

PRAWO I MEDYCYNA

**Wybór artykułów.
Materiały pomocnicze dla lekarzy zdających
kolokwium z prawa medycznego.**

Wybór i redakcja: Dr n. hum. Ewa Kujawa

Wydawca:
ABACUS Biuro Promocji Medycznej
01-450 Warszawa, ul. Astronomów 3 lok. 424
tel.: (22) 877-28-60 fax: (22) 862-10-50
e-mail: abacus@abacus.edu.pl
www.abacus.edu.pl

Współpraca:
Fundacja Prawa Medycznego
oraz
Wydawnictwo Medyczne **Borgis**[®]
01-445 Warszawa, ul. E. Ciołka 11A;
tel./fax: 837-36-92; 836-96-69.
e-mail: wydawnictwo@borgis.pl
www.borgis.pl

Spis treści

CZEŚĆ I.

WYBÓR ARTYKUŁÓW Z <i>PRAWA I MEDYCYNY</i>	5
Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny <i>Prof. dr hab. n. prawn. Marek Saffjan</i> Uniwersytet Warszawski Prezes Trybunału Konstytucyjnego ...	5
Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna <i>Prof. dr hab. n. prawn. Marek Saffjan</i> Uniwersytet Warszawski Prezes Trybunału Konstytucyjnego ..	21
Granice legalności zabiegu medycznego <i>Prof. dr hab. n. prawn. Andrzej Zoll</i> Uniwersytet Jagielloński Rzecznik Praw Obywatelskich	42
Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art.192 k.k.) <i>Prof. dr hab. n. prawn. Leszek Kubicki</i> Instytut Nauk Prawnych PAN	57
Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy) <i>Prof. dr hab. n. prawn. Marian Filar</i> Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu	78
Sumienie lekarza jako kategoria prawna <i>Prof. dr hab. n. prawn. Leszek Kubicki</i> Instytut Nauk Prawnych PAN	97

Odpowiedzialność zawodowa lekarza a odpowiedzialność karna <i>Prof. dr hab. n. prawn. Eleonora Zielińska</i> Uniwersytet Warszawski	108
Podstawy prawne odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego i lekarza <i>Prof. dr hab. n. prawn. Mirosław Nesterowicz</i> Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu	132

CZĘŚĆ II.

AKTY PRAWNE (wykaz)	148
---------------------------	-----

CZĘŚĆ III.

BIBLIOGRAFIA	149
--------------------	-----

CZEŚĆ I. WYBÓR ARTYKUŁÓW Z *PRAWA I MEDYCyny*

Prof. dr hab. n. prawn. Marek Safjan

Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny*

Banalne jest stwierdzenie, że mamy do czynienia z eksplozją nowoczesnej medycyny i biologii. W ostatnich latach nastąpiło nieoczekiwane i nieprzewidywalne udoskonalenie technik diagnozy i terapii, ale jednocześnie nastąpiło coś bardziej jeszcze ważnego, a mianowicie przekroczenie pewnych granic związanych z tradycyjnym uprawianiem nauk medycznych. Oto bowiem człowiek wyposażył się w instrumenty, które dają mu moc stwarzania samego siebie. Najnowsze technologie w dziedzinie inżynierii genetycznej prowadzą do eksplozji terapii poprzez oddziaływanie bezpośrednio na genom człowieka. Rosną jednocześnie oczekiwania i koszty stosowanych metod, dramatycznie – paradoksalnie – zwiększa się dystans pomiędzy oczekiwaniami człowieka, a dostępnością świadczeń, które nawet w bogatych krajach podlegają zasadniczemu limitowaniu.

A oto kilka przykładów nie całkiem wymyślonych spraw i konfliktów, które mogą się pojawić (i zresztą pojawiają się) w płaszczyźnie prawnej. Nie chodzi tu ani o rozbiór jurydyczny tych problemów, ani o udzielenie precyzyjnych odpowiedzi prawnych, a wyłącznie o egzemplifikację tezy, że stajemy wobec kwestii co do których prawo nie wypracowało stosownej metodologii, ani też nawet nie jest w stanie udzielić odpowiedzi klarownych, wspartych o jednoznaczne założenia metodologiczne.

*Prawo i Medycyna nr 1 (vol. 1), 1999

Założmy; że X otrzyma bardzo precyzyjne informacje – w wyniku przeprowadzonego testu genetycznego (najnowszej generacji) – o prognozach i prawdopodobieństwie zachorowania w ściśle określonej perspektywie czasowej na nieuleczalne choroby nowotworowe. Czy informacjami tymi powinien podzielić się z firmą ubezpieczeniową – stroną umowy ubezpieczenia na życie? Co ma przeważać – względy uczciwości i lojalności kontraktowej, czy zapewnienie maksymalnej poufności każdego człowieka. A może powinno się upoważnić kontrahenta – firmę ubezpieczeniową w prawo żądania takich informacji? Gremia europejskie debatując nad tym zagadnieniem nie potrafiły osiągnąć konsensusu (np. to spowodowało brak odpowiednich postanowień w ramach konwencji bioetycznej o ochronie prawa człowieka wobec zastosowań nowoczesnej biologii i medycyny). Prawo polskie nie zawiera w tym zakresie żadnych postanowień bezpośrednio odnoszących się do zagadnienia.

A oto inny przykład również związany ze stosowaniem nowoczesnej genetyki. Wzrastają, jak wiadomo, niepomiernie możliwości ustalenia ryzyka przenoszalności chorób dziedzicznych, warunkowanych genetycznie. W diagnozie przeprowadzonej w stosunku do rodziców został jednak popełniony błąd, a w konsekwencji, wbrew określonemu przewidywaniu, dziecko urodziło się z poważnymi defektami genetycznymi. Jaka byłaby szansa i podstawa roszczenia odszkodowawczego wobec lekarza, który dopuścił się błędu w sztuce? Co jest szkodą w takim przypadku – czy życie z defektami genetycznymi może być uznane za szkodę i jak oszacować jego wartość w porównaniu z nieistnieniem w ogóle. Sądy amerykańskie zajmujące się tą kwestią nie były w stanie ustalić jednolitego stanowiska: raz po raz odsyłały prawników to do filozofów i teologów, raz po raz dokonywały mozolnej pracy polegającej na nagięciu tradycyjnych konstruktorów prawnych do tej paradoksalnej, ale równocześnie dramatycznej sytuacji. W orzeczeniu (*Gleitman v. Gosgrove*, New Jersey 1976) sąd stwierdza np.: „Nie można oszacować wartości życia z defektami rozwojowymi, przeciwstawiając ją samemu nieistnieniu; żądanie małoletniego powoda, iż lepiej byłoby dla niego, aby się nie urodził napotyka logiczną przeszkodę ustalenia odszkodowa-

nia, ponieważ nie jest tu możliwe przeprowadzenie porównań wymaganych przez środki odszkodowawcze”. W podobnej pułapce znalazł się też, zaledwie kilka miesięcy temu, Sąd Konstytucyjny Niemiec oceniając podobne roszczenie wobec lekarzy z tytułu urodzenia się dziecka, które nie miało się urodzić. Niemiecki Sąd Konstytucyjny popadł w sprzeczność z samym sobą wydając, w niewielkich odstępach czasu, dwa zasadniczo różne orzeczenia. W orzeczeniu Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 28 V 1993 r. mówi się m.in.: „z punktu widzenia konstytucji (art. 1 ust. 1) nie wchodzi w rachubę kwalifikowanie pod względem prawnym istnienia dziecka, jako źródła szkody. Zabrania się traktować obowiązek utrzymania dziecka jako szkodę”. Sprzeczne z tym twierdzeniem jest orzeczenie SK z 12 listopada 1997 r., w którym stwierdza się, że istnienie, które jest następstwem błędu może być źródłem szkody: „Nawet wtedy, kiedy roszczenie o naprawienie szkody nawiązuje bezpośrednio do egzystencji człowieka, nie oznacza to, że staje się on przedmiotem o wartości określonej w ramach stosunku umownego lub deliktowego”.

Inna wreszcie sytuacja związana jest z dokonaniem medycyny eksperymentalnej. Wszyscy zdajemy sobie sprawę z tego, że wolność badań naukowych jest istotną, jedną z najważniejszych wartości nowoczesnych społeczeństw. W jaki jednak sposób uzasadnić konieczne, powie wielu wybitnych naukowców, badania nad osobami, które nie są zdolne wyrazić świadomej i poinformowanej zgody (konceptcja *informed consent*) i które niekoniecznie są podejmowane w interesie tych osób. Jak więc ocenilibyśmy dzisiaj roszczenie odszkodowawcze dziecka, które poniosło szkodę w wyniku takich eksploracyjnych badań medycznych, przeprowadzonych na podstawie zgody wyrażonej przez jego przedstawicieli ustawowych? Jest to działanie bezprawne, czy może jest to dopuszczalna procedura badań naukowych? Czy nawet minimalne ryzyko badań może uzasadniać instrumentalne podejście do drugiej istoty ludzkiej? Czy godność człowieka jako wartość konstytucyjnie chroniona we wszystkich demokratycznych państwach i przedmiot najważniejszego odesłania aksjologicznego w aktach międzyna-

dowej ochrony praw człowieka da się pogodzić z potrzebami nowoczesnej medycyny eksperymentalnej?

Współczesna Europa jest bardzo daleka od jednolitości w tej kwestii. Warto zauważyć, że postanowienia Konwencji Rady Europy, o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań współczesnej medycyny i biologii (podpisana w Oviedo 4 IV 1996 r.), dotyczące eksperymentów, były powodem odmowy podpisania ze strony niektórych państw, jak m.in. Niemiec. Na marginesie: w prawie polskim problem jest bardzo daleki od rozstrzygnięcia, również w świetle konstytucyjnego postanowienia o eksperymentach medycznych (zob. art. 39 Konstytucji RP: „Nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody”).

Ale granice badań to również zasadnicze pytania o ich konsekwencje poznawcze, społeczne, psychologiczne i polityczne. Czy sklonowanie istoty ludzkiej dałoby się pogodzić z koncepcją godności człowieka? Jak zareagowałoby dzisiaj prawo na podjęcie tego typu eksperymentu w Polsce? Nie trzeba dodawać, że nie mamy żadnych postanowień prawa w przedmiocie kloningu, ani też nie jesteśmy nawet stroną konwencji europejskiej zakazującej takiej praktyki. Konwencji – dodajmy – w swym rygoryzmie mocno odbiegającej od podejścia amerykańskiego, które jest wyraźnie znacznie bardziej w tej dziedzinie przyzwalające. Owieczka Dolly spędza sen z oczu nie tylko prawnikom i nie tylko w Polsce. Ale w tym podchwyconym przez media i być może nazbyt łatwym przykładzie eksplozji nowoczesnej biologii i genetyki, kryje się przecież jakiś skrót czy synteza **wielkich konfliktów prawa, medycyny i etyki.**

Okazuje się, spoglądając już obecnie z pewnej perspektywy, że wywołujące jeszcze do niedawna zdumienie, zaniepokojenie i bezradność filozofów, etyków i prawników problemy związane z zapłodnieniem *in vitro*, transferem embrionalnym czy dyspozycją materiałem genetycznym pochodzącym od różnych dawców, błędną w stosunku do najnowszych dokonań genetyki. A przecież i w tej dziedzinie, nawet w kręgu europejskim, nie została znaleziona jakaś wspólna koncepcja rozwiązań odnoszących się do przesłanki dopuszczalności metod prokreacji medycznie wspomaganej i zakresu jej wy-

korzystywania w określonych układach społecznych i rodzinnych, prawnej filiacji czy statusu rodziców genetycznych. Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrując niedawno ów problem w sprawie: X, Y, Z przeciwko Wielkiej Brytanii (Orz. Trybunału Europejskiego z 22 kwietnia 1997, reports 1997, s. 8-14): „Trybunał zauważa, że (...) nie ustalono w postępowaniu, jakoby istniało w Europie jakkolwiek powszechnie podzielane podejście państw członkowskich co do sposobu, w jaki stosunek społeczny między dzieckiem poczętym metodą prokreacji medycznie wspomaganą a osobą, która spełnia rolę ojca, powinien być odzwierciedlany w prawie. Zgodnie z dostępną Trybunałowi informacją, aczkolwiek technologia medycznie wspomaganą prokreacji od kilku dekad jest w Europie dostępna, wiele zagadnień jakie ona rodzi, w szczególności, jeśli chodzi o kwestie filiacji, pozostaje przedmiotem dyskusji. Nie ma między innymi żadnego konsensusu pośród państw członkowskich co do tego, czy w interesie dziecka jest zachowanie anonimowości dawcy materiału genetycznego, czy też dziecko powinno mieć prawo do poznania tożsamości dawcy”.

I może na koniec tych przykładów sprawa pani X, która ma szansę na transplantację sztucznego serca. Ale są kryteria selekcji i nie wszyscy jak wiadomo, dostąpią tej możliwości. Pani X jest nałogowym palaczem; czy jest to powód odmowy przeprowadzenia zabiegu – czy zasada równego i sprawiedliwego traktowania każdego da się pogodzić z kryteriami medycznej, ale przecież także w sposób nieunikniony społecznej selekcji beneficjentów nowoczesnych zabiegów medycznych? Ironizując nieco G. Annas (amerykański prawnik i filozof) przytacza hipotetyczne uzasadnienie w sprawie, jakże przecież prawdopodobnej, nie tylko na gruncie amerykańskim. *Minerva v. National Health Agency* (zob. „Allocation of Artificial hearts in the year 2002”, 3 Am. J. Law and Medicine, 59 [1977]). Odmawiając sztucznego serca określonej grupie obywateli, rząd federalny musi wskazać, że klasyfikacja jest oparta na racjonalnych przesłankach w świetle celów wyznaczonych przez Kongres, nie jest arbitralna i nie prowadzi do dyskryminacji. Powodowie muszą przekonać nas, że prawo do sztucznego serca sta-

nowi fundamentalny interes jednostki, a także, że przyjęte kryteria selekcyjne są na tyle „podejrzane”, że władze federalne muszą wykazać istotny interes publiczny w utrzymaniu odpowiednich regulacji. O ile prawo do życia jest z pewnością podstawowe i objęte ochroną konstytucyjną, nie jest taką ochroną objęty jednostkowy interes w otrzymaniu rzadkich i kosztownych świadczeń medycznych”. Czy może istnieć prawo do sztucznego serca każdego kto go potrzebuje? Czy prawa tego można by skutecznie dochodzić drogą sądową? To są pytania, które pojawią się w całkiem nieodległej perspektywie.

To tylko kilka przykładów. Jak powiedziałem, nie będziemy tu dążyć do ich rozwiązania.

Nie chodzi tu o epatowanie Państwa przykładami, które przecież mogą być znacznie rozbudowywane i multiplikowane. Nie chodzi tu też o stwierdzenie, że prawo jest dziedziną trudną, a stawiane pytania nie prowadzą do łatwych odpowiedzi. Cała historyczna droga rozwoju prawa polegała na ewolucyjnym, wszak, kształtowaniu się określonych instytucji, ich „dojrzeniu” w procesie stosowania prawa, w ścieraniu się racji i argumentów. To są stwierdzenia banalne i nie warte nawet powtarzania w tym miejscu. Odrębność i specyfika materii i problemów wyrastających na polu współczesnej bioetyki i prawa polegają jednak na czymś zupełnie innym niż stopień komplikacji, do którego doświadczeni prawnicy przywykli, a młodzi adepci prawa stopniowo muszą się przyzwyczaić.

Prawdziwy kłopot z dylematami prawnymi w tej dziedzinie polega na czymś zgoła innym. Oto bowiem mamy tu do czynienia, w stopniu nigdy wcześniej nie występującym z poczuciem chaosu, wynikającego ze zderzania się na poziomie poszczególnych sytuacji, takich m.in. jak wyżej opisane, zasad i wartości podstawowych.

Po drugie, z kwestionowaniem tego co należało do kategorii niepodważalnych paradygmatów prawnych, swoistych aksjomatów prawniczych konstrukcji.

Po trzecie wreszcie, nigdy wcześniej w tak wielu poddanych analizie jurydycznej przypadkach i sytuacjach nie zdarzało się formu-

łowanie zasadniczo sprzecznych konkluzji, do których za każdym razem prowadzi poprawne logicznie i jurydycznie rozumowanie. Zasadniczo sprzeczne, ale i zarazem dobrze uzasadnione konkluzje otrzymamy w każdym z wyżej wskazanych przypadków: jesteśmy w stanie uzasadnić pogląd o obowiązku przekazywania danych genetycznych ubezpieczycielowi (zgodnie z zasadami uczciwości kontraktowej), jak i pogląd, odwołujący się do prymatu poufności danych tego typu. Możemy uzasadnić przekonanie o słuszności tezy, że obciążone defektem genetycznym życie jest szkodą (odwołując się do zabiegów znanych prawu cywilnemu), jak i tezę przeciwną, klasyfikującą takie żądanie w kategoriach nadużycia prawa. Możemy obronić tezę o dopuszczalności i legalności eksperymentu medycznego na małoletnim (odwołując się do kryteriów ustawowo określonych dopuszczalności eksperymentów), jak też uzasadnić tezę, że są one bezprawne, naruszają wartość konstytucyjnie chronioną jaką jest integralność i autonomia każdej istoty ludzkiej. Nie ma zasadniczych kłopotów, aby na gruncie obowiązującego prawa uzasadnić dopuszczalność ojcostwa prawnego dawcy materiału genetycznego, jak też tezie tej zaprzeczyć. Możemy też konstruować prawo podmiotowe do uzyskania najlepszych i najbardziej efektywnych technik medycznych, ale możemy też uznać takie prawo za podlegające zasadniczemu ograniczeniu, ze względu na potrzebę ochrony interesu osób trzecich. Co więcej, możemy nawet uzasadnić nie tylko kreację polskiej owieczki Dolly jako dopuszczalną i jako niedopuszczalną, ale również legalność lub nie kloningu istoty ludzkiej, w pierwszym przypadku przywołując zasadę wolności badań i niewątpliwie ich przydatność, w drugim zasadę ochrony godności człowieka. To odbijanie piłeczki w każdym przypadku świadczy być może dobrze o elastyczności prawniczego myślenia, ale też zarazem potwierdza istnienie swoistego chaosu i bezradności prawników poszukujących odpowiedzi. Nie jest moim celem wykazanie, że prawo może pełnić rolę kurtyzany nauk, podsuwając stosownie do okoliczności właściwą odpowiedź bez troski o to, że za chwilę może ona ulec radykalnej zmianie, bo tego wymaga postęp wiedzy i napór rosnących oczekiwań.

Konieczne staje się więc poszukiwanie pewnej metodologii.

Współczesne prawo w Europie poszukuje tej metodologii w dwóch obszarach – na poziomie prawa międzynarodowego oraz na poziomie prawa wewnętrznego. Konwencja Europejska jest takim pierwszym krokiem w kierunku poszukiwania ogólnych i uniwersalnych rozwiązań na poziomie zasad podstawowych. Warto się jej przyjrzeć. Jest ona zbudowana, jak sądzę, według wartości o których była tu mowa. Na pierwszy plan wysuwają się dwie wartości: **ochrona autonomii oraz ochrona godności każdej istoty ludzkiej**, co wyraża się jednoznacznie w prymacie interesu jednostki nad interesem społeczeństwa i nauki (art. 2). (Interes i dobro istoty ludzkiej przeważa nad wyłącznym interesem społeczeństwa i nauki).

Ta zdecydowana i mocna deklaracja może, na pierwszy rzut oka, bulwersować, jeżeli zważyć na europejską tradycję prawną i filozoficzną. Wyrażają one wszak skłonność do bardziej wyważonego, czy może lepiej zrównoważonego podejścia do kwestii relacji pomiędzy interesem publicznym i jednostkowym. Podejście to znajduje odzwierciedlenie w wielu nowoczesnych konstytucjach europejskich, również w polskiej, które przecież dopuszczają ograniczenie wolności i praw jednostki dla zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

A jednak wydaje się, że dokonany tu wybór na rzecz prymatu jednostki nad dobrem wspólnym dobrze odzwierciedla strach i obawy współczesnego człowieka, który za wszelką cenę chce uniknąć instrumentalizacji i obronić się przed nieprzewidywalnymi konsekwencjami rozwoju nauki. To bardzo ogólna, ale też i niezmiernie ważna deklaracja Konwencji, która stanowiąc przedmiot szerokiego konsensu uzgodnionego pomiędzy państwami członkowskimi Rady Europy, ukierunkowuje jednocześnie regulacje prawne dotyczące rozwoju nauki i wykorzystania jej osiągnięć. Deklaracja ta jest następnie rozwijana w dalszych postanowieniach Konwencji, a szczególnie w jej art. 15, który stanowi, że badania naukowe w dziedzinie biologii i medycyny prowadzone są w sposób swobodny, jednak zgodnie z niniejszą konwencją i innymi przepisami zapewniającymi ochronę istoty ludzkiej.

Drugą wartością, na której oparta jest ta najważniejsza obecnie regulacja międzynarodowa w dziedzinie prawa i medycyny to ochrona autonomii jednostki. Jest ona traktowana nadrzędnie w stosunku do innych wartości i zasad. Wyraża się to w bardzo kategorycznym respektowaniu swobody decydowania o sobie samym w kontekście medycznym. To nie tylko więc traktowanie zgody jako koniecznej przesłanki każdej interwencji medycznej, ale również dążenie do respektowania, o ile to możliwe, woli osób niezdolnych do samodzielnego działania (małoletnich czy psychicznie chorych), to respektowanie życzeń wcześniej wyrażonych, choćby nawet w momencie podejmowania interwencji osoba nie była w stanie wyrazić swojej woli, czy nawet respektowanie życzenia osób, które nie chcą zapoznać się z informacjami na swój temat.

Budowanie regulacji prawnych w tej dziedzinie, o bardzo ogólnym czy wręcz ramowym ujęciu (nawiasem mówiąc, taka była nazwa pierwotna konwencji „framework convention”, „convention-cadre”), stanowić może ważny, ale tylko pierwszy krok w kierunku poszukiwania właściwego prawa. Jest oczywiście niezmiernie istotne ustalenie hierarchii wartości i zasad na tak generalnym poziomie, a więc m.in. tak wyraźne opowiedzenie się, nie mające swego odpowiednika w żadnym innym akcie międzynarodowym dotyczącym praw człowieka, za preferencją czy wyższością interesu jednostki nad interesem całego społeczeństwa. Pozostaje nadal jednak cały szereg kwestii nie rozstrzygniętych. Co więcej, również w obrębie tak ogólnych i ramowych uregulowań dochodzi do niespójności czy wręcz niekonsekwencji i byłoby sporą naiwnością sądzić, że da się tego uniknąć. Przykładem tego jest wszak regulacja, która pomimo zasadniczego opowiedzenia się w konwencji na rzecz interesu jednostki – dopuszcza jednak eksperymenty medyczne, wprowadzając w bardzo wąskich granicach i przy wielkich restrykcjach, nad osobami, które nie mogą samodzielnie wyrazić zgody. Nie krytykując tego rozwiązania musimy jednak zauważyć, że jeśli czyni się choćby tak niewielkie ustępstwo na rzecz nauki i interesu społeczeństwa, to i sama zasada z art. 2 Konwencji ulega zrelatywizowaniu. A jeśli tak, to w którym punkcie przebiega nieprzekraczalna granica tego relatywizmu?

Nie chodzi tu o krytykę takiego podejścia, bo jest ono przecież konieczne dla oczyszczenia przedpola i określenia granic, w ramach których musi odbywać się dalszy dyskurs na ten temat. Nawet i za takimi generalnymi regulacjami kryją się ostre i gwałtowne spory, w których uczestniczyłem będąc członkiem komitetu ds. bioetyki Rady Europy. W konsekwencji przecież wynika z tych ustaleń, a zwłaszcza z przyjęcia prymatu osoby nad interesem nauki, stanowczy zakaz dokonywania takich interwencji genetycznych, których skutki są dziedzicznie przenaszalne (zob. art. 13 Konwencji). Konsekwencją przyjętego w Konwencji stanowiska w zakresie ochrony autonomii człowieka jest bezwzględny zakaz dokonywania takich interwencji, co do których nie było zgody osoby świadomej i poinformowanej, choćby nawet na rzecz takiej interwencji przemawiały obiektywnie ważne i racjonalne powody. Z powodów zasadniczych i generalnie określonych, Rada Europy opowiedziała się także za bezwzględnym zakazem kloningu istoty ludzkiej, a przecież walory poznawcze tych badań trudno byłoby zapewne zakwestionować.

Osobliwością prawa w odniesieniu do dokonań nowoczesnej medycyny i biologii, i to należy z całą mocą podkreślić, jest konieczność zachowania metodologii, którą można by tu określić mianem metodologii stopniowych przybliżeń. Dzieje się tak m.in. dlatego, że prawo nigdy nie będzie w stanie nadążyć za postępem medycyny, nigdy też – ze swej natury – nie będzie dostatecznie precyzyjne i kazuistyczne zarazem, aby stworzyć dostatecznie pewny grunt dla oceny pojawiających się nowych zjawisk i konfliktów interesów. W chwili dokonywania pierwszych zabiegów zapłodnienia pozaustrojowego, nikt nie przewidywał jeszcze dylematów związanych z rozdzieleniem rodzicielstwa genetycznego i biologicznego czy transferem embrionalnym i nie formułował prawa podmiotowego, aby urodzić się jako w pełni zdrowa i funkcjonalna jednostka. Z chwilą pierwszych udanych eksperymentów z wykorzystaniem terapii genetycznej nikt nie zakładał konieczności rozwiązywania dylematów kloningu istoty ludzkiej. Pierwsze przeszczepy nie tworzyły też oczekiwań związanych z rozwojem transplantacji transgenicznych czy tzw. ksenotransplantacji. Dylematy te pojawiają się nagle i przez samo wystąpienie ta-

kich zjawisk konieczna jest jakaś reakcja prawa. Milczenie prawa – co jest także swoistą reakcją – nie jest, jak się wydaje, najlepszym pomysłem na poradzenie sobie z tymi problemami. Co więcej, nawet przy ustaleniu – na poziomie ogólnym określonej hierarchii wartości zadań i zasad – przy bliższym oglądzie poszczególnych sytuacji okazuje się, że konieczne staje się zastosowanie znacznie bardziej subtelnej analizy, „pójście w głąb” poszczególnych zasad i wartości. Ustalenie prymatu jednostki nad interesem ogólnym pozwoli wszak na odpowiedź na pytanie, jak rozstrzygać nieomal równoważne interesy poszczególnych jednostek, np. wtedy gdy pojawia się długa lista oczekujących na zastosowanie kosztownej metody terapeutycznej lub istnieje konieczność wyboru pomiędzy zasadą anonimowości dawcy materiału genetycznego, a potrzebą ujawnienia tej informacji ze względu na większą skuteczność stosowania metody terapeutycznej. Według jakich kryteriów ma rozstrzygać lekarz dysponujący skuteczną w stosunku do określonej osoby metodą interwencji genetycznej, jednakże jednocześnie przecież bez możliwości określenia konsekwencji takiego naruszenia genomu dla przyszłych pokoleń.

Na tym właśnie tle pojawia się całkiem nowa koncepcja tworzenia reguł postępowania, które realizowałyby swoistą delegację prawa do ustalenia wzorca postępowania w sposób bez porównania mniej sformalizowany, a zarazem dostatecznie elastyczny. Pojawia się więc koncepcja reguł postępowania (reguł etycznych), które stanowiąby swoisty pomost pomiędzy deontologią lekarską a prawem. Ich osobliwością nie jest brak koniecznych dla reguł prawnych cech sformalizowania i powszechnej mocy obowiązującej, ale konkretyzacja zasad postępowania bezpośrednio w stosunku do pojawiającej się nowej sytuacji medycznej. W ten oto właśnie sposób podjęto próbę, zanim powstały jakiegokolwiek regulacje w tym przedmiocie, rozstrzygnięcia skomplikowanych dylematów powstających w związku z zapłodnieniem *in vitro*, transferem embrionów (słynne reguły opracowane przez komisję Lady Warnock w Wielkiej Brytanii, czy komisję prof. Benda w RFN). Takie podejście nieformalne, ale dobrze identyfikujące poszczególne problemy, poprzedzało m.in. opra-

cowanie pierwszych kompleksowych ustaw bioetycznych we Francji, uchwalonych ostatecznie w 1994 r. Nawiasem mówiąc Comité Ethique we Francji podjął próbę wypracowania reguł, które do dzisiaj stanowią wzorzec postępowania, *de facto* przestrzegany, obowiązujący na zasadzie autorytetu, w takich m.in. kwestiach jak leczenie choroby Parkinsona przy przeszczepach tkanki płodowej czy podejmowanie eksperymentów w zakresie struktury genomu etc.

Ten sposób rozwiązywania dylematów zasługuje z pewnością na uwagę. Pozwala na kształtowanie się pewnej praktyki, identyfikację problemów, które wymagają rozwiązania, a jednocześnie też stanowi to jakiś wstęp do przyszłych regulacji prawnych, o czym dobrze zdają się np. świadczyć przykłady Francji, Niemiec i Wielkiej Brytanii. Reguły wypracowane przez interdyscyplinarne gremia nie są jednak jakimś rodzajem antyszambrowania parlamentu, nie stanowią etapu procesu legislacyjnego – są swoistą i całkowicie autonomiczną, w stosunku do wszystkich innych reguł postępowania, koncepcją określenia wzorca zachowania w sytuacjach nieoczekiwanych, etycznie i prawnie nierozpoznawalnych, które się pojawiają na polu nowoczesnej medycyny.

Taka droga kształtowania standardów zachowania – od zaleceń do konwencji i innych reguł formalnie wiążących – jest przyjęta również w płaszczyźnie międzynarodowej, np. w taki właśnie sposób powstały podstawowe koncepcje rozwiązań i regulacji w Radzie Europy, tak się kształtuje praktyka w UNESCO (por. Powszechną Deklarację o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka, przyjętą na 29 Sesji Konferencji Generalnej 11 listopada 1997 r.) czy w ramach Unii Europejskiej.

Warto więc dostrzec ten kierunek rozwoju refleksji prawnej i etycznej, zapewniający balansowanie racji, a przede wszystkim poszukiwanie konsensusu, który jest niezbywalnym atrybutem państwa demokratycznego. Nie można jednak przy okazji zapominać o mądrym spostrzeżeniu Hevré Barreau¹: „Państwo demokratyczne może przyjąć również pewne cechy państwa totalitarnego, jeśli obywatele nie uzbroją się w moralność o charakterze uniwersalnym aby zapewnić

¹ H. Barreau, La loi morale – fondement du droit, „Ethique” 1996, nr 22, s. 18.

zawsze i wszędzie poszanowanie życia ludzkiego, jego godności oraz tych wymagań, które powinno ono nadawać aktywności publicznej”.

Toczące się obecnie dyskusje zadecydują ostatecznie o kształcie naszej cywilizacji. Konsens jest nieodłącznym elementem demokracji, ale też trzeba zdawać sobie sprawę z tego, że sposób i forma osiągnięcia zgody co do określonych rozwiązań społecznych i prawnych nie stanowią jeszcze same przez się gwarancji jakości tych rozwiązań. O ile więc w społeczeństwie pluralistycznym nie ma innej drogi niż poszukiwanie konsensusu w wyniku wzajemnych ustępstw i kompromisów, o tyle nie można mieć jednak całkowitej pewności co do tego, czy demokratyczne i pluralistyczne społeczeństwa nie skazą same siebie, w drodze powszechnego konsensu, na unicestwienie.

Kilka razy odnosiłem już swoje uwagi do oceny sytuacji w Polsce. Spróbujmy się zastanowić, na jakim etapie jesteśmy. Czy są punkty stykowe z ocenami wyżej wyrażonymi? Nie chodzi tu o stan biotechnologii. Z rozwojem badań naukowych w dziedzinie biologii i medycyny nie jest źle. Problem polega natomiast na stanie świadomości społeczeństwa, uczonych, prawników, co do potrzeby takiej lub innej reakcji prawa w istniejącej sytuacji. Oto, w czym dostrzegam szczególnie niepokojące symptomy, gdy chodzi o polską specyfikę:

– po pierwsze, zadziwia, zastanawia i niepokoi, że przedstawiciele elit naszego społeczeństwa publicznie występują z tezą, nie tylko anachroniczną, ale groźną, a mianowicie, że orzekanie o zastosowaniach nauki i badań w medycynie i biologii należy pozostawić wyłącznie nauce; prawo – mówiąc krótko – nie powinno się wtrącać do tego, co jest domeną czystej nauki, bo nie leży to w kompetencji prawników, ale społeczności uczonych;

– po drugie – jeśli nawet dostrzegana jest potrzeba interwencji prawa, to postawa tego typu jawi się jako postawa „ja wiem lepiej” – wobec tego można regulować, ale wyłącznie na warunkach określonych przez nas samych i dokładnie tak jak chcemy. Postawa taka jest bardzo częsta i stanowi klasyczny przykład myślenia charakterystycznego dla poprzednich epok, w których wprawdzie wszyscy mieli rację, ale byli tacy, których racje były zawsze prawdziwsze, mądrzej-

sze i lepsze. Oczywiście, na tle takiej postawy nie ma szans na konsensus. Charakterystycznym przejawem takiego myślenia jest m.in. doszukiwanie się czysto pozornych sprzeczności i problemów, które skutecznie zablokują przyjęcie nie chcianych regulacji.

Przewaga postaw tego rodzaju doprowadziła do tego, że Polska jest jednym z trzech krajów uczestniczących w pracach nad konwencją bioetyczną, które jej nie podpisały w 1996 r. Jest też jednym z tych nielicznych państw europejskich, w których można by, być może, przeprowadzić legalne klonowanie istoty ludzkiej, bo trudno byłoby zakwestionować wysoki walor naukowy, czy być może terapeutyczny takiego zabiegu. Nie byłoby też przeszkód dla osoby, która zechciałaby sobie zrobić genetyczny test prognozujący, tylko dla celów zawarcia umowy ubezpieczenia na życie lub umowy o pracę. Brak jest też jasno i precyzyjnie określonych procedur pozwalających na ustalenie pierwszeństwa w dostępności do kosztownych świadczeń nowoczesnej biotechnologii. Nie można się spodziewać, że kwestia ta zniknie niczym za dotknięciem czarodziejskiej różdżki z chwilą powołania kas ubezpieczeniowych. Debata w Polsce nad problemami prawno-etycznymi współczesnej medycyny jest też w ogromnym stopniu otoczona oparami hipokryzji, infantylizmu, bądź też, jeśli kto woli, zwykłego bałamuctwa. Debata nad tymi problemami nie wykroczyła poza poziom dyskursu XIX-wiecznej deontologii lekarskiej, w której dominuje ciągle model medycznego paternalizmu. Być może dystans pomiędzy składanymi deklaracjami a rzeczywistością funkcjonowania polskiej medycyny jest już na tyle znaczący, że z niechęcią myśli się o rozpoczynaniu debaty nad poważnymi dylematami współczesnej biotechnologii. Konsekwencją jest stan próżni prawnej, której wypełnienie staje się coraz trudniejsze. Naiwnością byłoby sądzić, że jeśli nie uporaliśmy się jeszcze z problemami tradycyjnej deontologii, to nie ma sensu wszczynanie debaty nad prawem XXI wieku, regulującym zastosowania nowoczesnej biotechnologii i inżynierii genetycznej. Istnieją co najmniej trzy poważne argumenty na rzecz tezy, że prawo musi zareagować i zająć stanowisko wobec dokonujących się z takim dynamizmem zmian w dziedzinie aplikacji biologii medycyny.

Po pierwsze, nie da się już w sposób sensowny opierać oceny pozycji prawnej jednostki wobec nowoczesnej biotechnologii na trady-

cyjnych i bardzo ogólnych klauzulach generalnych w rodzaju postanowień wyrażających zasadę: *salus aegrotii suprema lex* lub *primum non nocere*, ponieważ, jak starałem się wykazać, konflikt interesów i wartości jest bez porównania bardziej skomplikowany. Utrzymanie takiego podejścia jest groźne dla fundamentalnych praw jednostki, grozi ogromną niepewnością jej sytuacji prawnej w sferze spraw najbardziej dla niej żywotnych, wreszcie stwarza niebezpieczną podstawę arbitralności ze strony tych, którzy mają ostatecznie odpowiedzieć na pytanie co jest dobrem albo złem, a więc także co jest prawnie dopuszczalne, a co jest prawnie zakazane.

Po drugie, milczenie prawa jest także przeciw jego reakcją na zachodzące przemiany – tyle że w konsekwencjach nieprzewidywalną. Milczenie prawa w sprawie dopuszczalności określonych eksperymentów medycznych, polegających na tworzeniu istoty hybrydalnej albo na stosowaniu transplantacji transgenicznej nie uchyli przeciw ważności pytania o status prawny takich interwencji medycznych. Doprowadzi natomiast do tego, że odpowiedzi będą ekstremalnie różne, chaotyczne, a chaos nie jest stanem, które prawo w demokratycznym państwie prawa może długo tolerować.

