznej, chirurgii) (11).

Człowiek chory ma określone prawa, w tym prawo do zachowania godności, a brak poszanowania godności osobistej chorego stanowi poważne uchybienie ze strony pracowników służby zdrowia sprawujących nad nim opiekę. Poszanowanie to nie powinno być uzależnione od tytułów, stanowisk, bogactwa ani zakresu przysługującej pacjentowi władzy. Powinno przejawiać się w respektowaniu indywidualnych cech osobowościowych i zasobu doświadczeń życiowych, które są specyficzne i niepowtarzalne.

Trzeba także zwrócić uwagę na niewłaściwe przechowywanie dokumentacji medycznej. Wypowiedzi respondentów w tym zakresie wskazują na znaczne jej przemieszczanie się w obrębie oddziału i poza nim, zarówno podczas hospitalizacji pacjenta, jak również i po jego wypisaniu ze szpitala (9). Powszechnie praktykowane pozostawianie dokumentacji lekarskiej i pielęgniarskiej na biurkach ogólnie dostępnych pomieszczeń stanowi potencjalne zagrożenie ujawnienia informacji objętych tajemnicą. Zarówno historie chorób, wyniki badań jak i karty pacjentów ambulatoryjnych są przechowywane bez wymaganych w *Ustawie o ochronie danych osobowych* zabezpieczeń technicznych, które uniemożliwiałyby dostęp do zawartych w nich poufnych informacji osobom nieupoważnionym. Rażącem przykładem naruszania zapisów wspomnianej ustawy może być karta gorączkowa, znajdująca się podczas hospitalizacji pacjenta przy jego łóżku, tj. w miejscu umożliwiającym zapoznanie się z jej treścią przez osoby obce (lekarze – 97,2%; położne – 100,0%; pielęgniarki – 98,6%; pacjenci – 83,3%) (9), a zawierająca dokładne dane personalne, rozpoznanie oraz inne dane obejmujące m.in. parametry życiowe, stosowaną farmakoterapię, zalecenia lekarskie, itp.



Kwestia obiegu dokumentów medycznych odnoszących się do osoby pacjenta wymaga poddania poważnej analizie. Czy z punktu widzenia etyki lekarskiej i zdrowego rozsądku uzasadnione jest wpisywanie rozpoznań lekarskich na różnego rodzaju dokumentach, wystawianych na użytek władz administracyjnych? I czy rzeczywiście istnieje potrzeba umieszczania rozpoznań na kartach gorączkowych, dostępnych wszystkim osobom odwiedzającym sale chorych. Obecnie karty te i tak nie stanowią wystarczającego dokumentu informacyjnego dla personelu medycznego, a w dobie popularyzacji medycyny podawanie tylko łacińskich nazw chorób celem utrzymania poufności informacji – przestało spełniać swoje zadanie. Jeśli jednak potrzeba taka istnieje, to czy nie należy uczynić niedostępnymi dla oczu odwiedzających zarówno danych personalnych, jak i rozpoznań dotyczących osób znajdujących się pod naszą opieką?

Formalnym obowiązkiem jest znalezienie właściwych sposobów zachowania tajemnicy zawodowej i czuwanie nad ich przestrzeganiem, szczególnie że wśród pracowników służby zdrowia są lekarze (15,6%), pielęgniarki (6,4%) i położne (6,4%) którzy w ogóle nie dostrzegają takiej potrzeby, a więc i nie zabezpieczają danych o pacjencie (9).

Proces leczenia pacjenta może być jednak za jego wiedzą przedmiotem dyskusji dla celów naukowych, badawczych lub kontroli jego przebiegu. W tym przypadku należy wszakże zwrócić szczególną uwagę na zachowanie anonimowości pacjenta (14).

Ponadto coraz bardziej powiększa się liczba wyjątków od zasady respektu dla tajemnicy lekarskiej, a znaczący wpływ na to ma coraz powszechniej występująca publicyzacja opieki zdrowotnej, która stając się domeną ubezpieczeń społecznych, podlega zwiększonemu nadzorowi i reglamentacji publicznoprawnej.

Dla skutecznego przeciwdziałania nieprawidłowościom w dziedzinie przestrzegania tajemnicy zawodowej potrzebna jest głęboka refleksja całego środowiska medycznego nad istniejącym stanem. Niezbędna jest konfrontacja z poglądami prawników oraz wymiana doświadczeń z innymi krajami w tym zakresie. Pracownicy służby zdrowia muszą zrozumieć, że pewne utrwalone w środowisku postawy są niezgodne zarówno z przepisami prawa, jak i z zasadami deontologii.

A zachowanie tajemnicy zawodowej było, jest i będzie jednym z najważniejszych nakazów i obowiązków każdego lekarza, pielęgniarki i położnej. Niezależnie od tego należy być świadomym, że wobec korzyści płynących z postępu medycyny i zaangażowania w proces leczenia coraz większej rzeszy ludzi, dochowanie tej tajemnicy, głównie w dużych specjalistycznych zakładach opieki zdrowotnej, jest bardzo utrudnione, zawsze jednak powinny być podejmowane działania zmierzające do jej utrzymania. Każdy powinien pamiętać o tym, że zachowanie tajemnicy zawodowej jest jednym z przejawów humanizmu w medycynie, czymś, czego pomimo wielu zmian w naszych zachowaniach i w naszym otoczeniu chory człowiek potrzebuje najbardziej, oczekuje i przede wszystkim ma do tego prawo jako pacjent (10, 19, 20).

Stosunkowo najpowszechniej realizowane są te prawa pacjenta, które nie wymagają „inwestycji” ze strony służby zdrowia, a jedynie dobrej woli i zrozumienia tera-

peutycznego znaczenia kontaktu chorego z osobami najbliższymi. Dotyczy to przede wszystkim możliwości kontaktu w formie odwiedzin i sprawowania opieki nad pacjentem przez bliskich, jak również opieki przez duszpasterza.

Chociaż udział krewnych lub innych osób bliskich w opiece nad pacjentem zwiększa u chorego poczucie bezpieczeństwa, ułatwia adaptację do środowiska szpitalnego oraz pozwala na lepsze zaspokojenie potrzeb pacjenta w nowych warunkach, to jednak jednej piątej zainteresowanych (20,6%) (9) taka forma opieki nie jest umożliwiana.

Pacjenci i osoby ich odwiedzające powinny mieć także możliwość identyfikacji personelu, określenia ich funkcji w oddziale i roli, jaką spełniają. Uzyskuje się dzięki temu pewność, do kogo należy zwracać się z pytaniami i prośbami; w badanych zakładach opieki zdrowotnej sytuacja w tym zakresie sprzyjała temu celowi (9).

Przemiany w systemie państwa, zarówno prawne jak i społeczne, wpływają na poziom oczekiwań i wymagań pacjentów w stosunku do pracowników służby zdrowia oraz wywierają istotny wpływ na funkcjonowanie całego systemu ochrony zdrowia (6).

Pacjent odczuwa brak więzi z lekarzem, który najczęściej nie miał czasu go dostatecznie wysłuchać ani na wstępie, ani w późniejszych kontaktach. Nie miał też dość czasu, aby badać go osobiście, a przy następnych spotkaniach co najwyżej sprawdził tylko chory narząd, na który była nastawiona terapia; nie okazywał pacjentowi zainteresowania ani jego kondycją psychiczną, ani ogólnym stanem fizycznym. Układ pomiędzy lekarzem a pacjentem, z początku pełen ufności i dobrej woli ze strony leczonego, ulega rozluźnieniu i stopniowej depersonifikacji.

Pacjentom nie wystarcza świadomość, że istnieje wysoka wiedza i technika medyczna, lecz oczekują serca, życzliwości, wyrozumiałości (29,5%) i poszanowania godności (12,3-15,3%), a przede wszystkim informacji o tym, co dzieje się dookoła nich (31,8%) (9). Chociaż rzetelna wiedza i fachowość medyczna wzmaga i rozszerza szacunek dla ciała ludzkiego, dla praw nim rządzących, dla jego dynamizmów rozwojowych, to jednak stawiana jest przez pacjentów dopiero na trzeciej pozycji wśród czynników warunkujących wysoki poziom zadowolenia z opieki świadczonej zarówno przez lekarzy (19,6%) jak i pielęgniarki i położne (18,1%). To podmiotowy sposób traktowania pacjentów, z godnością i szacunkiem (28,0-45,0%) oraz udzielanie wyczerpujących informacji o stanie zdrowia i podejmowanych działaniach (21,4%) mają decydujący wpływ na przyznawanie pozytywnej oceny świadczonej opiece (9).

Większość nieporozumień w relacjach lekarz-pacjent wynika z braku właściwego poinformowania pacjenta (i/lub ewentualnie jego rodziny) odnośnie rozpoznania choroby i podejmowanych działań medycznych, co potwierdzają także wyniki badań własnych (32,0%) (9).

Z rezultatów działalności Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej, jak i z badań własnych wynika, że chorzy skarżą się na złe warunki leczenia, pielęgnacji, często wynikające ze złej organizacji, jak również z niewłaściwego przebiegu tych procesów. Narzekają na brak właściwego kontaktu z lekarzem, pielęgniarką, na trak-

towanie w sposób uprzedmiotowiony. Skargi te często spowodowane są brakiem dostatecznej informacji o przebiegu leczenia, przewidywanych skutkach i ewentualnym ryzyku, co uniemożliwia chorym podjęcie właściwych decyzji i świadome wyrażenie zgody na proponowany sposób leczenia bądź pielęgnacji (9).

Te przyczyny nierespektowania praw pacjenta są bardzo różne i najczęściej są spowodowane:

- brakiem uregulowań prawnych w zakresie praw pacjenta w Polsce aż do początku lat dziewięćdziesiątych,
- utrzymującym się wciąż paternalistycznym a nie partnerskim stosunkiem personelu medycznego do pacjentów,
- krytyczną sytuacją finansową sektora opieki zdrowotnej,
- niedostatecznym poziomem nauczania problematyki związanej z prawami pacjenta lub nawet jego brakiem w programach kształcenia profesji medycznych,
- nieuwzględnianiem problematyki praw pacjenta w kształceniu na innych kierunkach studiów, takich jak: prawo, socjologia, psychologia, pedagogika, praca socjalna,
- niedostatecznym informowaniem społeczeństwa o przysługujących pacjentom prawach nie tylko przez personel medyczny, ale przez środki masowego przekazu (prasę, radio, telewizję, publikacje),
- stosunkowo późnym podjęciem problematyki praw pacjenta w badaniach naukowych, publikacjach jak i w mediach (5, 6, 7, 8, 19, 22, 23, 24, 30).

W świetle powyższego można stwierdzić, że wśród działań zmierzających do lepszego poszanowania praw pacjenta w Polsce za najważniejsze należy uznać zmianę postaw zawodowych pracowników medycznych, zwłaszcza lekarzy oraz upowszechnianie w społeczeństwie, a w szczególności pośród samych pacjentów, informacji o tych prawach.

Szczególne w tym rolę i odpowiedzialność powinna spoczywać na organach statutowych samorządu zawodowego lekarzy, pielęgniarek i położnych a także na organach administracji publicznej służby zdrowia i kierownictwie każdego zakładu opieki zdrowotnej.

Istotną rolę w tym względzie powinny odegrać również uczelnie medyczne, wprowadzając w możliwie najszerszym zakresie do programów nauczania treści i problemy związane z prawami pacjenta. Zagadnienia te winny być uwzględnione nie tylko w przedmiotach paramedycznych, takich jak: zdrowie publiczne, etyka, socjologia medycyny, psychologia, prawo, ale i w wielu przedmiotach klinicznych.

Najważniejszym jednak wnioskiem wynikającym z tych rozważań jest konieczność przestrzegania prawa w stosunkach pomiędzy pracownikiem służby zdrowia a pacjentami. Stosunek ten musi opierać się na wzajemnym zaufaniu i ta zasada bezwzględnie powinna być uszanowana.

Od nas, pracowników służby zdrowia zależy, czy prawo i chorzy będą naszymi sprzymierzeńcami, czy też potencjalnymi lub rzeczywistymi przeciwnikami.

Każdy pracownik służby zdrowia powinien w swym działaniu kierować się zasadami etyki i dokonywać takich wyborów swego postępowania, by zawsze szanować

życie i jego godność. Znając te zasady powinien dopełnić wszystkich czynności prawnych, aby w przypadku rozpatrywania konkretnej sprawy (traktowanej zawsze indywidualnie z uwzględnieniem określonych konkretnych okoliczności) nie został pociągnięty do odpowiedzialności karnej, cywilnej, administracyjnej ani zawodowej.

W odwołaniu się do instytucji odpowiedzialności lekarza za podejmowane działania medyczne szuka się sposobu polepszenia sytuacji pacjenta, a formułowanie w ustawach szczegółowych praw pacjenta ma to ułatwić. Stąd powszechne wołanie o prawa pacjenta, lecz w opiece zdrowotnej nie da się osiągnąć jakiegoś widocznego i odczuwalnego postępu tylko za pomocą instytucji praw pacjenta i odpowiedzialności za ich naruszenie.

Realizacja praw pacjenta wymaga stworzenia instrumentów prawnych, które należy wesprzeć przez promocję, obejmującą informację, edukację i poradnictwo jak również przez monitoring, na który powinny składać się analizy skarg i badania naukowe. Konieczne jest doprecyzowanie instrumentów prawnych. Istotne znaczenie w tym zakresie miałyby zebranie rozproszonych przepisów, a w szczególności tych, które dotyczą uprawnień pacjentów i trybu składania skarg (23).

Na zakończenie wypada podkreślić, iż dyskusja nad prawami pacjenta, tworzenie warunków do ich przestrzegania, to korzyść dla obu środowisk – tak pracowników służby zdrowia, jak i ich podopiecznych.

#### **Piśmiennictwo**

1. Britten N., Bartholomew J., Morris R., Zander L.: Consultants' and patients' views about patient access to their general practice records. *J-R-Soc-Med.* 1991, 84(5): 284-287.
2. Elks M.L.: The right to participate in research studies. *J-Lab-Clin-Med.* 1993, 122 (2): 130-136.
3. Goodare H., Smith R.: The rights of patients in research (editorial, comment). *BMJ.* 1995, 310 (6990): 1277-1278.
4. Halik J., Sabbat J.: Możliwości instytucjonalnej ochrony praw pacjenta w Polsce. (W:) Prawo do opieki zdrowotnej w systemie gospodarki rynkowej (seminarium) Warszawa, 15-16 października 1993. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Wyd. EXIT, Warszawa 1993: 80-85.
5. Halik J.: Łamanie praw pacjentów – mit czy rzeczywistość. *Komunikat z badań. Zdrowie Pub.,* 1997, 107 supl. 2: 30-36.
6. Halik J.: Prawa pacjenta w Polsce i na świecie. *Promocja Zdrowia. Nauki Społeczne i Medycyna,* 1997, 12-13: 38-53.
7. Halik J.: Przestrzeganie praw pacjentów w polskich szpitalach. *Komunikat z badań. Zdrowie Pub.,* 1997, 107 supl. 2: 23-29.
8. Informacja o wynikach kontroli przestrzegania praw pacjenta w publicznych zakładach opieki zdrowotnej. NIK, Departament Zdrowia i Kultury Fizycznej, Warszawa, styczeń 1997.
9. Iwanowicz-Palus G.: Prawa pacjenta: stan prawny, ich znajomość, oczekiwania podopiecznych i realizacja przez personel medyczny. Praca doktorska (maszynopis). Akademia Medyczna Lublin, 2000 r.
10. Iwanowicz-Palus G.: Przestrzeganie tajemnicy lekarskiej prawem pacjenta. *Zdrowie Publ.,* 1999, 11:378-381.
11. Karta Pracowników Służby Zdrowia. Papiaska Rada Ds. Duszpasterstwa Służby Zdrowia, Watykan 1995.
12. Kodeks Etyki Lekarskiej. Tekst ujednolicony ze zmianami uchwalonymi przez III Krajowy Zjazd Lekarzy, Warszawa 12-14 grudnia 1993 r. Oficyna Wyd. Naczelnej Izby Lekarskiej, Warszawa 1994.
13. Krajewski R.: Zgoda chorego na leczenie. *Gazeta Lekarska,* 1998, 12 (95): 35-37.

14. Levinsky N.G.: The purpose of advance medical planning – autonomy for patient or limitation of care? *N-Engl-J-Med.* 1996, 335 (10): 741-743.
15. Liszewska A.: Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny. *Prawo i Medycyna*, 1999, 1 (1): 85-89.
16. Liszewska M. (tłum.): Prawa pacjenta w Niemczech. *Antidotum*, 1994, 2: 43-50.
17. McIntyre K.M.: Shepherding the Patient's Right to Self-determination. The Physician's Dawning Role. *Arch-Intern-Med.* 1992, 152 (2): 259-261.
18. Nasiłowski W.: Prawa pacjenta w orzecznictwie sądowym. (W:) Prawa pacjenta a postawa lekarza. Posiedzenie wspólne Komisji Etyki Medycznej PAU, Komisji Etyki Okręgowej Izby Lekarskiej w Katowicach, Oddziału PTL w Katowicach. Katowice, 25 lutego 1995 r. PAU, Prace Komisji Etyki Medycznej Nr 5, Kraków 1996: 43-48.
19. Nesterowicz M.: Prawo medyczne. Prawa pacjenta i obowiązki lekarza. Odpowiedzialność cywilna lekarza. Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego. Akty prawne. TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 1998.
20. Nielubowicz J.: Tajemnica lekarska. (W:) Tajemnica lekarska. Materiały z posiedzenia Komisji Etyki Medycznej w dniu 15.11.1993. PAU, Prace Komisji Etyki Medycznej Nr1, Kraków 1994: 15-24.
21. Pollard B.J.: Autonomy and paternalism in medicine (see comments). *Med-J-Aust.* 1993, 159 (11-12): 797-802.
22. Poździejch S.: Prawa pacjenta w ustawodawstwie polskim. *Pielęgniarstwo* 2000, 1998, 2 (37): 10-14.
23. Sabbatówna J.: Prawa pacjenta a macierzyństwo. (W:) Poród wydarzeniem rodzinnym. Wystąpienia i materiały nadesłane na Konferencję „Poród Wydarzeniem Rodzinnym”, zorganizowaną przez Stowarzyszenie na Rzecz Naturalnego Rodzenia i Karmienia w Białobrzegach w dn. 30.09-2.10.1994. Stowarzyszenie na Rzecz Naturalnego Rodzenia i Karmienia. Warszawa 1995: 75-91.
24. Safjan D.: Roszczenia odszkodowawcze pacjentów przeciwko lekarzom i zakładom opieki zdrowotnej. *Prawo i Medycyna*, 1999, 1(1): 140-148.
25. Safjan M.: Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny. Oficyna Naukowa s.c. Warszawa 1998.
26. Tymowska K.: Zmiany w systemie opieki zdrowotnej w Polsce a prawa pacjenta. (W:) Prawo do opieki zdrowotnej w systemie gospodarki rynkowej (seminarium) Warszawa, 15-16 października 1993. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Wyd. EXIT, Warszawa 1993: 24-32.
27. Wdowiak L., Falkowska K.: Prawa pacjenta. (W:) Latałski M. (red.): *Zdrowie Publiczne*. Akademia Medyczna, Lublin 1999: 257-259.
28. Zielonka T.M.: Tajemnica lekarska – święta powinność czy przestarzały wymóg? *Prawo i Medycyna*, 1999, 4 (1):77-83.
29. Zoll A.: Zgoda pacjenta jako warunek legalności leczenia. (W:) Prawa pacjenta a postawa lekarza. Posiedzenie wspólne Komisji Etyki Medycznej PAU, Komisji Etyki Okręgowej Izby Lekarskiej w Katowicach, Oddziału PTL w Katowicach. Katowice, 25 lutego 1995 r. PAU, Prace Komisji Etyki Medycznej Nr 5, Kraków 1996: 9-18.
30. Żukowski T.: Opieka zdrowotna w opinii społecznej. *Służba Zdrowia*, 1997, 47-48: 6-7, 12.

*Włodzimierz Derczyński*

## **Opinie o roszczeniach odszkodowawczych pacjentów**

W ostatnich latach można zauważyć pojawianie się coraz liczniejszych doniesień prasowych o procesach wytaczanych placówkom opieki zdrowotnej przez poszkodowanych pacjentów. Wzrasta też liczba takich spraw rozpatrywanych przez sądy. Daleko jednak jeszcze do sytuacji, jaka pod tym względem panuje w krajach zachodnich, gdzie procesy takie są znacznie częstsze, a pacjenci otrzymują bardzo wysokie odszkodowania.

W badaniu CBOS<sup>1</sup> sondowano opinie o tym, jak ludzie zachowaliby się, gdyby w trakcie leczenia ponieśli uszczerbek na zdrowiu: czy gotowi byłiby występować ze skargami i roszczeniami, jak oceniają szanse pacjentów na uzyskanie odszkodowań, jakie widzą trudności w ich uzyskaniu i jak wysokie odszkodowania powinno się wypłacać w przypadku zakażenia wirusem żółtaczką oraz w przypadku śmierci pacjenta<sup>2</sup>. Pytano także, czy respondenci kiedykolwiek osobiście zetknęli się z takimi przypadkami.

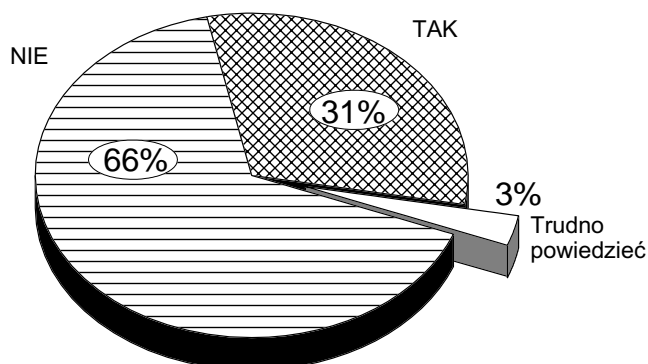
### **Czy spotkaliśmy się z błędem w leczeniu?**

Dwie trzecie ankietowanych twierdzi, że nigdy osobiście nie zetknęło się z przypadkiem błędu w leczeniu, niedbalstwa lub braku należytej staranności, czego następstwem był uszczerbek na zdrowiu pacjenta. Jednak blisko co trzeci respondent (31%) spotkał się z taką sytuacją.

Jak można było oczekiwać, osoby, które same poważnie chorowały albo przebywały w szpitalu w ostatnich pięciu latach lub których bliscy chorowali w tym czasie, przeszło dwukrotnie częściej niż pozostałe (40% wobec 17%) deklarują, że miały

<sup>1</sup> Badanie „Aktualne problemy i wydarzenia” (126) przeprowadzono w dniach 10-13 listopada 2000 roku na 1094-osobowej reprezentatywnej próbie losowo-adresowej dorosłych mieszkańców Polski.

<sup>2</sup> Przy formułowaniu pytań korzystano z pomocy lek. med. Pawła Wójcika, zajmującego się problematyką odszkodowań.



Ryc. 1. Zdarza się, że w toku leczenia popełniony zostaje błąd albo występuje brak staranności i niedbalstwo, co powoduje uszczerbek na zdrowiu pacjenta. Czy osobiście spotkał(a) się Pan(i) kiedykolwiek z takim błędem w leczeniu pacjenta lub brakiem należytej staranności albo podejrzewał(a) Pan(i), że coś takiego miało miejsce? (CBOS).

do czynienia z przypadkiem błędu czy niedbalstwa. Ponadto z taką sytuacją częściej zetknęli się mieszkańcy miast niż wsi.

Wyraźnie też jest widoczna – choć niezbyt silna – zależność między poziomem wykształcenia respondentów a deklarowanym zetknięciem się przez nich z przypadkiem błędu: im wyższe wykształcenie, tym częstsze przekonanie, że miało się do czynienia z taką sytuacją<sup>3</sup>. Wynika to przypuszczalnie z większej wiedzy i mniej bezkrytycznego stosunku osób wykształconych do instytucji medycznych i kwalifikacji personelu. Tego rodzaju korelacja wystąpiła także w badaniach amerykańskich<sup>4</sup>.

