

Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 2



PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

kwartalnik

Czasopismo recenzowane według wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Rada Programowa

Przewodniczący prof. dr hab. Mirosław Wielgoś

Medycyna

dr Marek Balicki, prof. dr hab. Zbigniew Czernicki, prof. dr hab. Jan Doroszewski, prof. dr hab. Barbara Górnicka, prof. dr hab. Marcin Gruchala, prof. dr hab. Paweł Krajewski, prof. dr hab. Marek Krawczyk, prof. dr hab. Tomasz Pasierski, prof. dr hab. Leszek Pączek, prof. dr hab. Robert Rejda, prof. dr hab. Wojciech Rokita, prof. dr hab. Piotr Rutkowski, dr Tadeusz Urban, prof. dr hab. Andrzej Witek, prof. dr hab. Paweł Włodarski,

Prawo i etyka

dr Anna Alichniewicz, prof. dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska, prof. dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, prof. dr hab. Adam Górski, prof. dr hab. Leszek Kubicki, prof. dr hab. Agnieszka Liszewska, prof. dr hab. Teresa Mróz, prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz, prof. dr hab. Alicja Przyłuska-Fischer, prof. dr hab. Zbigniew Szawarski, prof. dr hab. Małgorzata Świdorska, prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski, prof. dr hab. Eleonora ZielińskaRedaktor naczelnydr hab. Maria Boratyńska

Redaktor ds. medycznych

prof. dr hab. Agnieszka Cudnoch-Jędrzejewska

Redaktor ds. bioetycznych

dr Joanna Różyńska

Redaktor ds. praw autorskich

dr hab. Wojciech Machała

Redaktorzy naukowci

dr hab. Maria Boratyńska, dr hab. Przemysław Konieczniak, dr hab. Wojciech Machała, dr Jacek Malczewski, dr Joanna Różyńska,

Redaktor językowy

Maciej Ganczar

Dział promocji

dr Antonina Doroszevska

Redaktor statystyczny

mgr inż. Krzysztof Krasuski

Redaktor techniczny

mgr Wojciech Rożdżeński

Adres redakcji

Warszawski Uniwersytet Medyczny, I Wydział Lekarski, ul. Żwirki i Wigury 61 02-091 Warszawa

Wydawca

Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61 02-091 Warszawa

Projekt okładki

CORNERIA

opracowanie graficzne Global Scientific Platform/www.pandawer.pl

Nakład 500 egz.

ISSN 2657-8573T

Tytuł dofinansowany przez Śląską Izbę Lekarską

SPIS TREŚCI

Mateusz Klinowski
Uniwersytet Jagielloński

Czy sumienie zawodowe jest kwestią moralności?	5
---	---

Ewa Plebanek
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Ocena stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej w zawodach medycznych. Przewinienie zawodowe „mniejszej wagi” i „znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu” jako przesłanki umorzenia postępowania	38
---	----

Wojciech Rożdżeński
Uniwersytet Warszawski

Niewłaściwe wyżywienie jako podstawa odpowiedzialności podmiotu leczniczego	71
--	----

Damian Kaczan
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Weterynaryjne badania kliniczne a badania kliniczne z udziałem ludzi	99
---	----

Jan Dytko
Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach

Asygnowanie medycznych badań naukowych	116
---	-----

Jacek Malczewski
Uniwersytet Jagielloński

Prawo do śmierci po wyroku Sądu Najwyższego Kanady w sprawie <i>Carter</i> (2015)	136
--	-----

ORZECZNICTWO

Mirosław Nesterowicz, Natalia Karczeńska-Kamińska

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 sierpnia 2015 r.,
I ACa 286/15 150**

Jan Ciechorski

Wyższa Szkoła Humanistyczna w Sosnowcu

**Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r.,
sygn. I CSK 524/14 163**

ZMIANY W PRAWIE

Małgorzata Świdorska

Wyższa Szkoła Administracji i Biznesu im. Eugeniusza Kwiatkowskiego w Gdyni

**Kilka uwag o prawach pacjenta w przepisach Ustawy o opiece zdrowotnej
nad uczniami z dnia 12 kwietnia 2019 r. 178**

Streszczenia polskie PPM 2/2019 187

CZY SUMIENIE ZAWODOWE JEST KWESTIĄ MORALNOŚCI?

Niniejszy tekst jest przyczynkiem do dyskusji toczącej się wokół problematyki wyłączeń światopoglądowych, czyli nadzwyczajnych sytuacji, kiedy osoba wykonująca określony zawód, bądź świadcząca określonego rodzaju usługi, może uchylić się od nakładanych w związku z tym na nią obowiązków, a to z uwagi na żywione przez siebie przekonania. W literaturze światowej zagadnienie to obecnie omawiane jest najczęściej w kontekście zjawiska wielokulturowości społeczeństw i możliwej dyskryminacji na tle różnic kulturowych¹. Jednak w Polsce zagadnienie wyłączeń światopoglądowych, zwanych również sprzeciwem sumienia, w znakomitej większości przyjmuje kształt dyskusji nad lekarską (medyczną) klauzulą sumienia – sposobem jej rozumienia oraz uzasadniania².

¹ Licznych publikacji doczekało się np. zagadnienie sprzeciwu sumienia wobec obowiązku służby wojskowej. Ostatnio zaś uwaga opinii publicznej skupia się na obowiązku szczepień dzieci.

² Termin „wyłączenie światopoglądowe” (ang. *conscious exemption*) bywa używany zamiennie z terminem „sprzeciw sumienia” (ang. *conscious objection*). Pojawiają się jednak opinie, ku którym się skłaniam, że z punktu widzenia prawa terminy te oznaczają dwie zupełnie różne sytuacje. I tak wyłączenia światopoglądowe to przewidziane prawem wyjątki od realizacji obowiązku prawnego, gdy sprzeciw sumienia wiąże się z odmową wykonania obowiązku prawnego podejmowanego nie w ramach klauzuli sumienia, ale w warunkach ryzyka i z gotowością poniesienia odpowiedzialności prawnej. W tym ujęciu lekarska klauzula sumienia jest wyłączeniem światopoglądowym, nie sprzeciwem sumienia – por. Zdanie odrębne sędzi TK Sławomiry Wronkowskiej-Jaśkiewicz do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14, s. 69.

Światopogląd i sumienie – regulacje prawne

Charakteryzując miejsce sumienia w aktualnie obowiązującym porządku prawnym, należy zacząć od rozdziału II Konstytucji zatytułowanego *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, gdzie znajdują się dwa przepisy wprowadzające wolność sumienia:

art. 53 ust. 1 Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii.

ust. 7 Nikt nie może być obowiązany przez organy władzy publicznej do ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania.

W przepisie tym sumienie i religia występują łącznie, choć są od siebie odróżniane. Z podobnym przypadkiem spotykamy się w Ustawie z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, gdzie w art. 1 ust. 1 czytamy:

Art. 1.1. Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu obywatelowi wolność sumienia i wyznania.

2. Wolność sumienia i wyznania obejmuje swobodę wyboru religii lub przekonań oraz wyrażania ich indywidualnie i zbiorowo, prywatnie i publicznie.

Co istotne, przepis ust. 2 określa, na czym polegać ma wolność sumienia. Oznacza ona swobodę wyrażania *przekonań*, w tym wyrażanie ich publicznie. Z treści przepisu wynika więc, że sumienie rozumieć można jako pewne przekonania, niekoniecznie o charakterze religijnym.

Jednocześnie w ustawie zarysowano wyraźnie granice tak rozumianej swobody sumienia:

Art. 3. 1. Uzewnętrznianie indywidualnie lub zbiorowo swojej religii lub przekonań może podlegać jedynie ograniczeniom ustawowym koniecznym do ochrony bezpieczeństwa publicznego,

porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób.

2. Korzystanie z wolności sumienia i wyznania nie może prowadzić do uchylania się od wykonywania obowiązków publicznych nałożonych przez ustawy.

3. Ze względu na przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne obywatele mogą występować o przeznaczenie do służby zastępczej na zasadach i w trybie określonych w ustawie z dnia 28 listopada 2003 r. o służbie zastępczej.

Z powyższego wynika, że *kierowanie się sumieniem* (bo chyba tak należy rozumieć występujące w przepisie wyrażenie „uzewnętrznianie przekonań”) może zostać ograniczone z kilku ważnych i ogólnie wymienionych przyczyn, ale z pewnością nie może stanowić generalnego powodu do uchylania się od obowiązków publicznych. Zapis art. 3 ust. 2 należy rozumieć tu jako zasadę ogólną (*lex generalis*), dla której wyjątek stanowi ust. 3, w którym mowa jest o tzw. służbie zastępczej. Choć wyjątkowi temu poświęcono w literaturze sporo miejsca³, dla niniejszego wywodu najważniejsze jest jednak spostrzeżenie, że Ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania umożliwia uchylenie się od obowiązku prawnego na podstawie posiadanych przekonań (religijnych, moralnych) uzależnia od istnienia przepisu odpowiedniej rangi (ustawowej) w stosunku do *lex generalis* wyrażonego w art. 3 ust. 2. Takim wyjątkiem jest właśnie przepis Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (dalej w tekście jako: uzl), wyrażający lekarską klauzulę sumienia:

Art. 39. Lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyska-

³ Dobrze omówienie tej problematyki zawiera przykładowo praca T. Żuradzkiego, *Uzasadnienie sprzeciwu sumienia*, „Diametros” 2016, nr 47, s. 107–114.

nia tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego.

Przepis obowiązuje obecnie w „okrojonym” kształcie, a to za sprawą wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r. (K 12/14), gdzie uznano, że sumienie lekarza nie może być ograniczone niecierpiącymi zwłoki przypadkami, oraz że nie można żądać od lekarza wskazania innych możliwości uzyskania odmawianego pacjentowi świadczenia⁴.

Zwróćmy uwagę, że w przepisie tym nie ma mowy o wyznaniu czy religii, ale po prostu mówi się o *sumieniu*. W przeciwieństwie do cytowanego powyżej art. 3 ust. 3 Ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, w art. 39 uzl nie ma mowy nawet o zasadach czy poglądach moralnych. W kontekście przywołanych powyżej przepisów powinniśmy więc zakładać, a przynajmniej nic nie przeczy takiemu założeniu, że art. 39 uzl konstytuuje wyłączenie światopoglądowe od obowiązku świadczenia zdrowotnego, którego podstawą jest posiadanie *przekonań*, niekoniecznie przekonań *moralnych*. O jakiego rodzaju przekonania będzie tu więc chodzić? Zanim przejdziemy do odpowiedzi na to pytanie, przyjrzyjmy się dotychczasowej dyskusji wokół lekarskiej klauzuli sumienia.

Krótką charakterystyka dotychczasowej dyskusji o lekarskim sumieniu

Dyskusja wokół lekarskiej klauzuli sumienia koncentrowała się w Polsce przede wszystkim na treści normy art. 39 uzl. Z jednej strony spierano się o zakres wolności sumienia konstytuowany na podstawie tej normy, często w formie przystępnej publicystyki, z drugiej – dyskutowano

⁴ Dz.U. 2015 poz. 1633.

znaczenie zwrotów użytych w przepisie, celem najpełniejszego objaśnienia konstytuowanych przepisem kryteriów zastosowania klauzuli w praktyce⁵.

Problemem objaśnienia treści lekarskiej klauzuli sumienia zajął się Włodzimierz Galewicz⁶. Autor ten wyszedł od następującego ujęcia art. 39 uzł: „w określonych warunkach lekarz może odmówić wykonania prawnie akceptowanych świadczeń pewnego określonego typu, jeżeli są one niezgodne z sumieniem”, by następnie analizować każdy z wyróżnionych przez siebie elementów przepisu.

Z punktu widzenia niniejszego tekstu istotnym jest zwłaszcza rozumienie warunku *niezgodności z sumieniem*. Galewicz referuje tu koncepcję Maya, według której sprzeciw sumienia jest negatywnym sądem etycznym wskazującym na *niemoralność* określonych czynności medycznych⁷. Następnie autor rozwija tę koncepcję, pisząc:

Praktyki niemoralne odróżnia się przy tym od innego typu procedur medycznych, które również mogą budzić szerzej rozumiane etyczne obiekcje, takich jak czynności terapeutyczne oceniane jako szkodliwe lub niepotrzebne, lub też niezgodne z nakazami społecznej sprawiedliwości. Samą zaś niemoralność ujmuję się jako swoistą negatywną wartość, ugruntowaną w rodzajowej naturze niemoralnej czynności, a w rezultacie przysługującą wszystkim czynnościom danego rodzaju⁸.

Zdaniem Galewicza (ale chyba już nie Maya) zatem czynności podejmowane przez lekarza mogą budzić obiekcje jego sumienia na dwa sposoby: a) mogą być *niemoralne*, bo zdaniem lekarza każda czynność tego rodzaju jest *niemoralna* (np. pozbawienie życia człowieka), b) nie są w powyższym sensie

⁵ Por. Z. Szawarski, *Nie masz prawa*, „Gazeta Wyborcza”, 1 sierpnia 2014, s. 8, oraz A. Zoll, *Każdy ma prawo do klauzuli sumienia*, „Gazeta Wyborcza”, 19–20 lipca 2014, s. 20–21.

⁶ W. Galewicz, *Jak rozumieć medyczną klauzulę sumienia*, „Diametros” 2012, nr 34, s. 136–153.

⁷ T. May, *Rights of Conscience in Health Care*, „Social Theory & Practice” 2001, no. 27 (1), s. 111–128.

⁸ W. Galewicz, *Jak rozumieć medyczną klauzulę sumienia*, op. cit., s. 143.

niemoralne, a sprzeciw sumienia budzą z innych powodów niż sama *natura* czynności. Zdaniem Galewicza, w obu wypadkach mamy jednak do czynienia z „negatywną oceną etyczną”, „budzącą w niejednym lekarzu sprzeciw mający wszelkie znamiona sprzeciwu sumienia”.

Na poparcie tego spostrzeżenia Galewicz przywołuje zresztą następujące stanowisko Jakuba Pawlikowskiego:

Lekarze mogą bowiem odmawiać świadczeń, które w oparciu o swoją wiedzę i doświadczenie uważają za nieuzasadnione medycznie (np. antybiotyków w infekcjach wirusowych, cięcia cesarskiego na życzenie pacjentki, operacji plastycznych bez związku z wcześniejszym uszkodzeniem powłok lub wadą wrodzoną), szkodliwe dla pacjenta (np. terapii mającej znamiona uporczywości) lub o wątpliwej skuteczności (np. homeopatia)⁹.

Zostawiając więc inne zagadnienia poruszane w tekście Galewicza na boku, przedmiotem klauzuli sumienia są nie tylko obiekcje moralne *sensu stricto*, ale wszelkie rozterki lekarza na temat tego, które czynności medyczne (świadczenia zdrowotne) są *właścive*, a które *niewłaścive* w konkretnym przypadku.

Ograniczenia na rodzaj dopuszczalnych obiekcji sumienia w zastosowaniu art. 39 uzł. nakłada z kolei Tomasz Żuradzki, podnosząc w swojej pracy, że powołanie się na sumienie każdorazowo powinno zawierać uzasadnienie odpowiedniego rodzaju¹⁰. Obiekcje będące przesłanką i podstawą do skorzystania z klauzuli sumienia muszą być bowiem: a) autentyczne, przynajmniej w tym sensie, że powołującemu się na nie nie można wykazać hipokryzji, b) trafne (nieoparte na fałszywej wiedzy) oraz c) odpowiedniej rangi (nie są np. wyrazem różnic rasowych czy

⁹ J. Pawlikowski, *Klauzula sumienia – ochrona czy ograniczenie wolności sumienia lekarza? Głos w obronie wolności sumienia lekarzy* – Dyskusja: Jakich świadczeń medycznych wolno odmówić ze względów moralnych? 1.10.2012, s. 4, http://www.ptb.org.pl/pdf/pawlikowski_klauzula_1.pdf.

¹⁰ T. Żuradzki, *Uzasadnienie sprzeciwu sumienia*, op. cit., s. 98–128.

religijnych). Żuradzki rozwija tutaj zresztą koncepcję sformułowaną przez Roberta F. Carda¹¹.

Z prac tych wylania się jednak spójny pogląd, że przesłanką skorzystania przez lekarza z przepisu art. 39 uzł jest posiadanie odpowiednio uzasadnionych obiekcji, które nie muszą z konieczności odwoływać się do przekonań *moralnych*, w sensie zespołu pewnych reguł kwalifikujących zachowania *określonego rodzaju* jako dobre lub złe – a często przyjmowanych w ramach określonego wyznania czy praktykowanej religii. Klauzula sumienia, tutaj dodatkowy argument za takim właśnie jej rozumieniem, służy przecież również tym lekarzom, którzy nie posiadają religijnie motywowanego sumienia, są niewierzący, lecz mimo to uważają określone świadczenie zdrowotne w danym przypadku za *niewłaściwe*.

W taki właśnie sposób sumienie definiowane jest również w piśmieniu anglosaskim. W swoim klasycznym tekście James F. Childress definiuje je jako rodzaj samoświadomości osoby, której przedmiotem jest jej własne postępowanie (czyny) i wiązana z nim wartościowość lub bezwartościowość, oceniana w świetle standardów uznawanych przez osobę za fundamentalne¹². Standardy te nie muszą być przy tym regułami moralnymi, aby wywoływać cierpienie związane z poczuciem winy w sytuacji niezastosowania się do nich, co Childress również uznaje za definicyjną własność sumienia.

Oczywiście ostatecznie to przekonania moralne czy religijne są tymi standardami, z którymi najczęściej się spotykamy, omawiając problematykę sprzeciwu sumienia. Jednak kategoria sumienia jest szersza i nie powinna zmylić nas terminologia, za pomocą której część autorów do sumienia się odnosi, podkreślając na przykład, że jego rolą jest ochrona *moralnej* integralności osoby¹³. Termin „moralny” należy rozumieć raczej

¹¹ R.F. Card, *Reasonability and Conscientious Objection in Medicine: A Reply to Marsh and an Elaboration of the Reason-Giving Requirement*, „Bioethics” 2014, no. 28/6, s. 320–326.

¹² J.F. Childress, *Appeals to Conscience*, „Ethics” 1979, no. 89/4, s. 317–318.

¹³ Tak przykładowo w: M.R. Wicclair, *Negative and Positive Claims of Conscience*, „Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics” 2009, no. 18, s. 14–22.

jako oznaczenie faktu, że integralność osoby (uczciwość wewnętrzna, zgoda z samym sobą) ma po prostu własną wartość i zasługuje na ochronę.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego i jego konsekwencje

Dyskusja na temat lekarskiej klauzuli sumienia nabrała nowej dynamiki na skutek skargi Naczelnej Izby Lekarskiej złożonej w trybie art. 191 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 Konstytucji i będącego jej następstwem wspomnianego wcześniej wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 12/14 z dnia 7 października 2015 r. (dalej w tekście jako „wyrok Trybunału”). Jak już wspomniałem, orzeczeniem tym Trybunał rozstrzygnął co do niekonstytucyjności niektórych z warunków korzystania przez lekarza z uprawnienia wynikającego z art. 39 uzł, uznając jednocześnie, że prawo lekarza do powołania się na klauzulę sumienia w obrębie stosunków prawa medycznego wynika nie z art. 39 uzł, lecz bezpośrednio z przepisów konstytucyjnych i aktów prawa międzynarodowego¹⁴. Umożliwiła to przyjęta w wyroku koncepcja sumienia i miejsca wolności sumienia w hierarchii chronionych Konstytucją praw.

Koncepcja ta nie jest wcale łatwa do rekonstrukcji na gruncie podanego przez Trybunał uzasadnienia. Wydaje się, że Trybunał uznaje sumienie za element natury człowieka, który wyraża się „we wrodzonym (immanentnym) poszukiwaniu i przeżywaniu przez niego pewnych wartości transcendentnych”, a przeżywanie to składa się na przyrodzoną godność człowieka, która ma charakter ponadpozytywny. Z działania sumienia wynikać ma cały katalog ujętych w Konstytucji praw i wolności¹⁵. Stąd pewnie twierdzenie, że wolność sumienia ma być „respektowana niezależnie od tego, czy istnieją przepisy ustawowe ją potwierdzające”¹⁶.

Z pewnością jest to nieortodoksyjne (w najlepszym razie) spojrzenie na treść przepisów Konstytucji i koncepcja sumienia pozostająca

¹⁴ „(...) prawo do sprzeciwu sumienia powinno być uznane za prawo pierwotne względem jego ograniczeń” (Wyrok, op. cit., s. 30).

¹⁵ Ibidem, s. 22.

¹⁶ Ibidem, s. 30.

w luźnym związku z przytoczonymi wcześniej definicjami. Dla niniejszych rozważań najważniejsze wydaje się jednak pojawiające się w uzasadnieniu wyroku stwierdzenie, że „(...) prawo lekarza, jak każdej innej osoby, do powstrzymania się od działań sprzecznych z własnym sumieniem wypływa wprost z wolności gwarantowanej przez Konstytucję (...)”¹⁷. Niezależnie od sposobu rozumienia terminu „sumienie”, Trybunał stanął jednak na stanowisku, że możliwość uchylecia się od obowiązków prawnych na podstawie odwołania do głosu sumienia powinna dotyczyć wszystkich wykonujących jakiegokolwiek zawody i profesje. Wolność sumienia to prawo osoby związane z faktem bycia *osobą* (posiadania godności ludzkiej) i nic więcej dla jego uzasadnienia nie jest potrzebne.

Dodatkową przesłanką na rzecz twierdzenia, że głos sumienia rozumiany jest przez Trybunał jako zgodność ze standardami (regułami) moralnymi stanowi przyjęcie przez Trybunał poglądu, iż wynikający z art. 39 uzł obowiązek powiadomienia przełożonego przez lekarza „ma mieć charakter generalny i uprzedni, zawierać stwierdzenie, że lekarz określonych świadczeń zdrowotnych w ogóle wykonywać nie będzie (na przyszłość)”¹⁸. Nie dotyczy on zatem konkretnych, jednostkowych przypadków, ale rodzajowo określonych czynności, które najczęściej są przedmiotem ocen moralnych, jak w zdaniu „niemoralne jest pozbawianie życia, życie jest święte” itp.

Orzeczenie Trybunału doczekało się wielu głosów krytycznych, choć nie zabrakło też aprobujących¹⁹. Krytycy orzeczenia wskazywali przede wszystkim na zbyt daleko idące gwarancje wolności sumienia lekarzy kosztem praw pacjentów, a nawet dewocyjny charakter rozstrzygnięcia²⁰.

¹⁷ Ibidem, s. 31.

¹⁸ Ibidem, s. 48.

¹⁹ Przegląd opinii, przede wszystkim środowiska lekarskiego, na temat rozstrzygnięcia Trybunału znaleźć można na stronie: <https://podyplomie.pl/medical-tribune/20242,wyrok-trybunalu-konstytucyjnego-dotyczacy-klauzuli-sumienia-za-czy-przeciw>.

²⁰ Już uprzednio do wyroku Trybunału w środowisku etyków pojawiały się dobitne wypowiedzi na ten temat – por. Z. Szawarski, *Klauzula sumienia a prawa pacjenta*, „Res Humana” 2015, nr 5, s. 12–16: „Spór o klauzulę sumienia ma w Polsce efekty katastrofalne. Pogłębia podziały wśród lekarzy i po prostu powoduje zapaść zaufania do lekarzy. (...) Orzeczenia naszego Trybunału Konstytucyjnego

Za błędne uznano również wywodzenie prawa do sprzeciwu sumienia lekarza bezpośrednio z treści art. 53 ust. 1 Konstytucji i aktów prawa międzynarodowego, gdyż istniejące orzecznictwo taki zabieg Trybunału uzasadniało w znikomym zakresie²¹. Wreszcie, wskazywano na błędne założenie, że konieczność uzasadniania sprzeciwu sumienia wchodzi w konflikt z art. 53 ust. 7 Konstytucji. Skoro jednak sumienie ma charakter racjonalny, jego głos powinien dać się uzasadnić, a domaganie się takiego uzasadnienia nie powinno budzić wątpliwości. Zwłaszcza że w wypadku służby zastępczej ujawnianie uzasadnień i badanie ich kształtu jest utrwaloną i niekwestionowaną przez Trybunał Konstytucyjny praktyką²².

Jednak najpoważniejszym zarzutem pod adresem wyroku Trybunału wydają się konsekwencje wypływające ze zrekonstruowanej na gruncie jego uzasadnienia koncepcji sumienia. Poniżej zamieszczam dwa głosy wypowiadających się w tym temacie autorów, posiadających zresztą odmienną ocenę wyroku Trybunału.

Potencjalne konsekwencje tak radykalnego stanowiska są trudne do wyobrażenia. (...) Skoro (...) prawo do sprzeciwu sumienia wynika wprost z normy konstytucyjnej, to nie ma podstaw, by uznać, że dotyczy ono jedynie lekarzy, a nie obejmuje przedstawicieli innych zawodów, np. pielęgniarek i położnych, aptekarzy, psychologów, nauczycieli czy urzędników państwowych²³.

Prawo do klauzuli sumienia farmaceutów mają na podstawie konstytucji, a ustawa nie nakłada na nie ograniczeń. Można dojść do wniosku, że prawo do klauzuli sumienia mają wszystkie grupy zawodowe (...) ²⁴.

zamiast rozwiązać problem konfliktu praw kobiet i praw lekarzy (...) prowadzą do jego zaostrzenia”. Tekst dostępny pod adresem internetowym: <http://www.kulturaswiecka.pl/node/911>.

²¹ Por. W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 7, s. 23–36.

²² T. Żuradzki, *Uzasadnienie sprzeciwu sumienia*, op. cit.

²³ W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia...*, op. cit., s. 31.

²⁴ A. Zoll, *Każdy ma prawo do klauzuli sumienia*, op. cit., s. 20.

W następstwie rozstrzygnięcia Trybunału nastąpił prawdziwy wysyp przypadków przedstawicieli różnych zawodów powołujących się na „klausulę sumienia” dla uzasadnienia własnej niechęci do spełnienia określonych świadczeń²⁵.

Stowarzyszenie Farmaceutów Katolickich Polski dnia 17 maja 2017 r. złożyło do Sejmu petycję w sprawie zmiany Ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne w zakresie dotyczącym możliwości odmowy przez farmaceutę lub technika farmaceutycznego wydania albo zapewnienia nabycia produktu leczniczego. Następnie, dezyderatem nr 82 z dnia 25 stycznia 2018 r., Komisja do Spraw Petycji do Ministra Zdrowia uznała potrzebę wprowadzenia klauzuli sumienia do prawa farmaceutycznego²⁶. Choć w sprawie nie doszło do zakończenia prac legislacyjnych, w środowisku farmaceutów przyjęło się uważać, że prawo do sprzeciwu sumienia i tak wynika bezpośrednio z Konstytucji – co Trybunał jedynie potwierdził swoim wyrokiem²⁷.

Petycja stowarzyszenia farmaceutów oraz towarzyszący jej szum medialny dołwały przysłowiowej oliwy do ognia. Powołując się na wolność sumienia, pracownik drukarni w Łodzi odmówił druku plakatów dla organizacji LGBT, a pracownik rzeszowskiego sklepu – zabicia karpia i powołał się na swoje sumienie, wręczając klientce żywą rybę. W Warszawie w trzech sklepach odmówiono obsługi Magdalenie Ogórek, co sklepikarze też uzasadniali sprzeciwem sumienia (nie biorą pieniędzy od kogoś, kto pojawia się w publicznej telewizji)²⁸. Szef firmy ochroniarskiej odmówił ochrony olsztyńskiej galerii, w której wystawiano kontrowersyjne

²⁵ W rzeczywistości wszystkie te osoby powoływały się raczej na konstytucyjną wolność sumienia, bo konkretyzujących ją przepisów, które nazwać moglibyśmy klauzulą sumienia, nie było i nie ma. Trybunał jednak uznał, że nie są one potrzebne, aby przedstawiciele dowolnych profesji i zawodów mogli ze swojej wolności sumienia dowolnie korzystać.

²⁶ Por. M. Chrzczonowicz, *Klauzula sumienia dla aptekarzy? Sejmowa komisja jest za. Ale leków testowanych na zwierzętach nie obejmie*, „OKO Press”, 8 lutego 2018, <https://oko.press/klauzula-sumienia-dla-aptekarzy-sejmowa-komisja-lekow-testowanych-zwierzetach-obejmie/>.

²⁷ Por. *Jak skutecznie należy stosować klauzulę sumienia* <https://ordoiuris.pl/klauzula-sumienia-dla-farmaceutow>; *Klauzula sumienia także dla farmaceutów*, <https://www.sfkp.pl/art,klauzula-sumienia---wazne-dokumenty.html>.

²⁸ Por. M. Bunda, *Przemoc wpisana w klauzulę sumienia*, „Polityka”, 9 stycznia 2018.

prace malarskie, powołując się na fakt bycia chrześcijaninem i klauzulę sumienia²⁹.

Zauważmy, że wbrew opisom publicystów wszystkie opisane powyżej sytuacje powinniśmy kwalifikować jako przypadki sprzeciwu sumienia, nie zaś zastosowanie klauzuli sumienia. Przypomnę, że klauzulą sumienia nazywamy przepis, który stanowi podstawę prawną dla wyłączenia światopoglądowego, tj. możliwości uchylenia się od zobowiązań prawnych z uwagi na szeroko rozumiany światopogląd. Z kolei sprzeciw sumienia polega na powołaniu się przez osobę na wolność sumienia w sytuacji braku odpowiednich regulacji prawnych uprawniających do uchylenia się od obowiązku prawnego z uwagi na własne przekonania, czyli w sytuacji braku klauzuli sumienia. Sprzeciw ten wcale nie musi być skuteczny – i często nie jest.

Przykładowo, wspomniany drukarz z Łodzi został uznany za winnego popełnienia wykroczenia z art. 138 Kodeksu wykroczeń³⁰. W opisanych powyżej przypadkach sprzeciwu sumienia jego uzasadnieniem były poglądy sędziów Trybunału wyrażone w uzasadnieniu wyroku. Oczywiście poglądy wyrażane w uzasadnieniach wyroków odgrywają ważną rolę w procesie interpretacji i stosowania prawa, stanowiąc *racje* dla sądów orzekających w sprawach osób dokonujących aktu sprzeciwu sumienia, które swoją moc argumentacyjną czerpią z autorytetu sądu konstytucyjnego. Jednak status wiążącego orzeczenia ma rozstrzygnięcie Trybunału co do zakresu obowiązywania art. 39 uzł, a nie poglądy wyrażone w uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia.

²⁹ Por. rozmowa z Mariuszem Sieniewiczem, dyrektorem Miejskiego Ośrodka Kultury w Olsztynie, „Gazeta Wyborcza. Duży Format”, 21 stycznia 2019, s. 12–14.

³⁰ Obecnie jednak kwalifikacja prawna jego sprzeciwu sumienia byłaby pewnie odmienna, a to z uwagi na zapadły niedawno wyrok Trybunału Konstytucyjnego dotyczący tejże właśnie sprawy – por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 K16/17 (Dz.U. poz. 1238).

Sumienie lekarza w świetle Kodeksu Etyki Lekarskiej

Omówiony powyżej wyrok Trybunału utrwalił w Polsce przekonanie, że lekarska klauzula sumienia zawarta w przepisie art. 39 uzl stanowi regulację warunków korzystania z wolności sumienia, o której mowa jest w art. 53 ust. 1 Konstytucji, zaś wolność ta zasadniczo przynależy każdemu i ma charakter nadrzędny w stosunku do innych praw i wolności. Trybunał w uzasadnieniu wydanego wyroku podkreślał to wielokrotnie. Na dalszy plan zeszły natomiast zapisy ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, a już zwłaszcza art. 3 tejże. Trudno zrozumieć, dlaczego tak właśnie się stało, gdyż Trybunał fakt ten zbywa milczeniem, przyjmując, że termin „sumienie” oznacza po prostu zbiór *poglądów moralnych* posiadanych przez odmawiającą wykonania określonego świadczenia osobę. A ten właśnie sposób rozumienia sumienia stoi z kolei za swoistą „inflacją klauzul sumienia” (a raczej poprawnie: sprzeciwów sumienia), jaką obserwujemy w opisanych powyżej przypadkach. Jak zatem należałoby rozumieć termin „sumienie”, aby uniknąć tych kłopotliwych i niepożądanych konsekwencji?

W pierwszej kolejności zauważmy, że z omówionej już literatury wylania się obraz wyłączeń światopoglądowych wykraczających swoim charakterem poza jedynie *obiekty moralne*. Przeciwnie, należy przyjąć, że w wypadku wielu zawodów i profesji właściwym jest przewidzenie przez ustawodawcę możliwości uchylenia się przedstawicieli określonych zawodów od obowiązku prawnego – w razie posiadania *wystarczająco poważnych* wątpliwości, jakie żywią wykonujący owe profesje. Akurat w wypadku zawodu lekarza bardzo łatwo dostrzec, że sprzeciw sumienia nie jest rozumiany wyłącznie jako kolizja obowiązku prawnego z wyznawaną *moralnością*. Żeby dokonać tego spostrzeżenia, musimy jednak sięgnąć do tych przepisów, które bezpośrednio definiują lekarskie sumienie, a zatem wyjść poza przepis art 39 uzl. Przepis ten stanowi zbiór warunków koniecznych i łącznie wystarczających do skorzystania z uprawnienia do uchylenia się od obowiązku świadczenia w sytuacji, gdy sumienie lekarza tego od niego wymaga. Co składa się na to sumienie, określają jednak dopiero przepisy Kodeksu Etyki Lekarskiej.

Obowiązujący Kodeks Etyki Lekarskiej został przyjęty uchwałą Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r.³¹ Legitymację do jego wydania stanowi art. 38 pkt. 1) Ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich³². W Kodeksie sformulowano wiele obowiązków związanych z wykonywaniem zawodu lekarza, ale termin „sumienie” pojawia się tam jedynie w dwóch miejscach. Już sama okoliczność, że branżowa regulacja tak zdawkowo traktuje lekarskie sumienie, gdy tymczasem Trybunał Konstytucyjny przypisuje sumieniu fundamentalną rolę, od razu powinien wzbudzić nasze wątpliwości. Stanowi to argument na poparcie tezy, że *sumienie lekarskie* ma po prostu pewne ustalone kontekstem znaczenie – chodzi o *sumienie zawodowe lekarza*, nie zaś o *sumienie osoby*³³. Symptomatyczne, że w KEL termin „sumienie” pojawia się w zestawieniu z innym terminem: „wiedza medyczna”, o czym zaraz opowiem szerzej.

Zacznijmy jednak od przedstawienia tego, jak Kodeks normuje sytuację sprzeciwu sumienia.

Art. 7. 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.

³¹ Kodeks nowelizowano dwukrotnie: w 1993 r. na III Krajowym Zjeździe Lekarzy oraz w 2003 r. na Nadzwyczajnym VII Krajowym Zjeździe Lekarzy.

³² Dz.U. 2009 Nr 219 poz. 1708.

³³ Zauważmy, że mówiąc po prostu o sumieniu osoby, nie wymieniając pełnionej przez nią roli czy zawodu, odnosimy się zwykle do najbardziej ogólnego zbioru reguł regulujących postępowanie osób, a więc i tej konkretnej osoby. Takimi regułami z definicji są reguły moralne, bowiem przypisujemy im status uniwersalnie ważnych praw. Z kolei mówiąc o sumieniu i odwołując się do zawodu osoby, odnosimy się do reguły regulującej zachowanie w obrębie tego zawodu – na moralność zawodową, która w wielu punktach będzie się różnić od moralności powszechnej.

Jak się wydaje, przepis ten należy czytać łącznie z poprzedzającym:

Art. 6. Lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Powinien jednak ograniczyć czynności medyczne do rzeczywiście potrzebnych choremu zgodnie z aktualnym stanem wiedzy.

Art. 7 KEL określa warunki uchylenia się lekarza od obowiązku leczenia chorego, który z kolei wynika z art. 2 ust. 1, który głosi, że powołaniem lekarza są: ochrona życia i zdrowia ludzkiego, zapobieganie chorobom, leczenie chorych oraz niesienie ulgi w cierpieniu. Możliwość takiego uchylenia się stwarza jednak dopiero art. 6, który mówi o tym, że lekarz ma swobodę wyboru metod postępowania, włącznie z uznaniem, że niektóre z nich nie są wskazane czy potrzebne pacjentowi. Jediną wymienioną w przepisie przesłanką takiego uznania jest aktualny stan wiedzy. Swoboda wyboru metod postępowania jest najwyraźniej na tyle ważnym zagadnieniem, że Kodeks poświęca jej jeszcze jeden przepis, gdzie po raz pierwszy (i przedostatni) pojawia się termin „sumienie”:

Art. 4. Dla wypełnienia swoich zadań lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych, zgodnie ze swoim sumieniem i współczesną wiedzą medyczną.

Termin „sumienie” pojawia się tutaj w koniunkcji z terminem „współczesna wiedza medyczna”, który należałoby traktować jako synonim pojawiającego się w art. 6 terminu „aktualny stan wiedzy”³⁴. Skłania

³⁴ Jedną z dyrektyw wykładni przepisów prawa jest generalny zakaz traktowania różniących się od siebie terminów użytych w tekście prawnym jako synonimicznych. W tym jednak wypadku reguła ta nie powinna być przez nas stosowana, a „aktualny stan wiedzy” z art. 6 KEL rozumiany jako tożsamy znaczeniowo z terminem „współczesna wiedza medyczna” z art. 4 KEL. Jest bowiem jasne, że zakres potrzebnych choremu czynności medycznych, o czym mowa w art. 6, powinna wyznaczać aktualna wiedza medyczna, nie zaś wiedza z innych dyscyplin. W obu artykułach mowa też o swobodzie wyboru przez lekarza metod postępowania (art. 6) czy działań zawodowych (art. 4), gdzie termin „działania zawodowe” wydaje się

to do głębszej refleksji na temat specyfiki pracy lekarza. Zawód lekarza jest bowiem jednym z tzw. zawodów zaufania publicznego. Opierając się na art. 17 ust. 1 Konstytucji, mianem zawodu zaufania publicznego określamy taką profesję, której właściwe wykonywanie leży w interesie wszystkich obywateli (interes publiczny) i dla której mocą ustawy powołano samorząd zawodowy o to dbający.

Przytoczona definicja legalna nie wyczerpuje wszystkich intuicji językowych, jakie wiążemy z pojęciem zawodu zaufania publicznego. To, czego w niej brakuje, to fakt, że zawody zaufania publicznego wymagają od nas nie tylko wiary, że wykonywane są w interesie publicznym, ale również tego, że do ich wykonywania potrzebne jest osobiste zaufanie, jakim świadczeniobiorca darzy wykonującego zawód. To ochronie tego zaufania służą w pierwszej kolejności regulacje zawodowe wprowadzane przez poszczególne samorządy zawodowe. Tak właśnie jest w przypadku zawodu lekarza.

Centralnym zagadnieniem KEL nie jest, jak moglibyśmy oczekiwać na podstawie lektury wyroku Trybunału, *sumienie* lekarza, ale swoboda działań zawodowych – konieczna dla skutecznego pomagania chorym i budowy zaufania chorego względem lekarza. Swoboda ta obejmuje sprzeciw wobec żądań pacjenta, nacisków rodziny czy przełożonych, a także presji innych czynników, w tym rynkowych i administracyjnych, jeżeli tylko nie sprzyja to zdrowiu chorego. Wprost mówi o tym art. 2 ust. 2, który zresztą przywołuje w łacińskim brzmieniu zasadę *salus aegroti suprema lex esto*.

Art. 4 i art. 6 KEL definiują zakres swobody działań zawodowych: są to działania a) potrzebne, b) skuteczne w świetle aktualnej wiedzy

znaczeniowo szerszy. Ale skoro twórcy KEL ze swobodą działań zawodowych lekarza wiążą „współczesną wiedzę medyczną”, tym bardziej „aktualny stan wiedzy” powinien być rozumiany jako jej synonim, albo przynajmniej termin podrzędny zakresowo. Oczywiście taka redakcja może wydawać się niefortunna, jednak zaprezentowana przeze mnie interpretacja obu przepisów wydaje się być niekontrowersyjna. Zwłaszcza że interpretacja przeciwna i twierdzenie, że oba wymienione terminy nie są synonimiczne, rodzi dość zasadniczy problem wyjaśnienia, na czym miałyby polegać różnica w ich znaczeniu. Zwróćmy też uwagę, że oba terminy zawierają tożsame znaczeniowo składniki w postaci określeń „aktualny” i „współczesny”, co stanowić może dodatkową przesłankę na rzecz ich synonimiczności.

medycznej. Jak lekarz ma to ocenić? Odpowiedź nasuwa się sama: we własnym sumieniu. Do tego właśnie, z grubsza rzecz ujmując, służy lekarzowi *sumienie zawodowe*. Lekarz nie jest przecież po prostu aplikatorem wiedzy, zwłaszcza że w wielu przypadkach ma ona charakter probabilistyczny. Teorie na temat źródła i skutecznych terapii chorób często są naukowymi hipotezami, stosowane leki mają skuteczność zależną od wielu czynników, dla wielu terapii istnieją alternatywne, o podobnej skuteczności, a nawet zaawansowana diagnostyka wymaga interpretacji wyników, która co do zasady obciążona jest błędem. To do lekarza – jego umiejętności, intuicji, doświadczenia – należy wybór alternatywnych sposobów postępowania, od których zależeć będzie stan chorego. Lekarz musi zważyć w swojej głowie (potocznie powiemy: w swoim *sumieniu*) i dokonać oceny, na ile przekonanie o trafności diagnozy i skuteczności leczenia jest do pogodzenia z interesem (zdrowiem) pacjenta oraz obowiązkami, które wiążą się z wykonywaniem zawodu lekarza. Często nie są to decyzje łatwe, i dlatego tak ważne jest ważenie różnych racji oraz ustalanie, co dla chorego (jego zdrowia) jest rzeczywiście dobre.