Po trzecie wreszcie, uniwersalizacja standardów ochrony praw człowieka, dokonująca się wyraźnie na naszych oczach, przynajmniej w zakresie europejskiej przestrzeni prawnej, prowadzi do tego, że dzisiaj, jeśli chcemy mieć jakikolwiek wpływ na kształtowanie się standardów w dziedzinie dla przyszłości gatunku być może najżywoźniejszej, nie możemy sobie już pozwolić na luksus milczenia i odmowy uczestnictwa w tej ogólnej debacie.

Zaprezentowany tu wywód nie ma na celu krytyki przedstawicieli świata medycyny – badaczy i lekarzy, którzy bezpośrednio i najczęściej przeciw spotykają się z dylematami, o których tu była mowa. Wręcz przeciwnie. Niedostatki prawa obciążają tych przede wszystkim, którzy prawo tworzą i są odpowiedzialni za kierunek przyjmowanych rozwiązań. Milczenie prawa tworzy sytuację, w której zarówno świadczący usługi medyczne, jak i ich odbiorcy – stają się lub mogą się stać ofiarami niepewności i arbitralności ocen i decyzji sądowych

podejmowanych na podstawie chwiejnych i nieprzewidywalnych kryteriów Nie chodzi tu więc o piętnowanie postaw świata medycznego, ale o krytykę braku autentycznego dialogu pomiędzy przedstawicielami różnych profesji, o mniej lub bardziej świadome unikanie odpowiedzi na pytania, które takich odpowiedzi wymagają. Dodajmy, odpowiedzi, na które także przecież oczekuje świat nauki i medycyny.

Konieczną przesłanką takiego dialogu jest jednak również właściwa edukacja, zakładająca wzbogacenie wiedzy adeptów medycyny o podstawowe zagadnienia występujące na styku prawa i medycyny. Nie istnieje przecież możliwość porozumienia się, jeżeli lekarzom, czy mówiąc ogólnie, przedstawicielom świata medycyny, nie są znane najbardziej podstawowe kwestie prawne ujawniające się tak często w obszarze aktywności medycznej jak np. dotyczące przesłanek odpowiedzialności medycznej, form, sposobu i treści zgody na interwencję medyczną, kryteriów stosowania nowatorskiej terapii, pozycji prawnej osób niezdolnych do czynności prawnej, charakteru prawnego instytucji leczniczej, koncepcji umowy o świadczenie medyczne etc. Nie wydaje się więc możliwe dalsze utrzymanie dotychczasowego stanu, w którym programy kształcenia medycznego pomijają całkowicie zagadnienia prawa medycznego i jego funkcjonowania w praktyce. Dziś już, powtórzmy, nie wystarczy rudymetarna wiedza w zakresie klasycznej deontologii medycznej. Wiele wydziałów medycyny, przede wszystkim w świecie anglosaskim, wprowadziło już dawno, jako konieczny element kształcenia studentów medycyny, podstawy prawa medycznego.

Konkluzją tych wywodów jest oczywiste stwierdzenie o konieczności radykalnej zmiany podejścia do kwestii kształtowania regulacji prawnych związanych z aplikacją metod nowoczesnej medycyny, ale również wskazanie na niezbędność poszerzenia wiedzy o prawie samych przedstawicieli prawa medycznego. Punktem wyjścia dla poszukiwania właściwej „reakcji prawa” musi być dyskusja, rezygnacja z hipokryzji i odważne ustalenie katalogu problemów i spraw, które takiej debaty wymagają. Prawo to sztuka balansowania sprzecznych interesów i poszukiwania równowagi. Co najmniej od czasów Arystotelesa – *ius suum quique*.

Prof. dr hab. n. prawn. Marek Safjan

Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*

I. Uwagi wstępne

Dokonuje się na naszych oczach uniwersalizacja standardów prawnych w dziedzinie praw człowieka (w ramach prawnej przestrzeni europejskiej). Standaryzacja, uniwersalizacja (czy, jak kto woli uniformizacja) nie są spowodowane wyłącznie postulatem poszerzenia obszaru działania praw podstawowych ze względu na pryncypia i aksjologię współczesnej demokracji, ale również ze względów całkiem pragmatycznych. Różnice w systemach prawnych, wytwarzając swoisty stan nierównowagi, prowadzą do łatwego omijania istniejących zakazów prawnych poprzez migrację osób, uczonych i transfer technologii. We współczesnym świecie staje się ponadto coraz bardziej oczywiste, że fundamentalne problemy związane z rozwojem nauki i biomedycyny niekoniecznie należą wyłącznie do sfery bogatego i komfortowego świata, w którym można sobie pozwolić na luksus refleksji moralnej i filozoficznej. Współczesny świat – to świat naczyń połączonych, biedne kraje mogą być narażone na swoisty biotechnologiczny kolonializm, który będzie się przejawiał w tworzeniu w tych krajach swoistych enklaw nadużyć naukowych i eksperymentalnych. Dążenie do uniwersalizacji standardów jest więc również kwestią pragmatyzmu i skuteczności przyjmowanych nakazów i zakazów prawnych. Potwier-

*Prawo i Medycyna nr 5 (vol. 2), 2000

dza to przekonanie, dotychczasowe doświadczenie i istniejąca praktyka – jeśli określone typy zabiegów i interwencji stają się zabronione w kraju X, to z ogromną pewnością można stwierdzić, że zostaną one przeprowadzone w innym kraju, w którym owych zakazów jeszcze nie zdołano implementować do systemu prawnego.

Harmonizacja standardów prawnych w dziedzinie biomedycyny jest procesem długotrwałym i może dokonywać się jedynie stopniowo i ewolucyjnie. Jest to przede wszystkim kwestia poszukiwania konsensu w dziedzinie rozwiązań, które należą do najbardziej wrażliwych sfer prawa, ponieważ dotyczą w sposób bezpośredni kondycji człowieka i jego stosunku do podstawowych problemów życia, śmierci, godności człowieka, jego tożsamości i sensu egzystencji. Próba interwencji prawa w dziedzinie o tak silnym zabarwieniu moralnym i filozoficznym, o tak ostro rysującej się przeciwstawności prezentowanych stanowisk i poglądów – jest zawsze mocno dyskusyjna. Czy można jednak zrezygnować z takiej interwencji? Milczenie prawa, co niejednokrotnie starałem się wykazać, jest także wyrazem jakiegoś stanowiska, może oznaczać przyzwolenie na to, czego chcielibyśmy uniknąć, a co już wymyka się z tradycyjnych konstrukcji prawnych.

Owa stopniowalność, ewolucyjność, a może subtelność interwencji, wymagają jednak przyjęcia pewnej metodologii tworzenia prawa. Na początek – co wydaje się zresztą dość oczywiste – jest konieczne ustalenie katalogu zasad i wartości podstawowych, a dopiero następnym etapem może być regulacja na odpowiednim poziomie szczegółowości. Tę właśnie koncepcję przyjęto przy tworzeniu prawa w ramach Rady Europy. Zanim jednak przejdziemy bezpośrednio do zagadnień związanych z Europejską Konwencją Bioetyczną – o ochronie praw człowieka wobec zastosowań współczesnej medycyny i biotechnologii, należy zauważyć, że próba określenia uniwersalnych zasad i wartości związanych z rozwojem nauk przyrodniczych nie jest swoistością Rady Europy. Tego rodzaju próby podejmowane są w ramach UNESCO (Deklaracja w sprawie genomu ludzkiego), a także Unii Europejskiej, w której kwestie związane z zastosowaniem nowoczesnych biotechnologii, zwłaszcza w dziedzinie genetyki, są już przedmiotem prac odpowiednich komisji Parlamentu Europejskiego.

Należy jednak uznać szczególną wagę i znaczenie Konwencji Rady Europy z 1997 roku.

Po pierwsze, jest to bowiem jedyna, jak dotychczas, próba określenia zasad podstawowych w obszarze tak szerokim, obejmującym zarówno klasyczne problemy biomedycyny (uczestnictwo w interwencji medycznej, sposoby ochrony interesów jednostki), jak i wprost odnoszące się do nowoczesnej biotechnologii (eksperymenty medyczne, testy i interwencje genetyczne, zabiegi transplantacyjne).

Po drugie, o czym nie można zapominać, konwencja – z racji swojego charakteru prawnego – należy do kategorii instrumentów prawnych, a więc nie deklaracji, zaleceń, postulatów czy zasad deontologicznych. Jej ratyfikacja tworzy dla państwa określone obowiązki prawne, a w zakresie w jakim jest to możliwe (self-executing rules), staje się bezpośrednio elementem obowiązującego porządku prawnego. Konwencja, przez to właśnie, że tworzy obowiązujące prawo, staje się dużo bardziej skutecznym instrumentem standaryzacji zasad w przestrzeni europejskiej.

Po trzecie, konstrukcja, a ściślej metodologia przyjęta w konwencji, zakłada stopniowy rozwój regulacji szczegółowych w poszczególnych dziedzinach, poprzez uzupełnianie materii konwencyjnej przez protokoły dodatkowe (już obecnie powstał protokół dotyczący kloningu istoty ludzkiej, mocno zaawansowane są prace nad protokołem dotyczącym ochrony embrionu i płodu ludzkiego, eksperymentów na człowieku, transplantacji oraz genetyki).

Po czwarte, konwencja bioetyczna jest jedną z nielicznych konwencji Rady Europy otwartych na ratyfikację przez inne kraje – również pozaeuropejskie, co może wywierać istotny wpływ na tworzenie się w skali światowej uniwersalnego wzorca rozwiązań podstawowych w tej dziedzinie (aktywnymi uczestnikami prac nad konwencją były przez cały okres jej tworzenia takie kraje, jak Stany Zjednoczone oraz Kanada). Nie jest więc dziełem przypadku lub zdawkową grzecznością określanie konwencji bioetycznej jako jednej z najważniejszych od czasu przyjęcia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Warto zwrócić wreszcie uwagę na pewne swoistości tego dokumentu. Zgodnie z art. 29 konwencji jego interpretacja może być dokony-

wana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (m.in. w odpowiedzi na pytanie rządu kraju, który ratyfikował konwencję). Jest to istotna szansa na to, aby zapewnić *iunctim* pomiędzy sposobem rozumienia praw człowieka na tle obu konwencji. Jest to także środek umożliwiający podłączenie się „pośrednio” do orzecznictwa Trybunału Sztрасburskiego i korzystanie z jego bogactwa dla określenia dalszych kierunków stosowania konwencji.

Inną ważną cechą tego dokumentu jest szczególna semiimperatywność – polegająca na określeniu jedynie minimalnego progu ochrony i poszanowania praw jednostki, które nie mogą być naruszone poprzez regulacje prawa wewnętrznego. Oznacza to, że modyfikacje rozwiązań wprowadzonych do prawa wewnętrznego, o ile prowadzą do podwyższenia standardów ochrony są w pełni dopuszczalne (zob. art. 27 konwencji: „Żadnego z przepisów niniejszej Konwencji nie można interpretować jako ograniczającego albo w inny sposób naruszającego możliwości Strony do przyznania dalej idącej ochrony, w dziedzinie zastosowań biologii i medycyny, niż ochrona określona w niniejszej Konwencji”).

Zwraca też uwagę postanowienie nakładające obowiązek toczenia debaty publicznej na temat podstawowych problemów związanych z rozwojem biologii, medycyny, uwzględniającej ich istotne implikacje medyczne, społeczne, ekonomiczne, etyczne i prawne. W konwencji nakłada się również powinność prowadzenia odpowiednich konsultacji w przedmiocie możliwych zastosowań osiągnięć biologii i medycyny (art. 28). Bez przesady można stwierdzić, że mamy tu do czynienia z całkowicie nowym podejściem do sprawy tworzenia się standardów na przyszłość i rozwiązywania skomplikowanych dylematów etycznych i prawnych, a nawet w jakimś sensie z postulatem stosowania nowej metodologii kreowania reguł postępowania w kwestiach, które stanowią przedmiot ostrych kontrowersji w społeczeństwie. Przyjęte bowiem założenie co do konieczności prowadzenia debaty publicznej oznacza po pierwsze, że podstawowe problemy jeszcze do niedawna zastrzeżone wyłącznie do rozstrzygnięcia przez świat uczonych i mędrców – dzisiaj mają stać się tematem debat „profanów”, ludzi z ulicy i przeciętnych zjadaczy chleba. Oka-

zuje się, że tego wymaga natura problemów stawianych przez współczesny rozwój nauk przyrodniczych – o ile bowiem odkrycie naukowe jest jako takie moralnie indyferentne, to jednak nie już etycznie obojętne, w jaki sposób dochodzi się do tego odkrycia, czy metody, których użyto są proporcjonalne do celu i nie naruszają innych ważnych wartości, a przede wszystkim nie są moralnie indyferentne konsekwencje zastosowań odkryć naukowych w dziedzinie medycyny i biologii. Po drugie, okazuje się – i warto to spostrzec – że dla rozstrzygnięcia (również w płaszczyźnie prawnej) zasadniczych dylematów konieczne jest odwołanie się do innych metod niż klasyczne mechanizmy tworzenia prawa (w ramach których decydującą rolę odgrywa parlament). Wynika to zarówno ze stopnia komplikacji tych problemów, rozległości konsekwencji przyjęcia tego lub innego rozwiązania (np. obejmujących w dziedzinie genetyki przyszłe pokolenia), jak też i z samych trudności poprawnej identyfikacji zagadnień.

Do najważniejszych zasad konwencji należy postanowienie przyjmujące, że interes i dobro istoty ludzkiej przeważają nad wyłącznym interesem społeczeństwa i nauki. W ten oto sposób po raz pierwszy określono w tekście prawnym bardzo jednoznacznie relację pomiędzy dwiema wartościami przedstawianymi niejednokrotnie jako opozycyjne, niejednokrotnie zaś jako dopełniające się. Historia rozwoju nowoczesnej nauki jest wszak naznaczona napięciem i konfliktem pomiędzy dobrem jednostki, a potrzebą rozwoju nauki, której realizacja dokonywała się często kosztem indywidualnego interesu. Prześlania zawarte w art. 2 konwencji w sprawie prymatu istoty ludzkiej w kontekście rozwoju badań naukowych jest równoznaczne z końcem epoki hipokryzji, która towarzyszyła badaniom naukowym – co najmniej od czasów Oświecenia. Nauka, poznanie, wiedza, dążenie do poznania za wszelką cenę były zawsze silnie wpisane w naturę ludzką, ale od czasów Oświecenia urosły do rangi swoistych paradygmatów naszego myślenia o rozwoju cywilizacji. Niekiedy intencjonalnie, a niekiedy bezwiednie i w dobrej wierze skrywaliśmy występujący tu konflikt interesów: jednostka *versus* społeczeństwo. Dobrze się więc dzieje, że dzisiaj, w dobie prawdziwej eksplozji nauk przyrodniczych odrzucono łatwy, ale też i nieprawdziwy schemat,

wedle którego nauka służy społeczeństwu, a zatem co najmniej pośrednio służy zawsze dobru jednostki. Zasada prymatu istoty ludzkiej jest w istocie transpozycją podstawowych praw człowieka – potwierdzeniem, że osiągnięcia naukowe i ich najbardziej nawet obiecujące zastosowania nie mogą dokonywać się z pogwałceniem tych praw. W dobie fascynacji nauką i nowoczesnymi technologiami przypomnienie tej prawdy i nadanie jej formalnego statusu zasady konwencji międzynarodowej ma trudny do przecenienia wymiar.

II. Konwencja a wewnętrzny porządek prawny

Należy na początek przypomnieć kilka podstawowych informacji dotyczących implementacji konwencyjnych norm prawnych do porządku wewnętrznego. Podstawowe znaczenie mają tu reguły zawarte w art. 88-91 Konstytucji RP. Nie ulega wątpliwości, że Europejska Konwencja Bioetyczna należy do tych konwencji międzynarodowych, które wymagają ratyfikacji w formie ustawy, ponieważ zawiera regulacje odnoszące się do praw, wolności i obowiązków określonych w konstytucji i obejmuje sprawy, co do których wymagana jest ustawa (zob. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 konstytucji). Warto też przypomnieć, że konstytucja wyraźnie wskazuje na pierwszeństwo norm takiej konwencji przed ustawą, o ile nie da się ustawy pogodzić z umową międzynarodową (art. 91 ust. 2). Wreszcie nie bez znaczenia jest też dla oceny skutków ratyfikacji umowy międzynarodowej fakt, że umowa taka stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy.

Przepisy zawarte w konwencji bioetycznej mają w większości charakter norm bardzo ogólnie sformułowanych, których zastosowanie wymagać będzie szczegółowych regulacji ustawowych. Szczególną rolę odgrywają w jej ramach normy przybierające postać swoistych klauzul generalnych i zasad podstawowych. Wymieńmy w tym miejscu takie zasady jak: nakaz poszanowania integralności każdej osoby i godności każdej istoty ludzkiej (art. 1), prymatu interesu jednostki nad wyłącznym interesem nauki i całego społeczeństwa (art. 2), równego dostępu do opieki zdrowotnej odpowiedniej jako-

ści (art. 3). Nie ulega żadnej wątpliwości, że konkretyzacja tych zasad powinna nastąpić na poziomie regulacji ustawowej. Jednocześnie jednak nie można tracić z pola widzenia faktu, że zasady takie mogą wywierać istotny wpływ na stosowanie istniejących regulacji prawnych, ponieważ zawierają one swoiste dyrektywy wykładni, wyrażają jednoznacznie pewien system wartości, który powinien być brany pod uwagę przy poszukiwaniu właściwego sensu konkretnych przepisów, zwłaszcza wtedy, kiedy pojawiałyby się możliwości wyboru pomiędzy dwiema sprzecznymi interpretacjami. Możliwość takiej swoistej „miękkiej” adaptacji konwencji poprzez stosowne zabiegi interpretacyjne do prawa polskiego pojawia się również w odniesieniu do tych bardziej szczegółowych norm konwencyjnych, które nie mają swego bezpośredniego odpowiednika w regulacjach ustawowych, jednakże mogą już obecnie przyczynić się do zmiany praktyki poprzez odpowiednią wykładnię.

Dalszą analizę zamierzam, ze względu na bardzo ograniczone ramy tego opracowania, skoncentrować na kilku wybranych obszarach, które z punktu widzenia zabiegów adaptacyjnych wydają się być najważniejsze. Będą to następujące zagadnienia:

- Zasada równego dostępu do świadczeń medycznych.
- Ochrona autonomii w związku z interwencjami medycznymi.
- Badania eksperymentalne na człowieku.
- Interwencje genetyczne.
- Transplantacje.
- Ochrona praw gwarantowanych w konwencji.

III. Zasada równego dostępu do opieki medycznej

Sformułowanie konwencji jest w tym zakresie dość ostrożne, skoro reguła z art. 3 ma charakter bardziej postulatywny niż dyrektywny (Strony podejmą stosowne działania w celu zapewnienia równego dostępu do opieki medycznej o właściwej jakości, biorąc pod uwagę potrzeby zdrowotne, ale i dostępne środki), jednakże bardzo jednoznacznie określony został fundament, na którym opierać się powinien każdy system opieki zdrowotnej. Problem równego dostępu do świadczeń medycznych nie jest wyłącznie – jak się to niekiedy myl-

nie sądzi – związany z biedą i niedostatkiem. Dotyczy on bez wyjątku wszystkich krajów, choć oczywiście na różnym poziomie przebiega bariera równości. W dobie współczesnej medycyny, eksplozji bardzo nowoczesnych technologii medycznych dylemat równego dostępu podlega nawet zaostreniu, ponieważ rosną oczekiwania, a zarazem dramatycznie zwiększają się koszty świadczeń w zakresie takich interwencji jak: transplantologia, kardiologia czy terapia genetyczna. Ale jednocześnie przecież nie można akceptować wyłączenia jakiejś grupy społecznej z szans korzystania z osiągnięć nowoczesnej biologii i medycyny, ograniczając dostęp do niej jedynie do tych, którzy są w stanie ponieść ogromne koszty podejmowanych interwencji. Postulat równego dostępu jest tak samo sprawiedliwy i słuszny, co niezwykle trudny do zastosowania: jakie mają być bowiem kryteria równej dostępności; jaki ma być standard tej równości (wszystkie interwencje medyczne czy tylko te, które mieszczą się w średnim poziomie opieki medycznej); jaki ma być wreszcie zakres zastosowania zasady równości (czy wszelkie świadczenia medyczne, czy tylko, te które są finansowane ze środków publicznych)? Należy pamiętać, że decydujące znaczenie ma tu nie tylko formalna, normatywna deklaracja równości, ale sposób jej funkcjonowania (np. powinna istnieć porównywalność świadczeń – ich jakości i zakresu – pomiędzy poszczególnymi kasami chorych).

Z punktu widzenia prawa polskiego najważniejsze znaczenie należy przypisać postanowieniom konstytucji, która w art. 68 gwarantuje każdemu prawo do ochrony zdrowia (ust. 1), a także równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (ust. 2). Konstytucja zawiera jednocześnie odesłanie do ustawy, która powinna określać warunki i zakres udzielania świadczeń.

Szczegółowych regulacji w tym zakresie należy zatem poszukiwać przede wszystkim w ustawie z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz. U. Nr 28, poz. 153 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.). Ograniczyć się tu wypada do kilku podstawowych obserwacji.

Po pierwsze, trzeba zauważyć, że norma konwencyjna nie nakłada bezwzględnego obowiązku równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, a jedynie nakazuje to czynić w ramach dostępnych środków. W konsekwencji postanowienie konstytucji, które ogranicza – co warto zauważyć – zasadę równego dostępu – do świadczeń finansowanych ze środków publicznych – nie pozostaje w kolizji z regulacją konwencyjną.

Nie ulega też wątpliwości, że ani konstytucja, ani konwencja nie mogą tworzyć podstawy dla oczekiwania nieograniczonej dostępności (bezpłatnej) do każdego świadczenia medycznego. System prawa wewnętrznego powinien natomiast określać dostatecznie precyzyjnie kryteria dostępności do świadczeń deficytowych (kosztowne nowoczesne technologie medyczne). Wydaje się, że ogólne odwołanie do kryteriów medycznych zawarte w art. 19 ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej nie spełnia w pełni postulatu dostatecznej precyzji normatywnej w tym zakresie.

Trzeba jednak uznać, że zasada równego dostępu do świadczeń finansowanych ze środków publicznych w granicach określonych przez ustawę nie oznacza, że ustawa może w sposób dowolny i arbitralny określić pole finansowania świadczeń medycznych, a tym samym dowolnie np. rozszerzać i zawężać zakres podmiotów uprawnionych do korzystania z tych świadczeń. Ust. 2 art. 68 musi być odczytywany w stosownym związku z ust. 1 („Każdy ma prawo do ochrony zdrowia”). Czynię tę uwagę przy zastrzeżeniu, że powszechny system ubezpieczenia zdrowotnego funkcjonuje w oparciu o środki publiczne, taki bowiem charakter mają też fundusze gromadzone ze składek ubezpieczeniowych.

Wydaje się, że jedynie taki system powszechnego ubezpieczenia, który jest odpowiednio szczelny i zapewnia możliwie najszerszy krąg uprawnionych spełnia wymagania określone w konstytucji i w konwencji. Krąg osób wyłączonych z zakresu świadczeń z tytułu powszechnego ubezpieczenia jest ujęty istotnie bardzo wąsko (osoby, które nie pracują, nigdy nie pracowały, nie mające statusu bezrobotnego, nie będące świadczeniobiorcami pomocy społecznej, ani też nie będące bliskimi członkami rodziny osoby ubezpieczonej). Jak się

wydaje z tego punktu widzenia zasada równego dostępu jest zrealizowana, chociaż przedmiotem bardziej pogłębionych analiz powinny być problemy związane ze statusem cudzoziemców (bardzo wąsko został zakreślony krąg cudzoziemców uprawnionych do ubezpieczenia się w kasach chorych, zasadniczo obejmuje on bowiem jedynie tych, którzy uzyskali status uchodźcy i dysponują kartą stałego lub czasowego pobytu – zob. art. 2 i art. 19 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym). Jest też wątpliwe, czy utworzenie odrębnego serwisu świadczeń dla wąskiego grona funkcjonariuszy publicznych odpowiada zasadzie równości.

Szczególnie duże zainteresowanie wzbudzać musi jednak kwestia zróżnicowanego standardu świadczeń w poszczególnych kasach chorych. Czy samo założenie zróżnicowania poziomu jakości świadczeń nie kłóci się z nakazem wyrażonym zarówno w samej konwencji (art. 3), jak i w konstytucji (art. 68 ust. 2)? Trzeba pamiętać, że pewna konkurencyjność działania kas chorych jest wpisana w samą logikę istniejącego systemu, ma on bowiem prowadzić do stopniowej eliminacji gorszych rozwiązań organizacyjnych, mniej efektywnego i bardziej kosztownego stylu zarządzania etc. Zakłada się z natury rzeczy istnienie lepszych i gorszych kas chorych, a wobec tego w sposób nieunikniony wyższego lub niższego poziomu jakości świadczeń. Biorąc pod uwagę pewną elastyczność systemu dającą możliwość w jakiejś mierze wyboru kasy, a tym samym zakładów opieki zdrowotnej i lekarzy świadczących usługi, można w zasadzie akceptować pewne zróżnicowanie pomiędzy poszczególnymi instytucjami medycznymi. System ubezpieczenia zdrowotnego obejmujący wszystkie kasy chorych może być traktowany jako całość, a nie jako zespół odseparowanych od siebie struktur organizacyjnych. Jednakże istnienie zasadniczych różnic w dostępie do świadczeń medycznych w obszarach właściwości różnych kas może wywoływać poważne zastrzeżenia, zwłaszcza wtedy, kiedy staje się niemożliwa zmiana kasy (w ciągu roku). Zastrzeżenia te kierować się muszą nie tyle przeciwko konstytucyjności przepisów dotyczących kas chorych, ale przeciwko poszczególnym kasom, to bowiem wadliwości ich działania stanowiące przyczynę niskiej jakości świadczeń mogą uzasadniać ich odpowie-

działność cywilną. To jednak już zupełnie inny problem, którego nie możemy w tym miejscu pogłębić.

IV. Autonomia pacjenta

Wśród istotnych zasad konwencji bioetycznej pierwszoplanowe miejsce zajmują regulacje dotyczące ochrony autonomii osoby uczestniczącej w interwencji medycznej. Jest to zresztą logiczna konsekwencja przyjętych założeń aksjologicznych związanych z ochroną godności każdej osoby oraz prymatu jednostki nad wyłącznym interesem nauki i społeczeństwa. Zasada ochrony autonomii przenika bardzo wyraźnie wszelkie inne regulacje, a więc nie tylko te bezpośrednio odnoszące się do wyrażania zgody, ale również gdy chodzi o postanowienia dotyczące zabiegów eksperymentalnych, transplantacyjnych czy interwencji genetycznych. Charakterystyczną cechą ujęć zawartych w konwencji jest uniezależnienie kategorii zdolności do czynności prawnych i zdolności do wyrażenia zgody. Ta druga ma charakter faktyczny i może obejmować również osoby małoletnie lub cierpiące na zaburzenia psychiczne. Jest wielce charakterystyczne, że ochrona autonomii obejmuje nawet – w pewnych sytuacjach – respekt dla sprzeciwu wobec interwencji ze strony osób niezdolnych do wyrażania zgody (dotyczy to eksperymentów medycznych – zob. art. 17 ust. 1 pkt 5, a także zabiegów transplantacyjnych – art. 20 ust. 2 pkt 5).

Konwencja wyznacza tu jedynie pewne ramy ogólne, pozostawiając w stosunkowo szerokim zakresie swobodę kształtowania wielu kwestii ustawodawstwu wewnętrznemu, dotyczy to w szczególności kręgu osób, które mogą być uznane za zdolne do wyrażenia zgody i zasad zastępowania zgody w wypadku osób niezdolnych.

Nie ulega wątpliwości, że polski system prawny co do samej zasady podstawowej wyrażonej w art. 5 konwencji (konieczną przesłanką interwencji medycznej musi być swobodna i świadoma zgoda) realizuje wymagania konwencji. Jednocześnie jednak rozwiązania szczegółowe, zwłaszcza zaś odnoszące się do wyrażania zgody przez osoby małoletnie są niespójne i niekonsekwentne. I tak np. osoby powyżej 16 roku życia są traktowane jako zdolne do wyrażenia zgody, jednakże sprzeciw tych osób nie ma waloru w pełni skutecznego działania prawnego,

skoro zgodę na zabieg może w takiej sytuacji wyrazić sąd opiekuńczy (art. 32 ust. 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza – Dz. U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152 ze zm.). Ogólnikowość tej formuły sprawia, że sama zasada respektu dla autonomii osoby małoletniej staje się fikcyjna, bowiem działa jedynie jednokierunkowo. Rozwiązanie to może być uznane za pozostające w pewnej przynajmniej kolizji z konwencją, skoro pewna kategoria osób zaliczanych do kręgu podmiotów zdolnych do wyrażania zgody (to wynika wszak z ust. 5 art. 32 ustawy o zawodzie lekarza) jest w znaczącym zakresie pozbawiana wpływu na swoją sytuację i to bez normatywnego sprecyzowania przesłanek, od których zależy ograniczenie ich autonomii. W odniesieniu do osób poniżej 16 roku życia brak jest w polskiej ustawie odpowiednika regulacji zawartej w art. 6 ust. 2 konwencji, nakazującej stopniowanie znaczenia opinii małoletniego o podejmowanej interwencji medycznej stosownie do jego wieku i stopnia dojrzałości. Jest to dyrektywa interpretacyjna, która może mieć znaczenie rozstrzygające w pewnych sytuacjach (np. interwencja o dużym ryzyku podejmowana wobec osoby 14-letniej) i byłoby z pewnością lepiej, gdyby została wyraźnie sformułowana w przepisach ustawowych. Nie widzę jednak przeszkód przed jej bezpośrednim zastosowaniem z chwilą ratyfikacji konwencji. Stanowiłaby ona w konsekwencji doprecyzowanie uregulowania zawartego w art. 31 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza (lekarz wysłuchuje zdania pacjenta, który nie ukończył 16 lat).

Zastrzeżenia budzi także mała klarowność i niespójność rozwiązań dotyczących regulacji osób ubezwłasnowolnionych (zwłaszcza nieokreślony status osób ubezwłasnowolnionych częściowo). Byłoby też zapewne pożądane wprowadzenie do prawa polskiego ogólnej dyrektywy (art. 6 ust. 3 konwencji) nakazującej włączanie osoby dorosłej niezdolnej do wyrażenia zgody w procedurę podejmowania decyzji o interwencji medycznej, o ile tylko to jest możliwe w danych okolicznościach. Na marginesie trzeba zauważyć, że obok kwestii zgodności prawa polskiego z konwencją bioetyczną nie można tracić z pola widzenia wadliwych konstrukcyjnie i jurydycznie rozwiązań ustawy o zawodzie lekarza. Problem nie może być tu szczegółowo przedstawiany, jest zresztą przedmiotem analiz w literaturze specjalistycznej.

Autonomia pacjenta pozostaje w bezpośrednim związku z kwestią dostępu do informacji medycznych o sobie i ochroną ich poufności. W podstawowych elementach istnieje zbieżność pomiędzy treścią art. 10 konwencji a regulacjami prawa polskiego. Prawo polskie respektuje zasadniczo obie wartości, co znajduje wyraz w normach konstytucyjnych (ochronie życia prywatnego – art. 47, dostępie do informacji art. 51), jak i rozwiązań szczegółowych w ustawie o zawodzie lekarza (zob. w szczególności art. 31 – obowiązek udzielania przystępnej informacji, art. 40 – obowiązek zachowania tajemnicy), ustawie o zakładach opieki zdrowotnej (zob. art. 18 – ochrona danych zawartych w dokumentacji medycznej oraz dostęp do dokumentacji, art. 19 ust. 1 pkt 2 – prawo każdego pacjenta do informacji o swoim stanie zdrowia). Prawo do informacji konwencja określa kategorycznie i bardzo szeroko, skoro mowa jest o prawie do zapoznania się z wszelkimi informacjami, podczas gdy prawo polskie używa określeń mniej jednoznacznych (zwłaszcza art. 31 ustawy o zawodzie lekarza, który wymienia elementy informacji udzielanej w przystępny sposób pacjentowi). Nie wydaje się jednak, aby różnice w sformułowaniach miały większe znaczenie i były wyrazem odmiennej koncepcji stosunków pacjent-lekarz. Wskazanie w ustawie konkretnych składników informacji służy zresztą interesowi pacjenta i usuwa wątpliwości dotyczące np. obowiązku informowania o metodach alternatywnych. Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej mówi wszakże o dostępie do informacji, a więc należy rozumieć, że obejmuje to wszelkie informacje o zdrowiu zgromadzone w procesie leczenia. Warto też podkreślić, że ustawa o zawodzie lekarza zawiera odpowiednik negatywnego prawa pacjenta do tego, aby nie być informowanym (zob. art. 10 ust. 2 konwencji). Zastrzeżenie budzi jednak ujęcie tej kwestii w polskiej ustawie od strony uprawnień lekarskiego, a nie prawa pacjenta, aby nie być informowanym. W konsekwencji na tle polskiej ustawy lekarz informujący pacjenta mimo jego sprzeciwu nie narusza jego prawa, natomiast nie informując może uchylić się skutecznie od zarzutu podejmowania czynności medycznej bez świadomie wyrażonej zgody pacjenta.

Szeroko rozumiany respekt dla autonomii pacjenta obejmuje również problem, uznawany za szczególnie kontrowersyjny, związany

z pytaniem o charakter i skutki prawne wcześniej wyrażonych życzeń pacjenta. Konwencja przewiduje w art. 9 powinność brania pod uwagę takich życzeń, jeżeli w chwili przeprowadzania interwencji medycznej pacjent nie jest w stanie wyrazić swojej woli. Nakaz „wzięcia pod uwagę” nie jest równoznaczny z bezwzględnym obowiązkiem respektowania tych życzeń, nie stanowi też jakiejś szczególnej formy nałożenia na lekarza obowiązku niepodejmowania leczenia, przerwania terapii bądź też stosowania eutanazji stosownie do wcześniej wyrażonej woli pacjenta. Postępowanie lekarza nigdy bowiem nie może odbiegać od zasad poprawnego postępowania zgodnego z szeroko rozumianymi standardami zawodowymi (zob. w szczególności art. 3 konwencji). Formuła przyjęta w art. 9 wskazuje w konsekwencji na niezbędność dokonywania wyborów pomiędzy alternatywnymi sposobami postępowania stosownie do preferencji samego pacjenta, z zastrzeżeniem wszakże, że każde z alternatywnych postępowania odpowiada wymaganiom wiedzy medycznej i przyjętym standardom zawodowym. Prawo polskie nie zawiera odpowiednika art. 9 konwencji. Wydaje się jednak, że przepis ten może mieć zastosowanie bezpośrednie i nie jest wobec tego niezbędna jego wyraźna implementacja do regulacji ustawowych. Przy uznaniu za trafną podanej wyżej interpretacji trudno byłoby też uznać, że występuje sprzeczność art. 9 z jakąkolwiek normą prawa polskiego. Wydaje się bowiem, że postępowanie medyczne zgodne z dyrektywą zawartą w art. 9 konwencji może być uznawane za w pełni poprawne na gruncie obowiązującego stanu prawnego. Wydaje się natomiast pożądane wyraźne uregulowanie ustawowe tej kwestii, precyzujące nazbyt ogólną treść art. 9 konwencji, po to między innymi, by uniknąć możliwych wątpliwości interpretacyjnych w przyszłości.