#### **Przypuszczalne reakcje poszkodowanych w wyniku błędu lub braku staranności**

Respondenci zapytani o to, co by zrobili, gdyby oni sami lub ktoś z ich bliskich ponieśli w toku leczenia uszczerbek na zdrowiu spowodowany błędem lub niedbalstwem personelu medycznego, najczęściej mówią o złożeniu skargi do sądu lekarskiego (64%). Jednak niewiele mniej osób deklaruje gotowość wystąpienia o odszkodowanie na drodze sądowej (60%) albo złożenia skargi do kasy chorych (58%). Wydaje się więc, że znaczna część respondentów widzi w kasach chorych rzecznika swoich interesów bądź instytucję odpowiedzialną za właściwą opiekę lekarską<sup>5</sup>. Ważniejsze jednak jest może to, że dość duża grupa ankietowanych – dwie piąte – nie występowałaby o odszkodowanie do sądu powszechnego. A w sądzie lekarskim

<sup>3</sup> Szczegółowe dane dotyczące społecznych różnicowań opinii znaleźć można w komunikacie CBOS „Opinie o potencjalnych roszczeniach pacjentów”, listopad 2000.

<sup>4</sup> Zob. F. Newport *Majority of Americans Think that Medical Mistakes Are Rare, Although Four out of Ten Report Having Experienced Medical Errors in Their Own Health-Care Treatment*, The Gallup Poll Monthly, April 2000, No. 415.

<sup>5</sup> Wydaje się, że kasa chorych nie może ponosić odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom przez świadczeniodawców usług medycznych, choć nie oznacza to, że nie odpowiada w przypadku innych kwestii. Zob. M. Nesterowicz *Ewolucja odpowiedzialności publicznego zakładu leczniczego za szkody wyrządzone przy leczeniu. Odpowiedzialność Kas Chorych i Państwa*, „Prawo i Medycyna”, nr 2 (vol.1), 1999.

ani w kasie chorych nie można uzyskać odszkodowania stanowiącego jakąś rekompensatę za poniesione szkody.

Jedna piąta ankietowanych (21%) nic by w takiej sytuacji nie zrobiła (nigdzie nie występowała) uznając, że skargi i starania o odszkodowanie nic nie dadzą.

Tabela 1

Proszę powiedzieć, co by Pan(i) zrobił(a), gdyby Pan(i) lub ktoś z osób bliskich poniósł w toku leczenia się uszczerbek na zdrowiu spowodowany przypuszczalnie błędem lub niedbalstwem personelu medycznego – czy:	Tak	Nie	Trudno powiedzieć
	w procentach		
– Złożył(a)by Pan(i) skargę do sądu lekarskiego	64	26	10
– Dochodził(a)by Pan(i) odszkodowania na drodze sądowej – w sądzie	60	28	11
– Złożył(a)by Pan(i) skargę do kasy chorych	58	33	9
– Zrobił(a)by Pan(i) coś jeszcze innego – co?	7	73	20
– Nic by Pan(i) nie zrobił(a) uznając, że skargi i starania o odszkodowanie nic nie dadzą	21	69	10

Stosunkowo niewielki odsetek badanych (7%) postąpiłby jeszcze w inny sposób niż wymienione w ankiecie. Badani, którzy mówili o innych sposobach postępowania w takiej sytuacji, najczęściej wymieniali nadanie sprawie rozgłosu w mediach, a co dziesiąty spośród nich stwierdzał ogólnie, że zrobiłby wszystko, co byłoby możliwe. Ponadto niektórzy gotowi byłiby potraktować sprawę jak przestępstwo. Są też respondenci gotowi użyć siły fizycznej lub w inny sposób „mścić się” na winnym. Z drugiej strony, tyle samo spośród wskazujących na inne sposoby postępowania próbowałoby najpierw wyjaśnić sytuację, rozmawiać z lekarzem, zasięgać opinii, zanim – jak można przypuszczać – podjęłoby inne kroki.

Ponad jedna czwarta ogółu ankietowanych (27%) nie wskazała (tzn. nie odpowiedziała twierdząco) żadnego ze sposobów postępowania – łącznie z możliwością wyboru innego jeszcze postępowania niż wymienione. Jest to więcej niż tych, którzy sądzą, że nic by nie zrobili, dochodzą bowiem osoby niezdecydowane, nie mające opinii w tej sprawie.

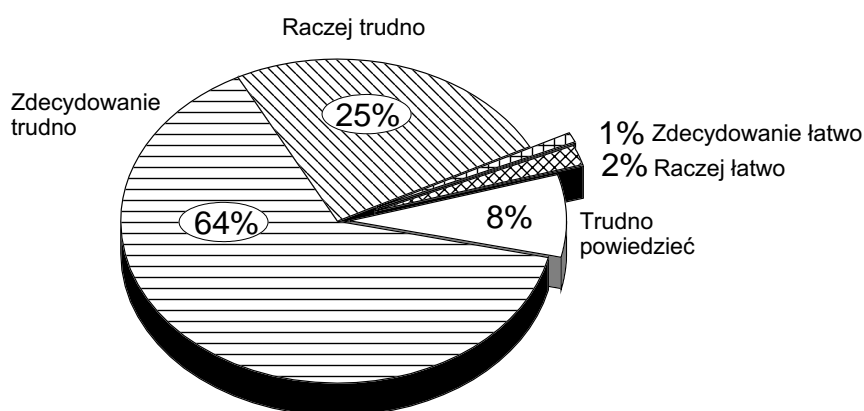
Trzy czynniki wyraźnie różnicują hipotetyczne sposoby zachowania ankietowanych, gdyby oni sami lub ich bliscy stali się ofiarami błędu czy niedbalstwa w leczeniu: wiek, wykształcenie i miejsce zamieszkania. Im respondenci są młodszy, tym częściej coś by w takiej sytuacji zrobili, a im są starsi, tym częściej zrezygnowaliby z jakichkolwiek skarg i starań. Składaniu skarg, dochodzeniu roszczeń i podejmowaniu innych działań sprzyja wykształcenie: ogólnie rzecz biorąc, im wyższy jego poziom, tym częściej deklarowane są poszczególne sposoby zachowania. Badani mieszkający na wsi rzadziej niż mieszkańcy miast próbowałoby dochodzić roszczeń czy skarżyć się, a wśród mieszkańców miast gotowością do różnych działań wyróżniają się osoby z miast liczących od 101 do 500 tys. ludności.



Warto dodać, że to, czy respondent spotkał się kiedykolwiek czy też nie spotkał osobiście z przypadkiem błędu w leczeniu lub niedbalstwa, nie ma istotnego wpływu na deklarowane zachowania w hipotetycznej sytuacji.

### Czy łatwo jest pacjentowi uzyskać odszkodowanie?

Zdaniem ogromnej większości ankietowanych pacjent, który w trakcie leczenia poniósł uszczerbek na zdrowiu spowodowany błędami lekarskimi lub brakiem staranności, ma niewielkie szanse na uzyskanie odszkodowania. Opinie w tej sprawie są wyjątkowo jednomyślne, przy tym prawie dwie trzecie respondentów deklaruje zdecydowaną postawę.



Ryc. 2. Czy, Pana(i) zdaniem, pacjentowi jest łatwo czy też trudno uzyskać odszkodowanie, jeśli w trakcie leczenia poniósł uszczerbek na zdrowiu, spowodowany błędami lekarskimi lub brakiem staranności? (CBOS).

Przekonanie o trudnościach z uzyskaniem odszkodowania częściej, oczywiście, żywią ci ankietowani, którzy twierdzą, iż nie składaliby skargi do sądu lekarskiego czy kasy chorych bądź nic w ogóle by nie zrobili, gdyby sami lub ich bliscy stali się ofiarami lekarskiego błędu.

Osobiste zetknięcie się respondenta z taką sytuacją w przeszłości sprzyja częstszemu wyrażaniu opinii, że uzyskanie odszkodowania jest bardzo trudne (75% spośród nich wobec 58% tych, którzy takich doświadczeń nie mieli). Rzadsze są wśród takich ankietowanych opinie, że jest to raczej trudne (22% wobec 28%) lub łatwe (1% wobec 4%).

Cechy społeczno-demograficzne ankietowanych różnicują ich opinie w bardzo niewielkim stopniu: różnice wieku, wykształcenia, miejsca zamieszkania czy oceny własnych warunków materialnych wiążą się tylko z mniejszym lub większym zdecydowaniem opinii, że trudno jest uzyskać odszkodowanie.

Ankietowanych uważających, że uzyskanie odszkodowania jest trudne (a także nie mających skryształizowanej opinii w tej sprawie), poproszono dodatkowo o wskazanie z podanej listy głównych powodów trudności.

Najczęściej wskazywano na solidarność lekarzy uniemożliwiającą udowodnienie błędu czy winy (ponad dwie trzecie ankietowanych). Na drugim miejscu wśród naj-

ważniejszych powodów znalazł się brak organizacji lub instytucji, która mogłaby pomóc pacjentowi występującemu z roszczeniami. Wydaje się więc, że istnieje społeczna potrzeba udzielania pomocy poszkodowanemu pacjentowi. Jednak niewiele mniej osób wskazało na przewlekłość spraw sądowych i koszty procesu jako czynniki utrudniające uzyskanie odszkodowania, a więc na zbyt uciążliwy dla poszkodowanego sposób działania sądownictwa.

Wśród bardzo nielicznych wypowiedzi mówiących o innych przyczynach niż wymienione w ankiecie pojawiły się, z jednej strony, opinie o braku środków finansowych na odszkodowania czy renty, a z drugiej – krytyczne uwagi dotyczące przepisów prawnych i procedur postępowania oraz złego systemu ubezpieczeń.

Tabela 2

Z jakich powodów, Pana(i) zdaniem, otrzymanie odszkodowania za uszczerbek na zdrowiu spowodowany przez błędy medyczne i brak staranności jest trudne? Z podanej listy proszę wskazać nie więcej niż dwa powody, które, Pana(i) zdaniem, są najważniejsze	Wskazania respondentów, którzy nie uważają, że odszkodowanie łatwo uzyskać (N = 1058)
	w procentach
Z powodu solidarności lekarzy, którzy chronią kolegów przed odpowiedzialnością	72 (70)
Z powodu braku organizacji lub instytucji, która by pomogła poszkodowanemu pacjentowi	39 (38)
Z powodu przewlekłości spraw sądowych	37 (36)
Z powodu wysokich kosztów procesu sądowego	33 (32)
Z innych jeszcze powodów	1 (1)
Trudno powiedzieć	5 (5)
Uwaga: procenty nie sumują się do stu, gdyż ankietowani mogli wskazać dwie trudności. W nawiasach podano odsetki od ogółu ankietowanych.	

### Postulowana wysokość odszkodowań

Ankietowanym przedstawiono dwa przypadki – zakażenia pacjenta wirusem żółtaczki wszczepiennej w trakcie leczenia oraz śmierci pacjenta spowodowanej błędem, brakiem należytej staranności lub rażącym niedbalstwem personelu medycznego – prosząc o podanie wysokości odszkodowania, jakie, ich zdaniem, powinno być w takich sytuacjach wypłacone.

Trzeba tu dodać, że ogromna większość spraw sądowych, w których pacjenci domagają się zadośćuczynienia za szkody, dotyczy właśnie zakażenia wirusem żółtaczki w trakcie leczenia szpitalnego<sup>6</sup>. Tego typu sprawy były też w ostatnim okresie relacjonowane w prasie<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Zob. D. Safjan i J. Bról *Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez publiczną służbę zdrowia* (Wyniki badań akt spraw sądowych z 1997 r.), Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2000.

<sup>7</sup> Por. np. notatki w „Rzeczpospolitej” z 24 października i 16 listopada br.

Okazało się, że w obu przypadkach większość ankietowanych (57% i 60%) nie miała sprecyzowanego poglądu na to, jak wysokie powinno być odszkodowanie. Można więc powiedzieć, że nie istnieją powszechne przekonania dotyczące wysokości zadośćuczynienia w opisywanych sytuacjach czy też w ogóle w odniesieniu do szkód powstałych w wyniku medycznego błędu czy niedbalstwa. Należy jednak pamiętać, że liczba spraw sądowych o zadośćuczynienie szybko rośnie<sup>8</sup> i są one coraz częściej nagłaśniane. Ponadto zaczynają działać organizacje broniące praw pacjenta, tak więc opinie na ten temat mogą się dość szybko wykrystalizować.

Uderzającą cechą odpowiedzi respondentów na oba pytania są też dość często podawane bardzo wysokie sumy oraz ich wielka rozpiętość – od jednego lub paru tysięcy do stu czy nawet pięciuset milionów złotych.

W rezultacie średnia dla ofiary zakażenia żółtaczką wynosi 1 797 000 złotych, a w przypadku śmierci pacjenta – 4 842 000 złotych. Są to kwoty bardzo odbiegające od tych, które zasądza się w sprawach o odszkodowanie<sup>9</sup>. Z drugiej strony,

**Tabela 3**

Zakażenie wirusem żółtaczki (wszczepiennej) w trakcie badań diagnostycznych i leczenia może powodować poważne komplikacje zdrowotne (tzn. wirusowe zapalenie wątroby), prowadzące w skrajnych przypadkach nawet do śmierci. Jakiej wysokości odszkodowanie powinien otrzymać, Pana(i) zdaniem, pacjent, którego w trakcie leczenia zakażono wirusem żółtaczki (wszczepiennej)?		
Podawane kwoty	Odsetek respondentów, którzy wymienili określone kwoty (N = 468)	Odsetek ogółu ankietowanych (N = 1094)
1-4 tys. zł	4	2
5-8 tys. zł	9	4
10-15 tys. zł	13	6
20-40 tys. zł	14	6
50-80 tys. zł	15	6
100-150 tys. zł	21	9
200-500 tys. zł	3	5
700-1000 tys. zł	8	4
2000-10 000 tys. zł	1	1
50 000-100 000 tys. zł	2	
Średnia = 1 797 000; odchylenie standardowe = 12 237 000		
Trudno powiedzieć		57

<sup>8</sup> Por. D. Safjan, J. Bról *Odpowiedzialność cywilna...*, op. cit.

<sup>9</sup> W przypadku zakażenia żółtaczką prasa podawała niedawno zasądzone kwoty w wysokości 60 i 91 tysięcy złotych.

Tabela 4

Jakiej wysokości odszkodowanie powinno być wypłacone rodzinie w przypadku śmierci pacjenta spowodowanej błędem, brakiem należytej staranności lub rażącym niedbalstwem personelu medycznego?		
Podawane kwoty	Odsetek respondentów, którzy wymienili określone kwoty (N = 439)	Odsetek ogółu ankietowanych (N = 1094)
1-8 tys. zł	3	1
10-15 tys. zł	6	2
20-45 tys. zł	7	3
50-90 tys. zł	17	7
100-150 tys. zł	29	12
200-500 tys. zł	15	6
600-1000 tys. zł	15	6
1500-10 000 tys. zł	4	2
20 000-500 000 tys. zł	3	1
Średnia = 4 842 000; odchylenie standardowe = 33 807 000		
Trudno powiedzieć		60

można mówić, że zazwyczaj pacjentom przyznaje się w polskich sądach odszkodowania w wysokości mającej jedynie symboliczne znaczenie<sup>10</sup>. Zatem należałoby może uznać, że podawane przez ankietowanych sumy są jednak po części wyrazem przekonania, iż poszkodowanym należy się znacznie więcej. Zwłaszcza że w doniesieniach ze Stanów Zjednoczonych czy krajów Europy Zachodniej, jakie pojawiają się w naszych mediach, jest mowa o bardzo wysokich rekompensatach dla poszkodowanych pacjentów.

Dodajmy, że o braku ukształtowanych społecznie przekonań na ten temat może także świadczyć wymienianie zarówno sum bardzo wysokich, jak i bardzo niskich – zupełnie niewspółmiernych do szkody (np. paru tysięcy w przypadku śmierci pacjenta).

Ponieważ nie można całkowicie wykluczyć, że w niektórych przypadkach bardzo wysokich kwot, wymienianych przez respondentów, nastąpiło nieporozumienie, gdyż podawali oni sumy w starych złotych, dodatkowo obliczono średnie w obu wypadkach nie uwzględniając kwot najwyższych: powyżej jednego miliona złotych w przypadku zakażenia i powyżej dziesięciu milionów złotych w przypadku śmierci<sup>11</sup>. Średnie wyniosły wówczas odpowiednio: **168 tys. i 512 tys. złotych.**

<sup>10</sup> Por. artykuł *Cena cierpienia* D. Romanowskiej, przy współpracy A. Sęk, w tygodniku „Wprost” z 26 listopada 2000 r.

<sup>11</sup> Odcięto w ten sposób po 1% ogółu respondentów, a po 3% tych, którzy jakieś sumy wymienili.

Jak wynika z analiz, to, czy ktoś z ankietowanych zetknął się wcześniej osobiście z przypadkiem błędu lub niedbalstwa, powodującego uszczerbek na zdrowiu pacjenta, sprzyja w pewnym stopniu częstszemu podawaniu wyższych kwot.

Natomiast cechy społeczno-demograficzne ankietowanych raczej nie mają istotnego wpływu na ich opinie co do wysokości odszkodowań. Nie widać więc jakichś większych społecznych różnic w poglądach na ten temat.

*Romuald Dębski*

## **Jodie i Mary – nowy problem, jaki stworzyła natura i postęp medycyny**

Natura ciągle robi błędy, małe lub duże, dzięki tym błędom powstała sztuka leczenia, dzięki nim rozwija się medycyna. Na błędy te szczególnie podatny jest okres rozrodu: połączenie komórek jajowej i plemnika, pierwsze podziały komórkowe, implantacja, wytwarzanie się zawiązków narządów, ich ostateczne wykształcenie, dojrzewanie, to wszystko jest źródłem błędów, których konsekwencją są nieprawidłowości rozwojowe. Około 2%, czyli co pięćdziesiąte dziecko, ma w chwili porodu rozpoznawaną wadę rozwojową. Jednak w krajach rozwiniętych wady rozwojowe są przyczyną co czwartego zgonu noworodka; im bardziej rozwinięty kraj, tym większą część zgonów pourodzeniowych stanowią wady rozwojowe. Medycyna dość dobrze radzi sobie z zakażeniami, poczyniła ogromne kroki w terapii wcześniactwa, ale nie zrobiła tak wyraźnego postępu w terapii wad rozwojowych. Wydaje się, że niektóre wady wrodzone, niezależnie od postępu medycyny pozostaną niekorekcyjne. Natura robi błędy, ale i sama je w ogromnym stopniu eliminuje. Klasycznych przykładów na tę tezę dostarcza znowu położnictwo. Tylko niewielka część wad wrodzonych jest konsekwencją aberracji chromosomalnych, zatem u rodzących się dzieci wady chromosomalne występują z częstością mniejszą od jednego procenta. Wśród poronionych samoistnie jaj płodowych, czyli tych ciąż, które odrzuca sama natura, częstość tych aberracji przekracza 60%. Zatem można przyjąć, że natura, robiąc błędy, próbuje je eliminować, a zadaniem medycyny, czyli nauki mającej wspierać naturę i korygować jej błędy, powinna być zarówno korekta wad, czyli samych błędów, jak i korekta błędów eliminacji. Oczywiście, to stanowisko, wiążące się z pojęciem terminacji ciąży, czyli sytuacją, w której nie sama natura, ale medycyna podejmuje decyzję o eliminacji chorej ciąży, budzi sprzeciw wielu instytucji, dzieląc społeczeństwa na często podobne liczbowo grupy osób za i przeciw. Niedobrze się dzieje, że w niektórych krajach problem diagnostyki prenatalnej, terminacji ciąży, aborcji czy nawet antykoncepcji jest zastępczym tematem politycznym.

Nic też dziwnego, że problem rozdzielenia sióstr syjamskich Jodie i Mary, wbrew woli rodziców i opinii kościoła, a zgodnie z wiedzą medyczną i wyrokiem sądu, budzi zażarte dyskusje, jest i jeszcze przez długi czas będzie tematem burzliwych kłótni i sporów pomiędzy etykami, prawnikami, lekarzami.

Najkrótsze przedstawienie problemu medycznego: Jodie i Mary są siostrami syjamskimi zrosniętymi w okolicy podbrzusza. Każda z sióstr posiada swoje płuca i serce, ale układ krążenia Mary jest w takim stopniu nieprawidłowo wykształcony, że żyje ona dzięki krwi dostarczanej przez duże naczynie tętnicze od Jodie. Zamknięcie tego naczynia, będące jednym z warunków rozdzielenia bliźniąt, jest równoznaczne z wydaniem wyroku na Mary – po kilku minutach musi ona umrzeć. Z drugiej strony, odstąpienie od operacji rozdzielenia bliźniąt jest odroczonym wyrokiem na życie ich obu – okres, jaki mogłyby przeżyć obie nierozdzielone siostry oszacowano na 3 do 6 miesięcy. Po okresie tym płuca i serce Jodie nie wystarczą już do życia obu sióstr. Sytuacja, w której życie jednego bliźniaka syjamskiego jest uzależnione od drugiego jest na tyle rzadka, że w okresie, w którym medycyna podejmuje próby ich rozdzielenia, jest to chyba pierwszy taki przypadek. W położnictwie nieco częściej, ale też dość rzadko spotykamy się z podobną sytuacją – ciążą bliźniaczą z jednym płodem dawcą, a drugim płodem beczaszkowym, bezsercowym. Ta dość rzadko występująca sytuacja polega na wspólnym rozwoju prawidłowo zbudowanego płodu i odżywianego przez niego bliźniaka posiadającego tułów z niektórymi narządami wewnętrznymi, oraz kończyny – najczęściej tylko dolne. Życie tego „bliźniaka” jest możliwe tylko dzięki obecności naczyń łączących układy krążenia obu płodów. Tak samo jak w przypadku Jodie i Mary, rozdzielenie jest równoznaczne ze śmiercią jednego z nich. Tak samo jak u Jodie i Mary, serce jednego płodu jest wystarczające do zapewnienia odpowiedniej perfuzji tylko do pewnego okresu życia, do osiągnięcia pewnej masy tkanek, dla ultenowania których jedno serce już nie wystarczy. Podstawowym sposobem postępowania w ciąży z płodem bezsercowym-bezmózgowym jest wcześniejsze ukończenie ciąży, w chwili stwierdzenia cech zagrożenia życia wewnątrzmacicznego płodu dawcy. Po porodzie i przecięciu pępowiny bliźniak biorca natychmiast umiera. Umiera dziecko, czy „coś”, co nie ma głowy, serca, płuc, ale ma wątrobę, jelita, nerki, włókna nerwowe, kończyny. Problem ten nie jest rozpatrywany jako problem etyczny, ponieważ tu błąd natury jest jeszcze większy niż w przypadku Jodie i Mary – bliźniak beczaszkowy-bezmózgowy nie spełnia medycznych, a przede wszystkim intuicyjnych kryteriów życia.

Przykład Jodie i Mary nie ma również odpowiednika w innych przypadkach rozdziałania bliźniąt syjamskich. Operacje takie wykonywane są z założeniem ratowania życia obojga dzieci. I pomimo tego, że może się zdarzyć, że w konsekwencji operacji jedno lub nawet oboje dzieci umrze, podejmowanie takich działań nie budzi zastrzeżeń, ponieważ pierwotny, teoretycznie osiągalny cel nie budzi zastrzeżeń etycznych. Zatem, gdyby istniała choćby minimalna szansa na uratowanie zarówno Jodie jak i Mary, to pomimo tego, że Mary umarłaby w trakcie zabiegu, przeprowadzenie operacji rozdzielenia sióstr nie budziłoby sprzeciwu, i prawdopodobnie mało kto, poza rodziną i personelem szpitala, wiedziałby o zaistnieniu takiego problemu.

Dyskusja o rozdzieleniu sióstr syjamskich w Manchesterze nabrała znacznie szerszego znaczenia. Stała się sporem nie o Jodie i Mary, jest nie tylko dyskusją o prawo do ingerencji w naturę, w korektę jej błędów, ale sporem o prawo do świadomego poświęcenia jednego życia dla ratowania drugiego. Skalę problemu zwielokrotniła niezgodność poglądów pomiędzy rodzicami i lekarzami, co doprowadziło do konieczności sięgnięcia do opinii prawnej i wyroku sądowego. Jestem przekonany, że gdyby doszło do konsensusu pomiędzy rodzicami i lekarzami co do sposobu postępowania, problem Jodie i Mary dla szerokiej opinii społecznej prawdopodobnie w ogóle by nie zaistniał.