Jeżeli jednak terapia ma być skuteczna, a chory ma podążać za wskazaniami lekarza, to musi on przede wszystkim wierzyć, że lekarz nie stosuje się do nacisków zewnętrznych, ale diagnozę i działanie będące jej konsekwencją opiera na swoim rozeznaniu przypadku i wiedzy naukowej. Uzasadnienie decyzji lekarskiej może być oczywiście w wielu przypadkach paternalistyczne – chory może zupełnie inaczej postrzegać swój interes, ale to zadaniem lekarza, zgodnie z art. 6 KEL, jest dokonać korekty żądań pacjenta zgodnie z aktualnie obowiązującą wiedzą naukową i zawodowym doświadczeniem.

Kodeks Etyki Lekarskiej stwierdza (art. 7), że swoboda lekarskiego działania obejmuje również odmowę leczenia chorego „w szczególnie uzasadnionych przypadkach”³⁵. U podstaw takiej odmowy stoi wymóg zachowania swobody działania przez lekarza, a ta, zgodnie z art. 4 KEL,

³⁵ Należy przy tym przyjąć, że chodzi tutaj o raczej o „szczególne okoliczności”, bowiem inaczej odmowa leczenia chorego opierałaby się jedynie na poszukiwaniu przez lekarza jakichś szczególnych sposobów uzasadnienia nawet dla zwykłych przypadków, co niebezpiecznie poszerzałoby krąg

opierać się będzie na posiadanej przez lekarza wiedzy na temat chorego (diagnoza, teorie naukowe na temat źródeł problemu i jego leczenia) oraz przekonań osobistych lekarza co do skuteczności podjętej terapii i jej skutków ubocznych dla zdrowia pacjenta.

Przepisy KEL kładą zatem szczególną nacisk na wiedzę lekarza i obowiązek działania zgodnie z tą wiedzą. Zawód lekarza jest wykonywany *właściwie* tylko wtedy, gdy względem chorego podejmowane są czynności mogące według wiedzy naukowej doprowadzić do jego wyleczenia, a każdorazowo takiej oceny może dokonać wyłącznie lekarz. Z przytoczonych powyżej przepisów wynika zatem, że jeżeli lekarz nie ma przekonania o trafności działania, to powinien z niego zrezygnować. Jeżeli nie ma wiedzy, jakie działanie jest trafne, poza nagłymi przypadkami zagrożenia zdrowia, to również musi powstrzymać się od działania.

Na takie właśnie rozumienie sumienia lekarza wskazuje cytowany przeze mnie wcześniej głos Pawlikowskiego. W podobny sposób o lekarskim sumieniu pisze również Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz w zdaniu odrębnym do wyroku Trybunału:

[W] wielu dokumentach, w tym w Kodeksie Etyki Lekarskiej, jest mowa o sumieniu w jeszcze innym sensie. Kiedy zaznacza się, że lekarz powinien mieć „możliwość leczenia zgodnie ze swoim sumieniem” lub że „działanie w zgodzie z sumieniem to część misji lekarza”, ma się zazwyczaj na myśli, że podejmując decyzję dotyczącą pacjenta, lekarz powinien – kierując się rzetelną wiedzą i doświadczeniem – ocenić, co w danych okolicznościach jest dla pacjenta najlepsze, wystrzegając się przy tym paternalizmu. Kierowanie się sumieniem oznacza tu ocenianie i decydowanie w warunkach znacznej zazwyczaj swobody tak, by możliwie najlepiej przysłużyć się pacjentowi (...). I postępowanie w zgodzie z tak rozumianym sumieniem jest ustawowym obowiązkiem lekarza³⁶.

legitymowanych przez KEL przypadków sprzeciwu sumienia. Jest to być może kolejny przykład niezbyt fortunnej redakcji przepisów.

³⁶ Wyrok Trybunału, op. cit., s. 69.

Jest wielce zastanawiające, dlaczego w tak wielu głosach dotyczących lekarskiej klauzuli sumienia pomija się to zasadnicze, związane z pełnionym zawodem i opisane właśnie znaczenie terminu „sumienie” i zastępuje go znaczeniem bardziej ogólnym, odwołującym się do moralności powszechnej. Przecież – powtórzmy to jeszcze raz – mówiąc o sumieniu lekarza, nie mówimy o po prostu sumieniu osoby. Przeciwnie, chodzi nam o szczególny rodzaj *sumienia zawodowego* osób trudniących się profesją lekarską. Tymczasem w dyskusjach o lekarskiej klauzuli sumienia to *sumienie zawodowe* lekarza, które stanowi punkt odniesienia dla Kodeksu Etyki Lekarskiej, zastąpiono czymś, co można określić mianem *sumienia światopoglądowego*, odwołującego się do przekonań pozamedycznych lekarza. Lecz te właśnie przekonania – światopogląd lekarza, jego religia, przekonania ontologiczne, epistemiczne, poglądy polityczne, ewentualne uprzedzenia czy gusta, dla wykonywania zawodu mają znaczenie drugorzędne³⁷. W profesji lekarskiej liczą się wiedza medyczna i doświadczenie praktyczne z jej stosowania, i dlatego na tym skupiają się przepisy etyki zawodowej lekarzy.

Sumienie lekarskie a przypadki przerywania ciąży

Pytanie, jak dokonana właśnie rekonstrukcja sposobu rozumienia *sumienia* lekarza jako jego *sumienia zawodowego*, nie zaś zbioru zawierającego przekonania moralne i etyczne, rzutuje na ocenę tych przypadków, kiedy klauzula sumienia znajduje najczęstsze zastosowanie, czyli przerywania ciąży i badań prenatalnych.

Po pierwsze, lekarz odmawiający udziału w zabiegu przerywania ciąży lub nawet diagnostyce, mogącej w jego opinii do przerywania ciąży prowadzić, w pierwszej kolejności może powołać się na art. 74 KEL:

Art. 74. Lekarz nie może uczestniczyć w akcie pozbawiania życia, asystować w torturowaniu lub innym poniżającym traktowaniu czło-

³⁷ A w świetle zapisów Ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania wręcz nie mogą mieć znaczenia.

wieka. Nie może też wykorzystywać swej wiedzy i umiejętności dla ułatwienia stosowania jakichkolwiek form okrutnego postępowania.

Nie ma przy tym potrzeby analizowania w tym miejscu, czy rzeczony przepis rzeczywiście daje lekarzowi możliwość odmowy udziału w czynnościach diagnostycznych. Ważne bowiem, że odmawiając wykonania określonych czynności w ramach wykonywania swojego zawodu, lekarz nie musi odwołać się do swoich prywatnych przekonań moralnych, lecz po prostu przywołać ten właśnie przepis kodeksu etyki zawodowej.

Co jednak, gdyby w polskim porządku prawnym taki przepis nie obowiązywał? W takiej sytuacji uważam, że lekarz mógłby odmówić wykonania określonych czynności jedynie w przypadku, o ile zgodnie z posiadaną przez siebie wiedzą medyczną uznałby je za szkodliwe dla zdrowia pacjentki. Poglądy moralne lekarza nie powinny w ogóle być brane pod uwagę w uzasadnieniu dla sprzeciwu sumienia, a w konsekwencji skorzystania z ustawowej klauzuli sumienia. Sprzeciw sumienia polegałby bowiem na odwołaniu się do własnej oceny stanu zdrowia pacjentki oraz wiedzy naukowej na temat badań prenatalnych czy zabiegów przerywania ciąży. Oczywiście zaniechanie wykonania świadczenia przez lekarza podlegałoby kontroli, choćby na podstawie art. 53 Ustawy o izbach lekarskich, czyli w ramach odpowiedzialności zawodowej. I mogłoby się okazać, że w świetle orzecznictwa organów samorządu lekarskiego powołanych do określania granic odpowiedzialności zawodowej postępowanie lekarza okaże się sprzeczne z zasadami. Na przykład wtedy, gdy lekarz nie będzie w stanie wykazać autentyczności swoich obiekcji względem określonego postępowania wobec pacjenta – obiekcji opartych na doświadczeniu profesjonalnym, rozeznaniu sytuacji chorego i swoim postrzeganiu obowiązków zawodowych.

Jednocześnie twierdzenie, jak się wydaje powszechnie dzisiaj przyjmowane, że lekarz, aby uchylić się od spełnienia świadczenia, może po prostu odwołać się do swoich *przekonań moralnych* odnośnie do pewnych zabiegów i procedur medycznych, wydaje się dalece nietrafne – przede wszystkim w świetle Kodeksu Etyki Lekarskiej. Żaden jego przepis nie mówi przecież o moralności lekarza czy jego etycznych przekonaniach.

Mowa jest jedynie o sumieniu i wiedzy medycznej, jako podstawie swobody działań, gdzie „sumienie” należy rozumieć jako przekonanie odnośnie do tego, co jest właściwe i niewłaściwe w procesie aplikowania owej wiedzy.

Termin „sumienie” jest tutaj niczym więcej, jak nazwą dla procedury ważenia racji za lub przeciw podjęciem określonego działania względem określonego chorego. Sumienie lekarskie określa, jakie lekarz w danej sytuacji zawodowej ma obowiązki *jako lekarz*, a nie jakie są jego obowiązki w świetle wyznawanej religii czy światopoglądu.

Nie powinno nas zaskakiwać, że KEL w żadnym swoim fragmencie nie wspomina o *sumieniu światopoglądowym* lekarza, które utożsamiać by można z katalogiem posiadanych przez lekarza *przekonań moralnych*. Funkcja lekarza i szczególny status tego zawodu nie polega przecież na posiadaniu *przekonań moralnych*, a na posiadaniu przekonań co do praktycznych wymiarów wiedzy medycznej. Przekonań, których autonomia musi być szanowana, gdyż stanowi podstawę relacji *zaufania* pomiędzy pacjentem i lekarzem.

Dodatkowy argument za odróżnieniem sumienia lekarskiego od światopoglądowego stanowi fakt, że moralne przekonania lekarzy nie są przecież w żaden sposób szczególnie wartościowe. Skoro lekarze to nie zawodowi moralisci czy etycy, a praktycy medycyny, dlaczego mielibyśmy przywiązywać szczególną wagę akurat do ich poglądów moralnych czy etycznych, nawet w kwestii leczenia? W istocie wypowiedzi wielu przedstawicieli środowiska medycznego zdają się potwierdzać, że osoby te nie dysponują wystarczającą wiedzą na temat moralności i etyki, by cieszyć się w tym zakresie jakimś szczególnym autorytetem. O ile jest wskazane, abyśmy to lekarzom, z racji ich wykształcenia i przyjmowanych standardów zawodowych, powierzyli nasze leczenie, o tyle decyzje na temat *moralnej* słuszności określonych zachowań – już niekoniecznie.

Czy sumienie decyduje o moralności prawa

Powyżej starałem się uzasadnić tezę, że *sumienie* lekarza na gruncie obowiązujących regulacji nie sprowadza się do jego *przekonań moralnych*, a nawet nie ma z nimi żadnego koniecznego związku treściowego. Obecnie chciałbym przedstawić argument na rzecz twierdzenia, że sumienie lekarskie nie może stanowić podstawy oceny obowiązującego prawa, gdyż byłoby to sprzeczne z podstawowymi założeniami systemu prawnego, które obowiązuje w Polsce, i ogólną filozofią, która temu systemowi przyświeca.

W praktyce klauzula sumienia bywa wykorzystywana najczęściej w przypadku przerwania ciąży, czy szerzej – konfliktu między interesami matki a zarodka, embrionu bądź płodu. Dlatego najczęściej klauzula sumienia rozumiana jest jako podstawa do sprzeciwu wobec wykonywania, uczestniczenia czy nawet jedynie umożliwiania przerwania ciąży ze względu na posiadane przekonania moralne. Nie możemy jednak zapominać, że cały czas obracamy się w kręgu oświeceniowej filozofii prawa, dla której dominującym stanowiskiem jest pozytywizm prawniczy odrzucający istnienie prostego przełożenia między poglądami moralnymi osób a obowiązywaniem prawa³⁸.

Pozytywizm prawniczy, pomijając teoretyczne niuanse, stanowi dzisiaj dominujące spojrzenie na związki między prawem a moralnością. To właśnie pozytywistyczne intuicje leżą u podstaw obowiązujących w Polsce ustaw, z Konstytucją na czele. Zgodnie z tymi intuicjami, rozstrzygnięcie, czyje interesy biorą górę w określonych sytuacjach, a które muszą ustąpić, należy do określonych Konstytucją organów tworzących i stosujących prawo. W procesie tworzenia prawa, dyskusji nad nim, ścierają

³⁸ Te związki analizowane są przez różnych autorów i w różnych kontekstach. Doświadczenia autorytaryzmów i nadużywania prawa pozytywnego skłaniają nie tylko do wbudowywania w doktrynę pozytywistyczną bezpieczników w postaci np. formuły Radbrucha, ale wprost poszukiwania „moralnych” składników obowiązującego prawa – w postaci minimalnych wymagań formalnych prawa czy zasad prawnych odsyłających do pozaprawnych porządków normatywnych. Literatura dotycząca rozmaitych propozycji pozytywistycznej teorii prawa jest ogromna, ale krytyczny przegląd różnych stanowisk polski czytelnik znaleźć może w: T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychootomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016.

się różne stanowiska etyczne, różne poglądy moralne i przekonania co do wartości. Rezultatem tego są: ustawa albo inny akt prawny niosące określony ładunek aksjologiczny. To one wyznaczają wartości prawnie chronione i minimum tego, co w danym społeczeństwie powinno być uważane za *właściwe*.

Dlatego mówienie o „kompromisie aborcyjnym” ma przynajmniej tę trafność, że rozumieć można go jako pewną decyzję ustawodawcy również co do moralnej oceny przerwania ciąży w określonych okolicznościach. Decyzja ta zapadła w procesie ścierania się przeciwstawnych racji, w ramach procesu legislacyjnego, i należy ją uszanować albo ewentualnie zmienić, korzystając z tej samej drogi – w procesie stanowienia prawa.

Jednocześnie twierdzenie, że taki „kompromis” odnośnie do obowiązywania dowolnego przepisu prawa może być kwestionowany na mocy sprzeciwu sumienia pojedynczej osoby, np. wykonującej zawód lekarza, zaprzecza całej praktyce stosowania i rozumienia prawa w ramach pozytywistycznego paradygmatu. Stanowi to kolejny argument przeciwko utożsamieniu lekarskiej klauzuli sumienia z przekonaniami lekarza dotyczącymi *moralności* legalnych procedur i działań. Z punktu widzenia systemu prawa nie jest bowiem zadaniem lekarza ustalanie obowiązywania i legalności jakiegokolwiek przepisu prawa. Naruszałoby to jedno z podstawowych założeń pozytywizmu prawniczego, czyli przekonanie, że prawo obowiązuje niezależnie od jego ewentualnej zgodności z jakąś konkretną doktryną moralną, a już na pewno nie zgodnie z czyimiś osobistymi przekonaniami moralnymi.

W pozytywistycznym ujęciu prawa, w którym centralną rolę odgrywa konstytucja, wyczerpująco charakteryzująca prawa i obowiązki obywateli oraz ustrój państwa, relacje prawa z moralnością nie są zależne od indywidualnych wyborów obywateli. Wyrażone są one raczej poprzez rozmaite klauzule konstytucyjne – stanowiące postulaty demokratycznego państwa prawa, legalności, sprawiedliwości społecznej, a także przez inkorporowanie do konstytucji idee praw i wolności obywatelskich czy przyrodzonej godności człowieka. Treść tych klauzul rozwijana jest w procesie interpretacji i stosowania prawa, ale dzieje się to na drodze decyzji określonych w konstytucji organów, a nie w toku osobistych wyborów

obywateli. To podstawowa koncepcja stojąca za konstytucjonalizmem: kształtowanie, ustalanie i podważanie treści prawa ma ustalony porządek w ramach działania określonych instytucji i organów. Wobec tego sytuacje konfliktu wartości, w tym konfliktu prawa z moralnością, rozstrzygane powinny być w ramach systemu prawa – raczej poprzez zaskarżenie we właściwy sposób przepisu zawierającego normę rodzącą konflikt niż po prostu poprzez odmowę stosowania przepisu. Odmowa stosowania przepisu prawa na podstawie wskazania własnego *sumienia* oznacza więc wejście w rolę organu rozstrzygającego konflikty wartości, wbrew konstytucyjnej regule wskazującej, co takim organem jest.

Co więcej, możliwość podważania obowiązywania prawa na podstawie osobistych przekonań moralnych, wobec znacznych różnic w przekonaniach i ocenach moralnych wśród członków społeczeństwa, oznacza podważenie powszechności obowiązywania prawa. Obowiązywanie prawa będzie bowiem pochodną przynależności do takiej czy innej wspólnoty moralnej. W ten sposób prawo traci swój najważniejszy przymiot – powszechność i skuteczność w regulowaniu zachowań.

W mojej ocenie na gruncie prawnoznawstwa niezwykle trudno jest skutecznie bronić rozumienia lekarskiej klauzuli sumienia jako odwołującej się do ocen moralnych posiadanych przez lekarzy. Podważa to bowiem pozytywistyczną tezę o rozdziale prawa i moralności, założenie o powszechności obowiązywania prawa czy konstytucyjne reguły określające, kto może dokonywać rozstrzygnięć co do obowiązywania prawa. Tym bardziej więc szkoda, że do tych, jak się wydaje oczywistych, obiektywnych względem przyjętego stanowiska nie odniósł się w swoim wyroku Trybunał.

Dlaczego błędnie rozumiemy sumienie lekarskie jako sumienie moralne

Czas odpowiedzieć na pytanie, dlaczego wbrew treści Ustawy o wolności sumienia czy treści Kodeksu Etyki Lekarskiej w literaturze i orzecznictwie obserwujemy proces błędnego utożsamiania sumienia lekarskiego z przekonaniami moralnymi. W mojej ocenie stoi za tym błędne utożsamienie

relacji systemowych pomiędzy przepisami prawa z ich relacjami treściowymi, które stało się udziałem autorów wypowiadających się w przedmiocie lekarskiej klauzuli sumienia. Błąd polega na tym, że z hierarchicznego podporządkowania jednego przepisu drugiemu wyciąga się wniosek na temat podporządkowania również treściowego. Nie zawsze jest jednak tak, że norma w hierarchii systemu prawa stojąca wyżej jest też zakresowo szersza. Być może to przekonanie jest jakoś bliższe intuicjom posiadanym przez nas na temat systemu prawa, jednak przynajmniej w wypadku lekarskiej klauzuli sumienia okazują się one prowadzić nas na manowce.

Zacznijmy od tego, że lekarska klauzula sumienia ma status regulacji ustawowej, którą stanowi przepis art. 39 uzł. Ustawowa ranga uregulowania wyłączenia światopoglądowego dla zawodu lekarskiego wynika ze szczególnej rangi społecznej tego zawodu. Z kolei przysięga Hipokratesa i tradycja zawodu lekarskiego spowodowały, że z zawodem tym zaczęto bardzo ściśle wiązać wymóg odpowiedniego zachowania, niezbędnego do zdobycia zaufania pacjenta, co jest konieczne do efektywnego wykonywania zawodu lekarza. Warunkiem takiego zachowania jest obowiązek kierowania się lekarza wyłącznie dobrem pacjenta oraz swoboda w podejmowaniu decyzji co do metod leczenia. Nic dziwnego, że wymogi te znalazły swoje miejsce w porządku prawnym oraz że weszły do Kodeksu Etyki Lekarskiej. Bez ich spełnienia wykonywanie zawodu lekarza jest właściwie niemożliwe. A ranga zawodu, jego społeczne znaczenie – przełożyły się na ustawowe ujęcie warunków skutecznego (legalnego) sprzeciwu sumienia lekarza wobec obowiązku świadczenia.

Również w wypadku innych zawodów, w których relacja między klientem a wykonującym daną profesję jest szczególnego rodzaju i wymaga zaufania, pojawiają się kodeksy etyczne, które określają najważniejsze elementy zawodowego know-how. Adwokat czy dziennikarz nie będą w stanie skutecznie wykonywać zawodu, jeżeli osoby pełniące te funkcje będą zachowywać się w sposób wskazujący na to, że zaufaniem nie można ich obdarzyć. Żaden z zawodów zaufania publicznego nie może więc pozwolić sobie na tolerowanie przypadków nadużyć w swoich szeregach. I każdy z nich musi chronić w jakimś zakresie autonomię profesji – nawet wobec obowiązków prawnych. Stąd w wypadku zawodów zaufania publicznego

zawsze pojawia się kwestia wprowadzanej, często ustawą, swoistej „klauzuli sumienia”, czyli zapisów pozwalających wykonującemu profesję na uchylenie się od określonych obowiązków prawnych³⁹.

W przypadku większości zawodów zaufania publicznego spotykane w prawie „klauzule sumienia” nie posługują się w ogóle terminem „sumienie”, choć dotyczą one przecież czegoś, co powinniśmy nazywać *sumieniem zawodowym* – zbioru przekonań na temat tego, co w danej sytuacji z punktu widzenia zawodowego jest *właściwe*. W wypadku lekarskiej klauzuli sumienia w treści art. 39 uzł, w przeciwieństwie np. do przepisów dotyczących tajemnicy adwokackiej, pojawia się jednak termin „sumienie”, a to, jak staram się pokazać w niniejszej pracy, prowadzi właśnie do konfuzji. Polega ona na tym, że pozwala myśleć, iż mowa tu o sumieniu w znaczeniu, w którym termin ten został użyty w art. 53 Konstytucji, choć w obu tych przepisach mowa jest o czymś zupełnie innym.

Druga okoliczność, która sprzyja utożsamianiu ze sobą różnych znaczeń terminu „sumienie”, tj. sumienia zawodowego ze światopoglądowym, polega na tym, że zawód lekarza nieodzownie wiąże się ze sprawami życia i śmierci, a tych właśnie często dotyczą reguły moralności i najważniejsze dla nas przekonania moralne. Stąd również, moim zdaniem, bierze się łatwość, z jaką akceptujemy pogląd, że obowiązujące regulacje prawne, gdy mówią o sumieniu lekarskim, odsyłają nas do poglądów moralnych lekarzy.

Myślę, że obie te okoliczności – użycie terminu „sumienie” oraz charakter profesji lekarskiej, wiążącej się z konieczności ze sprawami życia i śmierci – legły u podstaw rozumienia lekarskiej klauzuli sumienia w oderwaniu od zasad i reguł etyki zawodowej, i wywodzenia jej wprost ze

³⁹ W wypadku adwokata są to np. przepisy art. 6 Ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. 2018 poz. 1184), które pozwalają uniknąć obowiązku ujawnienia informacji związanych z klientem, w jakich posiadanie adwokat wszedł w czasie świadczenia mu swoich usług. W wypadku zawodu dziennikarza są to np. przepisy dotyczące tajemnicy dziennikarskiej zawarte w art. 15 Ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. 2018 poz. 1914). Odpowiadają im zapisy art. 180 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2018 poz. 1987), które wprost określają warunki uchylenia wobec adwokata czy dziennikarza od obowiązku składania zeznań w postępowaniu karnym.

swobody sumienia wyrażonej w Konstytucji. Zabieg taki z prawniczego punktu widzenia wydaje się zresztą dość naturalny – szukanie uzasadnienia dla przepisów ustawowych w normach wyższego rzędu, w tym wypadku Konstytucji, odtwarza przecież hierarchię aktów i norm prawa. Nic więc dziwnego, że przeważającym w piśmiennictwie sposobem patrzenia na zagadnienie lekarskiej klauzuli sumienia jest spojrzenie poprzez pryzmat Ustawy o zawodzie lekarza. Ustawa w hierarchii źródeł prawa zajmuje przecież miejsce wyższe niż kodeks etyki zawodowej. Ten ostatni bowiem jest jedynie uchwałą samorządu zawodowego, która nie ma charakteru powszechnie obowiązującego prawa, a która zyskuje ważność dzięki odpowiedniemu upoważnieniu rangi ustawowej⁴⁰.

Pamiętajmy jednak, że lekarska klauzula sumienia to nic więcej niż przepis w randze ustawowej, który określa jedynie warunki skorzystania ze swobody wyboru w zakresie metod postępowania w ramach praktyki zawodowej lekarza. Chcąc zaś ustalić, co mamy na myśli mówiąc o swobodzie działań zawodowych lekarza, nie sięgamy wcale do tekstu Konstytucji, lecz raczej do Kodeksu Etyki Lekarskiej. Dokładnie tak samo postępujemy w wypadku innych profesji.

Widzimy więc, że stanowisko wyrażone wyrokiem Trybunału i, niestety, często dominujące w dyskusjach na temat klauzuli sumienia opiera się na pewnym subtelnym, ale jednak – błędzie. Polega on na utożsamieniu systemowej hierarchii norm, czyli miejsca, jakie zajmują one w systemie prawa, z hierarchią treściową. Jednak nie są to hierarchie sobie równoważne. W szczególności, co ma moim zdaniem miejsce w wypadku lekarskiej klauzuli sumienia, norma stojąca niżej w systemie prawa może dostarczać warunków rozumienia treści ustawy. W istocie dzieje się tak często w przypadku rozporządzeń, których przepisy dostarczają warunków stosowania ustaw, a które w hierarchii systemu prawa stoją przecież niżej.

Kodeks Etyki Lekarskiej stanowi uzasadnienie dla ustawowej regulacji sprzeciwu sumienia lekarskiego. Określa również treść owego sumienia,

⁴⁰ W wypadku zawodu lekarza legitymację tą stanowi wspomniany wyżej art. 38 pkt. 1) Ustawy o izbach lekarskich.

wiązać go z wymogami wiedzy medycznej i skutecznego w jej świetle leczenia. Norma art. 39 uzł stanowi jedynie dookreślenie, w randze ustawy, warunków korzystania przez lekarza z regulacji kodeksowej. Jest to zresztą niezbędne w świetle przepisów ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania. Bez regulacji ustawowej lekarz nie mógłby skutecznie i legalnie uchylić się od obowiązków wynikających z ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty czy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

Wygląda zatem na to, że pomijając znaczenie regulacji zawartych w Kodeksie Etyki Lekarskiej i rekonstruując treść art. 39 uzł wyłącznie na podstawie art. 53 Konstytucji, całkowicie ignorujemy znaczenie systemowe i celowościowe tego pierwszego przepisu. Przepis ten bowiem należy interpretować jako uszczegółowienie zapisów KEL przyznających lekarzowi prawo do sprzeciwu sumienia – w zakresie określenia warunków koniecznych dla legalnego skorzystania z tego uprawnienia. Nie jest on zaś samodzielną podstawą do rozumienia, czym *sumienie lekarskie* jest.

Niestety, błędna wykładnia art. 39 uzł jest powszechna nawet wśród autorów krytycznie wypowiadających się o wyroku Trybunału i związanym z nim rozumieniu lekarskiej klauzuli sumienia. Przykładowo, Wojciech Brzozowski w cytowanej już pracy formułuje następującą ocenę:

Można odnieść wrażenie, że ranga przypisywana przez Trybunał normom etycznym uchwalanym przez samorząd lekarski – w formie aktu niebędącego źródłem prawa powszechnie obowiązującego, na podstawie blankietowego upoważnienia ustawowego – jest chyba nadmierna⁴¹.

Tymczasem jest dokładnie odwrotnie! Trybunał w swoim wyroku w zbyt małym stopniu uwzględnia znaczenie przepisów Kodeksu Etyki Lekarskiej, do którego przepis art. 39 uzł w sposób dorozumiany odsyła. A przez to całkowicie nietrafnie rekonstruuje znaczenie użytego w tym przepisie terminu „sumienie”.

⁴¹ W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia...*, op. cit., s. 32.

Czy międzynarodowe traktaty narzucają jakiś sposób rozumienia sumienia lekarza

Jak widzimy, koncepcja sumienia przyjmowana w literaturze przedmiotu dopuszcza taką interpretację tego terminu, która nie wymaga od nas utożsamienia sumienia po prostu ze zbiorem *przekonań moralnych* osoby. Ale czy takie rozumienie sumienia, w szczególności sumienia lekarskiego, nie wynika mimo wszystko z prawa międzynarodowego? Problem ten analizował W. Brzozowski⁴² i nie dostrzegł regulacji, które zmuszałyby nas do przyjęcia koncepcji sumienia lekarskiego jako wprost powiązanego z *moralnością*.

Jedynym dokumentem, który mógłby rodzić pewne wątpliwości – na który zresztą powołuje się w swoim wyroku Trybunał – jest rezolucja nr 1763 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 7 października 2010 r. w sprawie prawa do sprzeciwu sumienia w ramach legalnej opieki medycznej. Zgodnie z nią żadna osoba, szpital lub instytucja nie mogą zostać prawnie przymuszone, pociągnięte do odpowiedzialności prawnej ani dyskryminowane ze względu na odmowę wykonania lub odmowę pomocy przy wykonaniu zabiegu przerywania ciąży, wywołania poronienia, eutanazji lub innego czynu, który mógłby spowodować śmierć zarodka ludzkiego lub embrionu.

Co prawda Brzozowski słusznie podkreśla niewiążący charakter rezolucji, jednak niezależnie od tego i tak nie wchodzi ona w konflikt z proponowanym przeze mnie sposobem interpretacji lekarskiej klauzuli sumienia. Rezolucja nie mówi przecież nic o tym, jak sumienie lekarskie ma być rozumiane, ani tym bardziej, że powodem odmowy wykonania procedury medycznej mają być *przekonania moralne*. Stwierdzić zatem należy, że proponowane przeze mnie rozumienie lekarskiej klauzuli sumienia pozostaje w zgodzie z międzynarodowymi standardami w tym zakresie.

⁴² Ibidem, s. 25–29.

Czy wszystkie zawody mają prawo do klauzuli sumienia

W poprzednich akapitach argumentowałem, dlaczego powinniśmy twierdzić, że sumienie lekarskie nie jest po prostu zbiorem przekonań moralnych lekarza. Wyjaśniłem również, jakie są źródła błędnego przekonania, że wykonując swoje obowiązki zawodowe albo korzystając z prawnej możliwości uchylenia się od nich, lekarz kieruje się swoją moralnością. Sumienie zawodowe jest bowiem czymś innym niż sumienie, o którym mowa w art. 53 ust. 1 Konstytucji. Pora odpowiedzieć na pytanie, jakie płyną z tego wnioski dla innych zawodów. W szczególności, czy inne poza lekarskim zawody i profesje mają *prawo* do swojej klauzuli sumienia – i co stanowiłoby tego prawa podstawę.

Zgodnie z omawianym wcześniej wyrokiem Trybunału przeciw sumienia urasta do jednej z najważniejszych konstytucyjnych wolności, zaś prawna regulacja warunków korzystania z niej stanowi kwestię wtórną. Teza ta, jak już pisałem, nie jest jednak rozstrzygnięciem prawa, a jedynie stanowiskiem sędziów TK podanym w uzasadnieniu rozstrzygnięcia co do kształtu lekarskiej klauzuli sumienia. Trybunał nie posunął się do tego, aby sformułować ogólne prawo do klauzuli sumienia, czyli ustanowić po stronie ustawodawcy obowiązek wprowadzania stosownych regulacji prawnych określających zakres sprzeciwu sumienia w wypadku poszczególnych zawodów. Inna sprawa, że w ramach toczącego się postępowania dotyczącego art. 39 uzł Trybunał zwyczajnie takiej możliwości nie miał. W tym sensie nie można więc mówić o powszechnym prawie do klauzuli sumienia.

Jednak TK, a za nim liczni autorzy, stanęli na stanowisku, że konstytucyjne prawo do wolności sumienia wypływające z art. 53 ust. 1 Konstytucji oznacza możliwość uchylenia się przez osobę na podstawie własnych *przekonań moralnych* od obowiązków świadczenia wynikających z wykonywanego zawodu. W takiej sytuacji powoływanie się na własne poglądy przez przedstawicieli kolejnych zawodów, aby odmówić świadczenia czy usługi, będzie jednak miało charakter „zaledwie” sprzeciwu sumienia, czyli *de facto* stanowić będzie naruszenie obowiązku. Oczywiście powołujący się na własne poglądy moralne będzie mógł dochodzić swojego

prawa do wolności sumienia przed sądem – gdy np. w wyniku skargi jego klienta sprawa tam trafi. Wówczas będzie mógł jednak powołać się na wyrok Trybunału i opierając się na autorytecie sądu konstytucyjnego próbować uzyskać korzystne dla siebie orzeczenie sądu⁴³.

Pogląd, który staram się uzasadnić w tym tekście, jest jednak odmienny: w kontekście obowiązków zawodowych możemy mówić wyłącznie o prawie do wolności *sumienia zawodowego*, a zatem o czymś innym niż wolność wyrażona w art. 53 ust. 1 Konstytucji.

Zacznijmy od spostrzeżenia, że obowiązki zawodowe mamy dlatego, że samo ich istnienie *generalnie* zostało uznane (usankcjonowane) w ramach systemu prawa – w drodze konstytucyjnie określonych procedur stanowienia prawa przez uprawnione do tego podmioty. Określone zawody i profesje są akceptowane w ramach systemu prawa, a ich legalność powinna być dla nas sygnałem, że zasadniczo są one również *moralnie* akceptowane – jeżeli nie pochwalane, to przynajmniej tolerowane. Z kolei wykonujące je osoby mogą zakładać, że działają zgodnie z moralnością. W ramach pozytywistycznego paradygmatu rozumienia prawa, w duchu którego ukształtowana jest również obowiązująca Konstytucja, domniemyjemy *prawidłowość* obowiązujących przepisów, gdyż przepisy niezgodne z moralnymi poglądami społeczeństwa, grup zawodowych kształtujących prawo, czy nawet sędziów z czasem są usuwane i zastępowane innymi⁴⁴. Dopuszczenie zatem możliwości kwestionowania obowiązków zawodowych na podstawie indywidualnych przekonań moralnych wchodzi w dość oczywisty konflikt z pozytywistycznym paradygmatem rozumienia prawa, również z tego powodu, że indywidualna moralność nie stanowi w nim racji dla odmowy obowiązywania jakiejkolwiek regulacji prawnej.

Poglądy moralne nie powinny więc z jednej strony kształtować treści obowiązków zawodowych – przynajmniej tak długo, jak długo obracamy się w ramach pozytywistycznej teorii prawa. Z drugiej, nawet w ramach

⁴³ Zwłaszcza że obecnie mamy już szeroko komentowany wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 r., K16/17 (Dz.U. 2019 poz. 1238).

⁴⁴ Stanowisko takie znaleźć można choćby w: R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998 – przede wszystkim w esejach dotyczących teorii systemu prawa jako zbioru reguł i zasad.

tej teorii możemy zauważyć, że prawo do wolności *sumienia zawodowego* stanowi wymóg *moralności* – przecież nasze obowiązki zawodowe powinniśmy wypełniać *sumiennie* (i jeżeli nie jesteśmy sumienni, zasługujemy na powszechne potępienie), a jako *sumienność* możemy rozumieć właśnie stosowanie się do wymagań określonego zawodu i podejmowanie w czasie jego wykonywania odpowiednich działań – właściwych z punktu widzenia pragmatyki zawodowej.

Sumienie zawodowe opiera się zawsze na wiedzy i przekonaniu o tym, co w danych okolicznościach należy czynić, aby wykonać żadaną przez klienta usługę zgodnie z jego najlepiej pojmowanym interesem. Można powiedzieć, że *sumienie zawodowe* to zatem nic innego, jak wymogi uczciwości zawodowej, a ta może w niektórych przypadkach nakazywać profesjonalście zaniechanie wykonania usługi w żądanym przez klienta zakresie, ponieważ w przeciwnym razie klient narażony jest na straty bądź nie otrzyma spodziewanego rezultatu. To, moim zdaniem, jedyny poprawny sposób, w jakim można rozumieć prawo do wolności sumienia w kontekście wykonywania określonego zawodu czy profesji. Przyjmując takie rozumienie sumienia zawodowego, nie tożsamego z poglądami moralnymi wykonujących określone zawody osób, nie narażamy się na opisaną przeze mnie wcześniej inflację klauzul sumienia, prowadzącą do kolejnych przypadków odmowy świadczenia na podstawie osobistych *przekonań moralnych*.

Na tej zasadzie drukarz mógłby odmówić wydrukowania określonej ulotki, gdyby metoda druku nie gwarantowała danego skutku, albo dobór kolorów czynił treść nieczytelną, a przez to nieprzydatną dla klienta. Podobnie doradca z zakresu *public relations* mógłby odmówić przygotowania plakatu czy ulotki określonej treści, argumentując, że zaszkodzi ona sprawie, którą miała wspierać, a farmaceuta – sprzedaży określonego suplementu diety jako zupełnie nieskutecznego w leczeniu pacjenta. Wszystko to jednak są przypadki odmowy świadczenia z uwagi na wymogi uczciwości zawodowej i profesjonalnej wiedzy, która może być następnie weryfikowana na drodze odpowiedzialności zawodowej, nie zaś aplikacja osobistych *przekonań moralnych*.

Odpowiadając więc na zadane wcześniej pytanie, należy przyjąć, że wykonujący różne zawody i profesje nie mają prawa powoływać się na własne poglądy *moralne*, aby uchylać się od wykonania związanych z wykonywanym zawodem świadczeń. Mają oni jednak prawo do wolności sumienia i skorelowanego z nią sprzeciwu sumienia, rozumianego jako *sumienie zawodowe*, które jest niczym innym niż *uczciwością zawodową*, sankcjonowaną zresztą przez *moralność powszechną*. Wykonujesz określony zawód, wykonuj go uczciwie. Jedynie tyle – i aż tyle.

Abstract

The growing number of professions, referring to the “conscience clause” in order to evade legal obligations, has its source in the interpretation of the medical conscience clause proposed by the Constitutional Court. In my paper, I provide arguments for the claim that this interpretation is erroneous as grounded in an incorrect interpretation of the term “conscience” used in sentences about conscious exemptions. Instead, I suggest a reconstruction of the meaning of the term, which is in accordance with both international law and common intuitions regarding the role of conscience and morality in the specific professions or functions. At the same time, the meaning of “conscience” proposed in the paper excludes its use in reference to the private moral views of professionals. Thanks to this, the acceptance of the statement that every profession have the right to objection of conscience does not imply anarchization of the legal system and does not make it dependent on the moral views of persons performing specific professions and functions.

**OCENA STOPNIA SPOŁECZNEJ SZKODLIWOŚCI DELIKTU ZAWODOWEGO
W POSTĘPOWANIU W PRZEDMIOCIE ODPOWIEDZIALNOŚCI
ZAWODOWEJ W ZAWODACH MEDYCZNYCH.
PRZEWINIENIE ZAWODOWE „MNIEJSZEJ WAGI” I „ZNIKOMY STOPIEŃ
SPOŁECZNEJ SZKODLIWOŚCI CZYNU”
JAKO PRZESŁANKI UMORZENIA POSTĘPOWANIA**

Wprowadzenie

De lege lata ustawy regulujące zasady odpowiedzialności zawodowej: lekarzy, lekarzy dentyistów, pielęgniarek, położnych, aptekarzy, weterynarzy, fizjoterapeutów, diagnostów laboratoryjnych, nakładają na organy prowadzące postępowanie obowiązek pogłębionej analizy stopnia społecznej szkodliwości każdego deliktu będącego jego przedmiotem¹. Wszystkie badane ustawy zawierają bowiem jednoznacznie sformułowaną klauzulę odpowiedniego stosowania przepisów Ustawy Kodeksu postępowania karnego² oraz rozdziałów I–III i art. 53 Ustawy Kodeks karny³. Dla

¹ Ustawa z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich, (Dz.U. 2018 poz. 168), art. 54, art. 82 ust. 2, art. 112–dalej jako uil; Ustawa z 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz.U. 2018 poz. 916), art. 45 ust. 1 pkt 6, art. 59, art. 8; Ustawa z 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych (Dz.U. 2016 poz. 1479), art. 53 ust. 1, art. 62; Ustawa z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. 2018 poz. 1669), art. 62; Ustawa z 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (Dz.U. 2018 poz. 505), art. 91 ust. 2, art. 135; Ustawa z 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej (Dz.U. 2016 poz. 2245), art. 57 ust. 2, art. 70a.

² Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2018 poz. 1987), dalej jako KPK.

³ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2018 poz. 1600), dalej jako KK. Oczywiście „odpowiednie stosowanie” nie musi oznaczać konieczności „stosowania wprost” wymienionych w dalszej części tekstu przepisów, ale może oznaczać stosowanie zmodyfikowane, gdzie przepisy KPK

problematyki materialnego określenia deliktu zawodowego wynika z tego m.in. odpowiednie zastosowanie art. 1 § 2 KK, przesądzającego, że dla uznania konkretnego czynu zabronionego za przestępstwo nie jest wystarczające ustalenie, iż jest to czyn bezprawny i realizujący znamiona typu (karalny). Konieczne jest jednak także wykazanie, że narusza on wartości społeczne w stopniu wyższym niż znikomy oraz odpowiednie zastosowanie art. 17 § 1 pkt 3 KPK wskazującego, że nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza jeżeli społeczna szkodliwość czynu zabronionego jest znikoma. Co więcej, w ustawach regulujących wykonywanie zawodów: aptekarza, diagnosty laboratoryjnego, weterynarza znajdują się także autonomiczne regulacje wskazujące, iż w razie zaistnienia „okoliczności wyłączających ściganie” – a zatem także okoliczności opisanej w art. 17 § 1 pkt 3 KPK – postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej nie wszczyna się, a wszczęte umarza⁴. Natomiast ustawy regulujące wykonywanie zawodów: pielęgniarstwa i położnictwa oraz fizjoterapeuty zawierają przepisy wskazujące, iż postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej nie wszczyna się, zaś wszczęte umarza, jeżeli „społeczna szkodliwość czynu jest znikoma”⁵. Ustawa o izbach lekarskich przewiduje

lub KK są recypowane z pewnymi zmianami, a nawet niestosowanie, gdzie przepisy KPK lub KK nie mogą być stosowane wobec ich bezprzedmiotowości albo sprzeczności. Przy tym stosowanie zmodyfikowane może polegać na zmianie prostej (podstawienie jednego pojęcia w miejsce drugiego) lub na zmianie polegającej na zmianie przepisów, zmianie z pewną ogólną wskazówką ustawodawcy, zmianie części przepisu z uwagi na odrębność postępowania w sprawie odpowiedzialności zawodowej, zmianie części przepisu z uwagi na dyrektywę jednolitości systemowej, zmianie z uprzednim wyjaśnieniem, czy i jaki przepis obowiązuje – szerzej na temat klauzuli odpowiedniego stosowania przepisów KK i KPK na gruncie odpowiedzialności zawodowej w zawodach prawniczych zob. P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zainicjowania publicznego*, Warszawa 2013, s. 163–194, 265–385. Szerzej na gruncie odpowiedniego stosowania KK w prawie karnym skarbowym zob. Z. Siwik, „Odpowiednie” stosowanie przepisów kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym, „Przegląd Prawa i Administracji” 1987, t. XXIII, Wrocław, s. 121).

⁴ Art. 57 ust. 2 ustawy o diagnostyce laboratoryjnej: „Postępowania dyscyplinarne nie wszczyna się, a wszczęte umarza, jeżeli zaszła okoliczność, która według ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2016 poz. 1749 i 1948) wyłącza ściganie”. Tak też: art. 54 ust. 1 Ustawy o izbach lekarskich; art. 53 ust. 1 Ustawy o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych.

⁵ Art. 45 Ustawy o samorządzie pielęgniarstwa i położnictwa: „1. Postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej nie wszczyna się, jeżeli (...) 6) szkodliwość społeczna czynu jest znikoma.

w ust. 2 art. 82 instytucję przypadku przewinienia „mniejszej wagi” stanowiącego przesłankę fakultatywnego umorzenia postępowania przez sąd lekarski⁶ – zaś ocena „wagi” deliktu w prezentowanym ujęciu jest ściśle związana z oceną stopnia społecznej szkodliwości czynu. Wszystkie badane ustawy zawierają także odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 53 KK⁷, tj. zasad i dyrektyw sądowego wymiaru kary, nakazujących uwzględnić stopień społecznej szkodliwości czynu w wymiarze sankcji za przewinienie zawodowe⁸.

Z uwagi na rozległość problematyki związanej z materialnym określeniem deliktu zawodowego, koniecznym jest ograniczenie rozważań do wybranych wątków. W pierwszej kolejności ustalony zostanie katalog okoliczności wyznaczających stopień społecznej szkodliwości przewinienia zawodowego. *De lege lata* na gruncie odpowiedzialności karnej i karnej skarbowej nie ulega wątpliwości, że społeczna szkodliwość jako cecha czynu podlega indywidualnemu stopniowaniu i zależy od konkretnych

2. Postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej umarza się, jeżeli wystąpią przesłanki wymienione w ust. 1⁹. Tak też art. 94 ust. 1 pkt 6 Ustawy o zawodzie fizjoterapeuty.

⁶ Art 82 ust. 2 uil: „Sąd lekarski może umorzyć postępowanie w przypadku przewinienia mniejszej wagi albo jeżeli orzeczenie wobec obwinionego kary byłoby oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za ten sam czyn w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawy, a interes pokrzywdzonego temu się nie sprzeciwia”.

⁷ Art. 53 KK: „§ 1. Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. § 2. Wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego. § 3. Wymierzając karę sąd bierze także pod uwagę pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem”.

⁸ Jednak z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania kwestia odpowiedniego stosowania art. 53 KK, z zasadą uwzględnienia stopnia społecznej szkodliwości czynu przy wymiarze kary, zostanie pominięta w dalszym toku rozważań, gdyż wiąże się z analizowaną w dalszym ciągu opracowania problematyką jedynie pośrednio.

okoliczności czynu tak podmiotowych, jak i przedmiotowych. Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego odbywa się z uwzględnieniem okoliczności występujących w konkretnej sprawie, wraz z ich znaczeniem dla ujemnej oceny czynu w realiach konkretnego przypadku. Jednak zarówno na gruncie Kodeksu karnego (art. 115 § 2 KK), jak i Kodeksu wykroczeń (art. 47 § 6)⁹, a także Kodeksu karnego skarbowego (art. 53 § 7)¹⁰, ustawodawca w każdej z wymienionych ustaw jednoznacznie określił kwantyfikatory tej oceny¹¹, nie pozostawiając orzekania co do stopnia społecznej szkodliwości swobodnej ocenie sądu czy też organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Co więcej, obok enumeratywnego wyliczenia czynników wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu, każda z przywołanych ustaw zawiera sformułowanie, że organ oceniający ten stopień „bierze pod uwagę” wymienione w katalogu okoliczności, co oznacza, że nie może pominąć żadnego z kryteriów, chyba że któreś z nich nie odnosi się do znamion ustawowych konkretnego typu. Nie może też *ad casum* uzupełnić tego katalogu o okoliczności w nim niewymienione¹². Tymczasem ustawy odnoszące się do postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, pomimo bezpośrednich odesłań do węzłowych instytucji związanych z materialnym określeniem czynu zabronionego oraz regulacji wzorowanych na rozwiązaniach KK, nie zawierają bezpośredniego odesłania do art. 115 § 2 KK, brak w nich także przepisów zawierających autonomiczne wyliczenie katalogu okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego.

⁹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz.U. 2018 poz. 618), dalej jako KW.

¹⁰ Ustawa z 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz.U. 2018 poz. 1958), dalej jako KKS.

¹¹ Art. 115 § 2 KK: „Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia”, tak też art. 47 § 6 KW. Podobnie art. 53 § 7 KKS: „Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego bierze się pod uwagę rodzaj i charakter zagrożonego lub naruszonego dobra, wagę naruszonego przez sprawcę obowiązku finansowego, wysokość uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej, sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonej reguły ostrożności i stopień jej naruszenia”.

¹² Tak np. uzasadnienie wyroku SN z 22 II 2018 r. (II KK 349/17, LEX nr 2449784).

Czy brak odpowiednika art. 115 § 2 KK w przepisach regulujących zasady odpowiedzialności zawodowej to świadomy zabieg legislatora? Czy można przyjąć, że skoro ustawodawca odsyła do art. 1 par. 2 KK, to automatycznie odpowiednie zastosowanie ma także art. 115 par. 2 KK? Czy należy postulować wprowadzenie do ustawy bezpośredniego nakazu odpowiedniego stosowania art. 115 § 2 KK? W niniejszym tekście broniona będzie teza, że odesłanie do art. 115 § 2 KK nie jest dobrym rozwiązaniem oraz że zasadnym jest stworzenie autonomicznej regulacji w ustawach regulujących zasady pociągania do odpowiedzialności zawodowej. Artykuł wyjaśnia, czym *de lege lata* skutkuje brak normatywnego wyliczenia okoliczności, które należy brać pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego, oraz że nieuprawniona jest teza, iż nie ma potrzeby, aby w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej posługiwać się zamkniętym katalogiem okoliczności mających wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu. Artykuł odpowiada na pytanie: w jakim kształcie powinna się pojawić tego rodzaju regulacja i w których punktach musi się ona różnić katalogu okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa lub wykroczenia powszechnego.

W dalszej kolejności wypada odnieść się do stosowania instytucji bezpośrednio związanych z koniecznością precyzyjnej oceny stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego, tj. do przypadku deliktu „mniejszej wagi” jako fakultatywnej przesłanki umorzenia postępowania na gruncie uil i „znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu” jako negatywnej przesłanki wszczęcia i prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej w zawodach medycznych. Czy błędem jest poszerzanie kręgu okoliczności uwzględnianych przy podejmowaniu rozstrzygnięcia o umorzeniu postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości deliktu lub przypadek deliktu „mniejszej wagi” o okoliczności niezwiązane bezpośrednio z czynem, jak np. pozycja zawodowa, nieposzlakowana dotychczasowa opinia sprawcy, zły stan zdrowia, skrucha, przeproszenie pokrzywdzonego?

Ostatnia część rozważań odnosi się do oceny stopnia społecznej szkodliwości przewinienia zawodowego, noszącego jednocześnie znamiona przestępstwa, wykroczenia lub deliktu skarbowego. Czy ustalenie,

że czyn zabroniony ma np. „znikomy”, „nieznaczny”, „niski” stopień społecznej szkodliwości lub stanowi „wypadek mniejszej wagi” w rozumieniu KK lub KKS wpływa na ocenę stopnia społecznej szkodliwości tego samego czynu ocenianego jako delikt zawodowy? Czy też ocena stopnia społecznej szkodliwości tego samego czynu, jako czynu zabronionego i jako deliktu zawodowego, przebiega dwutorowo? Jaki cel mają pełnić instytucje umorzenia lub odmowy wszczęcia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości czy też przypadek mniejszej wagi?

Należy nadmienić, że rozważania te mają w znacznej mierze charakter uniwersalny. Prowadzona w dalszej części analiza odnosi się do tych postępowań w zakresie odpowiedzialności zawodowej prowadzonych wobec przedstawicieli zawodów zaufania publicznego, w których ustawa regulująca zasady odpowiedzialności zawodowej przewiduje odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 1 § 2 i 53 KK oraz art. 17 § 1 pkt 3 KPK lub przewiduje możliwość umorzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej w przypadku deliktu „mniejszej wagi”. Jest to związane z przyjęciem założenia, że materialne podstawy odpowiedzialności zawodowej opierają się na jednym wspólnym modelu dla przedstawicieli różnych zawodów zaufania publicznego. Istniejące odmienności pomiędzy regulacjami dotyczącymi poszczególnych zawodów zaufania publicznego, w tym pomiędzy poszczególnymi zawodami medycznymi, nie zawsze wynikają z racjonalnie umotywowanych przesłanek, ale raczej z prowadzonego w sposób niezsynchronizowany procesu legislacyjnego. Z uwagi na ustalenie jednolitego statusu normatywnego odpowiedzialności dyscyplinarnej (zawodowej), w szczególności zaś relacji między odpowiedzialnością zawodową a odpowiedzialnością karną, należy przyjąć, że obok powierzchownych różnic można zaobserwować daleko idącą zbieżność tych rozwiązań, które odnoszą się do materialnych podstaw odpowiedzialności¹³.

¹³ Szerzej P. Kardas, *Przevinienie dyscyplinarne o charakterze ciągłym*, „Rejent” 2010, wyd. specjalne *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza*, tom 20, s. 88–128.

1. Ocena stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego jako przedmiot zarzutu odwoławczego. Odpowiednie stosowanie art. 53 § 1 KK

Ustawowe określenie materialnego elementu przestępstwa pojawiło się po raz pierwszy w polskim prawie karnym wraz ustawą o zmianie przepisów Kodeksu postępowania karnego w 1948 r., która art. 54 ówczesnie obowiązującego KPK nadała brzmienie: „Prokurator może jednak umorzyć śledztwo, jeżeli wniesienie oskarżenia do sądu byłoby niecelowe ze względu na znikomą szkodliwość społeczną czynu”¹⁴. W 1969 r. uchwalono Kodeks karny, który art. 26 § 1 wskazujący, iż „nie stanowi przestępstwa czyn, którego społeczne niebezpieczeństwo jest znikome”¹⁵ zastąpił regulację procesową. Żadna z wymienionych ustaw nie zawierała przepisu będącego odpowiednikiem aktualnego art. 115 § 2 KK. Pierwotnie klauzula generalna „stopnia społecznej szkodliwości czynu” i związany z nią oportunizm materialnoprawny miały zapewnić elastyczność praktyce prokuratorskiej i sądowej, rozmiękczać działanie zasady *nullum crimen sine lege* i zasadę odpowiedzialności za czyn¹⁶. Nieprzypadkowo materialne

¹⁴ Ustawa o zmianie przepisów postępowania karnego z dnia 27 kwietnia 1948 r. (Dz.U. 1948 Nr 32 poz. 238).

¹⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz.U. 1969 Nr 13 poz. 94). „Społeczne niebezpieczeństwo czynu” pojawiał się w KK z 1969 r. także jako przesłanka warunkowego umorzenia postępowania (art. 27 d. KK) oraz jako zasada wymiaru kary (art. 50 d. KK).

¹⁶ Prowadzone ówczesne badania aktowe jednoznacznie wykazywały, że instytucje odwołujące się do niedookreślonego „społecznego niebezpieczeństwa czynu” były wykorzystywane z jednej strony do umarzania postępowań względem niektórych kategorii sprawców, a z drugiej do wymierzania innym kategoriom sprawców dolegliwych sankcji uzasadnianych ogólnikowo „stopniem społecznego niebezpieczeństwa”, bez uzasadnienia, na jakich przesłankach oparto tę ocenę. Motywem tego rodzaju praktyk były okoliczności, które nie powinny być brane pod uwagę przy przypisaniu odpowiedzialności karnej, takie jak np. pozycja społeczna, poglądy polityczne sprawcy, nagminność. Szerzej: I. Andrejew, *Kilka uwag o treści art. 384 pkt 2 k.p.k. w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Nowe Prawo” 1957, nr 9; J. Tylman, *Zasada legalizmu w procesie karnym*, Warszawa 1965; T. Kaczmarek, *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Wrocław 1966; A. Zoll, *Wpływ stopnia społecznego niebezpieczeństwa na ocenę przestępności czynu*, rozprawa doktorska niepublikowana, Kraków 1967; O. Górniok, *Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu jako podstawa stosowania art. 49 k.p.k.*, Wrocław 1968; A. Marek, *Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako podstawa warunkowego umorzenia postępowania*, Toruń 1970; Z. Sienkiewicz, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywna sądowego wymiaru kary (na tle teorii i praktyki sądowej)*, Wrocław 1977.

określenie przestępstwa wprowadzono do polskiego ustawodawstwa na wzór radziecki, gdzie doskonale wypełniało tego rodzaju niechlubne funkcje – należy jednak nadmienić, że polski ustawodawca nigdy nie zrezygnował z zasady *nullum crimen sine lege* na rzecz posługiwania się jedynie materialną definicją przestępstwa jako „czynu społecznie niebezpiecznego”¹⁷. Po odzyskaniu przez Polskę wolności w 1989 r., w toku prac nad ustawami karnymi mającymi zastąpić KK i KPK z 1969 r., wykluczono utrzymanie pojęcia „społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa) czynu” jako klauzuli generalnej, tj. bez ustawowego precyzyjnego dookreślenia kwantyfikatorów. Pozostawienie materialnego określenia przestępstwa bez art. 115 § 2 KK dozwalałoby na utrzymywanie się w praktyce zjawisk niepokojących w perspektywie realizacji funkcji ochronnej i gwarancyjnej prawa karnego w państwie prawa, nie sprzyjałoby także realizacji zasad sprawiedliwości materialnej i legalizmu¹⁸. Dlatego też twórcy KK z 1997 r., celem dezaktualizacji części ówczesnego orzecznictwa, które interpretowało klauzulę stopnia społecznej szkodliwości czynu dość

¹⁷ Zdaniem A. Zolla materialne określenie przestępstwa pojawia się po raz pierwszy w Wytycznych prawa karnego RFSRR z 12 grudnia 1919 (art. 5 i 6). Następnie art. 6 Kodeksu karnego RFSRR z 1922 r. określał przestępstwo jako działanie lub zaniechanie społecznie niebezpieczne zagrażające podstawom Radzieckiego ustroju i porządku prawnego (A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa*, przypis 2). L. Gardocki wspomina natomiast o odwoływaniu się do „rewolucyjnego sumienia” (czyli zasadzie *analogii iuris*) już w latach 1917–1918 (*Prawo karne*, wyd. XIII, Warszawa 2007, s. 16). Za Kodeksem karnym RSFRR z 27 października 1960 r. kodeksy karne krajów satelickich przyjmowały, że czyn bezprawny traci cechę przestępności z uwagi na małą wagę społecznego niebezpieczeństwa (taki pogląd przyjęli ustawodawcy w większości ówczesnych republik radzieckich, np. Kodeks Karny Uzbeckiej SRR z 1959 r., Armeńskiej SRR z 1961 r., Azerbejdżańskiej SRR z 1960 r., Tadżyckiej SRR z 1961 r., a także kodeks karny Rumuńskiej Republiki Socjalistycznej z 1956 r. oraz Albańskiej Republiki Ludowej z 1952 r.). Zapisy zbliżone do polskiego Kodeksu karnego z 1969 r. zawierał także czeskosłowacki Kodeks karny z 1961 r., Kodeks Ludowej Federacyjnej Republiki Jugosławii z 1951 r., Kodeks Bułgarskiej Republiki Ludowej z 1968 r., Kodeks karny NRD z 1968 r.

¹⁸ Uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu karnego przygotowane w departamencie Kadr i Szkolenia Ministerstwa Sprawiedliwości, wkładka do „Prokuratury i Prawa” 1994, nr 3, s. 117–118. Zob. też A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa* [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 106; idem, *Materialne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego* [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 83 i n.; idem, *Materialne określenie przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 2, s. 7.

dowolnie, zdecydowali się nie tylko na wprowadzenie do Ustawy karnej art. 115 § 2 KK, ale także na zmianę nazwy materialnego określenia przestępstwa, zastępując pojęcie „społecznego niebezpieczeństwa” pojęciem „społecznej szkodliwości” czynu. Jak już wspomniano, artykuł 115 § 2 KK został recypowany do KW, posiada także swój odpowiednik w KKS, uznaje się go za trafioną próbę dookreślenia klauzuli generalnej. Sprezycowanie przez ustawodawcę i dopracowanie przez doktrynę i praktykę katalogu elementów decydujących o stopniu społecznej szkodliwości konkretnego czynu zabronionego spowodowało, że aktualnie instytucji materialnego ujęcia przestępstwa nie ocenia się jako zagrażającej należytej realizacji funkcji gwarancyjnej prawa karnego w państwie prawa. Brzmienie art. 115 § 2 KK skutecznie wyklucza możliwość uzależniania decyzji o ściganiu i pociągnięciu do odpowiedzialności karnej od czynników niezwiązanych bezpośrednio z czynem, gdzie wygodnym bo niedookreślonym spoiwem okazywała się instytucja „znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu”.

Powyższa argumentacja wskazuje, że pozostawienie na gruncie odpowiedzialności zawodowej „społecznej szkodliwości czynu” jako klauzuli generalnej bez ustawowego dookreślenia kwantyfikatorów tej oceny może prowokować zjawiska oceniane negatywnie. Warto zauważyć, że nawet w odniesieniu do wykroczeń, gdzie ustawodawca nie dozwala na umorzenie postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego, wprowadzono do ustawy katalog kwantyfikatorów tej oceny. Należy dodać, że z uwagi na brak ustawowego katalogu okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego nie ma jednoznacznej podstawy prawnej dla podniesienia zarzutu obrazy prawa materialnego w sytuacji nieuwzględnienia przez organ rozstrzygający w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej któregoś z czynników wpływających na stopień społecznej szkodliwości deliktu zawodowego lub dołączenia do tego katalogu czynników, które nie powinny się w nim znaleźć¹⁹ – tak jak dzieje się to na gruncie odpowiedzialności

¹⁹ SN w uzasadnieniu wyroku z 19 X 2016 r. (V KK 250/16, LEX nr 2152411) stwierdza, że ustawodawca, formułując w art. 115 § 2 KK normatywne przesłanki oceny stopnia społecznej szkodliwości

karnej. Nie ma także możliwości oparcia na jednoznacznie brzmiącym przepisie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych wówczas, gdy organ rozstrzygający o odpowiedzialności zawodowej przydał zbyt dużą albo zbyt małą wagę okolicznościom branych pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości. Tymczasem istnienie ustawowego katalogu okoliczności branych pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego za naruszenia prawa pozwala także uznać brak uzasadnienia czy też schematyczne i lakoniczne uzasadnienie oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu dokonanej przez organ wydający rozstrzygnięcie w przedmiocie umorzenia postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości. Na gruncie odpowiedzialności karnej przyjmuje się, że sąd, wydając orzeczenie o umorzeniu postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 KPK, ma obowiązek odnieść się do określonych ustawowo w art. 115 § 2 KK kryteriów oceny społecznej szkodliwości czynu i w nawiązaniu do nich wykazać, dlaczego uznał, że przypisany oskarżonemu czyn charakteryzował się znikomym stopniem społecznej szkodliwości. Brak takiego uzasadnienia stanowi obrazę prawa procesowego, tj. art. 424 § 1 pkt 1 i 2 KPK przez nieuwzględnienie zawartych w nim unormowań w uzasadnieniu wyroku. W orzecznictwie sądów karnych wskazuje się, że oceny stopnia społecznej szkodliwości nie można sprowadzać do ogólników, ale wskazać należy, jakie są jej konkretne kryteria²⁰. *De lege lata* z uwagi na brak odpowiednika art. 115 § 2 KK w ustawach

czynu, zbudował zamknięty katalog okoliczności, z których każda charakteryzuje się prawną doniosłością. Naruszeniem prawa materialnego jest zatem pominięcie w ocenie którejkolwiek z nich, czy też formułowanie własnych okoliczności, odmiennych od ustawowych, i nadawanie im zasadniczego znaczenia. Natomiast błędna ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu wynika z niewłaściwej oceny dowodów i jest formalną przyczyną odwoławczą. Jak zauważa SN w wyroku z 22 II 2018 r. (II KK 349/17, LEX nr 2449784), ustawodawca nie pozostawił orzekania co do stopnia społecznej szkodliwości swobodnej ocenie sądu, skoro w art. 115 § 2 KK określił kwantyfikatory tej ocen. Sformułowanie „sąd bierze pod uwagę” oznacza, że sąd orzekający nie może pominąć żadnego z tych kryteriów oceny, chyba że któryś z nich nie odnosi się do znamion ustawowych konkretnego typu przestępstwa. Tak też Postanowienie SN z 14 IX 2017 r. (V KK 274/17, LEX nr 2428824).

²⁰ Tak np. wyrok SA w Krakowie z 20 VI 2000 r., II AKa 99/00, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2000, nr 12, poz. 19; wyrok SA w Katowicach z 13 I 2005 r., II AKa 455/04, LEX nr 147203; postanowienie SN z 12 IV 2007 r., WZ 10/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 818.

regulujących zasady odpowiedzialności w przedmiocie deliktów zawodowych brakuje tego rodzaju ochrony przed nieuprawnionym oportuniźmem organów prowadzących postępowanie, a także innymi błędnymi rozstrzygnięciami wynikającymi z niewłaściwej oceny stopnia społecznej szkodliwości deliktu.

Zarzut błędu przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego można podnieść jedynie pośrednio, odwołując się do naruszenia odpowiednio stosowanych art. 1 § 2 lub art. 53 § 1 KK, wskazując, iż używają one pojęcia „społecznej szkodliwości czynu” a nie „społecznej szkodliwości”, co wskazuje, iż przy tej ocenie nie powinno się uwzględniać okoliczności niezwiązanych bezpośrednio z czynem. W postępowaniu kasacyjnym zarzut błędu przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego w zawodach medycznych w praktyce pojawia się w postaci zarzutu „niewspółmierności kary”²¹. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego wymiar sankcji nieuwzględniającej stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego oznacza, że sankcja jest „niewspółmierna” do stopnia winy i społecznej szkodliwości deliktu, zaś w świetle recypowanego art. 53 § 1 KK uwzględnienie stopnia społecznej szkodliwości czynu jest zasadą wiążącą w orzekaniu o odpowiedzialności zawodowej. Odpowiednie stosowanie art. 53 § 1 KK oznacza bowiem, że dolegliwość kary powinna uwzględniać stopień społecznej szkodliwości czynu, nie przekraczając jednak stopnia winy, rozumianego jako kwantum naganności czynu (zobiektywizowanej oceny naganności czynu – stopnia społecznej szkodliwości czynu) jakie można sprawcy przypisać (za które można go uczynić odpowiedzialnym) z uwagi na domniemaną wolność

²¹ Tak np. art. 96 ust 1 uil” „Kasacja może być wniesiona z powodu uchybień wymienionych w art. 439 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego lub innego rażącego naruszenia prawa. Kasacja może być wniesiona również z powodu niewspółmierności kary” – taki sam katalog podstaw wniesienia kasacji zawierają pozostałe badane ustawy. Na marginesie można zauważyć, że „niewspółmierność” kary jako podstawa kasacji w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej w zawodach medycznych nie musi być „rażąca”, tak jak ujmują to ustawy regulujące odpowiedzialność zawodową w niektórych zawodach prawniczych (tak Ustawa z 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, Dz.U. 2018 poz. 1184, art. 91b; Ustawa z 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, Dz.U. 2017 poz. 2291, art. 63b).

i możliwość dochowania wierności prawu²². Wymierzając sankcję, należy natomiast brać pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które sankcja ma osiągnąć w stosunku do obwinionego, nie można jednak wymierzyć sankcji, która z uwagi na potrzebę realizacji celów ogólnoprewencyjnych przekroczy stopień winy (limitująca funkcja winy). Jeżeli zaś względy celowościowe się temu nie sprzeciwiają, nie ma przeszkód, aby dolegliwość sankcji była niższa niż dolegliwość miarkowana jedynie zasadą odzwierciedlenia w sankcji stopnia winy i społecznej szkodliwości. Innymi słowy, dolegliwość sankcji nie musi wprost odzwierciedlać stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu, nigdy nie może jednak przekraczać stopnia winy, może zaś być niższa jeżeli względy celowościowe wskazują na taki rezultat.

2. Rezygnacja z zasady dostatecznej określoności a potrzeba doprecyzowania klauzuli generalnej „stopnia społecznej szkodliwości” czynu na gruncie odpowiedzialności zawodowej

W doktrynie i orzecznictwie prawa karnego wyróżnia się dwa pojęcia społecznej szkodliwości: na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej, odnoszące się do stypizowanych w prawie karnym kategorii zachowań, oraz na płaszczyźnie stosowania prawa, odnoszące się do konkretnego czynu zabronionego²³. Należy stwierdzić, że materialna treść przestępstwa i ustawowe znamiona przestępstwa pozostają w ścisłym związku. Decydujące o stopniu społecznej szkodliwości i reprezentatywne cechy niepożądanych społecznie zachowań stanowią substrat dla typizacji czynu. Zadaniem typizacji jest ujęcie na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej tego,

²² Szerzej W. Wróbel, *Komentarz do art. 53 KK i literatura oraz orzecznictwo tam cytowanie* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53–116*, wyd. V, WK 2016, SIP LEX.

²³ Tak W. Wolter, *O stopniowaniu społecznego niebezpieczeństwa czynu karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1970, z. III, s. 114–115; M. Dąbrowska-Kardas, *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1; A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 2; E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 136–172.

co wpływa na ujemną ocenę. Ustawowe znamiona wyrażają formalną, określaną elementami tekstowymi ustawy, charakterystykę bezprawnego, sankcjonowanego przez prawo karne zachowania. Zespół znamion jest kreowany przez ustawodawcę po to, aby oddać cechy istotne dla społecznej szkodliwości czynów zabronionych realizujących znamiona danego typu. Ustawowe granice zagrożenia ustawowego powinny natomiast odzwierciedlać negatywną ocenę zachowań dla danego typu reprezentatywnych²⁴. Jednakowoż na płaszczyźnie stosowania prawa sąd lub organ prowadzący postępowanie przygotowawcze badają stopień społecznej szkodliwości konkretnego czynu realizującego znamiona typu, według wskazań ustawodawcy umieszczonych w art. 115 § 2 KK. Ocena stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu zabronionego na płaszczyźnie stosowania prawa odbywa się nie w odniesieniu do danej kategorii zachowań, ale polega na ocenie danego czynu w kontekście stopnia społecznej szkodliwości zachowań reprezentatywnych dla typu, którego znamiona badany czyn realizuje. Przykładowo: sąd, oceniając stopień społecznej szkodliwości konkretnej kradzieży z włamaniem, dokonuje oceny stopnia społecznej szkodliwości tego zachowania w kontekście zachowań reprezentatywnych dla „typowych” kradzieży z włamaniem, nie ocenia zaś społecznej szkodliwości kategorii przestępstw opisanych w ustawie jako kradzieże z włamaniem. Nie ocenia także stopnia społecznej szkodliwości kradzieży z włamaniem na tle stopnia społecznej szkodliwości np. zabójstw czy zgwałceń. Pierwszą funkcją badania stopnia społecznej szkodliwości na płaszczyźnie stosowania prawa jest stwierdzenie, czy dany czyn zabroniony posiada „typowy” dla swojego zestawu znamion stopień społecznej szkodliwości. Jeśli stopień społecznej szkodliwości jest atypowo niski, tj. znikomy, to zachowanie nie podlega on dalszemu prawnokarnemu wartościowaniu (art. 1 § 2 KK). Jeżeli stopień społecznej szkodliwości jest wyższy niż znikomy, ocena ta jest niezbędna

²⁴ Szerzej W. Wolter, *Granice i zakres prawa karania*, „Państwo i Prawo” 1957, z. 2, s. 242–243; T. Kaczmarek, *Materialna...*, op. cit., s. 28; L. Gardocki, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 12; L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.

choćby dla wymierzenia sankcji²⁵. Można zatem stwierdzić, że na gruncie prawa karnego zasady *nullum crimen sine lege* i *nullum crimen sine periculo sociali* dopełniają się na płaszczyźnie zarówno stanowienia, jak i stosowania prawa. Z uwagi na brak typizacji deliktów zawodowych, a co za tym idzie – braku przypisanych do danego typu deliktu sankcji względnie oznaczonych, zdecydowanie odmienne sytuacja kształtuje się na polu odpowiedzialności zawodowej. Z uwagi na odmienny charakter normatywny deliktów zawodowych w porównaniu do przestępstw i wykroczeń oraz deliktów skarbowych, wynikający z rozluźnienia wymogu ustawowej określoności, pojawia się wiele specyficznych problemów wywołanych sposobem recepcji zawartych w KK instytucji. W wypadku deliktów zawodowych brak jednoznacznie opisanych ustawowych znamion poszczególnych deliktów²⁶ powoduje, że organ dokonujący oceny stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego dysponuje znacząco większą swobodą niż organ dokonujący takiej samej oceny na gruncie odpowiedzialności karnej. Organy prowadzące postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej nie są bowiem „hamowane” przez zasadę *nullum crimen sine lege* wraz z systemem sankcji względnie oznaczonych, przypisanych do kategorii zachowań o określonym generalno-abstrakcyjnym stopniu społecznej szkodliwości. Ocena stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego nie dokonuje się na tle ściśle określonej przez znamiona kategorii deliktów o cechach istotnych zbliżonych

²⁵ Oczywiście ocena stopnia społecznej szkodliwości może zadecydować o zastosowaniu także instytucji probacyjnych czy też określonych środków zabezpieczających. Art. 66 KK, zawierający przesłanki warunkowego umorzenia postępowania, wskazuje, że sąd może warunkowo umorzyć postępowanie karne wobec sprawcy przestępstwa zagrożonego karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, jeżeli wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, a postawa sprawcy niekaranego za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa. Natomiast art. 93g KK wskazuje, że sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym wobec sprawcy określonego w art. 93c pkt 1, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on ponownie czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym.

²⁶ Na temat typizacji deliktów dyscyplinarnych zob. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 190–210 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

do ocenianego, ale w kontekście różnorodnych zachowań, określonych blankietowo jako „naruszenia przepisów związanych z wykonywaniem zawodu” lub „zasady etyki” obowiązujących w danym zawodzie. Częściowa normatywizacja zasad wykonywania określonego zawodu lub regulacje zawarte w tzw. kodeksach etycznych dotyczących danej profesji stanowią pewną pomoc w dookreśleniu charakteru deliktu, nie zastąpią jednak zespołu ustawowych znamion. Rezygnacja z wymogu ustawowego doprecyzowania znamion przewinień zawodowych nie oznacza jednak, że organy stosujące prawo mają dowolność orzekania i sposobu wykonywania następstw tych deliktów. Rezygnacja z rygoryzmu wynikającego z przestrzegania zasady dostatecznej określoności wymaga wręcz tym ściślejszego dbania o zachowanie pozostałych zasad i ograniczeń o charakterze gwarancyjnym przyjmowanych w odpowiednio stosowanym KK. Dlatego też praktyczna rola możliwie najbardziej precyzyjnego ustawowego określenia katalogu okoliczności, jakie należy uwzględniać przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego, byłaby nawet większa niż dzieje się to w odniesieniu do przestępstw, wykroczeń czy też deliktów skarbowych.

3. Kwantyfikatory oceny stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego

Z uwagi na brak autonomicznej regulacji odnoszącej się do katalogu okoliczności, jakie powinny być uwzględniane przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego, pojawia się pytanie, czy istnieje możliwość odpowiedniego stosowania art. 115 § 2 KK, ewentualnie czy należy uznać, że już *de lege lata* art. 115 § 2 KK stosuje się „odpowiednio”, gdyż skoro ustawa zawiera odesłanie do art. 1 § 2 KK, to niejako automatycznie odsyła także do słownika wyrażeń ustawowych. Za takim rozwiązaniem przemawiałaby okoliczność, iż wprowadzono go niejako „w pakiecie” z instytucjami, do których odsyłają ustawy regulujące odpowiedzialność zawodową. Należy stwierdzić, że wyliczenie zawarte w art. 115 § 2 KK wskazujące, że przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej

szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia, jest w odniesieniu do deliktów zawodowych niepełne. Przepis ten może być punktem wyjścia dla ustalenia okoliczności mających wpływ na stopień społecznej szkodliwości deliktu zawodowego przy założeniu, że uwzględną się zasygnalizowaną w poprzednim punkcie specyfikę deliktów zawodowych na tle czynów zabronionych. W związku z brakiem typizacji deliktów zawodowych katalog, który opracowano celem oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego noszącego znamiona konkretnego typu, nie nadaje się do odpowiedniego stosowania wprost, ponieważ nie zawiera okoliczności, które ustawodawca uwzględnił już przy generalno-abstrakcyjnej ocenie danego typu, wpisując dane okoliczności w zespół ustawowych znamion. *De lege ferenda* należałoby okoliczności wymienione w art. 115 § 2 KK uzupełnić o kwantyfikatory, które w prawie karnym ustawodawca uwzględnia na płaszczyźnie typizacji. Jak już wspomniano, ocena stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu o znamionach przestępstwa odbywa się nie na tle wszystkich czynów karalnych, ale na tle innych czynów, realizujących znamiona danego typu. Przykładowo przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu noszącego znamiona kradzieży nie ocenia się go, porównując np. z przestępstwami przeciwko życiu i zdrowiu, wolności seksualnej, a nawet z innymi zamachami na ten sam rodzajowy przedmiot ochrony, jednak noszącymi znamiona rozboju czy kradzieży z włamaniem. W związku z tym w art. 115 § 2 KK nie wyszczególniono „wagi” naruszonego dobra prawnie chronionego, ale jedynie „rodzaj i charakter” naruszonego dobra. W odniesieniu do przestępstw i wykroczeń „waga” została już *in abstracto* przez ustawodawcę oceniona i wyrażona w decyzji kryminalizacyjnej oraz wymiarze grożącej za dany typ sankcji²⁷. W odniesieniu do

²⁷ W orzecznictwie sądów karnych trafnie wskazuje się, że „zaatakowanie dobra najwyższej wartości” nie jest okolicznością zwiększającą stopień społecznej szkodliwości konkretnego czynu noszącego znamiona przestępstwa, w którego znamionach atak na tego rodzaju dobro został opisany (wyrok SA we Wrocławiu z 9 III 1999 r., II AKa 18/99, OSA 1999, z. 3, poz. 22; wyrok SA we Wrocławiu z 14 X 2005 r., II AKa 256/05, OSA 2006, z. 2, poz. 7).

deliktów zawodowych „waga” dobra musi zostać uwzględniona przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości konkretnego zachowania – powinna zatem dołączyć do katalogu okoliczności podlegających ocenie. Na marginesie można zauważyć, że z konstytucyjnych zasad odnoszących się do prawa represyjnego, a także podstawowych założeń prawa karnego jako dziedziny prawa jednoznacznie wynika, iż także u podstaw każdego deliktu zawodowego leży zawsze niedozwolony atak na dobro prawnie chronione. Nie ma deliktów zawodowych (dyscyplinarnych), które nie stanowią ataku, chociażby w bardzo odległej perspektywie, na dobro prawnie chronione. Niedozwolonego ataku na dobro prawnie chronione nie należy przy tym mylić ze skutkiem w postaci naruszenia dobra prawnego. Tak jak w wypadku wielu przestępstw pospolitych – chociażby prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości, bigamii, narażenia człowieka na niebezpieczeństwo utraty życia, nieudzielenia pomocy – delikt zawodowy może polegać na samym „naruszeniu regul”, ewentualnie na naruszeniu regul i wywołaniu „stanu niebezpieczeństwa” dla dobra prawnego. W państwie prawa nie ma bowiem możliwości aby wprowadzać odpowiedzialność, chociażby tylko zawodową, bez racjonalnego uzasadnienia, którym jest konieczność zapewnienia ochrony dobru prawnemu. Natomiast im poważniejsze naruszenie dobra prawnego i im wyższa pozycja dobra prawnego w hierarchii, tym reakcja ustawodawcy może być poważniejsza. Nie ma przy tym „oddzielnego katalogu” dla dóbr chronionych tylko przez prawo karne, prawo cywilne czy też tylko przez zasady odpowiedzialności zawodowej – jest on wspólny na gruncie całego systemu prawa, zaś prawo karne jako *ultima ratio* sankcjonuje jedynie najpoważniejsze naruszenia najważniejszych dóbr prawnie chronionych²⁸.

Katalog art. 115 § 2 KK zawiera kwantyfikator w postaci „rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody” oraz „rodzaju naruszonych regul

²⁸ Szerzej P. Kardas, *Przevinienie dyscyplinarne o charakterze ciągłym*, „Rejent” 2010, tom 20, s. 88–128 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane; E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura przestępstwa a materialna treść i model struktury przevinień dyscyplinarnych* [w:] *Państwo Prawa i Prawo Karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa 2012, s. 445–463 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane; T. Sroka, *Realizacja zasady określoności czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 6, s. 3–17.

ostrożności i stopnia ich naruszenia”. W odniesieniu do deliktów zawodowych należałoby poprzez te kwantyfikatory ocenić także, czy dany delikt stanowił delikt z naruszenia dobra prawnego, czy też narażenia go na niebezpieczeństwo, a jeżeli tak, to czy jest to abstrakcyjne, czy też konkretne narażenie na niebezpieczeństwo, co w odniesieniu do czynów zabronionych ma miejsce na płaszczyźnie typizacji. W wypadku przestępstw odrębnie stypizowane są bowiem przestępstwa naruszenia i narażenia tego samego dobra prawnego na niebezpieczeństwo, co oznacza, że odmienna ocena stopnia społecznej szkodliwości zachowań polegających na narażeniu na niebezpieczeństwo i naruszeniu tego samego dobra prawnego została uwzględniona w procesie typizacji, więc nie ma potrzeby uwzględniania tego czynnika w ocenie konkretnego czynu zabronionego²⁹.

Katalog kwantyfikatorów oceny stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego powinien zostać bezwzględnie uzupełniony o znamiona strony podmiotowej, tj. o okoliczność, czy sprawca popełnił swój czyn umyślnie, czy też nieumyślnie³⁰. Artykuł 115 § 2 KK w zakresie strony podmiotowej odnosi się bowiem jedynie do „motywacji sprawcy” i „postaci zamiaru”, nie nakazuje w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu uwzględniać tych elementów, które wchodzą do znamion strony podmiotowej czynu. Tymczasem znamiona strony podmiotowej deliktu zawodowego nie zostały określone i ocenione na etapie typizacji.

²⁹ Przykładowo za umyślne narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu art. 160 § 1 KK przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 3, natomiast za umyślne pozbawienie życia człowieka art. 148 § 1 KK przewiduje karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8, karę 25 lat pozbawienia wolności albo karę dożywotniego pozbawienia wolności.