V. Badania eksperymentalne na człowieku

Ograniczona dopuszczalność eksperymentów medycznych na człowieku stanowi punkt wyjścia zarówno dla rozwiązań konwencyjnych, jak i regulacji prawa polskiego. Jest to obszar, w którym szczególnie ważne jest zbalansowanie podstawowych wartości i zasad, takich w szczególności, jak z jednej strony wolność badań naukowych (po-

twierdzona normą konstytucyjną – art. 73), z drugiej zaś godność każdej osoby (art. 30 konstytucji) i poszanowanie autonomii w podejmowaniu decyzji o uczestnictwie w badaniach eksperymentalnych (art. 39 konstytucji). Szczególnie kontrowersyjną i zarazem wrażliwą kwestią jest w każdym systemie prawnym dopuszczalność eksperymentów pozbawionych bezpośrednich korzyści terapeutycznych na osobach niezdolnych do samodzielnego wyrażenia zgody. Konwencja przewiduje taką możliwość w art. 17 ust. 2, wprowadzając zarazem szereg dodatkowych wymagań, które powinny być zachowane w takich przypadkach. Na gruncie prawa polskiego nasuwa się przede wszystkim pytanie, czy, zważywszy na postanowienia konstytucyjne ustanawiające jako konieczną przesłankę każdego eksperymentu naukowego dobrowolne wyrażenie zgody osoby poddawanej temu eksperymentowi, jest dopuszczalne wprowadzanie regulacji ustawowych dopuszczających eksperymenty na osobach niezdolnych do samodzielnego wyrażenia zgody? Nie powinno być wątpliwości co do tego, że eksperymenty o celach leczniczych, na które udzielana jest zgoda substytucyjna (przedstawiciela ustawowego), mieszczą się w formule regulacji konstytucyjnych, ponieważ podstawowym motywem ich podjęcia jest bezpośredni interes osoby uczestniczącej w eksperymencie. Mogą się już natomiast pojawiać wątpliwości w przypadku eksperymentów czysto badawczych, skoro mają one na celu przede wszystkim poszerzenie wiedzy medycznej, a nie korzyść osoby uczestniczącej. Gdyby uznać, że formuła przyjęta w art. 39 konstytucji wyłącza dopuszczalność takich eksperymentów na osobach niezdolnych do wyrażenia zgody, to zastosowanie art. 17 ust. 2 konwencji nie mogłoby być brane pod uwagę. Nie stwarzałoby jednak to stanu sprzeczności prawa polskiego z konwencją, ponieważ prawo wewnętrzne może stwarzać silniejsze bariery ochronne w stosunku do podmiotów poddawanych eksperymentalnym badaniom biomedycznym (zob. art. 27 konwencji).

Zasadniczo utrudniona jest jednak odpowiedź na pytanie, jakie stanowisko w kwestii dopuszczalności eksperymentów badawczych na osobach niezdolnych do wyrażenia zgody zajmuje prawo polskie, jeśli ograniczyć analizę do poziomu regulacji zawartych w ustawie o zawo-

dzie lekarza. Wadliwa i wewnętrznie sprzeczna konstrukcja pojęcia eksperymentu badawczego w odniesieniu do osób małoletnich nie pozwała bowiem na ustalenie, jaki rodzaj eksperymentu jest przedmiotem regulacji (eksploracyjny czy terapeutyczny). Z jednej strony bowiem jest to eksperyment podejmowany przede wszystkim w celu poszerzenia wiedzy medycznej (zob. art. 21 ust. 3 ustawy), z drugiej zaś ustawa zakłada, że spodziewane korzyści stąd płynące muszą mieć bezpośrednie znaczenie dla zdrowia małoletniego (art. 25 ust.3 ustawy). Czy można jednak sensownie zakładać istnienie bezpośredniej korzyści terapeutycznej, jeśli głównym motywem podejmowanego badania nie jest leczenie, ale poszerzenie wiedzy medycznej? W swej wcześniejszej pracy poświęconej tej kwestii (zob. „Prawo i Medycyna”, Warszawa 1998, s. 192) zająłem ostatecznie stanowisko, że czysto badawczy eksperyment na małoletnim nie jest dopuszczalny. Otwarta jednak pozostaje kwestia, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie korzyści leczniczej odnoszonej przez małoletniego w takiej sytuacji. Problem ten nie może być w tym miejscu szczegółowo rozwinięty.

Ratyfikacja konwencji powinna skłaniać do gruntownej nowelizacji przepisów prawa polskiego odnoszących się do eksperymentów medycznych. Jej celem powinna być nie tylko eliminacja oczywistych błędów i niespójności konstrukcyjnych, ale także uzupełnienie regulacji o pewne dodatkowe przesłanki dopuszczalności eksperymentów, które przewidywane są wyraźnie w tekście konwencji. Wskazać tu wypada przede wszystkim na brak wymagania, jakim jest nieistnienie metody o porównywalnej skuteczności, alternatywnej do badań na ludziach (zob. art. 16 pkt 1 konwencji). Nie przewiduje się również negatywnej przesłanki w odniesieniu do osoby, która nie jest zdolna do wyrażenia zgody, jaką stanowi sprzeciw takiej osoby (zob. art. 17 ust. 1 pkt 5). Warto zauważyć, że przesłanka ta odnosi się również do eksperymentów terapeutycznych i ma znaczenie bez względu na stopień rozeznania osoby poddawanej eksperymentowi.

VI. Interwencje genetyczne, eksperymenty na embrionie

Można również wskazać na takie obszary zastosowania konwencji, które się całkowicie wymykają spod regulacji prawa polskiego.

Wymieńmy tu przede wszystkim interwencje genetyczne. Konwencja jest tu wprowadzie również bardzo oszczędna w swych wąsko ujętych postanowieniach, ale musimy pamiętać, że owa wstrzeźliwość wynika przede wszystkim z trudności w ustaleniu na zasadzie konsensu wspólnego stanowiska w ramach samej Rady Europy. Osiągnięty w tym zakresie rezultat należy uznać i tak za znaczący krok (dodajmy: pierwszy w płaszczyźnie międzynarodowej) w kierunku kształtowania standardów postępowania w tej dziedzinie. Konwencja formułuje tu trzy istotne zasady odnoszące się do zakazu dyskryminacji osób ze względu na dziedzictwo genetyczne, do zakresu przeprowadzania genetycznych testów prognozujących (art. 12 mówi wyłącznie o celach granic interwencji wobec ludzkiego genomu, art. 13 konwencji wskazuje odnośnie tych interwencji na wyłączność celów profilaktycznych, terapeutycznych lub diagnostycznych i formułuje zakaz przeprowadzania ich dla wywołania dziedzicznych zmian genetycznych potomstwa). Wspomnijmy, że wymienione regulacje uzupełnia już w tej chwili protokół dodatkowy do konwencji (podpisany w Paryżu 12 stycznia 1998 r.) dotyczący zakazu kloningu istot ludzkich.

Żadne ze wskazanych postanowień nie ma swego odpowiednika w prawie polskim. A przecież obok kwestii uregulowanych w konwencji istnieje jeszcze bardzo wiele zagadnień o podstawowym znaczeniu, które wymagają zasadniczej debaty: np. ujawniania danych ustalonych przez testy prognozujące przy zawieraniu umowy o pracę i ubezpieczenia, wykorzystania testów w postępowaniu sądowym karnym i cywilnym i przechowywania wyników tych testów (kwestia ta jest już przedmiotem regulacji w rekomendacjach Rady Europy), ochrony dziedzictwa genetycznego, przesłanek i zasad przeprowadzania diagnostyki genetycznej. Ten obszar tematyczny powinien również zakreślać pole przyszłych debat publicznych w Polsce.

Poza sferą regulacji prawa polskiego znajdują się też kwestie określone w art. 14 konwencji (zakaz dokonywania selekcji płci) oraz art. 18 (badania na embrionach *in vitro*). Zwłaszcza w tym drugim przypadku milczenie prawa polskiego wydaje się szczególnie bulwersujące, zważywszy na to, że metoda zapłodnienia *in vitro* jest *de facto*

szeroko wykorzystywana w praktyce medycznej co najmniej w kilku dużych ośrodkach naukowych. Prawo polskie nie zawiera odpowiednika zakazu wyrażonego w art. 18 ust. 2 konwencji – tworzenia embrionów ludzkich dla celów naukowych. Wydaje się nadzwyczaj wątpliwe, czy zakaz taki może być wyprowadzony z innych podstawowych regulacji prawnych, np. odnoszących się do przeprowadzania eksperymentów naukowych czy prawnokarnej ochrony płodu.

Bardzo wątpliwe byłoby też stanowisko zakładające wypełnienie istniejącej w tym zakresie próżni prawnej poprzez bezpośrednie zastosowanie odpowiednich postanowień konwencji. Wprowadzane przez konwencję ograniczenia i zakazy nie mają bowiem charakteru norm samowykonalnych, a ich implementacja wymaga w prawie wewnętrznym uzgodnienia z innymi zespołami regulacji prawa karnego, cywilnego, administracyjnego, a przede wszystkim określenia sankcji za ich naruszenie.

VII. Transplantacje

Konwencja zajmuje się jedynie problematyką transplantacji *ex vivo* (art. 19 i 20 konwencji). Zestawienie postanowień konwencji z prawem polskim prowadzi do wniosku, że uregulowania ustawy z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 138, poz. 682 ze zm.; dalej: ustawa transplantacyjna) pomijają dwie istotne przesłanki dopuszczalności przeszczepu pochodzącego od osoby żyjącej, a mianowicie: wymaganie w postaci nieistnienia alternatywnej metody leczenia o porównywalnej skuteczności oraz nieosiągalność odpowiedniego organu lub tkanki od osoby zmarłej. Wydaje się jednak, że oba wskazane elementy można na gruncie prawa polskiego wyprowadzić pośrednio z całokształtu regulacji odnoszących się do wymaganych standardów medycznych. Unormowanie zawarte w art. 19 konwencji można w konsekwencji traktować jako dyrektywę interpretacyjną, znajdującą bezpośrednie zastosowanie, która precyzowałaby wymagany standard postępowania związanego z przeszczepianiem organów i tkanek.

Znacznie poważniejszy problem pojawia się natomiast na tle art. 20 konwencji regulującego kwestię ochrony osób niezdolnych do

wyrażenia zgody. W tym wypadku bowiem występuje niespójność, której usunięcie nie jest już możliwe w drodze zabiegów interpretacyjnych. Polska ustawa transplantacyjna określa bowiem szerszy krąg osób, na rzecz których może być dokonany przeszczep szpiku kostnego od małoletniego, a więc od osoby niezdolnej do wyrażenia zgody (obejmując obok rodzeństwa dawcy również wstępnych i zstępnych - zob. art. 9 ust. 2 ustawy), a ponadto nie przewiduje się jako przesłanki negatywnej osiągalności innego dawcy zdolnego do wyrażenia zgody. Trzeba też zauważyć, że konwencja silniej chroni autonomię potencjalnego dawcy w takim przypadku, wykluczając transplantację w każdym wypadku, gdy zgłosi on sprzeciw. Prawo polskie tymczasem zastrzega obowiązek uzyskania zgody osoby małoletniej jedynie wtedy, gdy ukończyła ona 13 lat. Ratyfikacja konwencji będzie w konsekwencji wymagała nowelizacji art. 9 ustawy transplantacyjnej. Należy też tu wspomnieć o bardzo zaawansowanych pracach nad specjalnym protokołem dodatkowym do konwencji dotyczącym transplantacji, który zawierać będzie znacznie bardziej szczegółowe rozwiązania w tej dziedzinie.

Problematyka transplantacji pozostaje w bliskim związku z ogólniejszym zagadnieniem wykorzystania pobranych części ciała ludzkiego oraz zakazu osiągania zysku z ciała ludzkiego i jego części. Kwestia ta jest przedmiotem bardzo ogólnej regulacji art. 2 i 22 konwencji.

Polskie ustawodawstwo nie zawiera odpowiednika formuły zawartej w art. 22 konwencji nakazującej respektowanie zgody osoby na wykorzystanie pobranej części ciała ludzkiego w innym celu niż ten, dla którego została ona pobrana. Luka ta musiałaby być uzupełniona wprowadzeniem stosownej regulacji.

Gdy chodzi natomiast o zakaz komercjalizacji, to należy zwrócić uwagę na węższe ujęcie tego zakazu w ustawie transplantacyjnej (art. 18) niż w konwencji, która obejmuje wszelkie części ciała ludzkiego i jego części. Ze względu na zakres przedmiotowy ustawy transplantacyjnej, z którego wyłączone są komórki rozrodcze, gonady, tkanki embrionalne i płodowe, narządy rozrodcze, krew (zob. art. 1 ust. 2 ustawy), zakaz komercjalizacji określony w art. 18 zdaje się

pomijać również wskazane wyżej tkanki i organy. Niedopuszczalność osiągania zysku w odniesieniu do tej kategorii części ciała ludzkiego może wprawdzie być wyprowadzona na gruncie prawa polskiego z ogólniejszych zasad, w tym również o randze konstytucyjnej (np. ochrona godności każdej osoby – art. 30 konstytucji) lub klauzul generalnych (zasad współżycia społecznego na gruncie prawa cywilnego), ale kwestia ta nie powinna być jednak pozostawiana zabiegom interpretacyjnym o zawsze niepewnym wyniku. Co więcej, trzeba podkreślić, że w wyraźnej sprzeczności z regulacją konwencyjną pozostaje ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz. U. Nr 106, poz. 681 ze zm.), która w art. 11 dopuszcza *expressis verbis* przyznanie dawcom krwi rzadkich grup ekwiwalentu pieniężnego.

VIII. Inne postanowienia konwencji

Last but not least, na uwagę zasługują też regulacje konwencji wprowadzające mechanizmy ochrony prewencyjnej i kompensacyjnej (art. 23 i 24 konwencji). Wymaga rozważenia, czy ogólne środki ochrony dóbr osobistych mieszczące w sobie także elementy ochrony prewencyjnej są wystarczające (zob. art. 24 k.c.). W kontekście art. 24 konwencji nie jest natomiast pozbawione sensu pytanie, czy rozwiązania prawa polskiego w dziedzinie odszkodowawczej nie powinny w większym stopniu wprowadzać odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka, a w każdym razie rezygnującej z przesłanki subiektywnego zawinienia (a więc opartej jedynie na przesłance bezprawności), np. w zakresie odpowiedzialności kas chorych za zaniedbania organizacyjne czy w zakresie odpowiedzialności za szkody wyrządzone naruszeniem zasad przeprowadzania eksperymentów medycznych.

Konkluzje

Na zakończenie wypada powtórzyć, że konwencja, przy całej swej ramowości i bardzo znacznym stopniu ogólności, określa podstawowe zasady i wartości związane z ochroną praw jednostki wobec zastosowań nowoczesnej medycyny i biologii. Wyznacza zarazem

kierunki koniecznych zmian dostosowawczych w dziedzinie prawa polskiego. Może stanowić punkt wyjścia dla rzeczywistej, a nie pozorowanej debaty publicznej nad tymi fundamentalnymi problemami. Przeprowadzenie tej debaty staje się coraz bardziej naglące. Nadszedł czas, aby zostały podjęte konieczne rozwiązania organizacyjne dotyczące prowadzenia debaty i konsultacji, o których potrzebie mówi wprost sama konwencja. Dyskusja nad ratyfikacją konwencji i celowością wprowadzenia niezbędnych zmian w prawie polskim stwarza znakomitą ku temu okazję. Katalog problemów wymagających debaty jest już wyraźnie zakreślony.

Na poziomie zasad podstawowych obowiązujący polski system prawny, uwzględniając normy konstytucyjne, normy podstawowych kodeksów i ustaw szczegółowych, wyraża ten sam kierunek rozwiązań, ten sam system wartości i tę samą aksjologię. Inaczej rzecz się może przedstawiać, jak wynika z omówienia, na poziomie analiz szczegółowych.

Prof. dr hab. n. prawn. Andrzej Zoll

Granice legalności zabiegu medycznego*

Artykuł 2 Kodeksu etyki lekarskiej przyjętego przez Nadzwyczajny II Krajowy Zjazd Lekarzy 14 grudnia 1991 r. stanowi, iż „powołaniem lekarza jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, zapobieganie chorobom, leczenie chorych oraz niesienie ulgi w cierpieniu”. Można mieć wątpliwości, czy tytuł tego wystąpienia jest, w świetle tak sformułowanej normy etycznej, właściwy. Czy można mówić o granicach dla działań, które mają na celu ochronę życia i zdrowia lub niesienie ulg w cierpieniu? To pozornie retoryczne pytanie uzyskuje swój właściwy wymiar w kontekście z inną wypowiedzią Kodeksu etyki lekarskiej. W artykule 1 czytamy między innymi, że ogólne normy etyczne stosowane w zawodzie lekarza zobowiązują go do przestrzegania praw człowieka. Już więc na płaszczyźnie etycznej, stanowiącej punkt wyjścia dla rozwiązań prawnych, spostrzegana jest możliwość konfliktu zasadniczych wartości: potrzeby ratowania życia i zdrowia lub niesienie ulgi w cierpieniu oraz ochrony praw pacjenta. Realizacja podstawowego powołania lekarza, o którym jest mowa w art. 2 K.e.l. nie może być realizowana z pogwałceniem praw człowieka. Prawa człowieka, a ściślej mówiąc, prawa pacjenta wyznaczają granicę legalności zabiegu medycznego.

Granice te będą wyznaczane przez różne czynniki w zależności od tego, czy mamy do czynienia z zabiegiem leczniczym, którego podstawowym celem jest ochrona życia, zdrowia lub ulżenie cierpieniom konkretnego pacjenta, na którym dokonywany jest zabieg, czy też mamy do czynienia z zabiegiem badawczym, którego ce-

*Prawo i Medycyna nr 1 (vol. 1), 1999

lem jest uzyskanie nowych wiadomości ważnych dla wiedzy medycznej. W pierwszym wypadku lekarz działa w interesie pacjenta, którego prawa, np. prawo do samostanowienia, może być naruszone przez przeprowadzenie zabiegu. Ewentualny konflikt dotyczy praw tej samej osoby. Jej prawa do ochrony życia, zdrowia lub wolności od cierpień – z jednej strony i prawa do samostanowienia – z drugiej strony. W drugim wypadku zabieg nie jest dokonywany w bezpośrednim interesie pacjenta. Ewentualnego naruszenia jego praw nie rekompensuje jego własny interes w jakim dokonywany jest zabieg.

Nie jest moim zamiarem bliższe rozważenie różnic charakteru prawnego zabiegu leczniczego i zabiegu badawczego. Chciałbym jedynie zwrócić uwagę na pewne nieporozumienia, które wystąpiły w czasie prac nad opracowywaniem Konstytucji i nowego Kodeksu karnego. W środowisku lekarskim budził sprzeciw zapis zakazujący przeprowadzanie eksperymentów badawczych na osobach nieletnich lub innych osobach, które nie mogą świadomie i w pełni odpowiedzialnie wyrazić zgody na przeprowadzenie zabiegu (eksperymentu) badawczego. Twierdzono, że dla postępu medycyny, np. pediatrii, nie jest możliwe zrezygnowanie z eksperymentów badawczych przeprowadzanych na dzieciach. Podniesienie tych zastrzeżeń spowodowało, że problem eksperymentu medycznego został wyłączony z Kodeksu karnego i w całości został uregulowany w ustawie o zawodzie lekarza. Od razu można powiedzieć, że został uregulowany bardzo nieprecyzyjnie.

Dla naszych rozważań o granicach legalności zabiegów medycznych ma, jak to już stwierdzono, podstawowe znaczenie rozróżnienie zabiegu (eksperymentu) leczniczego od zabiegu (eksperymentu) badawczego. Ustawa o zawodzie lekarza definiuje oba rodzaje eksperymentów. W art. 21 ust. 2 stwierdza się: „Eksperymentem leczniczym jest wprowadzenie przez lekarza nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej. Może on być przeprowadzony, jeżeli dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne lub jeżeli ich skuteczność nie jest wystarczająca”.

Natomiast art. 21 ust. 3 określa eksperyment badawczy następująco: „Eksperyment badawczy ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej. Może on być przeprowadzony zarówno na osobach chorych, jak i zdrowych. Przeprowadzenie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne wówczas, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu”. Określenie eksperymentu leczniczego nie budzi w zasadzie żadnych wątpliwości. Natomiast, zasadnicze zastrzeżenia powstają w związku z definicją eksperymentu badawczego i to już w samej treści art. 21 ust. 3, a także w konfrontacji tego przepisu z innymi uregulowaniami ustawy o zawodzie lekarza.

Zacznijmy od kwestii rozłączności definicji zawartej w art. 21 ust. 3 od definicji eksperymentu leczniczego. Ta rozłączność jest warunkiem poprawności obu definicji. Eksperyment badawczy, jak wynika z art. 21 ust. 3, może być przeprowadzany na chorych. Żeby zachować warunek rozłączności nie może być jednak przeprowadzany w „celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej”, gdyż wtedy byłby eksperymentem leczniczym. Jak więc rozumieć zastrzeżenie wyrażone w art. 25 ust. 3, w którym to przepisie stanowi ustawodawca, że „udział małoletniego w eksperymencie badawczym jest dopuszczalny, jeżeli spodziewane korzyści mają bezpośrednie znaczenie dla zdrowia małoletniego (...)”? Ustawodawca zataił w art. 25 ust. 3 granicę pomiędzy eksperymentem leczniczym i eksperymentem badawczym, od razu możemy powiedzieć, że chodzi o granicę istotną dla ustalenia dopuszczalności eksperymentu.

Druga kwestia, którą wypada omówić na gruncie definicji eksperymentu badawczego, wymaga pewnych wyjaśnień natury bardziej ogólnej, związanych z istotą każdego eksperymentu. Dlaczego są w ogóle potrzebne normy określające dopuszczalność eksperymentowania? Na gruncie prawa karnego eksperyment nazywamy kontratypem, czyli okolicznością, która jeśli wystąpi, to usprawiedliwia zachowanie, które w normalnych warunkach jest bezprawne. Co takiego tkwi w eksperymencie, że wymaga aż usprawiedliwienia. Istotą każdego eksperymentu jest pewne pole niewiedzy i związane z tym zagrożenie dla dóbr praw-

nie chronionych. Cechą każdego eksperymentu jest też odstępianie od dotychczas obowiązujących reguł postępowania w określonej sytuacji. Z punktu widzenia prawa karnego sytuacja taka będzie wymagała usprawiedliwienia wtedy, gdy to odstępianie od dotychczasowych reguł postępowania będzie stwarzało dla dobra prawnego zagrożenie realizujące znamiona typu czynu zabronionego. Dopóki takiego zagrożenia nie ma, to brak jest potrzeby usprawiedliwiania. Oznacza to, że eksperyment badawczy wtedy jest okolicznością wyłączającą bezprawność czynu, gdy jego przeprowadzenie prowadzi przynajmniej do narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 k.k.). Taki eksperyment na gruncie ustawy o zawodzie lekarza jest w ogóle zabroniony, gdyż, jak to wynika z definicji zawartej w art. 21 ust. 3, „przeprowadzenie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne wówczas, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie”. Ryzyko, które jest niewielkie, nie pozwala na przyjęcie narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Można to rozwiązanie ustawy o zawodzie lekarza uznać za chroniące w wysokim stopniu prawa człowieka. Nikt, nawet za dobrowolnie wyrażoną zgodą, nie może być poddany eksperymentowi badawczemu narażającemu go na skutki, o którym jest mowa w art. 160 k.k. Wszystko byłoby jasne, gdyby nie art. 26 ust. 2 stanowiący: „Kobiety ciężarne i karmiące mogą uczestniczyć wyłącznie w eksperymentach badawczych pozbawionych ryzyka lub związanych z niewielkim ryzykiem”. Przepis ten ma sens jedynie wtedy, gdy dopuszczone są i inne eksperymenty badawcze związane z ryzykiem, którego nie można już uznać za niewielkie. Wniosek ten jest jednak sprzeczny z wypowiedzią ustawy w art. 21 ust. 3.

Konkludując, należy przyjąć, że wprowadzenie w niezbyt konsekwentny sposób, to jednak, ustawodawca jako granicę legalności zabiegu badawczego przyjął brak ryzyka dla osoby uczestniczącej w eksperymencie, albo tylko niewielkie ryzyko dla takiej osoby. Tym samym nie można na gruncie prawa karnego mówić o eksperymencie badawczym w zakresie medycyny jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Oczywiście, warunkiem legalności eksperymentu badawczego, w gra-

nicach określonych ustawą o zawodzie lekarza, jest zgoda uczestnika eksperymentu. Powstaje pytanie, czy dla przeprowadzenia eksperymentu nie stwarzającego ryzyka, albo tylko ryzyko niewielkie, konieczne było aż tak daleko idące rozbudowanie formalnych warunków dotyczących udzielenia zgody, jak ma to miejsce w ustawie o zawodzie lekarza? Odnosi się wrażenie, że twórcy ustawy o zawodzie lekarza nie mieli do końca wyrobionej koncepcji co do granic dopuszczalności eksperymentu badawczego, a w szczególności do jakiego stopnia ten eksperyment może być groźny dla życia lub zdrowia pacjenta.

Dalsze wywody poświęcam już tylko zabiegowi leczniczemu i granicom legalności takich zabiegów. Lekarz spotyka się w czasie wykonywania zawodu z przynajmniej dwoma podstawowymi dobrami pacjenta: gwarantowanym konstytucyjnie prawem do ochrony życia i zdrowia (art. 38 i 68 Konstytucji RP) oraz prawem do wolnego od nacisków zewnętrznych decydowania o swoim postępowaniu, czyli prawem do samostanowienia (art. 31 ust. 1, 41. 1 i 39 Konstytucji RP). Najczęściej jest tak, że lekarz swoim zachowaniem przyczynia się do realizacji obu wymienionych praw. Działa bowiem w celu ratowania życia lub zdrowia pacjenta i czyni to zgodnie z wolą pacjenta, który też jest zainteresowany w ochronie tych dóbr. Regułą jest więc nie tylko legalne ale służące ochronie dóbr człowieka postępowanie lekarza. Na gruncie prawa karnego traktowano dawniej zabiegi lekarskie dokonane *lege artis* i za zgodą pacjenta jako okoliczność wyłączającą bezprawność czynu polegającego na naruszeniu integralności ciała pacjenta, jego nietykalności. Czyli uznawano, że zabieg lekarski w swojej istocie realizuje znamiona typu czynu zabronionego, np. naruszenia czynności narządu ciała (art., 157) lub spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156) ale z uwagi na cel leczniczy i zgodę pacjenta realizacja znamion typu czynu zabronionego jest usprawiedliwiona¹. Już dawno uważałem taką ocenę charakteru prawnego zabiegu leczniczego za błędną i sprzeczną ze zdrowym rozsądkiem². Do

¹ Por. K. Buchała: Prawo karne materialne, Warszawa 1980 s. 314.

² A. Zoll: Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Warszawa 1988, s. 11 i nn.

realizacji znamion typu czynu zabronionego konieczny jest atak na dobro prawne chronione danym przepisem ustawy karnej. Lekarz dokonujący operacji i w jej ramach powodujący naruszenie czynności narządów ciała nie działa przeciwko zdrowiu tylko zdrowie pacjenta ratuje. W jego zachowaniu nie ma więc realizacji znamion typu czynu zabronionego i nie potrzebuje on usprawiedliwienia swojego zachowania. Zachowanie lekarza jest w tym znaczeniu pierwotnie, a nie wtórnie legalne. Granice tej pierwotnej legalności wyznaczają: z punktu widzenia dóbr jakimi jest życie i zdrowie – cel leczniczy i zachowanie reguł sztuki, z punktu widzenia prawa do samostanowienia pacjenta – zgoda pacjenta na dokonanie zabiegu. Dokonanie zabiegu z naruszeniem reguł sztuki prowadzić może do odpowiedzialności karnej za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, w zależności od skutków wynikłych z naruszenia reguły sztuki. Dokonanie zabiegu lekarskiego bez zgody pacjenta stanowi podstawę odpowiedzialności karnej za nowy typ przestępny określony w art. 192 k.k.

Chciałbym poświęcić teraz trochę uwagi problemowi błędu sztuki, jako podstawy odpowiedzialności lekarza za nieumyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Uważam to za usprawiedliwione ze względu na odmienną koncepcję odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne, przyjętą przez nowy kodeks karny. Artykuł 9 § 2 k.k. stanowi: „Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć”. Dla oceny postępowania lekarza w przypadku niepowodzenia w leczeniu, istotne są kryteria ustalenia niezachowania przez lekarza ostrożności wymaganej w danych okolicznościach.

Błąd sztuki, generalnie rzecz biorąc, polega na naruszeniu reguły ostrożności. Zachowanie lekarza musi być porównywane z obowiązującymi regułami. Możliwe są dwa punkty widzenia. Pierwszy przyjmuje jako kryterium odniesienia najwyższy możliwy standard postępowania. Zachowanie lekarza odbiegające od wymagań tego standardu jest błędem sztuki pozwalającym na zakwalifikowanie zachowania lekarza jako zachowania bezprawnego. Nie znaczy to oczywiście, że spełniony tym

samym został warunek wystarczający do pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności karnej. O tym, czy lekarz będzie odpowiadał karnie przesądzać miałyby wina, a więc możliwość wymagania od lekarza sprostania wymogom standardu. Drugi przyjmuje, jako kryterium odniesienia zachowań lekarza, standard postępowania determinowany określoną sytuacją. Czyli zachowanie lekarza nie jest porównywane do najwyższych możliwych wymagań, ale dla sytuacji wyznaczonej przez czynniki miejsca i czasu określa się każdorazowo optymalny standard postępowania. Dopiero naruszenie reguł ostrożności wynikających z tak ustalonego wzorca postępowania pozwala na przyjęcie bezprawności zachowania. Również i winę lekarza ustalać się będzie przez odpowiedź na pytanie, czy można było od niego wymagać sprostania tak wyznaczonemu standardowi postępowania. Warto tu wspomnieć, że do reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach należą także odpowiednie kwalifikacje lekarza. Jeżeli lekarz podejmie się zadania przekraczającego jego kwalifikacje i to w sytuacji, w której do takich działań nie był zmuszony okolicznościami, np. brakiem osoby bardziej kwalifikowanej, to nie będzie mógł się tłumaczyć brakiem możliwości sprostania wyznaczonemu standardowi postępowania³. W sytuacji takiej zarzut uzasadniający winę oparty jest na naruszeniu reguły ostrożności przy podejmowaniu się zadania przekraczającego kwalifikacje.

W ramach zabiegów leczniczych, z punktu widzenia przestrzegania reguł sztuki, konieczne jest wyodrębnienie eksperymentu leczniczego. Jak już wcześniej była o tym mowa, w wypadku eksperymentu leczniczego następuje odstępstwo od dotychczas ustalonych reguł postępowania w danych okolicznościach. Usprawiedliwieniem tego odstępstwa jest to, że dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne lub ich skuteczność nie jest wystarczająca (art. 21 ust. 2 *in fine* ustawy o zawodzie lekarza). Nie znaczy to oczywiście, że w wypadku eksperymentu leczniczego nie obowiązują lekarza reguły ostrożności. Wręcz odwrotnie, te reguły są w wypadku eksperymentu znacznie zaostrome, ale mają one inną treść i inny charakter.

³ Prawidłowo ujmuje to art. 11 K.e.l.

Zgodnie z art. 9 § 2 popełnienie czynu zabronionego ma być skutkiem niezachowania ostrożności. Problem powiązania naruszenia obowiązującej reguły ostrożności z realizacją znamion czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnym spowodowaniem śmierci, uszczerbkiem na zdrowiu, a przynajmniej narażeniem człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wymaga także paru zdań komentarza.

W doktrynie prawa karnego powszechnie się przyjmuje, że warunkiem koniecznym dla przypisania sprawcy skutku jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem danego człowieka a skutkiem. Zachowanie się danego człowieka np. odstępstwo od reguły ostrożności wymaganej przy danego typu zabiegu lekarskim ma być warunkiem *sine qua non* dla nastąpienia skutku np. w postaci śmierci pacjenta. Biegły sądowy otrzymuje często pytanie, czy gdyby nie nastąpiło naruszenie określonej reguły, to czy nastąpiłby skutek realizujący znamię czynu zabronionego. Często biegły musi na tak postawione pytanie odpowiedzieć „nie wiem”, gdyż skutek mógł być wynikiem wielu różnorodnych przyczyn i pełna rekonstrukcja przebiegu związku przyczynowego w konkretnym wypadku jest bardzo często niemożliwa. Pytanie do biegłego powinno być sformułowane inaczej, a mianowicie, czy zgodnie z wiedzą medyczną i doświadczeniem życiowym popełnienie tego rodzaju błędu sztuki pociąga za sobą taki skutek, jaki w danym przypadku nastąpił i czy biegły stwierdził inne przyczyny, niezależne od błędu stanowiącego przedmiot badania, powstania tego skutku. Popełnienie czynu zabronionego jest wtedy skutkiem naruszenia reguły ostrożności, gdy naruszona reguła miała zabezpieczać przed powstaniem skutku na tej drodze, na której faktycznie on powstał.

Artykuł 9 § 2 ogranicza odpowiedzialność do następstw naruszenia reguły ostrożności, które można było przewidzieć, a więc do następstw obiektywnie przewidywalnych. Następstwa, w świetle wiedzy medycznej nieprzewidywalne, nie mogą być lekarzowi przypisane, nawet jeżeli pozostają w związku przyczynowym z popełnionym przez niego błędem w sztuce.

Odrębnym zagadnieniem dotyczącym wyznaczenia granic legalności zabiegu leczniczego **jest konflikt pomiędzy ochroną życia lub zdrowia**

i prawem do samostanowienia pacjenta. Wydaje się, że ten konflikt może w przyszłości mieć coraz większe znaczenie i stanowić rzeczywisty problem dla lekarzy i innych osób związanych ze służbą zdrowia.

Istota konfliktu ma silne podłoże aksjologiczne. Chodzi bowiem o konflikt wartości, o ustalenie hierarchii wartości chronionych przez porządek prawny. Trzeba odpowiedzieć na pytanie, jaką wartość przypisuje się prawu człowieka do samostanowienia i w jakiej relacji to prawo pozostaje do wartości życia lub zdrowia. Pamiętać przy tym trzeba, że prawo do samostanowienia wyprowadza się z przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, która – zgodnie z art. 30 Konstytucji RP – jest źródłem wolności i praw człowieka i obywatela.

Prawo do samostanowienia w zakresie poddania się zabiegowi leczniczemu znalazło swoją ochronę w nowym kodeksie karnym. Artykuł 192 § 1 stanowi: „Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności, albo pozbawienia wolności do lat 2”. Bezsporną granicą legalności zabiegu leczniczego jest więc zgoda pacjenta.

Znamię zgody pacjenta wymaga jednak bliższego omówienia.

Ustawa o zawodzie lekarza stanowi w art. 32 ust. 1, że „lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta”⁴. Z tego przepisu wynika, że warunek zgody pacjenta na udzielenie jakiegokolwiek świadczenia zdrowotnego jest wymagany z reguły. Przewidzianymi w tym przepisie wyjątkami zajmiemy się później. Istotne dla wyznaczenia granic legalności zabiegu są warunki, które muszą być spełnione, aby można było mówić o wyrażeniu przez pacjenta zgody na przeprowadzenie zabiegu leczniczego.

Naturalnym warunkiem ważności zgody na przeprowadzenie zabiegu jest świadomość tego na co zgoda jest wyrażana. Powstaje w związku z tym zasadniczy problem zakresu koniecznej dla ważności zgody

⁴ Także art. 16 K.e.l. stanowi: „Postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze wymaga zgody pacjenta albo jego przedstawiciela ustawowego, albo opiekuna faktycznego. Wszczęcie postępowania diagnostycznego, leczniczego i zapobiegawczego bez zgody pacjenta jest dopuszczalne, wyjątkowo, tylko w indywidualnych wypadkach przewidzianych prawem.”

informacji pacjenta o rodzaju zabiegu, jego konsekwencjach i konsekwencjach zaniechania przeprowadzenia zabiegu. W ustawie o zawodzie lekarza obowiązek poinformowania pacjenta uregulowany został szczegółowo i na ogół w sposób nie budzący zastrzeżeń⁵. Lekarz jest zobowiązany do udzielenia pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu (art. 32 ust. 1). Z punktu widzenia interesujących nas granic legalności zabiegu, informacja ta ma być podstawą podjęcia przez pacjenta decyzji dotyczącej zgody na przeprowadzenie zabiegu. Dlatego słusznie ustawa kładzie nacisk na przystępność informacji, a więc jej przedstawienie w formie uwzględniającej poziom intelektualny pacjenta. Z reguły informacja ta powinna być pełna. Jedynie w sytuacjach wyjątkowych, jak stanowi ustawa w art. 31 ust. 4, jeżeli rokowanie jest niepomysłne dla pacjenta, lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i o rokowaniu. Na żądanie pacjenta lekarz musi jednak udzielić mu pełnej informacji. Prawo do samostanowienia może przejawiać się także w tym, że pacjent może wyrazić zrezygnować z prawa do informacji (art. 31 ust. 3). Obowiązek informowania dotyczy pacjentów, którzy ukończyli 16 lat i są zdolni do zrozumienia znaczenia informacji.

Zgoda musi być udzielona przez osobę zdolną do jej wyrażenia. Zdolność ta wiąże się z dojrzałością pacjenta i z jego stanem psychicznym przesądzającym możliwość udzielenia zgody i rozpoznania znaczenia udzielanej zgody. W doktrynie przeważa zdecydowanie pogląd, że zgoda na zabieg leczniczy nie jest czynnością prawną w sensie prawa cywilnego, której ważność związana jest z uzyskaniem pełnoletności. Zgoda jest jednostronnym, odwołałym działaniem prawnym zbliżonym do oświadczenia woli⁶. Dla ważności wyrażenia zgody nie jest decydujące uzyskanie formalnej pełnoletności, lecz

⁵ Właściwe poinformowanie pacjenta łączy z jego prawem do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji lekarskich dotyczących zdrowia pacjenta art. 15 K.e.l.