W medycynie rozrodu znanych jest co najmniej kilka kolejnych przykładów przypominających problem rozdzielenia Jodie i Mary. Każdy z poszczególnych fragmentów tego złożonego problemu jest dość dobrze znany, a niektóre z nich (np. poświęcenie jednego życia dla ratowania innego) posiadają swoje odwzorowanie w normach deontologicznych. Kilka lat temu pojawiły się doniesienia o możliwości wykonywania przeszczepów narządów w okresie noworodkowym. Wykonywanie transplantacji w tak wczesnym okresie życia, ze względu na specyfikę układu immunologicznego, stwarza większe szanse na przyjęcie przeszczepu. Idealnym dawcą takich narządów wydają się płody beczaszkowe. Pojawia się w tym momencie problem, czy po urodzeniu dziecka, które ma sprawne płuco-serce, dwie nerki, wątrobę, rogówki, kości..., ale nie ma kory mózgowej, można podjąć decyzję o pobraniu tych narządów i wykonaniu kilku transplantacji ratujących życie innym dzieciom. Przecież dziecko akranialne nie spełnia kryteriów życia, nie ma czynności bioelektrycznej kory mózgowej, bo jej nie ma, przecież w ciągu kilku dni dziecko to samo umrze, a raczej, żeby być w zgodzie z pierwszą częścią tego zdania, przestanie pracować jego serce. Pomimo tego, że poświęcając jedno, nie do końca życie, (to bardzo trudno zdefiniować, bo każdy o noworodku akranialnym z czynnością serca mówi, że on żyje) można by uratować kilka innych – o problemie tym mówi się raczej jako o dylemacie moralnym, a nie sposobie terapii. Z kilku względów problem ten powinien przestać istnieć. Podstawowym jest to, że ciąża akranialna jest dość łatwo rozpoznawana prenatalnie i jest dość powszechnie przyjęte, że wada ta jest wskazaniem do przedwczesnego ukończenia ciąży, w związku z tym donoszona ciąża akranialna staje się obecnie rzadkością.

Inną, znacznie powszechniejszą sytuacją, w której może dojść do rozważania celowości poświęcenia jednego życia dla innego, jest ciąża o wysokiej mnogości – czworacza, pięcioracza itd. Ciąże o tak wysokiej mnogości mogą być wybrykiem natury, najczęściej jednak są efektem leczenia niepłodności. Dla wielu niepłodnych par problem selektywnej terminacji nie jest rzeczywistym problemem, to problem etyków, rodzice zrobią wszystko, aby mieć zdrowe dzieci. Przekazywanie opinii społecznej, czy namawianie rodziców do kontynuacji ciąży pięcio- czy w krańcowych przypadkach siedmio-, ośmioracznej, bo gdzieś kiedyś udało się doprowadzić do urodzenia wszystkich dzieci – jest po prostu nieuczciwe. Ciąże o tak wysokiej mnogości mają szansę na donoszenie u kobiet, które już kiedyś rodziły, natomiast w macicy kobiety, która lecząc się z powodu niepłodności najczęściej jest w ciąży po raz pierw-



szy, z trudem udaje się doprowadzić do szczęśliwego końca ciążę trojaczą, ciążę o wyższej mnogości kończą się z reguły urodzeniem dzieci niezdolnych do życia pozałożowego. W wielu krajach opracowano i przyjęto stanowiska dotyczące transferu, krioprezerwacji nadliczbowych zarodków i selektywnej terminacji. Podstawowym celem jest ograniczenie mnogości ciąż, w związku z tym ogranicza się liczbę jednorazowo podawanych zarodków. Jednak podawanie większej liczby zarodków daje większą szansę na uzyskanie ciąży, w związku z tym w niektórych krajach dopuszcza się jednorazowe podanie trzech lub czterech zarodków. Ciąże o najwyższej mnogości, sześć-, ośmioracze występują jednak nie po zapłodnieniu pozaustrojowym, ale po farmakologicznej stymulacji jajczkowania i naturalnym zajściu w ciążę. Indukcja jajczkowania gonadotropinami menopauzalnymi może doprowadzić do jednoczesnego dojrzewania kilkunastu pęcherzyków jajnikowych, poliuwulacji i rozwoju ciąży o wysokiej mnogości. W sytuacji takiej selektywna terminacja części zarodków stwarza szansę na prawidłowy rozwój pozostałych dzieci. Ataki na osoby mówiące o celowości takiego postępowania nieco ucichły po dość głośnym przypadku kobiety w ciąży ośmioraczej, która pod wpływem różnych nacisków i obietnic podjęła decyzję o kontynuacji ciąży. Sprawa ta była potężnie nagłośniona i jakoś dziwnie natychmiast ucichła, gdy, jak można było przewidzieć, ciąża zakończyła się urodzeniem ośmiorga niezdolnych do życia dzieci.

Problem selektywnej terminacji ciąży mnogiej z punktu widzenia etycznego jest bardziej dyskusyjny niż problem rozdzielenia Jodie i Mary, ponieważ wiąże się z eliminacją potencjalnie zdrowych, zupełnie prawidłowych zarodków. Mary, z punktu widzenia biologii jest pasożytem, żyje dzięki życiu Jodie, jest ona niezdolna do samodzielnego życia pozamacicznego. Gdyby Mary nie była zrosnięta z Jodie, to po urodzeniu umarłaby pomimo podjęcia akcji reanimacyjnej. Podejmując natomiast decyzję o redukcji ciąży pięcioraczej do bliźniaczej, eliminuje się potencjalnie zupełnie zdrowe zarodki, a decyzja o tym, które zarodki zostaną usunięte, zależy w głównej mierze od ich lokalizacji w macicy. Dlaczego więc problem selektywnej terminacji nie budzi takich emocji społecznych i prawnych jak problem rozdzielenia sióstr syjamskich? Po pierwsze, w świadomości społecznej zarodek ma niby takie same prawa jak urodzony człowiek, ale...? Po drugie, selektywnej terminacji nie można wykonać wbrew woli ciężarnej, zaś Jodie i Mary rozdzielono wbrew woli rodziców. Czy zatem głównym problemem jest to, że działania medyczne prowadzone były wbrew woli rodziców? Nie wydaje mi się, aby był to problem podstawowy. Od lat w sytuacjach ekstremalnych możliwe jest podjęcie decyzji o czasowym zawieszeniu praw rodzicielskich i leczeniu dziecka wbrew woli rodziców. Sytuacje takie należą do rzadkości, z założenia celem postępowania jest dobro dziecka, w związku z tym nie budzą one zainteresowania mediów i szeroko rozumianej opinii społecznej.

Co zatem jest przyczyną tego, że problem Jodie i Mary znalazł się na pierwszych stronach gazet i podzielił prawników, etyków i opinię publiczną na dwie przeciwstawne grupy? Po pierwsze, problem jest zupełnie nowy, zatem jest dobrą pożywką dla mediów. Po drugie, doszło tu do nałożenia się ważkich dylematów etycznych,

wynikających z faktu, iż działania medyczne wiążą się z przewidywanym, nieuchronnym zgonem jednego z dzieci, dziecka mającego ręce, nogi, serce, a przede wszystkim głowę i mózg. Po trzecie, działania te przeprowadzono wbrew woli rodziców. Istotne jest chyba też to, że prawo stanęło w opozycji do stanowiska kościoła.

Bardzo trudno jest o jednoznaczną opinię, co do postępowania rodziców, sądu, lekarzy, kościoła i mediów. Pisząc te słowa nie wiem, jaki będzie ostateczny efekt operacji, czy uda się uzyskać trwałe wyleczenie Jodie. Oczywiście, wynik leczenia nie powinien wpływać na ocenę postępowania, ale w rzeczywistości, jeżeli również umrze druga bliźniaczka, ocena wielu osób będzie negatywna. Moim osobistym zdaniem, niezależnie od ostatecznego wyniku, powinno się podejmować próby ratowania życia. Jako położnik mam ten komfort, że problem taki w pełnej postaci nie może zaistnieć w reprezentowanej przeze mnie dyscyplinie, ponieważ w okresie ciąży wszystkie działania, z oczywistych względów, mogą się odbyć tylko przy akceptacji ciężarnej.

Ocena postępowania prawników i lekarzy z Manchesteru jest bardzo trudna. Każda decyzja jest w pewnym stopniu zła. **Wydaje mi się, że należy odpowiedzieć przede wszystkim na zasadnicze pytanie, czy postępowaniem bardziej etycznym jest świadome pozbawienie życia niezdolnego do samodzielnego życia dziecka po to, aby dać choć szansę życia drugiemu dziecku, czy też bardziej etyczne jest obserwowanie, jak umierają obie dziewczynki.**

*Przemysław Konieczniak*

## **Jodie i Mary – argumenty prawne**

Według uzasadnienia orzeczenia brytyjskiego sądu apelacyjnego problem w skrócie wygląda następująco: Jodie i Mary są zrosniętymi bliźniaczkami. Każda z nich ma własny mózg<sup>1</sup>, serce i płuca i inne istotne dla życia organy; obie mają też ręce i nogi. Są zrosnięte w okolicy podbrzusza. Jakkolwiek rzecz jest złożona od strony chirurgicznej, mogą one zostać rozdzielone. Ale operacja zabije słabszą z bliźniaczek, Mary – jej płuca i serce są zbyt niewydolne aby utleniać (przetaczać) krew przez jej ciało. Gdyby Mary urodziła się jako pojedyncze dziecko, byłaby niezdolna do życia i zaniechanoby jej resuscytacji. Umarłaby zaraz po urodzeniu. Żyje tylko dlatego, że wspólna arteria umożliwia jej siostrze, która jest silniejsza, puszcząć w obieg utlenioną krew podtrzymującą życie obu. Rozdzielenie ich wymagałoby zaciśnięcia, a następnie przzerwania wspólnej arterii. W ciągu kilku minut od wykonania tej czynności Mary umrze. Ale jeśli operacja nie zostanie podjęta, umrą obie w ciągu trzech do sześciu miesięcy, może nieco później – ponieważ serce Jodie w końcu nie wytrzyma wysiłku.

Dziewczynki znajdują się w szpitalu w Manchesterze. Tamtejsi lekarze wyjaśniają ich rodzicom sytuację zapytując o zgodę na przeprowadzenie operacji. Ci nie są w stanie się na to zdecydować. Uzasadniają to w ten sposób, że (wedle ich własnych słów) bliźniaczki są w ich oczach równe i nie mogą zgodzić się na zabicie jednej nawet dla ratowania drugiej. Ponadto rodzice, deklarujący się jako pobożni katolicy, podają, iż wierzą najszczerzej, że to z woli Bożej ich dzieci zostały dotknięte taką przypadłością i wobec tego muszą być pozostawione w rękach Boga<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Jak jednak wynika z innych partii uzasadnienia, jest to mózg niedorozwinięty – Mary jest anencefalem – który w dodatku w razie pozostawienia jej podłączoną do Jodie będzie podlegał dalszym uszkodzeniom w wyniku prawdopodobnego (ok. 75%) wodogłowia, oraz z braku tlenu. Niewiadomą była nawet zdolność Mary do odczuwania bólu.

<sup>2</sup> Trudno powiedzieć, czy taki fatalizm jest rzeczywiście spójny z katolicką moralnością. Później, już podczas trwającego postępowania sądowego, katolicki arcybiskup Westminsteru złożył w sądzie memorandum, zgłaszając szereg moralnych obiekcji wobec rozważanej operacji. Nie występowała wśród nich żadna w rodzaju: „co Bóg złączył, lekarz niech nie rozłącza”...

Lekarze są jednak przekonani, że potrafią przeprowadzić operację tak, by dać przynajmniej Jodie wartość zachodu życia. Choć więc personel szpitala mógł w tym momencie poprzestać na wysłuchaniu odmowy rodziców i odstąpić od dalszych czynności (poza, oczywiście, pielęgnowaniem siostr do chwili śmierci), jednak nie mogli oni w swoim sumieniu znieść tego, że rodzice pozwolą Jodie umrzeć. Dlatego szpital w Manchesterze postanawia uzyskać sądowe zezwolenie na legalne wykonanie tej operacji. Zgoda została wydana przez sąd orzekający I instancji, ale rodzice bliźniaczek składają apelację i ta właśnie stanowi przedmiot interesującego nas orzeczenia.

Jak wiemy, apelacja została odrzucona (aczkolwiek sąd apelacyjny posłużył się zupełnie innym uzasadnieniem, niż sąd I instancji), a rodzice Jodie i Mary zrezygnowali z przysługującego im ostatniego środka odwoławczego (odwołanie do Izby Gmin).

Tak to wygląda w skrócie. Uzasadnienie orzeczenia zawiera oczywiście opisy znacznie bardziej drobiazgowo: stanu zdrowia siostr, rokowania odnośnie każdej z nich, jeśli operacja nie zostanie podjęta, charakteru tej operacji i szans jej powodzenia<sup>3</sup>.

Spróbujemy teraz odtworzyć rozumowanie brytyjskiego sądu.

Zaraz... a dlaczego w ogóle jakiś sąd się pojawia w tej sprawie? Jako, że część czytelników *Prawa i Medycyny* stanowią nieprawny, wypadałoby może i to wyjaśnić.

We współczesnym prawie medycznym obowiązuje szacunek dla autonomii jednostki (stanowienia przez człowieka o tym, co się będzie działo z jego ciałem). Zasadą jest więc uzyskiwanie zgody pacjenta na wszelką interwencję medyczną na człowieku (zarówno wówczas, kiedy ma ona cel leczniczy, jak i w innych sytuacjach). Dopiero po uzyskaniu zgody może ona zostać legalnie wykonana. System prawny może przewidywać wyjątki od tej zasady – wówczas interwencja<sup>4</sup> może być podjęta przy nieznannej, względnie w ogóle nie istniejącej woli pacjenta (jak w sytuacjach określonych w art. 33 i 35 ustawy o zawodzie lekarza), albo pomimo jego wyraźnego sprzeciwu (wszystkie wypadki tzw. leczenia przymusowego). Jednak w omawianym przez nas przypadku nie wchodzi w grę żadna z tych wyjątkowych sytuacji (zakładam, że w Wielkiej Brytanii wyjątki te są traktowane podobnie) – a więc rozdzielenie siostr nie mogło być przez lekarzy podjęte na podstawie ich własnej decyzji.

Ponieważ w tym przypadku mamy do czynienia z pacjentkami małoletnimi, winna zostać uzyskana tzw. zgoda zastępcza, wydawana przez ustawowego przedstawiciela

<sup>3</sup> Orzeczenie wydane 22.09.2000 r. przez sąd apelacyjny [dosł. *The Supreme Court of Judicature in the Court of Appeal (Civil Division)*] sygn. B1/2000/2969. Obszerne streszczenie (właściwie wybór najistotniejszych fragmentów z uzasadnienia) w: *Bulletin of Medical Ethics*; 09.2000 s. 17-24. Pełny tekst uzasadnienia dostępny w Internecie ([www.courtservice.gov.uk](http://www.courtservice.gov.uk)).

<sup>4</sup> W obecnym stanie prawnym w Polsce może zostać w pewnych sytuacjach podjęta bez zgody jedynie interwencja w celu leczniczym (zabieg leczniczy rutynowy), dla pewnych celów medyczno-sądowych (np. pobranie krwi do badania na obecność alkoholu, obserwacja psychiatryczna na okoliczność niepoczytalności), oraz – o zgrozo! – interwencja w celu leczniczym i poznawczym zarazem (eksperyment medyczny leczniczy). Według art. 25 ust. 8 u. o zaw. lek. *W przypadkach niecierpiących zwłoki i ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia, uzyskanie zgody, o której mowa w ust. 1-6 [tj. zgody samego pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego, względnie sądu], nie jest konieczne*. Przepis ten zezwala przeprowadzić eksperyment medyczny na sprzeciwiającym się, świadomym, dorosłym, nieubezpieczonej, zdrowym psychicznie człowieku (sic!).

(przedstawicieli) – w tym przypadku rodziców bliźniaczek. Rodzice jednak zgody odmówili, a szpital nie był w żaden sposób władny, by przełamać ich sprzeciw.

No i dobrze – mógłby ktoś powiedzieć. Pacjentowi przysługuje władza decydowania: zgadza się, albo nie zgadza na proponowane postępowanie – i jest to władza absolutna, nie ograniczona żadnymi kryteriami. Nieważne, jakie motywy kierują nim, gdy podejmuje decyzję o zgodzie (względnie o odmowie). Jeśli tylko jest to pacjent tzw. kompetentny, decyzja jego ma być respektowana.

Jednak władza ta jest absolutna tylko wówczas, gdy chodzi o zgodę **własną** (gdy pacjent stanowi o sobie). Gdy natomiast – jak w naszym przypadku – mamy do czynienia ze zgodą tzw. **zastępczą**, sytuacja się zmienia. Prawo wydawania (lub odmawiania) zgody zastępczej stanowi niewątpliwie składnik tzw. władzy rodzicielskiej w rozumieniu przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego<sup>5</sup>. Władza ta nie jest jednak zabawką w rękę rodziców małoletniego i nie w ich interesie ustanowiono tę instytucję<sup>6</sup>. K.r.io. stanowi m.in., że „Władza rodzicielska **powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny**” (art. 95 §3).

W brytyjskim prawie rodzinnym obowiązują takie same rozwiązania. Według uzasadnienia, władza i uprawnienia rodzicielskie istnieją tylko dla realizacji rodzicielskich obowiązków i muszą być wykonywane w najlepszym interesie dziecka. „*Common law* nigdy nie uznawało takiego uprawnienia za suwerenne, czy nie podlegające ocenie i kontroli”<sup>7</sup>. Decyzja rodziców w kwestii zgody na interwencję medyczną u dziecka (zresztą tak samo, jak w każdej innej sprawie z zakresu pieczy nad osobą i majątkiem) ma spełniać kryterium dobra dziecka. Jeśli jest inaczej, decyzja ta może być przełamana orzeczeniem sądu.

Jak zauważył w innym punkcie uzasadnienia jeden z sędziów, stanowisko rodziców w „sprawie Jodie i Mary” bezwzględnie powinno być przez sąd przeanalizowane i traktowane z należnym szacunkiem zwłaszcza w tej części, w której wypływa ono z ich przekonań religijnych. Niemniej sąd nie jest zobowiązany stanowisko to podzielać. W wykonywaniu kontroli sądowej wolno nie tylko oceniać, czy rodzice podjęli decyzję w dobrej wierze (w szczerym, subiektywnym przekonaniu o tym, co leży w interesie dziecka), niepochoinnie i po rozważeniu sytuacji. Sąd ma prawo dochodzić do własnych ocen na temat tego, co **rzeczywiście** leży w interesie dziecka, a oceny rodziców w tej mierze uznawać za nietrafne. W omawianej sprawie sąd uznał m.in., że rodzice bezzasadnie podejmowali swoje decyzje w oparciu o pesymistyczną ocenę rokowań odnośnie Jodie (jak zdaje się wynikać z uzasadnienia, poza oficjalnie deklarowanymi względami religijnymi brali oni pod uwagę także

<sup>5</sup> Władza rodzicielska obejmuje w szczególności **obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka** (art. 95 §1 k.r.io.).

<sup>6</sup> Dawniej bywało inaczej; w starożytnym Rzymie *pater familias* miał nad członkami rodziny (włączając w to niewolników) władzę życia i śmierci – rozumianą dosłownie, nie metaforycznie. Była to, co więcej, władza „dyskrecjonalna”, tzn. nie ograniczona żadnymi kryteriami; wykonywana wyłącznie według aktualnego widzimisię ojca. Mógłby więc on legalnie np. zabić syna, a córkę sprzedać do domu publicznego (lub odwrotnie) z jakiegokolwiek powodu (bo dzieci są nieposłuszne, ich utrzymanie kosztuje, młasczą przy obiedzie, względnie w ogóle mu się znudziły). Rzecz jasna władzy takiej nie ma współcześnie w cywilizowanych krajach przedstawiciel ustawowy dziecka.

<sup>7</sup> Pogląd taki wygłosił lord Scarman w sprawie *Gillick v. West Norfolk A.H.A.* [1986] 1 A.C. 12, 184 G.

i bardziej przyziemne fakty – to, że opieka nad Jodie, jeśli ta przeżyje, będzie się dla nich wiązała z poważnymi kłopotami i kosztami finansowymi).

Jak zauważyli sędziowie, rodzice bliźniaczek w naturalny sposób odrzucając myśl o zabiciu Mary – nie chcieli zauważyć, że zarazem ciąży na nich powinność ocalenia Jodie; nie przyjmowali do wiadomości, że skutkiem zaniechania operacji będzie jej śmierć.

Warto jeszcze na marginesie zauważyć, że rodzice deklarowali, iż córki są w ich oczach równe. Jednak postępowanie zdaje się przeczyć owym deklaracjom. Odżegnując się od podjęcia decyzji zmuszali Jodie, aby – nie mając takiego obowiązku – utrzymywała przy życiu siostrę własnym wysiłkiem, a jej organizm nie mógł tego wysiłku na dłuższą metę przeżyć<sup>8</sup>.

Wstępnym problemem, jaki sąd miał do rozstrzygnięcia, było to, czy... Mary w ogóle istnieje. Jakkolwiek bowiem szokująco może to dla niektórych brzmieć w pierwszej chwili, najprostszym logicznie rozwiązaniem byłoby uznanie, że Mary nie jest osobą odrębną od Jodie. Stanowiłaby ona w takim razie tylko swego rodzaju członkkształtną lecz szkodliwą narośl na ciele Jodie i oczywiście w ogóle nie podlegałaby prawnej ochronie. Rzecz sprowadzałaby się wówczas do usunięcia owej narośli – co może stwarzać najwyżej pewne trudności techniczne, ale nie prawne. Ocena legalności takiej czynności nie rysowałaby się inaczej, aniżeli przy chirurgicznym usunięciu nowotworu, amputacji zmiażdżonej kończyny itp. Nikt nie wykazywałby przed jej wykonaniem żadnych oporów, ponieważ ani żaden system prawny, ani moralność w żadnej odmianie nie uważają ludzkiej tkanki (żywej czy martwej) za przedmiot, zasługujący na jakiś szczególnie wysoki poziom ochrony. Być może tkance takiej należy się pewien szacunek, ale nie przysługuje jej „prawo do życia” (wobec tego nie ma obowiązku utrzymywać jej przy życiu; wolno także podejmować czynności zmierzające do jej uśmiercenia). Za przedmiot wart ochrony uważa się życie człowieka (osoby), a nie „życie ludzkie” (życie ludzkiej tkanki ktoś mógłby na uparte nazywać życiem ludzkim).

Skąd jednak wiadomo, że Jodie i Mary to dwie osoby, a nie jedna? Jest to ciężki problem filozoficzny, którego nawet nie podejmuję się rozstrzygnąć. Zauważmy jednak, że odpowiedź na to pytanie należy do przedmiotu filozofii, a nie jakiegokolwiek nauki szczegółowej (w szczególności podkreślmy, że także medycyna nie jest uprawniona do orzekania o tym, czy Jodie i Mary były dwiema osobami, czy jedną). Nadto trzeba jeszcze zaznaczyć, że na pytanie „z iloma osobami mamy do czynienia?” (jedną czy dwiema) raczej nie da się odpowiedzieć według tych samych kryte-

<sup>8</sup> Posłużmy się odległą analogią. Jasio i Stasio są braćmi. Jasio otrzymuje na mocy testamentu dziadka sowity spadek, a Stasio zostaje pominięty. Może to brzydko ze strony dziadka (tak, jak natura brzydko sobie poczęła obdarzając Jodie i Mary), ale wolno mu było. Następnie rodzice zarządzający Jasiowym majątkiem postanawiają *równo potraktować* swoje dzieci i dokonują (w imieniu Jasia) darowizny połowy spadku na rzecz Stasia. Pomińmy już, że czynność ta byłaby bezwzględnie nieważna bez zgody sądu (zob. art. 101 §3 k.r.i.o.: *Rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu ani wyrażać zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko*), a żaden sąd – podejrzewam – w opisanej sytuacji zgody takiej by nie udzielił. **Przede wszystkim jednak niepoważne jest tu posługiwanie się argumentem równego traktowania** („bo my, rodzice, kochamy obu jednakowo, więc zabierzemy Jasiowi i damy Stasiowi”).

riów, co na pytanie „czy w ogóle mamy do czynienia z osobą (człowiekiem)”<sup>9</sup>? Sąd jednak nie mógł się uchylić od odpowiedzi na to pytanie i uznał, że Mary była drugim, odrębnym od siostry człowiekiem o takich samych prawach jak każdy inny<sup>10</sup>. Pomimo wszystkich wymienionych faktów: bezmózgowia, niezdolności do samodzielnego życia, etc. życie Mary posiada wewnętrzną wartość, identyczną jak życie każdego człowieka.