³⁰ Przykładowo czyny noszące tożsame znamiona strony przedmiotowej polegające na spowodowaniu skutku w postaci pozbawieniu człowieka życia, w zależności czy sprawca dopuścił się czynu umyślnie, czy nieumyślnie, są ujęte w odrębne typy z bardzo różnymi granicami zagrożenia karą. Za umyślne zabicie człowieka ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8, karą 25 lat pozbawienia wolności albo karą dożywotniego pozbawienia wolności (148 § 1 KK), zaś jeżeli sprawca taki sam skutek spowodował nieumyślnie, zagrożenie ustawowe to kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (art. 155 KK).

Artykuły 1 § 2 i 53 § 1 KK, do których bezpośrednio odsyłają ustawy regulujące odpowiedzialność zawodową, zawierają pojęcie „społecznej szkodliwości czynu”, nie zaś „społecznej szkodliwości”. Tymczasem czyn będący przedmiotem oceny nie zmienia swojej szkodliwości z powodu np. żalu i skruchy obwinionego, choroby obwinionego lub członka jego rodziny, przeproszenia pokrzywdzonego czy dotychczasowej nieposzlakowanej opinii³¹. Natomiast art. 53 § 2 KK wymienia okoliczności niezwiązane z oceną stopnia społecznej szkodliwości czynu, jakie należy uwzględnić przy wymiarze kary. Są to okoliczności, które mogą wpływać na wymiar kary, gdyż zgodnie z art. 53 § 1 KK organ rozstrzygający w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej powinien się kierować nie tylko zasadą oddania w sankcji ciężaru czynu i stopnia winy, ale także uwzględnić inne czynniki, w tym cele prewencji indywidualnej. Nie oznacza to jednak, że należy utożsamiać proces oceny ciężaru deliktu zawodowego z procesem wymierzania sankcji adekwatnej do ciężaru czynu i stopnia winy, jednak z uwzględnieniem celów prewencji indywidualnej i „potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”. Dlatego też *de lege lata*, pomimo braku normatywnej definicji kwantyfikatorów wpływających na ocenę deliktu zawodowego, za błąd należy uznać utożsamianie ze sobą dwóch różnych zespołów okoliczności: takich, które należy brać pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu, oraz takich, które należy uwzględnić przy doborze i wymiarze sankcji³². Nie należy także mylić okoliczności związanych ze stroną podmiotową czynu i z podmiotem czynu (sprawcą). Ocena stopnia

³¹ Dlatego na gruncie odpowiedzialności karnej judykatura i doktryna jednoznacznie ucinają próby zaliczenia do okoliczności mających wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu takich elementów jak np. zdarzenia zaistniałe po dacie czynu, wiek sprawcy, niekaralność, pozytywna opinia, sukcesy zawodowe, trudne dzieciństwo, konieczność opiekowania się żoną lub małym dzieckiem, miejsce zamieszkania, tryb życia przed popełnieniem przestępstwa, nagminność, zachowanie pokrzywdzonego, upływ czasu od popełnienia czynu zabronionego (tak np. wyrok SA w Krakowie z 11 V 2006 r., II AKa 62/06, KZS 2006, z. 6, poz. 72; postanowienie SN z 25 VI 2008 r., V KK 1/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 75; wyrok SN z 23 VI 2009 r., II KK 13/09, LEX nr 512956; postanowienie SN z 28 V 2015 r., II KK 126/15, LEX nr 1786791).

³² Tak na gruncie odpowiedzialności karnej SN w uzasadnieniu wyroku z 28 VI 2005 r., WA 14/05, OSNKW 2005, nr 10, poz. 96.

społecznej szkodliwości deliktu zawodowego powinna uwzględniać jedynie okoliczności związane bezpośrednio z czynem

4. Znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu i przypadek deliktu „mniejszej wagi” jako przesłanki umorzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej

Na gruncie odpowiedzialności zawodowej brak autonomicznych definicji „przypadku mniejszej wagi” i deliktu o „znikomym stopniu społecznej szkodliwości”, zatem zasadnym jest skorzystanie z dorobku doktryny i judykatury wypracowanego na gruncie odpowiedzialności karnej i karnej skarbowej w zakresie stosowania instytucji „wypadku mniejszej wagi” i instytucji umorzenia postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego, a także z orzecznictwa SN³³ wypracowanego na gruncie orzekania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej (dyscyplinarnej) w innych zawodach zaufania publicznego, w których pojawia się instytucja wypadku „mniejszej wagi”³⁴.

Należy stwierdzić, że za pogląd dominujący i zarazem trafny trzeba uznać przekonanie, iż o uznaniu konkretnego czynu zabronionego za „wypadek mniejszej wagi” decyduje „waga” czynu wyrażająca się stopniem społecznej szkodliwości³⁵. Innymi słowy, „mniejsza waga” czynu

³³ Np. wyrok SN z 5 VI 2014 r., SNO 23/14, LEX nr 1483586; wyroki SN z 18 IX 2002 r., SNO 24/02, LEX nr 568914; z 24 VI 2003 r., SNO 34/03, LEX nr 1288867; z 5 VI 2014 r., SNO 22/14, LEX nr 1480064; z 9 III 2006 r., SNO 4/06, OSNSD 2006, poz. 26; z 8 X 2008 r., SNO 75/08, OSNSD 2008, poz. 90; z 22 I 2010 r., SNO 97/09, OSNSD 2010, poz. 14; z 7 IX 2010 r., SNO 32/11, OSNSD 2010, poz. 44; z 15 VI 2011 r., SNO 23/11, OSNSD 2011, poz. 32.

³⁴ Art. 109 § 5 Ustawy z 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. 2019 poz. 52; art. 95d Ustawy z 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, Dz.U. 2018 poz. 1184; art. 66 Ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz.U. 2018 poz. 2115; art. 149 Ustawy z 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze, Dz.U. 2017 poz. 1767. Szerzej zob. P. Czarnecki, *Przewinienie dyscyplinarne w prawie polskim*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 1, s. 23–34.

³⁵ Na gruncie prawa karnego konkurowały ze sobą następujące koncepcje wypadku mniejszej wagi: 1) koncepcja całościowa, oceniająca zarówno okoliczności popełnienia czynu, osobowość sprawcy jego właściwości i warunku osobiste, a także sposób zachowania przed i po popełnieniu czynu zabronionego; 2) koncepcja przedmiotowa, według której należy brać pod uwagę znamiona strony przedmiotowej; 3) koncepcja przedmiotowo-podmiotowa przyjęta przez większość doktryny i judykatury

zabronionego oznacza, że dany czyn posiada stopień społecznej szkodliwości zmniejszony w porównaniu do stopnia uzasadniającego wymierzenie kary według skali zagrożenia ustawowego przewidzianego w typie podstawowym³⁶. „Niski” stopień społecznej szkodliwości zatem, w porównaniu ze stopniem społecznej szkodliwości reprezentatywnym dla typu podstawowego, rozstrzyga o kwalifikacji czynu zabronionego jako „wypadku mniejszej wagi”, która przenosi odpowiedzialność karną sprawcy na płaszczyznę przepisu przewidującego łagodniejsze granice ustawowego zagrożenia. Pogląd ten opiera się na stwierdzeniu, że przyjęcie „wypadku mniejszej wagi” jest rozstrzygnięciem o kwalifikacji prawnej czynu, zatem nie może być to cecha związana lub uzależniona od okoliczności leżących poza czynem, takich jak np. osobowość lub opinia sprawcy, jego zachowania się przed i po popełnieniu czynu, a także inne okoliczności mające wpływ na wymiar kary i związane ze sprawcą³⁷. Artykuł 53 § 8 KKS zawiera nawet normatywną definicję „wypadku mniejszej wagi” przesądzającą, iż jest to czyn zabroniony o „niskim” stopniu społecznej szkodliwości, a także wylicza kwantyfikatory, które należy brać pod uwagę przy tego rodzaju ocenie, pomijając okoliczności inne niż mające wpływ na stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego.

Na gruncie KK i KKS jednoznacznie odróżnia się czyny zabronione kwalifikowane jako „wypadek mniejszej wagi” od czynów zabronionych,

prawa karnego, oceniająca elementy zarówno strony przedmiotowej, jak i podmiotowej związane jedynie z czynem (stopień społecznej szkodliwości czynu). Szerzej zob. K. Buchała, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 X 1996 r.*, V KKN 79/96, „Państwo i Prawo” 1997, z. 9, s. 111 i n.; T. Hajduk, *Wypadki przestępstw mniejszej wagi*, „Prokuratura i Prawo” 2002, z. 5, s. 57 i n.; R.A. Stefański, *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12, s. 125; P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, z. 7–8, s. 28 i n. oraz literatura tam cytowana; K. Banasik, *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, z. 3, s. 48 i n. oraz literatura tam cytowana; E. Plebanek, *Materiałne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 146 i n.

³⁶ Tak postanowienie SN z 13 VI 2002 r., V KKN 544/2000, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 3, s. 99; wyrok SA w Białymstoku z 20 III 2001 r., II AKa 161/2000, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2001, z. 10, poz. 33; postanowienie SN z 21 VIII 2008 r., V KK 257/08, LEX nr 449083; postanowienie SN z 15 VIII 2008 r., III KK 162/08, LEX nr 452387.

³⁷ Wyrok SN z 8 X 2008 r. SNO 75/08, LEX nr 1288987.

których stopień społecznej szkodliwości jest „znikomy”. Zgodnie z art. 1 § 2 KK i art. 1 § 2 KKS czyn zabroniony o znikomym stopniu społecznej szkodliwości nie stanowi przestępstwa, przestępstwa skarbowego, a nawet wykroczenia skarbowego. Według art. 17 § 1 pkt 3 KPK znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego to negatywna przesłanka procesowa. Jednak chociaż znikomy stopień społecznej szkodliwości wyłącza przestępczość czynu, to ustawodawca wyklucza w tym wypadku wydanie wyroku uniewinniającego – takie ustalenie na etapie postępowania jurysdykcyjnego stanowi, zgodnie z KPK, podstawę wydania wyroku umarzającego. Natomiast czyn zabroniony zakwalifikowany jako „wypadek mniejszej wagi” stanowi przestępstwo lub wykroczenie skarbowe o niskim, w porównaniu z typem podstawowym, stopniu społecznej szkodliwości, ale jednocześnie wyższym niż znikomy. Dlatego też reakcją na czyn zabroniony stanowiący „wypadek mniejszej wagi” nie jest umorzenie postępowania.

Na gruncie odpowiedzialności zawodowej także należy przyjąć, że okoliczności leżące poza czynem pozostają bez wpływu dla zakwalifikowania przewinienia zawodowego jako przypadku „mniejszej wagi” w rozumieniu art. 82 uil lub ustalenia, że delikt cechuje się znikomym stopniem społecznej szkodliwości³⁸. Ustalenie znikomego stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego, czy też ustalenie, iż delikt stanowi wypadek „mniejszej wagi”, stwarza możliwość umorzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, a nie wydania wyroku uniewinniającego. Wydanie wyroku uniewinniającego jest zastrzeżone dla innych kategorii sytuacji³⁹. Zgodnie z odpowiednio stosowanym art. 17 § 1 pkt 1 i 2 KPK wyrok uniewinniający powinien zapaść, jeżeli na etapie postępowania przed sądem orzekającym w przedmiocie

³⁸ Wyrok SN z 8 X 2008 r. SNO 75/08, LEX nr 1288987; wyrok SN z 18 IX 2002 r. SNO 24/02, LEX nr 568914; wyrok SN z 24 VI 2003 r. SNO 34/03, LEX nr 1288867; wyrok SN z 8 II 2011 r. SNO 1/11, LEX nr 1288777.

³⁹ Tezy te potwierdził SN w uzasadnieniu wyroku z 3 IX 2016 r., SDI 64/16, gdzie stwierdził iż Naczelny Sąd Lekarski wykazał „pewien niedostatek w rozumieniu istoty wypadku mniejszej wagi, określonego w art. 82 ust. 2 u.i.l.”, stwierdzając, iż „nie stwierdził winy obwinionego” i jednocześnie uznał jego czyn za przypadek deliktu „mniejszej wagi”.

odpowiedzialności zawodowej ustalono, że czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia; czyn nie zawiera znamion deliktu albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia deliktu zawodowego. Natomiast przyjęcie „przypadku mniejszej wagi” albo znikomego stopnia społecznej szkodliwości deliktu wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, że zachowanie wyczerpało znamiona deliktu zawodowego, tzn. że jest to czyn, który stanowi naruszenie wymienionych w danej ustawie przepisów lub zasad związanych z wykonywaniem danego zawodu zaufania publicznego lub z etyką i deontologią danej profesji. Jeżeli zaś sprawca nie wyczerpał swoim zachowaniem znamion deliktu zawodowego, to powinien zostać uniewinniony, ewentualnie jeżeli okoliczność tę ustalono przed wniesieniem do sądu wniosku o ukaranie obwinionego, to zasadna jest decyzja o umorzeniu postępowania, jednak nie z uwagi na przypadek „mniejszej wagi” czy też „znikomy stopień społecznej szkodliwości”, ale ze względu na którąś z przesłanek opisanych w odpowiednio stosowanym art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 KPK. Na marginesie wypada odnieść się do pytania o celowość wprowadzenia takiego rozróżnienia. Jak się wydaje, ustawodawca, wprowadzając do aktów normatywnych regulujących zasady odpowiedzialności zawodowej instytucję umorzenia postępowania z uwagi na znikomy (niski) stopień społecznej szkodliwości deliktu, kierował się tymi samymi ideami jak przy wprowadzaniu tej instytucji w odniesieniu do przestępstw oraz deliktów skarbowych. Oportunizm materialny umożliwia odstępianie od uruchamiania procedury postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej w sytuacji, w której byłoby to oczywiście bezcelowe z perspektywy realizacji celów tego postępowania z uwagi na subminimalną wagę deliktu. Przykładowo, można sobie wyobrazić lekarza, który w czasie intensywnego i długotrwałego dyżuru, przez powodowane zmęczeniem roztargnienie nie zapytał pacjenta, czy będzie mu przeszkadzać w czasie badania obecność praktykujących na oddziale studentów medycyny albo jednokrotnie odniósł się do pacjenta w niezbyt elegancki sposób; tudzież lekarza, który stwierdził niepublicznie, jedynie wobec pacjenta, zgodnie z prawdą, że sposób leczenia, jaki wybrał lekarz, u którego pacjent leczyl się poprzednio, odbiega od przyjętych współcześnie standardów postępowania.

Każde z wymienionych przykładowo zachowań narusza zasady opisane w Kodeksie Etyki Lekarskiej, ale z uwagi na charakterystykę okoliczności konkretnego przypadku mogłoby zostać uznane za naruszenie na tyle subminimalnie społecznie szkodliwe, że niewarte wdrażania procedury postępowania zawodowego względem sprawcy oraz piętnowania nawet najmniej dolegliwą spośród możliwych sankcji.

Jeżeli ustalono, że czyn obwinionego stanowi naruszenie przepisów lub zasad związanych z wykonywaniem zawodu lub z etyką i deontologią danej profesji, to konieczne jest dokonanie całościowej analizy społecznej szkodliwości tego zachowania z uwzględnieniem wszystkich relevantnych kwantyfikatorów społecznej szkodliwości, gdyż jest to ocena, która nie tylko warunkuje prowadzenia postępowania, ale także współdecyduje w znaczącym stopniu o rodzaju i rozmiarze wymierzanej sprawcy sankcji⁴⁰. W wypadku ustalenia, iż stopień społecznej szkodliwości deliktu jest niski, organ prowadzący postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej może umorzyć postępowanie z uwagi na przypadek „mniejszej wagi”, jeżeli dana ustawa przewiduje takie możliwości. Umorzenie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej z uwagi na przypadek „mniejszej wagi” lub „znikomy stopień społecznej szkodliwości” przesądza zatem, że obwiniony popełnił czyn naruszający zasady etyki zawodowej lub przepisy dotyczące wykonywania zawodu, jednak okoliczności strony przedmiotowej i podmiotowej deliktu wskazują na niski lub znikomy stopień społecznej szkodliwości tego czynu. Przewinienie zawodowe zakwalifikowane jako przypadek „mniejszej wagi” lub delikt o znikomym stopniu społecznej szkodliwości nie traci cechy deliktu zawodowego. Tego rodzaju ustalenie jedynie rzutuje na reakcję organu orzekającego w stosunku do obwinionego⁴¹.

⁴⁰ Wyrok SN z 29 V 2018 r. SDI 14/2018; postanowienie SN z 24 X 2017 r. SDI 71/17.

⁴¹ P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne...*, op. cit., s. 236, oraz uzasadnienia orzeczeń dyscyplinarnych: wyrok SN z 18 IX 2002, SNO 24/02, OSNwSD 2003, nr 1, poz. 33; wyrok SN z 24 VI 2003 r., OSNwSD 2003, nr 1, poz. 49; wyrok SN z 26 IV 2005 r., SNO 17/05, OSNwSF 2005, nr 1, poz. 41; wyrok SN z 9 III 2006 r., SNO 4/06 OSNwSD 2006, nr 1, poz. 26; wyrok SN z 21 VI 2007 r., SNO 35/07, OSNwSD 2007, nr 1, poz. 49; wyrok SN z 8 X 2008 r., SNO 75/08, OSNwSD 2008, nr 1,

Wypada zaznaczyć, że „niski” stopień społecznej szkodliwości łączony z „przypadkiem mniejszej wagi” oznacza także poziom wyższy niż „znikomy”. Jak już wspomniano, na gruncie prawa karnego niedopuszczalne jest przyjęcie, że przypisany sprawcy czyn stanowi jednocześnie wypadek mniejszej wagi i posiada znikomy stopień społecznej szkodliwości. Wypadek mniejszej wagi jest postacią czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego, zawierający niższy niż typ podstawowy stopień społecznej szkodliwości czynu, i jednocześnie jest to stopień społecznej szkodliwości wyższy niż znikomy. Czyn zabroniony o znikomym stopniu społecznej szkodliwości natomiast nie stanowi przestępstwa. Tymczasem na gruncie uil jedyną autonomicznie uregulowaną przesłanką umorzenia postępowania związaną z emanacją oportunistu jest przypadek „mniejszej wagi”, zaś brak autonomicznego przepisu nakazującego umorzenie postępowania z uwagi na „znikomy stopień społecznej szkodliwości” deliktu, tak jak ma to miejsce np. w ustawach regulujących odpowiedzialność zawodową pielęgniarek i położnych oraz fizjoterapeutów. Brak także bezpośredniego odesłania do art. 17 § 1 pkt 3 KPK, gdzie wskazano znikomy stopień społecznej szkodliwości jako negatywną przesłanką prowadzenia postępowania, tak jak ma to miejsce w ustawach regulujących odpowiedzialność zawodową weterynarzy czy diagnostów laboratoryjnych. Brak jednoznacznej regulacji w tym zakresie na gruncie uil nie jest jednak przeszkodą dla umorzenia postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości deliktu zawodowego. Po pierwsze, z uwagi na odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 1 § 2 KK. Po drugie, ze względu na odesłanie do odpowiedniego stosowania KPK, a zatem art. 17 § 1 pkt 3 KPK. Po trzecie, zważywszy na zasadę *a maiore ad minus*: jeżeli można umorzyć postępowanie w przypadku „mniejszej wagi”, to tym bardziej w razie znikomego stopnia społecznej szkodliwości deliktu. Jednak z uwagi na okoliczność, iż uil nie różnicuje skutków w zakresie odpowiedzialności obwinionego w zależności od ustalenia, czy czyn nosi znikomy, czy też niski stopień społecznej szkodliwości, to odmiennie niż

poz. 86; wyrok SN z 22 I 2010, SNO 97/09, OSNwSD 2010, nr 1, poz. 14; wyrok SN z 7 IX 2010, SNO 32/10, OSNwSD 2010, nr 1, poz. 14.

na gruncie odpowiedzialności karnej należy przyjąć, że na gruncie odpowiedzialności zawodowej lekarzy i lekarzy dentystów dopuszczalne jest jednocześnie przyjęcie, że przypisany obwinionemu czyn stanowi przypadek „mniejszej wagi” i posiada znikomy stopień społecznej szkodliwości. Artykuł 82 ust 2 uil znajdzie zastosowanie zarówno wobec deliktów o znikomym stopniu społecznej szkodliwości, jak i deliktów o stopniu społecznej szkodliwości wyższym niż znikomy jednak stanowiącym przypadek „mniejszej wagi” z uwagi na niski stopień społecznej szkodliwości.

5. Ocena stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego noszącego znamiona przestępstwa, wykroczenia lub deliktu skarbowego

Zagadnieniem często pojawiającym się w praktyce organów orzekających w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej jest ocena stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego, który jednocześnie nosi znamiona przestępstwa lub wykroczenia, czy też deliktu skarbowego. Może pojawić się pytanie, czy jeżeli przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego i czynu zabronionego należy brać pod uwagę podobny zestaw kwantyfikatorów, to ustalenie w postępowaniu karnym, że badany czyn zabroniony charakteryzuje się określonym stopniem społecznej szkodliwości, determinuje ocenę tego samego czynu w toku postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej. Należy stwierdzić, że nie ma związku między oceną tego samego czynu jako przestępstwa czy też wykroczenia lub deliktu skarbowego i jako deliktu zawodowego. Ocena stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego noszącego jednocześnie znamiona czynu zabronionego odbywa się niejako dwutorowo. Przedmioty i cele tych postępowań są odmienne i odmienne są konteksty, w świetle których ocenia się społeczną szkodliwość tego samego zachowania. Ocena stopnia społecznej szkodliwości danego zachowania jako czynu realizującego znamiona przestępstwa lub wykroczenia odbywa się na tle innych zachowań reprezentatywnych dla danego typu. Natomiast ocena stopnia społecznej szkodliwości danego czynu jako deliktu zawodowego odbywa się w kontekście innych czynów reprezentatywnych dla zachowań realizujących

materialnoprawną podstawę przypisania odpowiedzialności zawodowej. Przy dokonywaniu obydwu ocen bierze się wprawdzie pod uwagę podobny zestaw kwantyfikatorów, jednak odbywają się one z różnych perspektyw: po pierwsze, na tle zespołu ustawowych znamion przestępstwa (wykroczenia, deliktu skarbowego) i po drugie – na tle naruszenia zasad etyki obowiązujących w danej profesji lub przepisów regulujących wykonywanie tego zawodu. Są to zatem dwie oceny, które odnoszą się do tego samego czynu, prowadzone przy uwzględnieniu podobnego katalogu kwantyfikatorów, które mogą ale nie muszą być zbliżone. Ustalenie, że dany czyn realizuje znamiona czynu zabronionego, jednak nie posiada cechy karygodności, z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości, nie warunkuje odpowiedzialności zawodowej, a jedynie powoduje, że odpowiedzialność zawodowa będzie jedyną formą odpowiedzialności represyjnej, jaką sprawca może ponieść. Odpowiedzialność dyscyplinarna, służbowa, zawodowa nie pojawiają się bowiem „zamiast” odpowiedzialności karnej, ale od niej niezależnie⁴². Jest zatem możliwe prowadzenie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej (zawodowej) odnośnie do czynu, co do którego zapadł przed sądem karnym prawomocny wyrok uniewinniający czy też umarzający postępowanie z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości. Może mieć miejsce także sytuacja przeciwna, w której pomimo przypisania odpowiedzialności za przestępstwo lub wykroczenie sprawca nie poniesie odpowiedzialności zawodowej, ponieważ nie każdy czyn realizujący znamiona przestępstwa realizuje jednocześnie materialnoprawną podstawę przypisania odpowiedzialności zawodowej⁴³. Ustalenie, że dane zachowanie oceniane jako przestępstwo nosi subminimalny stopień społecznej szkodliwości uzasadniający umorzenie postępowania karnego, nie wpływa w żaden sposób na ocenę tego samego zachowania

⁴² Uchwała SN z 28 IX 2006 r., I KZP 8/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, z. 10, poz. 2. Zob. też R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, op. cit., s. 79–180; E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura przestępstwa...*, op. cit., s. 445–463.

⁴³ Szerzej zob. L. Gardocki, *Prawmokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej* [w:] *Przestępstwo – Kara – Polityka kryminalna. Problemy stanowienia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin prof. T. Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 198.

w kontekście realizacji znamion deliktu zawodowego. Ustalenie, iż na gruncie odpowiedzialności karnej lub karnej skarbowej badany czyn zabroniony stanowi „wypadek mniejszej wagi” lub przestępstwo, którego stopień społecznej szkodliwości „nie jest znaczny”, nie przesądza, iż ten sam czyn zostanie uznany za przypadek „mniejszej wagi” na gruncie odpowiedzialności zawodowej. Bez znaczenia w kontekście oceny stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego jest też okoliczność, że czyn realizuje jednocześnie znamiona przestępstwa lub wykroczenia⁴⁴. Dobrą ilustracją przedstawionych zagadnień teoretycznych jest stan faktyczny, będący kanwą dla postanowienia Sądu Najwyższego z 20 grudnia 2017 r. (SDI 95/17), gdzie SN odniósł się do oceny stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego, który nosił jednocześnie znamiona przestępstwa ocenionego jako przestępstwo, którego stopień społecznej szkodliwości „nie jest znaczny” w rozumieniu art. 66 KK. Zachowanie będące przedmiotem oceny polegało na tym, że obwiniony lekarz kardiolog przez wiele lat posługiwał się fałszywym dyplomem potwierdzającym niezgodnie z prawdą, iż posiada stopień doktora nauk medycznych. Sąd karne oceniał to zachowanie w perspektywie realizacji znamion przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów popełnionego w warunkach czynu ciągłego (art. 270 § 1 KK w zw. z art. 12 KK). Zachowanie lekarza oceniane w perspektywie realizacji znamion fałszerstwa materialnego zostało uznane za przestępstwo, którego stopień społecznej szkodliwości „nie był znaczny”. Ponieważ spełnione były także pozostałe przesłanki zastosowania środka probacyjnego w postaci warunkowego umorzenia postępowania, postępowanie karne zakończyło się wydaniem wyroku warunkowo umarzającego. To samo zachowanie ponownie oceniono jako delikt zawodowy, nie uznając go jednak za przypadek „mniejszej wagi” w rozumieniu art. 82 uil. Oceny czynu nie prowadzono bowiem w perspektywie realizacji znamion

⁴⁴ Przykładowo w zawodzie lekarza „generalny opis znamion deliktu zawodowego” wyrażony jest jako „naruszenie zasad etyki lekarskiej” oraz „przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza” (art. 53 u.i.l.), popełnienie przez lekarza przestępstwa z art. 177 par. 1 KK, tj. średniego wypadku komunikacyjnego, nie jest jednoznaczne z naruszeniem przepisów dotyczących wykonywania zawodu lub zasad etyki zawodowej.

jednego z przestępstw stanowiących atak na wiarygodność dokumentów, lecz w perspektywie zachowania stanowiącego „naruszenie zasad etyki lekarskiej” lub „przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza” (art. 53 uil). Jak już wspomniano, z uwagi na brak ustawowej określoności deliktów w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej w pierwszej kolejności należy możliwie precyzyjnie dookreślić, na czym polega delikt zarzucany obwinionemu, a następnie w tym kontekście ocenić jego społeczną szkodliwość. Generalne znamiona deliktu dyscyplinarnego wypełnia się zatem w procesie stosowania prawa treścią adekwatną do wymagań i oczekiwań stawianych przedstawicielom danej profesji. Konkretyzacja opisu deliktu następuje w wyroku i powinna mieć postać jednoznacznego określenia tego deliktu jako np. przewinienia służbowego, uchybienia godności urzędu, nieprzestrzegania zasad etyki zawodowej, naruszenia dyscypliny służbowej, uchybienia powadze lub godności zawodu, z jednoznacznym i niesprowadzającym się do ogólników wskazaniem, o jakie naruszenie chodzi⁴⁵. W wypadku zawodów medycznych w orzeczeniu powinno być wskazane, które z zasad etycznych wykonywania danego zawodu medycznego zostały naruszone lub które z przepisów regulujących wykonywanie zawodu. Zgodnie art. 89 ust. 2 pkt 1 uil orzeczenie skazujące powinno zawierać dokładne określenie przypisanego obwinionemu czynu oraz jego kwalifikację prawną⁴⁶. W będącym przedmiotem oceny stanie faktycznym zasada etyczna naruszona przez obwinionego została bliżej doprecyzowana przez Kodeks Etyki Lekarskiej, którego art. 62 zabrania lekarzowi używania nienależnych tytułów zawodowych i naukowych. W tym kontekście nie miało znaczenia w ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu posługiwanie się fałszywym dokumentem jako autentycznym, ale zachowanie polegające na naruszeniu innego dobra prawnego, a to „istoty relacji lekarz–pacjent”. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, posługiwanie się nienależnym stopniem naukowym jest nie do pogodzenia z ogólnymi normami etycznymi, ale także ma swój szczególnie ujemny

⁴⁵ Wyrok SN z 15 VII 2010 r., SDI 12/10, LEX 784327.

⁴⁶ Wyrok SN z 7 III 2018 r. SDI 124/17, LEX 2511517.

wydzwięk w naukach medycznych, gdzie stopień naganności takiego zachowania jest tym większy, że narusza wzajemne zaufanie lekarza i pacjenta. Znaczny stopień społecznej szkodliwości zachowania lekarza ocenianego w perspektywie deliktu zawodowego wynika z tego, że dla pacjenta niemającego merytorycznych kompetencji, aby zweryfikować umiejętności specjalisty, któremu powierza swoje najcenniejsze dobro, to właśnie stopień i tytuł osoby, do której się zwraca, „stanowi istotny wyznacznik fachowości”. Sąd Najwyższy trafnie podkreślił, że bez znaczenia w kontekście oceny stopnia społecznej szkodliwości zachowania obwinionego są okoliczności niezwiązane ze znamionami badanego deliktu, takie jak fakt, iż obwiniony jest doświadczonym lekarzem, że nie spotkał się z krytyczną oceną swojej działalności medycznej, że do wykonywanego przez niego zawodu kardiologa nie jest wymagane posiadanie stopnia naukowego „doktora”, którym obwiniony fałszywie się przedstawiał, ale wystarczające jest uzyskanie specjalizacji kardiologicznej, którą obwiniony posiadał, oraz że „brak informacji”, jakoby w wyniku błędów w leczeniu popełnionych przez obwinionego pacjenci doznali uszczerbków na zdrowiu. Jak trafnie zauważono, zachowanie, które zarzucono obwinionemu, nie polegało bowiem na nienależytym wykonywaniu zawodu lekarza czy też popełnianiu błędów w leczeniu lub wykonywaniu zawodu bez odpowiednich uprawnień, ale na wieloletnim i umyślnym wprowadzaniu pacjentów w błąd, co do swoich kompetencji, i to właśnie w tym kontekście należało ocenić jego społeczną szkodliwość.

De lege lata organ prowadzący postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej jest zobowiązany do precyzyjnej oceny stopnia społecznej szkodliwości deliktu będącego jego przedmiotem. Jest to ocena, która warunkuje prowadzenie postępowania i współdecyduje w znaczącym stopniu o rodzaju i rozmiarze wymierzonej sprawcy sankcji⁴⁷. Za

⁴⁷ Wyrok SN z 29 V 2018 r. SDI 14/2018; postanowienie SN z 24 X 2017 r. SDI 71/17.

zasadny należy uznać postulat *de lege ferenda*, żeby do ustaw regulujących zasady odpowiedzialności zawodowej wprowadzić katalog kwantyfikatorów wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego. Katalog zawarty w art. 115 § 2 KK nawet przy założeniu, że można stosować go odpowiednio, nie jest bowiem adekwatny do natury deliktu zawodowego. Brak jednoznacznie określonego katalogu okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego powoduje, że błędna ocena stopnia społecznej szkodliwości, lakoniczne i zdawkowe uzasadnienie rozstrzygnięcia w przedmiocie oceny stopnia społecznej szkodliwości, uwzględnienie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu okoliczności, które nie powinny być uwzględnione lub przeciwnie – niedoszacowanie okoliczności, które znacząco wpłynęły na stopień społecznej szkodliwości danego deliktu – nie mogą zostać podniesione wprost jako zarzuty naruszenia prawa w postępowaniu odwoławczym. Z uwagi na znaczącą funkcję, jaką ustawodawca przywiązuje do stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego, zarówno jako zasady wymiaru sankcji, jak i jako samodzielnej determinanty decyzji o umorzeniu postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości, czy też przypadek mniejszej wagi, odpowiednik art. 115 § 2 KK powinien zostać wprowadzony do ustaw regulujących zasady odpowiedzialności zawodowej.

Katalog okoliczności mających wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego powinien być konstruowany na podstawie regulacji już istniejących w ustawach karnych, jednak z uwzględnieniem różnicy pomiędzy deliktami zawodowymi a pozostałymi czynami zabronionymi, wynikającej z braku typizacji deliktów zawodowych. Koniecznym jest skonstruowanie autonomicznego unormowania w ustawach odnoszących się do odpowiedzialności zawodowej, tak aby jednoznacznie wybrzmiało, iż chodzi o wypadkową czynników związanych jedynie z czynem naruszającym zasady etyki zawodowej lub przepisy regulujące wykonywanie zawodu, bez włączania w to innych elementów – w tym i tych, które odpowiednio stosowany art. 53 KK nakazuje uwzględniać przy wymiarze kary. W tego rodzaju katalogu, obok kwantyfikatorów znanych z art. 115 § 2 KK, powinna znaleźć się także strona

podmiotowa deliktu zawodowego, waga zaatakowanego przez sprawcę dobra prawnie chronionego oraz stopień jego naruszenia. *De lege lata* katalog kwantyfikatorów wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości deliktu zawodowego należy dekodować poprzez odesłanie do rezultatów wykładni systemowej. Można zatem stwierdzić, że w procesie badania, czy postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej należy umorzyć z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości lub przypadek „mniejszej wagi”, nie mają znaczenia okoliczności, stany, zdarzenie bezpośrednio z czynem niezwiązane, a które wystąpiły przed nim lub po nim oraz okoliczności związane ze sprawcą – nawet jeżeli są to okoliczności brane pod uwagę przy wymiarze kary. Dlatego też w procesie wydawania orzeczenia o umorzeniu postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości lub przypadek „mniejszej wagi” nie powinny być brane pod uwagę takie okoliczności jak: uprzednia karalność za delikty zawodowe, wcześniejsze prowadzenie się sprawcy, przyznanie się do winy, dobrowolne naprawienie szkody, skrucha, pogodzenie się z pokrzywdzonym, tryb życia sprawcy, opinia w środowisku zawodowym, pozycja zawodowa, sytuacja rodzinna, stan zdrowia sprawcy. Tego rodzaju okoliczności mogą być uwzględnione na późniejszym etapie, przy wymiarze sankcji, gdyż prewencja indywidualna jest jedną z dyrektyw w wymiarze sankcji dyscyplinarnych. Należy także stwierdzić, że na ustalenie, iż dane zachowanie oceniane jako przestępstwo lub wykroczenie czy też delikt skarbowy nosi określony stopień społecznej szkodliwości, nie wpływa na ocenę stopnia społecznej szkodliwości tego samego zachowania jako deliktu zawodowego.

Z perspektywy realizacji funkcji gwarancyjnej i ochronnej na gruncie odpowiedzialności zawodowej, a także realizacji zasad legalizmu i sprawiedliwości materialnej, zasadnym postulatem *de lege ferenda* jest wprowadzenie nie tylko normatywnej definicji dookreślającej pojęcie „społecznej szkodliwości czynu”. Na gruncie uil celowym byłoby umieszczenie legalnej definicji przypadku „mniejszej wagi” (art. 82 uil) oraz „ciężkiego przewinienia zawodowego” (art. 77 uil) – ze wskazaniem, czy są to instytucje opierające się jedynie na ocenie stopnia społecznej szkodliwości deliktu,

czy też dopuszcza się inne możliwości, polegające np. na traktowaniu przypadku „mniejszej wagi” także jako instytucji probacyjnej na wzór warunkowego umorzenia postępowania karnego. Na gruncie odpowiedzialności zawodowej przypadek „mniejszej wagi” nie zmienia bowiem kwalifikacji czynu zabronionego – tak jak się to dzieje na gruncie KK czy też KKS, a zatem możliwe jest także przyjęcie poglądu przeciwnego do prezentowanego w tym opracowaniu, aby wpływ na tego rodzaju ustalenie miały także okoliczności związane z osobą sprawcy⁴⁸.

Abstract

The article concentrates on issues of the disciplinary proceedings in Medical Profession. The paper touches upon evaluation of social harm of a disciplinary offence. The findings presented herein are based on appropriate use of Penal Code and Code of Criminal Procedure regulations in dealing with cases of disciplinary liability. It is discussed what acts are subject to disciplinary (professional) liability. The question here is the character of such an act. It is established that the legislator provided an open catalogue of offences of this type. The article gives a short summary of the issue of the a minor disciplinary breach and disciplinary offence whose social consequences is insignificant for the purpose of adjudicating disciplinary (professional) cases. The author concludes that the interpretation of the concept of “a minor disciplinary breach” should derive from the concept of “a less serious crime” and include components of the term “social harmfulness of an act.” Particular focus is given to harm grading as well as to criteria that should be considered to grade. Based on the entire analysis the conclusions *de lege ferenda* are formulated.

⁴⁸ Tak np. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 215 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

NIEWŁAŚCIWE WYŻYWIENIE JAKO PODSTAWA ODPOWIEDZIALNOŚCI PODMIOTU LECZNICZEGO

Uwagi wstępne

Jedzenie podawane pacjentom w polskich szpitalach jest często złej jakości i nie spełnia wymagań dietetycznych, na co uwagę w ostatnich latach zwracały uwagę liczne instytucje, takie jak Najwyższa Izba Kontroli¹, Państwowa Inspekcja Sanitarna², Inspekcja Handlowa z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów³, Rzecznik Praw Pacjenta⁴ oraz Rzecznik Praw Obywatelskich⁵. Mimo podejmowanych przez te urzędy działań kierowanych do Ministra Zdrowia, mających na celu uregulowanie i poprawę jakości żywienia szpitalnego, sytuacja dotąd zasadniczo nie uległa zmianie. Jej zapowiedzią może być program „Standard szpitalnego żywienia kobiet w ciąży i w okresie poporodowym – Dieta Mamy”.

¹ *Informacja o wynikach kontroli żywienia i utrzymania czystości w szpitalach publicznych*, Najwyższa Izba Kontroli – Delegatura w Krakowie, 2009; *Żywnienie pacjentów w szpitalach*, 195/2017/P/17/084/LLO, Najwyższa Izba Kontroli – Delegatura w Łodzi, 2018.

² *Pismo Głównego Inspektora Sanitarnego do Rzecznika Praw Pacjenta*, 18 stycznia 2016 r., GIS-BŻ-WS-073-29/BO/15/2.

³ *Informacja z kontroli prawidłowości działania zakładów świadczących usługi cateringowe dla instytucji*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Inspekcja Handlowa, 2017; *Informacja z kontroli prawidłowości działania zakładów świadczących usługi cateringowe dla szpitali*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Inspekcja Handlowa, 2016.

⁴ *Pismo Rzecznika Praw Pacjenta do Głównego Inspektora Sanitarnego*, 18 listopada 2015 r., RzPP-ZPR.422.10.2015.AMAL/ RzPP-ZPR.420.95.2015.AS.

⁵ *Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Zdrowia*, 24 sierpnia 2016 r., V.7010.68.2016.AA.

Program ruszył w październiku 2019 r.⁶ i ma na celu poprawę standardu żywienia w szpitalach, chociaż tylko dla jednej grupy pacjentów.

Artykuł ma na celu przeanalizowanie problemu żywienia szpitalnego jako jednego z elementów hospitalizacji, w kontekście naruszeń praw pacjenta i ewentualnej odpowiedzialności cywilnoprawnej podmiotu leczniczego. Nie będzie tu analizowana problematyka żywienia będącego *stricte* leczeniem, np. w sytuacjach, gdy pacjent jest hospitalizowany z powodu niedożywienia lub nie może się samodzielnie odżywiać, w związku z czym stosowane jest żywienie dojelitowe lub pozajelitowe. Żywienie w takich przypadkach będzie stanowić standardowe świadczenie zdrowotne i – gdyby było ono udzielane nieprawidłowo – będą się do niego odnosić wszystkie rozważania dotyczące odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w związku z leczeniem.

1. Geneza problemu

Istotne dla analizy problemu są dwa wskazane wyżej raporty NIK: *Informacja o wynikach kontroli żywienia i utrzymania czystości w szpitalach publicznych* z 2009 r. oraz *Informacja o wynikach kontroli Żywienia Pacjentów w Szpitalach* z 2018 r.

Jak podano w pierwszym raporcie, kontrola przeprowadzona w dwunastu szpitalach dała podstawy do „negatywnej oceny żywienia i utrzymania czystości w kontrolowanych szpitalach publicznych”⁷. Główne zarzuty odnosiły się do nieprawidłowego żywienia. Mimo odpowiedniej wartości kalorycznej posiłków istotne zastrzeżenia budziły: ich jakość, sposób przygotowania oraz dystrybucja. W co drugim szpitalu dieta była oparta na niewłaściwie zbilansowanych składnikach, z uwagi na niedostateczną zawartość warzyw i owoców, niedobory produktów zbożowych i nabiału, stosowanie wędlin niskiej jakości oraz nadużywanie soli. Ponadto nadzór

⁶ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2019 r. w sprawie programu pilotażowego „Standard szpitalnego żywienia kobiet w ciąży i w okresie poporodowym – Dieta Mamy” (Dz.U. 2019 poz. 1537).