⁶ Zob. M. Safjan: *Prawo i Medycyna*, Warszawa 1998, 34 i n.

stopień dojrzałości pozwalający na rozeznanie własnego położenia i skutki wynikające z poddania się lub nie zabiegowi lekarskiemu. Ten punkt widzenia został tylko do pewnego stopnia wyrażony w ustawie o zawodzie lekarza.

Z art. 32 ust. 2 wynika, że ważna jest zgoda pacjenta wtedy, gdy jest on pełnoletni, nie jest osobą ubezwłasnowolnioną (zob. art. 32 ust. 4 i art. 34 ust. 3) i jest zdolny do świadomego wyrażania zgody. Zmieszane więc zostało kryterium formalne (pełnoletność, brak ubezwłasnowolnienia) z kryterium merytorycznym (zdolność do świadomego wyrażenia zgody). W zasadzie ustawa nie wymaga szczególnej formy wyrażenia zgody. Zgoda może być wyrażona ustnie albo nawet przez takie zachowanie się pacjenta, które w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym (art. 32 ust. 7). Szczególna (pisemna) forma wyrażenia zgody obowiązuje w wypadku zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 34 ust. 1). W stosunku do pacjenta pełnoletniego, który nie jest ubezwłasnowolniony i jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody, lekarz nie może wykonać zabiegu leczniczego bez zgody tego pacjenta. Dokonanie takiego zabiegu będzie zachowaniem bezprawnym, pociągającym za sobą odpowiedzialność z art. 192 § 1 k.k. W szczególności lekarz nie może powołać się w takim wypadku na stan wyższej konieczności (art. 26 k.k.), przeciwstawiając prawo do samostanowienia pacjenta konieczności ratowania jego życia. Możliwość sięgania w takich wypadkach do stanu wyższej konieczności przekreślałaby w ogóle znaczenie zgody pacjenta jako wyznacznika granicy legalności zabiegu leczniczego.

Inaczej przedstawia się dopuszczalność zabiegu leczniczego w kontekście prawa do samostanowienia, gdy pacjent jest małoletni, ubezwłasnowolniony lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody. Rozpatrzmy po kolei te trzy sytuacje.

Jeżeli pacjent jest małoletni, to zgodę na przeprowadzenie zabiegu musi wyrazić jego przedstawiciel ustawowy, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim nie jest możliwe – wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 2). Wpraw-

dzie ustawa tego wyraźnie nie zastrzega, to jednak z kontekstu wynika, że w wypadku zabiegu operacyjnego lub zabiegu o podwyższonym ryzyku dla pacjenta wymagana jest zgoda przedstawiciela ustawowego wyrażona na piśmie (art. 34 ust. 3).

Ustawa osłabia warunek pełnoletności jako przesłankę ważności wyrażenia zgody. Jeżeli pacjent ma ukończone 16 lat, obok zgody przedstawiciela ustawowego lub sądu opiekuńczego, wymagana jest zgoda samego pacjenta (art. 32 ust. 5). W wypadku zabiegu operacyjnego lub o podwyższonym stopniu ryzyka zgoda małoletniego, który ukończył 16 lat, ma być wyrażona na piśmie (art. 34 ust. 4).

Jeżeli jednak małoletni, który ukończył 16 lat sprzeciwia się poddaniu czynnościom medycznym, to obok zgody na zabieg jego przedstawiciela ustawowego konieczna jest zgoda sądu opiekuńczego (art. 32 ust.). Dotyczy to także zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku (art. 34 ust. 5). To rozwiązanie budzi pewne wątpliwości, gdyż w sposób zasadniczy osłabia znaczenie prawne wyrażenia zgody osoby, która ukończyła 16 lat i bardziej skłania się ku formalnemu kryterium pełnoletności, niż kryterium materialnemu – podejmowania decyzji z rozeznaniem jej znaczenia. Razi również niespójność regulacji przyjętej w art. 32 ust. 5 i ust. 6 (odpowiednio do zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku – w art. 34 ust. 4 i 5).

Nie jest do końca jasna odnośnie do pacjenta małoletniego norma zawarta w art. 34 ust. 6. Ustawa w przepisie tym stanowi, że jeżeli przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego nie zgadza się na wykonanie przez lekarza zabiegu operacyjnego lub zabiegu o podwyższonym ryzyku niezbędnym dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia, lekarz może wykonać taki zabieg po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego. Nie jest bowiem jasne, jak ma się ten przepis do art. 34 ust. 4 wymagającego pisemnej zgody pacjenta małoletniego. Czy także sprzeciw samego pacjenta działającego z rozeznaniem na przeprowadzenie zabiegu, obok sprzeciwu jego przedstawiciela ustawowego, nie stoi na przeszkodzie wykonania zabiegu nawet ze zgodą sądu opiekuńczego? Jest to wyjątkowo trudny problem. Jeżeli 16-letni świadek Jehowy sprzeciwia się dokonaniu na

nim operacji połączonej z konieczną transfuzją krwi i sprzeciwiają się temu także jego rodzice, to, czy sąd opiekuńczy może wydać ważną zgodę na przeprowadzenie zabiegu? Muszę powiedzieć, że odpowiedź na to pytanie jest wyjątkowo trudna i można podejrzewać, że także ustawodawca uchylił się od udzielenia jednoznacznej odpowiedzi. Jeżeli oznacza to pozostawienie przestrzeni decyzyjnej dla sumienia lekarskiego, to taki oportunizm ustawodawczy zasługuje na pochwałę. Nie budzi wątpliwości natomiast sytuacja, gdy tylko przedstawiciel ustawy wyraża sprzeciw, a na zabieg zgadza się 16-letni pacjent. Wymaganie przez ustawę zgody sądu opiekuńczego w takim wypadku można nawet ocenić jako zbyt daleko idącą ostrożność. Władza rodzicielska, czy władza innego przedstawiciela ustawowego nie sięga bowiem prawa do życia podopiecznego. Jeżeli zabieg jest konieczny dla ratowania życia małoletniego, lekarz może go – moim zdaniem – wykonać nawet bez zgody sądu opiekuńczego. Dotyczy to także sytuacji, gdy małoletni nie osiągnął wieku 16 lat. Życie ma bowiem w hierarchii wartości konstytucyjnej wyższą wartość od wartości przywiązywanej do władzy rodzicielskiej. W tym kierunku należy interpretować art. 34 ust. 7. Bez zgody przedstawiciela ustawowego i bez zgody sądu opiekuńczego lekarz może dokonać zabiegu operacyjnego lub zabiegu o podwyższonym ryzyku, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Wyrażenie „bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta” należy w tym wypadku interpretować szeroko, tzn. także wtedy, gdy przedstawiciel sprzeciwia się dokonaniu zabiegu.

Przedstawione wyżej regulacje dotyczące małoletniego pacjenta mają w znacznym zakresie zastosowanie w stosunku do pacjenta ubezwłasnowolnionego. Należy jednak zaznaczyć, że ustawodawca odnosi niektóre regulacje do pacjenta całkowicie ubezwłasnowolnionego (art. 32 ust. 4), niektóre natomiast do pacjentów ubezwłasnowolnionych, bez ograniczenia do ubezwłasnowolnienia całkowitego (art. 32 ust. 6, art. 34 ust. 3 i 6). Brak jest wyraźnych merytorycznych racji dla takiego rozróżniania. Wydaje się, że nie popełni się błędu przyjmując, że we wszystkich tych przepisach chodzi o pacjenta ubezwłasnowolnionego

całkowicie. Za pacjenta takiego zgodę na zabieg wyraża jego przedstawiciel ustawowy (art. 32 ust. 4). Jednakże gdy pacjent taki jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie badania, konieczne jest ponadto uzyskanie zgody pacjenta (32 ust. 4). Znow ustawodawca nie jest w tym miejscu precyzyjny, gdyż nie jest jasne, czy art. 32 ust. 4 *in fine* dotyczy tylko opinii w sprawie badania, czy też innych czynności medycznych. Jeśli przepis należy rozumieć dosłownie, to powstaje pytanie, dlaczego osoba, która jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie innego niż badanie zabiegu lekarskiego nie ma być wysłuchana. W odróżnieniu od pacjenta małoletniego, który ukończył 16 lat, w wypadku pacjenta ubezwłasnowolnionego nie jest wymagana zgoda. Wyrażenie opinii nie jest dla lekarza wiążące. Lekarz powinien się jednak kierować normą wyrażoną w art. 13 K.e.l. stanowiącego, że „pacjent ma prawo do życzliwego i kulturalnego traktowania oraz poszanowania jego godności osobistej”. Pacjent ubezwłasnowolniony tego prawa, jak i godności osobistej, pozbawiony nie jest.

W wypadku pacjenta ubezwłasnowolnionego zgodę na piśmie na zabieg operacyjny lub o podwyższonym ryzyku wyraża jego przedstawiciel ustawowy, a w przypadku jego braku lub niemożliwości porozumienia się z nim, zgodę wyraża sąd opiekuńczy (art. 34 ust. 3). Zaskakujące jest to, że w wypadku tym nie jest nawet wymagane przez ustawę wysłuchanie opinii ubezwłasnowolnionego, także będącego w stanie wyrażenia takiej opinii z rozeznaniem.

W stosunku do pacjenta ubezwłasnowolnionego, a także chorego psychicznie lub upośledzonego umysłowo, dysponującego dostatecznym rozeznaniem ma, podobnie jak w wypadku małoletniego, który ukończył 16 lat, zastosowanie art. 32 ust. 6. W wypadku sprzeciwu takiego pacjenta na dokonanie zabiegu, przy zgodzie jego przedstawiciela ustawowego, rozstrzygający głos należy do sądu opiekuńczego.

Także do pacjenta ubezwłasnowolnionego ma zastosowanie art. 34 ust. 6 i 7. Wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego, w wypadku, gdy przeprowadzeniu zabiegu operacyjnego lub o podwyższonym ryzyku sprzeciwia się przedstawiciel ustawowy, a zabieg jest niezbędny dla usunięcia niebezpieczeństwa dla życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Brak zgody przedstawiciela ustawowego oraz sądu opiekuńczego

nie stoi na przeszkodzie przeprowadzenia zabiegu operacyjnego lub o podwyższonym ryzyku, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

Jeżeli pacjent pełnoletni i nie ubezwłasnowolniony nie jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 2), chyba że wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej (art. 33 ust. 1). Także w wypadku zabiegu operacyjnego lub o podwyższonym ryzyku zgoda sądu opiekuńczego nie jest wymagana, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 34 ust. 7).

Trzeba stwierdzić, że regulacja zawarta w ustawie o zawodzie lekarza dotycząca zgody pacjenta jest skomplikowana w stopniu ją dyskwalifikującym z punktu widzenia zasad poprawnej legislacji. Zawiera przy tym wiele jedynie przykładowo wymienionych tu niejasności i niespójności.

Warunkiem ważności zgody (lub jej braku) jest zgodność oświadczenia z prawem. Zgoda pacjenta nie usprawiedliwia zabiegów lekarskich, które są zakazane (np. sterylizacja) albo sprzeczne z zasadami sztuki.

W referacie tym pominięto niektóre kwestie szczegółowe, związane z zabiegami medycznymi np. w stosunku do osób chorych psychicznie⁷ albo polegające na przeszczepie tkanek od żywego dawcy⁸. Każdy z tych problemów wymagałby odrębnego omówienia.

Granica legalności zabiegu medycznego, tak jak granice legalności wszystkich zachowań, określa norma prawna, mając na względzie związane z zabiegiem ryzyko dla dóbr prawnie chronionych, takich jak życie, zdrowie albo prawo do samostanowienia. Ochrona tych dóbr nie będzie jednak skuteczniejsza bez wypełnienia przez lekarza tego, co wynika ze składanego przez niego przyrzeczenia.

⁷ Zob. ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. Nr 111, poz. 535).

⁸ Zob. ustawa z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. Nr 138, poz. 682) – art. 9 i 10.

Prof. dr hab. n. prawn. 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.¹, 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

*Prawo i Medycyna nr 8 (vol. 2), 2000

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

pożyteczne” (podkr. – L.K.). Trudno przyjąć, aby tak ujętą omnipotencję 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 pominięto². Podobnie także w „Zbiorze zasad deontologii lekarskiej” przyjętym przez Naczelną Izbę Lekarską w dniu 16 VI 1935 r³.

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 lekarza⁴ problematyka ta w ogóle nie występuje. Dopiero w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 III 1928 r. o zakładach leczniczych⁵ 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 lekarskiej⁶. 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

² Tamże, s. 108-118.

³ Tamże, s. 115-154.

⁴ 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.

⁵ Dz.U. RP Nr 38 poz. 582.

⁶ Dz.U. RP Nr 81, poz. 712.

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. Przed 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 należycie 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. Popower⁷, zastrzeżenia budziły też – jak już podkreślano – przepisy karne związane z naruszeniem zasady zgody pacjenta, choć istotny był sam fakt sankcjonowania tego naruszenia.

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

W pierwszej powojennej ustawie o zawodzie lekarza z 26 X 1950 r.⁸ braków tych niestety nie usunięto. W art. 17 ustawy kwestię zgody pacjenta (lub jego zastępcy prawnego) potraktowano równie rudymencie, 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 następował 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, rażące luki w zakresie prawnej regulacji statusu pacjenta, brak należycie określonych podstaw prawnych leczenia przymusowego, zwłaszcza w dziedzinie lecznictwa 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 paternali-

⁸ Dz.U. Nr 50, poz. 458.

zmu 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 gruźlicy⁹.

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

Tadeusz Kielanowski ogłosił w 1959 r. obszerny, kompetentnie opracowany własny projekt kodeksu deontologii lekarskiej¹⁰, 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 prawnoporównawczego¹¹. 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 życzy¹². W pracy tej Sawicki wyraził też pogląd, że jakkolwiek za-

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

¹⁰ A. Tulczyński, op. cit., s. 162-170.

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

¹² „Przymus leczenia...”, Warszawa 1966, s. 74.

bieg lekarski „dokonany wbrew sprzeciwowi zainteresowanego... ocenić należy jako «wymuszenie»” z art. 251 obowiązującego wówczas k.k. z 1932 r.¹³ 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 dotąd¹⁴ 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 pokrzywdzonego¹⁵”.

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 prawną-karną wartości tak doniosłej jak autonomia jednostki w sferze decydowania o własnym zdrowiu i życiu. Omawiany przepis stanowi niewątpliwy pierwowzór obecnie obowiązującego nowego typu przestępstwa z art. 192 k.k.

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

¹³ Jw., s.79.

¹⁴ Podobny przepis wprowadzono do austriackiego k.k. dopiero w 1974 r.

¹⁵ 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.

lecniczy” utrzymali wysoce niejasny stan prawny. A. Zoll uznawał w związku z tym potrzebę zmiany tego stanu „za nagłą”¹⁶.

Wypada jednak zaznaczyć, że wprowadzenie omawianego przepisu karnego w życie nastręczałoby 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”¹⁷. 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 należyście 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 problematyki¹⁸. 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)¹⁹ a następnie – w po-

¹⁶ A. Zoll: *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 16.

¹⁷ A. Tulczyński, *op. cit.*, s. 171-176.

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

¹⁹ Dz.U. Nr 91, poz. 408.

staci już bardzo rozwiniętej – przepisów o zgodzie pacjenta zawartych w ustawie z dnia 5 XII 20 1996 r. o zawodzie lekarza²⁰ (art. 31-35), a także w ostatecznej wersji ustawy z dnia 19 VIII 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego²¹.

Z ubolewaniem należy stwierdzić, że problematyka zgody pacjenta nie została w należyтым 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.

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 prawno-karnej w omawianym przepisie jest prawo samostanowienia (autonomia) pacjenta w sferze jego zdrowia i życia²². Sfera ta jest elementem szerszej rozumianej wolności czło-

²⁰ Dz.U. z 1997 r. Nr 28 poz. 158 z późn. zm.

²¹ Dz.U. Nr 111 poz. 555 z późn. zm.

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

wieka, 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”. Pojęcie to obejmować może zarówno działania polegające na badaniu stanu zdrowia, tzn. najszerszej 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 biolo-

gii, 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 medycznym²³.

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 cywilnego²⁴. 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

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

²⁴ 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.

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”²⁵.

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 ubezwłasnowolnionej – konieczne jest również uzyskanie zgody tej osoby, jeżeli jest ona w stanie z rozeznaniem 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 rozeznaniem, 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

²⁵ M. Safjan: Prawo i medycyna, Warszawa 1998, s. 35-36.

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 cywilnego²⁶. 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 niezbędną jej zakres oraz określono zasady wykonywania tego obowiązku²⁷.

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 należywym przyswojeniu niezbędnych informacji tzn. na właściwym rozeznaniu 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 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

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

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

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”²⁸.

Jeśli chodzi o **formę** wyrażenia wymaganej zgody, to ustawa o zawodzie lekarza wyróżnia dwie jej postacie, 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

²⁸ S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, op. cit., s. 68.

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 formę pisemnej uznaje się wyrażenie zgody ustnie, złożone w obecności dwóch świadków (art. 25 ustawy o zawodzie lekarza).

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 jednoczesnej 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 rów-

niez równoległa zgoda małoletniego, który nie ukończył 16 lat, lecz może wypowiedzieć się z rozeznaniem (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 niezbędną 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 odmiennność 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 rozeznaniem 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 wypisa-

nia 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 rola 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. 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 następnie) 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 domniemanej. 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 wykonanie 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 publikacji²⁹. Bez zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego dopuszczalne jest badanie osoby, której za-

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

chowanie 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 zakaźnych³⁰, zwalczaniu gruźlicy³¹, dekrety o zwalczaniu chorób wenerycznych³², które przewidują dokonywanie badań, a także hospitalizacji bądź kwarantanny 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:

- 1) samodzielnej zgody pacjenta, który zdolny jest do jej wyrażenia z należytych rozeznaniami,
- 2) zgody zastępczej wyrażonej przez przedstawiciela ustawowego pacjenta, a w niektórych przypadkach jego opiekuna faktycznego,

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

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

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

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 pierwowzoru 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 jednych³³ podmiotem tego występku może 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 drugich³⁴ podmiotem omawianego występku 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 występkiem z art. 192 k.k.

Omawiany występki może być popełniony tylko **umyślnie**, tzn. z zamiarem bezpośrednim lub zamiarem ewentualnym. Zamiar bez-

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

³⁴ 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.

pośredni 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.

Prof. dr hab. n. prawn. Marian Filar

Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*

I. Lekarz naraża się na odpowiedzialność karną w trzech przypadkach:

- gdy nie leczy, choć powinien,
- gdy leczy nie tak, jak powinien,
- gdy leczy, choć nie powinien.

Zajmiemy się pierwszym z nich. Bo choć w tzw. procesach lekarskich (tak karnych, jak i cywilnych a także dyscyplinarnych) nadal dominują sprawy o niepowodzenie w podjętym leczeniu (co określa się niekiedy niezbyt ściśle sprawami o błąd w sztuce lekarskiej¹), to jednak liczba spraw o zaniechanie udzielania pomocy wzrasta i wszystko wskazuje na to, iż tendencja ta będzie się nasilała. Aktualny stan ustawodawstwa karnego, doktryny i orzecznictwa sądowego w tym aspekcie, że nie wspomnę już o stanie świadomości środowisk lekarskich odnośnie tej problematyki, pozostawia zaś wiele do życzenia.

II. Rozważania na temat prawnokarnych ocen nieudzielenia pomocy przez lekarza poprzedzić należy kilkoma ogólnymi stwierdzeniami na

*Prawo i Medycyna nr 3 (vol. 1), 1999

¹ Patrz M. Filar, Leczenie, Sztuka czy rzemiosło. [w] Problemy nauk penalnych (red. L. Tyszkiewicz), Katowice 1996 r.

temat prawnych podstaw obowiązku udzielania przez lekarzy takiej pomocy (obowiązku udzielania świadczeń zdrowotnych).

Na płaszczyźnie prawnomiędzynarodowej decydujące znaczenie w omawianym względzie ma art. 3 *Europejskiej Konwencji o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej Wobec Zastosowań Biologii i Medycyny* z 12 stycznia 1998 roku (podpisanej niedawno przez Polskę), wedle której „... strony podejmą ... stosowne działania w celu zapewnienia równego dostępu do opieki medycznej o właściwej jakości...”.

Na płaszczyźnie konstytucyjnej wymienić tu należy przepis art. 68 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku, według którego „każdy ma prawo do ochrony zdrowia”, zaś „obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych”.

Na płaszczyźnie ustaw szczególnych wymienić należy tu przede wszystkim:

- Art. 19 ustawy z 30 sierpnia 1991 roku *o zakładach opieki zdrowotnej* (Dz.U. 91 poz. 408 z późn. zmianami), wedle którego „pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej...”,
- Art. 31 ustawy z 6 lutego 1997 roku *o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym* (Dz.U. 28 poz. 153), który to wymienia szereg takich świadczeń przysługujących ubezpieczonemu (w tym świadczenia zdrowotne „... służące zachowaniu, przywracaniu, poprawie i promocji zdrowia...”),
- Art. 30 ustawy *o zawodzie lekarza* z 26 marca 1997 roku (Dz.U. 28 poz. 152), wedle którego „lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”,

Ważne znaczenie ma tu też przepis art. 7 ustawy „o zakładach opieki zdrowotnej”, wedle którego żadne okoliczności (w tym także wynikające z tzw. rejonizacji łączącej się z przynależnością do określonych kas chorych – MF) nie mogą stanowić podstawy do odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego, jeśli osoba zgłaszająca się do za-

kładu opieki zdrowotnej potrzebuje natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia”.

Na płaszczyźnie **lekarzkiego prawa korporacyjnego** ważne znaczenie w tym względzie mieć będą przepisy *Kodeksu Etyki Lekarskiej* (przyjętego przez III Krajowy Zjazd Lekarzy z 1993 roku), w szczególności zaś jego art. 2 (stanowiący zasadę *salus aegroti suprema lex esto*) i art. 68, według którego lekarz nie może odmówić pomocy lekarskiej w przypadkach nie cierpiących zwłoki, jeśli pacjent nie ma możliwości uzyskania jej ze strony instytucji powołanej do udzielenia pomocy. Znaczenie uzupełniające w tym kontekście ma również przepis art. 7 KEL, według którego „w szczególnie uzasadnionych wypadkach lekarz może nie podjąć lub odstąpić od leczenia chorego”, jednak „z wyjątkiem przypadków nie cierpiących zwłoki”.

Obowiązujące w polskim systemie prawnym przepisy stwarzają więc obywatelowi szeroki zakres uprawnień w zakresie ochrony zdrowia oraz dostępności do świadczeń zdrowotnych. Niewywiązanie się z nałożonych przez prawo obowiązków na poszczególne podmioty zajmujące się udzielaniem świadczeń zdrowotnych (w tym oczywiście i lekarzy) pociąga za sobą różne rodzaje odpowiedzialności, z których najbardziej dolegliwą jest odpowiedzialność karna.

III. W systemie polskiego prawa karnego brak przepisu, który dotyczyłby bezpośrednio i wprost odpowiedzialności karnej lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego². Dlatego też jego ewentualna odpowiedzialność w tym względzie opiera się na zasadach ogólnych.

Jej podstawę stanowią dwa przepisy: art. 160 k.k. i art. 162 k.k.

Art. 160 k.k. przewiduje karę do 3 lat pozbawienia wolności dla tego, kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (§1). Na mocy §2, karze od 3 miesięcy do 5 lat podlega sprawca czynu opisanego w §1, jeśli ciążył na nim obowiązek opieki nad osobą narażaną na niebezpie-

² Przepis taki zawarty jest np. w art. 276 k.k. Portugalii z 23 IX 1982 r., zawierał go również k.k. byłej Jugosławii z 30 VI 1977 r. (art. 127).

czeństwo. §3 penalizuje zaś nieumyślne popełnienie czynu opisanego w §1 lub 2 karą grzywny, ograniczenia wolności lub jej pozbawienia do roku, §4 przewiduje klauzulę bezkarności dla tego, kto dobrowolnie uchylił niebezpieczeństwo.

Na mocy art. 162 k.k. karze pozbawienia wolności do lat 2 podlega ten, kto człowiekowi znajdującemu się w położeniu groźącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie udziela pomocy mogąc jej udzielić bez narażenia siebie lub innej osoby na takie niebezpieczeństwo. Na mocy §2 tegoż przepisu przestępność czynu jest wyłączona, jeśli do udzielenia pomocy niezbędne byłoby poddanie się zabiegowi lekarskiemu, lub w warunkach, w których możliwa jest niezwłoczna pomoc ze strony osoby lub instytucji do tego powołanej.

Nieudzielenie przez lekarza pomocy powodować może także odpowiedzialność za szereg tzw. skutkowych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, dla bytu których nie wystarcza spowodowanie stanu zagrożenia dla tych dóbr, lecz niezbędne jest spowodowanie swym zachowaniem śmierci lub konkretnego uszczerbku na zdrowiu.

W grę wchodzić tu mogą następujące przestępstwa:

- Art. 156 k.k. – ciężki uszczerbek na zdrowiu,
- Art. 157 §1 k.k. – średni uszczerbek na zdrowiu,
- Art. 157 §2 – lekki uszczerbek na zdrowiu.

Ponieważ trudno sobie praktycznie wyobrazić, by lekarz nie udzielając pomocy *chciał* lub *godził się* przynajmniej na to, iż w wyniku takiego nieudzielenia spowoduje opisane w powyższych przepisach skutki (zawinienie umyślne), w grę wchodzić tu będzie z reguły odpowiedzialność za nieumyślne formy tych przestępstw.

Podobnie zresztą, jeśli skutkiem takiego nieudzielenia pomocy będzie śmierć człowieka, praktycznie w grę wchodzić tu będzie odpowiedzialność za nieumyślne spowodowanie śmierci z art. 155 k.k. (kara od 3 miesięcy do 5 lat), gdyż umyślne zabójstwo popełnione przez lekarza poprzez nieudzielenie pomocy, aczkolwiek teoretycznie nie jest wykluczone, praktycznie zdaje się nie wchodzić w rachubę.

Okolicznością o fundamentalnym znaczeniu dla ustalenia podstaw ewentualnej odpowiedzialności lekarza za zaniechanie udzielenia

świadczenia zdrowotnego jest rozstrzygnięcie, czy w konkretnym przypadku lekarz ten był, czy też nie był tzw. gwarantem bezpieczeństwa osoby zagrożonej na swym zdrowiu lub życiu. Lekarz jest bowiem takim gwarantem jedynie wtedy, gdy spoczywa na nim szczególny obowiązek prawny zapobiegania negatywnym dla życia i zdrowia pacjenta skutkom. Cytowane bowiem w p. II niniejszego opracowania przepisy (zwłaszcza art. 2 KEL) nakładają na lekarza jedynie ogólny obowiązek deontologiczny ochrony życia i zdrowia pacjenta, który nie ma jednak charakteru absolutnego, skutkującego bezpośrednio odpowiedzialnością karną. Przeradza się on jednak w szczególny obowiązek prawny wtedy, gdy konkretny lekarz w stosunku do konkretnego pacjenta znajduje się w szczególnej relacji prawnej polegającej na tym, iż w związku z wykonywaniem swego zawodu w ramach publicznoprawnego stosunku pracy w zakładzie opieki zdrowotnej (a także ewentualnego prywatnoprawnego stosunku łączącego lekarza z takim zakładem w formie tzw. kontraktu), lub też w ramach cywilnoprawnej umowy z pacjentem, jest zobowiązany do zapobiegania negatywnym dla zdrowia i życia skutkom. Gdy taka relacja między lekarzem a pacjentem nie zachodzi, nie staje się on gwarantem nienastąpienia powyższych skutków, zaś jego odpowiedzialność karna oparta być może jedynie o przepis art. 162 k.k.³

IV. Jediną podstawą odpowiedzialności karnej lekarza nie będącego gwarantem bezpieczeństwa osoby zagrożonej na swym życiu lub zdrowiu za zaniechanie udzielenia jej świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy) jest art. 162 k.k. Powstaje jednak pytanie, w jakim zakresie przepisy prawa lekarskiego (zarówno „powszechnego” jak i korporacyjnego – KEL), w szczególności zaś art. 30 ustawy o zawodzie lekarza oraz art. 7 i 68 KEL wpływać mogą na modyfikację

³ W wyroku z 29 kwietnia 1994 roku WR 70/94 SN stwierdził, iż „odpowiedzialność karną z art. 164 §1 k.k. (art. 162 §1 nowego k.k. – MF) może ponosić również lekarz, ale jedynie wtedy, gdy nie ciąży na nim obowiązek troszczenia się o osobę zagrożoną”. Podobnie A. Zoll [w] „System prawa karnego” T. IV cz. 1 o przestępstwach w szczególności – red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, W-wa 1985, s. 479, A. Liszewska, Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, Zakamycze 1998, s. 166-167 wraz z cytowaną tam literaturą.

znamion art. 162 k.k. „zagęszczając” te podstawy w porównaniu do odpowiedzialności „zwykłego” sprawcy nie będącego lekarzem.

Art. 7 ustawy z 1991 roku *o zakładach opieki zdrowotnej* mówi o obowiązku udzielenia pomocy przez taki zakład „... jeśli osoba zgłaszająca się ... potrzebuje natychmiastowego udzielenia świadczenia zdrowotnego ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia (a nie jak w art. 162 k.k. o bezpośrednim niebezpieczeństwie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu), zaś art. 30 ustawy z 1997 roku *o zawodzie lekarza* mówi o takim obowiązku także „... w innych przypadkach nie cierpiących zwłoki ...”. Art. 68 KEL istnienie „przypadku nie cierpiącego zwłoki” czyni wyłączną przesłanką uniemożliwiającą lekarzowi odmowę udzielenia pomocy. Sfera takiego obowiązku formułowana wobec lekarza przez te przepisy jest więc niewątpliwie szersza, niż sfera zakreślana przez art. 162 k.k.

Zgodnie z fundamentalną dla prawa karnego zasadą *nullum crimen sine lege* jedyną podstawą odpowiedzialności karnej za nieudzielenie pomocy przez lekarza nie będącego gwarantem jest art. 162 k.k. i wyłącznie on zakreśla przedmiotowy zakres odpowiedzialności (tj. bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). Zakres wykraczający poza te ramy, a wymieniony w przepisach prawa lekarskiego, może co najwyżej stanowić podstawę innego rodzaju odpowiedzialności lekarza (cywilnej lub zawodowej przed Sądem Lekarskim).

Ponieważ art. 162 k.k. mówi o nieudzieleniu pomocy człowiekowi, wyklucza tym samym jego zastosowanie w odniesieniu do płodu ludzkiego (dziecka poczętego). Do momentu jego przyjścia na świat (dominuje tu teoria pierwszego samodzielnego oddechu), nieudzielenie pomocy rozpatrywane być może wyłącznie w kontekście zagrożenia życia i zdrowia matki⁴.

⁴ Ponieważ w ustawie o zawodzie lekarza (art. 30) określa się obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej od strony przedmiotowej („w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia...”), może on mieć więc zastosowanie także do zaniechań ratowania życia lub zdrowia płodu, co może pociągać inne niż karna rodzaje odpowiedzialności prawnej zaniechującego lekarza (cywilną lub zawodową).

Zgodnie z art. 7 ustawy o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów z 26 października 1995 roku (Dz.U. 138 poz. 682), śmierć człowieka (a więc zakończenie okresu ochrony przez przepis art. 162 k.k.) następuje z chwilą trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu⁵.

Położenie grożące bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu to taki stan rzeczy, w którym przy założeniu normalnego i typowego przebiegu przyczynowości, danej osobie w najbliższym czasie, tj. na następnym etapie tak właśnie rozumianej przyczynowości, realnie zagraża nastąpienie jednego z tych skutków. Nie ma tu znaczenia, czy stan ten powstał z przyczyn obiektywnych, czy w związku z działaniami osoby zagrożonej (np. samobójstwo) i czy był wynikiem wydarzeń nagłych, czy długotrwałego procesu.

Nie ma też w zasadzie znaczenia, czy ewentualne udzielenie pomocy miało, czy nie miało szansy okazać się skutecznym. Nawet w sytuacjach beznadziejnych lekarz powinien podjąć działania, które zminimalizują przynajmniej cierpienia fizyczne lub psychiczne pacjenta.

Ciężki uszczerbek na zdrowiu opisany został kazuistycznie w treści art. 156 §1 k.k., nie ma więc bliższej potrzeby omawiania tej kwestii.

Nieudzielenie pomocy oznacza zaniechanie podjęcia jakichkolwiek terapeutycznych działań lekarskich. Ponieważ przestępstwo z art. 162 k.k. jest przestępstwem umyślnym, lekarz musi mieć świadomość stanu zagrożenia, w którym pacjent się znajduje i chcieć lub co najmniej godzić się z tym, iż nie udzielając pomocy stanowi temu się nie przeciwstawi. Świadomość taka może być wynikiem wstępnych oględzin, w wyniku których stan taki został rozpoznany, lub też sytuacji, w której w oparciu o okoliczności danej sprawy, lekarz dopuszczał istnienie takiego stanu, mimo że oględzin nie dokonał.

Sprawą o zasadniczym znaczeniu praktycznym jest precyzyjne ustalenie różnicy między nieudzieleniem pomocy przez lekarza a sytuacją, w której lekarz zaniechał właściwego leczenia (tj. nie podjął

⁵ Szczegółowy tryb jej stwierdzenia – patrz Komunikat MZiOS z dnia 29 10 1996 o wytycznych w sprawie kryteriów stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (śmierć mózgowa), Dz.Urz. MZiOS nr 13, poz 36.

stosownych działań), w wyniku błędu *diag-n-o-s-t-y-c-z-n-e-g-o*, na skutek którego nie rozpoznał stanu grożącego bezpośrednim niebezpieczeństwem, o którym mowa w art. 162 k.k. Postawienie takiej błędnej diagnozy, nawet gdy jest rezultatem zaniedbania, wyklucza istnienie u niego świadomości faktycznego stanu zagrożenia, a jej brak uniemożliwia stwierdzenie istnienia umyślności, które to jest niezbędne dla skazania za to przestępstwo.⁶ Nie oznacza to oczywiście, iż lekarz taki wolny będzie od wszelkiej odpowiedzialności. Jeśli efektem niezastosowania leczenia (lub podjęcia leczenia niewłaściwego) w wyniku takiego błędu nastąpią ujemne skutki dla życia lub zdrowia pacjenta, lekarz ponieść może odpowiedzialność za te właśnie skutki, o czym będzie jeszcze mowa.

Dla odpowiedzialności lekarza za przestępstwo z art. 162 k.k. niezbędne więc będzie spełnienie trzech warunków wyjściowych:

- lekarz musi być świadomy istnienia niebezpieczeństwa grożącego pacjentowi;
- mimo posiadania tej świadomości podejmuje decyzję o nieudzieleniu zagrożonemu adekwatnej pomocy medycznej;
- na lekarzu nie ciążył szczególny obowiązek prawny troszczenia się o tego właśnie pacjenta.

Odpowiedzialność karna za przewidziane w art. 162 k.k. nieudzielenie pomocy odnosi się jedynie do osób, które mogą jej udzielić bez narażenia siebie lub innych na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Powstaje więc pytanie, czy reguła ta dotyczy na identycznych zasadach także i lekarza, na którym ciąży przecież z mocy określonych przepisów prawa lekarskiego (art. 30 ust. *O zawodzie lekarza*, art. 7 i 68 KEL) szczególnego rodzaju obowiązek spieszenia choremu z pomocą, czy też regulacje te ograniczają lub wręcz wyłączają możliwość powołania się przez lekarza na klauzulę własnego bezpieczeństwa.

⁶ Stwierdził to jednoznacznie SN w wyroku z 29 kwietnia 1994 roku (WR 70/94 OSNKW 1994 11-12/poz. 70). Stanowisko takie jest w piśmiennictwie polskim powszechne – patrz np. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za niepowodzenie w leczeniu*, W-wa 1988, s. 63-66, gdzie Autor ten podaje liczne przykłady błędnych orzeczeń sądów niższej instancji w tym względzie a także A. Liszewska, *op. cit.*, s. 164-165.

W praktyce odnosi się to głównie do takich działań lekarskich, które niosą ze sobą ryzyko zainfekowania się groźną chorobą zakaźną (np. HIV).