A więc skoro Mary jest człowiekiem – to w konsekwencji musi być uznawane także jej prawo do życia. Nie chodzi tu o jakieś uprawnienie moralne (sąd podkreślał w uzasadnieniu, że orzeka wyłącznie w oparciu o prawo pozytywne obowiązujące w Wielkiej Brytanii, a nie o jakikolwiek system moralny, świecki czy religijny), lecz uprawnienie legalne, przysługujące na gruncie *common law* oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Stąd też zamierzone czynne zabicie jej byłoby czynem jawnie bezprawnym<sup>11</sup>.

**Prawna niezwykłość sytuacji** polega na tym, że sąd ma wyrazić zgodę (albo jej odmówić) na wykonanie operacji rozdzielenia sióstr, która to czynność jednocześnie dotyczy i Jodie i Mary. Działając w miejsce rodziców (wykonując za nich czynność z zakresu władzy rodzicielskiej) musi to uczynić według ogólnych zasad prawa rodzinnego, tj. według kryterium najlepszego interesu dziecka. A skoro czynność dotyczy obu sióstr, sąd musi te rozważania prowadzić dla każdej z osobna. Winien zatem odpowiedzieć na cztery pytania:

1. Czy leży w najlepszym interesie Jodie, aby została odłączona od Mary?
2. Czy leży w najlepszym interesie Mary, aby została odłączona od Jodie?
3. Jeżeli interesy obu sióstr pozostają w konflikcie, to czy sąd jest władny ważyć te kolidujące interesy i uznać jeden z nich za przeważający?
4. Jeśli interes przeważający wskazuje na wykonanie operacji, czy może ona zostać przeprowadzona w zgodzie z prawem?

Na pytanie pierwsze sąd odpowiedział twierdząco. Jodie wysiłkiem najwyższym i na dłuższą metę zabójczym (zabójczym w sensie dosłownym!) utrzymuje siostrę przy życiu. Jest dla niej lepiej, by ten stan ustał, by uchylona została wisząca nad nią pewność rychłej śmierci i by otrzymała swoją szansę prowadzenia normalnego (względnie) życia.

<sup>9</sup> Np. niezależnie, czy przyjmujemy istnienie osoby pozostającej pod ochroną prawną z momentem „poczęcia”, „urodzenia”, czy też wskażemy na jeszcze inny punkt czasowy, nie wyniknie nam stąd ani wniosek o tym, że Mary była odrębną osobą, ani też wniosek przeciwny.

<sup>10</sup> Uzasadnienie w tej części jest mało przekonujące. Sąd powołał się głównie na argument, że brytyjski system prawny odrzucił dawne koncepcje tzw. narodzin potworka (*monstrous birth*), według których twór pochodzący z ludzkiego ojca i matki, lecz o cechach potworka (cokolwiek by to znaczyło) nie był uznawany za człowieka. Warto może dodać, że stanowisko prawa innych krajów europejskich (w tym polskiego) przeszło taką samą ewolucję. Niemniej, nawet jeśli współcześnie uznajemy słuszność maksymy: „potworek też człowiek”, nadal stoi przed problemem liczby takich „osób potwornych” (jeden potworek, czy wiele?). Przypuszczam, że o decyzji sądu zadecydowały raczej kryteria czysto naturalistyczne (Mary miała kształt ludzki, kończyny, uformowane narządy wewnętrzne – nawet, jeśli niektóre z nich niezdolne do wypełniania swoich funkcji).

<sup>11</sup> Jednak – co także sąd zauważył – Jodie ma identyczne prawo do życia. Ponadto, jak każda osoba, ma ona prawo do integralności cielesnej (co w tym szczególnym przypadku oznacza nie tylko prawo do fizycznej całości organizmu, ale i do jego odrębności od organizmu drugiej osoby).

Jest to odpowiedź trafna. Zastanówmy się, jak sama Jodie całą rzecz by oceniała, gdyby była do tego intelektualnie zdolna. Najprawdopodobniej stwierdziłaby (słusznie), że dla niej samej jest lepiej, aby Mary została „odcięta”. Oczywiście nie da się wykluczyć, że w porywie heroizmu moralnego zdecydowałaby się mimo to nadal „użyczać” swojego serca i płuc, utrzymując życiowe funkcje siostry – aż do bliskiego, smutnego końca. Niemniej byłby to postępek z jej własnego wyboru, dalece przekraczający granice obowiązku moralnego (ktoś może to nazwać świętością, jeśli sobie życzy), a zarazem bezdyskusyjnie **nie** leżący w interesie Jodie (kierowałaby się wówczas pobudkami altruistycznymi, więc nie własnym interesem).

Na pytanie drugie sąd odpowiedział przecząco. Operacja nie leży w najlepszym interesie Mary<sup>12</sup>. Jest dla niej lepiej, aby przeżyła, niż aby nie przeżyła.

Znów należy się z tym zgodzić. Gdyby Mary kiedykolwiek była zdolna decydować za siebie, można byłoby przypuszczać, że najprawdopodobniej, kierując się instynktem samozachowawczym, chciałaby pozostać podłączona do życiodajnej wspólnej aorty jak najdłużej. Gdyby była zdolna myśleć i decydować, być może podjęłaby decyzję udzielenia zgody na „zostanie odcięta”, ale jak poprzednio, byłby to altruizm, nie leżący w najlepszym interesie zainteresowanej.

A zatem, ustalił sąd, **interes obu siostr pozostaje w nierozwiązywalnym konflikcie**: w najlepszym interesie Jodie leży rozłączenie, w najlepszym interesie Mary – zaniechanie rozłączenia. Czy te kolidujące interesy w ogóle można ważyć i czy wolno uznać jeden z nich za ważniejszy (przeważający)? Mimo wyraźnych wahań, sąd uznał, że jest to możliwe i dopuszczalne. Za przeważający uznał interes Jodie. A w czymże ona jest lepsza? Argumentem było nie tylko to, że Jodie jest naturalnie wyposażona do normalnego życia, a jej siostra nie. Jak nie bez emocji zauważył jeden z członków składu orzekającego, niepowtarzalnym i kluczowym punktem w tej sprawie jest fakt, że bliźnięta mają wspólną aortę. Fakt ten umożliwia, by Jodie przetaczała natlenianą przez siebie krew poprzez ciało Mary – podczas, gdy serce i płuca Mary nie są zdolne do utrzymywania życia. Gdyby nie to wsparcie ze strony siostry, Mary umarłaby prawdopodobnie w łonie matki, a już z pewnością w krótkim czasie po narodzeniu. Jest smutnym faktem, że żyje w czasie w całości pożyczonym od siostry<sup>13</sup>. Jest niezdolna do samodzielnego istnienia. „Jest przeznaczona śmierci”.

Sąd stwierdził, że całe dotychczasowe życie Mary ma charakter – nazwę to tak – w pewnym sensie wampiryczny. „Pozostaje ona przy życiu dlatego i wyłącznie dlatego, że – aby to powiedzieć bez ogródek, lecz precyzyjnie – wysysa ona życiodajną krew Jodie, a jej pasożytnicze życie wkrótce stanie się przyczyną tego, że Jodie zakończy własne. Jodie jest uprawniona, by protestować przeciw temu, że Mary ją zabija”.

A więc, konkludując, mimo że prawo do życia obu siostr jest jednakowe i tak samo jednakowa jest wartość ich życia, **interes obu w przeżyciu nie zasługuje na**

<sup>12</sup> Sąd apelacyjny odrzucił tym pogląd sądu I instancji, wedle którego życie Mary z jej własnego, subiektywnego punktu widzenia byłoby pozbawione wartości (*To prolong Mary's life... would be very seriously to her disadvantage*), wobec czego operacja leży w interesie obu siostr.

<sup>13</sup> W innym fragmencie uzasadnienia sędziowie zwrócili jeszcze uwagę, że tej zaciągniętej pożyczki Mary nigdy nie będzie zdolna zwrócić.



**taką samą ochronę.** Mary korzysta bowiem z cudzego organizmu – z czegoś, z czego korzystać nie ma prawa (a przy okazji po trochu zabija siostrę); Jodie ponosi śmiertelny wysiłek, którego nie ma obowiązku ponosić (a i tak wysiłek ten wystarczy na przedłużenie życia siostry zaledwie o 3 do 6 miesięcy<sup>14</sup>).

Ostatnim pytaniem wymagającym odpowiedzi było, czy operacja może zostać legalnie (*lawfully*) przeprowadzona. W szczególności należało się przyjrzeć ocenom z punktu widzenia prawa karnego. Chodziło bowiem o ustalenie, czy rozdzielenie sióstr ze względu na nieuchronny skutek uboczny w postaci zabicia Mary nie będzie konstytuować przestępstwa zabójstwa. Gdyby sąd doszedł do takiej konkluzji, musiałby w efekcie odmówić zgody (czy też – mówiąc bardziej precyzyjnie – uchylić orzeczenie I instancji zezwalające na operację).

W uzasadnieniu przeprowadzono następujący wywód: z punktu widzenia prawa karnego nasuwają się cztery pytania. Po pierwsze: czy Mary **jest w oczach prawa człowiekiem**? Odpowiedź: **tak**. Po drugie: czy proponowana operacja byłaby **czynnym zabiciem** Mary? Odpowiedź: **tak**. Po trzecie: czy w razie przeprowadzenia tejże operacji należałoby lekarzom ją wykonującym **przypisać zamiar zabicia** Mary? Ponownie odpowiedź brzmi: **tak**. Pozostaje otwartym tylko pytanie czwarte: czy taki akt byłby **bezprawny** (*unlawful*)? **W tym ostatnim przypadku sąd uznał, że nie, ponieważ w sprawie zachodzą pewne okoliczności uchylające bezprawność.**

Problemem pierwszym (czy Mary była człowiekiem, czy częścią ciała Jodie) zajęliśmy się wcześniej. Przyjrzyjmy się pozostałym punktom rozumowania.

Termin: „zabicie człowieka” odsyła wprost do języka przyczynowości (tak samo w prawie brytyjskim jak polskim). „Zabicie człowieka” to jakiegokolwiek (byle umyślne) zachowanie, które poprzez ciąg pośrednich przyczyn i skutków prowadzi do zgonu człowieka. Sędziowie zwrócili uwagę, że – w pewnym sensie – dałoby się powiedzieć, że Mary umrze z tego powodu, iż jest od początku niezdolna do życia. Jednak w chwili przystępowania do operacji pozostaje ona żywa, a operacja przyspiesza jej śmierć. W świetle prawa przecięcie arterii w toku operacji nie może nie zostać potraktowane jako przyczyna zgonu. A więc: operacja będzie obiektywnie aktem zabicia człowieka (co jeszcze niekoniecznie oznacza: przestępstwem zabójstwa).

Z kolei patrząc na subiektywną stronę zachowania lekarzy, trzeba im będzie przypisać zamiar zabicia Mary (i to tzw. zamiar bezpośredni – chęć zabicia). Znowu stanowisko prawa brytyjskiego i polskiego okazuje się zbieżne. Jeżeli jakaś czynność podjęta w celu osiągnięcia A wywoła nieuchronny skutek uboczny B, a jej sprawca zdaje sobie z tej nieuchronności sprawę, to zarówno A jak B uznajemy za objęte zamiarem (*intent*). Nawet wówczas, jeśli sprawca tego skutku nie obejmował pragnieniem (*desire*), a nawet uważał go za zły i odrażający. Patrzymy więc tylko na jego przeżycia natury intelektualnej, nie zaś emocjonalnej.

<sup>14</sup> Warto zauważyć specyficzną siłę tego argumentu: w żaden sposób nie wartościuje on niczyjego życia; byłby równie przekonujący, gdyby mózg Mary był normalny, a mózg Jodie nedorozwinięty. Nawet w takim przypadku musielibyśmy przyznać, że Jodie nie jest rzeczą, sztucznym płucosercem, od którego można oczekiwać wyjątkowej pracy, choćby i miało się rozlecieć.

Co więcej, nie można się tu odwołać do tzw. doktryny podwójnego efektu (znana reguła, pozwalająca m.in. uznać moralną i prawną dopuszczalność zwalczania bólu środkami farmakologicznymi w takich dawkach, że ich efektem ubocznym lecz nieuniknionym będzie skrócenie życia pacjenta). Doktrynę tę da się bowiem stosować tylko wtedy, gdy dobry efekt (do którego celowo zmierza sprawca) i zły efekt (uboczny) dotyczą tej samej osoby. Tu zaś mamy sytuację, w której czyn (przeprowadzenie operacji) ma cel dodatni wobec kogo innego (Jodie), a efekt uboczny negatywny dotknie kogo innego (Mary).

Ale i umyślne (podjęte w zamiarze) zabicie człowieka niekoniecznie jest jeszcze przestępstwem zabójstwa. Nie będzie nim m.in. wówczas, gdy w systemie prawnym znajdziemy jakąś normę wyjątkową, usprawiedliwiającą zabijanie ludzi w sytuacjach nietypowych (obrona konieczna, zabicie wroga w czasie wojny itp.). Ostatnim etapem rozumowania sądu było więc poszukiwanie w *common law* takiej podstawy prawnej, która pozwoliłaby uznać za legalną planowaną operację wraz z jej efektem śmiertelnym wobec Mary<sup>15</sup>. Sędziowie wskazali tu, że sytuacja Jodie i Mary wykazuje pewne podobieństwo do stanu wyższej konieczności (*necessity*), ze względu na sytuację kolizji dóbr. Zarazem jest podobna do samoobrony, ponieważ – choć nie z własnego wyboru – Mary znajduje się w sytuacji napastnika, atakującego bez prawnego uzasadnienia życie Jodie (*unjust aggressor*).

Na zakończenie warto postawić jeszcze jedno pytanie: **a gdyby coś podobnego zdarzyło się w Polsce?** Byłby kłopot. Nie wątpię, że zgoda sądu na rozdzielenie bliźniąt w sytuacji takiej jak opisano, odpowiadałaby ogólnym założeniom naszego systemu prawa. Także w szczegółach przedstawiona argumentacja brytyjskiego sądu dałaby się niemal w całości powtórzyć na gruncie polskiego ustawodawstwa. Niemal – bo w końcowej części natrafilibyśmy na problem: na jaką okoliczność wyłączającą bezprawność czynu mamy się powołać? Kontynentalny prawnik mógłby nie zadowolić się przeprowadzanymi przez Brytyjczyków analogiami do obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności. Chciałby znaleźć w systemie prawnym jakąś jednoznaczną, szczególną normę, pozwalającą legalnie „odciąć Mary” od źródła życia. **Jednak podstawy takiej w polskim systemie prawnym nie potrafiliśmy wskazać.**

Nie da się takiego czynu prawnie usprawiedliwić ogólnymi regułami, przewidzianymi dla **zabiegu leczniczego rutynowego** (cel leczniczy, zachowanie obowiązku ostrożności, zgoda pacjenta). Operacja taka miałaby bowiem cel leczniczy w odniesieniu do jednej osoby, ale zarazem jej ubocznym efektem będzie śmierć drugiej osoby<sup>16</sup>. Nie wydaje się w tym wypadku możliwe nazwanie czynności „leczniczą” i to niezależnie od tego, czy stoimy na gruncie poglądu o kontratypowym charakterze zabiegu leczniczego, czy też konkurencyjnego poglądu o jego tzw. pierwotnej legalności<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Sąd postuluje się w uzasadnieniu rozróżnieniem *lawful-unlawful*, a nie *legal-illegal*, a więc rozważał, czy proponowana operacja jest zgodna (względnie niezgodna) z duchem systemu prawa, nie tylko z jego literą. Innymi słowy, oceniał raczej materialny niż formalny aspekt legalności.

Usprawiedliwieniem nie może być także tzw. **stan wyższej konieczności**, zdefiniowany w art. 26 k.k.<sup>18</sup>. Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać inaczej: mamy niewątpliwe „niebezpieczeństwo” zagrażające jakiemuś dobru prawnemu (życiu Jodie), przy czym niebezpieczeństwo owo jest „bezpośrednie”, jak art. 26 k.k. tego wymaga<sup>19</sup>. Dla ratowania tegoż zagrożonego dobra poświęcamy inne (życie Mary). Nie jest to stan wyższej konieczności? Otóż nie jestem pewien. Stan wyższej konieczności jest zasadniczo pomyślany dla sytuacji, kiedy mamy do czynienia z trzema elementami: jakimś źródłem niebezpieczeństwa, oraz dwoma dobrami: zagrożonym i poświęcanym. Do ulubionych „podręcznikowych” kazusów na temat stanu wyższej konieczności należą takie oto: podczas burzy morskiej dochodzi do katastrofy statku (niebezpieczeństwo: nazwijmy je *N*) i załoga łodzi ratunkowej wyrzuca za burtę kufer brylantów, własność baronowej Sołowiejczyk (dobro poświęcane: *B*) po to, żeby zmieścić na pokładzie ludzi (dobro ratowane: *A*). Jednak w przypadku Jodie i Mary niebezpieczeństwem jest sama Mary, ponieważ – jak to już zauważył brytyjski sąd – **to Mary zabije Jodie, jeśli jej w tym nie przeszkodzimy**. Poświęcamy więc Mary, aby uchylić niebezpieczeństwo, które właśnie Mary stanowi? (w takim razie *N* równałoby się *B*). A przecież „normalnie” w stanie wyższej konieczności niebezpieczeństwo pochodzi z okoliczności zewnętrznych, i czym innym jest *N*, czym innym *A* i czym innym *B*.

Dalej – klasyczny stan wyższej konieczności polega na tym, że poświęcamy dobro *B*, tzn. doprowadzamy do jego zagłady podczas, gdy „w normalnym biegu rzeczy” (gdybyśmy w wydarzenia nie ingerowali) *B* nie doznałoby uszczerbku. Dzięki tej naszej interwencji ocaleje dobro *A*, które bez tej interwencji zostałoby utracone. W przypadku Jodie i Mary znów rzecz wygląda nieco inaczej, ponieważ jeśli zostanie wykonana operacja rozdzielenia sióstr, Mary umrze, a Jodie będzie żyła długo i względnie szczęśliwie. Jeśli operacji zaniechamy, to Jodie umrze, a Mary i tak pój-

<sup>16</sup> Przypadek Jodie i Mary przypomina więc odległe sytuacje transplantacji *ex vivo*, gdzie także mamy do czynienia z celem leczniczym po jednej stronie (biorcy), który to cel usprawiedliwia świadome uszkodzenie ciała po drugiej osoby (dawcy). Oczywiście analogia nie jest pełna. Przy transplantacji występują **dwie odrębne czynności** (pobranie i przeszczepienie). Pobranie dotyczy ciała dawcy, nie ma celu leczniczego i wymaga usprawiedliwienia szczególnym kontratypem, przewidzianym w ustawie o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Przeszczepienie dotyczy ciała biorcy, ma cel leczniczy i dla jego usprawiedliwienia wystarczy powołanie się na instytucję leczenia „zwykłego”. Zob. M. Filar: *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*; „Prawo i Medycyna”, nr 5 (z 2000 r.), s.64. Przy rozdzieleniu bliźniaczek **jedna i ta sama czynność** ma na celu ratowanie życia Jodie z pełną świadomością przyspieszenia zgonu Mary.

<sup>17</sup> Zob. A. Zoll *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 7 i n.

<sup>18</sup> Przepis ten w całości brzmi:

*Art. 26 §1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.*

*§2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto, ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w §1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.*

*§3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.*

*§4. Przepisu §2 nie stosuje się, jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.*

*§5. Przepisy §1-3 stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciężących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony.*

<sup>19</sup> Przez niebezpieczeństwo „bezpośrednie” na tle tego przepisu rozumie się nie tylko niebezpieczeństwo czasowo i sytuacyjnie bliskie (grożące natychmiast), ale i takie, które jest bardziej odległe w czasie, lecz nieuchronne.

dzie za nią – tylko troszeczkę później. Czy właściwie operacja stanowi poświęcenie życia Mary, skoro i tak była ona – według określenia samych sędziów – „przeznaczona śmierci”? Szerzej: czy o poświęceniu dobra prawnego w rozumieniu art. 26 wolno mówić, gdy dobro to już i tak siłą rzeczy jest skazane na zagładę przez los? I to nie na zagładę w jakiejś odległej i nieokreślonej przyszłości (w której to przyszłości wszyscy umrzemy), ale niebawem i z przyczyn, które już zostały puszczony w ruch<sup>20</sup>.

Nawet, jeśli sytuacja obu sióstr i planowana operacja dadzą się gramatycznie podciągnąć pod stan wyższej konieczności, natrafimy na kolejną przeszkodę. Otóż byłby to jedynie stan wyższej konieczności tzw. wyłączający winę (określony w art. 26 §2 k.k.). Natomiast nie pasowałby nasz kazus do stanu wyższej konieczności „wyłączającego bezprawność” (z art. 26 §1 k.k.). W świetle tych przepisów wolno nam bowiem ważyć jedynie kolidujące „dobra” a nie „interesy” (brytyjski sąd w omawianej sprawie ważył zarówno dobra jak interesy sióstr). Kolidowały zaś życie Jodie i życie Mary – dobra o wartości identycznej. Skorośmy już ustalili, że Jodie i Mary są w ogóle dwiema odrębnymi osobami – konsekwentnie musimy też uznać życie jednej i drugiej za równoważące.

Art. 26 §1 k.k. nie wchodzi więc w grę, skoro warunek jego zastosowania stanowi, by „dobra poświęcone przedstawiało wartość niższą od dobra ratowanego”. A tylko przy jego zastosowaniu nastąpiłoby wyłączenie bezprawności.

Z art. 26 §2 k.k. będziemy mieli niewielki pożytek. Ta odmiana stanu wyższej konieczności wyłącza winę (w konsekwencji czyn nie jest przestępstwem), ale zachowanie nadal pozostaje bezprawnym<sup>21</sup>. W świetle art. 26 §2 lekarze, którzy rozdzieliliby siostry nie popełniliby przestępstwa zabójstwa. Ale też żaden sąd nie mógłby im na operację wcześniej zezwolić (jak można zezwolić na czyn nielegalny?!). Co więcej, skoro operacja byłaby czynem bezprawnym, każdy mógłby wejść na salę, gdzie się ona odbywa i choćby siłą przeszkodzić w zabiciu Mary z powołaniem się na obronę konieczną (sic!)<sup>22</sup>.

Także pod **obronę konieczną** według prawa polskiego nasz przypadek nie da się raczej podciągnąć (mimo niewątpliwych analogii, jakie wskazał brytyjski sąd). Obrona konieczna służy wyłącznie przed „bezprawnym zamachem” (zob. art. 25 §1 k.k.).

<sup>20</sup> Zmieńmy odpowiednio nasz przykład z brylantami baronowej; jeżeli kufer zostaje wyrzucony za burtę, by odciążyć łódź, na której pokładzie już znajdują się ludzie, wybór sprowadza się tylko do tego: wyrzucić kufer (wówczas ludzie ocaleją, brylanty utoną), czy nie wyrzucić (ludzie utoną, ale brylanty też utoną). To już nie jest klasyczny stan wyższej konieczności.

<sup>21</sup> Dlaczego więc w prawie brytyjskim stan wyższej konieczności legalizował zabicie Mary? Bo tam s.w.k. jest inaczej definiowany (nb. jest on tam – inaczej niż w Polsce – instytucją pozaustawową, uważaną przy tym za niejasną). Aby podciągnąć jakieś zachowanie pod „brytyjski s.w.k.” muszą być spełnione trzy warunki: 1. czyn jest potrzebny dla uniknięcia nieuniknionego w inny sposób i niemożliwego do naprawienia zła; 2. nie wolno uczynić więcej, niż jest konieczne według rozsądnej oceny dla tego celu; 3. wyrządzone zło nie może pozostawać w dysproporcji do zła, którego uniknięto.