⁷ *Informacja o wynikach kontroli żywienia i utrzymania czystości w szpitalach publicznych*, op. cit., s. 7.

nad właściwym żywieniem był nierzetelny. W pięciu szpitalach nie kontrolowano jakości, prawidłowości przygotowania ani dystrybucji posiłków, w dwóch w ogóle nie zatrudniano dietetyków, a w pozostałych prawidłowe wykonywanie przez nich pracy uniemożliwiała zła organizacja.

Do 2015 roku sytuacja pozostała bez zmian. Wtedy Rzecznik Praw Pacjenta wystosował pismo do Głównego Inspektora Sanitarnego, informując go o sygnałach dotyczących niedostatecznej jakości żywienia w szpitalach oraz zwracając się z prośbą o przeprowadzenie ogólnopolskiej kontroli w tym zakresie⁸.

W odpowiedzi GIS zwrócił uwagę na opracowane przez Instytut Żywności i Żywienia rekomendacje w zakresie prawidłowego żywienia, wskazując jednocześnie na brak podstawy prawnej, która umożliwiałaby mu przeprowadzenie kontroli⁹. Przytoczył również raporty Państwowej Inspekcji Sanitarnej, które jako uchybienia podawały niewystarczającą ilość mleka i produktów mlecznych w posiłkach, braki produktów będących dobrym źródłem pełnowartościowego białka, niedostateczny udział warzyw i owoców oraz zbyt dużą ilość wędlin podrobowych. Po otrzymaniu pisma od GIS, Rzecznik Praw Pacjenta wystąpił do Ministra Zdrowia¹⁰, wskazując na wagę problemu, ustalenia dokonane wraz z Głównym Inspektorem Sanitarnym oraz proponując włączenie do Ustawy o działalności leczniczej postanowienia pozwalającego na wydanie rozporządzenia, w którym sprecyzowano by wymagania w zakresie żywienia pacjentów. W sierpniu 2016 r. w działania włączył się również Rzecznik Praw Obywatelskich¹¹.

W piśmie przesłanym do Ministra Zdrowia, Rzecznik przytoczył raport NIK z 2009 r. oraz przypomniał o przedstawionym wówczas zaleceniu opracowania standardów żywienia w szpitalach. Zwrócił również uwagę, że uzyskiwane przez szpitale rezultaty w żywieniu pacjentów są

⁸ *Pismo Rzecznika Praw Pacjenta do Głównego Inspektora Sanitarnego*, op. cit.

⁹ *Pismo Głównego Inspektora Sanitarnego do Rzecznika Praw Pacjenta*, op. cit.

¹⁰ *Wystąpienie Rzecznika Praw Pacjenta do Ministra Zdrowia*, 3 lutego 2016 r., RzPP-ZPR.422.10.2015.PG.

¹¹ *Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Zdrowia ns. żywienia w szpitalach*, 6 września 2016 r., V.7010.68.2016.AA.

bardzo istotne, stanowią bowiem elementy prawidłowo prowadzonego leczenia i rekonwalescencji oraz mają bezpośredni wpływ na prawdopodobieństwo wystąpienia powikłań oraz okres pobytu w szpitalu.

W odpowiedzi na pismo RPO, we wrześniu 2016 r.¹² Minister Zdrowia wskazał, że wyżywienie jest jednym z elementów świadczenia opieki zdrowotnej, w związku z czym podmioty lecznicze zobowiązane są zapewnić wyżywienie adekwatne do stanu zdrowia w ramach umowy zawartej z NFZ. Minister zgodził się co do wagi prawidłowego żywienia w szpitalach, powołując się jednocześnie na monografię *Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach*¹³, którą określił jako przedstawiającą w sposób kompleksowy aktualny stan wiedzy na temat zasad prawidłowego żywienia w szpitalach. Potwierdził również, że obecnie nie uregulowano średnich stawek żywieniowych, co nie zmienia w jego opinii faktu, że pacjentom powinno przysługiwać wyżywienie adekwatne do ich stanu zdrowia i potrzeb; nie podejmie się jednak opracowania potrzebnych standardów, gdyż konieczne byłoby stworzenie ogromnej ich liczby.

Drugi raport NIK, pochodzący z 2018 r., wskazał na te same problemy, co pierwszy¹⁴. Brak regulacji i brak sankcji za nieprawidłowe żywienie pacjentów prowadziły do zupełnej dobrowolności zmian dokonywanych przez podmioty lecznicze¹⁵.

Opisana wyżej wymiana pism nie przyniosła żadnych działań ze strony ustawodawcy, zmierzających do ogólniejszej poprawy jakości żywienia szpitalnego. Co prawda w październiku 2019 r. został uruchomiony program „Dieta Mamy”, lecz ma on bardzo ograniczony zakres beneficjentów, a dołączenie do niego przez podmiot leczniczy jest dobrowolne.

Problem niewłaściwego żywienia w szpitalach był również przedmiotem doniesień medialnych. Przykładowo, J. Watoła w „Gazecie Wyborczej” z 26 sierpnia 2016 r. podała, że stawki żywieniowe w szpitalach wahają się

¹² Odpowiedź Ministra Zdrowia na pismo Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie standardów żywienia w szpitalach, 20 września 2016 r., OZO.073.4.2016/EW.

¹³ M. Jarosz, *Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach*, Warszawa 2011.

¹⁴ *Żywienie pacjentów w szpitalach*, op. cit.,

¹⁵ Ibidem, s. 28–31.

od 4,54 zł do 14,56 zł na pacjenta na dzień¹⁶. Zbliżone kwoty wykazała kontrola przeprowadzona przez Inspekcję Handlową w 2016 r.¹⁷ Kwoty nieznacznie wyższe odnotowano w raporcie z kontroli NIK: od 9,55 zł do 17,99 zł w latach 2015–2017¹⁸. Ta sama autorka zwracała uwagę na problem ponownie w listopadzie 2019 r. w dwóch artykułach, gdzie przytoczyła raporty NIK i wytknęła brak zmian w tej kwestii¹⁹. Jak referuje S. Klęk, prezes Polskiego Towarzystwa Żywności i Żywienia Pozajelitowego, Dojelitowego i Metabolizmu (POLSPEN), u 80% chorych stan odżywienia pogarsza się w trakcie pobytu w szpitalu²⁰.

Warto podkreślić, że problem nie występuje tylko w Polsce. Walczą z nim również np. Czesi²¹ i Niemcy²². W Czechach, tak jak w Polsce, postanowiono wdrożyć program poprawy jakości żywienia, i tak jak w Polsce ma on ograniczony zakres – do jednego szpitala. W Niemczech średnie koszty żywienia pacjenta kształtują się na poziomie 14 euro dziennie, z czego około 5 euro jest przeznaczane na składniki²³. Deutsche Gesellschaft für Ernährung – niemiecki odpowiednik polskiego Instytutu Żywności i Żywienia – przygotował we współpracy z Bundesminister für Ernährung und Landwirtschaft (Ministerstwem Żywności i Rolnictwa)

¹⁶ J. Watola, *Fatalna dieta szpitalna*, <http://wyborcza.pl/1,75398,20600136,fatalna-dieta-szpitalna.html> [dostęp: 1 listopada 2019].

¹⁷ *Informacja z kontroli prawidłowości działania zakładów świadczących usługi cateringowe dla szpitali*, op. cit., s. 8.

¹⁸ *Żywnienie pacjentów w szpitalach*, op. cit., s. 28–31.

¹⁹ J. Watola, *Zdrowe jedzenie to też leczenie*, <https://wyborcza.pl/TylkoZdrowie/7,137474,25380593,zdrowe-jedzenie-to-tez-leczenie.html>, 6 listopada 2019 r. [dostęp: 28 listopada 2019]. J. Watola, M. Kossobudzka, *Pacjenci głodują. Jak karmić w szpitalach*, <https://wyborcza.pl/TylkoZdrowie/7,137474,25380117,pacjenci-gloduja-jak-karmia-w-szpitalach.html>, 6 listopada 2019 r. [dostęp: 28 listopada 2019].

²⁰ J. Watola, M. Kossobudzka, *Pacjenci głodują. Jak karmić w szpitalach*, op. cit.

²¹ Česká televize, *Aby strava v nemocnicích pacientům neubližovala. V Olomouci mění jídelníček i myšlení*, <https://ct24.ceskatelevize.cz/domaci/2818445-aby-strava-v-nemocnicich-pacientum-neublizovala-v-olomouci-meni-jidelnicek-i-mysleni> [dostęp: 5 grudnia 2019].

²² K. Blum, E. Lehmann, *Trends in der Krankenhausküche*, „das Krankenhaus” 2014, t. 4, nr 2014.

²³ Ibidem, s. 329.

zalecenia w zakresie żywienia szpitalnego²⁴, jednak, podobnie jak w Polsce, mają one charakter wytycznych, a nie źródła prawa.

Podsumowując, analiza raportów dowodzi, że problem niewłaściwego żywienia był podnoszony przez różne instytucje od co najmniej 2008 r. Mimo tego ani ustawodawca, ani Minister Zdrowia nie podjęli się rewizji regulacji prawnych, pozostawiając prawidłowe wypełnienie tego obowiązku w gestii szpitali. Te jednak, niezobligowane do wypełnienia skonkretyzowanych norm w zakresie żywienia, a jednocześnie zmuszone do wyboru między przeznaczeniem środków finansowych na leczenie a żywienie, wybierają to pierwsze.

2. Problem niedożywienia i jego znaczenie dla procesu leczenia

Instytut Żywności i Żywienia w piśmie skierowanym do Rzecznika Praw Pacjenta podkreśla, że żywienie pacjentów w szpitalach jest integralną częścią procesu leczniczego²⁵. Taka opinia nie jest odosobniona. Jeden z najważniejszych polskich specjalistów zajmujących się problematyką żywienia – B. Szczygieł, wielokrotnie podkreślał rolę żywienia w szpitalu jako elementu procesu leczenia.

W opublikowanej przez WHO *Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób* (ICD 11)²⁶ znaleźć można wiele chorób związanych z nieprawidłowym odżywieniem człowieka. Co do zasady niedożywienie to taki stan, w którym indeks BMI chorego jest niższy od 18,5 kg/m²²⁷. Bezpośrednią przyczyną niedożywienia jest najczęściej otrzymywanie przez organizm mniej niż 60% dziennego zapotrzebowania energetycznego przez okres powyżej siedmiu dni. Po owym czasie to, co dotąd można było uznać za łatwo odwracalny stan niedoboru energetycznego, przekształca się w chorobę, która wymaga podjęcia leczenia i najczęściej hospitalizacji.

²⁴ DGE-*Qualitätsstandard für die Verpflegung in Krankenhäusern*, Deutsche Gesellschaft für Ernährung 2014.

²⁵ Pismo Instytutu Żywności i Żywienia do Rzecznika Praw Pacjenta, 23 grudnia 2015 r., L.dz. D-1375/24115.

²⁶ ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics (ICD-11 MMS), World Health Organization 2018.

²⁷ 5B54 Underweight in adults, <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2fid%2fent%2f153296343> [dostęp: 28 listopada 2019].

Jednocześnie problem niedożywienia jest często ignorowany – jak w swoich badaniach wykazuje J.P. McWhirter²⁸. W grupie pięciuset pacjentów przyjętych do Dundee Teaching Hospitals Unit w Szkocji dwustu miało objawy niedożywienia. W trakcie wypisu ze szpitala ponownie zbadano 112 pacjentów. Spadek masy ciała odnotowano u 20 z 29 pacjentów z nadwagą (69% pacjentów), u 11 z 28 normalnie odżywionych pacjentów (39% pacjentów) oraz u 41 z 55 niedożywionych pacjentów (75% pacjentów)²⁹. Dodatkowo, warto zwrócić uwagę, że z 200 pacjentów z objawami niedożywienia jedynie u ośmiu odnotowano ten fakt w dokumentacji. Spadek masy ciała wystąpił we wszystkich grupach wagowych, natomiast najpowszechniejszy był u pacjentów niedożywionych już w momencie przyjęcia do szpitala³⁰.

Podobne wyniki, potwierdzające powszechność niedożywienia osób hospitalizowanych, uzyskali w swoich badaniach lekarze niemieccy i austriaccy³¹. W analizie przeprowadzonej równolegle w trzynastu szpitalach na grupie 1886 pacjentów w 27,4% przypadków stwierdzono niedożywienie przy przyjęciu do szpitala, przy czym było ono umiarkowane w 17,6% przypadków, a ciężkie w 9,8% przypadków. Nie przytaczając tu dalszych szczegółów tego rozbudowanego badania, należy podkreślić, że najwięcej przypadków niedożywienia pacjentów występowało na oddziałach geriatrycznych, onkologicznych oraz gastroenterologicznych³², co jest istotne dla specyfiki problemu, występującego w znacznej mierze u pacjentów starszych. W rezultacie badań stwierdzono, że pacjenci niedożywieni pozostają w szpitalach dłużej o średnio 4,6 dnia (tj. 42% przeciętnej długości pobytu)³³.

²⁸ J.P. McWhirter, C.R. Pennington, *Incidence and Recognition of Malnutrition in Hospital*, „BMJ: British Medical Journal” 1994, t. 308, nr 6934, s. 945–948.

²⁹ Ibidem, s. 947.

³⁰ Ibidem.

³¹ M. Pirlich i in., *The German Hospital Malnutrition Study*, „Clinical Nutrition” 2006, t. 25, nr 4.

³² Ibidem, s. 566–567.

³³ Ibidem, s. 568.

Kolejnego dowodu na częstość występowania, a także negatywne skutki niedożywienia wśród pacjentów dostarczają badania M.I. Correia³⁴, oparte na analizie przebiegu procesu leczniczego u 709 pacjentów. W tej grupie aż 74% chorych miało oznaki niedożywienia, w tym 8% – ciężkiego. Wyniki badań są następujące³⁵: w przypadku osób niedożywionych komplikacje wystąpiły w 27%, w porównaniu z 16,8% przypadków u osób odżywionych prawidłowo. Natomiast u osób znacznie niedożywionych odsetek ten wynosił aż 42,8 %, co stanowi dwuipółkrotność odsetka komplikacji w przypadku osób odżywionych prawidłowo. Co więcej, osoby prawidłowo odżywione pozostawały w szpitalu średnio 10 dni, a niedożywione – 17 dni; wydłużony okres pobytu, rzecz jasna, pociągał za sobą zwiększone koszty opieki. W wypadku pierwszej grupy wynosiły one około 138 dolarów na pacjenta, a w wypadku drugiej – aż 228 dolarów, co stanowi wzrost o 60%. Na koniec należy podkreślić, że w przypadku osób prawidłowo odżywionych śmiertelność w szpitalu wynosiła 4,7%, natomiast u osób niedożywionych 12,4%, a zatem trzykrotnie więcej. Dodatkowo warto również zwrócić uwagę na metaanalizę przeprowadzoną przez S. Khalatbari-Soltani oraz P. Marques-Vidal³⁶. Zgodnie z tym opracowaniem, dodatkowe koszty związane z leczeniem pacjentów z niedożywieniem wynoszą w krajach europejskich od 1640 do 5829 euro na pacjenta³⁷.

Od 2012 r., na mocy § 6 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego³⁸, świadczeniodawca udzielający świadczeń w trybie hospitalizacji i hospitalizacji planowej poddaje wszystkich przyjmowanych do leczenia pacjentów, z wyłączeniem tylko szpitalnego oddziału ratunkowego, przesiewowej ocenie

³⁴ M.I. Correia, D.L. Waitzberg, *The Impact of Malnutrition on Morbidity, Mortality, Length of Hospital Stay and Costs Evaluated Through a Multivariate Model Analysis*, „Clinical Nutrition” 2003, t. 22, nr 3.

³⁵ Ibidem, s. 236.

³⁶ S. Khalatbari-Soltani, P. Marques-Vidal, *The Economic Cost of Hospital Malnutrition in Europe. A Narrative Review*, „Clinical Nutrition ESPEN” 2015, t. 10, nr 3, s. e89–e94.

³⁷ Ibidem, s. e92.

³⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego, tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 2295.

stanu odżywienia, zgodnie z zasadami określonymi w *Standardach żywienia pozajelitowego i żywienia dojelitowego* Polskiego Towarzystwa Żywienia Pozajelitowego i Dojelitowego, a w przypadku dzieci – zgodnie z zasadami określonymi przez Polskie Towarzystwo Żywienia Klinicznego Dzieci. W razie powtarzalnej hospitalizacji ocena przesiewowa jest dokonywana nie rzadziej niż co 14 dni oraz w przypadku spadku masy ciała w okresie ostatnich sześciu miesięcy przekraczającego 5% zwykłej masy ciała. Rozwiązanie to ma na celu zmniejszenie wyżej opisanych zagrożeń związanych z leczeniem niedożywionych pacjentów, pozostaje jednak bez wpływu na jakość żywienia w trakcie hospitalizacji.

Podsumowując, należy zauważyć, że niedożywienie pacjentów przyjmowanych do szpitala jest zjawiskiem powszechnym, które zwiększa ryzyko wystąpienia komplikacji w procesie leczniczym, podnosi koszty opieki nad pacjentem, a także znacząco zwiększa poziom śmiertelności wśród chorych. Jednocześnie stan odżywienia jest rzadko badany już przy przyjmowaniu pacjenta, co praktycznie pozbawia lekarzy możliwości uniknięcia komplikacji związanych z tym faktem.

3. Stan prawny

Na dziś ramy prawne żywienia pacjentów w zakładach leczenia stacjonarnego są pochodną regulacji procesu leczenia, opisanej w Ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych³⁹, Ustawie z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁴⁰ oraz Ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴¹. Istotne znaczenie dla dalszych rozważań ma art. 6 ust. 1 uPP, w myśl którego pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej. Przepis ten nakłada na podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych obowiązek ich realizacji w sposób zgodny z aktualnie obowiązującą

³⁹ Dz.U. 2019 poz. 1373, dalej jako uŚOZ.

⁴⁰ Dz.U. 2018 poz. 2190, dalej jako uDL.

⁴¹ Dz.U. 2019 poz. 1127, dalej jako uPP.

wiedzą medyczną. By w pełni zrozumieć treść tego obowiązku, a w rezultacie ustalić, czy nieprawidłowe żywienie może stanowić naruszenie tego prawa, konieczna jest również odpowiedź na pytanie, czym jest świadczenie zdrowotne⁴².

Art. 3 ust. 1 pkt. 6 uPP, odwołując się do art. 2 ust. 1 pkt. 10 uDL, definiuje świadczenie zdrowotne jako działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Rozbieżności definicyjne obecne w odrębnych aktach prawnych zostały już wprawdzie kompleksowo opracowane⁴³, jednak kwestia kwalifikacji żywienia szpitalnego (w odróżnieniu od żywienia do- i pozajelitowego) nie była dotąd poruszana. Przykładowo, J. Nowak-Kubiak⁴⁴ w ogóle nie zwraca uwagi na problem definicyjny świadczenia zdrowotnego, wskazując jedynie na różnicę między definicją świadczenia zdrowotnego z uŚOZ a definicją z uDL w zakresie, w jakim uŚOZ uznaje za świadczenia zdrowotne również działania służące profilaktyce zdrowotnej.

⁴² Na temat aktualnej wiedzy medycznej zob. E. Zielińska, *Art. 4. [Obowiązki lekarza]* [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry: Komentarz*, E. Zielińska (red.), Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014, s. 76–84; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza* [w:] *Prawo medyczne*, L. Kubicki (red.), Wrocław 2003, s. 42; M. Boratyńska, *Wolny wybór: gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 229. Wynika stąd, że chodzi o aktualną, opartą na dowodach naukowych wiedzę fachową (Evidence Based Medicine), a nie o przestarzałe nawyki, niezweryfikowane hipotezy, metody dopiero w trakcie testowania czy działania pseudomedyczne; zob. też P. Konieczniak, *Aktualny stan wiedzy. Hipotezy badawcze* [w:] *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013, s. 422 i n.; por. D. Bach-Golecka, L. Bosek, P. Sobolewski, M. Śliwka, *Rozdział 11. Prawa pacjenta* [w:] *Instytucje prawa medycznego*, M. Safjan, L. Bosek (red.), seria „System Prawa Medycznego”, Warszawa 2018, t. 1, s. 818–820; Z. Cnota, T. Grabowski, G. Gura, E. Kurowska, *Zasady i tryb ustalania świadczeń/rozsążeń (odszkodowania i zadośćuczynienia) w przypadku zdarzeń medycznych: komentarz*, Warszawa 2016, s. 16–17.

⁴³ Zob. B. Janiszewska, *Pojęcie świadczenia zdrowotnego* [w:] *Instytucje prawa medycznego*, M. Safjan, L. Bosek (red.), seria „System Prawa Medycznego”, Warszawa 2018, t. 1, s. 1035–1078; zob. też syntetyczne ujęcie R. Budzisz, *Świadczenia zdrowotne i rodzaje działalności leczniczej* [w:] *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, R. Kubiak, L. Kubicki (red.), seria „System Prawa Medycznego”, Warszawa 2018, t. I, s. 382–388 i tam powołane piśmiennictwo.

⁴⁴ J. Nowak-Kubiak, *Ustawa o działalności leczniczej: komentarz*, Warszawa 2012, s. 146.

Inne podejście do tego zagadnienia proponuje D. Karkowska⁴⁵. Z jednej strony w komentarzu do art. 3 uPP autorka wskazuje, że według M. Boratyńskiej i P. Konieczniaka⁴⁶ świadczenie zdrowotne to wszelkie prawnie dopuszczalne oddziaływanie na organizm ludzki z użyciem jakichkolwiek technik medycznych (farmakologicznych, chirurgicznych lub innych). Z kolei M. Filar uznaje najszersze pojęcie świadczenia zdrowotnego, obejmujące czynności lekarskie⁴⁷, które się jednak w tym terminie nie wyczerpują – podkreśla, że zabiegi lekarskie są wyłącznie jedną z form świadczeń zdrowotnych. D. Karkowska zgadza się z M. Filarem, że pojęcie świadczenia zdrowotnego odnosi się nie tylko do działań medycznych polegających *sensu stricto* na leczeniu, ale mogą się w nim mieścić również działania inne niż lecznicze.

Jednak z drugiej strony, D. Karkowska argumentuje, że poza zakresem regulacji art. 3 uPP pozostaje prawo świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych rzeczowych oraz świadczeń towarzyszących (art. 5 pkt 34 w zw. z art. 5 pkt 37 i pkt 38 uŚOZ). W analizie art. 6 uPP autorka skupia się przede wszystkim na zagadnieniu aktualnej wiedzy medycznej, nie poświęcając uwagi możliwym różnicom w definicji świadczenia zdrowotnego z uPP i uDL a definicją z uŚOZ. Z kolei w komentarzu do art. 3 uPP D. Karkowska zwraca uwagę, że prawie tożsamą definicję zawiera art. 5 pkt 40 uŚOZ; jednak według tego ostatniego aktu prawnego świadczeniami zdrowotnymi są także działania służące profilaktyce zdrowotnej – a takiego postanowienia uDL w swej definicji nie zawiera.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem D. Karkowskiej w kwestii pozostawiania żywienia, będącego świadczeniem towarzyszącym w rozumieniu uŚOZ, poza zakresem definicji świadczenia zdrowotnego, zawartej w uDL. Dodatkowo, wewnętrznie sprzeczne jest dopuszczenie przez autorkę możliwości zakwalifikowania działań innych niż lecznicze jako

⁴⁵ D. Karkowska, *Artykuł 3* [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta: komentarz*, Warszawa 2016 [online], teza 6.

⁴⁶ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Zakres pojęcia wykonywania zawodu lekarza* [w:] *Prawo medyczne*, L. Kubicki (red.), Wrocław 2003, s. 31.

⁴⁷ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 87 i n.

świadczeń zdrowotnych, a następnie stwierdzenie, że w zakresie tego pojęcia mieszczą się wyłącznie świadczenia zdrowotne w rozumieniu uŚOZ. Jak wskazałem wyżej, moim zdaniem pojęcie świadczenia zdrowotnego zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt. 10 uDL jest odrębne w stosunku do pojęcia świadczenia opieki zdrowotnej zdefiniowanego w uŚOZ.

Pierwsze z nich określa świadczenie zdrowotne jako działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Drugie pojęcie określa świadczenie opieki zdrowotnej jako świadczenie zdrowotne, świadczenie zdrowotne rzeczowe i świadczenie towarzyszące, gdzie świadczeniem zdrowotnym są działania służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania. Świadczeniem towarzyszącym w rozumieniu uŚOZ są zakwaterowanie i adekwatne do stanu zdrowia wyżywienie w szpitalu lub w innym zakładzie leczniczym.

Świadczenie opieki zdrowotnej w rozumieniu uŚOZ ma zatem szersze znaczenie niż świadczenie zdrowotne według uDL. Pierwsze z tych pojęć zawiera w sobie definicję świadczenia zdrowotnego zbliżoną, lecz szerszą od definicji z uDL. Dlatego pojęć tych nie można bezkrytycznie traktować jako synonimów.

Należy zwrócić uwagę, że uŚOZ została uchwalona 27 sierpnia 2004 r., a uDL 15 kwietnia 2011 r. Po pierwsze więc, zgodnie z regułą *lex posterior derogat legi priori*, definicję zamieszczoną w uDL należy uznać za *lex specialis* w stosunku do definicji z uŚOZ. Po drugie, biorąc pod uwagę założenie racjonalnego ustawodawcy, należy stwierdzić, że gdyby ustawodawca, tworząc Ustawę o prawach pacjenta, uchwaloną w 2008 r., chciał posłużyć się definicją z uŚOZ i jej zakresem znaczeniowym, to rozwiązałby to przez bezpośrednie odesłanie do niej, a nie dokonywał nowelizacji mającej na celu odwołanie się do nowo uchwalonej Ustawy o działalności leczniczej i zawartej tam definicji świadczenia zdrowotnego. Ustawodawca najwyraźniej traktuje te dwie definicje odrębnie, zatem nie można ich ze sobą zrównywać.

W rezultacie w odniesieniu do definicji z uDL nie można posługiwać się ujętym w uŚOZ trójpodziałem świadczeń opieki zdrowotnej na świadczenia zdrowotne, towarzyszące oraz zdrowotne rzeczowe i odpowiadającym im znaczeniom. W związku z powyższym, definicję świadczenia zdrowotnego zawartą w uDL, a więc mającą znaczenie dla uPP, należy analizować autonomicznie, a nie w relacji do definicji zawartych w uŚOZ.

Żywnienie, jak wskazano wyżej, odgrywa ważną rolę w leczeniu. Prawidłowo prowadzone zmniejsza ryzyko wystąpienia powikłań, obniża poziom śmiertelności, skracia długość hospitalizacji oraz obniża jej koszty, a nawet eliminuje konieczność stosowania niektórych leków. Wszystkie te czynniki powodują, że żywienie może zostać uznane za świadczenie zdrowotne, jako działanie służące zachowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia (o czym dalej).

Jak wskazuje się w literaturze medycznej, żywienie pacjentów jest niezbędnym składnikiem procesu leczniczego. Takie stanowisko zajęła też w swojej rezolucji Rada Europy⁴⁸. Polscy naukowcy również potwierdzają te tezy. Według M. Talarka i A. Szawłowskiego⁴⁹, 49% pacjentów wykazuje w chwili przyjęcia do szpitala objawy niedożywienia, które najczęściej dodatkowo pogłębia się w trakcie pobytu w szpitalu. Wśród przyczyn pogorszenia się stanu odżywienia podczas hospitalizacji wymienia się stres, chorobę, głodzenie związane z przeprowadzanymi procedurami oraz „niedoskonałości kuchni szpitalnej”⁵⁰. Autorzy zwracają uwagę, że u chorych niedożywionych i wyniszczonych częściej występują powikłania, co wydłuża czas hospitalizacji i podnosi koszty leczenia⁵¹. Tezę tę potwierdzają również inne badania⁵². Należy również

⁴⁸ Council of Europe Committee of Ministers Resolution RESAP(2003)3 on Food and Nutritional Care in Hospitals (Adopted by the Committee of Ministers on 12 November 2003 at the 860th Meeting of the Ministers' Deputies), 12 listopada 2003 r., RESAP(2003)3.

⁴⁹ M. Talarek, A. Szawłowski, *Ogólnopolski program oceny występowania niedożywienia u pacjentów z nowotworami układu pokarmowego i układu oddechowego*, „Polski Przegląd Chirurgiczny” 2007, t. 79, nr 3, s. 346–347.

⁵⁰ Ibidem, s. 344.

⁵¹ Ibidem.

⁵² D.L. Waitzberg, W.T. Caiaffa, M.I.T.D. Correia, *Hospital Malnutrition: The Brazilian National Survey (IBRANUTRI): A Study of 4000 Patients*, „Nutrition” 2001, t. 17, nr 7, s. 573–580.

zauważyć, że niedożywienie przyczynia się także do wzrostu szpitalnej śmiertelności⁵³.

Należy zatem uznać, że właściwe żywienie i stan odżywienia pacjenta są niezbędnym elementem prawidłowo prowadzonego procesu leczniczego, a tym samym wykonania świadczenia zdrowotnego należącej jakości. W razie zaniedbania tego elementu chory jest narażony na powstanie powikłań i zwiększone ryzyko zgonu. Niedożywienie pociąga za sobą negatywne skutki zarówno w kwestii skuteczności, jak i długości leczenia. Przenosząc te rozważania na grunt ustawy, należy dokonać zestawienia tej konstatacji z normą z art. 6 uPP, zobowiązującą do zapewniania pacjentom świadczeń zdrowotnych zgodnych z aktualną wiedzą medyczną.

Jak stanowi art. 2 ust. 1 pkt 10 uDL, świadczenie zdrowotne to działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia. Konieczne jest zatem rozważenie, do którego z wymienionych elementów definicji należy zakwalifikować wyżywienie. Odpowiedź na to pytanie jest uzależniona od stanu zdrowia pacjenta, o czym w dalszej części artykułu.

4. Nieprawidłowe żywienie jako podstawa odpowiedzialności podmiotu leczniczego

4.1. Żywienie a rodzaje świadczeń zdrowotnych

Na tle przeprowadzonej analizy pojawia się pytanie, jak w świetle obowiązujących przepisów należy oceniać nieprawidłowe żywienie pacjentów. Dotychczas obowiązek żywienia pacjenta wywodzono – z uwagi na brzmienie art. 5 pkt. 34 i 38 uŚOZ – z obowiązku realizacji przez podmiot leczniczy świadczenia zdrowotnego na mocy umowy zawartej z NFZ. Zgodnie z brzmieniem tej regulacji, uŚOZ zalicza żywienie do „świadczeń towarzyszących”, które z kolei wchodzi w skład „świadczeń opieki zdrowotnej”, a te mają być realizowane przez podmiot leczniczy.

⁵³ M. Pirlich i in., *The German Hospital Malnutrition Study*, op. cit., s. 570.

Jednak jak wskazano wyżej, pojęcie „świadczenia zdrowotnego” w rozumieniu uŚOZ należy interpretować odmiennie na gruncie uPP.

Pacjentom, zgodnie z art. 6 uPP, przysługuje prawo do „świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej”. Jak wskazano wcześniej, żywienie jest istotne dla prawidłowości udzielania świadczeń zdrowotnych, a wiedza z zakresu żywienia będzie stanowić wiedzę medyczną. W związku z tym nieprawidłowość żywienia, rozumiana jako jego niezgodność z aktualną wiedzą medyczną, należy – zdaniem autora – uznać za naruszenie art. 6. uPP. W pierwszej kolejności konieczne jednak będzie ustalenie treści spoczywającego na udzielającym świadczeń zdrowotnych obowiązku zapewnienia pacjentowi prawidłowego żywienia.

W tym miejscu trzeba podkreślić podział na dwa sposoby kwalifikacji żywienia: jako ratowania lub przywracania zdrowia oraz jako zachowywania bądź poprawy zdrowia. Podstawę rozróżnienia stanowi powód przyjęcia pacjenta do szpitala, a tym samym cel żywienia. Jak wskazano wyżej, świadczeniem zdrowotnym w rozumieniu uPP jest działanie mające na celu zachowanie, ratowanie, przywracanie lub poprawę zdrowia. Gdy pacjent jest hospitalizowany z uwagi na niedożywienie lub niemożność przyjmowania posiłków w standardowy sposób przez postępującą chorobę (np. stwardnienie rozsiane, choroba Parkinsona, płaszwica Huntingtona) i stosuje się u niego żywienie dojelitowe lub pozajelitowe, to będzie to stanowić – zdaniem autora – świadczenie zdrowotne będące ratowaniem lub przywracaniem zdrowia. Tezę tę potwierdza umieszczenie owych procedur w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego, w załączniku 1 „Świadczenia gwarantowane” pod pozycjami 99.152, 99.153, 99.87. W rozporządzeniu zresztą wielokrotnie pojawia się określenie „leczenie żywieniowe”. Dlatego też, zdaniem autora, nie powinno ulegać wątpliwości, że w takich przypadkach żywienie jest leczeniem i będzie się do niego stosować wszystkie zasady dotyczące odpowiedzialności za błędy medyczne.

Innym przypadkiem jest sytuacja, gdy pacjent jest hospitalizowany z powodu choroby niezwiązanej z jego stanem odżywienia. Wtedy żywienie nie będzie miało na celu ratowania bądź przywracania zdrowia,

natomiast będzie mieć na celu jego zachowanie lub poprawę. Będzie ono „towarzyszyć” udzielaniu głównego świadczenia zdrowotnego – należy jednak pamiętać, że siatka pojęciowa z uŚOZ nie znajduje zastosowania na gruncie uPP i pojęcie świadczenia towarzyszącego jest tu nieadekwatne. W tym wypadku żywienie nie będzie więc świadczeniem zdrowotnym mającym na celu ratowanie czy przywracanie zdrowia, ale świadczeniem zdrowotnym mającym zachować lub poprawić zdrowie. Tym samym – ponieważ stanowi ono świadczenie zdrowotne – nieprawidłowe jego udzielanie będzie stanowić naruszenie praw pacjenta i rodzić odpowiedzialność z art. 4 uPP.

4.2 Prawidłowe żywienie w świetle aktualnej wiedzy medycznej

Art. 4 uZL nakłada na lekarza obowiązek wykonywania zawodu zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej. Jak wskazuje D. Karkowska, pacjent ma prawo, by stosowano wobec niego metody terapeutyczne odpowiadające aktualnie dostępnej wiedzy medycznej, a jednocześnie niedopuszczalne jest stosowanie metod zdezaktualizowanych⁵⁴. Jak więc zaznacza autorka, obowiązek leżący po stronie lekarza jest jednocześnie symetryczny z odpowiednim uprawnieniem pacjenta. Treść art. 6 uPP, nakładająca na lekarza obowiązek świadczenia w sposób zgodny z aktualną wiedzą medyczną, zobowiązuje go również do ciągłej aktualizacji swojej wiedzy. Autorka zwraca też uwagę, że tożsamy obowiązek nakładają na niego również art. 4 uZL oraz Kodeks Etyki Lekarskiej, w szczególności art. 56 KEL, obligujący lekarzy do stałego uzupełniania i doskonalenia swojej wiedzy⁵⁵. W takim ujęciu, *lege non distinguente*, nie istnieją podstawy do rozróżnienia obowiązku doskonalenia wiedzy w zakresie żywienia od doskonalenia wiedzy w zakresie innych elementów procesu leczniczego. Dlatego należy stwierdzić, że obowiązek aktualizacji wiedzy

⁵⁴ D. Karkowska, *Artykuł 6 [w:] Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta: komentarz*, Warszawa 2016 [online], teza 1.

⁵⁵ Ibidem.

w zakresie żywienia nie różni się od tego obowiązku w zakresie jakichkolwiek innych składowych leczenia.

Dla ustalenia, jakie żywienie można uznać za świadczenie zdrowotne zgodne z aktualną wiedzą medyczną, konieczne jest poznanie aktualnej wiedzy z dziedziny dietetyki. Istotne znaczenie w tym względzie mają m.in. *Zasady prawidłowego żywienia w szpitalach*⁵⁶, *Normy żywienia dla populacji polskiej*⁵⁷ i *Standardy żywienia dojelitowego i pozajelitowego*⁵⁸. Opracowania te wchodzą w zakres wiedzy medycznej, a tym samym uwzględnianie ich będzie stanowić element prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych. Żywienie sprzeczne z normami opisanymi w powyższych pozycjach należałoby uznać za niezgodne z aktualną wiedzą medyczną, a w rezultacie – za naruszenie prawa pacjenta. Oczywiście wskazania w zakresie prawidłowej diety będą się różnić w zależności od stanu pacjenta czy jego choroby, a tym samym jego potrzeb.

Zgodnie z zaleceniami przedstawionymi w *Zasadach prawidłowego żywienia*, tylko posiłki o odpowiedniej wartości energetycznej, odpowiednio zbilansowane, podawane we właściwych porach oraz cechujące się odpowiednimi walorami smakowymi, konsystencją oraz temperaturą, można uznać za zgodne z aktualną wiedzą medyczną (dietetyczną), a w rezultacie będące prawidłowo realizowanym świadczeniem zdrowotnym. Z tym tylko zastrzeżeniem, że walory smakowe będą rozpatrywane według wymagań średnich i możliwie zobiektywizowanych, bo przecież nie chodzi o zapewnienie dań na poziomie gwiazdkowych restauracji, tylko o coś, co można uznać za przyzwoity posiłek. W gruncie rzeczy przecież wcale nie jest tak trudno ugotować smaczne, zdrowe i tanie pożywienie, a podać je odpowiednio podgrzane, bez wzbudzania obrzydzenia u pacjenta.

Podsumowując, w przypadkach, gdy żywienie, będące składową świadczenia zdrowotnego, jest realizowane niezgodnie z aktualną

⁵⁶ M. Jarosz, *Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach*, op. cit.

⁵⁷ Idem, *Normy żywienia dla populacji polskiej – nowelizacja*, Warszawa 2012.

⁵⁸ S. Klęk, Polskie Towarzystwo Żywienia Pozajelitowego, Dojelitowego i Metabolizmu, Polskie Towarzystwo Dietetyki, *Standardy żywienia dojelitowego i pozajelitowego*, Kraków 2014.

wiedzą medyczną, można mówić o naruszeniu prawa pacjenta wskazanego w art. 6 uPP, tj. prawa do świadczeń zgodnych z aktualną wiedzą medyczną.

4.3 Odpowiedzialność podmiotu leczniczego

Ważną kwestią związaną z nieprawidłowym żywieniem chorych jest możliwość dochodzenia swoich uprawnień w razie naruszenia ich przez podmiot leczniczy. Art. 4 uPP przewiduje roszczenie o zadośćuczynienie z tytułu zawinionego naruszenia praw pacjenta. Według tego przepisu, sąd może przyznać poszkodowanemu zadośćuczynienie za doznaną krzywdę w razie zawinionego naruszenia praw pacjenta, na podstawie art. 448 KC.

W związku z powyższym należy ustalić, na kim spoczywa odpowiedzialność za prawidłowe żywienie pacjenta. Rozwiązaniem pożądanym, ale idealistycznym, byłoby posiadanie przez lekarza aktualnej wiedzy w każdej dziedzinie medycyny. Jednak z uwagi na szerokość wiedzy, specjalizację lekarzy oraz uwarunkowania organizacyjne podmiotów leczniczych nie jest możliwe, by każdy lekarz zaangażowany w leczenie danego pacjenta (np. chirurg) posiadał pełną i aktualną wiedzę z zakresu żywienia i jednocześnie monitorował stan odżywienia pacjenta. Trudno bowiem uznać, by w wypadku hospitalizacji pacjenta, w trakcie której wykonywany jest na przykład zabieg chirurgiczny przy udziale kilku lekarzy różnych specjalizacji, obowiązek ten spoczywał na każdym z lekarzy biorących udział w zabiegu, np. anestezjologu. Niedopuszczalny wydaje się również wniosek, by chirurg wykonujący kilkadziesiąt zabiegów operacyjnych w ciągu miesiąca ponosił odpowiedzialność za żywienie każdego z operowanych przez niego pacjentów.

W takiej sytuacji słuszne wydaje się nałożenie takiego obowiązku w pierwszej kolejności na podmiot leczniczy, w którym świadczenia (w tym żywienie) otrzymuje dany pacjent, a następnie na lekarza prowadzącego, pod którego opieką pacjent przebywa przez większość czasu w trakcie hospitalizacji. Należy jednak zadać pytanie o zakres jego obowiązków. Zdaniem autora zobowiązanie go do stałego monitorowania

jakości i wartości odżywczej podawanych posiłków byłoby zbyt daleko idącym obciążeniem. Należałoby raczej uznać, że lekarz prowadzący jest zobowiązany do wskazania odpowiednich wytycznych (np. dieta bogato-resztkowa, łatwo strawna, bogatobiałkowa⁵⁹), a następnie nadzorowania realizacji planu żywienia pacjenta ustalanego przez dietetyka. To dietetyk zatrudniony przez podmiot leczniczy jest specjalistą w zakresie żywienia i to on, po uwzględnieniu uwag lekarza, powinien dbać o prawidłowe żywienie pacjenta – rozumiane jako otrzymywanie przez niego posiłków dostosowanych do jego potrzeb dietetycznych. W kwestii gwarantowania, że stan odżywienia pacjent nie ulega pogorszeniu, należy zauważyć, iż na podmiocie leczniczym, zgodnie z § 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego⁶⁰ spoczywa obowiązek oceny stanu odżywienia pacjenta w przypadku spadku masy ciała w okresie ostatnich sześciu miesięcy przekraczającego 5% zwykłej masy ciała. W wypadku pogorszenia się stanu odżywienia w wyniku nieprawidłowego żywienia, odpowiedzialność ponosiłby prawdopodobnie podmiot leczniczy, na podstawie konstrukcji winy anonimowej, chyba że udałoby się udowodnić winę dietetyka, lekarza lub innego członka personelu zaangażowanego w żywienie pacjenta.