Art. 30 ustawy o zawodzie lekarza stanowi *lex specialis* w odniesieniu do art. 162 k.k., modyfikując go w ten sposób, iż ogranicza w stosunku do lekarza możliwość powołania się na klauzulę własnego bezpieczeństwa. Pomijając już bowiem naczelne zasady deontologiczne zawodu lekarskiego, lekarz zna (lub przynajmniej powinien znać) w odróżnieniu od „zwykłego” człowieka, stosowne techniki i środki wykluczające lub przynajmniej ograniczające do minimum ryzyko zainfekowania. Skoro ma więc w tej kwestii ponadstandardowe umiejętności wyłączenia owego ryzyka, nie może korzystać ze standardowych reguł wyłączających odpowiedzialność karną. Na identycznych zasadach prawo wyklucza możliwość powołania się na działanie w stanie wyższej konieczności przez osobę, która ma zawodowy obowiązek narażania się na niebezpieczeństwo (np. strażak, policjant – art. 26 §4 k.k.)⁷.

Art. 162 §2 k.k. zawiera klauzulę wyłączającą przestępność czynu polegającego na nieudzieleniu pomocy „w warunkach ..., w których możliwa jest niezwłoczna pomoc ze strony instytucji lub osoby do tego powołanej”. Art. 68 KEL wykładany *a contrario* stwarza lekarzowi możliwość odmówienia pomocy lekarskiej, jeśli pacjent ma możliwość „... uzyskania jej ze strony instytucji powołanych do udzielenia pomocy”. Na mocy art. 38 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza zaś, lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby, może nie podjąć leczenia, jeśli istnieją ku temu uzasadnione powody, po uzyskaniu zgody swego przełożonego⁸.

⁷ Patrz L. Kubicki, Zasady odpowiedzialności prawnej lekarza w świetle nowej ustawy o zawodzie lekarza, Prawo i Medycyna nr 1/1999, s. 26 i cytowane tam piśmiennictwo polskie.

⁸ Nie może natomiast stanowić podstawy ograniczającej zasięg penalizacji art. 162 k.k. art. 7 KEL, gdyż przewidziana tam możliwość nie podjęcia leczenia „w szczególnie uzasadnionych przypadkach” wyłączona jest przez tenże przepis, gdy chodzi o przypadki „nie cierpiące zwłoki”. Niemożliwe będzie tu też powołanie się na uczestniczenie „w zorganizowanej formie protestu” (art. 72 KEL), gdy w myśl powyższego przepisu nieudzielenie w tym przypadku pomocy nie może narazić pacjenta na utratę życia lub pogorszenie stanu zdrowia”. Niezwykle kategorycznie wypowiada się w tym względzie A. Murzynowski. Jak rozwiązać problemy płacowe służby zdrowia. Prawo i Medycyna 2/1999 – „kto tej fundamentalnej zasady ... nie rozumie i nie przestrzega ... powinien albo zmienić postępowanie albo zrezygnować z błędnie wybranego zawodu”, s. 97.

Różnica między regulacją art. 68 KEL (*a contrario*) a art. 162 §2 k.k. polega więc m.in. na tym, że art. 68 KEL mówi jedynie ogólnie o możliwości uzyskania pomocy ze strony instytucji, zaś art. 162 §2 k.k. o możliwości niezwłocznej pomocy ze strony instytucji lub osoby.

W kwestii niezwłoczności nie ulega wątpliwości pierwszeństwo regulacji przewidzianej przez przepis art. 162 §2 k.k. Przepis prawa wewnątrz korporacyjnego nie może bowiem zmieniać, a tym bardziej ograniczać zakresu prawa powszechnego. Lekarz będzie się więc mógł powołać na klauzulę zawartą w art. 162 §2 k.k. jedynie wówczas, gdy nie tylko istniała możliwość uzyskania pomocy ze strony instytucji do tego powołanej (np. pogotowia ratunkowego), lecz gdy była to możliwość uzyskania pomocy *n a t y c h m i a s t o w e j*, tj. udzielonej bez zbędnej zwłoki oraz, gdy możliwość ta jest *r e a l n a* w takim czasie, którego upływ nie pogorszy w sposób istotny szansy na zapobieżenie utracie życia lub ciężkiemu uszczerbkowi na zdrowiu pacjenta.

Lekarz nie może powołując się na art. 162 §2 k.k. nie przejawiać w ogóle jakiegokolwiek profesjonalnej aktywności. Musi on bowiem przynajmniej stwierdzić w oparciu o kryteria zawodowe, czy stan pacjenta zezwala, bez ryzyka jego wyraźnego pogorszenia, na oczekiwanie przybycia osoby lub instytucji do jej udzielenia powołanej i dopiero po takim stwierdzeniu może poniechać dalszych działań. Art. 162 §2 k.k. zwolni od odpowiedzialności lekarza, który oczekiwał na przybycie innej osoby do tego powołanej (a nie tylko instytucji, jak stanowi art. 68 KEL). Praktycznie chodzić może o oczekiwanie przybycia specjalisty w danej dziedzinie medycyny. W takich przypadkach nawet lekarz niespecjalista (np. rentgenolog) zobowiązany będzie jednak do takiego ogólnego zabezpieczenia pacjenta (np. stosowne ułożenie jego ciała), które pozwoli na zapewnienie optymalnego medycznie stanu oczekiwania na specjalistę.

„Poważne powody”, o których mowa w art. 38 ust. 3 ustawy *o zawodzie lekarza*, interpretować można jedynie w takim kontekście, iż podjęcie przez konkretnego lekarza w konkretnych warunkach

i w odniesieniu do konkretnego pacjenta działań lekarskich może okazać się, wedle oceny przełożonego, niewskazane lub nawet niebezpieczne dlań (np. szczególny stan emocjonalny lekarza w odniesieniu do pacjenta, jego kwalifikacje zawodowe, aktualna kondycja itp.). Wysoce wątpliwe jest natomiast zastosowanie tego przepisu w przypadku ogólnie negatywnego stosunku lekarza do tego rodzaju zabiegów podyktowanego względami ideologicznymi. Ponieważ przepis art. 38 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza stanowi swoisty *lex specialis* w relacji do art. 162 §2 k.k., udzielenie zgody przez przełożonego w powyższych warunkach zwalnia lekarza od odpowiedzialności za przestępstwo z art. 162 §1 k.k., lecz jedynie wtedy, gdy zwolniony lekarz wiedział, lub przynajmniej miał podstawy przypuszczać, że pacjentowi udzielona zostanie niezwłocznie pomoc przez innego lekarza. Gdyby natomiast wiedział, iż zwolnienie takie spowoduje, że pacjent w ogóle pozostanie bez pomocy, poniesie odpowiedzialność karną. Nie będzie tu bowiem sytuacji kontratypowej „pomoc gorsza – pomoc lepsza” lecz sytuacja „pomoc gorsza – pomoc żadna”.

Zwalniający przełożony bierze też na swe barki ewentualne ryzyko odpowiedzialności z art. 162 §1 k.k., gdy w efekcie takiego zwolnienia pacjent nie otrzyma pomocy⁹.

Udzielenie pomocy, o którym mowa w art. 162 §1 k.k. oznacza podjęcie przez lekarza w dobrej wierze stosownych działań medycznych w granicach swych kompetencji. Lekarz powinien zrobić wszystko, na co go obiektywnie stać. Nie można jednak odpowiadać za niepodjęcie działań znanych sztuce lekarskiej, do których nie posiadał stosownych kwalifikacji (nie był specjalistą w danej dziedzinie) lub do których, ze względów organizacyjnych, nie był upoważniony lub zobowiązany. Problemem o ważnym praktycznym znaczeniu jest ocena takich działań podejmowanych

⁹ Ciekawym zagadnieniem jest formuła takiej odpowiedzialności w kontekście art. 18 §1 k.k. Chodzi o to, czy odpowiadał on będzie jako sprawca „własnoręczny”, czy też, jako sprawca kierowniczy lub polecający. Pamiętać tu też należy, że przełożony lekarza sam nie musi być lekarzem.

przez lekarzy tzw. pierwszej pomocy doraźnej (pogotowia ratunkowego).

Poza ogólną formułą art. 28 ustawy *o zakładach opieki zdrowotnej*, brak w aktualnym prawie polskim przepisów regulujących precyzyjnie zakres konkretnych obowiązków tej instytucji i zatrudnionych tam lekarzy (zaś tzw. regulaminy wewnętrzne wydawane przez dyrektorów tych placówek nie mogą ich zastąpić). Wydaje się, iż obowiązki zatrudnionych tam lekarzy ograniczają się do wstępnego zdiagnozowania przypadku i podjęcia działań, które zapobiegałyby dalszemu pogorszeniu stanu zdrowia pacjenta oraz ewentualnego przetransportowania pacjenta do zakładu opieki zdrowotnej, który mógłby udzielić mu bardziej kompleksowej pomocy. Lekarz pogotowia ratunkowego będzie więc odpowiadał z art. 162 §1 k.k., jeśli nie podejmie żadnych powyższych działań przy świadomości stanu pacjenta. Jeśli zaś niepodjęcie stosownych działań będzie wynikiem błędu diagnostycznego, lekarz taki odpowie na ogólnych zasadach za ewentualne skutki tego błędu (a więc za przestępstwo skutkowe), a nie za przestępstwo z art. 162 §1 k.k.

Choć w związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 1999 roku ustawy z 6 lutego 1997 roku o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. 28 poz. 153) przestała obowiązywać tzw. rejonizacja, a więc swoiste „przypisanie” pacjenta do danego zakładu opieki zdrowotnej, nowy system nie likwiduje bynajmniej wiążących się z tym problemów, a może je nawet wręcz nasilić. Dlatego też trzeba jasno podkreślić, iż w sytuacji opisanej w art. 162 k.k. (bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) pewna „sztywność” wynikająca z tego systemu nie może stanowić żadnego usprawiedliwienia dla nieudzielenia pomocy. I tak:

- na mocy art. 58 ust. 3 ustawy o świadczeniach zdrowotnych, świadczenia zdrowotne szpitali są udzielane bez skierowania lekarza ubezpieczenia zdrowotnego w razie wypadków, zatruc, porodów, urazów i stanów zagrożenia życia (choć pominięto tu niestety stany chorobowe stwarzające bezpośrednie niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wynikające z innych przyczyn),

– nadal obowiązuje art. 7 ustawy *o zoz*, wedle którego żadne okoliczności nie mogą stanowić podstawy do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia¹⁰. Lekarz będący świadomy stanu pacjenta, o którym mowa w art. 162 k.k., który odmówiłby mu udzielenia świadczenia zdrowotnego w oparciu o formalne okoliczności typu „ubezpieczeniowego”, naraziłby się na odpowiedzialność z tegoż przepisu.

V. Wedle odmiennych reguł kształtuje się odpowiedzialność karna lekarza będącego prawnym gwarantem zapobieżenia szkodliwym następstwom zdrowotnym u konkretnego pacjenta, jeśli w związku z nieudzieleniem mu przez takiego lekarza pomocy powstały u niego takie następstwa lub przynajmniej konkretne i realne ryzyko ich wystąpienia. Według art. 2 k.k. „odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega tylko ten, na kim ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi”. Wbrew występującym niekiedy poglądom¹¹, za źródło takiego obowiązku nie sposób uznać jedynie art. 30 ustawy *o zawodzie lekarza*. Stwarza on bowiem tylko ogólny obowiązek udzielenia pomocy w określonych w nim sytuacjach (konsekwencją naruszenia którego może być odpowiedzialność karna za formalno – bezskutkowe przestępstwo z art. 162 §1 k.k.), nie zaś szczególny obowiązek gwarantowania określonej osobie nienastąpienia niekorzystnego dla niej skutku zdrowotnego. Szczególny obowiązek wynikać więc musi z dodatkowych, „silniejszych”, niż jedynie art. 30 ustawy „o zawodzie lekarza”, podstaw.

Najbardziej typowym źródłem takiego obowiązku może być u m o w a o p r a c ę zawarta przez lekarza z zakładem opieki zdrowotnej. W ramach i w zakresie wyznaczonym mu przez kierownic-

¹⁰ Tryb przyjmowania do szpitala reguluje szczegółowo instrukcja nr 35/61 Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej. W sprawach karnych powstałych na gruncie odmów przyjęcia do szpitala istotne znaczenie dowodowe mieć może tzw. książka odmów przewidziana w §7 p. 2 Regulaminu Izby Przyjęć zawartego w tej instrukcji.

¹¹ Na ten temat patrz K. Buchała, Niektóre prawno-karne problemy nieudzielenia pomocy przez lekarza w aspekcie postępu w medycynie, *Przegląd Lekarski* 1972, nr 3, s. 381.

two takiego zakładu, staje się on na jej mocy wobec pacjentów tych zakładów gwarantem zapobiegnięcia niekorzystnym skutkom zdrowotnym.

Identyczną podstawę stwarzać będą tzw. kontrakty, a więc cywilnoprawne umowy o usługi podobne do zlecenia (art. 750 k.c.).

Gwarantem takim staje się również lekarz prowadzący na własny rachunek prywatną praktykę od momentu, w którym przynajmniej poprzez czynności konkludentne podejmuje się leczenia.

Źródłem takiego obowiązku mogą być też niekiedy szczególne regulacje ustawowe nakładające na lekarzy obowiązki w tym względzie (np. lekarze odbywający służbę wojskową, stan kłeski żywiolowej).

Dla ustalenia w odniesieniu do lekarza – gwaranta przepisu stanowiącego podstawę ewentualnej odpowiedzialności karnej, zasadnicze znaczenie mieć będzie określenie skutku zdrowotnego, który wyniknął z zaniechania przezeń udzielenia świadczenia zdrowotnego. Możemy tu bowiem mieć do czynienia ze swoistą „drabinką” odpowiedzialności.

Na jej pierwszym szczeblu plasuje się odpowiedzialność z art. 160 §2 lub §3 k.k. (narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu).

Narażenie to polega na tym, iż sprawca swym zachowaniem (w tym przypadku zaniechaniem) powoduje taką zmianę w świecie zewnętrznym, iż osoba, która poprzednio nie znajdowała się w stanie powyższego niebezpieczeństwa, w stanie takim się znalazła.

Z bezpośredniością mamy do czynienia tam, gdzie wedle dającego się przewidzieć przebiegu przyczynowości, istnieją wszelkie realne przesłanki do przyjęcia, że następstwa, o których mowa w przepisie, zrealizują się w ramach następnego ogniwa jej przebiegu. Nie muszą one przy tym być nieuchronne, lecz wysoce prawdopodobne. Chodzi tu więc o sytuację, w której w wyniku zaniechania udzielenia świadczenia zdrowotnego przez lekarza – gwaranta pacjentowi, w stosunku do którego funkcję tę spełniał, pacjent znalazł się w stanie opisanym w art. 160 k.k., mimo iż poprzednio w stanie takim się nie znajdował. Nie oznacza to oczywiście, że poprzednio był on całkowicie zdrowy i nic mu nie zagrażało (tacy pacjenci nie trafiają zresztą „w ręce” le-

karzy), lecz o to, iż lekarz swą beczynnością *z d y n a m i z o w a ł* przebieg procesów chorobowych w taki sposób, iż zaczęły one bezpośrednio zagrażać życiu pacjenta lub stwarzać bezpośrednio zagrożenie ciężkim uszczerbkiem na jego zdrowiu, choć pierwotnie groźby takiej nie niosły. Chodzić tu będzie o narażenie *k o n k r e t n e g o* pacjenta lub przynajmniej konkretnie określonej ich grupy¹².

Lekarz – gwarant odpowiadać będzie za przestępstwo z art. 160 §2 lub §3, zarówno w przypadku „prostego” zaniechania, jak i w przypadku zaniechania będącego wynikiem popełnionego wcześniej błędu diagnostycznego. Ten drugi przypadek wiąże się jednak z problemem „leczenia nie tak, jak powinien” i nie będzie tu omawiany.

Jeżeli w wyniku zaniechania lekarza – gwaranta powstaje nie tylko niebezpieczeństwo, o którym mowa w art. 160 k.k., lecz ucieleśnia się ono w postaci zaistnienia określonych skutków zdrowotnych, wchodzimy na „drugi szczebel” drabiny odpowiedzialności lekarza – gwaranta. W zależności bowiem od rodzaju tych skutków oraz rodzaju zawinienia, może on być podciągnięty do odpowiedzialności za całą gamę skutkowych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Ich zastosowanie wyłącza równocześnie art. 160 k.k. (skutek idący dalej konsumuje bowiem skutek bliżej idący). Nie dotyczy to jednak sytuacji, w której lekarz – gwarant poprzez zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego naraził wprawdzie umyślnie pacjenta na niebezpieczeństwo, o którym mowa w art. 160 k.k., to jednak szczęśliwym trafem nie zrealizowało się ono w tej postaci, lecz np. w postaci spowodowania lekkiego rozstroju zdrowia (art. 157 §2 k.k.). W tym bowiem przypadku „skutek bliższy” (narażenie na niebezpieczeństwo, o którym mowa w art. 160 k.k.) zawiera w sobie większy ciężar społecznej szkodliwości, niż skutek „dalszy” (spowodowanie lekkiego rozstroju zdrowia) i lekarz odpowiadać powinien za prze-

¹² Sąd Najwyższy nie wykluczył odpowiedzialności także i w oderwaniu od zagrożenia konkretnego pacjenta, mało to jednak odniesienie do problematyki tzw. błędu organizacyjnego, nie zaś odpowiedzialności za zaniechanie świadczenia zdrowotnego – patrz wyrok z 27 X 1983 r. IIKR 219/83 OSNKW 1984 n. 5-6 poz. 54, sprawa dotyczyła odpowiedzialności ordynatora oddziału za niewłaściwe przechowywanie na nim silnych trucizn.

stępstwo z art. 160 §2 a nie 157 §2 (a tym bardziej §3) k.k., mimo że to drugie nastąpiło po pierwszym. W innym bowiem przypadku, biorąc pod uwagę fakt, iż sankcja karna za czyn z art. 157 §2 (a tym bardziej §3) jest znacznie niższa niż za czyn opisany w art. 160 §2 k.k., sprawca taki otrzymałby bowiem niczym nieuzasadnioną „premię”.

Jeśli lekarz w wyniku podjętych przez siebie działań dobrowolnie uchylił niebezpieczeństwo, o którym mowa w art. 160 §1 k.k. (patrz art. 160 §4), to choć nie będzie odpowiadał za przestępstwo z tegoż artykułu, może jednak odpowiadać za inny skutek, który zaniechaniem swym spowodował (np. za lekki rozstrój zdrowia pacjenta – art. 157 §2 k.k.).

Podstawowe znaczenie dla odpowiedzialności lekarza – gwaranta za skutkowe przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu powstałe w wyniku zaniechania przezeń udzielenia świadczeń zdrowotnych ma ustalenie rodzaju zawinienia. Decyduje bowiem o kwalifikacji prawnej czynu jako przestępstwa umyślnego lub nieumyślnego, co nie tylko decyduje o rozmiarach zagrożenia karą, ale także i np. o trybie ścigania.

Dla skazania lekarza – gwaranta za przestępstwo opisane w art. 160 §2 k.k. (a więc za jego umyślną formę) niezbędne jest wskazanie, iż:

- a) lekarz miał świadomość, iż ciąży na nim szczególny obowiązek opieki nad osobą zagrożoną (tj. iż pełni on wobec niej rolę gwaranta),
- b) lekarz miał świadomość i wolę nieudzielenia świadczenia zdrowotnego, a ponadto przynajmniej godził się na to, iż poprzez zaniechanie jego udzielenia naraża pacjenta na bezpośrednie niebezpieczeństwo wystąpienia określonych w tym przepisie następstw wynikających przyczynowo z takiego zaniechania tj. utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

Jeśli wykazanie umyślności w odniesieniu do przynajmniej jednej z tych okoliczności okaże się niemożliwe, klasyfikacja czynu z art. 160 §2 będzie wykluczona.

W tej sytuacji praktycznie bardziej realne będzie pociągnięcie takiego lekarza do odpowiedzialności za nieumyślną formę takiego

przestępstwa (art. 160 §3 k.k.). Podstawą nieumyślności jest niezachowanie przez sprawcę ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, przy równoczesnym przewidywaniu lub przynajmniej możliwości przewidzenia popełnienia w związku z tą nieostrożnością określonego czynu przestępczego (w szczególności spowodowania określonego w ustawie skutku) – art. 9 §2 k.k.

Ponieważ trudno sobie wyobrazić, by lekarz nie miał świadomości co do swej funkcji gwaranta wobec określonego pacjenta, decydujące dla jego odpowiedzialności znaczenie praktyczne mogą mieć dwie okoliczności:

- lekarz nie zdaje sobie sprawy z bezpośrednio niebezpieczeństwa, o jakim mowa w art. 160 §1 k.k. i odwleka udzielenie adekwatnego świadczenia zdrowotnego sądząc, że będzie miał jeszcze na to czas,
- lekarz ma wprawdzie świadomość bezpośrednio niebezpieczeństwa, niemniej bądź nie uświadamia sobie jego rozmiarów i powagi bagatelizując je, bądź mając świadomość ewentualności jego nastąpienia nie sądzi, iż ono nastąpi (tj. zakłada, że da się go uniknąć).

Czy w powyższych przypadkach wyczerpana zostanie formuła nieumyślności i lekarz odpowie za przestępstwo z art. 160 §3 k.k., zależy będzie od odpowiedzi na dwa pytania:

- czy lekarz – gwarant przestrzegał w swym zachowaniu, które obiektywnie doprowadziło do powstania stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa, wymaganych w danych okolicznościach, zgodnych z kanonami profesji lekarskiej, zasad ostrożności,
- czy możliwość narażenia poprzez to zachowanie pacjenta na bezpośrednie niebezpieczeństwo następstw, o których mowa w art. 160 §1 k.k. przewidywał, lub przynajmniej, przy uwzględnieniu możliwości przewidywania wynikających ze statusu lekarskiego, mógł przewidzieć.

Odpowiedzialność za przestępstwo z art. 160 §3 poniesie on tylko wówczas, jeśli nie zachował wymaganych zasad ostrożności oraz przewidywał lub, co najmniej, mógł przewidzieć następstwa takich zachowań w postaci narażenia pacjenta na niebezpieczeństwo, o którym mowa w powyższym przepisie.

Uwagi powyższe odnoszą się w pełni do „drugiego szczebla” drabiny odpowiedzialności lekarza – gwaranta za skutkowe przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, tj. do przypadków, gdy zaniechanie udzielenia pomocy powoduje nie tylko powstanie niebezpieczeństwa szkodliwych następstw zdrowotnych u pacjenta, lecz gdy niebezpieczeństwo to materializuje się w postaci wystąpienia takich właśnie następstw. Ponieważ trudno sobie praktycznie wyobrazić, by poprzez swe zaniechanie udzielenia pomocy lekarz chciał lub nawet godził się na spowodowanie u pacjenta uszczerbku na zdrowiu, a tym bardziej śmierci (poza przypadkami eutanazji, co powoduje odmienną odpowiedzialność z art. 150 k.k.), w praktyce w grę wchodzić tu może odpowiedzialność za nieumyślne spowodowanie śmierci (art. 155 k.k.), nieumyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156 §2 k.k.) lub nieumyślne spowodowanie innego niż ciężki uszczerbku na zdrowiu (art. 157 §3 k.k.)¹³. Dla stosownego zakwalifikowania czynu lekarza – gwaranta niezbędne będzie na wstępie ustalenie, jakie konkretne skutki zdrowotne powstały u pokrzywdzonego pacjenta w związku z takim zaniechaniem.

Po takim ustaleniu, ze względu na wymogi zawinienia, niezbędne będzie dodatkowo ustalenie:

- że lekarz miał świadomość, iż pełni on wobec danego pacjenta funkcję gwaranta,
- że zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego było wynikiem niezachowania ostrożności wymaganej w postępowaniu lekarskim w danej sytuacji (tj. iż zasady takiej ostrożności nakazywały podjęcie stosownych działań w postaci udzielenia określonych świadczeń zdrowotnych),
- że lekarz przewidywał lub przynajmniej mógł przewidzieć, iż w wyniku zaniechania udzielenia przezeń określonego świadczenia zdrowotnego nastąpić mogą określone w danym przepisie skutki zdrowotne.

¹³ Ponieważ zgodnie z art. 157 §4 k.k. ściganie przestępstw z art. 157 §2 lub 3 odbywa się z oskarżenia prywatnego, należy się spodziewać, iż w takich przypadkach pacjenci korzystają będą raczej z drogi procesu cywilnego o odszkodowanie, o co z reguły będzie im przecież tu chodzić.

Dla pociągnięcia do odpowiedzialności lekarza – gwaranta za przestępstwo skutkowe przeciwko życiu i zdrowiu wynikające z zaniechania udzielenia świadczenia zdrowotnego nie jest oczywiście wymagane, by powstanie takiego skutku poprzedzone było narażeniem pacjenta na niebezpieczeństwo, o którym mowa w art. 160 §1 k.k. (utrata życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). Chodzić tu bowiem może także o spowodowanie uszkodzeń lekkich, a więc niebezpieczeństwo powyższe może przecież nigdy nie wystąpić. Może się jednak zdarzyć, iż choć w efekcie zaniechania udzielenia świadczenia zdrowotnego powstał w rezultacie skutek lżejszy, niż opisany w art. 160 k.k., to jednak jego powstanie poprzedzone było spowodowaniem realnego niebezpieczeństwa nastąpienia takiego właśnie cięższego skutku. Jak już ustaliliśmy poprzednio, będzie więc możliwe skazanie w takich przypadkach lekarza – gwaranta *w y ł ą c z n i e* za przestępstwo z art. 160 §2 k.k., jeśli na poprzednim etapie rozwoju dynamiki przyczynowości wywołanej jego zaniechaniem, umyślnie naraził pacjenta na takie niebezpieczeństwo, a nawet niekiedy za przestępstwo z art. 160 §3 k.k. (nieumyślne narażenie na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu), gdyż choć wysokość sankcji przewidzianej w art. 160 §3 k.k. i np. 157 §3 k.k. jest identyczna, ustawa przewiduje w przypadku czynu z art. 157 §3 k.k. prywatnoskargowy tryb ścigania, zaś w przypadku czynu opisanego w art. 160 §3 k.k. (w związku z §5 tegoż przepisu) ściganie na wniosek (co można uznać za tryb „surowszy”, raz złożony wniosek nie może być bowiem wycofany).

Prof. dr hab. n. prawn. Leszek Kubicki

Sumienie lekarza jako kategoria prawna*

Pojęcie „sumienie lekarza”¹ – choć wydać się to może paradoksem – jest nie tylko kategorią etyczną, lecz w polskim systemie prawnym także **kategorią prawną**. Wynika to stąd, że normy prawne dotyczące wykonywania zawodu lekarza uwzględniają pojęcie sumienia lekarza jako jedno z kryterium oceny legalności jego zachowania.

I. Art.4 ustawy z dnia 4 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza² nakłada na niego obowiązek wykonywania zawodu zarówno zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej oraz dostępnymi środkami i metodami, **jak też z zasadami etyki zawodowej** oraz z należytą starannością. Kodeks Etyki Lekarskiej w przepisie artykułu 4 stanowi zaś, że dla wypełnienia swoich zadań „lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych, zgodnie ze **swoim sumieniem** (podkr. L.K.) i współczesną wiedzą medyczną”³. W tym ujęciu „sumienie lekarza”

* Prawo i Medycyna nr 4 (vol. 1), 1999

¹ Przydatne może tu być określenie sumienia, jakim operują T.L. Beauchamp i J.F. Childress w pracy: „Zasady etyki medycznej”, Warszawa 1996. Według tych autorów sumienie jest „formą autorefleksji i osądu, jakie czyny należy uznać za obowiązkowe i zakazane, słuszne i niesłuszne, złe i dobre. Sumienie staje się zatem wewnętrzną sankcją, zwracającą uwagę na rzeczywistość czy potencjalną utratę integralności i poczucia jedności własnego „ja” (str. 495). W tym ujęciu sumienie ma charakter wyraźnie indywidualny. Cytowani autorzy za Tomaszem Hobbesem wskazują przeto, że „sumienie może błędzić” (Lewiatan, Warszawa 1954, PWN, str. 298), nie powinno więc być traktowane jako źródło poznania ani prawdy moralnej (s. 496). W konkluzji stwierdzają: „ludzie mogą czynić złe, postępując zgodnie z sumieniem i dobrze – sprzeciwiając się mu” (s. 496-497), lecz należy „postępować w taki sposób, by nie naruszyć swej integralności moralnej” (s. 497).

² Dz.U. z 26 marca 1997, poz. 152; dalej: ustawa.

³ Porównaj uwagi na temat tego przepisu. A.Gubiński: „Komentarz do Kodeksu Etyki Lekarskiej, Warszawa 1995, s. 68-69.

staje się jedną z ogólnych przesłanek oceny prawnej zachowania się lekarza.

Najbardziej dobitny wyraz prawny tzw. klauzula sumienia znalazła w treści przepisu art. 39 ustawy o zawodzie lekarza. Zgodnie z tym przepisem lekarz może powstrzymać się od „wykonania świadczeń zdrowotnych **niezgodnych z jego sumieniem**” (podkr. L.K.). Powyższe prawo lekarza zostało jednak istotnie ograniczone przepisem art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, który w art. 39 ustawy został wyraźnie powołany. Lekarz nie może więc korzystać z klauzuli sumienia w przypadku, gdy zwłoka w udzieleniu pomocy „mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach nie cierpiących zwłoki”. Tym samym klauzula sumienia została wyraźnie podporządkowana bezwzględnemu nakazowi ratowania chorego.

Ponadto, zgodnie z art. 39 ustawy, lekarz korzystający z klauzuli sumienia ma obowiązek:

- wskazania **realnych możliwości** (należy przez to rozumieć, że przez lekarza sprawdzonych), uzyskania odmawianego świadczenia zdrowotnego u innego lekarza lub w innym zakładzie opieki zdrowotnej;
- odnotowania i uzasadnienia w dokumentacji medycznej faktu odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego;
- uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego, jeżeli wykonuje zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby.

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż przesłanki odmowy świadczenia zdrowotnego, określone w art. 39 ustawy są w istocie różne (choć mogą się w pewnych przypadkach pokrywać) od wskazanych w art. 7 Kodeksu Etyki Lekarskiej⁴. Ten bowiem przepis – jak trafnie ocenia A. Gubiński⁵ – dotyczy głównie kwestii atmosfery zaufania w relacji lekarz-pacjent, samooceny kwalifikacji lekarza lub jego stanu psy-

⁴ W art.7 KEL zawarto normę: „W szczególnie uzasadnionych wypadkach lekarz może nie podjąć się lub odstąpić od leczenia chorego, z wyjątkiem przypadków nie cierpiących zwłoki. Nie podejmując albo odstępując od leczenia lekarz winien wskazać choremu inną możliwość uzyskania pomocy lekarskiej”. Ten przepis Kodeksu koreluje raczej z art. 38 ustawy.

⁵ Op.cit., str. 74-78.

chofizycznego. Wyrażna natomiast korelacja występuje między art. 39 ustawy a art. 4 Kodeksu Etyki Lekarskiej.

W świetle art. 39 ustawy oraz art. 4 Kodeksu Etyki Lekarskiej, kryterium etyczne – sumienie lekarza, staje się w wykonywaniu zawodu lekarza swoistą korekturą podstawowej dyrektywy, jaką jest zgodność działania ze „wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej” i „dostępnymi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób”.

Stosowanie owej korektury stanowi oczywiście „materię” szczególnie delikatną ze względu na skrajnie indywidualne pojmowanie kategorii sumienia. Jest ona najbardziej adekwatna dla indywidualnej praktyki lekarskiej. Komplikacje występować będą w sytuacjach, gdy praktyka lekarska z natury rzeczy musi być wykonywana zespołowo. Wyodrębnić tu można co najmniej dwa typowe układy:

1) układ szpitalny (kliniczny), gdy zachodzi relacja: lekarz „prowadzący” pacjenta – lekarz-ordynator,

2) gdy świadczenie medyczne wykonywane jest zespołowo; klasycznym przykładem jest w tym przypadku zespół chirurgiczny.

W tych układach występuje już nie jedno sumienie, lecz oczywiście „kilka sumień”. Każdy lekarz ma przecież „swoje” sumienie.

W układzie pierwszym (kliniczno-szpitalnym) problem, jak się wydaje, nie powinien nastroczać większych trudności. Lekarz „prowadzący” pacjenta, stosownie do art. 39 ustawy – ma prawo kierować się klauzulą sumienia (pod warunkiem, że nie zachodzi sytuacja określona w art. 30 ustawy), lecz ma obowiązek powiadomić o tym przełożonego. W ten sposób dylemat swojego sumienia przekazuje ordynatorowi. W miejsce sumienia lekarza „prowadzącego” wstępuje sumienie ordynatora. On podejmuje stosowne decyzje.

W układzie drugim – działania zespołowego – kierowanie się klauzulą sumienia łączy się z większymi trudnościami. Można tu przewidzieć sytuację mniej konfliktową, w której lekarzowi, członkowi zespołu, jego sumienie nie pozwala w ogóle przystąpić do określonego zabiegu. Uprzedzając odpowiednio przełożonego ma on – na podstawie art. 39 ustawy – prawo domagać się wyłączenia z zespołu, który ma dokonać niezgodnego z sumieniem tego lekarza świadczenia zdrowotnego. Prawo to ograniczają jednak przesłanki określone w art. 30 ustawy. Kom-

plikacja specyficzna może wystąpić wówczas, gdy zastąpienie lekarza przez inną osobę nie jest możliwe, a rola takiego lekarza w zespole jest na tyle istotna, że jej brak uniemożliwiłby prawidłowe działanie zespołu w toku czynności medycznej, w której należy przewidywać wystąpienie okoliczności wskazanych w art. 30 ustawy.

Natomiast lekarz już będący członkiem zespołu – w toku zabiegu – nie może domagać się wyłączenia ze względu na klauzulę sumienia, jeżeli w trakcie działania zespołu zajdzie potrzeba dokonania czynności sprzecznych z jego sumieniem, gdyż uznać należy, że w trakcie zabiegu z natury rzeczy zachodzą okoliczności określone w art. 30 ustawy.

Tzw. klauzula sumienia lekarza była dotychczas omawiana tylko w jednym aspekcie, który nazwać można **negatywnym**. Negatywnym dlatego, że chodzi tu o prawo lekarza do „powstrzymania się” od wykonania takiego świadczenia zdrowotnego, którego dokonanie byłoby **sprzeczne** z jego sumieniem.

Podsumowując uwagi dotyczące klauzuli sumienia lekarza w jej aspekcie negatywnym należy wskazać:

1. Dylemat lekarza powstaje w sytuacji, gdy świadczenie zdrowotne **może** a nieraz nawet **powinno** być udzielane ze względu na wskazania aktualnej wiedzy medycznej oraz dostępne lekarzowi metody i środki zapobiegania lub leczenia chorób oraz ze względu na wyraźną wolę pacjenta; tym samym występuje tu uświadomione przez lekarza spełnienie podstawowej przesłanki legalności czynności lekarskiej, określonej w art. 4 i art. 32 ustawy. Gdyby te przesłanki nie zachodziły, świadczenie zdrowotne nie mogłoby być udzielane, a w związku z tym – dylemat sumienia lekarza w ogóle by nie występował.

2. Zgodnie z art. 39 ustawy, zasadne z punktu widzenia *lege artis* świadczenie medyczne może być jednak **nie udzielone** przez lekarza, jeżeli uzna je za „niezgodne z jego sumieniem”. Prawo **pozwala** więc lekarzowi zachować się zgodnie z jego sumieniem.

3. Powyższa etyczna decyzja lekarza podlega jednak **ocenie prawnej** i z tego powodu można mówić o sumieniu lekarskim jako kategorii prawnej. Określone bowiem w ustawie kryteria prawnej oceny

stosowania klauzuli sumienia stanowią granice dopuszczalnego jej zasięgu. Możemy więc mówić o sumieniu lekarskim w granicach prawa. Dokonując oceny prawnej dopuszczalnego kierowania się tzw. klauzulą sumienia – jak już wskazano – sprawdzeniu podlega jednak nie sama motywacja etyczna – ta bowiem jest suwerenna – lecz okoliczność, czy wątpliwe etycznie dla lekarza działanie nie było niezbędne ze względu na niebezpieczeństwo utraty życia pacjenta, ciężkiego uszkodzenia jego ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, stanowiące przepadek nie cierpiący zwłoki. Sprawdzeniu podlega też spełnienie obowiązków określonych w art. 30 ustawy.

Kierowanie się przez lekarza klauzulą sumienia może też mieć, jak sądzę, nie tylko granice prawne lecz również etyczne. Zgodnie z art. 1 ust. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej zasady etyki lekarskiej m.in. zobowiązują lekarza „do przestrzegania praw człowieka”. Ta generalna dyrektywa nie powinna być pomijana przez lekarza przy określaniu swojego stosunku etycznego wobec świadczenia medycznego udzielanego pacjentowi. Jego osobista, jak już podkreślono, skrajnie indywidualistyczna moralna ocena rodzaju postępowania medycznego, oczekiwanego przez pacjenta, winna też uwzględniać etyczny nakaz respektowania uniwersalnych praw jednostki, która jawi się przed lekarzem właśnie jako pacjent.