<sup>22</sup> Jeśli te rozróżnienia między wyłączeniem bezprawności i wyłączeniem winy na tle stanu wyższej konieczności zdają się komuś zbyt subtelne, użyjmy takiego oto porównania. Generalnie umyślne złamanie człowiekowi nosa jest przestępstwem (zob. art. 157 §1 k.k.). Gdy X łamie Y nos w obronie koniecznej (wyłączenie bezprawności), nie ma przestępstwa, co więcej, czyn jest legalny, tzn. prawnie nienaganny, nie budzący zastrzeżeń. Gdy schizofrenik X łamie Y nos w przekonaniu, że Y jest prześladowającym go agentem z Marsa (niepoczytalność – wyłączenie winy) także nie ma przestępstwa – ale czyn jest bezprawny. Ma to swoje konsekwencje praktyczne. Mamy prawo odeprzeć siłą atak schizofrenika – ale nie istnieje prawo do obrony koniecznej przeciw obronie koniecznej.

Jakkolwiek Mary nie ma prawa korzystać z krwioobiegu Jodie, nie sposób tego korzystania nazwać zamachem (zamach – to jedynie czyn, tj. działanie względnie zaniechanie; w przypadku Mary trudno zaś powiedzieć, by dopuszczała się względem Jodie jakiegokolwiek czynu)<sup>23</sup>.

Ostatnią deską ratunku jest chyba uznanie, że mamy do czynienia z jakimś wyjątkowo nietypowym przypadkiem **kontratypu szczególnych uprawnień**, wynikających (co najmniej) z prawa cywilnego. Niezależnie od tego, czy Mary dopuszcza się jakiegoś czynu względem Jodie, czy też nie, Jodie służy skuteczne roszczenie o zaniechanie dalszego wysysania z niej sił życiowych. Roszczenie takie dałoby się sensownie oprzeć o zasadę ochrony dóbr osobistych<sup>24</sup>. Niestety i tu natrafiamy na problem; ustawa znowu posługuje się terminem „działanie”<sup>25</sup>, sugeruje więc, że musi chodzić o czyn po stronie „naruszyciela”. Jak się jednak zdaje, pojęcie działania musi być na tle tych przepisów rozumiane swobodniej, niż w prawie karnym i może obejmować także coś, co czynu nie stanowi<sup>26</sup>.

Należy jeszcze ustosunkować się do jednego z argumentów arcybiskupa Westminsteru spośród tych, jakie zgłosił on przeciw planowanej operacji. Wskazał m.in., że lekarze nie mają obowiązku chronienia życia, jeśli wymagałoby to podejmowania środków nadzwyczajnych (a do takich – jak rozumiem – zaliczył operację rozłączenia sióstr). Środki takie nie muszą być podejmowane, a także mogą zostać wycofane wobec pacjenta, nawet jeśli przyspieszy to jego śmierć.

Argument powyższy przewrotnie obraca się na korzyść Jodie. Oto, gdyby Mary przyszła na świat jako pojedyncze dziecko, nie byłoby obowiązku podłączenia jej do aparatury, sztucznie utrzymującej oddychanie i krążenie – bo jest to uważane za środek „nadzwyczajny”, którego zastosowania od nikogo nie można wymagać. Więcej, gdyby postępowanie takie zostało wdrożone, można byłoby je następnie bez żadnych moralnych obiekcji przerwać.

Jednak Mary nie urodziła się sama. Jeśli teraz uznamy, że nie wolno nam odłączyć jej od krwioobiegu siostry – oznaczać to będzie *implicite*, że „podłączenie człowieka do człowieka” w przeciwieństwie do podłączenia człowieka do maszyny nie jest środkiem nadzwyczajnym! Nawet wówczas, gdy (jak w tym przypadku) doprowadzi to do rychłej śmierci „naturalnego płucoserca” za jakie uznano Jodie.

<sup>23</sup> Jest to chyba przypadek tzw. *vis absoluta*, wyłączający istnienie czynu.

<sup>24</sup> Art. 23 k.c. *Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.*

<sup>25</sup> Art. 24, §1 k.c. *Ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny.*

<sup>26</sup> Wyobraźmy sobie przypadek, w którym nieznanymi sprawcami chwytają Jasia i podłączają mu do krwioobiegu Stasia, któremu jednocześnie wycinają serce. Następnie – jak to zazwyczaj nieznanymi sprawcami – gdzieś znikają bez śladu (wraz z sercem Stasia). Czy Jasiowi nie służy roszczenie, by (skądinąd niczemu niewinny) Staś zostawił go w spokoju? I czy ma je kierować do Stasia, czy do nieznanymi sprawców?

Na zakończenie: skoro tekst jest prawniczy, to niech znajdzie się w nim chociaż jeden kruczek prawny. Propozycja jest nieco spóźniona (bo operację wykonano i Mary nie żyje), ale może się przydać w przyszłości. Otóż należało operację przeprowadzić i w jej toku po przecięciu aorty podłączyć Mary do odpowiedniej aparatury utrzymującej krążenie. Zabieg taki automatycznie pozbawiałby operację cechy „bycia zabijaniem”. Następnie, zgodnie z procedurą DNR<sup>27</sup> można byłoby – choćby i po pięciu minutach – aparaturę wyłączyć i dać Mary umrzeć. W takim przebiegu rzecz cała nie mogłaby wzbudzić zastrzeżeń u nikogo (włącznie z arcybiskupem Westminsteru). A gdy taka machlojka logiczna wystarczy, żeby wątpliwości znikły – jest to najlepszym dowodem na trafność orzeczenia sądu.

---

<sup>27</sup> *Do not resuscitate* – zob. T. Szreter: *Problemy etyczne i ekonomiczne w intensywnej terapii*; „Prawo i Medycyna” nr 1 (1999), s. 98 i n.

*Marek Wichrowski*

## Jodie i Mary – analiza etyczna

Przypadek Jodie i Mary<sup>1</sup> wywołał moralny spór, w którym ujawniły się główne stanowiska współczesnej bioetyki, bądź wężiej – orientacje etyki stanów terminalnych. Dziedzina owa zajmuje się moralną analizą podobnych przypadków i poszukiwaniem racjonalnych rozwiązań, które nie naruszają istotnych zasad etycznych naszej kultury. Powołując się na racje moralne etyka stanów terminalnych orzeka, w jakich warunkach konieczne jest działanie bądź zaniechanie terapeutyczne, które spowoduje przedłużenie życia bądź jego wygaśnięcie<sup>2</sup>.

Celem roztrząsań jest przedstawienie, na kanwie przypadku zroślaków, narzędzi moralnej analizy, jakimi dysponuje etyka stanów terminalnych. Zakładamy przy tym, iż problem rozdzielania sióstr syjamskich reprezentuje całą klasę analogicznych sytuacji moralnych. Rozpocznijmy od dwóch cytatów ilustrujących różnice postaw moralnych, jakie ujawnił nagłośniony przez media przypadek. Dział nauki *Gazety Wyborczej* poprosił o opinię bioetyków Barbarę Chyrowicz z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego oraz Marka Wichrowskiego z Warszawskiej Akademii Medycznej. Autorka wydanej w tym roku pracy pt.: *Bioetyka i ryzyko. Argument „równi pochyłej” w dyskusji wokół osiągnięć współczesnej bioetyki*<sup>3</sup> powiedziała między innymi: „Zgadza się ze stanowiskiem rodziców. **W żadnej, nawet najbardziej dramatycznej sytuacji nie wolno ratować jednego życia kosztem drugiego. Byłoby to równoznaczne z popełnieniem zabójstwa. Intencja ratowania życia nie może zmienić kwalifikacji moralnej czynu** (wyróżnienie redakcji). Nie brak jednak etyków, którzy w takich sytuacjach posługują się matematycznym rachunkiem i próbują dowieść, że szacunek dla ludzkiego życia polega między innymi na tym, by wybierać

<sup>1</sup> Jodie and Mary. *Law Report* (w:) *Bulletin of Medical Ethics*, nr 161, September 2000, s. 17-24.

<sup>2</sup> Por. np. P. Singer, *O życiu i śmierci. Upadek etyki tradycyjnej*, przekład A. Alichniewicz i A. Szczesna, Warszawa 1994; H. Kuhse, P. Singer, *Should the Baby Live The Problem of Handicapped Infants*, Oxford 1985; *Birth, Suffering and Death. Catholic Perspectives at the Edges of Life*, ed. Kevin Wm. Wildes, S.J. i inni, Dordrecht 1992.

<sup>3</sup> Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2000.

„wariant większościowy”. (...) Czy z dzisiejszej dramatycznej sytuacji siostr syjamskich jest jakieś dobre wyjście z punktu widzenia bliskiej mi bioetyki? Tak. Lekarze mogą śledzić stan zdrowia dzieci i w chwili gdy jedna z dziewcząt umrze, natychmiast ratować drugą. Czy są szanse, że to się powiedzie? Najprawdopodobniej nie. Ocena tych szans należy już jednak nie do etyka, lecz do lekarza”.

Wyżej podpisany prezentuje odmienne stanowisko, które tak oto wyraził: „W tej dramatycznej sytuacji powinien zdecydować prosty rachunek użyteczności. Należy rozdzielić siostry, bo niewykonanie zabiegu oznacza utratę obydwu żyjących istot. Śmierć dziewczynki w gorszym stanie nie jest – jak twierdzą bioetycy katolicy – tylko środkiem do osiągnięcia dobrego celu. W tym wypadku trzeba po prostu ratować to, co jest do uratowania. Sytuacja przypomina dylemat motorniczego, który prowadzi rozpedzony pojazd. Hamulec przestał działać i nie ma najmniejszych szans na zatrzymanie tramwaju. Motorniczy ma dwie wajchy – może skrócić w prawo lub w lewo. Po lewej jest tunel, w którym pracuje pięciu robotników, po prawej tunel z jednym człowiekiem. Uważam, że motorniczy powinien wjechać do prawego tunelu”<sup>4</sup>.

Przytoczone cytaty stanowią czytelną ilustrację wnioskowań etycznych, których filozoficzną podstawę spróbujemy zrekonstruować. Zacząć winniśmy od fundamentalnego pytania: co mianowicie jest przedmiotem sądu wartościującego w sensie moralnym? Sąd taki orzeka, iż *coś* jest dobre lub złe moralnie, dopuszczalne bądź godne repulsji, obowiązkowe bądź chwalebne, ale zarazem supererogacyjne (nadoobowiązkowe). Ocena obejmować może albo cechy charakteru działającego, albo czyn (klasę czynów) wykonywany przez delikwenta. Oczywiście pierwszy sposób oceniania (cnoty działającego) nie wyklucza drugiego (istota danej klasy czynów). Niemniej w dziejach cywilizacji Zachodu nastąpiło wyraźne rozdzielenie tych dwóch sposobów wartościowania. Klasyczna moralność grecka przybierała postać etyki cnót – kultywowaniu podlegały pewne trwałe usprawnienia charakteru składające się na ideał osobowości Greka, na przykład sokratejskiego obywatela-hoplity. Od czasów Oświecenia zaczyna dominować etyka sprowadzająca się przede wszystkim do oceny i uzasadniania pewnych klas czynów. Nie wnikam tutaj w złożony proces historyczny, który do tego stanu doprowadził, warto jednak zwrócić uwagę na nieprzekładalność systemu etyki cnót na kategorie jurydyczne<sup>5</sup>. Cnota, dobra cecha charakteru nie może wszak stać się przedmiotem prawa państwowego. Słowem – wygrały systemy moralne prezentujące różne sposoby oceniania czynów. One też stanowią temat dalszych rozważań.

Nakreślenie mapy systemów moralnych zakłada analizę pojęcia czynu. Otóż każdemu działaniu świadomemu, a tylko takie podlega wartościowaniu, towarzyszy intencja czyli zamiar, motyw, racja. Intencja nakierowana jest na spełnienie danej czynności lub osiągnięcie celu. W intencji zawarte jest to, co działający chciałby swoim czynem osiągnąć. Poza nią istnieje materia czynu, którą wyraża precyzyjny opis tego, co rzeczywiście zostało wykonane. Należy jednak mieć na uwadze, że

<sup>4</sup> *Gazeta Wyborcza*, 29 sierpnia 2000.

<sup>5</sup> Por. A. MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*, Warszawa 1996.



czynem w tym znaczeniu jest zarówno powstrzymanie się od danego działania, jak i jego podjęcie. Po czynie przychodzą następstwa. Część owych konsekwencji jest objęta intencją (pożądana), inne mogą następować wbrew intencji (przypadkowe lub/i niepożądane oraz złe moralnie) bądź też być przewidywane, ale nie chciane (akceptowane jako dopuszczalne zło, jakiś „koszt” czynu dobrego). Otrzymujemy zatem trzy elementy konstytuujące działanie świadome: intencja, materia czynu i jego konsekwencje. Rzetelna ocena czynu winna uwzględniać każdy z wymienionych członów<sup>6</sup>.

Główną linię podziału stanowisk moralnych wywieść można z przedstawionego schematu. Pierwsza grupa systemów moralnych – przede wszystkim etyki wielkich religii monoteistycznych – koncentruje uwagę na ocenie intencji działającego. Zalecanym jest czyn, którego intencja jest dobra moralnie, co oznacza jej zgodność z nadanym przez Boga obiektywnym kodeksem norm. Zła intencja dezawuuje czyn niezależnie od jego następstw. Etykę intencji określamy mianem deontologicznej. *Deon* w języku greckim oznacza między innymi obowiązek, stąd etyki deontologiczne są etykami obowiązku. Obowiązek moralny nakazuje działać zgodnie z kodeksem norm ustanowionym mocą Stwórcy. Najważniejszym w naszym kręgu kulturowym systemem deontologicznym jest katolicka teoria prawa naturalnego. Rozwiązanie przeciwstawne deontologicznemu pomija intencję w ocenie czynu. Dobrym jest takie działanie, które przyniesie więcej korzyści w postaci wzbogacających świat następstw lub zredukuje cierpienia. Innymi słowy, czyn jest dobry wtedy i tylko wtedy, gdy powoduje wzrost szczęścia powszechnego, realizacji preferencji lub/i redukcję cierpień we wszechświecie.

Etyki oceniające działanie przez pryzmat następstw nazywamy konsekwencjalnymi. Najważniejszym wśród konsekwencjalizmów jest utylitaryzm. Spór etyk deontologicznych z konsekwencjalistycznymi (lub wężiej – katolickiej teorii prawa naturalnego z utylitaryzmem) można odczytać w większości konfliktów bioetycznych epoki.

Aby przypadek sióstr syjamskich dostrzec w świetle przeciwstawnych orientacji moralnych, musimy przybliżyć treść bioetyczną teorii prawa naturalnego i etyki konsekwencjalnej. Szkic stanowisk rozpoczniemy od prezentacji tej części bioetyki katolickiej, która jest istotna dla tanatologii. Istnieją dwie zasady, które wyznaczają katolickie rozstrzygnięcia sporów bioetycznych: koncepcja świętości (lub synonimicznie – wartości) życia człowieka niewinnego oraz zasada podwójnego skutku<sup>7</sup>. Prynypia owe spełniają warunki spójności, niesprzeczności i przede wszystkim są przekładalne na kategorie diagnostyczne tzn. w sposób pozbawiony arbitralności mogą być stosowane w praktyce medycznej. Zasada świętości życia człowieka niewinnego głosi, iż:

1. Nie wolno w żadnym wypadku działać lub zaniechać działania z intencją odebrania człowiekowi życia;

<sup>6</sup> Por. W. K. Frankena, *Ethics*, Englewood Cliffs 1963, s.11-28.

<sup>7</sup> Por. precyzyjny wykład zasady świętości życia w: H. Kuhse, *Sanctity of Life Doctrine*, Oxford, New York 1990.

2. Śmierć człowieka może być wyłącznie przewidywaną, ale nie chcianą (nie objętą intencją) konsekwencją czynu dopuszczalnego;

3. Dopuszczalne jest – w ściśle określonych warunkach – wycofanie się z terapii podtrzymującej życie lub/i zaprzestanie stosowania nadzwyczajnych środków leczniczych.

4. Życie człowieka jest równe, nienaruszalne oraz godne podtrzymywania.

Część pierwsza zasady wyklucza sytuacje, w których działaniu naszemu przyświeca zamiar spowodowania śmierci człowieka. W każdym przypadku, gdy zmierny do śmierci innego, dopuszczamy się czynu złego moralnie i bezwzględnie zakazanego. W części drugiej następuje wyjaśnienie relacji pomiędzy predykcją a intencją w kontekście tanatologicznym. Otóż śmierć innego jest dopuszczalna wyłącznie jako przewidywane, ale nie chciane następstwo praktyki medycznej, która jest sama w sobie dobra moralnie. W ten sposób dopuszczalne staje się wycofanie z bezsensownej terapii uporczywej, jeśli ta nie daje nadziei na poprawę, stosuje nieproporcjonalne środki medyczne i wznaga cierpienia umierającego (część trzecia). Ostatni, czwarty element zasady świętości życia wymienia postulowane jego cechy: równość, nienaruszalność i godność. Równość oznacza postulat moralny abstrahowania od jakości życia w procesie terapeutycznym. Każda forma życia ludzkiego (np. embriion, noworodek, zdrowy osobnik, staruszka, pacjent hospicjum, nędzarnik, milioner) jest równa sobie z uwagi na prawo do życia. Żadnej z nich nie wolno wyróżniać ani deprecjonować ze względu na jakość. Nienaruszalność oznacza bezwzględny zakaz intencjonalnego zabijania. Wreszcie podkreśla się, iż każde życie ludzkie jest godne podtrzymywania.

Uzupełnienie opisanego pryncypium świętości stanowi zasada podwójnego skutku<sup>8</sup>. Nie jest ona używana w naszych czasach powszechnie przez bioetyków katolickich. Niemniej wydaje mi się, że stanowi konieczne uzupełnienie i nadal znajdujemy jej echa w medycznych dokumentach Kongregacji Nauki Wiary. Wyraziliśmy już swoistą grę, jaka ma miejsce pomiędzy predykcją (przewidywanie następstw) a intencją. Zasada dwoistego skutku pozwala ocenić czyn powodujący zarazem dwa następstwa: dobre i złe moralnie. Otóż czyn X, który wytwarza owe dwa skutki jest dopuszczalny wtedy i tylko wtedy, gdy:

1. X nie jest sam w sobie zły;
2. Sprawca czynu X nie ma zamiaru (intencji) dokonania złego skutku, ale tylko przewiduje (predykcja), że skutek taki wyniknie;
3. Zły skutek nie może stanowić środka do osiągnięcia dobrego skutku;
4. Dobry skutek winien przeważać lub równoważyć zły.

Katolicka etyka stanów terminalnych wyraża się w pełni w streszczonych pryncypalach. Oczywiście nasza prezentacja ogranicza się do samej istoty tej doktryny, pomija natomiast cały bagaż historyczno-erudycyjny.

<sup>8</sup> J.T. Mangan, SJ, *An Historical Analysis of the Principle of Double Effect* (w:) *Theological Studies*, vol.10, 1949, s. 41-61 oraz J. Boyle, *The Roman Catholic Tradition and Bioethics* (w:) *Bioethics Yearbook*, vol. 1, Dordrecht 1991, s. 4-21; Dordrecht 1993, vol.3, s.19-41.

Przeciwstawną koncepcję bioetyczną znajdujemy w konsekwencjalizmie występującym w wersji areligijno-utyliarystycznej bądź protestancko-agapistycznej<sup>9</sup>. Konsekwencjalizm streszcza się w doktrynie bioetycznej znacznie mniej złożonej od katolickiej. Zarówno utyliaryzm jak i chrześcijański agapizm zgodnie uznają tzw. zasadę jakości życia człowieka, która głosi, że wartość życia jest funkcją jego jakości naturalnych. Owe jakości-cechy naturalne są zmiennymi, a człowiek dysponuje prostymi metodami empirycznymi, które pozwalają rozstrzygnąć, czy konkretne życie posiada je czy nie<sup>10</sup>. Różne spisy jakości życia są dość proste, intuicyjne i zdroworozsądkowe. Wymienia się wśród nich zwykle długość życia, zdolność odczuwania, stopień bólu i cierpienia, zdolność do komunikacji z otoczeniem czy inteligencję. Zasada jakości uznaje, że życie pozbawione pewnej sumy cech naturalnych staje się bezsensowne i przestaje być godne przeżycia. W ten sposób z prezentowanego pryncypium wynika, że życie ludzkie nie jest w sposób bezwzględny równe, nienaruszalne i godne podtrzymywania. Nie istnieje we współczesnej bioetyce ostrzejszy konflikt od tego, jaki rozgrywa się pomiędzy zasadami świętości i jakości życia człowieka.

Po tym teoretycznym interludium powróćmy do przypadku siostr syjamskich. Warto ten przypadek dostrzec w świetle przeciwstawnych zasad bioetycznych. Sądzę, że tylko wówczas ujawni on w pełni swoją treść. Zaczniemy od odpowiedzi na pytanie, dlaczego bioetycy katolicki poparli stanowisko rodziców dziewczynek. Przecież niewykonanie operacji rozdzielenia zrosłaków oznacza ich śmierć nieuchronną w ciągu sześciu miesięcy. Z kolei rozdzielenie spowoduje zgon pozbawionej płuc i serca Mary, ale jednocześnie wzrosną szanse przeżycia Jodie. Przede wszystkim wyjaśniając wnioski bioetyków katolickich należy odwołać się do koncepcji równości. Jodie i Mary to dwie istoty (osoby) równe sobie, których życia nie wolno wartościować z uwagi na brak organów u jednej z nich. Rozdzielenie oznacza medyczną ingerencję, której bezpośrednim następstwem będzie śmierć Mary. Zatem zgon tej ostatniej należy do samej materii czynu, jakim jest operacja rozdzielenia. Nie jest „przewidywaną, ale nie chcianą konsekwencją” zabiegu chirurgicznego, ale jego integralnym składnikiem. Milcząco, choć intencjonalnie, zakłada się przecież, że odcięcie Mary od organów Jodie oznacza jej natychmiastową śmierć i zarazem swoiste uwolnienie tej ostatniej od balastu, jakim jest siostra. Innymi słowy, operacja jest zabiciem Mary po to, aby przeżyła Jodie. Dlatego operacja jest zła moralnie i nie powinna mieć miejsca. Zaniechanie operacji oznacza niewchodzenie w związek przyczynowy wiodący do śmierci Mary i Jodie. Gdyby szpital nie pojawił się w życiu Mary, ona i tak by umarła, zatem lekarz odmawiający wykonania zabiegu rozdzielenia nie jest odpowiedzialny za jej śmierć. Dzisiejsza medycyna jest tutaj technicznie bezradna. W przypadku interwencji chirurgicznej odpowiada jednak za śmierć Mary, której zgon staje się ceną w niedopuszczalnym rachunku użyteczności. Staje się bezpośrednim, zamierzonym skutkiem ratowania Jodie. Warto dodać, iż przedsta-

<sup>9</sup> Por. np. koncepcje klasycy współczesnego utyliaryzmu Petera Singera (*O życiu...*) i agapisty Josepha Fletchera (*Situation Ethics. The New Morality*, Pennsylvania 1966).

<sup>10</sup> W. R. Jacórzynski, *Wartość życia a problem eutanazji* (książka w druku), rozdział pt.: *Teoria jakości życia*.

wione racje moralne uzupełniane są rozumowaniem tzw. równi pochyłej<sup>11</sup>. Jeśli wyrazimy zgodę na podobne zabiegi, to wejdziemy na drogę rozwijającej się katastrofy. Zmuszeni będziemy przyzwalać na zabiegi analogiczne, a w końcu czeka nas legalizacja zabijania na żądanie.