W zakresie samej odpowiedzialności za naruszenie, wprowadzanie w tym miejscu rozróżnienia odpowiedzialności lekarza realizującego dane świadczenie od odpowiedzialności podmiotu leczniczego wydaje się bezzasadne i nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. Zgodnie z ogólnymi regulacjami z uPP, odpowiedzialność w tym zakresie spoczywa na podmiocie leczniczym udzielającym świadczeń zdrowotnych. Trzeba zatem ustalić kwestie odpowiedzialności oraz przesłanki przyznania pacjentowi zadośćuczynienia za poniesioną krzywdę, gdy żywienie jest niezgodne z aktualną wiedzą medyczną, ale nie wywołało szkody u pacjenta. Sytuacja, w której nieprawidłowość żywienia doprowadziła do powstania szkody u pacjenta, pozostaje poza zakresem niniejszego opracowania,

⁵⁹ Zob. M. Jarosz, *Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach*, op. cit., s. 105.

⁶⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2295.

należy jednak podkreślić, że mają w takim wypadku zastosowanie ogólne reguły dotyczące szkody wywołanej przez podmiot leczniczy⁶¹.

Jak wskazuje D. Karkowska, zgodnie z art. 4 ust. 1 uPP w razie zawinionego naruszenia wymienionych w ustawie praw pacjenta sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 KC⁶². Jak podkreśla autorka, art. 4 uPP wyraźnie wskazuje winę naruszającego jako podstawę żądania zadośćuczynienia⁶³. Zakład opieki zdrowotnej zobowiązany jest wypłacić odszkodowanie pacjentowi zarówno wtedy, gdy naruszenie została wyrządzone przez któregośkolwiek z pracujących w zakładzie pracowników (bez względu na to, jaką spełnia funkcję), jak i w innych przypadkach, w których winą obciążony jest zakład jako podmiot⁶⁴. Dla skuteczności roszczenia z art. 4 uPP konieczne jest wykazanie naruszenia prawa pacjenta oraz zawinienia po stronie sprawcy.

W tym miejscu zastosowanie może znaleźć konstrukcja winy anonimowej, jeżeli, jak wskazuje M. Safjan, ustalono, że sprawca należy do kręgu podwładnych podmiotu odpowiedzialnego⁶⁵. Jak pisze W. Borysiak, koncepcja ta znajduje zastosowanie głównie w sytuacjach, kiedy powierzenie następuje na rzecz grup osób funkcjonujących w ramach określonej struktury organizacyjnej, w której poszczególni członkowie wykonują wyspecjalizowane czynności, np. zespołów medycznych⁶⁶. Powierzającym mogą być: osoba fizyczna albo prawna⁶⁷, choć w rozważanym tu przypadku leczenia szpitalnego będzie nim zazwyczaj osoba

⁶¹ Zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Toruń 2013, s. 178–202.

⁶² D. Karkowska, *Artykuł 4 [w:] Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta: komentarz*, Warszawa 2016.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ M. Safjan, *Art. 430 [Zwierzchnik] [w:] Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449(10)*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2018, t. 1, s. 1507.

⁶⁶ W. Borysiak, *Art. 430 [Zwierzchnik] [w:] Kodeks cywilny: komentarz: zobowiązania: część ogólna*, K. Osajda (red.), Warszawa 2017, t. III A [online], nb. 71.

⁶⁷ I CR 306/73, OSN 1974; M. Safjan, *Art. 430 [Zwierzchnik]*, op. cit., s. 1507.

prawna. Należy też podkreślić oderwanie winy anonimowej od struktury organizacyjnej podmiotu i jego hierarchii. Zwierzchnikiem, czyli powierzającym, nie będzie przełożony na oddziale, na którym doszło do zdarzenia powodującego szkodę, tylko ta osoba prawna, na której rachunek są wykonywane czynności⁶⁸. Nawet jeśli wykonawca cieszy się dużym stopniem samodzielności, a jedynie w ogólnym wymiarze podlega kontroli zwierzchnika, to zastosowanie znajdzie art. 430 KC⁶⁹. M. Pytlarz podkreśla, że w razie niemożliwości ustalenia przez powoda osoby rzeczywiście winnej powstania szkody, wystarczy udowodnić w procesie cywilnym, iż niedbalstwa dopuścił się niezidentyfikowany członek określonego zespołu pracowników szpitala z obecnych na oddziale w chwili wyrządzenia szkody⁷⁰. Jak wskazuje autorka, modelowo za szkodę wywołaną podczas leczenia odpowiada lekarz odpowiadający za własne działanie. Niemniej to rozwiązanie, z uwagi na złożoność struktury szpitala i zatrudnianie przez niego co najmniej kilku lekarzy, pielęgniarki i przedstawicieli innych zawodów medycznych, jest rzadko stosowane⁷¹. Jak podnosi M. Zelek, zastosowanie tej konstrukcji jest możliwe, gdy nie ustalono (zindywidualizowano) sprawcy szkody, a jednocześnie wykazano, że musiał być nim któryś z podwładnych⁷². Tym samym wina anonimowa prowadzi do obiektywizacji odpowiedzialności i odrywa ją od indywidualnego sprawcy⁷³.

⁶⁸ I ACa 308/14, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, [http://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/content.pdf?file=/002fneurocourt\\$002fpublished\\$002f15\\$002f150000\\$002f0000503\\$002fACa\\$002f2014\\$002f000308\\$002f151500000000503_I_ACa_000308_2014_Uz_2014-07-02_002-publ.xml?rac=\\$N/151500000000503_I_ACa_000308_2014_Uz_2014-07-02_002](http://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/content.pdf?file=/002fneurocourt$002fpublished$002f15$002f150000$002f0000503$002fACa$002f2014$002f000308$002f151500000000503_I_ACa_000308_2014_Uz_2014-07-02_002-publ.xml?rac=$N/151500000000503_I_ACa_000308_2014_Uz_2014-07-02_002) [dostęp: 29 listopada 2019]; M. Safjan, *Art. 430 [Zwierzchnik]*, op. cit., s. 1507.

⁶⁹ IV CSK 308/10, OSN 2011, <http://sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/IV%20CSK%20308-10-1.pdf>, [dostęp: 29 listopad 2019]; M. Safjan, *Art. 430 [Zwierzchnik]*, op. cit., s. 1507.

⁷⁰ M. Pytlarz, *Wina anonimowa jako podstawa odpowiedzialności deliktowej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 1–2 (50/51, t. 15), s. 140.

⁷¹ Ibidem, s. 143–144.

⁷² M. Zelek, *Art. 430 [Zwierzchnik]* [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, M. Gutowski (red.), Warszawa 2019, t. 2, s. 713.

⁷³ P. Machnikowski, *Odpowiedzialność za wykonawcę powierzonej czynności* [w:] *Prawo zobowiązań: część ogólna. System Prawa Prywatnego*, A. Olejniczak (red.), Warszawa 2018, t. 6, s. 482.

Obowiązek prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych spoczywa na wszystkich pracownikach podmiotu. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, niemożność przypisania winy pracownikowi szpitala nie zwalnia go z odpowiedzialności a za zaniedbanie odpowiedzialność ponoszą wszyscy pracownicy pełniący dyżur na danym oddziale, którzy byli odpowiedzialni za przebieg tzw. zabiegu Credego⁷⁴. Konstrukcja winy anonimowej jest stosowana niezależnie od wielkości szkody, np. przy śmierci noworodka w wyniku obrażeń zadanych przez pracownika szpitala⁷⁵. W literaturze wskazuje się również, że dopuszczalne jest stosowanie art. 430 KC nawet wtedy, gdy wykonawca cieszy się dużym stopniem samodzielności w wykonywaniu powierzonych czynności, a tylko ogólnie podlega kontroli zwierzchnika⁷⁶.

Dodatkowo, w oderwaniu od możliwej bezprawności zachowań poszczególnych osób, zawinienia można dopatrywać się również w nieprawidłowej organizacji podmiotu udzielającego świadczeń, w sytuacji niestworzenia warunków zapewniających realizację praw pacjenta. Jak podaje K. Bączyk-Rozwadowska, wina organizacyjna zakładu leczniczego może także wyrażać się w braku odpowiedniej i wymaganej dla prawidłowego działania szpitala liczby doświadczonych lekarzy i personelu medycznego⁷⁷. Możliwe uchybienia organizacyjne prowadzące do sytuacji, w których podmiotowi leczniczemu da się przypisać odpowiedzialność za szkodę, są szerokie – od spowodowania zakażenia u pacjenta, przez niezapewnienie bezpieczeństwa pacjentowi choremu psychicznie, po nieprawidłową organizację przechowywania leków⁷⁸. Zdaniem autora, zasadne byłoby zatem uznanie nieprawidłowej organizacji żywienia w szpitalu za przejaw winy organizacyjnej. Przykładem takiej nieprawidłowej organizacji mogą być zjawiska, na które

⁷⁴ Wyrok SN z 17 kwietnia 1974 r., II Cr 133/74., OSPiKA 1974.

⁷⁵ Wyrok SN z 21 listopada 1974 r., II Cr 638/74, OSPiKA 1975.

⁷⁶ M. Safjan, *Art. 430 [Zwierzchnik]*, op. cit., s. 1507.

⁷⁷ K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność zakładu leczniczego za winę organizacyjną w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 3–4 (48/49 vol. 14), s. 34.

⁷⁸ Ibidem, s. 40–44.

wskazywał NIK: w kontrolowanych podmiotach na jednego dietetyka przypadało od 76 do 740 pacjentów, powierzano mu dodatkowe prace, np. magazyniera, pomocy kuchennej, czy archiwisty⁷⁹. Należy w tym miejscu powtórzyć, że konstrukcja winy organizacyjnej (bądź anonimowej) w istocie oznacza odejście od zasady winy w jej ujęciu tradycyjnym i jako wystarczające dla ustalenia odpowiedzialności odszkodowawczej przyjęcie przesłanki bezprawności⁸⁰ rozumianej jako naruszenie ogólnych wymagań w zakresie zgodnego z aktualną wiedzą dietetyczną żywienia pacjenta⁸¹.

Istotne jest również ustalenie, kiedy można mówić o nieprawidłowości żywienia w szpitalu – innymi słowy, kiedy żywienie może zostać uznane za naruszenie art. 6 uPP. Należy rozważyć, czy za takie naruszenie należałoby uznać podanie już choćby jednego posiłku nieodpowiadającego wymogom dietetycznym danego pacjenta, czy też naruszenie takie powstawałoby dopiero później. Z uwagi na brak literatury i orzecznictwa w tym zakresie, wszelkie rozważania na ten temat mogą mieć charakter raczej teoretyczny, aczkolwiek nadadzą się do wykorzystania w praktyce, zwłaszcza w świetle nagłaśnianych ostatnio utrzymujących się masowych uchybień. Wydaje się, że uznanie podania np. jednego zimnego posiłku w trakcie całej hospitalizacji za naruszenie praw pacjenta byłoby zbyt daleko idącym zaostrożeniem

⁷⁹ *Żywnienie pacjentów w szpitalach*, op. cit., s. 12.

⁸⁰ T. Dybowski, IV: *Naprawienie szkody: Zasady odpowiedzialności odszkodowawczej* [w:] *System prawa cywilnego. T. 3 cz. 1, Prawo zobowiązań – część ogólna*, W. Czachórski, S. Grzybowski, Z. Radwański (red.), Wrocław 1981; T. Dybowski, *Dzieła zebrane*, Warszawa 2013, s. 1287.

⁸¹ Przeciwno utożsamianiu obiektywnych mierników staranności z bezprawnością oponował jeszcze M. Sośniak, *Bezprawność zachowania jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za czyny niedozwolone*, Kraków 1959, s. 82 i n.; obecnie, pod rządą art. 355 KC, naruszenie prawideł wiedzy z danej dziedziny traktowane jest w doktrynie prawa medycznego jako obiektywny składnik nienależytej staranności. Zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 46 i n.; M. Boratyńska, *Wolny wybór*, op. cit., s. 254–261; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 100–101; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Kryterium należytej staranności* [w:] *Standardy wykonywania zawodu lekarza* [w:] *Regulacja prawna czynności medycznych*, seria „System Prawa Medycznego”, Warszawa 2019, t. II część 1, s. 281–302.

odpowiedzialności świadczeniodawcy. Zdaniem autora, prawidłowość realizacji obowiązku żywienia należałoby ocenić całościowo *ex post*, przy uwzględnieniu wpływu tego naruszenia na całość realizowanego świadczenia zdrowotnego. Jak wskazano wyżej, żywienie ma istotny wpływ na skuteczność leczenia oraz zmniejszenie prawdopodobieństwa zaistnienia powikłań. Dlatego też prawidłowe żywienie pełni istotną rolę dla oceny zgodności zrealizowanego świadczenia zdrowotnego z aktualną wiedzą medyczną, a tym samym z art. 6 uPP. Niemniej nieprawidłowe żywienie można uznać za naruszenie prawa pacjenta do świadczeń zgodnych z aktualną wiedzą medyczną dopiero w sytuacji, gdy ta nieprawidłowość przyniosła negatywny skutek w wymiarze całości realizowanego świadczenia zdrowotnego, tj. gdyby przy zapewnieniu prawidłowego żywienia prowadzony proces leczniczy był skuteczniejszy, szybszy, bądź też pozwolił na uniknięcie powikłań. W związku z powyższym wydaje się, że prawidłowość żywienia oraz możliwość naruszenia art. 6 uPP należy oceniać całościowo, a pojedyncze nieprawidłowości traktować jako pozbawione znaczenia – z wyjątkiem sytuacji skrajnych. Przykładem może być uszczerbek na zdrowiu pacjenta wynikły z niedopilnowania i podania mu posiłku niezgodnego z zaordynowaną dietą.

Odpowiedzialnością podmiotu leczniczego będzie takie zorganizowanie opieki nad pacjentem, by podawane mu posiłki spełniały wymogi dietetyczne dla jego stanu zdrowia i były zgodne z aktualną wiedzą medyczną. Obowiązek ten będzie obejmować: odpowiednie planowanie budżetu – tak, by przygotowywane posiłki (dostarczane przez podmiot zewnętrzny lub przygotowywane w podmiocie leczniczym) mogły mieć odpowiednią jakość i wartość odżywczą; zebranie wywiadu przez lekarza opiekującego się pacjentem; przygotowanie zaleceń dietetycznych i kontrolę ich realizacji przez dietetyka; dostosowywanie żywienia do wymogów dietetycznych danego pacjenta w razie zmieniających się potrzeb; informowanie pacjenta o wymogach w zakresie żywienia po zakończeniu hospitalizacji.

W obecnym stanie prawnym, gdy nie jest nałożony obowiązek zatrudniania przez podmiot leczniczy określonej liczby dietetyków, należy

kierować się zaleceniami z literatury przedmiotu⁸². Zgodnie z nimi wskazane jest, by w podmiocie leczniczym zatrudnieni byli: jeden dietetyk ze średnim i jeden z wyższym wykształceniem na 80 łóżek szpitalnych (czyli na jednego dietetyka nie powinno przypadać więcej niż 30–40 pacjentów szpitalnych); jeden dietetyk ze średnim i jeden z wyższym wykształceniem w oddziałach takich jak: diabetologia, nefrologia, gastrologia, kardiologia, położnictwo, onkologia, pediatria, ale na 30–40 łóżek. Z praktyki wiadomo, że zalecenia dietetyków bywają powszechnie bagatelizowane, a ich pozycja specjalistów żywienia – niedoceniana⁸³.

Wbrew pozorom formułowane tutaj postulaty nie są nierealne. Ich realizacja może przyczynić się do zmniejszenia kosztów opieki szpitalnej, gdy dobrze odżywiani pacjenci będą opuszczać placówki szpitalne szybciej i rzadziej do nich wracać. Dotychczasowy brak skarg na żywienie wynika, jak się zdaje, z przekonania, że szpitalne posiłki po prostu muszą być niesmaczne, a jedyna nadzieja we wsparciu ze strony bliskich. Są jednak pacjenci, których nikt nie odwiedza i obniżanie z tego powodu ich szans poprawy stanu zdrowia wydaje się niedopuszczalne. W praktyce byłoby zapewne trudno dowieść, że brak oczekiwanego polepszenia kondycji zdrowotnej stanowi rezultat niewłaściwego odżywiania, zwłaszcza gdy samo schorzenie jest poważne. Ale też stwierdzenie obiektywnych uchybień dietetycznych pozwala uznać za udowodnioną winę organizacyjną osoby prawnej. Rozumowanie oparte jest bowiem na ciągu domniezań faktycznych⁸⁴, gdy z pierwszego uchybienia wnioskuje się o następnych, wskazujących na zaniedbania we właściwej organizacji placówki. Pozostaje tylko przekonać sąd, że spowodowało to zwiększone cierpienie i przykrość niż same dolegliwości wywołane chorobą czy stanem pozabiegowym.

⁸² M. Jarosz, *Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach*, op. cit., s. 193.

⁸³ Taka była ogólna wymowa wystąpienia pt. Regulacja prawna zawodu dietetyka – szansą na poprawę jakości świadczeń udzielanych pacjentom? wygłoszonego przez J. Smarkusz z Zakładu Dietetyki Żywienia Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku podczas III Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej Studentów i Doktorantów z cyklu „Prawa Pacjenta” – Prawa pacjenta a wykonywanie zawodów medycznych, Uniwersytet w Białymstoku, 11 kwietnia 2018 r.

⁸⁴ Tak T. Dybowski – zanotowana wypowiedź ustna na seminarium dla studentów.

Odrębnym, choć niemożliwym do pominięcia problemem, jest kwestia środków koniecznych do zapewnienia prawidłowej realizacji obowiązku żywienia pacjentów. Jak wskazałem wcześniej, prawidłowe żywienie jest obowiązkiem podmiotu leczniczego. Obecny stan, w którym podmioty lecznicze otrzymują fundusze na żywienie pacjentów razem ze wszystkimi pozostałymi środkami potrzebnymi do prowadzenia działalności, a jednocześnie brak jest określenia minimalnych stawek żywieniowych, zaś zasoby finansowe nie wystarczają na pokrycie pozostałych potrzeb podmiotu, wymusza przesunięcia budżetowe z żywienia na pozostałe wydatki szpitala – kosztem pacjentów. Jest faktem, że podmioty lecznicze nie otrzymują od Narodowego Funduszu Zdrowia wystarczających środków, które pozwalałyby na prawidłową realizację tego zadania. Byłoby zatem pożądane (a wręcz konieczne), by NFZ w ramach rozliczeń ze świadczeniodawcami zagwarantował środki w odpowiedniej wysokości na leczenie wraz z żywieniem. W przeciwnym wypadku podmioty lecznicze albo będą naruszać prawa pacjenta, dostarczając wyżywienia poniżej wymaganych norm, albo będą zmuszone dokonywać cięć budżetowych w sytuacji, gdy i tak posiadane środki bywają niewystarczające na pokrycie wszystkich wydatków. Rozstrzyganie tego rodzaju kolizji w warunkach permanentnego niedoboru nie może być uważane za zawinione, chyba że doprowadziłoby do drastycznych uchybień w żywieniu i pozwoliło wykazać, że podjęta decyzja stanowiła kardynalny błąd. Zmiana po stronie płatnika w zakresie, w jakim rozlicza on żywienie pacjentów, wydaje się konieczna.

5. Pożądany kierunek zmian

W obecnym stanie prawnym nie istnieją regulacje na poziomie ustawy lub rozporządzenia, w których *explicite* gwarantowano by prawidłowość i dopasowanie żywienia hospitalizowanych do ich stanu zdrowia, wymogów dietetycznych czy też innych składowych procesu leczenia. Dodatkowo, treść obowiązków podmiotu leczniczego w zakresie żywienia należy wywodzić z kilku ustaw, literatury medycznej oraz rekomendacji towarzystw medycznych. Dlatego też należałoby doprowadzić do ujednolicenia i uproszczenia przepisów.

Rzecznik Praw Pacjenta w ramach zmian proponował wydanie rozporządzenia precyzującego wymogi w zakresie prawidłowego żywienia pacjentów, określającego minimalne dzienne stawki żywieniowe, a także zagwarantowanie żywienia zgodnego ze światopoglądem lub religią pacjenta. Pożądane byłoby również dodanie do ustawy o działalności leczniczej regulacji, który potwierdzałaby, że żywienie stanowi składową świadczenia zdrowotnego. Podobne wnioski sformułowała Najwyższa Izba Kontroli w raporcie z 2018 r. – postulowała wówczas wydanie rozporządzenia określającego wymagania i normy w zakresie żywienia szpitalnego (w tym minimalny koszt), uregulowanie metod oceny i kontroli jakości żywienia w szpitalach oraz wprowadzenie obowiązku zatrudnienia dietetyków w szpitalach⁸⁵.

Zdaniem autora, wydanie rozporządzenia określające minimalne stawki żywieniowe oraz zobowiązanie podmiotów leczniczych do zatrudnienia dietetyka w wymiarze, który faktycznie pozwoli na sprawowanie opieki nad pacjentami mają istotne znaczenie dla normalizacji stanu żywienia pacjentów w polskich szpitalach. Żywienie ma fundamentalne znaczenie dla skuteczności leczenia, a zapewnienie go w prawidłowym standardzie nie tylko poprawi stan zdrowia pacjentów, ale również przyniesie wymierne oszczędności społeczeństwu, z uwagi na szybszy powrót chorych do zdrowia i niższe koszty hospitalizacji.

Abstract

Hospital nutrition in Poland is often of poor quality. Even though the problem has been known for at least the last 10 years and a number of governmental agencies have intervened with the Ministry of Health in order to change the laws regarding that problem, no steps have been taken. Low quality hospital nutrition was proved to be linked with lower treatment effectiveness, higher mortality, increased length of stay and costs. The article argues

⁸⁵ *Żywnienie pacjentów w szpitalach*, op. cit., s. 16.

that hospital nutrition adequate to current medical knowledge is a patient's right and a hospital might be liable for any infringement caused by improper nutrition and any harm done by it.

WETERYNARYJNE BADANIA KLINICZNE A BADANIA KLINICZNE Z UDZIAŁEM LUDZI

I. Uwagi wprowadzające

W Ustawie z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne¹ (dalej: pr.far.) wyróżniono dwa rodzaje badań klinicznych. Pierwszym są „badania kliniczne” nieokreślone dodatkowym przymiotnikiem, czyli eksperymenty medyczne z użyciem leków u ludzi dla weryfikacji założeń co do właściwości farmaceutyków (art. 2 pkt 2 pr.far.). Drugie to „badania kliniczne weterynaryjne”, czyli doświadczenia polegające na podawaniu medykamentów docelowym gatunkom zwierząt w celu sprawdzenia ich przewidywalnej skuteczności lub bezpieczeństwa (art. 2 pkt 2b pr.far.). Terminem „badanie kliniczne” ustawodawca posługuje się także w kontekście testowania wyrobów medycznych, również z udziałem ludzi (art. 2 ust. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych²). Problematyka prawna związana z tym ostatnim rodzajem badań wykracza poza przedmiot artykułu i zostanie pominięta.

Pomimo podobieństw terminologicznych, celów oraz istoty działania, reżim prawny badań klinicznych leków powinien różnić się w zależności od tego, czy uczestniczą w nich ludzie, czy zwierzęta. Przeprowadzanie doświadczeń w odmienny sposób zagraża wartościom takim

¹ Dz.U. 2019 poz. 499.

² Dz.U. 2018 poz. 175.

jak życie, zdrowie i wolność osobista człowieka, dobrostan zwierząt, stan środowiska naturalnego oraz prawa do zwierząt jako przedmiotów praw podmiotowych (art. 1 ust. 2 Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt³ – dalej: u.o.z.)⁴. Badania kliniczne, którym poddawani są ludzie, mogą bezpośrednio godzić w wymienione dobra osobiste. Dotyczy to nie tylko uczestników eksperymentu, ale także konsumentów produktu leczniczego, np. w razie dopuszczenia do obrotu, na podstawie wyników niewłaściwie przeprowadzonych testów, leku nieskutecznego lub niebezpiecznego⁵. W wypadku eksperymentów na zwierzętach wpływów jest tylko pośredni (uwaga ta nie dotyczy osób bezpośrednio zaangażowanych w przeprowadzanie doświadczeń). W żywności pochodzenia zwierzęcego obecne bywają pozostałości w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. a rozporządzenia Rady (EWG) nr 2377/90 z dnia 26 czerwca 1990 r., ustanawiającego wspólnotową procedurę dla określania maksymalnego limitu pozostałości weterynaryjnych produktów leczniczych w środkach spożywczych pochodzenia zwierzęcego⁶. Ponadto stan środowiska naturalnego nie pozostaje obojętny dla zdrowia człowieka. Weterynaryjne badania kliniczne oddziałują więc w głównej mierze na wyliczone wyżej wartości niebędące dobrami osobistymi⁷.

³ Dz.U. 2019 poz. 122.

⁴ A. Elżanowski, T. Pietrzykowski, *Zwierzęta jako nieosobowe podmioty prawa*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 1, s. 18 i n.; M. Goettel, *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 15–22.

⁵ W. Maselbas, M. Kondrat, *Konflikt interesów w badaniach klinicznych – czy można go w pełni wyeliminować?*, „Prawo i Medycyna” 2010, nr 1, s. 108 i n.; P. Brzezicki, *Zasady wnoszenia opłat na rzecz komisji bioetycznych w wielośrodkowych badaniach klinicznych produktów leczniczych*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 3, s. 9; motywy 1 i 7 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE, Dz. Urz. UE L Nr 158, s. 1 (dalej: rozporządzenie 536/2014); motywy 2–4 dyrektywy 2001/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 kwietnia 2001 r. w sprawie zbliżania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, odnoszących się do wdrożenia zasady dobrej praktyki klinicznej w prowadzeniu badań klinicznych produktów leczniczych, przeznaczonych do stosowania przez człowieka, Dz. Urz. EU L Nr 121, s. 34 (dalej: dyrektywa 2001/20/WE).

⁶ Dz. Urz. UE L Nr 224, s. 1.

⁷ W. Maselbas [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 38–39; M. Kondrat [w:] ibidem, s. 102; W. Zieliński [w:] ibidem, s. 72–73, 87–88; m.in. motywy 2, 7, 10,

Celem opracowania jest porównanie przepisów prawnych regulujących badania kliniczne prowadzone na ludziach (dalej: badania kliniczne ogólne) i badania kliniczne weterynaryjne. W artykule omówione zostaną najważniejsze podobieństwa i różnice między obowiązującymi reżimami prawnymi.

II. Podstawowe źródła prawa

Zasady prowadzenia badań klinicznych ogólnych unormowane zostały przede wszystkim w art. 37b–37ag pr.far. Obecnie obowiązuje także rozporządzenie 536/2014⁸, które jednak nie znajduje jak dotąd zastosowania z powodu opóźnienia prac nad przygotowaniem niezbędnej infrastruktury informatycznej (art. 99 w zw. z art. 80–82 rozporządzenia)⁹. Nadal stosuje się za to formalnie uchyloną przez wymienione rozporządzenie dyrektywę 2001/20/WE¹⁰. Należy zauważyć, że już po rozpoczęciu stosowania rozporządzenia 536/2014 zachowują moc przepisy krajowe i unijne dotyczące odpowiedzialności cywilnej i karnej sponsora i badacza oraz podmiotów realizujących zadania sponsora na jego zlecenie (art. 75 i 95 rozporządzenia)¹¹.

Podstawowe dyrektywy postępowania w zakresie badań klinicznych weterynaryjnych wynikają z art. 37ah–37ak pr.far. Obowiązuje także

13, 24, 28, 36, art. 1 ust. 9 i 19, art. 30 oraz art. 83–84 dyrektywy 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych, Dz. Urz. UE L Nr 311, s. 1; a także motyw 13 oraz art. 20 ust. 4, art. 28e, art. 37 ust. 1 lit. b–c i art. 45 ust. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 726/2004 z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiającego unijne procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i nadzoru nad nimi oraz ustanawiającego Europejską Agencję Leków, Dz. Urz. UE L Nr 136, s. 1.

⁸ Zob. przypis nr 5.

⁹ Europejska Agencja Leków, <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/clinical-trials/clinical-trial-regulation#clinical-trials-information-system-delivery-status-section> [dostęp: 21 października 2019].

¹⁰ Zob. przypis nr 5.

¹¹ D. Kaczan, *Cywilnoprawne aspekty prawa farmaceutycznego (niepublikowana rozprawa doktorska)*, Toruń 2018, s. 104.

rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/6 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie weterynaryjnych produktów leczniczych i uchylające dyrektywę 2001/82/WE (dalej: rozporządzenie 2019/6)¹², które w art. 9 reguluje badania kliniczne weterynaryjne. Podobnie jak rozporządzenie 536/2014, nie jest ono jeszcze stosowane: na jego postanowienia będzie można powoływać się dopiero od dnia 28 stycznia 2022 r.

Jako że rozporządzenie 2019/6 nie zawiera przepisów analogicznych do art. 75 i 95 rozporządzenia 536/2014, wydawać się może, iż zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa unijnego, wraz z upływem powyższego terminu, niedozwolone stanie się stosowanie regulacji krajowych¹³. Wykładnia taka oznaczałaby jednak, że prawodawca unijny uchyli karalność czynów takich jak np. poddanie zwierzęcia eksperymentowi klinicznemu bez uzyskania świadomej zgody właściciela (art. 126a ust. 3 pr.far.) czy rozpoczęcie lub prowadzenie badania klinicznego weterynaryjnego mimo braku wydania stosownego pozwolenia przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (art. 126a ust. 1 pkt 3 pr.far., dalej: Prezes UPL). Ponadto dopuszczalność przeprowadzenia inspekcji doświadczenia przez organy państw członkowskich (w prawie polskim uregulowano ją w art. 37ai pr.far.) zostałaby uzależniona od uwzględnienia takiej potrzeby w wytycznych opracowanych w ramach prac Międzynarodowego Programu Współpracy w zakresie Harmonizacji Wymagań Technicznych w odniesieniu do Rejestracji Weterynaryjnych Produktów Leczniczych (VICH – ang. Veterinary International Conference on Harmonization) – art. 9 ust. 4 rozporządzenia 2019/6. Zapewne nie do tego dąży prawodawca unijny. W motywie 28 rozporządzenia 2019/6 zasygnalizował on bowiem, że dokonując oceny legalności badań klinicznych weterynaryjnych, trzeba uwzględniać nie

¹² Dz. Urz. UE L Nr 4, s. 43.

¹³ B. Serwin, *Zmiany w katalogu źródeł prawa RP po akcesji Polski do Unii Europejskiej*, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka” 2012, nr 3, s. 119–122; deklaracja 17 w akcie końcowym konferencji przedstawicieli rządów państw członkowskich, która przyjęła tekst Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2009 Nr 203 poz. 1569) – odesłanie do ugruntowanego orzecznictwa TS.

tylko standardy VICH, ale też zasady określone w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/63/UE z dnia 22 września 2010 r. w sprawie ochrony zwierząt wykorzystywanych do celów naukowych¹⁴ (dalej: dyrektywa 2010/63/UE), chociaż eksperymenty owe wyłączono z jej zakresu przedmiotowego (art. 1 ust. 5 lit. c dyrektywy 2010/63/UE). Wydaje się zatem, iż art. 9 rozporządzenia 2019/6 wraz z wytycznymi VICH nie będą wyczerpującą regulacją weterynaryjnych badań klinicznych. Uzupełnią ją przepisy krajowe niesprzeczne z celami dyrektywy 2010/63/UE, zwłaszcza w zakresie realizacji zasad: zastąpienia, ograniczenia i udoskonalenia. Należy jednak postulować dodanie do art. 9 rozporządzenia 2019/6 stosownego zastrzeżenia, ponieważ obronić da się również stanowisko, zgodnie z którym argument przedstawiony na poparcie proponowanego kierunku wykładni jest niewystarczający, gdyż nie znajduje dostatecznego odzwierciedlenia w artykułowanej części przedmiotowego źródła prawa¹⁵. Jeżeli – pomimo ostatniej wątpliwości – zaakceptować powyższą interpretację, powołana już zasada pierwszeństwa prawa UE uzasadni rozważenie odpowiedniego stosowania Ustawy z dnia 15 stycznia 2015 r. o ochronie zwierząt wykorzystywanych do celów naukowych lub edukacyjnych¹⁶ (dalej: u.o.z.n.) do badań klinicznych weterynaryjnych niezależnie od treści jej art. 1 ust. 2 pkt 2 – po dniu 28 stycznia 2022 r. Potrzeba zapewnienia pewności prawa wymaga natomiast, aby ustawodawca polski wyraźnie uregulował ten problem wcześniej¹⁷.

¹⁴ Dz. Urz. UE L Nr 276, s. 33.

¹⁵ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014, s. 159; idem, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2015, s. 117–118.

¹⁶ Dz.U. 2019 poz. 1392.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 3 czerwca 1996 r., II KKN 24/96, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 1997, nr 2, poz. 5; D. Cendrowicz, *Pewność prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka” 2012, nr 3, s. 29 i n.; M. Baran, *Zasada pewności prawa a zasada legalizmu unijnego – uwagi na tle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 5, s. 13 i n.; M. Kielb, *Pewność prawa vs. nieokreśloność prawa*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 3, s. 57 i n. oraz powołane tam literatura i orzecznictwo.

III. Badacz i sponsor

Zgodnie z mającymi obecnie zastosowanie regulacjami prawnymi, zarówno w ogólnych, jak i w weterynaryjnych badaniach klinicznych osobą bezpośrednio prowadzącą eksperyment w danym ośrodku badawczym jest badacz¹⁸. Definicję legalną tego pojęcia zawiera art. 2 pkt 2a pr.far. Przepis ten wydaje się niedopracowany. Stanowi bowiem, że (w zależności od typu badania) lekarz, lekarz dentysta albo lekarz weterynarii powinni dysponować m.in. doświadczeniem w pracy z pacjentami, niezbędnym do prowadzonego badania klinicznego lub badania klinicznego weterynaryjnego. Redakcja analizowanego przepisu prowadzi do trudnego do zaakceptowania wniosku, że badaczem w ramach doświadczenia weterynaryjnego może zostać tylko lekarz weterynarii, który wcześniej udzielał świadczeń zdrowotnych ludziom¹⁹ – art. 3 ust. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta²⁰. Pozostaje to w sprzeczności z istotą zawodu lekarza weterynarii, wyrażoną w art. 1 Ustawy z dnia 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych²¹, zgodnie z którym czynności fachowe przedstawiciela tej profesji dotyczyć powinny zwierząt. Mając powyższe na względzie, słowo „pacjent” na gruncie art. 2 pkt 2a oraz niektórych innych przepisów pr.far. (np. art. 2 pkt 3c²²) należy wyklądać rozszerzająco, jako obejmujące zwierzęta stanowiące przedmiot działań lekarza weterynarii – ale tylko wtedy, gdy nie sposób inaczej nadać mu rozsądnej treści²³.

¹⁸ D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, op. cit., s. 126.

¹⁹ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 209.

²⁰ Dz.U. 2019 poz. 1127.

²¹ Dz.U. 2019 poz. 1140.

²² Unormowanie to stanowi, że ciężkim niepożądanym zdarzeniem po użyciu badanego produktu leczniczego albo badanego produktu leczniczego weterynaryjnego jest zdarzenie, które bez względu na zastosowaną dawkę badanego produktu leczniczego albo badanego produktu leczniczego weterynaryjnego powoduje zgon pacjenta, zagrożenie życia, konieczność hospitalizacji lub jej przedłużenie, trwałe lub znaczne uszczerbek na zdrowiu lub jest chorobą, wadą wrodzoną lub uszkodzeniem płodu.

²³ L. Morawski, *Zasady...*, op. cit., s. 71 i n., 168–172; D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, op. cit., s. 149.

Rozpoczęcie stosowania rozporządzeń 536/2014 i 2019/6 nie spowoduje, że opisany wyżej problem przestanie być aktualny. Jak już wspomniano, przepisy krajowe dotyczące badań klinicznych w znacznej mierze zachowają swą doniosłość. Dotyczy to również definicji legalnej pojęcia „badacz”, zwłaszcza że prawodawca unijny nie posłużył się nim w rozporządzeniu 2019/6, a polskie rozwiązanie pozostaje spójne z postanowieniami punktu 1.18. i rozdziału 3. wytycznych Dobrej Praktyki Klinicznej²⁴ [Weterynaryjnej – przyp. D.K.] opracowanych przez VICH²⁵ (dalej: DPK VICH).

Treść art. 2 pkt 2a pr.far. nie zasługuje na aprobatę także w odniesieniu do unormowania trybu wyznaczenia kierownika zespołu badaczy. W wypadku badań klinicznych ogólnych mówi on o wymogu wyrażenia zgody przez kierownika ośrodka badawczego na powierzenie danemu badaczowi tej funkcji. Zastrzeżenie to wydaje się niedostosowane do różnorodności umów zawieranych przez sponsora (lub organizację działającą za niego) z ośrodkiem badawczym. Stopień zaangażowania tego ostatniego w eksperyment zależy od treści konkretnego kontraktu. Może ograniczać się do udostępnienia mienia na potrzeby doświadczenia, ale może też polegać dodatkowo na koordynowaniu pracy zespołu badawczego lub świadczeniu określonych usług na rzecz sponsora (np. w zakresie rekrutacji uczestników czy udzielania im pomocy medycznej)²⁶. Nie zawsze zatem okoliczność, kto pełni funkcję kierownika zespołu badaczy, ma istotne z punktu widzenia ośrodka badawczego znaczenie. Sposób wyłonienia osoby piastującej to stanowisko należy więc pozostawić stonom, tak jak dzieje się to w wypadku badań klinicznych weterynaryjnych. Warto w tym kontekście zauważyć, że w rozporządzeniu 536/2014 nie zawarto podobnego, dyskusyjnego postanowienia.

²⁴ Ang. *Good Clinical Practice* – tłum. własne.

²⁵ <https://www.vichsec.org/en/component/attachments/attachments/142.html?task=download> [dostęp: 24 października 2019].

²⁶ R. Staszewski, *Ośrodki badawcze w procesie realizacji badań klinicznych – uwarunkowania prawno-organizacyjne* [w:] M. Śliwka (red.), *Prawo badań klinicznych w zarysie*, Toruń 2013, s. 85; M. Świerczyński [w:] M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2012, s. 202.

„Sponsorem” nazywa ustawodawca osobę zainteresowaną uzyskaniem wyników badania klinicznego oraz organizującą je w tym celu. Stosowną definicję zawiera art. 2 pkt 37a pr.far.²⁷ Jednak przepis ten mówi ogólnie o „badaniach klinicznych”. Nie wyróżniono w nim „badań klinicznych weterynaryjnych”, tak jak w art. 2 pkt 2a pr.far., co błędnie sugeruje, że w wypadku eksperymentów na zwierzętach nie występuje podmiot pełniący funkcję sponsora. Taki kierunek wykładni wydaje się jednak niepoprawny z uwagi na posłużenie się słowem „sponsor” w powyższym kontekście w art. 37ah ust. 1 oraz art. 37ai ust. 3 pkt 1 i ust. 4 pr.far. Dlatego art. 2 pkt 37a pr.far. dotyczy także inicjatora doświadczeń na zwierzętach, choć pozostaje to niezgodne z zasadą konsekwencji terminologicznej²⁸. Prezentowany kierunek wykładni uzasadnia również brak w rozporządzeniu 2019/6 jakiegokolwiek przepisu, w którym posłużono by się rzeczownikiem „sponsor”, wyłączając stosowanie krajowej definicji legalnej oraz brzmienie punktu 1.26. i rozdziału 4. DPK VICH – podobne do brzmienia ostatniego przepisu polskiego.

IV. Uczestnik

W art. 2 pkt 40a pr.far. określono normatywne znaczenie wyrażenia „uczestnik badania klinicznego” (dalej: uczestnik). Uwagi zaprezentowane w poprzednim akapicie pozwalają stwierdzić, że taka redakcja przepisu nie stanowi wystarczającego argumentu na poparcie tezy, iż nie stosuje się go do doświadczeń weterynaryjnych. Należy zatem rozważyć brzmienie *definiensa* powołanej definicji legalnej oraz regulacji szczegółowych dotyczących uczestnika.

Zgodnie z badanym unormowaniem ogólnym pr.far. uczestnikiem jest osoba, która wyraziła świadomą zgodę na uczestniczenie w eksperymencie, o ile wcześniej poinformowano ją o istocie, znaczeniu, skutkach i ryzyku doświadczenia. Zwierzę poddawane eksperymentowi nie

²⁷ W odniesieniu do badań klinicznych ogólnych funkcję tę pełni też art. 2 ust. 2 pkt 14 rozporządzenia 536/2014.