II. W praktyce lekarskiej może ponadto występować problem klauzuli sumienia w jej aspekcie **pozytywnym**. Chodzi tu o etyczne poczucie powinności **podejmowania** pewnych działań **w imię dobra chorego, lecz bez jego zgody**, a nawet w sposób oczywisty wbrew jego wyraźnie wyrażonej woli. Ten „pozytywny” aspekt lekarskiego sumienia ma swe źródło w ciągle żywym jeszcze tradycyjnym rozumieniu roli lekarza według paternalistycznego modelu kształtowania relacji: lekarz-pacjent.

Należy stwierdzić, że szereg przepisów ustawy o zawodzie lekarza zasadniczo przełamuje ów paternalistyczny model lekarza. Ustawa ta bowiem generalnie uzależnia prawność czynności medycznej od zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego bądź sądu opiekuńczego. Konkretyzację tej zasady zawarto w art. 31-34 ustawy. Nie miejsce tu jednak na bardziej szczegółową analizę przepisów ustawy

dotyczących zgody pacjenta, gdyż jest to złożony i odrębny temat. Na podkreślenie zasługuje natomiast fakt, że autonomia pacjenta wobec ingerencji medycznej sugerowanej przez lekarza, uznana za wartość konstytucyjną, w nowym kodeksie karnym potraktowana została jako dobro podlegające ochronie prawno-karnej. Zgodnie bowiem z art.192, par.1 k.k. ten „kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”⁶ (podkr. L.K.). Jest to przestępstwo ścigane jednak tylko na wniosek pokrzywdzonego.

Wymienione przepisy zarówno ustawy o zawodzie lekarza, jak kodeksu karnego, określają granicę dylematu lekarskiego sumienia w jego tzw. pozytywnym aspekcie. Wyznaczają ją w sposób kategori- czny treść zgody pacjenta lub uprawnionego podmiotu bądź organu.

W dwóch jednak sytuacjach kwestia ta zachowuje w pewnym stopniu swą aktualność.

Pierwszą uwzględnia przepis art. 34 ust. 7 ustawy. Dotyczy on przypadku dokonania zabiegu operacyjnego lub czynności stwarzającej podwyższone ryzyko wobec pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do wyrażenia świadomej zgody bez zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Ustawa w takim przypadku upoważnia lekarza do interwencji bezzwłocznej. Kryteria tej decyzji ujęte zostały w formie wskazania medycznego (tzn. ocenianego z punktu widzenia *lege artis*), lecz na tyle ocennego, że nie da się wykluczyć, iż może być „zabarwiona” aspektem etycznym. Trafnie przeto ustawa zobowiązuje lekarza, by w granicach możliwości – przed decyzją zasięgnął opinii drugiego lekarza tej samej specjalności. Pozwoli to na kontrolę jego oceny, czy występują wyraźne wskazania medyczne oraz na ewentualne ograniczenie zbyt subiektywnie odczuwanej powinności etycznej.

⁶ Por. ciekawe uwagi na temat tego przepisu karnego w komentarzu : Kodeks karny. Część szczególna, pod red. A. Zolla, Zakamycze, s. 474-482.

W większym stopniu kryteria etyczne występować mogą w sytuacji, której dotyczy treść art. 35 ustawy. Stosownie do tego przepisu, jeżeli w trakcie wykonywania zabiegu operacyjnego albo stosowania innej metody leczniczej lub diagnostycznej występują okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznego uzyskania zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego – lekarz ma prawo, bez uzyskania tej zgody – **zmienić zakres zabiegu**, umożliwiając uwzględnienie tych okoliczności.

Powyższa formuła otwiera stosunkowo szerokie pole dla swobodnej decyzji lekarza. Zmiana zakresu zabiegu, dyktowana oczywiście przede wszystkim wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, może być w tych przypadkach kształtowana również subiektywnym poczuciem powinności, wynikającej z lekarskiego sumienia w jego aspekcie pozytywnym.

W praktyce sądowej z okresu obowiązywania jeszcze dawnej ustawy o zawodzie lekarza znane są przypadki, w których „zmiana zakresu” zabiegu traktowana była wręcz jako podstępna forma stworzenia pewnego faktu dokonanego – w przekonaniu lekarza „w imię dobra” chorego – lecz wbrew jego wyraźnej woli. Prowadziło to nawet do procesów sądowych, kończących się orzeczeniami korzystnymi dla pacjentów. M. Nesterowicz przytacza z praktyki zagranicznej szereg kazuśów rozszerzenia pola zabiegu bez zgody pacjenta oraz wskazuje na ich negatywne dla lekarza skutki prawne⁷.

Z tych między innymi powodów, jak też przede wszystkim ze względu na wymóg konsekwentnego przestrzegania zasady poszanowania autonomii pacjenta uważam, że treść art. 35 ustawy jest stanowczo zbyt szeroka. W toku prac sejmowych nad projektem ustawy, mając okazję brać w nich udział jako ekspert, proponowałem uzupełnić przepis art. 35 następującą klauzulą w postaci dodatkowego paragrafu:

„Zmiana zakresu zabiegu operacyjnego bądź metody leczenia lub diagnostyki nie może obejmować tych działań, co do których pacjent

⁷ Prawo medyczne, wyd. III, Toruń 1998, s.70-71.

przed zabiegiem świadomie, w sposób wyraźny zastrzegł, iż nie wyraża na nie zgody.”

Powyższy projekt, niestety, nie znalazł aprobaty właściwej komisji Sejmu. Bez proponowanego ograniczenia przepis art. 35 ustawy narusza jednak, moim zdaniem, zasadę poszanowania autonomii pacjenta, gwarantowaną w art. 41 ust. 1 Konstytucji RP⁸ oraz art. 17 pkt 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁹. Krytykowany przepis ustawy pozostaje obecnie w wyraźnej sprzeczności z art. 9 Europejskiej Konwencji o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny, podpisanej w Owidio w dniu 4 kwietnia 1997 r. Konwencję podpisało ponad 20 państw, w tym, z pewnym opóźnieniem – również Polska. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 9 Konwencji „wcześniej wyrażone przez pacjenta życzenia dotyczące interwencji medycznej, który w chwili jej przeprowadzenia nie jest w stanie wyrazić swojej woli, będą uwzględniane”¹⁰.

Z przytoczonego przepisu Konwencji, wiążącej Polskę (jeżeli nastąpi ratyfikacja), wynika, że treść proponowanej poprawki do art. 35 ustawy była w pełni adekwatna do sformułowania zawartego w Konwencji. Fakt podpisania przez Polskę Konwencji nie powinien być przeto pominięty przy najbliższej nowelizacji ustawy o zawodzie lekarza.

W obecnym – niedoskonałym – stanie prawnym należy jedynie opowiedzieć się za koniecznością maksymalnie rygorystycznej wykładni przepisu art. 35 ustawy. Trafnie wskazuje na to M. Safjan, gdy, mimo niemiarodajnego tekstu polskiego twierdzi, w powołaniu się

⁸Zgodnie z tym przepisem „każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą”.

⁹Pakt stanowi m.in., iż „nikt nie może być narażony na samowolną i bezprawną ingerencję w swoje życie prywatne”.

¹⁰Powyższe brzmienie przepisu art. 9 oparte jest na tekście francuskim Konwencji porównanym z jej tekstem angielskim. Brzmienie polskie przepisu w tekście Konwencji, stanowiącej aneks do pracy M. Safjana: *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 265, nie może być uznane za miarodajne. Sformułowanie: „seront pris en compte”, a tym bardziej „shall be taken in account”, nie mogą być tłumaczone jako „należy brać pod uwagę”. Oba teksty oryginalne Konwencji zawierają formułę w sposób kategoryczny wskazującą na uwzględnienie wcześniej wyrażanych przez pacjenta życzeń.

na Konwencję bioetyczną, że „lekarz oceniając celowość zmiany zakresu podjętej interwencji powinien brać pod uwagę znane mu preferencje i życzenia pacjenta”¹¹. Nie można natomiast zgodzić się z jego poglądem, iż dyrektywa ta „nie jest obowiązkiem bezwzględnym, oraz że „lekarz będzie uprawniony do dokonania czynności leczniczej nawet w sytuacji, gdy sprzeciwić się to będzie znanym mu preferencjom pacjenta”.¹²

Pomijając niekonsekwencję zajętego stanowiska stwierdzić należy, iż prowadzić ono może do rażącego naruszenia zasady autonomii pacjenta oraz otwiera nadmiernie szerokie pole do podejmowania przez lekarza decyzji nie tylko „za” pacjenta, lecz właśnie wbrew jego woli. W związku z art. 35 ustawy M. Nesterowicz, nie zajmując stanowiska co do meritum tego przepisu, wskazuje jednak, że „z uprawnienia tego lekarz powinien korzystać ze szczególnej ostrożnością, zwłaszcza gdy chodzi o poszerzenie pola operacyjnego na organy szczególnie ważne”. Autor przestrzega przed zarzutami pacjenta o przekroczenie udzielonej zgody, a wtedy „sąd będzie musiał rozstrzygnąć, czy działanie lekarza mieściło się w granicach prawa”¹³.

Konieczna rygorystyczna wykładnia przepisu art. 35 ust.1 ustawy oznacza, że:

- 1) wskazane w przepisie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego rozstroju zdrowia dotyczyć może sytuacji, które występują w trakcie wykonywania zabiegu i są związane z jego przebiegiem,
- 2) wymieniona w tym przepisie przesłanka braku możliwości niezwłocznego uzyskania zgody pacjenta dotyczyć może wyłącznie sytuacji, w których wola pacjenta nie jest lekarzowi rzeczywiście znana, nie obejmuje natomiast przypadków, w których lekarz został uprzednio przez pacjenta wyraźnie poinformowany co do akceptowanych przez niego granic podejmowanego zabiegu operacyjnego czy innej czynności leczniczej,

¹¹ Prawo i medycyna, s. 58-59.

¹² Idem.

¹³ Op.cit. s. 72

3) przy podejmowaniu decyzji na podstawie art. 35 ust. 1 należy w maksymalnym stopniu dążyć do wypełnienia ustawowego obowiązku zasięgnięcia opinii drugiego lekarza: w toku zabiegu operacyjnego jest to z natury rzeczy możliwe i lekarz kierujący zabiegiem obowiązek ten spełnić powinien w każdym przypadku.

Tylko taka wykładnia przepisu zapewni jego zgodność z konstytucją oraz zobowiązaniami wynikającymi z konwencji. Ta wykładnia określać też będzie należycie granice sumienia lekarskiego w jego aspekcie pozytywnym.

Przepis art. 9 Konwencji bioetycznej powinien nadto inspirować ustawodawcę do regulacji prawnej bardzo aktualnego ostatnio problemu, szeroko podnoszonego w piśmiennictwie światowym, dotyczącego tzw. *testament de vie* czy *living will* lub *advanced directives*. Chodzi tu, ogólnie rzecz ujmując, o formułowanie oświadczeń, określających wolę danej osoby co do postępowania wobec niej lekarza w przyszłych ewentualnych sytuacjach zdrowotnych, w których może się ona znaleźć w stanie wykluczającym świadome podejmowanie decyzji o swym losie¹⁴. Problem ten poddano np. ciekawej regulacji prawnej w Finlandii w ustawie (Karta pacjenta), obowiązującej od marca 1993 r. Powinien on też znaleźć się na warsztacie polskiego ustawodawcy, w szczególności w związku z perspektywą ratyfikacji przez Polskę konwencji bioetycznej.

W konkluzji rozważań nad rolą sumienia lekarza w wykonywaniu jego czynności zawodowych można stwierdzić, że wyodrębnienie dwu aspektów tego pojęcia: negatywnego oraz pozytywnego – ma istotne znaczenie dla oceny prawnej tej kategorii etycznej w kształtowaniu relacji: lekarz-pacjent. O ile tzw. klauzula sumienia, odnosząca się do sumienia lekarskiego w aspekcie negatywnym – powinna być, i jest, przez system prawa **respektowana** pod warunkiem zachowania jej

¹⁴ Por. M. Saffjan, op.cit., s. 44-45 i cyt. tam piśmiennictwo. Z kontekstu wywodów Autora wynika, że, jak się zdaje, niesłusznie osłabia on wymóg uwzględnienia wcześniej wyrażonej woli pacjenta. Por. także istotne uwagi na ten temat K. Poklewskiego-Koziół: „Postrzeganie eutanazji: prawnicze-medyczne-etyczne”, Państwo i Prawo, nr 12/1998, s. 87 i nast.

prawnie dopuszczalnych granic, o tyle kategoria sumienia w jego aspekcie pozytywnym – podlega systematycznemu **ograniczeniu** na rzecz wartości coraz silniej akcentowanej, należącej do kategorii praw człowieka, jaką jest autonomia jednostki. Najwyższy nakaz etyczny dla lekarza, zawarty w art. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej, dobro chorego – *salus aegroti suprema lex esto*, uwzględniać musi i tę prawdę, że dobrem chorego jest również poszanowanie jego wolności osobistej i wynikającej z niej autonomii woli.

Prof. dr hab. n. prawn. Eleonora Zielińska

Odpowiedzialność zawodowa lekarza a odpowiedzialność karna*

Wybrane zagadnienia

1. Odpowiedzialność zawodowa jest jedną z form odpowiedzialności prawnej tzn. odpowiedzialności wynikającej z ustawy. Aktualnie, zasady tej odpowiedzialności określa ustawa o izbach lekarskich z 17 maja 1989 r.¹ (dalej; ustawa o izbach) oraz wydane na podstawie jej upoważnienia rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 26 września 1990 r. w sprawie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy (dalej; rozporządzenie z 1990 r.)². W sprawach nieuregulowanych w wyżej wymienionej ustawie, w myśl jej art. 57 do postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego (od 1 września 1998 r. kodeksu postępowania karnego z 1997)³.

Aczkolwiek w literaturze prawniczej, i to nie tylko polskiej, istnieją różne poglądy na temat charakteru prawnego tego rodzaju odpowiedzialności, a w szczególności kontrowersyjne jest czy należy zaliczyć ją do sfery szeroko rozumianego prawa karnego, czy raczej prawa administracyjnego, niemniej jednak nie budzi wątpliwości fakt, że stosowane w tym trybie sankcje mogą być bardzo dolegliwe

*Prawo i Medycyna nr 1 (vol. 1), 1999

¹ Dziennik Ustaw (Dz.U.) nr 30, poz. 158 z późniejszymi zmianami.

² Dz.U. nr 64, poz. 406.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. Dz.U. Nr 89 poz. 555.

i w związku z tym **należy w postępowaniu przestrzegać zasad rzetelnego procesu.**

Wydaje się również dojrzewać przekonanie, że w tych przypadkach, w których dochodzi do krzyżowania się odpowiedzialności karnej i zawodowej, co ma miejsce w przypadku gdy czyn lekarza stanowi przestępstwo, to pomimo iż w zasadzie dopuszczalne jest podwójne ukaranie (przez sąd lekarski oraz sąd powszechny) należy rozważyć korzystanie z tej możliwości, **unikając zbędnego (zbytecznego) nawarstwiania się sankcji.**

2. Zanim zajmę się bardziej szczegółowym omówieniem zasygnalizowanych powyżej grup problemów, krótko wskażę na różnice i podobieństwa odpowiedzialności zawodowej i karnej.

W Polsce, jak wiadomo, kompetencje w zakresie kontroli zawodowej korporacji powierzono organom izb lekarskich, a w szczególności okręgowym rzecznikom odpowiedzialności zawodowej oraz Naczelnemu Rzecznikowi Odpowiedzialności Zawodowej oraz sądom lekarskim: okręgowym i naczelnemu.

W skład okręgowego sądu lekarskiego oraz Sądu Naczelnego orzekającego w I instancji wchodzi jedynie lekarze. Natomiast w skład Naczelnego Sądu orzekającego w drugiej instancji również sędziowie Sądu Najwyższego (skład 5-osobowy; w tym 1 Sędzia SN). Lekarzowi ukaranemu przez sądy lekarskie najsurowszymi karami w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej przysługuje ponadto prawo odwołania się do Sądu Najwyższego (art. 43 ustawy o izbach). Na podstawie przepisu art. 50 ustawy o izbach (w związku z art. 13 pkt 2 ustawy o Sądzie Najwyższym) od prawomocnego orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej rewizję nadzwyczajną do Sądu Najwyższego może wnieść również Minister Zdrowia i Opieki Społecznej oraz Prezes Naczelnej Rady Lekarskiej (z tym, że na niekorzyść ukaranego lekarza tylko w ciągu 6 miesięcy od uprawomocnienia się orzeczenia).

Podkreślić należy, że aczkolwiek sądy dyscyplinarne nie są zaliczane do sądów powszechnych, a nawet występują poważne wątpliwości, czy w świetle obowiązującej Konstytucji mogą być traktowane jako organy sprawujące wymiar sprawiedliwości, ich

struktura nie tak bardzo się różni od składu sądów powszechnych, biorąc pod uwagę fakt, że również w skład sądów powszechnych, kiedy rozpoznają sprawy karne z reguły wchodzi czynnik społeczny (ławnicy).

Wskazując na dalsze różnice między odpowiedzialnością karną i zawodową podkreśla się iż ta ostatnia ma węższy zakres podmiotowy a równocześnie szerszy zakres przedmiotowy. Różnica w zakresie podmiotowym wynika z faktu, że w odróżnieniu od mającej charakter powszechny odpowiedzialności karnej, odpowiedzialność zawodowa ma **ograniczony podmiotowo zakres** (podlegają jej wyłącznie osoby wykonujące określony zawód, związane szczególnym stosunkiem organizacyjnym z samorządem zawodowym).

Szerszy od odpowiedzialności karnej jest natomiast **zakres przedmiotowy** odpowiedzialności zawodowej. Odpowiedzialność dyscyplinarną ponosi się już tam, gdzie jeszcze prawo karne nie przewiduje żadnej odpowiedzialności. Wychodzi się bowiem z założenia, że przynależność do danej grupy zawodowej czy organizacji pociąga za sobą konieczność przestrzegania, poza ogólnymi, powszechnymi obowiązkami, również tych obowiązków szczególnych, które składają się na istotę i funkcje danego zawodu lub wynikają z przynależności do określonej organizacji.

I tak podczas gdy dla pociągnięcia do odpowiedzialności karnej konieczne jest przede wszystkim stwierdzenie, że sprawca dopuścił się czynu opisanego w ustawie, czyli że doszło do naruszenia prawa, zgodzającego się z ustawowym opisem przestępstwa.

Dla odpowiedzialności zawodowej wystarczające jest ustalenie, że lekarz swoim zachowaniem naruszył zasady etyki lub deontologii zawodowej (i to nie tylko te, które wynikają z przepisu kodeksu etyki lekarskiej, lecz także te, które da się wywieść np. z dotychczasowego orzecznictwa sądów lekarskich, powszechnie akceptowanych standardów postępowania lub środowiskowych norm zwyczajowych).

Podkreślić jednak należy, że o ile jednak w odróżnieniu od prawa karnego, katalog czynów za które np. lekarz może ponieść odpowiedzialność zawodową nie jest z góry określony, o tyle podobnie jak

w prawie karnym, za przewinienie zawodowe może być orzeczony tylko taki rodzaj sankcji, który jest przewidziany w art. 42 ustawy o izbach lekarskich (tzn. upomnienie, nagana, zawieszenie prawa wykonywania zawodu na okres od 6 m-cy do 3 lat, pozbawienie prawa wykonywania zawodu). Charakterystyczne jednakże jest przy tym, że w prawie dyscyplinarnym z uwagi na otwarty krąg przewinień, w odróżnieniu od prawa karnego, nie określa się z góry, nawet w odniesieniu do przewinień o których mowa w kodeksie etyki lekarskiej, rodzaju kar jakie może orzec sąd lekarski w razie popełnienia poszczególnych czynów, pozostawiając składom orzekającym pełną swobodę w wyborze sankcji. Teoretycznie rzecz biorąc, nie można więc wykluczyć, że nawet za stosunkowo błahe przewinienie może być orzeczona najsurowsza kara.

Wreszcie odmienne są z reguły też następstwa obu form odpowiedzialności, skoro w przypadku odpowiedzialności dyscyplinarnej, kary obecnie mogą mieć wyłącznie albo charakter moralny albo wprowadzać bezpośrednio ograniczenia lub wyłączenia tylko w jednej sferze życia; stosunków wynikających z racji przynależności danej osoby do organizacji czy grupy zawodowej. Natomiast w przypadku odpowiedzialności karnej sankcje mogą polegać na pozbawieniu wolności, represji ekonomicznej itp.

Niemniej jednak podkreśla się, że różnice w tym zakresie, bardzo ostre w początkowym okresie rozwoju prawa karnego, ulegają pewnemu zatarciu, bowiem obecnie w prawie karnym stosuje się powszechnie różne formy pozbawienia prawa wykonywania zawodu, prowadzenia działalności, zajmowania stanowiska – tradycyjnie rzecz biorąc – charakterystyczne dla odpowiedzialności dyscyplinarnej, podczas gdy prawo w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej w niektórych krajach (co zresztą też było projektowane w Polsce, sięga po sankcje ekonomiczne).

Równocześnie, analizując wzajemny stosunek odpowiedzialności zawodowej (dyscyplinarnej) do karnej, zwraca się uwagę na równoległe występowanie dwóch sprzecznych tendencji. Z jednej strony ustawy karne w wyniku procesów dekryminalizacyjnych pozostawiają coraz więcej wolnego miejsca dla odpowiedzialności dyscyplinarnej. Zjawi-

sko to powoduje wycofywanie się (regres), postrzeganej jako czysto represyjna, odpowiedzialności sądowej na rzecz uznawanej powszechnie za „normalizującą” odpowiedzialności dyscyplinarnej⁴.

Z drugiej jednak strony tam gdzie nie dochodzi do dekryminacji, z reguły zachowuje się, w sytuacji gdy lekarz popełni przestępstwo, możliwość stosowania represji dyscyplinarnej. Powoduje to coraz powszechniejsze występowanie zjawiska nakładania się „sieci dyscyplinarnej na sieć karną”.

Zadaje się nawet pytanie, czy oznacza to przyzwolenie, zgodę świata prawniczego na istnienie nieograniczonej władzy dyscyplinarnej.

Udzielając na to pytanie odpowiedzi negatywnej podkreśla się znaczenie jakie w procesie ograniczania tej władzy odgrywają ponadnarodowe systemy ochrony praw człowieka. Orzecznictwo tych organów powoduje zmianę sposobu rozumienia prawa i myślenia prawniczego, wymusza wyjście poza tradycyjne kategorie jurystyczne, bazujące na różnicach w sposobach sprawowania władzy oraz tworzenie nowych kategorii nawiązujących do praw, które władza ogranicza. W ten sposób powoduje reorganizację wewnętrzną prawa dyscyplinarного z punktu widzenia praw człowieka. W odniesieniu np. do takich praw jak prawo do wolności i bezpieczeństwa, poszanowania życia prywatnego, wolności słowa, wytyczone w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. ratyfikowanej przez Polskę w 1993 r. (tzw. Europejskiej Konwencji)⁵ granice ich ochrony są nieprzekraczalne dla wszystkich władz, a więc zarówno dla władzy sądowej jak i dyscyplinarnej. Tak więc zasadnicze znaczenie dla

⁴ Wzrost znaczenia władzy dyscyplinarnej podaje się też jako przyczynę stanu swoistego impasu, w dziedzinie reformy systemu prawnego, jako jeden z ważnych powodów blokowania jakichkolwiek zasadniczych zmian. Każda bowiem próba nowelizacji ustawodawstwa karnego sprowadza się ostatecznie do kolejnej redystrybucji uprawnień między władzę sądowniczą a administracyjną. Przy czym nie zawsze się dostrzega, że władza administracyjna dysponuje nieraz środkami równie dolegliwymi oraz alienującymi co władza sądownicza, lecz przy tym działa w sposób mniej widoczny i transparentny (przejrzysty) niż sądy powszechne. M. Delmas-Marty; Reflection sur la pouvoir disciplinaire. *Revue Trimestrielle des Droit de l'homme*, 1995 nr. 2. Numero special; Le droit disciplinaire. s. 156-157.

⁵ Konwencja z 4 XI 1950, weszła w życie 3 IX 1953 r., ratyfikowana przez Polskę 19 I 1993 r. Polskie tłumaczenie Konwencji opublikowano w Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284.

zbliżenia systemu prawa dyscyplinarnego do systemu prawa karnego czy cywilnego, ma dokonana przez organy ochrony prawa człowieka wykładnia pojęcia „rzetelny proces” w rozumieniu art. 6 Europejskiej Konwencji⁶.

3. Jak już wspomniano, w większości systemów prawnych, przyjmuje się zasadę niezależności odpowiedzialności zawodowej od odpowiedzialności karnej. W ustawie o izbach lekarskich zasadę tę wyraża przepis art. 48, który stanowi, że postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej o ten sam czyn toczy się niezależnie od postępowania karnego lub postępowania dyscyplinarnego, wszczętego w jednostce organizacyjnej, w której przepisy szczególne przewidują takie postępowanie.

Może jednak ulec zawieszeniu do czasu ukończenia postępowania karnego.

To kategoryczne sformułowanie cytowanego wyżej przepisu („postępowanie... toczy się niezależnie...”) powiązane z wyrażoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy o izbach zasadą legalizmu, która rządzi postępowaniem rzecznika odpowiedzialności zawodowej (w świetle par. 20 rozporządzenia „rzecznik... wszczyna postępowanie wyjaśniające, jeżeli uzyskał wiarygodną informację o przewinieniu z zakresu lekarskiej odpowiedzialności zawodowej, czyli ma obowiązek wszczęcia, a nie pozostawione to jest jego decyzji), oznacza, że w każdym przypadku uznania, że popełnione przez lekarza przestępstwo stanowi równocześnie przewinienie zawodowe, powinno dojść do podwójnej odpowiedzialności.

Pozostaje więc do rozstrzygnięcia tylko kwestia, kiedy przestępstwo stanowi równocześnie przewinienie zawodowe.

W świetle art. 41 ustawy o izbach lekarskich „członkowie samorządu lekarzy podlegają odpowiedzialności zawodowej przed sądami lekarskimi za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii zawodowej oraz za naruszenia przepisów o wykonywaniu zawodu lekarza”.

⁶ M. Delmas-Marty; *Retlection sur la pouvoir disciplinaire*, jw. s. 158-159.

W tym stanie rzeczy nie budzi wątpliwości fakt, że fakt ukarania lekarza przez sąd karny za przestępstwo związane z wykonywaniem zawodu, (czyli „stanowiące naruszenie przepisów o wykonywaniu zawodu”) powinien pociągać za sobą powtórne pociągnięcie go do odpowiedzialności, tym razem zawodowej.

Celem wszczęcia postępowania w takim przypadku jest w szczególności zbadanie, czy sankcja zastosowana przez sąd karny jest również w ocenie sądu lekarskiego adekwatna, a w szczególności czy nie zachodzi potrzeba pozbawienia lekarza prawa wykonywania zawodu, albo też zawieszenia mu prawa wykonywania na czas dłuższy niż orzekł to sąd karny. Sąd karny może orzec w charakterze środka samoistnego lub obok innej kary zakaz wykonywania określonego zawodu na czas od 1 roku do lat 10 (art. 41 w zw. z art. 43 k.k. – jeżeli sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa wykonywanego zawodu lub okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem). Natomiast sąd lekarski może pozbawić lekarza tego prawa na zawsze.

Z praktyki rzecznika odpowiedzialności zawodowej oraz sądu lekarskiego wiadomo z jak wielkim dyskomfortem psychicznym prowadzili oni postępowanie w sprawach, w których mieli głębokie przekonanie, iż zastosowana przez sąd powszechny kara spełniła również cele postępowania zawodowego. Zdarzały się nawet przypadki, że dzieląc ustalenia sądu karnego co do winy lekarza (co oczywiście nie musi stanowić reguły, gdyż orzeczenie sądu karnego w tym zakresie nie wiąże sądu lekarskiego i odwrotnie), a równocześnie uznając za niecelowe dodatkowe jego ukaranie, sądy lekarskie odstępowały od wymierzenia kary.

Takie zakończenie sprawy, aczkolwiek być może w konkretnym przypadku zgodne z poczuciem sprawiedliwości, zawsze budziło poważne wątpliwości z punktu widzenia prawnego (w przepisach o izbach lekarskich brak jest podstawy prawnej do takiego rozstrzygnięcia, również w kpk [także nowym] nie ma przepisu, który można by zastosować odpowiednio). Wątpliwości te rozstrzygnął na niekorzyść takiej interpretacji Sąd Najwyższy, uznając w wyroku z 18.02.1994 r. iż „sąd lekarski orzekający w sprawie odpowiedzial-

ności zawodowej uznawszy oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu nie może odstąpić od wymierzenia kary⁷.

Problem możliwości odstąpienia od ukarania lekarza wymaga jednak pilnie jednoznacznego rozstrzygnięcia ustawowego. Ustawa o izbach lekarskich powinna zostać uzupełniona o przepis, który pozwoliłby sądowi lekarskiemu odstąpić od wymierzenia kary w sytuacji gdy dodatkowe ukaranie lekarza nie byłoby celowe. W Niemczech, gdzie ten problem jest analizowany w kontekście celów kary kryminalnej oraz dyscyplinarnej, zwolennicy dominującego obecnie poglądu o możliwości podwójnego ukarania za czyn stanowiący zarówno przestępstwo jak i wykroczenie, podkreślają, że nie powinno ono mieć zastosowania w każdym przypadku. Należy je dopuścić wyłącznie pod warunkiem, że zachodzi tzw. dyscyplinarna konieczność albo, jak to się określa „dyscyplinarny nawis”, co rozumie się w ten sposób, że szczególne cele, jakie miałyby do spełnienia w danym przypadku sankcja dyscyplinarna, nie zostały jeszcze przez wymierzenie kary kryminalnej osiągnięte⁸.

Na marginesie warto zaznaczyć, że z wejściem w życie nowego kodeksu postępowania karnego usunięta została dotychczasowa przeszkoda do umorzenia postępowania gdy przewinienie zawodowe było na tyle błahie iż niecelowe byłoby prowadzenie postępowania i wymierzenie kary. Nastąpiło to wskutek zmiany treści przepisu określającego okoliczności wyłączające postępowanie. Obecny art. 17 pkt. 3 kpk wymieniając jako jedną z tzw. negatywnych przesłanek procesowych znikomą szkodliwość społeczną czynu pomija użyte w art. 11 ust. 2 kpk z 1969 r. wyrazy „ustawa określa, że czyn” ..., istnienie których budziło wątpliwości co do możliwości zastosowania tej instytucji w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej.

Poważne kontrowersje natomiast nadal budzi problem, czy i ewentualnie w jakich warunkach lekarz może być pociągnięty do odpo-

⁷ Wyrok Sadu Najwyższego z 18.02.1994 OSNAP 1994/1/18.

⁸ Nowsze ustawy zawierają już wyraźne uregulowanie tego problemu. Por. np. § 46 ustawy z 20 X 1978 r. o zawodzie lekarza dla Palatynatu Reńskiego (GVBL s. 649), czy też art. 56 ust. 3 bawarskiej ustawy o izbach lekarskich z 9 III 1978 (GUBL s. 67).

wiedzialności zawodowej w przypadku popełnienia przestępstwa, które nie ma związku z wykonywanym przez niego zawodem.

Warto podkreślić, że w różnych krajach spotykamy się pod tym względem z różnymi rozwiązaniami.

W niektórych systemach prawnych np. w Austrii fakt wymierzenia lekarzowi za przestępstwo umyślne kary pozbawienia wolności lub grzywny w określonej wysokości, skutkuje automatycznie pociągnięciem go do odpowiedzialności dyscyplinarnej⁹.

W niektórych innych systemach (np. niemieckim, francuskim, belgijskim), gdy przestępstwo popełnione przez lekarza nie ma związku z działalnością zawodową, warunkiem pociągnięcia go do odpowiedzialności dyscyplinarnej jest stwierdzenie, iż doszło do splamienia honoru lekarza lub uchybienia godności zawodu. Na ile w konkretnym przypadku takie ustalenie może być trudne lub arbitralne, świadczą rozbieżne decyzje niemieckich organów dyscyplinarnych w sprawach prowadzenia przez lekarzy samochodu prywatnego w stanie nietrzeźwym. We Francji za przestępstwo uchybiające godności zawodu uznano np. wystawianie czeków bez pokrycia, umyślne zabójstwo, w Niemczech: kradzież w sklepie samoobsługowym, dopuszczenie się zniewagi urzędnika państwowego.

Jak już wspomniano, w Polsce, kwestia czy i w jakich warunkach można pociągnąć lekarza do odpowiedzialności zawodowej za przestępstwo nie związane z wykonywaniem zawodu jest sporna. Cytowany już przepis art. 41 ustawy o izbach lekarskich w części stwierdzającej, że podlegają odpowiedzialności zawodowej przed sądami lekarskimi **za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii zawodowej** wydaje się stwarzać możliwości różnej interpretacji.

Użycie między wyrazami „etyka” oraz deontologia zawodowa spójnika „i” może dawać podstawy do twierdzenia, że ustawodawca chciał pozostawić możliwość kwalifikowania jako przewinień zawodo-

⁹ W świetle przepisów § 95 ust. 2 Arztesetz z 1984 r. lekarz zawsze jest winny wykroczenia dyscyplinarnego w razie umyślnego popełnienia jednego lub większej liczby czynów zabronionych, za które sąd krajowy wymierzył karę pozbawienia wolności na czas dłuższy niż 6 miesięcy, albo karę grzywny w wymiarze wyższym niż 180 stawek dziennych.

wych również nieetycznych zachowań lekarza, które nie wchodzą w zakres etyki zawodowej, a miały miejsce np. w jego życiu prywatnym.

Takie zachowania niekonieczne, jak wiemy, muszą stanowić przestępstwo. Jeżeli jednak dopuścimy możliwość pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności zawodowej za czyn nieetyczny nie stanowiący przestępstwa, to można bronić poglądu (aczkolwiek jest on kontrowersyjny), że tym bardziej powinniśmy dopuścić taką ewentualność gdy lekarz swoim czynem nieetycznym wypełnił równocześnie znamiona przestępstwa.

Wykładnia gramatyczna wspomnianego przepisu pozwala jednak również przyjąć, że przydawka „zawodowej” odnosi się nie tylko do wyrazu „deontologia”, lecz również „etyka”, co przemawiałoby za węższym rozumieniem pojęcia „przewinienie zawodowe”.

W praktyce takie wątpliwości pojawiły w związku ze sprawami dwóch lekarzy, skazanych przez sądy karne za czyny zabronione ze skutkiem śmiertelnym, których dopuścili się oni wobec własnych żon (jeden został skazany za umyślne zabójstwo, drugi za ciężkie uszkodzenie ciała ze skutkiem śmiertelnym). W drugim z wymienionych przypadków okręgowy rzecznik odmówił wszczęcia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej uznając, że działanie lekarza w tym przypadku nie miało związku z wykonywaniem przez niego zawodu¹⁰. Postanowienie to uchylił Naczelny Rzecznik stojąc

¹⁰ W sprawie tej stan faktyczny był następujący: w trakcie kłótni małżeńskiej lekarz zadał żonie, zresztą również lekarskiej cios, w okolicę podbrzusza (tak mocny, że jak zeznał kilkuletni syn odpadły aż kółka od fotela) w wyniku czego nastąpiło krwawienie do jamy brzusznej a następnie wstrząs krwotoczny, co spowodowało jej zgon. Lekarz ten został skazany na podstawie art. 157 par. 2 k.k. na karę 7 lat pozbawienia wolności. Kiedy wyszedł na wolność po odbyciu kary do Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej wpłynął wniosek o wszczęcie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej. W sprawie tej (jeszcze nie zakończonej) postępowanie wyjaśniające poszło w kierunku ustalenia związku między opisanym wyżej czynem lekarza a wykonywanym przez niego zawodem. Po pierwsze, podjęto próbę stwierdzenia, czy lekarz po spowodowaniu ciężkiego uszkodzenia ciała żony zapewnił jej właściwą pomoc lekarską (odwiezienie do szpitala, prywatnym środkiem transportu, nastąpiło dopiero po upływie przeszło dwóch godzin od zdarzenia, kiedy to żona była już nieprzytomna). Po drugie, zmierzało do ustalenia, czy lekarz udzielając początkowo sam pomocy medycznej żonie, nie nadużył wiedzy zawodowej. Istniały podstawy do podejrzenia, że podając doustnie węgiel, stwarzał pozory, że zły stan zdrowia żony został spowodowany zatruciem nadmierną ilością leków. Również w szpitalu jako ewentualną przyczynę stanu żony podawał zatrucie, co w efekcie utrudniło właściwe rozpoznanie i leczenie.

na stanowisku, że w świetle ww. przepisu przedmiotem odpowiedzialności zawodowej może być nie tylko postępowanie pozostające w związku z wykonywaniem zawodu lekarza, lecz również każde inne, pod warunkiem uznania za sprzeczne z zasadami etyki.