Przeciwstawną argumentację moralną na temat przypadku sióstr syjamskich przedstawili sędziowie dwóch instancji i uzupełnili etycy nie zgadzający się z interpretacją katolicką. Ich sposób myślenia ma charakter zdroworozsądkowy i opiera się na zasadzie jakości życia (choć, pamiętajmy, w sentencji wyroków ściśle pojęcia współczesnych systemów etycznych w zasadzie nie pojawiły się). Celem medycyny jest nade wszystko ratowanie życia istot ludzkich, które roszą nadzieje terapeutyczne. Noworodkowi, który przyszedł na świat z ciężkimi wadami w postaci braku systemów odpowiedzialnych za cyrkulację płynów i pobieranie tlenu z powietrza, współczesna medycyna nie jest w stanie pomóc. Bliźnięta syjamskie występują w postaci symetrycznej, gdy każde posiada komplet organów, oraz niesymetrycznej (zwanej też pasożytniczą)<sup>12</sup>. Jodie i Mary stanowią oczywistą ilustrację zrosłaków niesymetrycznych. Mary żyje wyłącznie dzięki organom Jodie. Organizm tej ostatniej zdoła utrzymać przy życiu siebie i Mary nie dłużej niż sześć miesięcy. Jodie umrze głównie (istnieją oczywiście inne czynniki, które mogą spowodować zgon) z powodu nadmiernego obciążenia serca i płuc organizmem Mary. Szanse na przeżycie Jodie po operacji rozdzielania bliźniąt są znikome, niemniej jednak *istnieją*, a prawdopodobieństwo sukcesu terapii można w przybliżeniu określić. Zatem dysponujemy dwoma rozwiązaniami: zaniechanie operacji tzn. nieuchronna śmierć dzieci lub wykonanie rozdzielania dające nadzieje na przeżycie Jodie. Konsekwencją każdego rozwiązania przypadku jest śmierć Mary. Konsekwencją zaniechania jest śmierć obu dziewczynek. **Należy zatem ratować Jodie, gdyż Mary i tak nie będzie istnieć.** Rozdzielenie sióstr nie oznacza zabicia przez chirurga Mary. Zamiarem jest odciążenie organizmu Jodie, które daje szanse na jej dalsze istnienie. Słowem, należy wykonać operację, która jest dobra moralnie. **Jestem głęboko przekonany, że operacje w podobnych sytuacjach powinny być wykonywane, a zaniechanie interwencji chirurgicznej należy uznać za złe moralnie.**

---

<sup>11</sup> Por. M. Wichrowski „Zasada równi pochyłej” a etyka medyczna (w:) Etyka, 1994, nr 27, s. 119-125.

<sup>12</sup> Na podstawie rozmowy z doc. dr. hab. Adamem Bysiekiem, pracownikiem Collegium Medicum UJ, specjalistą zajmującym się m.in. rozdzielaniem bliźniąt syjamskich.

## **Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 grudnia 1999 r.**

**Sygn. akt II S.A. 1144/99**

Po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 1999 r. sprawy ze skargi (...) Regionalnej Kasy Chorych w (...) na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 kwietnia 1999 r. w przedmiocie odmowy zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki na świadczenie obsługi prawnej – Naczelny Sąd Administracyjny:

**uchylił zaskarżoną decyzję i poprzedzającą ją decyzję z dnia 3 marca 1999 r.**

### **Uzasadnienie wyroku**

Decyzją z 3 marca 1999 r. wydaną na podstawie art. 71 ust. 1a w związku z art. 71 ust. 1 pkt 2 ustawy z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773 ze zm.) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych odmówił „zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki na świadczenie obsługi prawnej dla (...) Kasy Chorych z wyłączeniem spraw przed sądami i urzędami na okres od 01.03.1999 r. do 31.12.1999 r.”

W uzasadnieniu decyzji podał m. in., że z wyjątkiem przypadków ujętych w art. 71 ust. 1 ustawy dotyczących możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki, regulą jest udzielanie zamówień w formie przetargu nieograniczonego, najlepiej uwzględniającego zasadę konkurencyjności (art.14), z możliwością wyboru innego trybu tylko w sytuacjach określonych w ustawie.

Wskazany przez skarżącą art. 71. ust. 1 pkt. 2 ustaw odnosi się do umowy o przeprowadzeniu badań, eksperymentu lub sporządzenia opinii naukowej i nie obejmuje przez to umowy o świadczeniu obsługi prawnej, o którą w rozpoznawanej sprawie chodzi.

W dniu 25 marca 1999 r. skarżąca wniosła o umorzenie postępowania, ponieważ nie chodzi tu o zamówienie publiczne na wykonywanie usług opłacone ze środków publicznych w całości lub w części (art. 2 pkt. 4 ustawy).

Wg załączonej opinii Prof. dr. hab. Ryszarda Mastalskiego kasy chorych nie mogą być zaliczane do sektora finansów publicznych, a składki na powszechne ubezpie-

czenie zdrowotne nie stanowią środków publicznych w rozumieniu art. 3 ustawy z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 155, poz. 1014). Istnieje zatem możliwość zawarcia planowanej umowy z pominięciem ustawy z 10 czerwca 1994 r., a toczące się postępowanie administracyjne winno być umorzone.

Wystąpienie skarżącej zostało zakwalifikowane jako wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy i decyzją z 20 kwietnia 1999 r. wydaną na podstawie art. 127 § 3 k.p.a. Prezes UZP utrzymał w mocy poprzednią decyzję podkreślając, że system ubezpieczeń zdrowotnych bazuje na zagwarantowanym w art. 68 ust. 2 Konstytucji RP równym dostępie do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, składki na te ubezpieczenia mają charakter podatku i dlatego kasy chorych obowiązane są do stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

W skardze do Sądu skarżąca wniosła o stwierdzenie nieważności decyzji jako wydanych bez podstawy prawnej i posłużenia się argumentacją zamieszczoną w wystąpieniu do UZP z 25 marca br.

Wnosząc o oddalenie skargi Prezes UZP zwrócił uwagę m. in. na następujące okoliczności:

Wystąpienie skarżącej z 25 marca 1999 r. należało potraktować jako wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, co jest zgodne z wyrokiem III ARN 14/96 Sądu Najwyższego z 20 czerwca 1996 r. (OSNAP 1997/1/16), w uzasadnieniu którego Sąd stwierdził, że jeżeli przepis szczególnie nie stanowi inaczej, pismo strony postępowania administracyjnego wniesione do organu odwoławczego w ustawowym terminie do złożenia odwołania, wyrażające niezadowolenie z decyzji nie ostatecznej, podlega rozpatrzeniu jako odwołanie od decyzji.

Zarzut naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych poprzez nieuprawnione uznanie obowiązku jej stosowania przez Kasy Chorych, należy rozpatrywać na gruncie przepisów obowiązujących do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 9 kwietnia 1999 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 45, poz. 437) – tj. do 4 czerwca 1999 r. – na mocy której jednostki organizacyjne ubezpieczenia zdrowotnego oraz Krajowy Związek Kas zobowiązane zostały wprost do stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

W stanowisku Rządu wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (druk 853 z dnia 29.12.1998 r.), przyjętym w dniu 02.03.1999 r. na posiedzeniu Rady Ministrów (RM-140-9-99) wyraźnie podniesiono, iż projekt nowelizacji ustawy o zamówieniach publicznych, jedynie (??) w sposób nie budzący wątpliwości przesądzi, iż Kasy Chorych zobowiązane są do stosowania przepisów ustawy, a środki przez nie wydatkowane są środkami publicznymi.

Obowiązek przestrzegania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych przez Kasy Chorych przy wydatkowaniu środków pochodzących ze składek na powszechne ubezpieczenie zdrowotne wynikał także z przepisów ustawy o zamówieniach publicznych wg stanu prawnego obowiązującego w okresie od 1 stycznia do 3 czerwca 1999 r. – interpretowanej w powiązaniu z postanowieniami Konstytucji RP oraz ustawy z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.

Nie było w niej przed nowelizacją bezpośrednich odniesień do definicji zawartych w ustawie o finansach publicznych. Także w aktualnie obowiązującym stanie prawnym krąg podmiotów zobowiązanych oraz definicja środków publicznych z ustawy o zamówieniach publicznych są szersze od definicji zawartych w ustawie o finansach publicznych. Natomiast przełożona opinia Prof. Ryszarda Mastalskiego zawiera wniosek wyłącznie taki, że „Kasy Chorych nie mogą być raczej zaliczane do sektora finansów publicznych, o którym mowa w art. 5 ustawy o finansach publicznych, zaś składki na powszechne ubezpieczenie zdrowotne nie stanowią środków publicznych w rozumieniu art. 3 tej ustawy” (pkt 4 opinii). Opinia dotyczy więc wzajemnych relacji pomiędzy przepisami ustawy o finansach publicznych i ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, analizowanych z punktu widzenia prawa finansowego, a nie odnosi się do ustawy o zamówieniach publicznych.

Zgodnie z art. 3 oraz 4 ustawy o zamówieniach publicznych, ustawę tę stosuje się do: zamówień na dostawy, wykonanie usług i robót budowlanych opłacanych w całości lub części ze środków publicznych, udzielanych przez podmioty zobowiązane ustawą. Wszystkie trzy przesłanki muszą nastąpić łącznie.

Zlecenie obsługi prawnej ma charakter zamówienia na usługi, które ustawa o zamówieniach publicznych definiuje jako „wszelkie prace, które nie są robotami publicznymi ani dostawą” (art. 2 pkt. 3 ustawy), zaś środki którymi dysponują Kasy Chorych pochodzące ze składek na ubezpieczenie zdrowotne należy uznać za środki publiczne.

Zgodnie z art. 68 ust. 2 Konstytucji, obywatelom niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa. Ustawą tą jest ustawa z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 z późniejszymi zm.), która wprowadziła powszechne obowiązkowe ubezpieczenie zdrowotne (art. 1) oraz określiła zakres przysługujących ubezpieczonym świadczeń służących zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, udzielanych w przypadku choroby, urazu, ciąży, porodu i położu oraz w celu zapobiegania chorobom i promocji zdrowia (art. 3).

W świetle postanowień Konstytucji RP uznać należy, iż środki ze składek na powszechne ubezpieczenie zdrowotne są środkami publicznymi, z których finansowana jest zagwarantowana Konstytucją opieka zdrowotna.

Zgodnie z art. 8 Konstytucji RP jest ona najwyższym prawem w Rzeczypospolitej Polskiej, a jej przepisy stosuje się bezpośrednio. Tak więc brak w definicji środków publicznych, o których mowa w art. 2 pkt. 7 ustawy o zamówieniach, bezpośrednio wskazania środków pochodzących ze składek na powszechne ubezpieczenie zdrowotne było luką pozorną, którą bezpośrednio uzupełniło postanowienie art. 68 ust. 2 Konstytucji RP.

Argumenty powyższe wzmacnia także analiza art. 217 Konstytucji, który stanowi, że nakładanie podatków i innych danin publicznych następuje w drodze ustawy. *A contrario*, wprowadzone ustawą powszechne obowiązkowe ubezpieczenie zdro-

wotne należy do danin publicznych, co wynika z art. 19, 27 i 28 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.

Regionalne Kasy Chorych były podmiotami zobowiązanymi do stosowania ustawy o zamówieniach publicznych jeszcze przed jej nowelizacją.

Do przestrzegania jej przepisów zobowiązane są m. in. wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej państwowe i komunalne jednostki organizacyjne oraz podmioty zależne, tj. takie, w których państwowe jednostki organizacyjne posiadają prawo do powołania lub odwoływania co najmniej połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego jednostki zależnej (art. 4 ust. 1 pkt. 6 oraz art. 2 pkt. 11 lit. c).

Za państwowe jednostki organizacyjne można m. in. uznać organy administracji państwowej, jako że w świetle doktryny prawa administracyjnego są one jednostkami organizacyjnymi państwa. Mogą to być także inne jednostki organizacyjne działające w systemie administracji publicznej powołane przez państwo dla realizacji zadań z zakresu administracji publicznej). Na ten temat np.: Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Wiktorowska: *Prawo Administracyjne*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1996, str. 44-65).

Kasy Chorych są posiadającymi osobowość prawną, podstawowymi jednostkami organizacyjnymi ubezpieczenia zdrowotnego, do których zakresu działania należy wykonywanie wszelkich czynności z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego, m.in. stwierdzanie i potwierdzanie prawa osoby ubezpieczonej do świadczeń oraz zawieranie i finansowanie umów o udzielanie świadczeń na rzecz ubezpieczonych (art. 65, 66 i 72 ustawy). Zakres obowiązków Kas Chorych wobec ubezpieczonych określa m. in. art. 31 ust. 2 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.

Tym samym należy uznać, że Kasy Chorych są powołanymi przez Państwo jednostkami, realizującymi w imieniu państwa, wynikający z art. 68 Konstytucji obowiązek zapewnienia obywatelom równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej.

Na obowiązek stosowania tej ustawy przez Kasy Chorych wskazują także regulacje zawarte w samej ustawie o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym. Jej art. 54 stanowi, iż zawieranie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych przez Kasy Chorych odbywa się po uprzednim przeprowadzeniu konkursu ofert.

Dopełnieniem tej regulacji jest art. 54a, zgodnie z którym, do zawierania tych umów ustawy o zamówieniach publicznych się nie stosuje. Tak wyraźne wyłączenie obowiązku stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych poprzez wprowadzenie regulacji szczególnej do niej, jednoznacznie wskazuje, iż wyłączenie dotyczy jedynie spraw w tym artykule uregulowanych. Powyższe domniemanie, iż zamiarem ustawodawcy było, aby w pozostałym zakresie Kasy Chorych zobowiązane były do stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Uregulowania te korespondują z odpowiednimi regulacjami ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Publiczne zakłady opieki zdrowotnej także zobowiązane są przedmiotowo do przestrzegania ustawy o zamówieniach publicznych, z wyłączeniem zamówień na świadczenia zdrowotne (wyłączenie w art. 35. ust. 3 ustawy o z. o. z.).



Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje:

Zarzuty i wnioski zawarte w skardze są sformułowane w oparciu o założenie, że do zleceń na świadczenie obsługi prawnej – w dacie rozstrzygnięcia sprawy przez prezesa UZP – nie stosowało się w ogóle żadnych trybów przewidzianych w ustawie o zamówieniach publicznych.

Na takim założeniu bazował również wniosek o umorzenie postępowania zawarty w piśmie skarżącej z 25 marca 1999 r.

Sąd podziela trafność obszernie umotywowanego poglądu Prezesa UZP o stosowaniu do Kas Chorych przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, jeszcze przed jej ostateczną nowelizacją obowiązującą od 4 czerwca 1999 r. Po uzupełnieniu jej przepisów m. in. art. 2 pkt 7 lit. g oraz art. 4 ust. 1 pkt 9 przestały istnieć jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie zaliczania składek na ubezpieczenia zdrowotne do środków publicznych i stosowania tej ustawy do zamówień publicznych udzielanych przez samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, jednostki organizacyjne ubezpieczenia zdrowotnego i Krajowy Związek Kas Chorych w zakresie nie uregulowanym odrębnymi przepisami. Dotychczasowe wątpliwości nie wynikały z istnienia unormowań sprzecznych z dokonanyymi w toku zarysowanej nowelizacji, lecz z konieczności sięgania do systemowej i historycznej wykładni prawa, jak to wzorowo uczynił Prezes UZP w odpowiedzi na skargę przez nawiązanie do przepisów Konstytucji RP i ustaw łącznie tworzących system powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Nie było żadnych racjonalnych powodów do pozostawienia poza ustawą o zamówieniach publicznych tak ważnych jednostek organizacyjnych ubezpieczenia zdrowotnego dysponujących liczącymi się funduszami mającymi charakter środków publicznych. Odnotowania wymaga także dokonane dopiero w wyniku nowelizacji odesłanie do ustawy o finansach publicznych (art. 2 pkt 7, lit. a ustawy o zamówieniach publicznych), co wpłynęło na stosowaną ocenę uwag sygnalizowanych w opinii załączonej przez skarżącą.

Przy rozpoznaniu sprawy Prezes UZP pominął natomiast niżej podane unormowania. Otóż art. 13 omawianej ustawy określił 6 trybów udzielania zamówienia publicznego, wymieniając w pkt. 6 zamówienie z wolnej ręki, z którego można skorzystać gdy zachodzi jedna z siedmiu okoliczności podanych w art. 71 ust. 1.

Stosownie do art. 71 ust. 1a, jeżeli wartość zamówienia przekracza równowartość 20 000 EURO, zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wymaga zatwierdzenia Prezesa UZP. Organ ten nie może więc korzystać z powyższego uprawnienia – przez zatwierdzenie lub odmowę zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki – gdy kwota zamówienia nie przekracza 20 000 EURO, ani wypowiedać się w takiej sytuacji co do spełnienia okoliczności z art. 71 ust. 1.

Na prośbę prezesa UZP skarżąca w piśmie z 22 lutego br. wyjaśniła, że wartość zamówienia na obsługę prawną w okresie od 1 marca 1999 r. do 31 grudnia 1999 r. wynosi 25 000 + 22% VAT (2500 zł + VAT w stosunku miesięcznym). W swoich decyzjach Prezes UZP przyjął te dane jako bezsporne okoliczności faktyczne, wymieniając powyższy okres w sentencji orzeczenia. Nie ulega wątpliwości, że bez udokumentowanego w inny sposób wartość zamierzonego zlecenia nie przekracza-

ła 20 000 EURO i z tego powodu wykorzystanie uprawnień organu z art. 71 ust. 1a nie było dopuszczalne.

W tej sytuacji na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 1 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.) orzeczono jak w sentencji.

**G L O S A**

**do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego  
z dnia 16 grudnia 1999 roku  
w sprawie II SA 1144/99**

**I**

Problemem podstawowym w przedmiotowej sprawie była dopuszczalność zastosowania ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 1998 roku Nr 119, poz. 793).

Naczelny Sąd Administracyjny ocenia zgodność z prawem zaskarżonej decyzji w dacie jej wydania, a nie w dacie rozpatrywania sprawy przez NSA i wyrokowania.

Należy na wstępie podkreślić, iż w dniu 4 czerwca 1999 roku weszła w życie ustawa z dnia 9 kwietnia 1999 roku o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 45, poz. 437). Z przepisów tej ustawy (w szczególności z dodanej litery „g” do ust. 7 art. 2 oraz dodanego punktu 9 do ust. 1 art. 4) wynika ponad wszelką wątpliwość, iż od dnia 4 czerwca 1999 r. przepisy ustawy o zamówieniach publicznych mają w pełni zastosowanie w przypadku udzielania zamówień przez samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, jednostki organizacyjne ubezpieczenia zdrowotnego oraz Krajowy Związek Kas Chorych w zakresie zamówień publicznych.

Natomiast przedmiotem rozpoznania przez Naczelny Sąd Administracyjny w sprawie II SA 1144/99 była zgodność z prawem decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 kwietnia 1999 roku w przedmiocie odmowy zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki na świadczenie obsługi prawnej.

Oceniając zatem zgodność z prawem zaskarżonej decyzji Naczelny Sąd Administracyjny czynił to przez pryzmat stanu prawnego obowiązującego w dniu 20 kwietnia 1999 roku.

Wymowne, iż zaskarżona decyzja wydana została w 11 dni po uchwaleniu ustawy z 9 kwietnia 1999 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, lecz przed jej wejściem w życie, co nastąpiło w dniu 4 czerwca 1999 roku.

**II**

Uzasadnienie glosowanego wyroku koncentruje się głównie na zagadnieniu, **czy w stanie prawnym obowiązującym do 4 czerwca 1999 r. Kasy Chorych zobowiązane były stosować ustawę o zamówieniach publicznych.** Konstrukcja tego uzasadnienia nie jest typowa. Naczelny Sąd Administracyjny bardzo szeroko przedstawia stanowisko strony skarżącej, a jeszcze wnikliwiej argumenty podniesione w odpowiedzi na skargę przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Natomiast merytoryczne stanowisko samego Naczelnego Sądu Administracyjnego stanowi stosunkowo małą część uzasadnienia. W odpowiedzi na skargę Prezes Urzędu Zamówień Publicz-

nych skoncentrował się głównie na uzasadnieniu tezy, iż przepisy ustawy o zamówieniach publicznych obowiązywały Kasy Chorych przy wydatkowaniu środków pochodzących ze składek na powszechne ubezpieczenie zdrowotne również w stanie prawnym obowiązującym do 4 czerwca 1999 r. W obszernym wywodzie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał się na art. 8 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, iż jej przepisy stosuje się bezpośrednio, chyba że sama Konstytucja stanowi inaczej. Przedstawienie problemu etyki pośredniego stosowania przepisów Konstytucji przekraczałoby zakres tematyczny niniejszej glosy. Jak stwierdza W. Skrzydło, na podstawie art. 8 ust. 2 Konstytucji bezpośrednio stosowane są postanowienia ustawy zasadniczej, które odnoszą się do regulacji w zakresie wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela. (Por. W. Skrzydło, Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, wyd. II, 1999, str. 16).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał się także na inne przepisy Konstytucji (art. 68 ust. 2 oraz 217) w powiązaniu z art. 19, 27 i 28 ustawy z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 z późn. zm.).

W tej części odpowiedzi na skargę obowiązek stosowania ustawy o zamówieniach publicznych przez Kasy Chorych uzasadniony był tym, iż są one powołanymi przez państwo jednostkami, które realizują w jego imieniu unormowany w art. 68 Konstytucji obowiązek zapewnienia obywatelom równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej.

Znacznie bardziej przekonujące są inne argumenty, które przemawiały za obowiązkiem stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

Prezes UZP trafnie stwierdził, iż o obowiązku stosowania przez Kasy Chorych ustawy o zamówieniach publicznych – przed dniem 4 czerwca 1999 r. – świadczyła treść art. 54 oraz 54a ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.

Przepisy te wyłączały stosowanie przez Kasy Chorych ustawy o zamówieniach publicznych, ale jedynie w zakresie zawierania umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych. Jest zatem logiczne, iż w pozostałym zakresie Kasy Chorych również przed 4 czerwca 1999 r. zobowiązane były do stosowania ustawy z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

Skoro zatem ustawy tej Kasy Chorych przed 4 czerwca 1999 r. nie byłyby zobowiązane stosować, to wyłączenie jej zastosowania przez art. 54 oraz 54a ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym byłoby bezcelowe.

Jest to, moim zdaniem, najbardziej przekonujący argument, który został powołany przez Prezesa UZP.

Natomiast głównym zarzutem strony skarżącej było zastosowanie w przedmiotowej sprawie przez Prezesa UZP przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Swoją tezę strona skarżąca uzasadniła treścią art. 3 ustawy z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 155, poz. 1014), który wśród środków publicznych w rozumieniu tej ustawy nie wymienia składek na powszechne ubezpieczenie zdrowotne.

Naczelny Sąd Administracyjny w pełni podzielił pogląd zawarty w odpowiedzi na skargę, iż w dacie wydania zaskarżonej decyzji w przedmiotowej sprawie należało stosować przepisy ustawy o zamówieniach publicznych.

W uzasadnieniu wyroku trafnie stwierdzono, że „nie było żadnych racjonalnych powodów do pozostawiania, poza ustawą o zamówieniach publicznych, tak ważnych jednostek organizacyjnych ubezpieczenia zdrowotnego dysponujących liczącymi się funduszami, mającymi charakter środków publicznych”.

NSA nie podzielił więc zasadniczej tezy skargi, że składki na ubezpieczenia zdrowotne nie stanowią środków publicznych w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. W tym zakresie NSA nie uzasadnił szerzej swojego stanowiska. Jednakże na podstawie zawartego w uzasadnieniu wyroku stwierdzenia, że Sąd podziela trafność poglądu obszernie umotywowanego przez Prezesa UZP, należy wywnioskować, iż w zakresie ustosunkowania się do opinii prof. dr. hab. Ryszarda Mastalskiego, stanowisko NSA jest identyczne jak Prezesa UZP. Ten ostatni w odpowiedzi na skargę sformułował tezę, iż opinia prof. dr. hab. Ryszarda Mastalskiego dotyczy wzajemnych relacji pomiędzy przepisami ustawy o finansach publicznych i ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, analizowanych z punktu widzenia prawa finansowego, a nie odnosi się do ustawy o zamówieniach publicznych. Należy jednak w tym miejscu zwrócić uwagę na następujący pogląd wyrażony przez prof. dr. hab. R. Mastalskiego: „Kasy Chorych nie mogą być raczej zaliczane do sektora finansów publicznych, zaś składki na powszechne ubezpieczenia zdrowotne nie stanowią środków publicznych w rozumieniu art. 3 tej ustawy” (pkt. 4 opinii).

Uważam, iż Naczelny Sąd Administracyjny powinien szerzej odnieść się dowołanej przez stronę skarżącą powyższej opinii, a nie zawrzeć w uzasadnieniu jedynie lakonicznego stwierdzenia o trafności obszernie umotywowanego poglądu Prezesa UZP zawartego w odpowiedzi na skargę.