²⁸ L. Morawski, *Zasady...*, op. cit., s. 119–121.

jest zatem w stanie spełnić tej przesłanki jako istota żywa niemająca statusu osoby. Jeżeli chodzi natomiast o właściciela takiego zwierzęcia, to należy zauważyć, że w źródłach prawa powszechnie obowiązującego tworzonych przez polskie organy władzy publicznej mowa jest o jego zgodzie jako jednej z przesłanek rozpoczęcia badania klinicznego weterynaryjnego. Powinna ona zostać poprzedzona wykonaniem obowiązku informacyjnego. Jednakowoż ustawodawca, stanowiąc o przedmiotowym oświadczeniu woli, nie zawsze posługuje się przymiotnikiem „świadomy” – por. art. 126a ust. 3 pr.far. i § 5 ust. 1 pkt 2–3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 lipca 2012 r. w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Klinicznej Weterynaryjnej²⁹ (dalej: r.DPKW). Powyższa argumentacja wydaje się *de lege lata* wystarczająca, aby uzasadnić twierdzenie, iż w badaniach klinicznych weterynaryjnych nie występuje uczestnik. Wraz z rozpoczęciem stosowania rozporządzenia 2019/6 konieczne stanie się jej uzupełnienie. W punkcie 1.15. DPK VICH oświadczenie woli właściciela zwierzęcia włączonego do badania klinicznego weterynaryjnego określa się bowiem mianem *informed consent*, które można tłumaczyć jako „świadomą zgodę” (ewentualnie „zgodę poinformowaną” albo „objaśnioną”³⁰. Do obrony będzie zatem pogląd, że skoro do DPK VICH odsyła bezpośrednio stosowany akt prawa wtórnego Unii Europejskiej (art. 9 ust. 4 rozporządzenia 2019/6), mający pierwszeństwo stosowania przed krajowymi źródłami prawa, to r.DPKW trzeba wyklądać zgodnie z nomenklaturą owych wytycznych. W rozporządzeniu 2019/6 nie przyznano organom państw członkowskich UE kompetencji do doprecyzowania wymagań Dobrej Praktyki Klinicznej Weterynaryjnej w odniesieniu do swojego terytorium.

Niezależnie od postanowień rozporządzenia 2019/6 oraz DPK VICH, teza o braku uczestnika w badaniach klinicznych weterynaryjnych pozostanie zasadna nawet po dniu 27 stycznia 2022 r. z dwóch powodów. Po pierwsze, gdyby przyjąć, że uczestnikiem staje się ten, kto

²⁹ Dz.U. 2012 poz. 829.

³⁰ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 17–35.

składa stosowne oświadczenie woli, to osoba włączona do badania bez osobiście wyrażonej zgody nie miałaby przedmiotowego statusu, lecz ewentualnie przysługiwałby on jej przedstawicielowi ustawowemu albo sądowi opiekuńczemu (art. 37b ust. 2 pkt 2 i 4, art. 37f ust. 1 oraz art. 37i ust. 1 pkt 1 pr.far., art. 25 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty³¹ w zw. z art. 37h ust. 1 pkt 1 pr.far., a także art. 28 i n. rozporządzenia 536/2014)³². Nie wydaje się to zgodne z jednym z podstawowych celów przepisów regulujących badania kliniczne ogólne, jakim jest szczególna ochrona dóbr osobistych uczestników³³. Należy również uwzględnić, że w art. 37b ust. 2 pkt 2 i 4 pr.far. oraz w art. 2 ust. 2 pkt 19–21 rozporządzenia 536/2014 dokonano rozróżnienia na uczestnika oraz jego przedstawiciela ustawowego. Po drugie, ustawodawca w przepisach szczegółowych pr.far. słowem „uczestnik” posługuje się wyłącznie w art. 37b–37ag i używa go tylko w kontekście podmiotu praw i obowiązków.

Warto odnotować, iż w § 5 ust. 2 pkt 13 i § pkt 16 lit. a r.DPKW oraz w punktach 1.15., 1.28., 3.2.13. i 5.2.8. DPK VICH mowa o „zwierzętach uczestniczących” w eksperymencie. Ostatnia okoliczność nie wydaje się jednak dostatecznie ważnym argumentem przemawiającym za uznaniem, że w badaniach klinicznych weterynaryjnych występuje uczestnik. Wątpliwości w tym zakresie uzasadnia natomiast redakcja art. 2 pkt 16 pr.far.³⁴, stanowiącego o uczestniku, któremu podano badany produkt leczniczy weterynaryjny. Brzmienie owej regulacji trzeba uznać za błąd legislacyjny, podobnie jak w analizowanym wyżej przypadku użycia rzeczownika „pacjent” m.in. w art. 2 pkt 2a i 3c pr.far. W konsekwencji wyjątkowo

³¹ Dz.U. 2019 poz. 537.

³² W. Maselbas [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo...*, op. cit., s. 110; M. Świerczyński [w:] M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo...*, op. cit., s. 189.

³³ Zob. zwłaszcza wstęp do wyciszenia zawartego w art. 37b ust. 2 pr.far.

³⁴ Zgodnie z powołanym unormowaniem pojęcie „niepożądanego zdarzenia” należy rozumieć jako: każde zdarzenie natury medycznej wywołujące negatywne skutki u pacjenta lub uczestnika badania klinicznego, któremu podano produkt leczniczy lub badany produkt leczniczy albo badany produkt leczniczy weterynaryjny, chociażby nie miały one związku przyczynowego ze stosowaniem tego produktu.

słowo „uczestnik” odnosi się odpowiednio do zwierzęcia włączonego do badań klinicznych weterynaryjnych. Przeciwny kierunek wykładni prowadzi do trudnego do zaakceptowania i niezgodnego z art. 2 pkt 2b pr.far. wniosku, iż w eksperymentach tych biorą udział także ludzie i podaje się im medykamenty przeznaczone dla zwierząt³⁵. Dlatego przepisy, w których posłużono się przedmiotowym pojęciem do ostatnich doświadczeń, stosuje się, ale tylko odpowiednio, a nie wprost, ponieważ zwierzę nie może być uczestnikiem badania klinicznego.

Podsumowując, ustawodawca szczególnie chroni dobra – zwłaszcza niemajątkowe (art. 37b ust. 1, art. 37d–37e, art. 37h ust. 1 pkt 6 i art. 37i ust. 3 pkt 4 pr.far.) – osoby, której podaje się badane produkty lecznicze. To ona ma status uczestnika doświadczenia. W wypadku badań klinicznych weterynaryjnych nie ma takiego nosiciela praw i obowiązków, choć na uwzględnienie zasługuje interes właściciela zwierzęcia włączonego do eksperymentu (art. 20–21 i 64 Konstytucji RP z 1997 r. oraz art. 140, 222 i art. 224–225 k.c.). Ma on jednak charakter majątkowy (art. 1 ust. 2 u.o.z.), dlatego zasadniczo powinien ustępować potrzebie zapewnienia ochrony dobrom osobistym³⁶.

V. Pozwolenie na prowadzenie badania

Reżimy prawne eksperymentów będących przedmiotem niniejszego opracowania łączy nie tylko wymóg uprzedniego uzyskania zgody podmiotu, który może doznać szkody jako bezpośredniego następstwa przeprowadzenia doświadczenia (ewentualnie zgody sądu opiekuńczego). W obydwu przypadkach niezbędne pozostaje też wydanie pozytywnej decyzji administracyjnej przez właściwy organ. Dotyczy to zarówno polskiego prawa krajowego, jak i nieznajdujących jeszcze zastosowania powołanych wyżej rozporządzeń unijnych – art. 37l ust. 1 i 4 oraz art. 37ah ust. 4 pr.far.,

³⁵ W. Maselbas [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo...*, op. cit., s. 77; D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, op. cit., s. 149; L. Morawski, *Zasady...*, op. cit., s. 147–149, 168–172.

³⁶ P. Granecki, *Dobra osobiste w prawie polskim – zagadnienie dóbr osobistych osób prawnych*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 5, s. 14; wyrok SN z dnia 24 czerwca 2019 r., III CSK 267/17, LEX nr 2684205.

art. 4 rozporządzenia 536/2014, a także art. 9 ust. 3 rozporządzenia 2019/6. Warto zauważyć, że przed przystąpieniem do badań klinicznych ogólnych co do zasady trzeba dysponować nawet dwoma rozstrzygnięciami o charakterze władczym – nie tylko decyzji Prezesa UPL, ale także komisji bioetycznej. Redakcja art. 37l ust. 1 pr.far. oraz art. 4 akapit drugi i art. 8 ust. 4 rozporządzenia 536/2014 jednoznacznie wskazują bowiem, że stanowisko ostatniego organu ma charakter wiążący³⁷. W ten sposób ustawodawca polski oraz prawodawca unijny starają się zapobiegać doznawaniu uszczerbków przez pacjentów (zwłaszcza uczestników) w związku z przeprowadzeniem doświadczeń, których dokumentacja nie budzi zastrzeżeń. Jak już bowiem zauważono, badania kliniczne ogólne grożą naruszeniem przede wszystkim dóbr osobistych. Ich negatywnych następstw w sferze niemajątkowej (a więc wartości niewymiernych w pieniądzu) nie sposób w pełni wyrównać poprzez zapłatę zadośćuczynienia albo określonej sumy na oznaczony cel społeczny (czyli spełnienia świadczenia pieniężnego)³⁸. Dlatego komisja bioetyczna powinna każdorazowo wnikliwie analizować możliwe do przewidzenia, nawet znacznie odsunięte w czasie, następstwa zdrowotne włączania ludzi do konkretnego badania, biorąc pod uwagę wszystkie relewantne okoliczności – nie tylko znane i oczekiwane właściwości produktu leczniczego, ale też sposób organizacji doświadczenia z punktu widzenia fachowej wiedzy medycznej. Katalog kryteriów, jakie organ ten powinien uwzględniać, zawiera art. 37r ust. 2 pr.far. Słusznie nie ma on charakteru zamkniętego, ponieważ naczelną zasadą prawa badań klinicznych ogólnych pozostaje pierwszeństwo interesu uczestników (art. 37b ust. 2 pr.far. i art. 3 lit. a rozporządzenia 536/2014).

W badaniach klinicznych weterynaryjnych bezpośrednio zagrożone są prawa majątkowe właściciela zwierzęcia. Dodatkowa ochrona w postaci konieczności uzyskania opinii komisji oceniającej eksperyment z etycznego punktu widzenia nie miałaby zatem – co do zasady – dostatecznego uzasadnienia aksjologicznego. Jednak w drodze wyjątku

³⁷ Wyrok NSA z dnia 18 kwietnia 2007 r., II OSK 1112/06, LEX nr 320105.

³⁸ A. Śmieja [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 730 i n.; D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, op. cit., s. 19, 98.

wymóg dysponowania takim rozstrzygnięciem może wydawać się słuszny w niektórych sytuacjach wyliczonych w u.o.z.n. (np. w art. 7). Niezależnie od oceny ostatniego spostrzeżenia, *de lege lata* stosowanie tej ustawy do badań klinicznych weterynaryjnych, jeżeli chodzi o uzależnienie legalności doświadczenia od opinii komisji etycznej do spraw doświadczeń na zwierzętach, trzeba uznać za niedopuszczalne ze względu na wyraźne postanowienie art. 1 ust. 2 pkt 2 u.o.z.n. Jak wskazano, od dnia 28 stycznia 2022 r. ostatnie twierdzenie stanie się bardziej dyskusyjne. Względy słuszności przemawiające za odpowiednim stosowaniem u.o.z.n. w badaniach klinicznych weterynaryjnych oraz powołany wyżej argument z preambuły rozporządzenia 2019/6 wydają się jednak niewystarczająco przekonujące, jeżeli chodzi o analizowany problem. Uwzględnienia wymagają bowiem przede wszystkim wartości konstytucyjne (art. 8 Konstytucji RP z 1997 r.), takie jak demokratyczne państwo prawa – obejmujące m.in. zakaz domniemywania kompetencji organów władzy publicznej – a także wolność człowieka i wolność badań naukowych (art. 2, 7, 31 i 73 Konstytucji)³⁹. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że zasadny jest postulat zgłoszony w ostatnim akapicie rozdziału II niniejszego artykułu.

Pozwolenie Prezesa UPL na prowadzenie badania klinicznego ogólnego nie jest wymagane, jeżeli upłynął termin wydania decyzji w tym przedmiocie (art. 37l ust. 2 pr.far.). Po rozpoczęciu stosowania rozporządzenia 536/2014 skutek ów dotyczyć będzie także rozstrzygnięcia komisji bioetycznej (art. 8 ust. 6 w zw. z ust. 4 powołanego aktu prawnego). W wypadku badań klinicznych weterynaryjnych brakuje podobnego postanowienia ustawy oraz rozporządzenia 2019/6. Nie ma racjonalnego powodu dla takiego różnicowania sytuacji sponsorów. Jak wynika z dotychczasowych rozważań, należałoby ewentualnie wprowadzić rozwiązanie przeciwne – celem zapewnienia uczestnikom badań klinicznych ogólnych wzmocnionej ochrony. Nie wydaje się to jednak konieczne. Dlatego warto rozważyć dodanie do art. 37ah pr.far. zastrzeżenia podobnego

³⁹ A. Bień-Kacała [w:] Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2015, s. 26–27; Z. Witkowski [w:] Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), *Prawo konstytucyjne*, op. cit., s. 90–95; B. Groñowska [w:] Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), *Prawo konstytucyjne*, op. cit., s. 167, 185.

do zawartego w art. 37l ust. 2 tej samej ustawy dla realizacji zasady równości wobec prawa wynikającej z art. 32 Konstytucji⁴⁰.

VI. Zasady odpowiedzialności deliktowej za szkodę

Pomiędzy ogólnymi a weterynaryjnymi badaniami klinicznymi występują znaczne różnice, jeżeli chodzi o zasadę odpowiedzialności odszkodowawczej w reżimie deliktowym. W wypadku eksperymentów na ludziach jest ona oparta na zasadzie innej niż zasada winy. W doktrynie brak jednak zgodności co do tego, w jaki sposób ustawodawca modyfikuje reguły ogólne w analizowanym zakresie, co wynika z niejasnej redakcji art. 37c i 37j pr.far.⁴¹ Najprawdopodobniej ustawodawca dąży do zaostrzenia zasad odpowiedzialności deliktowej za szkody wyrządzone w związku z przeprowadzeniem eksperymentu na ludziach. Szczegółowe rozważania dotyczące zasygnalizowanego problemu wykraczają poza ramy niniejszego opracowania. Warto jedynie zauważyć, że analiza powołanych przepisów z uwzględnieniem pozostałych unormowań zawartych w rozdziale 2a pr.far., art. 415 i nast. k.c. oraz aksjologii prawa farmaceutycznego sugeruje, że odpowiedzialność oparto na zasadzie „bezprawności anonimowej” sponsora i badacza. W konsekwencji mają oni obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przez niezgodny z prawem przebieg doświadczenia spowodowany przez którąkolwiek z zaangażowanych w nie osób. Poszkodowany nie musi zatem wykazywać subiektywnych elementów winy, ani udowadniać, który konkretnie członek zespołu badawczego swoim działaniem lub zaniechaniem doprowadził do powstania uszczerbku⁴².

⁴⁰ Wyrok TK z dnia 16 grudnia 1997 r., K 8/97, OTK 1997, nr 5–6, poz. 70.

⁴¹ L. Ogiegło [w:] L. Ogiegło (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 403; W. Maselbas [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo...*, op. cit., s. 471; P. Brzezicki, *Status prawny członków zespołów badawczych w badaniach klinicznych produktów leczniczych w aspekcie odpowiedzialności cywilnej za wyrządzone szkody*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 3, s. 125.

⁴² D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, op. cit., s. 131–136.

Przepisy normujące doświadczenia kliniczne na zwierzętach nie zawierają regulacji podobnej do art. 37c i 37j pr.far. Ustawodawca nie dąży zatem do zaostrzenia zasad deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej w tym zakresie względem zasad ogólnych⁴³. Brak takiego zastrzeżenia nie wydaje się konieczny dla ochrony praw właściciela zwierzęcia włączonego do eksperymentu ani członków personelu zaangażowanego w jego przeprowadzenie. Współczesne rozwiązanie nie w pełni odpowiada natomiast potrzebie ochrony dóbr osobistych konsumentów. *De lege lata* zwierzęta włączone do badania klinicznego weterynaryjnego mogą bowiem służyć następnie jako źródło pożywienia dla człowieka – w pr.far. nie wyrażono stosownego zakazu, a w § 5 ust. 1 pkt 3, § 7 pkt 4 lit. b, § 14 pkt 16 i § 22 ust. 1 pkt 15 r.DPKW mowa wyraźnie o dopuszczalności takiej praktyki. Istnieje zatem ryzyko pojawienia się na rynku żywności skażonej pozostałościami badanych produktów leczniczych weterynaryjnych w stężeniach niebezpiecznych dla ludzi. Minimalizuje je wprowadzenie konieczność uwzględniania go przez Prezesa UPL w postępowaniu dotyczącym pozwolenia na przeprowadzenie doświadczenia⁴⁴, ale nie sposób go wykluczyć. Ewentualnemu poszkodowanemu trudno byłoby ustalić, czyje zachowanie doprowadziło do wyrządzenia szkody. Pomimo to nie należy postulować zaostrzenia zasad odpowiedzialności deliktowej sponsora i badacza. Po zakończeniu eksperymentu nie mają oni wpływu na dalszy los zwierząt włączonych do doświadczenia. Dlatego najlepszym rozwiązaniem wydaje się wprowadzenie zasadniczego zakazu pozyskiwania żywności ze zwierząt poddanych badaniom klinicznym weterynaryjnym. Wyraża go art. 9 ust. 2 rozporządzenia 2019/6. Zgodnie z tym przepisem, wykorzystanie takich zwierząt w celach

⁴³ Ibidem, s. 136.

⁴⁴ Zob. art. 16 w zw. z art. 2 lit. a i art. 29 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 470/2009 z dnia 6 maja 2009 r. ustanawiającego wspólnotowe procedury określania maksymalnych limitów pozostałości substancji farmakologicznie czynnych w środkach spożywczych pochodzenia zwierzęcego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 2377/90 oraz zmieniającego dyrektywę 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i rozporządzenie (WE) nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L z 2009 r., Nr 152, s. 11), a także z art. 37ah ust. 1–2 i 4 w zw. z § 2 pkt 2 lit. b r.D.P.K.W.

spożywczych będzie dozwolone wyłącznie po upływie odpowiedniego okresu karencji wyznaczonego przez właściwy organ państwa członkowskiego UE. Rozwiązanie to również obarczone jest wadami. W wypadku testów nowych substancji albo mieszanin władze publiczne nie zawsze będą potrafiły określić, ile czasu potrzeba, aby pozyskiwanie żywności ze zwierząt włączonych do badania klinicznego weterynaryjnego stało się bezpieczne dla konsumentów. Dlatego należałoby rozważyć wprowadzenie dodatkowego obowiązku przeprowadzenia badań na obecność pozostałości badanych produktów leczniczych weterynaryjnych w produktach żywnościowych pochodzących od takich zwierząt – przed wprowadzeniem ich do obrotu.

VII. Konkluzje

Rozważania zawarte w niniejszym artykule pozwalają stwierdzić, że ustawodawca polski i prawodawca unijny dostrzegają potrzebę odmiennego uregulowania badań klinicznych ogólnych oraz weterynaryjnych. Świadczy o tym wiele okoliczności. Po pierwsze, stosowne dyrektywy postępowania wyrażono w odrębnych przepisach prawnych, a nawet aktach normatywnych. Po drugie, zachodzą istotne różnice w zakresie podstawowych przesłanek legalności przeprowadzenia eksperymentu, czyli zgody zainteresowanego podmiotu i wymaganych decyzji administracyjnych. Po trzecie, na innej zasadzie oparto odpowiedzialność deliktową za szkody związane z doświadczeniami klinicznymi. Warto też zasygnalizować, że inaczej ukształtowano szczegółowe przesłanki legalności analizowanych typów eksperymentów (zagadnienie to zostało pominięte ze względu na ograniczoną objętość publikacji).

Kierunek regulacji wydaje się dostosowany do potrzeb społecznych. Badania kliniczne ogólne, jako stwarzające większe zagrożenie dla wartości niemajątkowych, unormowano bardziej rygorystycznie niż badania kliniczne weterynaryjne. Analizowane przepisy nie są jednak wolne od wad. Nie nastąpiło pełne rozdzielenie źródeł prawa, niedopracowana jest też redakcja niektórych przepisów. Okoliczności te rodzą poważne wątpliwości interpretacyjne, dotyczące tak fundamentalnych zagadnień jak:

relacje pomiędzy poszczególnymi źródłami prawa krajowego oraz unijnego, wykładnia pojęć „badacz”, „sponsor” i „uczestnik”, a także zasada odpowiedzialności dwóch pierwszych z nich za przeprowadzenie badania klinicznego. W artykule sformułowano postulaty *de lege ferenda*, mające na celu wyeliminowanie wskazanych niedoskonałości.

A b s t r a c t

Medicines are the basis of modern medicine and veterinary medicine. Mechanisms of their impact on human and animal bodies are similar. Therefore, clinical trials are carried out in a similar way, regardless of whether people or animals are involved. However, the differences between the legal status of humans and animals, as well as the need to protect people's personal rights require different standardization of tests of medicinal products intended for use in medicine and veterinary medicine. The article compares the legal regimes of these experiments on the basis of the current legal status and its changes, which will occur in the near future. The following issues are discussed: the sources of clinical trial law and the relationship between national and EU normative acts; legal definitions of researcher and sponsor; the mode of selection of the research team leader; the entity having the status of a clinical trial participant; administrative decisions required to legally start an experiment; and the principles of liability for damage related to clinical trials. The author concludes that both the Polish and the EU legislator recognize the need to differentiate between the two regimes, but they implement it in an imperfect manner. A critique of relevant legal provisions is followed by some amendment proposals.

ASYGNOWANIE MEDYCZNYCH BADAŃ NAUKOWYCH

1. Uwagi wprowadzające

Badania medyczne są niekwestionowaną zdobyczą cywilizowanego świata, choć ich rozwój datuje się od wieków. Od ich zasięgu, poziomu oraz zainwestowanych w nie środków zależy zdrowotność społeczeństw, co przekłada się na powodzenie wielu pozamedycznych obszarów życia większych bądź mniejszych zbiorowości ludzkich. Nie jest truizmem, że życie i zdrowie człowieka to wartości nadrzędne, a wszystko, co ma na nie wpływ, należy postrzegać w kategoriach imperatywu. Do takich należą niewątpliwie badania medyczne, zwłaszcza te posiadające atrybut prowadzonych pod różną postacią badań klinicznych, docelowo z zaangażowaniem różnych podmiotów, przede wszystkim publicznych, aczkolwiek nie wyłącznie.

Niniejsze opracowanie, zakorzenione w metodzie dogmatyczno-opisowej, ma na celu prezentację, a zarazem analizę, prawnoprocesowych uregulowań związanych z partycypacją środków publicznych w finansowaniu medycznych badań naukowych. Są to badania prowadzone zarówno przez podmioty mieszczące się w sektorze finansów publicznych, jak i podmioty spoza tego sektora.

Opracowanie stanowi chronologiczną eksplikację ciągu czynności prawnoproceduralnych, zmierzających do zawarcia umowy o dofinansowanie medycznego projektu naukowego, wyłonionego w trybie konkursu o charakterze publicznym. Autor realizuje założony cel opracowania, identyfikując poszczególne instytucje prawne związane z prezentowaną

i analizowaną tematyką. Posiłkuje się przy tym doktryną prawa oraz poglądami judykatury.

2. Pozycja prawna Agencji Badań Medycznych i jej ustrój

Agencja Badań Medycznych jest państwową osobą prawną, należącą do sektora finansów publicznych¹. Agencja działa na podstawie ustawy oraz statutu, który zatwierdza – w formie zarządzenia – minister właściwy do spraw zdrowia². Statut określa szczegółowy zakres zadań organów Agencji, jej strukturę organizacyjną, a także główne procesy zarządcze³.

Organami Agencji są Prezes i jej Rada⁴. Można je sytuować w sferze szeroko pojmowanego aparatu administracyjnego, w którym organy administracyjne, czy administrujące (np. podmioty prywatne realizujące funkcje z zakresu administracji publicznej), działają w imieniu i na rachunek państwa bądź jednostek samorządu terytorialnego, a ich atrybutem jest zdolność do posługiwania się środkami władczymi⁵. Na gruncie ABM takie prerogatywy przynależą wyłącznie Prezesowi Agencji. W spektrum jego ogólnych kompetencji mieści się kierowanie działalnością Agencji oraz podejmowanie rozstrzygnięć w sprawach związanych z realizacją i podziałem środków finansowych na realizację programów oraz wykonywanie innych zadań Agencji. Prezes jest także odpowiedzialny za gospodarkę finansową Agencji oraz za zarządzanie i gospodarowanie jej majątkiem. Dokonuje on samodzielnie czynności prawnych w imieniu Agencji i reprezentuje ją na zewnątrz. Działa przy pomocy swoich zastępców, dyrektora biura Agencji, głównego księgowego, dyrektorów komórek organizacyjnych i pozostałych pracowników. Prezes może ustanawiać

¹ Art. 1 ust. 1 Ustawy z dnia 21 lutego 2019 r. o Agencji Badań Medycznych (Dz.U. 2019 poz. 447), dalej jako ABM.

² Art. 1 ust. 3 ABM.

³ Art. 1 ust. 2 ABM.

⁴ Art. 4 ABM.

⁵ P. Daniel, F. Geburczyk, J. Szuma, *Organ administracji publicznej w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2018, s. 4.

pełnomocników do dokonywania czynności prawnych⁶. Jest to przykład dekoncentracji wewnętrznej, której istotą jest upoważnienie określonego pracownika, niezależnie od zajmowanego stanowiska i pełnionej funkcji, do wykonywania czynności w imieniu i na rzecz oraz odpowiedzialność upoważniającego. Oczywiście nie oznacza to przeniesienia kompetencji, a jedynie jej czasowe wykonywanie⁷.

Prezes sporządza: roczny plan finansowy Agencji i jego zmiany, roczny plan działalności Agencji i jego zmiany, roczne sprawozdanie finansowe Agencji, roczne sprawozdanie z działalności Agencji wraz z informacją o wynikach ewaluacji finansowanych projektów i przeprowadzonych na ich podstawie badań naukowych oraz prac rozwojowych oraz innych zadań Agencji, w tym w zakresie korzyści finansowych dla budżetu państwa i systemu ochrony zdrowia z prowadzonych badań i analiz, perspektywiczne kierunki działalności Agencji, statut Agencji i jego zmiany oraz przedstawia je do zatwierdzenia ministrowi właściwemu do spraw zdrowia⁸.

Działalność Rady Agencji ma charakter opiniodawczy⁹, co jest równoznaczne z niewiążącą formą współdziałania, ponieważ opinia zbliżona jest w swej istocie do konsultacji bądź doradztwa¹⁰. Rada opiniuje perspektywiczne kierunki działalności Agencji, zasady podziału środków finansowych (ujmowanych w rocznym planie finansowym Agencji), roczny plan finansowy Agencji, roczny plan działalności Agencji, sprawozdania finansowe Agencji (wraz z informacjami o wynikach ewaluacji finansowanych projektów i przeprowadzanych na ich podstawie badań naukowych oraz prac rozwojowych oraz innych zadań Agencji, w tym w zakresie korzyści finansowych dla budżetu państwa i systemu ochrony

⁶ Art. 7 ust. 5 ABM.

⁷ Por. M. Górka, *Dekoncentracja wewnętrzna administracji publicznej w aspekcie proceduralnym* [w:] J. Niczyporuk (red.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie k.p.a.*, Lublin 2010, s. 200.

⁸ Art. 8 ust. 1 ABM.

⁹ Art. 13 ust. 1 ABM.

¹⁰ Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 27 marca 2012 r. (II SA/OI 79/12), LEX Nr 1138674.

zdrowia z prowadzonych badań i analiz). Opinia dotyczy także projektu statutu Agencji i jego zmian¹¹.

Opinie Rady wydawane są w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku o ich wydanie¹². Za datę otrzymania wniosku należy przyjąć dzień jego wpływu do kancelarii Agencji, względnie biura Rady. Wniosek powinien być opatrzony datą umożliwiającą obliczenie terminu 30 dni od dnia następnego po otrzymaniu wniosku. Przy obliczaniu terminu wlicza się przypadające podczas jego biegu dni ustawowo wolne od pracy. Oznacza to, że termin 30 dni na wydanie opinii przez Radę nie wydłuża się o takie dni. Jeżeli jednak koniec terminu przypada na dzień ustawowo wolny od pracy lub sobotę, termin 30 dni ulega wydłużeniu o ten dzień, a jego upływ następuje w najbliższym dniu roboczym¹³. Upływ terminu liczonego w dniach przypada na koniec godziny zmiany daty, choć trudno przypuszczać, aby mogło mieć to zastosowanie w Agencji Badań Medycznych. Zakładając wariant pracy Rady do roboczych dni tygodnia w godzinach zwyczajowo przyjętych dla organów administracyjnych, wydanie opinii przez Radę odbędzie się najpóźniej w 30 dniu od dnia następnego po złożeniu wniosku w tej sprawie, jednakże w godzinach pracy tego organu. W tym wypadku nie zachodzi konieczność (przykładowo, jak to ma miejsce przy wnoszeniu środków prawnych od władczych form działania administracji w sprawach indywidualnych), „zmieszczenia” się w terminie, zanim zmiana daty nastąpi.

3. Zadania Agencji, formy ich realizacji i wspieranie działalności innowacyjnej

W zakresie zadań Agencji mieszczą się tworzenie i zarządzanie programami, na podstawie których będą dofinansowywane projekty (w tym interdyscyplinarne), upowszechnianie informacji o planowanych lub ogłaszanych konkursach, ocena wniosków i zawieranie umów z beneficjentami, nadzór

¹¹ Art. 13 ust. 2 pkt 1–7 ABM.

¹² Art. 13 ust. 14 ABM.

¹³ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 24 stycznia 2018 r. (I SA/Bd 951/17), LEX Nr 2490722.

i kontrola realizacji projektów (w tym interdyscyplinarnych), prowadzenie własnych badań naukowych i prac rozwojowych oraz dofinansowanie projektów niekomercyjnych badań klinicznych. Ponadto zadania Agencji obejmują dofinansowywanie projektów (w tym interdyscyplinarnych), zgodnych z programem, wyłonionych w drodze konkursu, organizację i finansowanie badań naukowych lub prac rozwojowych *ad hoc* w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu (ze szczególnym uwzględnieniem badań klinicznych, obserwacyjnych i epidemiologicznych), upowszechnianie efektów zrealizowanych zadań, wspieranie przedsięwzięć w prowadzeniu i rozwijaniu działalności innowacyjnej w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu oraz projektów interdyscyplinarnych¹⁴.

Konkretyzacja zadań Agencji następuje poprzez dofinansowywanie badań naukowych i prac rozwojowych w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu oraz projektów interdyscyplinarnych wyłonionych w drodze konkursu, ze szczególnym uwzględnieniem badań klinicznych, obserwacyjnych i epidemiologicznych; wydawanie opinii i ekspertyz w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu na rzecz organów administracji publicznej lub innych podmiotów w wyniku realizacji zawartych umów; inicjowanie i realizację własnych badań naukowych i prac rozwojowych; inicjowanie i rozwijanie współpracy międzynarodowej w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu na podstawie programów zyskujących dofinansowywanie¹⁵. Współpraca międzynarodowa koncentruje się wokół inicjowania porozumień dotyczących samej współpracy; pomocy: uczelniom, federacjom podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki, Polskiej Akademii Nauk i jej instytutom oraz innym instytutom badawczym działającym na podstawie przepisów szczególnych, międzynarodowym instytutom naukowym działającym na terytorium RP, innym podmiotom prowadzącym głównie działalność naukową w sposób samodzielny i ciągły – w realizacji międzynarodowych projektów badawczych; organizacji wydarzeń naukowych i propagowaniu działalności naukowej¹⁶.

¹⁴ Art. 15 ust. 1–2 ABM.

¹⁵ Art. 2 ABM.

¹⁶ Art. 26 ABM.

Zadania Agencji można zatem pogrupować na kilka kategorii: partycypacji finansowej w badaniach naukowych i pracach rozwojowych prowadzonych przez inne podmioty, prowadzenia własnej działalności badawczej w obszarze nauk medycznych i nauk o zdrowiu oraz wydawania opinii w tym zakresie na rzecz organów administracyjnych, inicjowania i rozwijania międzynarodowej współpracy naukowej o charakterze badawczym.

Agencja Badań Medycznych wspiera działalność innowacyjną, za którą uznaje się, zgodnie z art. 2 ust. 1 Ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej¹⁷, działalność polegającą na opracowaniu nowej technologii i uruchomieniu na jej podstawie wytwarzania nowych lub znacząco ulepszonych towarów, procesów lub usług. W wypadku badań klinicznych, objętych zakresem działania ABM, innowacyjność koncentruje się wokół rozwoju badań niekomercyjnych, a zatem takich, które nie są zorientowane na osiągnięcie zysku¹⁸.

Badania kliniczne zostały zdefiniowane w art. 2 pkt 2 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne¹⁹, pod pojęciem których rozumie się każde badanie prowadzone z udziałem ludzi w celu odkrycia lub potwierdzenia klinicznych, farmakologicznych, w tym farmakodynamicznych skutków działania jednego lub wielu badanych produktów leczniczych albo w celu zidentyfikowania działań niepożądanych jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych, a także śledzenia wchłaniania, dystrybucji, metabolizmu i wydalania jednego lub większej liczby badanych produktów, mając na względzie ich bezpieczeństwo i skuteczność. Badania te stanowią specyficzny rodzaj eksperymentu medycznego²⁰. Może być on leczniczy albo badawczy, przy czym ten pierwszy polega na wprowadzeniu przez lekarza nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby

¹⁷ Dz.U. 2019 poz. 1402.

¹⁸ Art. 1 ust. 7 ABM.

¹⁹ Dz.U. 2019 poz. 499 z późn. zm.

²⁰ L. Ogiegło [w:] L. Ogiegło (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 23.

leczonej. Eksperyment medyczny przeprowadzany jest, jeżeli dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne lub jeżeli ich skuteczność okazała się niewystarczająca. Eksperyment badawczy natomiast ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej. Wykonuje się go zarówno na osobach chorych, jak i na zdrowych.

W obu postaciach eksperymentu medycznego spodziewana korzyść lecznicza lub poznawcza mają istotne znaczenie, a przewidywane osiągnięcie tych korzyści oraz celowość i sposób zrealizowania eksperymentu powinny zostać uzasadnione na gruncie aktualnego stanu wiedzy, bez sprzeczności z zasadami etyki lekarskiej²¹.

4. Procedura partycypacji Agencji w finansowaniu medycznych badań naukowych

Agencja Badań Medycznych dofinansowuje badania naukowe oraz prace rozwojowe w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu, w tym projekty interdyscyplinarne, ze szczególnym uwzględnieniem dwóch kategorii badań klinicznych, tj. obserwacyjnych i epidemiologicznych²². W obszarze badań epidemiologicznych mieszczą się badania eksperymentalne, zorientowane na zmianę wartości badanej cechy, w jednej lub kilku grupach osób objętych badaniem. Różróżnia się trzy kategorie tego rodzaju badań: próby losowe kontrolowane, terenowe oraz środowiskowe interwencyjne²³. Ostatnie z wymienionych odnoszą się do uchwycenia częstotliwości występowania określonych jednostek chorobowych w danej populacji, z uwzględnieniem cech osobowych badanych (np. wieku) oraz warunków środowiskowych (np. klimatu, rodzaju wykonywanego zawodu). Danych do prowadzenia takich badań dostarczają

²¹ Art. 21–22 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 2019 poz. 537 z późn. zm.).

²² Art. 2 pkt 1 ABM.

²³ R. Beaglehole, R. Bonita, *Basic Epidemiology*, Geneva 1993, s. 48 i 50.

urzędy organów administracji publicznej lub służby i inspekcje podległe tym organom, np. Państwowa Inspekcja Sanitarna²⁴.

Agencja prowadzi systematyczną ewaluację finansowanych projektów i przeprowadzonych na ich podstawie badań naukowych oraz prac rozwojowych, w tym korzyści finansowych dla budżetu państwa i systemu ochrony zdrowia²⁵. Ewaluacja oparta jest na specjalnie w tym celu zebranych i zinterpretowanych informacjach, pozwalających na wartościowanie badań i prac rozwojowych, z uwzględnieniem ich skuteczności, efektywności, a ponadto trafności i trwałości skutków. Przy ewaluacji bierze się także pod uwagę szacowanie stopnia zaspokojenia potrzeb, jakim miały służyć badania. Przykładowo, w badaniach medycznych uwzględniane są takie kwestie, jak udoskonalenie diagnostyki medycznej czy wdrażanie nowych metod terapeutycznych w zwalczaniu odosobnionych jednostek chorobowych²⁶.

4.1. Konkurs na wybór projektu badawczego

Wybór projektów następuje w drodze konkursu ogłaszanego przez Prezesa Agencji²⁷. Konkurs przebiega przy zachowaniu zasady bezstronności, której przejawem jest równe traktowanie podmiotów przystępujących do konkursu oraz przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji²⁸. Zasady te wykluczają uprzywilejowanie jednych podmiotów względem innych. Równe traktowanie podmiotów zabrania również ich dyskryminacji. Dlatego powinny one mieć zagwarantowane równe szanse w dostępie do informacji o organizowanym konkursie oraz udziału w nim²⁹. Dostęp do

²⁴ Ustawa z dnia 4 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz.U. 2019 poz. 59).

²⁵ Art. 23 ABM.

²⁶ E. Opalka, K. Choromański [w:] E. Martini, M. Bąk, *Dotacja i co dalej? Zarządzanie, sprawozdawczość, kontrola, promocja i ewaluacja projektów dofinansowywanych z funduszy strukturalnych*, Warszawa 2005, s. 211.

²⁷ Art.16 ust. 1 ABM.

²⁸ Art. 16 ust. 2 ABM.

²⁹ Por. I.E. Nowicki [w:] I.E. Nowicki, M. Kolecki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 166.

konkursu ograniczony jest podmiotowo poprzez enumeratywne wskazanie, jakie podmioty mogą być beneficjentami dofinansowania projektów badawczych. Należą do nich m.in. uczelnie; federacje podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki, Polska Akademia Nauk i jej instytuty; krajowe i międzynarodowe instytuty naukowe, Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego, podmioty lecznicze, dla których podmiotem tworzącym jest publiczna uczelnia medyczna oraz centra badawczo-rozwojowe, a także przedsiębiorcy, którzy prowadzą działalność o charakterze badawczo-rozwojowym³⁰.

Wszystkie podmioty, przystępując do konkursu, zobowiązane są do przedłożenia oświadczenia o niefinansowaniu i nieubieganiu się o finansowanie zadań objętych wnioskiem konkursowym ze środków pochodzących z innych, pozapublicznych źródeł³¹.

4.2. Walidacja wniosków konkursowych

Wnioski konkursowe mogą być składane w tradycyjnej formie (pisemnej) oraz z wykorzystaniem systemu elektronicznego. Składanie wniosków na formularzu elektronicznym za pośrednictwem systemu teleinformatycznego odbywa się za pomocą konta w systemie założonym dla wnioskodawcy przez Agencję³².

W wypadku braków formalnych wniosku, Prezes wzywa do ich uzupełnienia w terminie 7 dni pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpoznania³³. Pozostawienie przybiera postać czynności materialno-technicznej, która nie wywołuje skutku prawnego w postaci poddania wniosku jakiejkolwiek ocenie. Czynność ta z praktycznego

³⁰ Art. 17 ust. 1 ABM. Zob. także Ł. Mamica, *Jednostki badawczo-rozwojowe w polskiej polityce innowacyjnej*, Kraków 2007, s. 201.

³¹ Art. 17 ust. 2 ABM.

³² Art. 21 ust. 3 ABM.

³³ Art. 18 ust. 6–7 ABM.

punktu widzenia polega na sporządzeniu stosownej adnotacji w aktach sprawy i poinformowaniu wnioskodawcy o jej treści³⁴.

Przeprowadzenie konkursu poprzedza powołanie zespołu oceny wniosków, w skład którego wchodzi pracownicy Agencji lub eksperci. Wszyscy powoływani są przez Prezesa ABM, przy czym eksperci – przedstawiciele środowisk naukowych, gospodarczych i finansowych – powinni posiadać co najmniej pięcioletnie doświadczenie w obszarze, którego dotyczy konkurs. Mogą być to także eksperci zagraniczni³⁵. Prezes określa liczbę członków zespołu zajmującego się oceną wniosków, biorąc pod uwagę liczbę wniosków złożonych w konkursie. Na czele zespołu stoi jego przewodniczący, powołany także przez Prezesa ABM³⁶.