Wobec wskazanych wątpliwości interpretacyjnych, w obowiązującym stanie prawnym kwestia ta musi być rozstrzygana każdorazowo przez sąd lekarski. W przyszłości powinna zostać jednak jednoznacznie uregulowana ustawowo. Niemniej jednak również obecnie wydaje się, że przepis art. 41 ustawy o izbach lekarskich należałoby interpretować przy uwzględnieniu treści art. 1 Kodeksu Etyki Lekarskiej (z 1991 r. w wersji z 1993 r.), który stara się zakreślić wzajemną relację etyki lekarskiej i etyki ogólnej oraz zobowiązuje lekarza do przestrzegania praw człowieka oraz dbania o godność zawodu lekarskiego. W świetle tego przepisu „naruszeniem godności zawodu jest każde postępowanie lekarza, które podważa zaufanie do zawodu”. Zdając sobie sprawę, z trudności związanych z każdorazową oceną, czy w konkretnym przypadku zachowanie lekarza, mające miejsce w życiu pozazawodowym spełnia ten warunek, wydaje się iż taki kierunek wykładni stanowi racjonalny kompromis między tendencją do ograniczania odpowiedzialności zawodowej lekarza wyłącznie do sfery zawodowej, a zasadą dublowania odpowiedzialności w każdym przypadku popełnienia przez niego czynu naruszającego zasadę etyki ogólnej, stanowiącego równocześnie przestępstwo.

Warto zasygnalizować, że w tym kierunku zmierzał projekt nowej ustawy o izbach lekarskich w wersji z 1994 r. proponując ograniczenie możliwości pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności zawodowej za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki zawodowej oraz „naruszające godność zawodu”¹¹.

¹¹ Projekt ustawy o izbach lekarskich z 11 maja 1994 r. Druk Sejmowy nr 413. W świetle art. 47 projektu „członkowie samorządu podlegają odpowiedzialności zawodowej za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki zawodowej oraz wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, za naruszenie godności zawodu oraz naruszenie obowiązków zawodowych wynikających z przepisów ustaw o zawodzie lekarza, o izbach lekarskich i innych ustaw. Wprawdzie można mieć wątpliwości, czy należy mówić o „naruszeniu godności”, czy nie lepiej byłoby użyć wyrażenia „uchybieństwo” godności, niemniej rozwiązanie to wydaje się zmierzać w kierunku zastosowania sankcji zawodowej w zasygnalizowanych wyżej sprawach.

4. Ratyfikacja przez Polskę Konwencji Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz nasze starania o przyjęcie do Unii Europejskiej, co oznaczać będzie przyjęcie jej systemu prawa (tzw. *aquis communautaire*), którego część stanowi zarówno ta Konwencja jak i wydane na jej tle orzecznictwo, czyni szczególnie aktualnym problem, czy do odpowiedzialności zawodowej lekarza, tak jak jest ona unormowana w Polsce, może mieć zastosowanie wspomniany już art. 6 ust. 1 Konwencji. Brzmienie tego przepisu jest następujące: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości”¹².

Problem ten pojawił w orzecznictwie organów ochrony praw człowieka w Strasburgu w związku ze skargami lekarzy z Niemiec oraz Belgii, na wyroki wydane przez organy orzekające w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej w tych krajach. Zarzucano, że zostały one wydane z naruszeniem cytowanego wyżej przepisu, gdyż albo skład sądu dyscyplinarnego nie gwarantował niezawisłości i bezstronności albo postępowanie przekraczało rozsądny czas trwania albo nie zapewniono obwinionemu lekarzowi publicznego procesu, czy też cho-

¹² Należy podkreślić, że oficjalne tłumaczenie na język polski tego przepisu jest nieprecyzyjne i może utrudniać zrozumienie istoty kontrowersji. Dotyczy to zwłaszcza wyrazów „przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym” (w tekście ang. „determination of... civil rights and obligations; a we franc. „contestations sur droits et obligation de caractere civil” oraz „oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej” (w tekście ang. „...any criminal charge against him”, we franc. de toute accusation en matiere penale” co raczej powinno być tłumaczone jako: każdego oskarżenia dziedzinie karnej).

ciażby publicznego ogłoszenia wyroku. Tylko dwa ostatnie zarzuty mogą odnosić się również do polskiego uregulowania prawnego w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej oraz znanej mi praktyki jego stosowania, dlatego też poniżej ograniczę się do ich przedstawienia.

Na wstępie należy jednak podkreślić, że zanim Komisja lub Trybunał Praw Człowieka ustosunkowały się do meritum tych zarzutów musiano rozstrzygnąć kwestię, czy w ogóle art. 6 Europejskiej Konwencji może mieć zastosowanie do postępowania dyscyplinarnego. Jak wynika z treści tego przepisu może to nastąpić w dwóch przypadkach. Po pierwsze wtedy, gdy, ustaleni się, że sposób ujęcia odpowiedzialności dyscyplinarnej w danym kraju pozwala je potraktować jako należące do dziedziny prawa karnego. Po drugie, gdy są podstawy do uznania, że postępowanie to dotyczy sporów z zakresu praw i obowiązków o charakterze cywilnym. Bowiem tylko te obszary podlegają rygorom przewidzianym, we wspomnianym przepisie art. 6 Europejskiej Konwencji.

Nie wdając się w szczegóły rozumowania prawniczego strasburskich organów ochrony praw człowieka należy zaznaczyć, że analizując problem, czy przepisy dyscyplinarne należą do dziedziny prawa karnego, stosują one trzy zasadnicze kryteria¹³. Pierwszym kryterium wstępnym jest sposób zakwalifikowania danej sprawy w prawie krajowym (wg dziedziny prawa do której można zaliczyć ustawodawstwo w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej np. administracyjnego, cywilnego, wykroczeń)¹⁴. Nigdy jednak nie poprzestaje się na tym kryterium formalnym, analizując zawsze dany przypadek również z punktu wi-

¹³ M. Delmas Mary, C. Teitgen Colly. Punir sans juger, de la repression administrative de droit administratif penal. *Economica*. Paris. 1992 s. 165.

¹⁴ Należy dodać, że odniesienie do kwalifikacji formalnej danej sprawy w wewnętrznym prawie krajowym, zbadaniu podlegają nie tylko teksty przepisów, przy uwzględnieniu charakteru prawnego nadanego im przez ustawodawcę, wydane do nich przepisy wykonawcze oraz ich interpretacja (uwzględniającej również wykładnię historyczną, autentyczną i celowościową). Analizą są objęte także zasady stosowania tych przepisów z punktu widzenia organów właściwych do ścigania oraz do orzekania (i to we wszystkich instancjach i w postępowaniu pozainstancyjnym – sąd powszechny, szczególny, organ administracyjny), a także charakter mającej zastosowanie procedury.

dzenia drugiego kryterium w postaci charakteru naruszenia¹⁵ oraz trzeciego kryterium, nawiązującego do surowości (dolegliwości) sankcji¹⁶.

Wszystkie przedstawione trzy grupy kryteriów powinny zostać skonfrontowane z okolicznościami sprawy, a potem ulegają „sumowaniu”, w celu stwierdzenia czy osiągnięto kwantum pozwalające na zakwalifikowanie danego naruszenia jako należącego do dziedziny prawa karnego¹⁷.

Mając na uwadze te względy dominuje przekonanie, w każdym razie jak na dzień dzisiejszy, że dotychczasowe orzecznictwo nie wydaje się wskazywać na to by organy ochrony praw człowieka w Strasburgu były skłonne uznać postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, zwłaszcza w takiej postaci w jakiej uregulowane jest ono we Francji, w Niemczech czy w Belgii, za należące do dziedziny prawa karnego.

¹⁵ W ramach kryterium odnoszącego się do przewinienia, analiza dotyczy charakteru naruszonej normy, chronionego interesu [(czy chodzi tu o interes ogólny, czy o prywatny, adresata normy i okoliczności czynu (takich jak np. czas lub miejsce)], a ponadto wagi naruszenia prawa ocenianej przez pryzmat szkody oraz stopnia dezaprobaty społecznej, z jakim naruszenie się to spotyka.

¹⁶ Surowość sankcji podlega ocenie przede wszystkim w aspekcie ustawowego zagrożenia. Analiza w tym zakresie musi być szczególnie wszechstronna oraz pogłębiona i uwzględniać zwłaszcza: cel tej sankcji (prewencyjny, represyjny, odstrasżający, wychowawczy, uniemożliwiający prowadzenie określonej działalności), jej charakter (czy polega np. na pozbawieniu wolności, czy innych praw, czy na dolegliwości majątkowej), jej wymiar (czas trwania lub wysokość), hipotetyczną dolegliwość (dedukowaną na podstawie miejsca, nadanego danej sankcji przez ustawodawcę w systemie środków represyjnych), jej współmierność do przewinienia, jak również szczególne zasady wykonania (miejsca wykonania, fakt odnotowania w rejestrze karalności, ewentualne kary zastępcze). Oznacza to, że odmiennie niż przyjmuje to np. Rada Konstytucyjna we Francji, w świetle orzecznictwa Trybunału Strasburskiego nie każda sankcja administracyjna o charakterze represyjnym, będzie automatycznie uznana za należącą do dziedziny karnej w rozumieniu art. 6 Europejskiej Konwencji, por. tamże s. 166.

¹⁷ Analizując pod tym kątem dotychczasowe orzecznictwo organów ochrony praw człowieka można dostrzec dwa rodzaje stosowanych schematów; głównie wg surowości sankcji (tak na tle sankcji dyscyplinarnych stosowanych w wojsku i w więzieniach) albo inny schemat wg którego kryterium surowości sankcji zostało wzięte pod uwagę alternatywnie z kryterium charakteru naruszenia. Takie rozumowanie widać na tle sprawy o wykroczenie drogowe (sprawa Ozturk przeciwko Niemcom – orzeczenie z 21 lutego 1984), w której to Trybunał wyraźnie nawiązał do natury (charakteru) naruszonego prawa, a w szczególności do jego adresatów i chronionego interesu. Stwierdzając, że prawo to nie dotyczy tylko określonej grupy o szczególnym statusie (jak to ma miejsce np. w prawie dyscyplinarnym), lecz jest adresowane do ogółu obywateli, i chroni wszystkich użytkowników dróg, Trybunał podkreślił dużą bliskość tego typu naruszeń z przestępstwami i zakwalifikował prowadzone w związku z nimi postępowania, jako należące do dziedziny karnej.

Taka odmowa jednak nie wyklucza możliwości zastosowania przepisu art. 6 Europejskiej Konwencji na drugiej z wymienionych w nim podstaw. Możliwość tę Trybunał dopuścił w kilku dyscyplinarnych sprawach „lekarskich”, uznając iż pozbawienie lekarza przez władzę dyscyplinarną prawa wykonywania zawodu (którego zasadność on kwestionował), powinno być potraktowane jako spór dotyczący praw i obowiązków o charakterze cywilnym nawet wtedy, gdy postępowanie miało miejsce przed sądem administracyjnym i będzie kwalifikowane jako relacja wchodząca w zakres prawa publicznego, a nie prywatnego. W ocenie Trybunału chociaż decyzja organu administracyjnego nie dotyczyła bezpośrednio prywatnoprawnych umów lekarza z pacjentami, niemniej jednak ponieważ chodzi o samą egzystencję lekarza, orzeczone wobec niego przez władzę administracyjną zakaz praktykowania ma ten sam skutek co orzeczenie w tym przedmiocie sądu w postępowaniu cywilnym¹⁸. Dlatego też gwarancje prawne rzetelności procesu, które przysługiwałyby mu w takim postępowaniu powinny i w tym przypadku mieć zastosowanie¹⁹. Warto dodać, że M. A. Nowicki – polski sędzia Trybunału w Strasburgu – polecając szczególnej uwadze samorządu lekarskiego, adwokackiego oraz samorządów innych zawodów jeden z późniejszych wyroków, w którym odwoływano się silnie do charakteru sankcji, podkreślił, że wspomniana już ustawowa możliwość orzeczenia kary polegającej na pozbawieniu lub zawieszeniu prawa wykonywania zawodu w przypadku każdego przewinienia zawodowego powoduje, że teoretycznie rzecz biorąc, art. 6 konwencji ma zastosowanie do wszystkich spraw dyscyplinarnych²⁰.

¹⁸ Sąd w swym wyroku dopuszczając ostatecznie w tym przypadku stosowanie art. 6 Europejskiej Konwencji podkreślił, że dla podjęcia decyzji co do tego, czy sprawa dotyczy „prawa (lub obowiązku) o charakterze cywilnym” relewantna jest jedynie istota, natura tego prawa (lub obowiązku). Nie ma natomiast większego znaczenia to, czy w sprawie tej właściwy organ korzystając z przysługującej mu władzy publicznej zastosował środek administracyjny ani też, że sprawa toczyła się przed sądem administracyjnym.

¹⁹ Sprawę tę, w której orzeczenie Trybunału zapadło 27.06.1997 r. relacjonujemy na podstawie artykułu M.A. Nowickiego „Gwarancje proceduralne jak przed sądem” zamieszczonego w Rzeczpospolitej N4.205 z 3.09.1997 s. 14. W sprawie tej skarżący został ukarany dyscyplinarnie karą zawieszenia wykonywania zawodu na 16 miesięcy za niewłaściwe zachowanie związane z toczącym się między nim sporem finansowym a jednym ze zleceniodawców.

²⁰ Tamże

5. Warto zaznaczyć, że po raz pierwszy do uznania iż art. 6 ma zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym doszło w wyroku z 28 VI 1978 w sprawie König przeciwko Niemcom, w której to zasadniczy zarzut dotyczył przewlekłości postępowania w sprawie pozbawienia prawa prowadzenia praktyki lekarskiej²¹.

Skarżący dr König praktykował w Niemczech jako lekarz laryngolog od 1949 r. W 1960 r. otworzył prywatną klinikę, w której wykonywał, w szczególności, zabiegi z zakresu chirurgii plastycznej. W 1967 r. cofnięto mu pozwolenie na prowadzenie kliniki pod zarzutem, że nie daje wystarczających gwarancji właściwego nią kierowania tzn., że brak mu staranności i wiedzy wymaganej do technicznego oraz administracyjnego zarządzania kliniką. Dr König odwołał się od tej decyzji do Sądu Administracyjnego we Frankfurcie, lecz zażalenie jego zostało odrzucone. W 1971 r. dodatkowo cofnięto mu prawo praktyki uzasadniając, to tym, że przy wykonywaniu zawodu wykazał brak profesjonalnego przygotowania oraz nie stosował się do standardów etyki medycznej. Zażalenie jego w tej sprawie zostało również ostatecznie odrzucone w 1978 r. przez sąd administracyjny. Postępowanie w tej sprawie przed instancjami krajowymi trwało prawie 9 lat, co strasburskie organy ochrony praw człowieka uznały za naruszenie wymogu rozstrzygnięcia sprawy „w rozsądnym terminie”, przyznając dr. König stosowne odszkodowanie.

Obserwując czas trwania postępowań dyscyplinarnych w Polsce, może nie tak długich, niemniej jednak również nieraz trwających kilka lat, można wyrazić obawy iż zarzut przewlekłości mógłby być często uznany za zasadny.

6. W innej sprawie lekarzy: Albert oraz le Compte Van Leuven, De Meyere przeciwko Belgii (wyrok Trybunału z 10 II 1983)²², zasadniczy zarzut dotyczył niedopuszczenia przez organy dyscyplinarne do publicznej rozprawy oraz publicznego ogłoszenia wyroku.

²¹ Wniosek nr 6232/73. Orzeczenie Komisji zostało opublikowane: Yearbook of the Convention on Human Rights, t. 18 z 1975 r., s. 178-191 dalej: YECHR. Wyrok Trybunału w: YCHR t. 21, z 1978 r. s. 618-622.

²² YECHR t. 26 z 1983 r., Eur. Court Case-Law, s. 3-7.

W Belgii w czasie wydania orzeczenia Trybunału postępowanie przed komisjami dyscyplinarnymi obu instancji nie miało charakteru publicznego. Również orzeczenia nie były ogłaszane. Jedynie rozprawa przed sądem kasacyjnym, jak też i jego wyrok w sprawie miały charakter jawny. Sąd kasacyjny nie bada jednak meritum sprawy lecz tylko jest kompetentny do badania zgodności orzeczenia z prawem.

Rząd belgijski wyłączenie jawności rozprawy w sprawach dyscyplinarnych przeciwko lekarzom uzasadniał przede wszystkim potrzebą „ochrony życia prywatnego stron”. Ponadto, twierdził, że prowadzenie rozprawy *in camera* jest bezpośrednią konsekwencją reguł dowodowych obowiązujących w postępowaniu dyscyplinarnym. Wprawdzie podobnie jak w postępowaniu karnym, w postępowaniu dyscyplinarnym przewinienie zawodowe musi być w zasadzie udowodnione obwinionemu. Zakres jednak oddziaływania tej zasady jest istotnie ograniczony poprzez fakt, że lekarz pociągany do odpowiedzialności dyscyplinarnej ma obowiązek mówienia kolegom, przed którymi zeznaje, prawdy i tylko prawdy. Ten obowiązek mówienia prawdy, stwarzający dogodne warunki dotarcia w postępowaniu dyscyplinarnym do prawdy obiektywnej, jest z punktu widzenia ochrony interesów obwinionego lekarza równoważony przez zasadę zakazującą ujawniania akt sprawy dyscyplinarnej, podawania do publicznej wiadomości orzeczenia, a nawet ujawniania sądowni karnemu, cywilnemu lub pokrzywdzonemu/skarżącemu wymierzonej lekarzowi przez organy dyscyplinarne sankcji. Wyłączenie jawności służy więc ochronie prawa lekarza do obrony oraz jego prywatności.

Poufność postępowania w ocenie rządu belgijskiego leży też w interesie porządku publicznego. Lekarz występujący przed organami dyscyplinarnymi często zeznaje o sprawach objętych tajemnicą zawodową. Fakty te nie mogą być jednak publicznie ujawnione, bo sąd dyscyplinarny nie ma prawa zwolnić go z tajemnicy zawodowej, do czego kompetencje ma wyłącznie sąd karny lub cywilny²³.

²³ Affaire of Le Compte, Van Leuven et De Meyer; [w:] Publications de la Courl Européenne des Droit de l' Homme, serie B: Memoires, Plaidoiries et Documents, vol. 38 (1980-1983), Greffe de la Cour Conseil de l' Europe Strasbourg 1984, s. 42-44.

Komisja Praw Człowieka nie podzieliła argumentacji rządu belgijskiego podnosząc następujące kontrargumenty. Twierdzenia, że niejawnosc procedury ma sluzyc ochronie prywatnosci stron lub jest podyktowana potrzeba ochrona porzadku publicznego, o ktorych mowa w zdaniu drugim § 1 art. 6 Europejskiej Konwencji nie sa do konca przekonujace, gdyz trudno wtedy wytлумaczyc, dlaczego procedura przed sadem kasacyjnym ma charakter jawny, a orzeczenia tego sadu podlegaja ogloszeniu.

Wyłączenie jawności procedury nie mogło również być uzasadnione charakterem przewinień zawodowych zarzucanych wspomnianym lekarzom. Dr Le Compte zostało zawieszona prawo wykonywania zawodu z powodu podania do publicznej wiadomości orzeczenia organów dyscyplinarnych w innej sprawie. Pozostali lekarze zostali skazani na taką samą karę za systematyczne ograniczanie swych honorariów do kwot zwracanych przez ubezpieczenia społeczne i za reklamę uznaną przez ich kolegów za naruszającą zasady deontologii zawodowej. W obu tych wypadkach chodziło w istocie o przewinienia dotyczące sfery wolności słowa, a nie kwestii etycznych czy związanych z wykonywaniem zawodu, gdzie mogłaby wchodzić w grę potrzeba zachowania tajemnicy zawodowej uzasadniająca wyłączenie jawności.

Wręcz przeciwnie, zdaniem Komisji skarżący się lekarze mieli wyraźny interes w tym, aby odbyła się publiczna rozprawa, a okoliczności sprawy nie wskazywały na to aby zachodziła potrzeba wglądu do jakiegokolwiek dokumentacji lekarskiej zawierającej dane objęte ochroną prawa do prywatności pacjentów, ich skargi nie dotyczyły bowiem leczenia pacjentów, ani spraw związanych z tajemnicą zawodową czy też ochroną własnego życia prywatnego lekarzy. W ocenie Komisji również brak było podstaw dla uzasadnienia wyłączenia jawności innymi względami wymienionymi w zd. 2 § 1 art. 6 Europejskiej Konwencji²⁴. Obwinieni mieli więc prawo żądania przeprowadzenia publicznej rozprawy, o której mowa w art. 6 Konwencji, chociaż zarówno litera jak i duch tego przepisu nie stoją na przeszkodzie aby dobrowolnie w sposób wyraźny lub dorozumiany zrezygnowali z tego prawa. W tym punk-

²⁴ Tamże s. 44.

cie stanowisko Trybunału różniło się od przyjętego przez Komisję Praw Człowieka, która raczej była skłonna uznać „niezgodność z Konwencją (niekonwencyjność „inconventionnalite”) każdej regulacji krajowej, która wyklucza publiczne rozpoznanie sprawy.

Problem, czy w zasadzie powinna być rozprawa przed organami dyscyplinarnymi jawna, z wyjątkiem przewidzianych przez prawo wyjątków, czy w zasadzie niejawna, chyba, że obwiniony lekarz żąda jej przeprowadzenia w warunkach jawności, a w szczególności czy można w tej drugiej sytuacji przyjąć, że brak żądania oznacza milczącą zgodę na przeprowadzenie rozprawy z wyłączeniem jawności, nadal jest na tle omawianego przepisu przedmiotem licznych kontrowersji.

Niemniej jednak nie budzi wątpliwości fakt, że system odpowiedzialności dyscyplinarnej, który nie dopuszcza możliwości żądania przez lekarza jawnego rozpoznania sprawy w warunkach kiedy by nie przemawiał za tym żaden wzgląd wymieniony w cytowanym wyżej art. 6 ust. 1 Konwencji, będzie uznany za niezgodny z jej przepisami.

Jak już wspomniano, w konsekwencji omówionego wyżej orzecznictwa europejskich organów ochrony praw człowieka, w niektórych krajach doszło do zmiany ustawodawstwa dotyczącego postępowania przed organami dyscyplinarnymi.

W Belgii wprowadzenie jawności rozprawy nastąpiło w 1985 r. Do tego czasu, jak już wspomniano, postępowanie dyscyplinarne było prowadzone z całkowitym wyłączeniem jawności zewnętrznej, miało charakter poufny (tajny – *secret*). Ustawa z 13 III 1985 zmieniła dotychczasową treść art. 24 *arrêté royal* nr 79 z 14 XI 1967 wprowadzając następujące zasady. Rady izb lekarskich poszczególnych prowincji obradują przy drzwiach zamkniętych. Rozprawy natomiast przed radami odwoławczymi są publiczne, o ile obwiniony nie zrezygnuje ze swego prawa do publicznej rozprawy, przy czym rezygnacja ta musi mieć charakter wyraźny²⁵.

²⁵ Jawność rozprawy może być również uchylona przez samą radę odwoławczą ze względu na moralność, porządek publiczny, bezpieczeństwo narodowe w państwie demokratycznym lub też interes małoletniego, ochronę życia prywatnego strony procesowej albo przez sąd, o ile uzna to za konieczne, gdyż – z uwagi na szczególne okoliczności – jawność nie służyłaby interesowi wymiaru sprawiedliwości. Art. 24 ust. 3.

We Francji, jak już wspomniano, zmiana regulacji nastąpiła dopiero w 1993 r.²⁶. Do tego czasu w świetle art. 15 dekretu nr 48 – 1671 z 23 X 1948 r. dot. funkcjonowania rad izb lekarskich, chirurgów, dentystów i położnych, a także sekcji dyscyplinarnej Narodowej Rady Izb Lekarskich, zarówno rozprawa przeprowadzana przed organami samorządu lekarskiego jak i narada nad wyrokiem nie miały charakteru publicznego. Ustawa z 1993 skreśliła tę część ww. przepisu, który dotyczył rozprawy, utrzymując równocześnie zasadę tajności narady nad orzeczeniem²⁷.

7. Przegląd orzecznictwa organów ochrony praw człowieka oraz ustawodawstw innych państw prowadzi do wniosku, że obowiązujące w Polsce przepisy ustawy o izbach lekarskich w przedmiocie ograniczonej zewnętrznej jawności postępowania (tzn. przewidziana w par. 5 rozporządzenia z 1990 r. zasada jawności rozprawy wyłącznie w stosunku do członków samorządu lekarskiego), nie odpowiadają standardom międzynarodowym i powinny być pilnie zmodyfikowane²⁸.

Na zmianę oceny tej sytuacji nie wpływa fakt, że postępowanie przed Sądem Najwyższym jest zawsze jawne. Decydujące znaczenie ma tu bowiem fakt, że odwołanie od orzeczeń sądów lekarskich do

²⁶ Dekret z 5.02.1993. J.O 9.02.1993 s. 2136.

²⁷ W myśl nowych przepisów rozprawa jest publiczna, jednakże prezydent (przewodniczący rady) może z urzędu lub na wniosek stron lub osoby, która wniosła skargę, zakazać udziału publiczności w całości lub części rozprawy o ile wymaga tego porządek publiczny, uzasadnia to potrzeba ochrony interesu prywatnego albo tajemnicy medycznej. Ponadto, stwierdza się wyraźnie, że ogłoszenie orzeczenia odbywa się publicznie. Rada jednak może podjąć decyzję o nieumieszczeniu w sentencji orzeczenia danych, zwłaszcza identyfikacyjnych, które mogłyby naruszyć prawo do prywatności osoby lub tajemnicę medyczną. Kopia decyzji doręczana jest osobie, która wniosła skargę, w celu poinformowania jej. Podkreśla się, że to uregulowanie jest jedną z konsekwencji wprowadzenia zasady jawności rozprawy są oczywiście: dopuszczalność udziału innych osób niż strony lub obrońcy, możliwość przystępowania do postępowań dotyczących innych osób (de joindre de requetes concemant les personnes differantes). Zwraca się też uwagę, że zmianie uległa również sytuacja obwinionych lekarzy, którzy nie będą się mogli już powoływać na naruszenia ich prawa do publicznego procesu chyba, że zarzut dotyczyć będzie tego, że decyzja wyłączająca jawność była bezzasadna Tamże, s. 143.

²⁸ Potrzebę odpowiedniej zmiany ustawodawczej sygnalizowałam już w 1991 r. Por. Odpowiedzialność zawodowa lekarza z perspektywy prawnoporównawczej. „Państwo i Prawo” 1991 Nr 3, s. 28.

SN przysługuje, jak już sygnalizowano, tylko w ograniczonej liczbie przypadków.

W razie zmiany obowiązujących przepisów możliwe jest przyjęcie jednego z dwóch najczęściej akceptowanych rozwiązań. Pierwsze, bazuje na zasadzie publiczności rozprawy od której dopuszcza się wyjątki wynikające z potrzeby ochrony wymienionych w Europejskiej Konwencji wartości i interesów. Zasada ta przyjęta jest w polskiej procedurze karnej. Drugie rozwiązanie za punkt wyjścia przyjmuje ograniczoną jawność rozprawy przed sądem w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej do członków samorządu lekarskiego, równocześnie uznając, że na żądanie obwinionego lekarza rozprawa powinna odbyć się publicznie, w tym także z możliwością dopuszczenia do udziału prasy, czy innych mediów.

Każde z wymienionych rozwiązań ma swoje zalety i wady. Za utrzymaniem zasady ograniczonej jawności i upublicznieniem rozprawy jedynie na żądanie obwinionego lekarza przemawia fakt, że postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, w odróżnieniu od postępowania karnego ma węższe cele. Jawność postępowania karnego odgrywa rolę społeczno-wychowawczą w odniesieniu do ogółu społeczeństwa, wprowadzając równocześnie swoistą kontrolę społeczną. Postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej ma natomiast na celu funkcje represyjno-wychowawcze w stosunku do pewnej tylko grupy społecznej, dlatego wystarczające będzie jeśli zasada jawności będzie dotyczyć tylko osób do tej grupy należących²⁹. Trudno natomiast podzielić argument, iż to, że z reguły w sprawach dyscyplinarnych ulegają ujawnieniu wiadomości objęte tajemnicą zawodową, samo przez się sprzeciwia się jawności zewnętrznej. Nie można bowiem zapominać, że tajemnica lekarska dotyczy również

²⁹ Tak uzasadniał celowość ograniczonej jawności zewnętrznej w postępowaniu dyscyplinarnym adwokatów Z. Czeszejko; jw. s. 167. Równocześnie autor ten przytacza argumentację F. Payen'a przeciwko całkowitej poufności postępowania dyscyplinarnego przeciwko adwokatom, gdzie podnosi się, że adwokaci są zainteresowani w tym, aby wiedzieć o uchybieniach zawodowych popełnionych przez ludzi, z którymi są zmuszeni się stykać codziennie i traktować ich po przyjacielsku, nie tylko na ławie obrończej, lecz również w poufalej atmosferze kulaarów". F. Payen; O powołaniu adwokatury, Warszawa 1938, s. 98 cyt. za Z. Czeszejko, jw. s. 167.

innych lekarzy, chyba że dojdzie do jej ujawnienia z uwagi na potrzebę leczenia. Dlatego też w sytuacji, gdy postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności lekarskiej może doprowadzić do ujawnienia takiej tajemnicy, obowiązkiem organu orzekającego jest prowadzenie postępowania przy drzwiach zamkniętych i to również dla członków samorządu lekarskiego, chyba że osoba zainteresowana wyrazi zgodę na ich obecność na takiej rozprawie.

Uzasadniając potrzebę wprowadzenia jawności rozprawy przed sądem lekarskim można podnieść kilka argumentów podawanych w kontekście procesu karnego. Wskazuje się tam m.in. na fakt, że publiczność procesu stanowi środek społecznej kontroli w stosunku do organów procesowych. W szczególności obecność szerszego kręgu osób na sali rozpraw zmusza organy procesowe do sumiennego przygotowywania się do rozprawy, do ścisłego obiektywizmu w postępowaniu, do zachowania powagi i przestrzegania form procesowych: działanie to ulega jeszcze spotęgowaniu przez prawo do ogłaszania sprawozdań z posiedzeń sądowych. Podkreśla się też, że publiczność oddziałuje na ogół dodatnio na zeznania świadków i biegłych oraz na wyjaśnienia oskarżonego i w ogóle oświadczenia stron, a mianowicie utrudnia w pewnym stopniu zamiar realizacji fałszywych oświadczeń i skłania do sumienności przy składaniu zeznań i wyjaśnień. Oskarżonemu niewinnemu jawność rozprawy daje też możliwość publicznej rehabilitacji³⁰.

Słusznie zwraca się też uwagę na fakt, że realizacja publiczności rozprawy jest uzależniona także od czynnika faktycznego w postaci warunków lokalowych, a zwłaszcza pojemności sali rozpraw a także, że jawność rozprawy i wynikająca stąd dowolność przekazywania wiadomości z rozprawy innym osobom nie oznacza jeszcze, że wszelkie formy rozpowszechniania tych wiadomości są dozwolone.

Gdyby przyjąć w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej zasadę, że rozprawa ma charakter publiczny tylko wtedy, gdy zażąda tego zainteresowany lekarz, to również powinny ulec zmianie przepisy dotyczące ogłoszenia wyroku. W świetle § 42

³⁰ M. Cieślak, jak z. 313-314.

rozporządzenia z 1990 r. ogłoszenie wyroku nie ma w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej charakteru publicznego. Z przepisu tego wynika, że po zamknięciu rozprawy i odbyciu narady przewodniczący ogłasza orzeczenie tylko stronom. Przepis ten analizowany w oderwaniu od innych, nawet nie przewiduje obowiązku ogłoszenia orzeczenia pokrzywdzonemu ani innym uczestnikom postępowania. Obowiązujące przepisy nakazują tylko doręczenie pokrzywdzonemu odpisu orzeczenia wraz z uzasadnieniem (§ 44 ust. 1 rozporządzenia z 1990 r.)

De lege ferenda należy przyjąć zasady wypracowane przez orzecznictwo europejskich organów ochrony praw człowieka, w myśl których ogłoszenie orzeczenia powinno być zawsze jawne. Mając na względzie potrzebę ochrony tajemnicy lekarskiej, celowe wydaje się zastosowanie rozwiązania przyjętego we Francji czy Belgii, kiedy to wyrok podlegający ogłoszeniu może nie zawierać danych identyfikujących osobę pacjenta. Stosując odpowiednio przepisy k.p.k. należy też przyjąć, że w przypadkach, gdy rozprawa przed sądem lekarskim została przeprowadzona z całkowitym lub częściowym wyłączeniem jawności, takie wyłączenie powinno mieć również miejsce przy ustnych motywach orzeczenia.

Słusznie jednak w doktrynie prawa karnego procesowego zwraca się uwagę, że wyrok, którego ogłoszenie jest jak wiadomo z reguły jawne nawet w przypadkach wyłączenia jawności rozprawy – może być podany do publicznej wiadomości tylko na mocy orzeczenia sądu, tytułem kary dodatkowej³¹. Takiej kary natomiast nie przewidują obowiązujące przepisy w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej³².

³¹ Tamże s. 316-317.

³² W świetle art. 45 ustawy o izbach lekarskich z 1989 r. lekarz ma tylko prawo domagać się aby orzeczenie o niewinnieniu lub umorzeniu postępowania w sprawie z zakresu odpowiedzialności zawodowej zostało opublikowane (na koszt izby) w organie prasowym samorządu lekarzy. W pozostałych sytuacjach odpis prawomocnego orzeczenia jest doręczany tylko osobom wskazanym przez ustawę tzn. poza stronami, pokrzywdzonym i obrońcom, właściwej okręgowej radzie lekarskiej do wykonania, Ministrowi Zdrowia i Opieki Społecznej, wojewodzie oraz Prezesowi Rady Lekarskiej do wiadomości. Prawomocne orzeczenie wydane w stosunku do członka Wojskowej Izby Lekarskiej przesyła się ponadto do wiadomości Ministrowi Obrony Narodowej (§ 58 ust. 2 rozporządzenia z 1990 r.).

Proponowane powyżej zmiany obowiązujących przepisów w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, stanowią program minimum niezbędny do usunięcia nie dających się wyeliminować w drodze wykładni niejasności obowiązujących przepisów oraz ich niezgodności ze standardami europejskimi.

Prof. dr hab. n. prawn. Mirosław Nesterowicz

Podstawy prawne odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego i lekarza*

1. Odpowiedzialność cywilna – uwagi ogólne.
2. Odpowiedzialność publicznego zakładu leczniczego.
3. Odpowiedzialność niepublicznego zakładu leczniczego.
4. Odpowiedzialność pracownicza lekarza zatrudnionego w zakładzie leczniczym.
5. Odpowiedzialność lekarza wykonującego prywatną praktykę.
6. Odpowiedzialność lekarza w spółdzielni lekarskiej.
7. Odpowiedzialność lekarza w spółce cywilnej lub w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością.
8. Odpowiedzialność lekarza prowadzącego działalność jako „niezależny kontrahent”.
9. Odpowiedzialność lekarza działającego jako „*negotiorum gestor*”.
10. Odpowiedzialność zakładu leczniczego i lekarza za świadczenia zdrowotne zamówione przez organy administracji rządowej lub gminę.
11. Odpowiedzialność zakładu leczniczego i lekarza, udzielających świadczeń zdrowotnych na podstawie umów z kasami chorych.

Doniosłe zmiany w systemie usług medycznych w Polsce, rozwój prywatnej praktyki lekarskiej w różnych formach prawnych, zamawianie świadczeń zdrowotnych przez organy administracji rządowej lub gminy, wprowadzenie ubezpieczeń zdrowotnych, wymagają rozważenia na nowo podstaw prawnych odpowiedzialności zakładów leczniczych i lekarzy za szkody wyrządzone pacjentom. O wadze pro-

*Prawo i Medycyna nr 1 (vol. 1), 1999

blemu świadczy także fakt, że coraz więcej „procesów lekarskich” trafia na wokandy sądowe i ustalenie podstaw prawnych odpowiedzialności pozwanych jest coraz bardziej złożone. Temu poświęcona jest poniższa praca.