Należy więc przyjąć, iż zagadnieniem wstępnym w przedmiotowej sprawie było ustalenie, czy przed dniem 4 czerwca 1999 r. Kasy Chorych zobowiązane były do stosowania ustawy o zamówieniach publicznych. W pełni należy zgodzić się ze stanowiskiem NSA, iż ustawa ta obowiązywała Kasy Chorych także przed dniem 4 czerwca 1999 r.

### III

Strona skarżąca wniosła o uchylenie decyzji Prezesa UZP na tej podstawie, że przepisy ustawy o zamówieniach publicznych w przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania. Pomimo, iż Naczelny Sąd Administracyjny nie podzielił poglądu, że do 4 czerwca 1999 r. Kasy Chorych nie miały obowiązku stosować ustawy o zamówieniach publicznych, to jednak na podstawie art. 22 ust. 2 pkt. 1 ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym zaskarżoną decyzję uchylił. Art. 71a ustawy o zamówieniach publicznych stanowi, że jeżeli wartość zamówienia przekracza 20 000 ECU, to zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wymaga zatwierdzenia przez Prezesa UZP. Bezspornym w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż wartość zamierzonego zlecenia nie przekraczała 20 000 ECU, a zatem brak było podstawy materialnoprawnej do wydania decyzji na podstawie art. 71a ustawy o zamówieniach publicznych. Przepis ten bowiem przewiduje obowiązek uzyskania stosownej decyzji Pre-

zesa Urzędu Zamówień Publicznych dopiero wówczas, gdy wartość zamówienia przekracza 20 000 ECU, a zamawiający stosuje tryb zamówienia z wolnej ręki. W literaturze podkreśla się, iż przyjęcie tak niskiej kwoty (20 000 ECU) jako bezwzględnego wymogu uzyskania decyzji Prezesa UZP wynika z obaw ustawodawcy, że tryb zamówień z wolnej ręki mógłby być nadużywany. (Por. J. Baehr, T. Kwieciński: Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych, Dom Wydawniczy ABC – stan prawny na dzień 1 listopada 1998 r., str. 230).

Należy podkreślić, że art. 71 ust. 1a ustawy o zamówieniach publicznych stanowi wyjątek od reguły unormowanej w art. 14 ust. 3 tej ustawy, który stanowi, że zastosowanie innego trybu niż przetarg nieograniczony przy zamówieniach publicznych, których wartość przekracza kwotę 200 000 ECU wymaga zatwierdzenia przez Prezesa UZP z zastrzeżeniem art. 71 ust. 1a.

Tak więc w przypadku zamówienia z wolnej ręki wymóg uzyskania decyzji Prezesa UZP powstaje w przypadku zamówienia o dziesięciokrotnie mniejszej wartości niż zamówienie, o którym stanowi art. 14 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych. W uzasadnieniu wyroku NSA nie powołano się na art. 51 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 z późn. zm.), który stanowi, że Sąd ten nie jest związany granicami skargi. Jednak NSA nie może wydać orzeczenia na niekorzyść skarżącego, chyba że stwierdzi naruszenie prawa skutkujące stwierdzeniem nieważności zaskarżonego aktu.

Cyt. art. 51 ustawy o NSA oznacza, że skarga powinna zostać uwzględniona, jeżeli tylko NSA, niezależnie od zarzutów podniesionych w skardze oraz wniosków w niej sformułowanych, wyda któryś z typów wyroków określonych w art. 22-26 ustawy o NSA uchylając zaskarżoną decyzję na podstawie innych naruszeń prawa niż wskazane w skardze. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

Przepisy art. 22-26 nakazują bowiem sądowi administracyjnemu wybrać właściwy, przewidziany w nich sposób rozstrzygnięcia skargi, niezależnie od zarzutów oraz wniosków sformułowanych w treści samej skargi, a więc zakresu, w jakim decyzja administracyjna została zaskarżona do NSA. (Por. T. Woś, Postępowanie sądownoadministracyjne, wydanie II, zmienione, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1999, str. 236-237).

W przedmiotowej sprawie NSA zastosował właśnie art. 51 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, chociaż nie powołał się na jego treść w uzasadnieniu wyroku. Za trafny należy uznać pogląd W. Siedleckiego, że unormowanie zawarte w art. 51 ustawy o NSA nakazuje sądowi administracyjnemu z urzędu stosować właściwy sposób rozstrzygnięcia wniesionej przez stronę skargi. (Por. W. Siedlecki, Glosa do wyroku NSA z 15.09.1982 r., II SA 909/82, Państwo i Prawo 1983, nr 9, str. 150).

#### IV

Poważne wątpliwości wzbudza jednak podstawa prawna oraz sentencja glosowanego wyroku. Naczelny Sąd Administracyjny uchylił zaskarżoną decyzję na podstawie art. 22 ust. 2 pkt. 1 ustawy o NSA, stanowiącego, że decyzja podlega uchyleniu,

jeżeli sąd stwierdzi naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy. Moim zdaniem, w przedmiotowej sprawie powinien mieć zastosowanie art. 22 ust. 3 ustawy o NSA, który stanowi, że Sąd ten stwierdza nieważność decyzji, jeżeli zachodzą przyczyny określone w art. 156 k.p.a., lub w innych przepisach. K.p.a. w art. 156 § 1 wymienia siedem przyczyn nieważności decyzji. Moim zdaniem, w przedmiotowej sprawie należałoby rozważać przyczyny określone w art. 156 § 1 pkt. 1, ewentualnie pkt. 2. Art. 156 § 1 pkt. 1 k.p.a. obejmuje wszelkie postacie naruszenia właściwości, to znaczy właściwości rzeczowej (łącznie z jej odmianą – właściwością instancyjną, czyli funkcjonalną) oraz właściwości miejscowej. Jak trafnie stwierdza Z. Janowicz, zmiana w stosunku do obowiązującego do 1980 r. art. 137 § 1 pkt. 1 k.p.a. (w pierwotnym brzmieniu) jest bardzo istotna. (Por. Z. Janowicz, Komentarz do k.p.a. op. cit, str. 419-421).

Jak słusznie stwierdził NSA w wyroku z dnia 7 października 1982 r. w sprawie II SA 1119/82 „w myśl art. 156 § 1 pkt. 1 k.p.a. naruszenie każdego rodzaju właściwości przez organ administracji przy wydawaniu decyzji administracyjnej powoduje nieważność decyzji bez względu na trafność merytorycznego rozstrzygnięcia”. (Por. K. Chorąży, W. Taras, L. Żukowski, Kodeks postępowania administracyjnego, Tekst – Orzecznictwo – Piśmiennictwo, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1993, str. 131). W pełni trafny jest pogląd T. Wosia, iż w pierwszej kolejności NSA powinien zbadać, czy nie istnieją wady powodujące nieważność decyzji na podstawie art. 156 § 1 k.p.a. (Por. T. Woś, Postępowanie sądowo-administracyjne, op. cit, str. 248).

Autor ten uzasadnia powyższą tezę w ten sposób, że przyjęcie takiej kolejności badania zgodności decyzji z prawem zgodne jest z zasadą ekonomiki postępowania. W przypadku bowiem stwierdzenia jednej z przyczyn nieważności unormowanych w art. 156 § 1 k.p.a. spowodowałoby to dalszą kontrolę tej decyzji przez NSA nie tylko zbędną, ale i niedopuszczalną. W przypadku bowiem stwierdzenia istnienia jednej z siedmiu podstaw unormowanych w art. 156 § 1 k.p.a. powinno nastąpić stwierdzenie nieważności decyzji przez NSA niezależnie od jakichkolwiek okoliczności. Dopiero po stwierdzeniu, że zaskarżona decyzja nie jest dotknięta nieważnością, sąd administracyjny może przystąpić do badania ewentualnego istnienia pozostałych wad decyzji. (Por. T. Woś, Postępowanie sądowo-administracyjne, op. cit, str. 248).

„Zatwierdzenie” wymagane przez art. 71a ustawy o zamówieniach publicznych stanowi indywidualną decyzję administracyjną w rozumieniu art. 104 k.p.a. Jak trafnie stwierdza E. Ochendowski, decyzja jest oświadczeniem woli organu administracji publicznej i to oświadczeniem woli w imieniu państwa. (Por. E. Ochendowski, Postępowanie administracyjne i sądowo-administracyjne, Wybór orzecznictwa, Wydawnictwo TNOiK, Toruń 2000, str. 143).

Nazwa „decyzja” użyta w art. 104 i in. artykułach kodeksu dla oznaczenia aktu rozstrzygającego indywidualną sprawę administracyjną nie jest stosowana w naszym prawodawstwie, a zwłaszcza w materialnym prawie administracyjnym, wyłącznie dla oznaczenia tego aktu administracyjnego. Bardzo często w materialnym prawie administracyjnym używa się innych nazw na oznaczenie indywidualnej decyzji w rozumie-

niu art. 104 k.p.a. np. „pozwolenie” w prawie budowlanym, „zezwolenie”, „koncesja”, (w ustawie z 23 grudnia 1998 r. o działalności gospodarczej); „nakaz”, „sprzeciw” (w ustawie z dnia 6 marca 1981 r. o Państwowej Inspekcji Pracy, tekst jednolity, Dz.U. z 1985 r., Nr 54, poz. 276 z późn. zm.), oznaczenie „wyrobu” (art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 3 kwietnia 1993 r. Prawo probiercze, Dz.U. Nr 55, poz. 249).

Użycie tej czy innej nazwy nie ma znaczenia dla charakteru prawnego danego aktu jako decyzji, jeżeli jest to zgodnie z art. 104 k.p.a., akt rozstrzygający co do istoty (merytorycznie) indywidualną sprawę należącą do właściwości organów administracji państwowej. (Por. Z. Janowicz, op. cit, str. 279). Taka sytuacja zachodzi również w przedmiotowej sprawie, gdzie pomimo użycia przez ustawodawcę słowa „zatwierdzenie” mamy do czynienia z indywidualną decyzją administracyjną w rozumieniu art. 104 k.p.a. Art. 8 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi, że Prezes UZP jest centralnym organem administracji państwowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Ten rodzaj właściwości możemy określić jako właściwość ze względu na „przedmiot sprawy” w rozumieniu art. 137 § 1 pkt 1 k.p.a. w brzmieniu przed nowelizacją z 1980 r. Jednak w powyższej sprawie Prezes UZP nie był właściwy do wydania decyzji w trybie art. 71 ust. 1a ustawy o zamówieniach publicznych, ponieważ wartość zamówienia z wolnej ręki nie przekraczała kwoty 20 000 ECU. Należałoby się zastanowić, czy jest to przyczyna nieważności decyzji w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a.

Za przyjęciem takiego poglądu przemawiałyby następujące argumenty:

Po nowelizacji k.p.a. w 1980 r. przesłanką stwierdzenia nieważności jest naruszenie **wszelkich postaci właściwości**, a nie tylko właściwości ze względu na „przedmiot sprawy” – jak to stanowił art. 137 § 1 pkt 1 k.p.a. w tekście pierwotnym.

Możliwy do przyjęcia jest pogląd, że jeżeli wartość zamówienia z wolnej ręki nie przekracza 20 000 ECU, to Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie jest właściwy do wydania decyzji na podstawie art. 71a ustawy o zamówieniach publicznych.

Nawet jeżeli przyjąć, iż w przedmiotowej sprawie Prezes UZP byłby właściwy do wydania zaskarżonej decyzji, to decyzja ta zostałaby wydana bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt. 2 k.p.a.

Z przeglądu orzecznictwa NSA wynika, że rdzeń znaczenia pojęcia „decyzja wydana bez podstawy prawnej” jest jednoznaczny, bo albo nie ma przepisu prawnego, który umocowuje administrację publiczną do działania, albo też przepis jest, ale nie spełnia wymagań podstawy prawnej działania organów tej administracji polegających na wydawaniu decyzji administracyjnych.

Jak trafnie stwierdza J. Borkowski, w przypadku, gdy przepis prawny **wyznacza ściśle ramy załatwiania spraw przez wydanie decyzji**, to wówczas granica pomiędzy wydaniem decyzji bez podstawy prawnej, a wydaniem jej z rażącym naruszeniem prawa staje się „lekką rozmytą”, co wynika z porównania wielu orzeczeń NSA. (Por. B. Adamiak, J. Borkowski; Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1996, teza 10 do art. 156, str. 715-716).

Nie ulega wątpliwości, że art. 71a ustawy o zamówieniach publicznych wyznacza ściśle ramy załatwiania spraw przez wydanie decyzji w ten sposób, że Prezes UZP



co do zasady może wydać indywidualną decyzję administracyjną (obojętnie: pozytywną czy negatywną) wyłącznie w przypadku, gdy wartość zamówienia z wolnej ręki przekroczy kwotę 20 000 ECU. Nawet jeżeli by przyjąć, że w przedmiotowej sprawie Prezes UZP nie wydałby zaskarżonej decyzji z naruszeniem przepisów o właściwości (w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a.) lub bez podstawy prawnej (w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.), to z całą pewnością decyzja ta została wydana z rażącym naruszeniem prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. „*in fine*”. Rażące naruszenie prawa ma miejsce wtedy, kiedy treść przepisu prawnego może być ustalona bez żadnych wątpliwości interpretacyjnych. (Por. J. Jendrośka, B. Adamiak; Zagadnienie rażącego naruszenia prawa w postępowaniu administracyjnym, PiP 1986, Nr 1 str. 69).

Za trafny należy uznać pogląd, że rażące naruszenie prawa powinno spowodować bezwzględną eliminację decyzji administracyjnej z obrotu prawnego, podczas gdy inne naruszenia prawa są pod tym względem stopniowalne. (Por. Z. Cieślak; O „rażącym” naruszeniu prawa w postępowaniu administracyjnym, PiP 1986, Nr 11 str. 111).

W wyroku z dnia 18 lipca 1994 r., w sprawie oznaczonej sygnaturą VSA 535/94, NSA stwierdził, że warunkiem uznania, iż nastąpiło rażące naruszenie prawa, o którym mowa w art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a., jest stwierdzenie, iż w zakresie objętym konkretną decyzją administracyjną obowiązywał niewątpliwy stan prawny. W ten sposób – zdaniem NSA – można oddzielić przypadki naruszenia prawa spowodowane błędną wykładnią przepisów lub nieodpowiednim ich zastosowaniem od rażącego naruszenia prawa. (Por. Orzecznictwo NSA 1995, Nr 2, poz. 91).

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że co do samej możliwości wydania w przedmiotowej sprawie decyzji na podstawie art. 71a ustawy o zamówieniach publicznych obowiązywał niewątpliwy stan prawny. Miało więc zatem miejsce rażące naruszenie prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., a nie naruszenie prawa w rozumieniu art. 22 ust. 2 pkt 1 ustawy o NSA, jak to przyjęto w sentencji głosowanego wyroku.

## V

W przedmiotowej sprawie NSA powinien zatem stwierdzić nieważność decyzji na podstawie art. 22 ust. 3 ustawy o NSA w związku z art. 156 § 1 k.p.a.

Natomiast w sentencji głosowanego wyroku uchylono zaskarżoną decyzję na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 1 ustawy o NSA. Zgodnie z art. 30 tej ustawy ocena prawna wyrażona w wyroku wiązać będzie Prezesa UZP przy wydawaniu ponownej decyzji w tej sprawie. Następstwem bowiem wyroku uchylającego zaskarżoną decyzję jest powrót sprawy na drogę postępowania administracyjnego. Rozpoznając powtórnie sprawę, organ administracji zobowiązany jest uwzględnić stanowisko prawne NSA. (Por. J.P. Tarno; Naczelny Sąd Administracyjny a wykładnia prawa administracyjnego, Warszawa 1999, s. 95). Moim zdaniem, wobec oczywistego stanu prawnego, który przewiduje, iż w przypadku zamówienia z wolnej ręki o wartości poniżej 20 000 ECU Prezes UZP nie ma prawa wydać indywidualnej decyzji

administracyjnej w trybie art. 71 ust. 1a, możliwe będzie jedynie umorzenie postępowania.

W końcowej części uzasadnienia NSA stwierdził, że Prezes UZP nie może korzystać ze swojego uprawnienia przewidzianego w art. 71a – przez zatwierdzenie lub odmowę zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki – gdy kwota zamówienia nie przekracza 20 000 ECU, ani wypowiadać się w takiej sytuacji co do spełnienia okoliczności z art. 71 ust. 1.

W stanie faktycznym oraz prawnym przedmiotowej sprawy Prezes UZP uwzględniając uzasadnienie glosowanego wyroku, moim zdaniem, powinien umorzyć postępowanie na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.

W wyroku z dnia 11 maja 1994 r. (w sprawie SAB/Wr 31/93) NSA stwierdził, że jeżeli postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji nie może odstąpić od załatwienia sprawy i w takim przypadku powinien na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. wydać decyzję o umorzeniu postępowania. (Por. Orzecznictwo NSA 1995, zeszyt 1, poz. 29). Jak trafnie stwierdza Z. Janowicz, zawarte w art. 105 k.p.a. określenie „gdy (.....) postępowanie stało się bezprzedmiotowe”, dotyczy tylko części (w praktyce znacznej większości) przypadków umorzenia postępowania. Następnie Autor ten stwierdza, że jeżeli toczyło się postępowanie administracyjne, a od samego początku brak było w ogóle podstaw prawnych lub faktycznych do prowadzenia postępowania administracyjnego, czyli, że od początku nie istniał przedmiot postępowania, to podstawę umorzenia powinien również stanowić art. 105 § 1 k.p.a. (Por. Z Janowicz, Komentarz do k.p.a., op cit, str. 287).

Taka właśnie sytuacja zachodzi w przedmiotowej sprawie, w której od samego początku brak było podstaw faktycznych oraz prawnych do prowadzenia postępowania administracyjnego. Oczywiście od „nowej” decyzji administracyjnej przysługiwać będzie skarga do NSA.

## VI

W uzasadnieniu glosowanego wyroku NSA ograniczył się do ustosunkowania do dwóch podstawowych problemów: obowiązku stosowania przez Kasy Chorych ustawy o zamówieniach publicznych przed dniem 4 czerwca 1999 r. oraz dopuszczalności wydania decyzji w trybie art. 71 ust. 1a, jeżeli wartość zamówienia z wolnej ręki nie przekraczała kwoty 20 000 ECU.

Skoro NSA przyjął, że w przedmiotowej sprawie Prezes UZP nie miał prawa w ogóle wydać decyzji administracyjnej, to jest oczywistym, iż poza zakresem rozważań NSA pozostały inne problemy prawne związane z tą sprawą. Dotyczyło to w szczególności:

(1) Zagadnienia, czy art. 71 ust.1 pkt 2 ustawy o zamówieniach publicznych obejmuje również umowy o świadczenie obsługi prawnej, o którą w rozpoznawanej sprawie chodzi.

Moim zdaniem, odpowiedź na to pytanie powinna być negatywna. Wynika to bowiem już z samej wykładni semantycznej art. 71 ust. 1 pkt 2 ustawy o zamówie-

niach publicznych, który stanowi, że „zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki wtedy, gdy zachodzi jedna z następujących okoliczności: (...), 2)... zawiera umowę o przeprowadzenie badań, eksperymentu lub sporządzenia opinii naukowej”. W literaturze trafnie podkreśla się, że przepis art. 71 ust. 1 pkt 2 ma w istocie identyczną treść jak przepis art. 54 pkt 3 ustawy.

J. Pieróg w tezie 3 do art. 54 stwierdza, że przesłanka określona w pkt. 3 (oczywiście art. 54) odwołuje się do tych samych okoliczności co art. 71, ust. 1 pkt 2. (Por. J. Pieróg, W. Łysakowski; Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999, str. 185). Możliwe jest zatem wykorzystanie literatury i orzecznictwa dotyczącego zarówno art. 54 pkt 3 jak art. 71 ust. 1 pkt 2 dla ustalenia, co może stanowić przedmiot badań, eksperymentu lub sporządzenia opinii naukowej.

(2) T. Kwieciński wyraził pogląd, iż użycie słowa „zatwierdzenie” oznacza, że Prezes UZP może wydać decyzję zarówno przed podjęciem postępowania zamówieniowego, jak i po jego zakończeniu, lecz przed zawarciem stosownej umowy, a decyzja taka może mieć tak postać zgody uprzedniej, jak i zgody następczej – zatwierdzenia w ścisłym tego słowa znaczeniu. (Por. J. Baehr, T. Kwieciński; Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych, op. cit, str. 63 oraz str. 230).

Moim zdaniem, problem ten jest znacznie bardziej skomplikowany, niż by się na pozór wydawało. Należy bowiem uwzględnić specyfikę postępowania administracyjnego, a także wpływu decyzji administracyjnej na stosunki cywilnoprawne. (Por. szerzej Z. Kmiecik; Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000).

(3) Na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy o NSA skargę można wnieść po wyczerpaniu środków odwoławczych, jeżeli służyły one skarżącemu w postępowaniu przed organem właściwym w sprawie.

Zgodnie z art. 127 § 3 k.p.a. od decyzji wydanej w pierwszej instancji przez naczelny organ administracji państwowej nie służy odwołanie, jednakże strona niezadowolona z decyzji może zwrócić się do tego organu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań (art. 127 § 3 „*in fine*”).

Bez uprzedniego złożenia w trybie art. 127 § 3 k.p.a. wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy nie jest możliwe wniesienie skargi na decyzję naczelnego lub centralnego organu administracji do NSA, chyba że skargę wnosi prokurator lub Rzecznik Praw Obywatelskich.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż strona skarżąca nie złożyła wniosku w trybie art. 127 § 3 k.p.a. o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Po wydaniu pierwszej decyzji Prezesa UZP (z 3 marca 1999 r.) strona skarżąca złożyła jedynie wniosek o umorzenie postępowania, który uzasadniła tym, że w przedmiotowej sprawie nie chodzi o zamówienia publiczne na wykonywanie usług opłacanych ze środków publicznych w całości lub w części (art. 2 pkt 4 ustawy). Powyższe wystąpienie zostało potraktowane jako wniosek o ponowne rozpatrzenie spra-

wy w trybie art. 127 § 3 k.p.a., co spowodowało, iż NSA nie odrzucił skargi na podstawie art. 27 ust. 2 w związku z art. 34 ust. 1 ustawy o NSA. Dokonując oceny, czy strona skarżąca spełniła wymóg określony w art. 34 ust. 1 ustawy o NSA, w uzasadnieniu powołano się na wyrok Sądu Najwyższego w sprawie III ARN 14/96 z dnia 20 czerwca 1996 r. (OSNAP 1997/1/16).

W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, pismo strony postępowania administracyjnego wniesione do organu odwoławczego w ustawowym terminie do złożenia odwołania, wyrażające niezadowolenie z decyzji nie ostatecznej, podlega rozpatrzeniu jako odwołanie od decyzji.

Powołana teza Sądu Najwyższego znajduje pełne odzwierciedlenie w art. 128 k.p.a., który stanowi, że odwołanie nie wymaga szczegółowego uzasadnienia, a wystarczy jeżeli z odwołania wynika, że strona nie jest zadowolona z wydanej decyzji.

*Zdzisław Marek*

## Niepowodzenie lecznicze

Pomimo niewyobrażalnego postępu nauk medycznych i nie notowanych wcześniej osiągnięć współczesnej sztuki lekarskiej zawsze będą istnieć pacjenci, których nadzieje na całkowite wyleczenie nie zostały spełnione, i rodziny odbierające utratę bliskiej osoby jako głęboką niesprawiedliwość losu. W takich sytuacjach, poszukując przyczyny tego osobistego niepowodzenia, najłatwiej obciążyć odpowiedzialnością lekarza. Równocześnie często przedstawia się w mediach informacje o tragicznych w skutkach przypadkach nieudzielenia choremu na czas pomocy medycznej, lub o innych karygodnych zaniedbaniach, za które obciąża się lekarzy wymienianych z nazwiska. Odnosi się wrażenie, że ta krytyka działalności medycznej nabrała ostrości po wprowadzeniu reformy opieki zdrowotnej. Niemal z dnia na dzień wprowadzono – nie w pełni przygotowany, a gwałtownie wdrażany – nowy system świadczeń zdrowotnych. Skutkami niesprawnego działania zostali obciążeni lekarze, a nie jego administracyjni twórcy. Wpłynęło to na tworzenie się opinii o nieudolności, niefachowości i nierzetelności w udzielaniu pomocy medycznej przez pracowników ochrony zdrowia, którzy tymczasem – podobnie jak ich pacjenci – stali się ofiarami tych często nieżyciowych zarządzeń administracyjnych.