1. Odpowiedzialność cywilna – uwagi ogólne

Kodeks cywilny przyjmuje dwa rodzaje odpowiedzialności:

– odpowiedzialność kontraktową (art. 471 i n.k.c.), gdy między stronami istnieje stosunek obligacyjny, a zwłaszcza umowny. Warunkiem koniecznym tej odpowiedzialności jest, by szkoda była następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania istniejącego uprzednio między stronami zobowiązania;

– odpowiedzialność deliktową (art. 415 i n.k.c.), która ma miejsce wtedy, gdy czyn niedozwolony wyrządzający szkodę następuje przy nieistnieniu, pomiędzy poszkodowanym a sprawcą czynu, żadnego stosunku obligacyjnego lub poza tym stosunkiem, a więc gdy wyrządzający szkodę naruszył nakaz czy zakaz obowiązujący go niezależnie od takiego stosunku.

Między obu rodzajami odpowiedzialności istnieją podobieństwa (co do szkody, związku przyczynowego między postępowaniem sprawcy a szkodą, winy) i istotne różnice (co do ciężaru dowodu okoliczności stanowiących przesłanki odpowiedzialności, zakresu i sposobów naprawienia szkody, odpowiedzialności za osoby trzecie, solidarności, regresów, terminów przedawnienia roszczeń, właściwości sądu w procesach odszkodowawczych), co ma zasadnicze znaczenie zarówno dla odpowiedzialności sprawcy szkody (lub osoby za szkodę odpowiedzialną), jak i dla dochodzenia roszczeń przez poszkodowanego.

W razie szkody na osobie, zachodzić może zbieg obu rodzajów odpowiedzialności (art. 443 k.c.). Szkoda na osobie, niezależnie od tego, że stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest jednocześnie czynem niedozwolonym. Wszelkie klauzule wyłączające lub ograniczające tego rodzaju odpowiedzialność należy uznać za nieważne jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.). Poszkodowany, związany ze sprawcą szkody stosunkiem umownym, może więc korzystać z podstawy kontrakto-

wej lub deliktowej odpowiedzialności. Wybór jednej z nich powoduje, że nie przysługują mu roszczenia oparte na drugiej podstawie odpowiedzialności, chyba że chodzi o roszczenia, które się wzajemnie nie wykluczają. Dlatego np. poszkodowany po zaspokojeniu swych roszczeń z umowy może wystąpić z roszczeniem deliktowym o zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę (z art. 445 k.c.) z tym zastrzeżeniem, że do tego roszczenia sąd musi zastosować całość reguł odpowiedzialności deliktowej.

2. Odpowiedzialność publicznego zakładu leczniczego

Publiczny zakład leczniczy może być utworzony przez naczelnego lub centralny organ administracji rządowej, wojewodę lub organ gminy lub związku międzygminnego (związku komunalnego), przedsiębiorstwo państwowe PKP oraz państwową uczelnię medyczną lub państwową uczelnię prowadzącą działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych (art. 8 ust. 1 i 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej z 1991 r., Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.). Publicznymi zakładami leczniczymi są więc zakłady prowadzone przez Skarb Państwa, gminy, związki gmin, PKP oraz państwowe osoby prawne (np. akademie medyczne). Publiczny zakład leczniczy może być jednostką budżetową lub zakładem budżetowym albo samodzielny, samofinansującym się zakładem mającym osobowość prawną. Udziela on świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych osobom uprawnionym z tytułu ubezpieczenia społecznego oraz innym osobom uprawnionym na podstawie odrębnych przepisów, nieodpłatnie, za częściową odpłatnością lub całkowitą odpłatnością (art. 33 cyt. ustawy). Publiczny zakład nie zawiera żadnej umowy z pacjentem, skoro obowiązek udzielenia pacjentowi świadczeń zdrowotnych płynie z ustawy. W konsekwencji jego odpowiedzialność wobec pacjentów ma charakter deliktowy (art. 417-420² k.c.).

Odpowiedzialność publicznego zakładu leczniczego ma reżim szczególny, co zostało wyraźnie określone w orzecznictwie. Zakład odpowiada nie tylko za „winę organizacyjną”, którą można nazwać winą własną zakładu, lecz także za czyny lekarzy i personelu medycznego.

W wyroku z dn. 8 I 1965 r. (II CR 2/65, OSPiKA 1967, poz. 220 z glosą A. Szpunara) Sąd Najwyższy przyjął pełną odpowiedzialność zakładu leczniczego (Skarbu Państwa) za szkody wyrządzone przez lekarza będącego funkcjonariuszem państwowym przy wykonywaniu powierzonej czynności, a więc nawet wówczas, gdy szkoda jest następstwem zawinionego błędu sztuki lekarskiej.

Pogląd ten ugruntowany został następnie w uchwale Sądu Najwyższego z dn. 15 II 1971 r. (III CZP 33/70, OSN 1971, poz. 59) w sprawie odpowiedzialności Skarbu Państwa oraz państwowych osób prawnych za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych. Uchwała głosi, że przepisy art. 417-419 k.c. normują odrębne podstawy odpowiedzialności za szkody, które odnoszą się tylko do odpowiedzialności Skarbu Państwa za funkcjonariuszy państwowych, i jednocześnie wyłączają stosowanie do tej odpowiedzialności innych podstaw odpowiedzialności, a zwłaszcza art. 430 k.c. (odpowiedzialność za podwładnego). Zbędne jest więc np. analizowanie, czy lekarz jest podwładnym zakładu państwowego, skoro podstawa odpowiedzialności jest inna.

Podstawą odpowiedzialności jest przede wszystkim art. 417 k.c., który normuje odpowiedzialność Skarbu Państwa za wszelkich funkcjonariuszy, bez względu na zakres ich uprawnień. Funkcjonariuszem jest zarówno lekarz, jak i pielęgniarka, położna, technik medyczny, laborant czy salowa, każda więc osoba pracująca w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, niezależnie od rodzaju i charakteru pełnionych funkcji oraz rodzaju stosunku zatrudnienia. Funkcjonariuszem jest zarówno lekarz zatrudniony na umowie o pracę, jak i lekarze pracujący na warunkach umowy-zlecenia w charakterze konsultantów, wykonujących na tej podstawie zabiegi specjalistyczne itp. Sąd Najwyższy stwierdza wprost, że: „Tak szeroki zakres hipotezy art. 417 k.c. ma w praktyce szczególnie doniosłe znaczenie dla oceny odpowiedzialności Skarbu Państwa za lekarzy zatrudnionych w służbie zdrowia. Pogląd o nieodpowiedzialności Państwa za szkody wyrządzone przez lekarzy na skutek błędów w zakresie diagnostyki i terapii, oparty na założeniu, że lekarze w tym zakresie nie są podwładnymi zakładów służby zdrowia, stracił – niezależnie od innych argumentów, które

mogłyby za tym przemawiać – swą aktualność na gruncie art. 417 k.c., skoro przepis ten takiej przesłanki nie przewiduje. Na podstawie tego przepisu Skarb Państwa odpowiada więc także za szkody wyrządzone przez lekarza pacjentowi na skutek wadliwego postawienia diagnozy lub stosowania terapii – oczywiście wówczas, gdy błąd nastąpił z winy lekarza”.

Jeżeli szkoda zostanie wyrządzona pacjentowi przez lekarza (personel medyczny) państwowego zakładu leczniczego, nie będącego *statio fisci* Skarbu Państwa, lecz mającego osobowość prawną (jak np. klinika akademii medycznej, czy państwowe centrum medyczne), odpowiedzialność za szkodę ponosi zamiast Skarbu Państwa ta osoba prawna na jednakowych zasadach prawnych (art. 420 k.c.).

Gmina, która prowadzi zakład opieki zdrowotnej, ponosi odpowiedzialność za szkody wyrządzone pacjentom na takich samych zasadach jak Skarb Państwa. Gmina wykonuje tu bowiem czynności własne, należące uprzednio do Skarbu Państwa i przekazane gminom po ich powstaniu. Jeżeli jednak szkoda zostanie wyrządzona przez lekarza gminy przy wykonywaniu zadań z zakresu administracji rządowej zleconych gminie na mocy przepisów ustawy albo powierzonych (np. przy leczeniu osób z zaburzeniami psychicznymi w domach pomocy społecznej), odpowiedzialność ponoszą Skarb Państwa i gmina solidarnie (art. 420¹-420² k.c.).

Skarb Państwa (gmina) ponosi odpowiedzialność z art. 417 k.c. wówczas, gdy są spełnione wszelkie przesłanki tej odpowiedzialności:

- wyrządzenie szkody przez funkcjonariusza państwowego,
- zawinione działanie lub zaniechanie tego funkcjonariusza,
- normalny związek przyczynowy pomiędzy tym działaniem lub zaniechaniem a wyrządzoną szkodą,
- wyrządzenie szkody przy wykonywaniu powierzonej funkcjonariuszowi czynności.

„Powierzenie wykonania czynności” może wynikać nie tylko z polecenia wykonania konkretnej czynności, lecz również z charakteru pełnionej przez funkcjonariusza funkcji i rodzaju zajmowanego stanowiska. Zakres czynności powierzonych lekarzowi traktuje się bardzo szeroko, jako czynności związane z całym procesem leczenia,

wszelkich badań i opieki nad pacjentem. Czynność jest powierzona nawet wtedy, gdy lekarz przekroczył obowiązujące go przepisy lub dokonał zabiegu nie leżącego w granicach jego specjalizacji. Istotne jest bowiem tylko, aby jego działanie lub zaniechanie było związane z realizacją celu, dla którego jest zatrudniony w zakładzie leczniczym.

W przypadku, gdy Skarb Państwa (gmina) nie ponosi odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego (lekarza lub innej osoby zatrudnionej w zakładzie leczniczym) na skutek braku jego winy, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego naprawienia szkody przez Skarb Państwa, jeżeli doznał uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia albo utracił żywiciela, a z okoliczności, zwłaszcza ze względu na jego ciężkie położenie materialne wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego (art. 419 k.c.). Jest to przepis wyjątkowy, dlatego stosować go można tylko przy spełnieniu wszelkich wymienionych w nim przesłanek.

Przesłanki odpowiedzialności z art. 419 k.c.:

a) szkoda musi być wyrządzona przy wykonywaniu powierzonych lekarzowi czynności. „Musi więc zachodzić normalny związek przyczynowy między zachowaniem się funkcjonariusza, wprawdzie niezawinionym, przy wykonywaniu powierzonej mu czynności a szkodą. Oznacza to, że art. 419 k.c. może być stosowany tylko w ramach hipotezy art. 417 k.c., nie może więc uzasadniać odpowiedzialności Skarbu Państwa poza granicami zakreślonymi w tym przepisie (art. 417 § 1 k.c.). Skarb Państwa nie może więc ponosić odpowiedzialności ze względu na zasady współżycia społecznego w wypadku, gdy szkoda nie jest następstwem działania lub zaniechania funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności” (orzecz. SN z dn. 14 I 1970 r., II CR 609/69, OSPiKA 1970, poz. 250);

b) poszkodowany musi doznać uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia albo utracić żywiciela. Zwykle szkoda ta przejawia się pod postacią kalectwa pacjenta, doznanych ran, oszpeceń, rozstroju psychicznego lub innych poważnych zaburzeń w stanie zdrowia (co stanowi podstawę do dochodzenia odszkodowania według art. 444 k.c. lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę według art. 445 § 1 k.c.) albo utraty osoby bliskiej, która była zobowiązana do dostarczenia

środków utrzymania bądź dobrowolnie i stale środki te dostarczała nie mając takiego obowiązku (art. 446 § 2 i 3 k.c.);

c) skutkiem wyrządzonej szkody poszkodowany stał się niezdolny do pracy albo znajduje się w ciężkim położeniu materialnym;

d) naprawienia szkody wymagają zasady współżycia społecznego.

3. Odpowiedzialność niepublicznego zakładu leczniczego

Zakład leczniczy niepubliczny, a więc np. klinika prywatna, spółdzielnia lekarska, centrum usług medycznych, ośrodek zdrowia organizacji społecznych, rzemiosła, związku wyznaniowego itp. odpowiada za szkodę wyrządzoną pacjentom w podobnym zakresie jak Skarb Państwa, lecz na innych zasadach prawnych. Ponieważ pacjent zawiera z takim zakładem umowę o usługi lecznicze podobne do zlecenia (art. 750 k.c.), odpowiedzialność zakładu ma charakter kontraktowy (art. 471 k.c.) przy zbiegu z odpowiedzialnością deliktową (art. 415 k.c.).

Za szkodę wyrządzoną z winy własnej zakład opieki zdrowotnej niepubliczny ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 471 k.c. lub art. 415 k.c., w zależności od rodzaju odpowiedzialności. Muszą być spełnione oczywiście wszelkie przesłanki odpowiedzialności, która opiera się na zasadzie winy (zdarzenie wyrządzające szkodę, szkoda, związek przyczynowy pomiędzy tym zdarzeniem a szkodą oraz wina osoby odpowiedzialnej za szkodę).

Jeżeli natomiast szkoda powstała na skutek działania lub zaniechania lekarza albo personelu medycznego, zakład leczniczy odpowiada za nią na zasadzie ryzyka z tytułu odpowiedzialności za osoby, którymi się posługuje przy wykonywaniu swoich zobowiązań (art. 474 k.c.) lub za podwładnego z art. 430 k.c. Nie było nigdy wątpliwości, że pielęgniarka, felczer, laborant, salowa są podwładnymi, gdyż ich podporządkowanie wobec zwierzchnika (osoby prawnej) było zawsze całkowite. Wątpliwości istniały natomiast w stosunku do lekarzy, którzy w stosowaniu swojej wiedzy medycznej są niezależni. W doktrynie prawa zwraca się jednak uwagę, że stopień zależności podwładnego może być różny w zależności od zajmowanego stanowiska i rodzaju wykonywanej pracy, co nie wpływa na istnienie stosunku podwładno-

ści. Lekarz może być uznany za podwładnego w pełnym zakresie, ponieważ podlega ogólnoorganizacyjnemu kierownictwu zakładu leczniczego, a czynności lecznicze wykonuje na rachunek zakładu, choćby miał w tym również własny interes. Dotyczy to zarówno publicznych zakładów opieki zdrowotnej, jak i niepublicznych, jeżeli lekarz działa na rachunek zakładu.

Odpowiedzialność zakładu leczniczego z art. 430 k.c. czy art. 474 k.c. opiera się na zasadzie ryzyka, bez względu na swoją winę. Zakład nie może się zwolnić od odpowiedzialności dowodem braku winy w wyborze lub winy w nadzorze lekarza lub personelu medycznego. Konieczną przesłanką odpowiedzialności jest przy tym ich wina oraz wyrządzenie szkody przy wykonywaniu powierzonych im czynności. Powierzenie to należy traktować szeroko.

Zakład leczniczy niepubliczny nie odpowiada natomiast na zasadach słuszności (współzycia społecznego), gdyż jest to jedynie wyjątkowa podstawa odpowiedzialności Skarbu Państwa, państwowej osoby prawnej lub gminy.

4. Odpowiedzialność pracownicza lekarza zatrudnionego w zakładzie leczniczym

Art. 120 § 1 kodeksu pracy (ustawy z dn. 26 VI 1974 r., Dz. U. Nr 24, poz. 141 z późn. zm.) przewiduje, że w razie wyrządzenia przez pracownika przy wykonywaniu przez niego obowiązków pracowniczych szkody osobie trzeciej, zobowiązany do naprawienia szkody jest wyłącznie pracodawca. Przepis ten dotyczy także zakładu leczniczego, niezależnie od tego, czy jest to publiczny zakład opieki zdrowotnej, spółdzielnia lekarska, czy np. prywatna klinika. Unormowanie powyższe oznacza, że za szkodę wyrządzoną przez lekarza (lub personel medyczny) na skutek wadliwego leczenia lub innych zaniedbań, odpowiedzialność cywilną wobec pacjenta (lub osób bliskich pośrednio poszkodowanych na skutek jego śmierci) ponosi wyłącznie zakład leczniczy, lecz z prawem regresu do lekarza (lub personelu medycznego). Uchyła to zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wielu orzeczeniach – odpowiedzialność cywilną lekarza (personelu medycznego) wobec poszkodowanego, chyba że szkoda została wy-

rzządzona z winy umyślnej, zakład pracy jest niewypłacalny lub niena-
leżycie ubezpieczony, albo szkoda została wyrządzona nie przy wyko-
nywaniu, lecz przy okazji wykonywania obowiązków pracowniczych.
Poszkodowany nie może więc swych roszczeń odszkodowawczych
dochodzić wobec pracownika zakładu leczniczego, lecz tylko wobec
zakładu leczniczego, który jest zobowiązany naprawić szkodę zgodnie
z przepisami kodeksu cywilnego. Ograniczona odpowiedzialność pra-
cownicza nie dotyczy lekarzy nie zatrudnionych na umowie o pracę,
lecz np. na umowie-zleceniu w centrum usług medycznych. Lekarze
ci ponoszą pełną odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy lecze-
niu (art. 415 k.c.). Nie dotyczy też lekarzy nie będących pracownikami
w rozumieniu art. 2 k.p., lecz funkcjonariuszami pozostającymi w sto-
sunku służbowym, np. lekarzy będących funkcjonariuszami wojska,
policji czy służby więziennej (uchwała SN z dn. 28 XI 1985 r., III CZP
61/85, OSN 10/1986, poz. 151). Lekarze ci ponoszą odpowiedzialność
solidarną ze Skarbem Państwa (art. 441 k.c.) za wyrządzone pacjen-
tom szkody.

Regres wynikający z odpowiedzialności pracowniczej jest ograni-
czony najwyżej do trzymiesięcznego wynagrodzenia pracownika (art.
119 k.p.), chyba że wyrządził on szkodę umyślnie, kiedy to – w razie
naprawienia jej przez pracodawcę – regres jest pełny (art. 122 k.p.).
W tym przypadku bowiem ustawodawca daje wyraźnie pierwszeń-
stwo funkcji restytucyjnej, rezygnując ze szczególnej ochrony docho-
dów i mienia pracownika-sprawcy (lekarza) przed nadmiernym
uszczerpieniem.

Lekarz ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa
działania lub zaniechania, z którego wynikła szkoda, a więc gdy za-
chodzi adekwatny związek przyczynowy. Nie jest natomiast odpowie-
dzialny za szkodę w takim zakresie, w jakim do jej powstania lub
zwiększenia przyczynił się zakład leczniczy (np. na skutek zaniedbań
organizacyjnych, których lekarzowi nie można przypisać) lub inna
osoba (art. 117 § 1 k.p.).

Trzeba jednak zauważyć, że ograniczona odpowiedzialność pra-
cownika budzi od dawna w doktrynie prawa cywilnego zastrzeżenia.
Osłabiona zostaje bowiem przez to funkcja prewencyjno-wychowaw-

cza odpowiedzialności cywilnej, ulega też pogorszeniu sytuacja poszkodowanego. Sprawca szkody wystąpi bowiem w procesie nie jako pozwany, lecz świadek zdarzenia wyrządzającego szkodę, gdyż nie ma on legitymacji biernej.

Ograniczona odpowiedzialność pracownicza budzi szczególne wątpliwości w stosunku do lekarzy, jako że może wpływać na ich staranność w wykonywaniu swoich obowiązków. Lekarzy nie można traktować tak jak innych pracowników, skoro w zakresie leczenia (diagnozy i terapii) są niezależni, na co wskazuje Kodeks Etyki Lekarskiej.

Dla porównania warto wskazać, że np. w Belgii ustawa z dn. 3 VII 1978 r. o umowie o pracę stanowi, że za szkodę wyrządzoną przez pracownika osobie trzeciej odpowiada wyłącznie zakład pracy, chyba że zachodzi po stronie pracownika wina umyślna lub rażące niedbalstwo („*une faute intentionnelle ou une faute lourde*”). Orzecznictwo przyjęło jednak, że nie odnosi się to do lekarzy, którzy – jako wykonujący wolny zawód – muszą ponosić odpowiedzialność osobistą i nie mogą się „skryć” za quasiimmunitetem pracowników (np. orzec. Cour d’appel de Bruxelles z dn. 24 XII 1992 r., *Revue generale de droit civil belge*, 1995, s. 208 i n.).

Sądzę, że kwestia ograniczonej odpowiedzialności lekarzy powinna być rozważona w orzecznictwie. Do podniesionych wyżej argumentów przeciwko jej stosowaniu należy dodać także przekształcenia w systemie opieki zdrowotnej. Dopóki dominowała społeczna służba zdrowia, prowadzona przez państwo, to Skarb Państwa płacił za wszystkie szkody wyrządzone przy leczeniu. Obecnie ta era się kończy. Powstają prywatne szpitale i kliniki, a publiczne zakłady opieki zdrowotnej stają się samodzielne i uzyskują osobowość prawną. Same odpowiadają za własne zobowiązania i nie mogą odesłać poszkodowanego do kasy Skarbu Państwa. W ich interesie jest więc także, aby nie ponosiły wyłącznej odpowiedzialności za wszelkie szkody wyrządzone przez lekarzy, nawet gdy postępowanie lekarzy ocenić można jako rażące niedbalstwo. Jestem zdania, że odpowiedzialność zakładu leczniczego i lekarzy za szkodę wyrządzoną z winy lekarzy powinna być solidarna (zgodnie z art. 441 § 1 k.c.).

5. Odpowiedzialność lekarza wykonującego prywatną praktykę

Lekarz wykonujący prywatną (indywidualną) praktykę zawiera z pacjentem umowę o usługi lecznicze. W prawie rzymskim czynności lekarza jako usługi wyższe zaliczano do *operae liberales*. Stanowiły one przedmiot zlecenia (*mandatum*) opierającego się na zaufaniu pacjenta do wiedzy i zdolności lekarza. Ponieważ zlecenie było nieodpłatne, lekarze nie otrzymywali wynagrodzenia w ścisłym znaczeniu tego słowa, lecz tylko honorarium, które było zwyczajowo przyjęte i traktowane jako wyraz wdzięczności. W celu jego dochodzenia nie służyła im żadna skarga oparta na zleceniu, natomiast pacjent – w razie szkody – dysponował przeciwko lekarzowi *actio marcdati directa*, była ona *infamans*. Uważa się, że ze względu na nieodpłatność *mandatum* świadczenie usług przez lekarza było altruizmem i tworzyło pewien czynnik w zakresie organizacji społecznej (F. Zoll).

W prawie polskim umowa pomiędzy pacjentem a prywatnie praktykującym lekarzem o usługi lecznicze jest umową nienazwaną o świadczenie usług (czynności faktycznych), do której odpowiednio stosuje się przepisy o zleceniu (art. 750 k.c.). Na jej podstawie lekarz zobowiązuje się do leczenia pacjenta w zakresie określonym umową. Tylko w sytuacjach wyjątkowych wolno mu przekroczyć granice udzielonej zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego (art. 35 k.c.). Na lekarzu ciąży wszelkie ogólne obowiązki, jakie ciążyą z istoty zawodu, przepisów prawa i kodeksu etyki lekarskiej na każdym lekarzu, a ponadto dodatkowe obowiązki umowne (np. opieki nad pacjentem, odwiedzania itp.). Zobowiązanie lekarza zazwyczaj polega na dołożeniu należytej, wysokiej miary staranności, co oznacza, że lekarz odpowiada tylko za brak tej staranności, co stanowi jego winę.

Lekarz nie zawiera natomiast z pacjentem umowy o dzieło, której przedmiotem jest osiągnięcie określonego rezultatu. Jakkolwiek bowiem jest zobowiązany uczynić wszystko, aby jak najlepiej leczyć pacjenta, to nie może odpowiadać za brak pomyślnego wyniku leczenia, który ze względu na różny stopień zaawansowania choroby, nie zawsze jednakową i możliwą do przewidzenia reakcją organizmu,

nie jest absolutnie pewny. Zobowiązaniem lekarza nigdy nie może być „wyleczenie”. Jeżeli jednak lekarz zobowiązuje się do osiągnięcia rezultatu (a więc złoży przyrzeczenie rezultatu zawierając umowę o dzieło czy umowę gwarancyjną) i rezultatu tego nie osiągnie, to mimo dołożenia należytej staranności i postępowania *lege artis* ponosi – m. zd. – odpowiedzialność za wyrządzenie pacjentowi szkody, tak jak za działanie podjęte bez zgody pacjenta, jeśli bez takiego zobowiązania ze strony lekarza pacjent nie wyraziłby zgody na zabieg.

Czasami jednak uważa się, że zobowiązanie lekarza ma charakter rezultatu, jak zwłaszcza w przedmiocie chirurgii estetycznej, podjętej na zdrowym organie. Pacjentowi nie chodzi bowiem wówczas o leczenie, lecz o rezultat (poprawienie linii, plastykę piersi, lifting twarzy, usunięcie tzw. błędu piękności). Podobnie zobowiązanie stomatologa do ekstrakcji zębów czy wykonania lub założenia protez dentystycznych traktuje się jako zobowiązanie rezultatu.

Lekarz, który zatrudnia w swoim gabinecie personel medyczny (np. pielęgniarkę) odpowiada za wyrządzone przezeń szkody niezależnie od własnej winy na zasadzie ryzyka z tytułu odpowiedzialności za pomocników i podwykonawców (art. 474 k.c.). Nie może się zwolnić od odpowiedzialności przez dowód braku winy w wyborze (że np. pielęgniarka ma odpowiedni dyplom, kwalifikacje i wykonuje zawód samodzielny) lub winy w nadzorze.

W razie wyrządzenia szkody pacjentowi odpowiedzialność lekarza jest jednocześnie deliktowa (art. 415 k.c.). Poza tym lekarz ponosi odpowiedzialność deliktową, gdy działa bez „uświadomionej” zgody pacjenta lub poza zakresem zgody (niedopuszczalne przez prawo poszerzenie interwencji), podejmuje eksperyment medyczny bez spełnienia wymaganych przesłanek (art. 22 i n. ustawy o zawodzie lekarza z 1996 r.), dokonuje zabiegu chirurgii estetycznej o ryzyku niewspółmiernym do oczekiwanych korzyści, odmawia pomocy, gdy jest do tego zobowiązany (art. 30 ustawy), nie podejmuje lub odstępuje od leczenia pacjenta z naruszeniem przepisów prawa (art. 38 ustawy), nie zachowuje tajemnicy lekarskiej (art. 40 ust. 1 ustawy), dokonuje przerwania ciąży z naruszeniem przepi-

sów ustawy (art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z 1993 r. z późn. zm.).

Odpowiedzialność lekarza jest także deliktowa wobec osób poszkodowanych na skutek śmierci pacjenta (np. żony, dzieci, rodziców) oraz wobec osób, które poniosły szkodę w wyniku wydania fałszywego lub błędnego świadectwa lub orzeczenia lekarskiego.

6. Odpowiedzialność lekarza w spółdzielni lekarskiej

Spółdzielnia lekarska działa na podstawie ustawy – prawo spółdzielcze z 1982 r. (Dz.U. – jedn. tekst z 1995 r., Nr 54, poz. 288). Przedmiotem gospodarczej działalności spółdzielni pracy jest prowadzenie wspólnego przedsiębiorstwa w oparciu o osobistą pracę członków (art. 181 cyt. ustawy). Pacjent leczący się w spółdzielni lekarskiej, zawiera umowę ze spółdzielnią, która zobowiązuje się do dostarczenia mu usług lekarskich poprzez któregoś ze swoich członków-lekarzy lub dokonania innych czynności o charakterze technicznym (np. różnych badań, analiz itp. przez personel spółdzielni) oraz zapewnienia mu strony organizacyjnej leczenia i bezpieczeństwa pobytu, opieki pooperacyjnej czy zabiegów rehabilitacyjnych (np. w klinice spółdzielni). Lekarz nie jest kontrahentem pacjenta, lecz jako członek spółdzielni, związany z nią umową o pracę, jest wykonawcą zobowiązań spółdzielni. W związku z tym odpowiedzialność kontraktową wobec pacjenta (przy możliwości zbiegu z odpowiedzialnością deliktową) ponosi spółdzielnia. Lekarz może wobec pacjenta ponosić jedynie odpowiedzialność deliktową, z czynu niedozwolonego (art. 415 k.c.).

Czasami jednak w ramach spółdzielni prowadzą działalność lekarze nie będący jej członkami, którym zapewnia ona jedynie organizacyjną stronę leczenia: Pacjent sam wówczas wybiera lekarza, z którym zawiera umowę. Stronami umowy o usługi lecznicze jest pacjent i lekarz. Odpowiedzialność kontraktową za niewykonanie lub nienależyte wykonanie tej umowy ponosi wtedy wyłącznie lekarz (art. 471 k.c.) przy zbiegu z odpowiedzialnością deliktową w razie szkody na osobie pacjenta (art. 415 k.c.).

7. Odpowiedzialność lekarza w spółce cywilnej lub w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością

Pacjent leczący się w spółce cywilnej lub w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zawiera umowę o usługi lecznicze ze spółką, niezależnie od tego, czy ma lub nie ma prawa wyboru lekarza. Za wyrządzone mu szkody ponoszą odpowiedzialność solidarną wszyscy współnicy spółki cywilnej (art. 864 k.c.) lub spółka z o.o. W tej ostatniej spółce współnicy nie odpowiadają osobiście za zobowiązania spółki (art. 159 k.h.). Nie uchyla to odpowiedzialności deliktowej każdego z lekarzy współników, gdy szkoda, której doznał pacjent jest wynikiem czynu niedozwolonego ze strony konkretnego lekarza.

8. Odpowiedzialność lekarza prowadzącego działalność jako „niezależny kontrahent”

Jeżeli lekarz w ramach zakładu opieki zdrowotnej prowadzi swoją prywatną działalność jako „niezależny kontrahent”, który korzysta tylko z lokalu i urządzeń zakładu, aparatów i narzędzi medycznych, personelu medycznego, sali operacyjnej itp., to tylko on zawiera umowę o usługi lecznicze z pacjentem. Jeśli jednak pacjent nie wie, jakie stosunki prawne łączą lekarza z zakładem, gdyż na zewnątrz występuje tylko zakład (np. reklamuje swoje usługi czy stosuje karty choroby z oznaczeniem tylko zakładu), pacjent ma prawo wówczas sądzić, iż zawiera umowę tylko z zakładem, a lekarz jest wykonawcą zobowiązań zakładu. Odpowiedzialność kontraktową za szkody wyrządzone pacjentowi przez lekarza ponosi zakład (art. 474 k.c.), a lekarz może ponosić jedynie odpowiedzialność deliktową z czynu niedozwolonego (art. 415 k.c.).

Nie można uznać za „niezależnego kontrahenta” chirurga czy anestezjologa, który nie jest w szpitalu zatrudniony na podstawie umowy o pracę, lecz jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą świadczy swoje usługi na rzecz zakładu na podstawie umowy cywilnoprawnej. Nie zawiera on bowiem żadnej umowy z pacjentem, lecz jedynie wykonuje zobowiązanie zakładu wobec pacjenta. Jest on osobą, którą zakład się posługuje i za którą ponosi pełną odpowiedzialność jak za własne działania i zaniechania (art. 474 k.c.).

Ponieważ lekarz taki nie jest pracownikiem, nie chroni go ograniczona odpowiedzialność z kodeksu pracy. Niezależnie od odpowiedzialności zakładu za wyrządzone pacjentom szkody ponosi on odpowiedzialność deliktową (art. 415 k.c.).

9. Odpowiedzialność lekarza działającego jako „negotiorum gestor”

Niekiedy lekarz może działać jako *negotiorum gestor* (prowadzący cudze sprawy bez zlecenia), np. gdy dobrowolnie udziela pomocy osobie nieprzytomnej, rannej w wypadku samochodowym albo samobójcy (art. 752 k.c.). Dla przyjęcia tej kwalifikacji prawnej działanie lekarza musi mieć miejsce poza jego obowiązkiem prawnym wynikającym z art. 30 ustawy o zawodzie lekarza i art. 68 Kodeksu Etyki Lekarskiej (np. gdy istnieje możliwość udzielenia niezwłocznej pomocy pacjentowi przez pogotowie ratunkowe). W razie wyrządzenia szkody ze swej winy lekarz ponosi wówczas odpowiedzialność kontraktową przy zbiegu z deliktową.

10. Odpowiedzialność zakładu leczniczego i lekarza za świadczenia zdrowotne zamówione przez organy administracji rządowej lub gminę

Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej daje możliwość włączenia w strukturę publicznych zakładów opieki zdrowotnej zakładów niepublicznych, a także prywatnie praktykujących lekarzy i inne osoby wykonujące zawody medyczne, jeżeli zawrą odpowiednie umowy z właściwymi organami państwa lub gminy (art. 35 ustawy). Podmioty te będą korzystały dla realizacji zamówionych zadań ze środków publicznych. Umowa może być zawarta z niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej, wpisanym do rejestru zakładów opieki zdrowotnej, bądź z prywatnie praktykującym lekarzem (lekarzem stomatologiem), a także osobą wykonującą inny zawód medyczny, jeżeli osoby te posiadają odpowiednie uprawnienia (specjalizację), odpowiedni lokal i aparaturę oraz sprzęt medyczny.

Za szkody wyrządzone pacjentom przez przyjmującego zamówienie odpowiedzialność ponoszą solidarnie zamawiający i przyjmujący zamówienie (art. 35 ust. 5 ustawy). Jakkolwiek bowiem zakłady i le-

karze korzystają ze środków publicznych i działają na rzecz zamawiającego (Skarbu Państwa lub gminy), to na własny rachunek.

Ich odpowiedzialność będzie miała charakter deliktowy, gdyż wykonują wobec pacjentów zobowiązanie Skarbu Państwa lub gminy. Pacjenci natomiast mają prawo do świadczeń zdrowotnych z tytułu ubezpieczenia społecznego lub na podstawie innych przepisów prawnych bez zawierania umowy.

11. Odpowiedzialność zakładu leczniczego i lekarza udzielających świadczeń zdrowotnych na podstawie umów z kasami chorych

Ustawa z dn. 6 II 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 z późn. zm.) zapewnia ubezpieczonym świadczenia zdrowotne. Ubezpieczony ma prawo wyboru kasy chorych (kasy powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego), a kasa działając na jego rzecz zawiera odpowiednie umowy z zakładami opieki zdrowotnej, lekarzami albo innymi osobami wykonującymi zawody medyczne. Podmioty te udzielają świadczeń zdrowotnych pacjentom na podstawie umów zawartych z kasami chorych, bez zawierania odrębnej umowy z pacjentami, którym przysługuje prawo do tych świadczeń z tytułu ubezpieczenia społecznego. W związku z tym odpowiedzialność tych podmiotów jest deliktowa i opiera się na odpowiednich przepisach prawnych w zależności od tego czy jest to publiczny zakład leczniczy (art. 417-420² k.c.), czy zakład niepubliczny lub lekarz wykonujący prywatną praktykę (art. 415, 430 k.c.). Natomiast kasa chorych może ponieść odpowiedzialność wobec pacjenta jedynie w razie winy w wyborze albo winy w nadzorze realizacji umowy o świadczenia zdrowotne (np. stosowania procedur diagnostycznych i terapeutycznych pod względem jakości i zgodności z przyjętymi standardami – art. 61 cyt. ustawy).

CZEŚĆ II. AKTY PRAWNE

1. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny.*
Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie (Przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996 roku).
2. Protokół dodatkowy do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny, w sprawie Zakazu Klonowania Istot Ludzkich.**
3. Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152; ze zm.).
4. Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich (Dz.U. Nr 30, poz. 158; ze zm.).
5. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93).
6. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553).
(Sprostowanie: Dz. U. Nr 128, poz. 840)
(Zmiany: Dz. U. z 1999 r. Nr 64, poz. 729, Nr 83, poz. 931; z 2000 r. Nr 48, poz. 548, Nr 93, poz. 1027, Nr 116, poz. 1216; z 2001 r. Nr 98, poz. 1071)
7. Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej: 1991 z późn. zmianami
Dz.U. 91.91.408 – tekst: ost. zm. 2001.10.21 Dz.U.01.111.1193.

*Wydrukowano w: Prawo i Medycyna nr 3 (vol. 1), 1999

**Wydrukowano w: Prawo i Medycyna 3 (vol. 1), 1999

CZEŚĆ III. BIBLIOGRAFIA

1. Marian Filar *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, 2000.
2. Mirosław Nesterowicz *Prawo medyczne*, V wyd. TNOiK Toruń 2001.
3. Marek Safjan *Prawo i Medycyna*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998.
4. Eleonora Zielińska *Odpowiedzialność zawodowa i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Lieber, Warszawa 2001.
5. Kwartalnik *Prawo i Medycyna*, numery od 1 do 11, Abacus, Warszawa.

N O T A T K I

N O T A T K I

N O T A T K I