W miejsce jednak rzeczowej krytyki, opierającej się na znajomości problemu, natychmiast przedstawia się publicznie każdy, nawet pozorny błąd lekarzy, zanim dojdzie do jego wyjaśnienia przez kompetentnych specjalistów i ustalenia, czy istotnie popełniono błąd. Jest także znamienne, że prawdziwość takich orzeczeń jest podważana, że wydano je na zasadzie „solidarności” zawodowej. Nadto z reguły nikt potem nie prostuje niesprawiedliwej oceny lekarza przekazanej do publicznej wiadomości. Nie mówi się, że zarzut popełnienia błędu był bezpodstawny, że oskarżano niewinnego człowieka. Wolno przypuszczać, że niektóre zarzuty dyktowane są złą wolą skarżących się osób, czasem działających tylko z chęci „zaistnienia” w publicznych mediach. Patrząc na to z mojego wieloletniego doświadczenia biegłego sądowego, zajmującego się problematyką błędów medycznych uważam, że bardzo wielu oskarżających lekarza po prostu nie bierze pod uwagę możliwości „niepowo-

dzenia diagnostycznego lub leczniczego” oraz faktu, że leczenie może się zawsze zakończyć niepomyślnie.

Nieumotywowane zarzuty pod adresem pracowników ochrony zdrowia nie służą poprawie istniejącej sytuacji ani dobrym wzajemnym relacjom, jakie powinny mieć miejsce między pacjentem a jego lekarzem. Dlatego celowe wydaje się wyjaśnienie różnicy między błędem medycznym a niepowodzeniem leczniczym, które nie wynika z winy lekarza, a z nieuchronności niektórych procesów chorobowych.

Terminem „niepowodzenie” określamy nieoczekiwany niekorzystny wynik leczenia, który nastąpił mimo prawidłowego rozpoznania, zastosowania właściwego leczenia oraz roztoczenia nad chorym starannej opieki medycznej. Niepowodzenie lecznicze może zdarzyć się w przypadku każdej choroby, jednak najczęściej dotyczy ono schorzeń, w których uzyskanie dobrego wyniku jest możliwe, ale pod warunkiem wczesnego rozpoznania. Wymienić tu należy choroby nowotworowe, chorobę niedokrwienną serca, chorobę nadciśnieniową, a także ostre choroby infekcyjne. W większości tych chorób zbyt późne zgłoszenie się do lekarza obarczone jest wysokim ryzykiem niepowodzenia, mimo że lekarz uczynił wszystko co mógł i powinien, aby uratować życie choremu. Niestety te ciężkie choroby wielokrotnie rozwijają się skrycie, lub ich objawy są na tyle niecharakterystyczne, że nie budzą niepokoju chorego. Ujawniają się dopiero w pełni, gdy na skuteczne leczenie jest za późno, a wtedy łatwo o posądzenie lekarza, że popełnił błąd medyczny. Zdarza się czasem, że pracownikom opieki zdrowotnej można zarzucić postępowanie, które nie w pełni odpowiada zasadom etyki i deontologii lekarskiej, ale tego typu zarzutu nie można utożsamiać z błędem zagrażającym zdrowiu lub życiu chorego. Własne obserwacje upoważniają mnie do twierdzenia, że stawiane lekarzom zarzuty okazują się słuszne tylko w nielicznych przypadkach.

Najczęściej chorzy skarżą się, że nie zostali całkowicie wyleczeni, niezależnie od rodzaju i ciężkości choroby. Lekarzowi przypisuje się nieudolność i błędne leczenie. Inne jeszcze zarzuty dotyczą przypadków, w których zdaniem chorego nie zastosowano odpowiednich, zwykle bardzo drogich leków, nie podając ich w szpitalu, a ich zakup przekraczał możliwości finansowe pacjenta. Czasem chodzi o odmowę skierowania chorego do leczenia w renomowanym ośrodku specjalistycznym w kraju lub za granicą. Niezdrową atmosferę pogłębia agresywna reklama coraz to nowszych, rzekomo nadzwyczaj skutecznych osiągnięć terapeutycznych, bez jednoczesnego wyjaśnienia, że były sukcesy jednostkowe, zależne od splotu korzystnych okoliczności.

Uzyskaniu pozytywnego wyniku terapii nieraz staje na przeszkodzie nie tylko sama ciężkość choroby i stan odporności organizmu chorego, ale także nie dające się przewidzieć powikłania, lub tylko małe „zdyscyplinowanie” pacjenta.

W pewnej części przypadków niepomyślny wynik leczenia może wynikać z nieprawidłowej organizacji placówki leczniczej (wtedy mamy „błąd organizacyjny”), a także z powodu innych, nie zawsze dających się zdefiniować przyczyn.

Lekarz musi mieć świadomość, że jego podstawową powinnością jest zawsze zrobić dla chorego „wszystko co może i powinien”. Aby temu sprostać lekarz musi

dysponować odpowiednim zasobem wiedzy i doświadczenia, mieć umiejętność nawiązania z chorym właściwego kontaktu, rozumieć potrzeby i oczekiwania chorego. Takie postępowanie ułatwia uzyskanie pozytywnego wyniku terapii, w zakresie jaki w konkretnym przypadku można było osiągnąć. Poprawnie oceniając, nie można lekarzowi zarzucać popełnienia błędu, jeżeli nie przekroczył granic zakreślonych przez naukę i doktrynalne zasady zawodowe i to niezależnie od końcowego wyniku terapii.

O błędzie mówimy natomiast, jeżeli lekarz nie zrobił tego co należało, zaniedbał, zlekceważył, jeżeli ten błąd spowodził ujemne skutki zdrowotne lub śmierć chorego. Za taki błąd lekarz odpowiada karnie. Nieraz popełniony na wstępie błąd, zostanie na czas dostrzeżony i skorygowany (przez tego samego lub innego lekarza), lub nie spowodował uchwytnej szkody, czyli był błędem „bezs skutkowym”. Lekarz ponosi za to odpowiedzialność dyscyplinarną przed właściwym organem Okręgowej Izby Lekarskiej.

Niejako „ubocznym” skutkiem nieuzasadnionego zarzucania lekarzom, że pacjent zmarł z powodu popełnionego błędu jest wyzwolenie postaw „obronnych” i „grupowej solidarności”, co w końcowym wyniku odbija się źle na pracy opieki zdrowotnej, jako całości<sup>1</sup>.

Do zawodowego ryzyka lekarza należy ewentualność **niepowodzenia**, mimo jego całkowicie poprawnego postępowania. Mówiąc ogólnie, przyczyny niepowodzenia mogą zależeć od:

1. natury choroby: a) jej rodzaju; b) przebiegu; c) okoliczności zachorowania i dostępności do leczenia, lub d) innych zdarzeń nie dających się przewidzieć.

2. reaktywności organizmu samego chorego; a) zbyt późnego zgłoszenia się do lekarza; b) nieprzestrzegania zleceń.

W pełni uzasadnione jest twierdzenie, że podstawową miarą postępu medycyny jest systematyczne zmniejszanie się liczby niepowodzeń. W praktyce, największą częstość niepowodzeń obserwuje się w chorobach o tzw. piorunującym lub rozwijającym się skrycie, przebiegających z niecharakterystycznymi objawami. Wówczas chorzy zgłaszają się do lekarza za późno. Wśród przyczyn niepowodzenia leczniczego należy także uwzględnić okoliczności zachorowania, dostępność do leczenia, możliwości jakimi dysponował lekarz udzielający pomocy, oraz wyposażenie szpitala, do którego chorego przywieziono. Niekiedy sami chorzy przez długi czas bagatelizują dolegliwości, nie szukają pomocy lekarza, a gdy już poddadzą się badaniom, to nie przestrzegają zaleceń, np. co do koniecznych ograniczeń aktywności zawodowej, zmiany nawyków i trybu życia. Mimo że w takich przypadkach niepowodzenie terapii nie zależało od lekarza, to i tak skarżący się nieraz zarzucają, że popełniono błąd i żądają ukarania oraz wyrównania szkody.

Rzadziej natomiast mówi się o tym, że główne motywy skarg przeciwko lekarzom i zakładom opieki zdrowotnej leżą u podłoża wzajemnych zależności zacho-

<sup>1</sup> Problematyka błędu medycznego jest szeroko omówiona w: Z. Marek: *Błąd medyczny*. Krakowskie Wydawnictwo Medyczne. Kraków 1999.

dzących między lekarzem a pacjentem. Jest naturalne, że chory, który zgłasza się do lekarza, oczekuje wyleczenia. Lekarz natomiast **nie może dać zapewnienia rezultatu i powiedzieć „na pewno wyleczę”**. Powinien jedynie zapewnić pacjenta o swojej fachowości i staranności. Niezwykle ważna jest przy tym umiejętność nawiązania z chorym dobrego kontaktu, zrozumienie jego potrzeb i oczekiwań. Zdobyte wtedy zaufanie ułatwia przekazanie choremu zakresu, w jakim jego oczekiwania mają szansę spełnienia: czy można oczekiwać wyleczenia, czy tylko poprawy stanu zdrowia, uzyskać akceptację na proponowane badania oraz leczenie i związane z tym cierpienia. Swoją postawą może lekarz skutecznie wygasić poziom frustracji, zmniejszyć liczebność skarg. Niestety wielu lekarzy nadmiernie ufnych w nieograniczone możliwości współczesnej medycyny, zaniedbuje troskę o psychikę chorego, jego obawy o własny los i o swoich bliskich. Żaden chory wreszcie nie chce być tylko „rzeczą do reperacji”, lecz oczekuje zrozumienia i uznania za myślącą i cierpiącą istotę ludzką. W tym świetle mało już dziwi powodzenie jakim cieszą się lekarze, którzy nie mają nawet rozległej wiedzy, czy stopni akademickich, ale tylko z racji swoich walorów humanistycznych są szanowani przez swoich pacjentów. Być może dlatego znacznie odhumanizowana współczesna medycyna oficjalna, pomimo swoich możliwości, paradoksalnie sprzyja rozgłosowi, jakim cieszy się wielu „uzdrowicieli” dających chorym tylko złudną nadzieję wyleczenia.

Poprawne opiniowanie o błędzie lekarskim wymaga, aby biegli uwzględnili okoliczności w jakich doszło do jego powstania; czy błędu można było uniknąć, czy przypadek zaliczyć do niezawinionego przez nikogo niepowodzenia. W zbiorach krakowskiej Katedry Medycyny Sądowej w około 80% ocenianych przypadków nie dopatrzono się błędu mającego wpływ na zły wynik terapii.

Charakterystyczne dla naszych czasów zdają się pochopność oskarżeń lekarzy, oraz stanowisko zajmowane najczęściej przez prawników, pełnomocników strony skarżącej się. Z reguły nikt nie bierze pod uwagę ewentualności niepowodzenia, na które lekarz nie miał wpływu i za które nie można żądać odpowiedzialności karnej. Odnosi się wrażenie, że same pojęcia: „błąd” i „niepowodzenie” bywają rozumiane jako tożsame. Przykładowo, wybitny prawnik prof. Andrzej Zoll wydał w 1988 r. książkę zatytułowaną **„Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu”**, w której nie znalazłem uwag co do współczesnych opracowań lekarskich o problematyce błędu. Podobnie, w rozprawie doktorskiej Agnieszki Liszewskiej „Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej” (Promotor – prof. Witold Kulesza; recenzenci: prof. Andrzej Zoll i prof. Stefan Lelental) – wydanej przez krakowski Kantor „Zakamycze” w obszernym piśmiennictwie przytoczono tylko dwie lekarskie pozycje podręcznikowe profesora Wiktora Grzywo-Dąbrowskiego z 1957 r., oraz podręcznik Leona Wachholza z 1925 r. Nie uwzględniono natomiast niczego z dorobku sądowo-lekarskich konferencji naukowych z ostatnich lat organizowanych przy współudziale prawników, poświęconych błędom medycznym, a także dorobku zjazdów naukowych polskich i europejskich Towarzystw Medycyny Sądowej. Głównym źródłem kazuistyki błędów ww. Autorki było sprawozdanie Rzecznika Dobra Służby Zdrowia (obecnie Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej – przyp. red.).



W środkach masowego przekazu pojawiają się liczne informacje o często rzekomych przewinieniach lekarskich, charakteryzujących się „skazaniem” lekarza zanim ktokolwiek ustalił przyczynę śmierci człowieka. Można oczekiwać, że pełni obaw lekarze zaczną unikać każdego ryzyka i coraz częściej będą się ograniczać do działań bezpiecznych, choć najczęściej mniej skutecznych. Pisząc o tym jakże słusznie prof. Marian Sośniak podnosił, że lekarz nie może się czuć skrępowany obawą przed podejmowaniem ryzyka, tylko z powodu zagrażających mu przepisów prawnych. Przepisy te przecież mają również za zadanie obronę niesłusznie oskarżanego.

Słuszna wydaje się więc propozycja, aby w dobrze rozumianym interesie ludzi chorych mniej pochopnie oskarżano lekarzy, aby wydane „wyroki” poprzedzało rzetelne rozpatrzenie przypadku przez wykwalifikowanych biegłych, którym można zaufać, że rzetelnie ocenią postępowanie obwinianego lekarza, umożliwią uzyskanie przez pokrzywdzonych stosownej „rekompensaty”, a jednocześnie ochronią obwinianych przed niesłusznymi oskarżeniami.

*Erwin Strzesak*

## **Aspekty praktyczne przetwarzania danych osobowych w zakładach opieki zdrowotnej**

W rozumieniu Ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 29 sierpnia 1997 roku za dane osobowe uważa się każdą informację dotyczącą osoby fizycznej, która pozwala na określenie tożsamości tej osoby.

Artykuł 7 wyżej wymienionej ustawy definiuje operacje przetwarzania danych osobowych. W myśl tego zapisu „przetwarzanie danych osobowych to jakiegokolwiek operacje (...) takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie...”

W artykule 18 ust. 2 *Ustawy o zakładach opieki zdrowotnej z dnia 30 sierpnia 1991* nałożono na zakład opieki zdrowotnej obowiązek ochrony danych zawartych w dokumentacji medycznej. Osobne przepisy nakładają na lekarza obowiązek zachowania tajemnicy dokumentacji medycznej i stanu zdrowia chorego – zapis art.40 *Ustawy o zawodzie lekarza z dnia 5 grudnia 1996 roku*.

Wydaje się więc, że tajemnica pacjenta jest dobrze strzeżona, ale ustęp 3 artykułu 18 *Ustawy o ZOZ-ach* określa, komu zakład opieki zdrowotnej jest zobowiązany udostępnić dokumentację medyczną, natomiast rozporządzenie MZiOS z dnia 15 stycznia 1999 roku w *sprawie ustalania niezbędnych danych gromadzonych przez świadczeniodawców oraz w systemach informatycznych Kas Chorych, a także (...)* pozwala żądać Kasom Chorych informacji nie tylko na co pacjent jest chory, ale również co u pacjenta wykonano. Bezpieczeństwo tajemnicy pacjenta nie jest więc pewne.

Dają się wyróżnić trzy zasadnicze okresy w chronologii przetwarzania danych:

- okres zbierania informacji – wpisywanie danych,
- okres przechowywania informacji – uzupełnianie i modyfikowanie danych,
- okres wykorzystania danych – opracowywanie i udostępnianie danych.

W każdym z tych okresów informacja – również ta o charakterze danych osobowych – narażona jest na niebezpieczeństwo kradzieży lub nieautoryzowanej zmia-

ny przypadkowej lub celowej. Coraz częściej pacjenci zdając sobie sprawę z wymienionych niebezpieczeństw wyrażają zastrzeżenia co do celowości udostępniania niektórych danych. Dla przykładu: zbieranie informacji o stanie cywilnym naraża przyjmowaną do porodu, niezamężną kobietę, na przeżywanie kłopotliwej sytuacji, natomiast informacja ta (zmienna w czasie) nie ma żadnego znaczenia dla postępowania medycznego.

Dotychczas rodzaj zbieranej informacji w poszczególnej placówce ochrony zdrowia był regulowany prawem – wzór historii choroby formularz MZ/Szp-26 i zwyczajami panującymi w danym szpitalu czy przychodni. Ilość i jakość ewidencjonowanej informacji nie podlegała systematycznej ocenie. Obecnie obowiązkowa, nałożona umowami cywilnoprawnymi, sprawozdawczość wymusza na świadczeniodawcy gromadzenie informacji, która nie jest potrzebna dla procesu leczenia.

Rozporządzenie MZiOS z dnia 17.12.1992 w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków udostępniania w § 6.1 pkt 2, § 14.1 lit. e, § 21.1 pkt 4 określa identyfikatory pacjenta jakie należy gromadzić w dokumentacji medycznej. Są to: imię i nazwisko pacjenta, oznaczenie płci, data urodzenia, miejsce zamieszkania, kod pocztowy, rodzaj wykształcenia, numer PESEL. Od jakości gromadzonych danych płatnik – Kasa Chorych – uzależnia zapłatę za świadczenie. Nagminnie wręcz są przypadki odmowy rozliczenia świadczenia jeśli pacjent nie podał numeru PESEL. W jakiej pozycji znajduje się szpital, którego misją jest udzielanie świadczeń medycznych jeśli chory wymagający pomocy nie ma – lub nie zna – numeru PESEL. Czy jest to powód do odmowy świadczenia? Pytanie jest oczywiście retoryczne – dla lekarzy, natomiast urzędnicy udzielają niejasnych i przeważnie ustnych odpowiedzi. Jeśli już coś jest na piśmie, to przeważnie ma to postać: pacjent ma mieć numer PESEL – i znowu jesteśmy w punkcie wyjścia. Szpital świadczenia udziela, Kasa odmawia zapłaty.

Gromadzenie danych dotyczących wykształcenia, zawodu lub stanu cywilnego ma ograniczone zastosowanie w procesie leczenia, ale może służyć do analiz epidemiologicznych. Uważam, że pacjent powinien mieć możliwość decyzji czy poda te informacje, czy nie. Zakładam więc, że wzrost świadomości społeczeństwa w zakresie bezpieczeństwa danych osobowych będzie wystarczającym regulatorem ilości i jakości danych osobowych w okresie zbierania informacji. Pacjent będzie sam protestował przeciwko pytaniu go o informacje niekonieczne w procesie udzielania świadczenia medycznego.

Inne znaczenie mają: okres przechowywania informacji i okres wykorzystania danych. Dzięki systemom informatycznych łatwiejszy i szybszy jest dostęp do gromadzonych danych. Można te dane szybko przeszukiwać wg dowolnego kryterium. Ta łatwość jest zaletą dla legalnych użytkowników systemu i ułatwia im pracę. Jest też wadą, gdy dostęp uzyska osoba nieuprawniona, która szybko i najczęściej bez śladów korzysta ze zgromadzonych informacji. Takie wykorzystanie informacji może odbyć się ze szkodą dla pacjenta i zakładu opieki zdrowotnej. Wymaga to od administratorów danych poważnego traktowania limitowania uprawnień dostępu do danych, zabezpieczenia baz danych przed nieautoryzowanym dostępem. Placówki

ochrony zdrowia coraz częściej podłączają swoje sieci komputerowe do globalnej sieci Internet tzw. łączy stałymi. Konsekwencją braku odpowiednio nowoczesnych zabezpieczeń może być atak hakerski na zasoby informatyczne z różnymi jego skutkami. Pośród pracowników szpitali, którzy pełnią obowiązki szpitalnych informatyków jest duża płynność kadr. Wiąże się to z sytuacją płacową w placówkach ochrony zdrowia i możliwościami lepszego zatrudnienia przyuczonego już informatyka poza szpitalem. W moim szpitalu w ciągu półtora roku rozwiązano umowę o pracę z trzema informatykami. Wtedy gdy inicjatorem rozwiązania umowy o pracę jest pracodawca, należy zabezpieczyć się przed umyślnym uszkodzeniem danych zgromadzonych w szpitalnych bazach danych przez niezadowolonego pracownika. Aktualny stan prawny i stan zabezpieczeń baz danych gwarantuje potencjalnemu sprawcy bezkarność.

Ostatni okres – wykorzystania danych – niesie ryzyko braku ochrony tych danych, które udostępnione uprawnionym organom mogą służyć innym celom niż te dla których zostały przekazane. Bardzo często organy dochodzeniowe, czy instytucje społeczne – z mocy prawa – żądają przesłania pełnej dokumentacji pacjenta. Rzadko przedmiotem rozpatrywanej sprawy jest całokształt leczenia i wystarczyłoby, gdyby biegły lekarz dokonał oceny konkretnych fragmentów leczenia na miejscu w zakładzie opieki zdrowotnej. Osobnym tematem są sprawozdania i zestawienia wykonywane na żądanie Kas Chorych. Zgadzam się z tymi autorami, którzy uważają, że zestawienie danych osobowych pacjenta z wykonanymi świadczeniami medycznymi wg ICD-9CM dalekie jest od poszanowania prawa pacjenta do ochrony własnej intymności.

## **PLAN KONFERENCJI NA ROK 2001**

*organizowanych przez*

**Abacus Biuro Promocji Medycznej Sp. zo.o.**

ul. Astronomów 3, 01-450 Warszawa  
tel. (022) 877 28 60, 836 04 16; fax (022) 862 10 50  
e-mail: abacus@abacus.edu.pl www.abacus.edu.pl

**1. Ogólnopolska Konferencja Naukowo-Szkoleniowa – „Biologiczne zagrożenia bezpieczeństwa kraju – ryzyko zagrożenia szczególnie niebezpiecznymi patogenami” – Warszawa 15-16 marca 2001**

Przygotowanie programu – prof. Wiesław Magdzik, konferencja adresowana do przedstawicieli Inspekcji Sanitarnej, kadry szpitali posiadających oddziały zakaźne, służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo kraju i sytuacje kryzysowe.

**2. Konferencja Szkoleniowa – „Formy zatrudniania i umów o pracę, pielęgniarek i techników medycznych” – Warszawa 22 marca 2001**

we współpracy z Naczelną Radą Pielęgniarek i Położnych, konferencja adresowana do pielęgniarek naczelnych i oddziałowych, dyrekcji szpitali i szefów działów kadr.

**3. Seminarium szkoleniowe – „Zatrudnianie, czas pracy, świadczenia zdrowotne i odpowiedzialność w zakładach opieki zdrowotnej” – Warszawa 24-25 maja 2001**

Przygotowanie programu – prof. Zdzisław Kubot (Wydz. Prawa. Uniw. Wrocławski) we współpracy z Fundacją Prawa Medycznego, konferencja adresowana do kierowniczej kadry ZOZ oraz kas chorych.

**4. II Ogólnopolskie Sympozjum – „Blok operacyjny – organizacja i funkcjonowanie” Warszawa 7-8 czerwca 2001**

Przygotowanie programu prof. Krzysztof Bielecki i prof. Tadeusz Szreter, konferencja adresowana do kierowników i oddziałowych bloków operacyjnych.

**5. Konferencja Naukowo-Szkoleniowa – „Strategia leczenia i operacji bez krwi” Warszawa, październik 2001**

Przygotowanie programu prof. Krzysztof Bielecki i prof. Tadeusz Szreter, konferencja adresowana do lekarzy „zabiegowców” i anestezjologów.

**6. VI Ogólnopolskie Sympozjum Kierowniczej Kadry Medycznej „Profilaktyka i zwalczanie zakażeń szpitalnych” – Warszawa 14-16 listopada 2001**

Przygotowanie programu – wielośrodkowe, konferencja adresowane do kierowniczej kadry medycznej, ze szczególnym uwzględnieniem osób odpowiedzialnych za kontrolę zakażeń szpitalnych.

**7. IV Ogólnopolskie Forum Prawniczo-Medyczne – Warszawa 6-7 grudnia 2001**

Przygotowanie programu – wielośrodkowe, konferencja adresowane do menadżerów opieki zdrowotnej, władz Izb Lekarskich oraz prawników.

Szanowni Państwo!

W związku ze zmianą firmy obsługującej prenumeratę, prosimy o kierowanie zamówień oraz wpłat na rok 2001 na nowy adres:

Biuro Szkoleń i Konferencji (Prenumerata)  
ul. Astronomów 3 pok. 425  
01-450 Warszawa

PKO S.A. XIII/O Warszawa  
Nr rach. 12402034-52001639-2700-421112-001.

Za zmiany serdecznie przepraszamy, oraz zapraszamy do kontynuowania prenumeraty.

*Wydawca*