Członek zespołu oceny wniosków nie może pozostawać z podmiotem, który złożył wniosek, ani w stosunku służbowym lub innej formie współpracy w okresie pracy w zespole i 3 lat poprzedzających złożenie wniosku lub dokonanie oceny, ani też w takim stosunku prawnym i faktycznym, że wynik oceny może mieć wpływ na jego prawa lub obowiązki³⁷. Jeśli zachodzą takie okoliczności, Prezes ABM wyłącza członka zespołu z udziału w pracach zespołu³⁸. Członek taki zostaje także wyłączony na podstawie art. 24 § 1 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego³⁹, który wskazuje na przypadki pozostawania z wnioskodawcą w takim stosunku prawnym, który może mieć wpływ na pozytywną ocenę wniosku. Wylączenie z mocy k.p.a. dotyczy też sytuacji, gdy wnioskodawcą jest małżonek członka zespołu lub krewny albo powinowaty do drugiego stopnia. Powody wylączenia członka zespołu trwają także po ustaniu małżeństwa⁴⁰, a także stosunku przysposobienia, opieki

³⁴ Por. M.P. Gapski, *Uzupełnianie braków formalnych odwołania w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 10, s. 54.

³⁵ Art. 18 ust. 1–3 ABM.

³⁶ Art. 18 ust. 4–5 ABM.

³⁷ Art. 18 ust. 8 ABM.

³⁸ Art. 18 ust. 10 ABM.

³⁹ Dz.U. 2018 poz. 2096 z późn. zm., dalej jako k.p.a.

⁴⁰ Art. 24 § 2 k.p.a.

lub kurateli łączących te osoby z wnioskodawcą (art. 24 § 2 k.p.a.). Powód do wyłączenia stanowi również, gdy w innym określonym postępowaniu dotyczącym wnioskodawcy członek zespołu był świadkiem lub biegłym albo gdy był w tym postępowaniu przedstawicielem wnioskodawcy, a także gdy wnioskodawca pozostaje względem członka zespołu oceniającego w stosunku nadrzędności służbowej.

Zarówno podstawy wyłączenia członka zespołu oceniającego z ABM, jak i z k.p.a. mają stwarzać gwarancję bezstronności⁴¹. Ujmowana jest ona zawsze jako niezależność, brak uprzedzeń oraz niezależność od osobistych upodobań i emocji⁴².

4.3. Zamknięcie konkursu poprzez wybór projektu badawczego

Rozstrzygnięcie konkursu stanowi potwierdzenie spełniania przez określony podmiot najbardziej korzystnych warunków odnoszących się do przedmiotu konkursu. W istocie więc nie ma ono charakteru konstytutywnego, kreującego bezpośrednio uprawnienie do dofinansowania badań medycznych.

Rozstrzygnięcie konkursu poprzedza ocena wniosków pod względem formalnym i merytorycznym, dokonywana przez członków zespołu oceniającego. Na podstawie wyników prac zespołu, jego przewodniczący tworzy listę rankingową uszeregowanych według uzyskanej punktacji wniosków i przedkłada ją Prezesowi do zaakceptowania. Zaakceptowanie listy przez Prezesa następuje w terminie 14 dni od jej przedłożenia, po czym na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Agencji oraz na jej stronie internetowej publikuje się ogłoszenie o wynikach konkursu. Ogłoszenie powinno zawierać nazwy wnioskodawców, liczbę otrzymanych przez wniosek punktów, tytuł projektu, informację o rekomendowaniu lub nie-rekomendowaniu projektu do dofinansowania, przyznaną kwotę środków publicznych, imiona i nazwiska oraz miejsca zamieszkania członków

⁴¹ Wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2017 r. (I OSK 1400/17), LEX Nr 2422595.

⁴² P.J. Suwaj, *Gwarancje bezstronności organów administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*, Kolonia Limited 2004, s. 13.

zespołu oceniającego. W dalszej kolejności wnioskodawcy są pisemnie informowani o wynikach konkursu⁴³.

Dofinansowanie jest przyznawane wnioskodawcom do wyczerpania środków przeznaczonych na konkurs, zgodnie z pozycją zajmowaną na liście rankingowej. Jednakże Prezes ABM może zwiększyć kwotę na każdym etapie konkursu, pod warunkiem, że nie przekroczy ona kwoty, którą dysponuje. Taka zmiana może powodować aktualizację listy rankingowej⁴⁴.

Niekonkurencyjną formą finansowania medycznych badań naukowych może być pomoc publiczna *de minimis*. Minister właściwy do spraw zdrowia określa warunki i tryb udzielania takiej pomocy, w tym jej konkretne (co do projektu badawczego) przeznaczenie, rodzaje kosztów kwalifikujących się do objęcia taką pomocą, sposób kumulowania pomocy, maksymalne wielkości pomocy – uwzględniając warunki dotyczące dopuszczalnej pomocy publicznej określone w przepisach prawa Unii Europejskiej oraz konieczność zapewnienia efektywnego i skutecznego wykorzystania tej formy pomocy⁴⁵. Należy zaznaczyć, iż tego rodzaju pomoc nie wywiera odczuwalnego wpływu na wymianę handlową⁴⁶.

4.4. Zamknięcie konkursu poprzez jego unieważnienie

W ramach kompetencji Prezesa ABM mieści się, oprócz aprobaty listy rankingowej wnioskodawców, także prawo odmowy jej akceptacji, jeśli zostaną wykryte istotne błędy formalne lub merytoryczne⁴⁷. Błędy takie skutkują sankcją nieważności konkursu (*in concreto* – jego unieważnieniem), która może nastąpić po uprzednim zasięgnięciu opinii Rady, o ile do tego momentu nie została podpisana umowa na realizację i dofinansowanie projektu w ramach danego konkursu. Informację o unieważnieniu

⁴³ Art. 19 ust. 4–5 ABM.

⁴⁴ Art. 19 ust. 6–7 ABM.

⁴⁵ Art. 24 ABM.

⁴⁶ J. Postuła, A. Werner, *Prawo pomocy publicznej*, Warszawa 2018, s. 172.

⁴⁷ Art. 19 ust. 1–2 ABM.

konkursu zamieszcza się na stronie Biuletynu Informacji Publicznej oraz na stronie internetowej Agencji⁴⁸.

5. Protesty uczestników konkursu

Wnioskodawcy (wnioskodawcom) przysługuje prawo złożenia protestu od wyników konkursu do Prezesa Agencji⁴⁹. Protest stanowi osobliwy środek prawny, przewidziany jedynie w ABM, którego porównanie z innymi środkami prawnymi, przewidzianymi np. w ogólnym postępowaniu administracyjnym, jest niezasadny z racji faktu, że nie przysługuje on od decyzji ani postanowienia rozstrzygających sprawę do jej istoty.

Protest może być złożony na piśmie w terminie 14 dni od dnia doręczenia pisma o wynikach konkursu. Obowiązkowa forma pisemna gwarantuje możliwość dokładnego odtworzenia podjętych czynności konkursowych, a tym samym sprawdzenia ich prawidłowości⁵⁰.

Prezes w terminie 30 dni od dnia otrzymania protestu może go uwzględnić albo odrzucić. W celu rozpatrzenia protestu Prezes władny jest skierować wniosek, którego protest dotyczy, do ponownej oceny przez komisję odwoławczą⁵¹. W skład takiej komisji wchodzi pracownicy Agencji lub eksperci inni niż powołani do zespołu oceny wniosków, w ramach którego prowadzona była pierwotna ocena projektów⁵². Liczbę członków komisji odwoławczej określa Prezes, biorąc pod uwagę liczbę protestów. Na czele tej komisji stoi jej przewodniczący, wyłoniony przez Prezesa spośród członków komisji⁵³.

Analogicznie jak w wypadku członków zespołu oceniającego wnioski o dofinansowanie, członek komisji odwoławczej nie może pozostawiać

⁴⁸ Art. 19 ust. 3 ABM.

⁴⁹ Art. 19 ust. 8 ABM.

⁵⁰ Por. J. Wyporska Frankiewicz [w:] J.P. Tarno, W. Piątek (red.), *Zasady ogólne postępowania administracyjnego*, T. II, Cz. 2, Warszawa 2018, s. 449.

⁵¹ Art. 19 ust. 8 ABM.

⁵² Art. 19 ust. 8–9 ABM.

⁵³ Art. 19 ust. 9 ABM.

z protestującym w stosunku służbowym ani w innej formie współpracy w okresie pracy w komisji i 3 lat poprzedzających złożenie protestu oraz w takim stosunku prawnym i faktycznym, który potencjalnie mógłby rzutować na tendencyjne rozpatrzenie protestu⁵⁴. Chodzi więc o wykluczenie osobistego zainteresowania członka komisji odwoławczej w określonym sposobie załatwienia protestu i zapobieżenie w ten sposób niebezpieczeństwu ewentualnej stronnictwa, a więc takiego zachowania, które byłoby sprzeczne z obiektywnym rozpatrzeniem protestu, np. pominięciem istotnych zarzutów sformułowanych przez protestującego⁵⁵.

Skutkiem uwzględnienia protestu (protestów) jest informacja o tej okoliczności, umieszczana na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Agencji oraz na stronie internetowej Agencji z uwzględnieniem danych identyfikacyjnych podmiotu (podmiotów), których protesty zostały uznane. Analogicznie więc jak w wypadku akceptacji listy rankingowej, będą to następujące informacje: identyfikacja inicjatorów sprzeciwu, liczba punktów, jakie otrzymali oni w konkursie, tytuł oprotestowanego projektu, informacja o rekomendowaniu lub nierekomendowaniu projektu do dofinansowania, wysokość kwoty obejmującej protest; imiona i nazwiska oraz miejsca zamieszkania członków komisji rozpatrującej protest⁵⁶.

6. Zawarcie umowy na dofinansowanie badań

Prezes ABM zawiera z beneficjentem, który wygrał konkurs, umowę na realizację i dofinansowanie projektu. Umowa zawiera zakres tematyczny projektu oraz termin i warunki jego wykonania, wysokość środków finansowych i tryb ich przekazywania, sposób i tryb sprawowania przez Agencję nadzoru nad wykonaniem projektu, termin i sposób rozliczenia finansowego projektu, sposób i zakres końcowej oceny merytorycznej projektu, sposób i warunki udostępniania i rozpowszechniania efektów

⁵⁴ Art. 19 ust. 9 ABM.

⁵⁵ Por. W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne. Zarys systemu*, Warszawa 1962, s. 93.

⁵⁶ Art. 19 ust. 12 ABM.

projektu, z uwzględnieniem przepisów Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵⁷, tryb kontroli wykonywania projektu; termin zwrotu niewykorzystanych środków, nie dłuższy niż 30 dni od określonego w umowie dnia zakończenia realizacji projektu, a w wypadku projektu realizowanego za granicą – 60 dni od określonego w umowie dnia zakończenia jego realizacji, zakres praw stron do praw autorskich, patentowych i pokrewnych oraz praw własności przemysłowej, w tym sposoby i warunki rozporządzania tymi prawami oraz ich wykorzystania dla celów komercyjnych i do dalszych badań⁵⁸.

Umowę na realizację i dofinansowanie projektu badawczego należy sytuować w kręgu niewładczych form działania administracji typu konsensualnego, opartego na zgodnych oświadczeniach woli stron: Prezesa ABM oraz beneficjenta zyskującego dofinansowanie środków publicznych na prowadzenie i wykonanie medycznych badań naukowych. Z faktu, że ustawa wskazuje na obowiązkowe elementy umowy, w tym wynikający z niej tryb kontroli realizacji projektu badawczego oraz konieczność zwrotu w terminie niewykorzystanych środków przeznaczonych na badania wynika, iż mamy do czynienia z mieszanym stosowaniem prawa. Jest to typ hybrydy prawnej, w ramach której dochodzi do łączności instytucji prawa cywilnego z prawem administracyjnym. Naturalnie nie da się tu *a priori* założyć prymatu jednej gałęzi prawa nad drugą.

7. Konkluzje

Agencja Badań Medycznych jest stosunkowo nową instytucją, funkcjonującą w szeroko pojętym systemie prawa medycznego. Stanowi państwową osobę prawną, zatem jest podmiotem posiadającym odrębną od Skarbu Państwa zdolność sądową. Jako podmiot publicznoprawny podlega nadzorowi ministra do spraw zdrowia, czego przewidywaną egzemplifikacją jest zatwierdzenie przez ministrata statutu Agencji.

⁵⁷ Dz.U. 2019 poz. 369.

⁵⁸ Art. 20 ust. 1 ABM.

Zadania Agencji, które są enumeratywnie wymienione, nie oznaczają jej kompetencji. Kompetencje te zostały przypisane wyłącznie organom ABM – Prezesowi (organ monokratyczny) oraz Radzie (organ kolegialny).

Prezes ABM posługuje się specyficznymi środkami, kreującymi jego pozycję jako jednoosobowego organu w zakresie: zatwierdzenia bądź odmowy zatwierdzenia listy rankingowej wnioskodawców ubiegających o dofinansowanie badań medycznych, wniesienia zastrzeżeń do takiej listy, unieważnienia konkursu na wybór projektu z powodu formalnych naruszeń prawa (np. procedury konkursowe) albo naruszeń o charakterze materialnym (np. wybór przez zespół oceniający projektu spoza obszarów finansowania). Unieważnienie konkursu odbywa się ze skutkiem *ex tunc*, co oznacza, że sankcja ta działa z mocą wsteczną, jakby konkurs w ogóle się nie odbył. Środek prawny w postaci unieważnienia konkursu może zostać podjęty przez Prezesa ABM po uprzednim zasięgnięciu opinii Rady w tej kwestii. Wprawdzie opinia ze swej natury nie ma charakteru wiążącego, zwrócenie się o jej wydanie stanowi obowiązek ustawowy, bez względu na to, jakiego rodzaju stanowisko zajmie organ opiniujący. Jedyną okolicznością wykluczającą unieważnienie konkursu jest wcześniejsze zawarcie umowy z beneficjentem dofinansowania. Umowa bowiem wiąże strony od chwili jej zawarcia, a jej podważenie może odbyć się tylko na drodze sądowej.

W działalności Agencji Badań Medycznych akcentuje się zasadniczy cel, jakiemu mają służyć zadania Agencji i ich realizacja, tj. funkcjonalność medycznych badań naukowych oraz pomyślność wdrażania rozwiązań innowacyjnych w leczeniu, zarówno na poziomie ogółu populacji, jak i w przypadkach jednostkowych.

Wprowadzanie innowacyjności w medycynie, czy też szeroko pojętym systemie ochrony zdrowia, to rezultat nieskuteczności lub niewystarczającej skuteczności dotychczasowych metod diagnostycznych oraz terapeutycznych względem rozwoju potrzeb. Metody te na przestrzeni lat mogą okazywać się w mniejszym lub większym stopniu zawodne, co bezpośrednio przekłada się na swoistą słabość w zwalczaniu chorób, wydłużeniu procesów leczniczych i rehabilitacyjnych, wreszcie na skróceniu okresu

przeżywalności w chorobach teoretycznie nieuleczalnych z medycznego punktu widzenia.

W prowadzeniu badań klinicznych istotnego znaczenia nabiera liczebność uczestników próby, wybranych ze względu na określoną cechę wiodącą, np. natężenie zachorowań w danej jednostce chorobowej, wiek chorych, uwarunkowania genetyczne, zawodowe, geograficzne, poziom ogólnego rozwoju społecznego. Walorem takich badań powinna być trwałość ich wyników umocowana w czasie. Trwałość wyników badań to także wymierne rezultaty finansowe, szczególnie gdy mowa o badaniach niekomercyjnych, znajdujących swoje odzwierciedlenie w nakładach budżetowych. Nie jest truizmem powszechnie panujące przekonanie, że mniejsze koszty pochłania profilaktyka niż leczenie. Temu przekonaniu także wychodzą naprzeciw badania medyczne.

Finansowanie medycznych projektów badawczych odbywa się zawsze z uwzględnieniem zasady transparentności, w której zakorzeniona jest reguła wykluczenia jakiegokolwiek uprzywilejowania, niezależnie od źródeł jego pochodzenia (np. stosunki bliskości, zależności). Konkursy przeprowadzane przez ABM są adyskryminacyjne, a w ich przebiegu nie można *a priori* założyć zwycięzcy. Jeżeli bierze w nim udział podmiot prywatny, spoza sektora finansów publicznych, to ustawa wymaga wykazania, że dofinansowana działalność badawcza jest podstawowym obszarem działalności tego podmiotu. Ustawa wyklucza także dualizm finansowy, tj. przypadek, gdy dany projekt badawczy byłby dotowany z dwóch różnych źródeł publicznych. Wyjątkiem od tego jest pomoc publiczna *de minimis*.

Dominującym wątkiem rozważań są zagadnienia proceduralno-prawne, zogniskowane wokół tego, co trzeba, a nie tego, co można. Obligatoryjne zatem jest w szczególności pisemna (względnie elektroniczna) forma składania wniosków o przystąpieniu do konkursu, adekwatnie, pisemna bądź elektroniczna forma poinformowania o jego wyniku, pisemne lub elektroniczne wezwanie do usunięcia braków formalnych albo merytorycznych wniosków konkursowych, wyłącznie pisemne wniesienie protestu, pisemne zawarcie umowy Prezesa ABM z beneficjentem projektu, który uzyskał najwyższe notowania konkursowe.

W asygnowaniu medycznych badań naukowych formalizacji podlegają także terminy. Można odnotować takie terminy, jak m.in. 30 dni na wydawanie opinii przez Radę Agencji w sprawach z zakresu jej kompetencji, 7 dni na wezwanie wnioskodawcy do usunięcia braków formalnych wniosku konkursowego, 14 dni na zaakceptowanie listy rankingowej przez Prezesa albo na zgłoszenie żądania jej uzupełnienia bądź poprawy, adekwatnie – 14 dni na unieważnienie konkursu przez Prezesa ABM oraz na wniesienie protestu przez wnioskodawców, 30 dni na rozpatrzenie takiego protestu przez Prezesa oraz na zwrot niewykorzystanych środków (dla projektu krajowego), 60 dni dla projektu zagranicznego.

W konkluzji autor wnioskuje, że uchwalenie Ustawy o ABM było podbudowane mocnym uzasadnieniem merytorycznym (*ratio legis*), jednakże w warstwie formalnoprawnej (proceduralnej) dostrzegalne są istotne braki, których usunięcie należałoby potraktować jako postulat *de lege ferenda*. Punktem wyjścia jest przede wszystkim założenie, że zaprezentowana w opracowaniu procedura finansowania medycznych badań naukowych (pomimo końcowego rezultatu w postaci zawarcia umowy, a nie – wydania decyzji administracyjnej), nosi znamiona administracyjnego postępowania szczególnego. Tego typu postępowania wykazują albo całkowitą autonomię względem k.p.a. (pełna dekodifikacja) albo częściową, wyłączając spod zastosowania określone instytucje kodeksowe na rzecz unormowań autonomicznych albo ograniczają wyłączenie k.p.a. do odpowiedniego zastosowania tylko niektórych przepisów Kodeksu. Każde z rozwiązań sprzyja spójności aktu normatywnego i pewności w obrocie prawnym.

Tymczasem ustawa o ABM tylko fragmentarycznie odnosi się do k.p.a. (art. 19 ust. 13 ABM – wyłączenie pracowników Agencji i ekspertów, doręczenie pism, w tym protestu po rozstrzygnięciu konkursu oraz sposobu obliczania terminów). Taka regulacja sprawia wrażenie nie tylko niekompletnej pod względem zachowania podstawowych standardów procesowych, ale także zwykłego zaniechania legislacyjnego. Ustawa o ABM przeto nie rozwiewa wątpliwości, czy wniosek konkursowy nie spełniający wszystkich wymogów formalnych może zostać uzupełniony w określonym terminie pod rygorem pozostawienia go bez rozpoznania.

A jeśli tak, w jakiej formie powinno nastąpić takie pozostawienie. Co więcej, rzeczona ustawa nawet nie zbliża się do wyjaśnienia, czy uczestnikom postępowania konkursowego przysługuje atrybut strony postępowania, choć niewątpliwie posiadają oni interes prawny w jego przeprowadzeniu i wylonieniu najbardziej korzystnego projektu badawczego (por. art. 28 k.p.a.). Ustawa o ABM nie odpowiada także na pytanie związane z gwarancjami procesowymi, czy termin na wniesienie protestu od wyniku konkursu (art. 19 ust. 8 ABM) może zostać przywrócony na wniosek protestującego, jeżeli z uzasadnionych przyczyn (niezależnych od protestującego – innymi słowy, powstałych bez jego winy), termin ten nie mógł być zachowany. Poza tym, zdaniem autora, Ustawa o ABM tylko fragmentarycznie określa pozycję prawną ekspertów Agencji powołanych do oceny wniosków konkursowych, którym (*per analogiam*) powinien przysługiwać atrybut biegłych, wzorem ogólnego postępowania administracyjnego (art. 84 k.p.a.).

Zaprezentowane powyżej uwagi naturalnie nie wyczerpują całości zagadnienia, jak daleko idąca powinna być relacja między ustawą o ABM a k.p.a. Niewątpliwym jest jedno, że w przypadku nowelizacji ustawy o ABM zagadnienia relacji obu ustaw pominąć nie można. Za taką koniecznością przemawia stosunkowo krótki okres obowiązywania Ustawy o ABM (marzec 2019), a co za tym idzie – brak wypracowanych poglądów na analizowane zagadnienie, zarówno po stronie doktryny prawa, jak i judykatury. Tym sposobem autor rości sobie prawo do potraktowania niniejszego opracowania jako prekursorskie.

Abstract

The Agency for Medical Research is a state legal entity, located in the broadly understood System of Medical Law and Health Sciences. Supervision over the activities of the Agency is exercised by the minister of health. The legal basis for the Agency's activity is the law and the statute. The tasks and competences of the Agency are listed in an exhaustive list, and their catalogue is of a close nature.

Financial participation in medical research is at the forefront of the Agency's activity. It also includes international cooperation. Beneficiaries of funding for medical scientific research take part in a competition whose aim is to select the most beneficial research project. The competition procedure consists of several stages, from the submission of applications by interested parties to the conclusion of the grant contract. The conclusion of the contract is preceded by a formal and substantive assessment of each research project submitted to the competition. In the event of an infringement, the contest may be cancelled by the President of the Agency with *ex tunc* effect.

PRAWO DO ŚMIERCI PO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO KANADY W SPRAWIE *CARTER* (2015)

Orzekając w dniu 6 lutego 2015 r. w sprawie *Carter*¹, Sąd Najwyższy Kanady dokonał przełomu w dotychczasowej judykaturze dotyczącej prawa do śmierci. Mimo że już wcześniej kilka państw zdecydowało się na legalizację eutanazji lub pomocy lekarza w samobójstwie², to jednak do czasu pojawienia się wspomnianego wyroku żaden krajowy ani międzynarodowy sąd czy trybunał nie był skłonny przyznać, że z obowiązujących przepisów (rangi konstytucyjnej lub konwencyjnej) można wyprowadzić prawo do śmierci. Co ciekawe, sądy te bynajmniej nie negowały prawnej dopuszczalności obu praktyk. Należy zatem domniemywać, że sędziowski opór przed uznaniem prawa do śmierci wynikał nie tyle z pryncypialnych powodów natury moralnej czy jurystycznej, co raczej ze zbyt ostrożnej lub zachowawczej wykładni przepisów. Wyrok w sprawie *Carter* zmienił tę sytuację. W niniejszym artykule zaprezentuję jego ustalenia na tle wcześniejszej linii orzeczniczej amerykańskich i europejskich sądów,

¹ *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 SCR 331.

² W Europie obie praktyki zalegalizowane zostały w Holandii (2001), Belgii (2002) i Luksemburgu (2009); przez krótki czas były też legalne w australijskim Terytorium Północnym (1996–1997). Pomoc lekarza w samobójstwie, która jest od kilkadziesiąt lat dopuszczalna w Szwajcarii, została również ustawowo zalegalizowana w Oregonie (1997), Waszyngtonie (2009), Vermont (2013), Kalifornii (2015), Dystrykcie Kolumbii (2016), Kolorado (2016) oraz na Hawajach (2018). W stanie Montana praktyka ta jest dopuszczalna na mocy orzeczenia tamtejszego Sądu Najwyższego w sprawie *Baxter v. Montana* (2009). W Kanadzie w następstwie wyroku *Carter* przyjęto w 2016 r. ustawę legalizującą zarówno eutanazję, jak i pomoc lekarza w samobójstwie.

które rozpatrywały kwestię prawnej dopuszczalności eutanazji i pomocy lekarza w samobójstwie³.

Etyczne, prawne i medyczne rozważania o udziale osób trzecich w umieraniu pacjentów wymagają precyzji terminologicznej⁴. Należy zatem zdefiniować stosowane w opracowaniu pojęcia. Eutanazja to umyślne zabójstwo przez lekarza nieuleczalnie chorego i niezdolnie cierpiącego pacjenta, dokonane na wyraźne i stanowcze żądanie tego ostatniego. Pomoc lekarza w samobójstwie polega na dostarczeniu pacjentowi środków farmakologicznych lub informacji, które pozwolą mu na samodzielne i bezbolesne odebranie sobie życia. „Prawo do śmierci” jest z jednej strony podmiotowym uprawnieniem jednostki do uzyskania pomocy w samobójstwie lub poddania się zabiegowi eutanazji. Uprawnienie to nie ma blankietowego charakteru: może z niego skorzystać jedynie osoba spełniająca ściśle (ustawowo) określone warunki dotyczące jej sytuacji zdrowotnej oraz zdolności do podejmowania świadomych i dobrowolnych decyzji o własnym życiu⁵. Z drugiej państwo nie może tego prawa obywatelom *en bloc* odmówić poprzez blankietowy zakaz zabójstwa na żądanie lub pomocy w samobójstwie.

Tak zdefiniowane uprawnienie należy odróżnić od prawnej sytuacji osoby, która usiłuje odebrać sobie życie. Chociaż państwa należące do zachodniego kręgu kulturowego odstąpiły już od wielowiekowej tradycji okrutnego karania (symbolicznego lub w wypadku nieudanego usiłowania – realnego) samobójców⁶, to dekryminalizacja samobójstwa (lub jego

³ W tekście częściowo wykorzystuję i rozszerzam materiał opublikowany w: M. Boratyńska, J. Malczewski, *Prawo wobec medycyny końca życia* [w:] *System Prawa Medycznego*, tom II, część 2: *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019.

⁴ Chodzi zwłaszcza o to, aby nie mylić eutanazji i pomocy w samobójstwie, które są praktykami dla wielu osób kontrowersyjnymi i w większości krajów wciąż nielegalnymi, z zaniechaniem uporczywej lub daremnej terapii podtrzymującej życie, ani też ze stosowanymi w opiece paliatywnej procedurami terminalnej analgezji i sedacji. Prowadzi to bowiem do sporego zamieszania pojęciowego, etycznego i prawnego, a także budzi nieuzasadniony lęk pacjentów i lekarzy przed usprawiedliwionymi i legalnymi zabiegami medycznymi. Szerzej piszę o tej kwestii w: *Prawo wobec medycyny końca życia*, s. 655–659, 706–711; J. Malczewski, *Eutanazja. Gdy etyka zderza się z prawem*, Warszawa 2012, s. 76–108.

⁵ Zob. syntetyczne omówienie tego zagadnienia w: *Prawo wobec medycyny końca życia*, s. 682–692.

⁶ Zob. np. A. Alvarez, *Bóg Bestia. Studium samobójstwa*, Warszawa 2011, s. 58–97.

usiłowania) nie implikuje, jak chcieliby tego niektórzy⁷, uprawnienia jednostki do skorzystania z cudzej pomocy w celu pozbawienia się życia. Niekaralność samobójstwa oznacza zaledwie brak prawnego zakazu tego czynu⁸ i nie pociąga za sobą prawa do śmierci⁹. Należy również podkreślić, że w świetle przepisów (takich jak np. art. 162 § 1 k.k.¹⁰), które ustanawiają powszechny obowiązek ratowania osób zagrożonych utratą życia, nie można nawet uzasadnić istnienia negatywnego uprawnienia jednostki do obrony przed kimś, kto usiłowałby przeszkodzić jej w samobójstwie¹¹.

Bardziej złożoną kwestią pozostaje relacja pomiędzy prawem do śmierci a dwoma już od dawna istniejącymi i powszechnie akceptowanymi uprawnieniami: „prawem do umierania” i „prawem do umierania w spokoju i z godnością”. Pierwsze z nich, będące szczególnym przypadkiem prawa do odmowy poddania się każdemu leczeniu (również takiemu, które ratuje lub podtrzymuje życie), zapewnia jednostce ochronę przed cudzą ingerencją w sferę jej zdrowia, życia i ciała¹². Wyprowadza się je z generalnego uprawnienia do samostanowienia, prywatności i nieetykalności osobistej¹³, które odzwierciedla w porządku prawnym respekt dla autonomii jednostki¹⁴. Na mocy drugiego ze wspomnianych uprawnień (które wynika z głównej wartości leżącej u podstaw współczesnego

⁷ Por. M. Otlowski, *Voluntary Euthanasia and the Common Law*, Oxford 2000, s. 193–195.

⁸ Por. P. Konieczniak, *W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 5, s. 76–77.

⁹ Por. N. Aumonier, B. Beignier, P. Letellier, *Eutanazja*, tłum. E. Burska, Warszawa 2003, s. 103–105; Y. Kamisar, *Physician Assisted Suicide. The Last Bridge to Active Voluntary Euthanasia* [w:] *Euthanasia Examined. Ethical, Clinical and Legal Perspectives*, red. J. Keown, Cambridge 1998, s. 229.

¹⁰ Art. 162 § 1. Kto człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie udziela pomocy, mogąc jej udzielić bez narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

¹¹ Por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 252; M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, s. 433–435; M. Otlowski, *Voluntary Euthanasia...*, op. cit., s. 194.

¹² Por. M. Plachta, „Prawo do umierania”? Z problematyki regulacji autonomii jednostki w sprawach śmierci i umierania, „Państwo i Prawo” 1997, nr 3, s. 54.

¹³ Szerzej na ten temat zob. M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo...*, op. cit., s. 399–422.

¹⁴ Por. M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 110–113.

prawodawstwa, jaką jest przyrodzona i niezbywalna godność ludzka), pacjent może się domagać skutecznego leczenia bólu, terapii paliatywnych oraz innych świadczeń łagodzących przebieg umierania. W niektórych systemach prawnych (np. w USA i Niemczech) autonomia i godność są ze sobą ściśle związane: zgodnie z koncepcją subiektywną tylko sama zainteresowana osoba może ocenić, czy jej godność została naruszona. Z kolei inne systemy (np. francuski) stosują koncepcję obiektywną, w myśl której godność stanowi wartość niezależną od opinii jej dysponenta¹⁵.

Zwolennicy legalizacji eutanazji i pomocy w samobójstwie od dawna usiłują wykazać, że nie ma istotnej różnicy między prawem do tych zabiegów a prawem do rezygnacji z leczenia podtrzymującego życie¹⁶, oraz że prawo do decydowania o okolicznościach i momencie własnej śmierci wynika z potrzeby chronienia przyrodzonej i niezbywalnej godności ludzkiej¹⁷. Powołują się przy tym na takie powszechnie respektowane zasady prawne, jak równość wobec prawa i zakaz dyskryminacji (skoro dopuszczalne jest prawo do umierania, niedopuszczalność prawa do śmierci oznacza nierówne traktowanie i dyskryminację cierpiących pacjentów) oraz zakaz nieludzkiego traktowania (tortur).

Jeszcze do niedawna argumenty te były konsekwentnie odrzucane przez sądy. Niechęć do ich uznania widoczna jest np. w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA. W dniu 26 czerwca 1997 r. sąd ten wydał – w sprawach *Washington v. Glucksberg* i *Vacco v. Quill*¹⁸ – dwa wyroki negujące istnienie prawa do śmierci. W obu przypadkach skarżący domagali się, aby ustawowy zakaz pomocy w samobójstwie uznać za sprzeczny z Konstytucją USA. Ich argumentacja, choć różniła się w kwestiach szczegółowych, jednomyślnie zmierzała do wykazania, że skoro Konstytucja gwarantuje obywatelom prawo do umierania, to należy uznać istnienie analogicznego prawa do śmierci. W sprawie *Glucksberg* powoływano się w tym celu na

¹⁵ Zob. M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo...*, op. cit., s. 423–430.

¹⁶ Zob. M. Otlowski, *Voluntary Euthanasia...*, op. cit., s. 191–193.

¹⁷ Ibidem, s. 204–205.

¹⁸ *Washington, et al., Petitioners v. Harold Glucksberg, et al.*, 521 U.S. 702 [1997]; *Vacco, Attorney General of New York, et al. v. Quill et al.*, 521 U.S. 793 [1997].

klauzulę *due process of law*, zgodnie z którą państwo nie może ograniczać fundamentalnych praw obywateli, jeśli nie usprawiedliwia tego ochrona innych, równie ważnych interesów. Natomiast skarżący w sprawie *Quill* wywodzili, że zakaz pomocy do samobójstwa narusza klauzulę *equal protection*, która nakazuje państwu traktować tak samo podobne przypadki.

Obszerne i szczegółowe uzasadnienie obydwu wyroków, którego autorem był ówczesny prezes Sądu Najwyższego, William Rehnquist, należy uznać za ostrożne i konserwatywne¹⁹. Otóż sąd stwierdził, że przywoływana przez skarżących klauzula *due process of law* chroni tylko te prawa i wolności, które są „głęboko zakorzenione w historii i tradycji narodu”, zaś tradycja *common law* od stuleci traktowała samobójstwo jako czyn zasługujący na potępienie. Ponadto, zdaniem sądu, w wypadku zakazu pomocy do samobójstwa można przywołać wiele ważnych interesów publicznych, które usprawiedliwiają ograniczenie fundamentalnego prawa jednostki do samostanowienia. Wymienione zostały w tym kontekście: potrzeba generalnej ochrony życia ludzkiego niezależnie od jego jakości, zapobieganie samobójstwom (także popełnianym przez chore i cierpiące osoby, które mogłyby skorzystać z opieki paliatywnej), ochrona społecznego zaufania do zawodu lekarza, ochrona słabszych grup społecznych przed presją otoczenia oraz uniknięcie zjawiska równi pochyłej mogącego jakoby doprowadzić do legalizacji eutanazji, a być może nawet uśmiercania pacjentów wbrew ich woli.

Odnosząc się do klauzuli *equal protection*, sąd zajął z kolei konserwatywne (i w gruncie rzeczy słabo uargumentowane²⁰) stanowisko, w myśl którego występuje istotna różnica między zaniechaniem przez lekarza, na żądanie pacjenta, leczenia podtrzymującego życie a czynnym współdziałaniem lekarza w uśmierceniu pacjenta na jego żądanie. Rzekoma różnica

¹⁹ Zob. na ten temat M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo...*, op. cit., s. 366–370; K. Poklewska-Koziell, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki wobec eutanazji (pomocy do samobójstwa)*, „Palestra” 1997, nr 11–12; S. Pomorski, *Z problematyki eutanazji medycznej (uwagi na tle judykatury amerykańskiej)* [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003.

²⁰ Por. np. J. Malczewski, *Eutanazja*, op. cit., s. 86–100 i cytowana tam literatura przedmiotu.

dotyczy zarówno intencjonalnej, jak i kauzalnej struktury obu czynów: w pierwszym przypadku lekarz nie zamierza zadać śmierci, a przyczyną zgonu jest choroba pacjenta, w drugim natomiast zgon jest zarówno zamierzonym celem, jak i skutkiem działania lekarza. W konsekwencji nie można tu mówić o przywoływanej przez skarżących analogii między obydwojema rodzajami zachowań.

Werdykt, że Konstytucja Stanów Zjednoczonych nie gwarantuje prawa do śmierci, nie okazał się wszelako równoznaczny ze stwierdzeniem niekonstytucyjności pomocy lekarza w samobójstwie jako takiej. Sąd Najwyższy uznał bowiem, że dyskusja o moralności, legalności i celowości tej praktyki pozostaje otwarta, a podmiotem właściwym do jej rozstrzygnięcia jest nie judykatura, lecz demokratycznie wybrane legislatury poszczególnych stanów. Na skutek tego, od czasu wyroków z 1994 r., kilka stanów USA zalegalizowało w drodze ustaw (w dużej mierze opartych na modelu wypracowanym w Holandii) pomoc lekarza w samobójstwie²¹.

Dla porównania, warto przytoczyć syntetyczny bilans orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który kilkakrotnie (i także odmownie) wypowiadał się w kwestii prawa do śmierci²². Stanowisko ETPC przypomina pozycję zajmowaną przez amerykański Sąd Najwyższy. Otóż z jednej strony Trybunał konsekwentnie utrzymuje, że Europejska Konwencja Praw Człowieka nie nakłada na państwa będące jej stronami jakichkolwiek pozytywnych obowiązków w zakresie udzielania pomocy obywatelom zamierzającym odebrać sobie życie z powodu nieznośnego cierpienia. Państwa te z jednej strony nie są zmuszane ani do dekryminalizacji eutanazji i pomocy w samobójstwie, ani też do aktywnego świadczenia pomocy swoim obywatelom w popełnieniu przez nich

²¹ Przegląd ustawodawstwa regulującego kwestię lekarskiej pomocy w samobójstwie w USA: *State-by-State Guide to Physician-Assisted Suicide*, <https://euthanasia.procon.org/> [dostęp: 20 maja 2019].

²² Chodzi przede wszystkim o orzeczenia w sprawach: *Pretty v. Wielka Brytania* (wyrok ETPC z 29.04.2002 r., 2346/02); *Haas v. Szwajcaria* (wyrok ETPC z 20.01.2011 r., 31322/07); *Koch v. Niemcy* (wyrok ETPC z 19.07.2012 r., 497/09); *Jack Nicklinson v. Wielka Brytania* i *Paul Lamb v. Wielka Brytania* (decyzja ETPC z 23.06.2015 r., 2478/15 i 1787/15) oraz *Gross v. Szwajcaria* (wyrok ETPC z 30.09.2014 r., 67810/10). Zob. European Court of Human Rights, *Research Report: Bioethics and the Case-law of the Court*, Strasburg 2016, <http://www.echr.coe.int>. [dostęp: 20 maja 2019].

samobójstwa. Wszelako z drugiej strony brak podmiotowego prawa do śmierci nie implikuje, zdaniem ETPC, obowiązku kryminalizacji eutanazji i wspomaganego samobójstwa – każde państwo może suwerennie decydować o regulacji tego rodzaju czynów²³.

Jeśli chodzi o szczegółowe argumenty, to skarżący – kwestionując zakaz eutanazji lub pomocy do samobójstwa – najczęściej powoływali się na chronione przez art. 8 EKPC prawo do poszanowania życia prywatnego (analogicznie zresztą do spraw amerykańskich). Trybunał stwierdził (orzekając w sprawie *Pretty*²⁴), że art. 8 gwarantuje prawo do odmowy poddania się leczeniu podtrzymującemu życie oraz prawo do samostanowienia, a więc do kierowania swoim życiem według własnego upodobania (włącznie z podejmowaniem aktywności niebezpiecznej i szkodliwej fizycznie lub psychicznie dla samego zainteresowanego). Niemniej, zgodnie z § 2 art. 8, wykonywanie prawa do poszanowania życia prywatnego może zostać ograniczone krajową ustawą w przypadkach koniecznych w demokratycznym społeczeństwie. Blankietowy zakaz pomocy w samobójstwie jest usprawiedliwiony koniecznością ochrony życia jednostek słabych, podatnych na krzywdę i znajdujących się w skrajnych sytuacjach ze względu na szczególną zależność od innych osób (nawet jeśli w sprawie *Pretty* skarżąca była osobą w pełni świadomą i wolną od tego rodzaju zagrożeń).

²³ M. Szeroczyńska, *Komentarz do wyroku ETPC Haas v. Szwajcaria*, <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?orzeczenie=1368d271ae6a831386917603bd1f80b959a5c7dd-b0>.

²⁴ Diane Pretty, obywatelka Wielkiej Brytanii cierpiąca na nieuleczalną chorobę neurodegeneracyjną powodującą stopniowy zanik mięśni, a przy tym osoba całkowicie sprawna intelektualnie i decyzyjnie, miała w krótkim czasie umrzeć z powodu niewydolności układu oddechowego. Pragnąc godnej śmierci, ale na skutek paraliżu nie mogąc zadać jej sobie samodzielnie, domagała się, aby władze zagwarantowały, że nie będą ścigać jej męża za udzielenie jej pomocy do samobójstwa, czynu będącego w świetle prawa brytyjskiego przestępstwem. Ponieważ jej prośba została odrzucona, pani Pretty zarzuciła Wielkiej Brytanii złamanie art. 2, 3, 8, 9 i 14 EKPC. Omówienie stanowisk stron oraz wyroku ETPC: J. Makarczyk, *Sprawa Diane Pretty v. Wielka Brytania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka* [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003; M. Grzymkowska, „Prawo do śmierci” w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Diane Pretty v. Wielka Brytania*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2003, nr 1; M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo...*, op. cit., s. 377–381.

Zdaniem Diane Pretty, ustawowy zakaz pomocy w samobójstwie naruszył także inne przepisy EKPC, jednak Trybunał nie zgodził się z jej argumentami. Skarżąca utrzymywała, że art. 2 EKPC ochrania nie życie jako takie, lecz raczej chroni prawo do życia przed ingerencją osób trzecich, w tym także organów władzy publicznej. Tym samym gwarantuje on możliwość swobodnego dysponowania własnym życiem, również w zakresie decydowania o swojej śmierci. Trybunał stwierdził jednak, że art. 2 EKPC, który chroni prawo do życia, nie może, bez zniekształcenia swego literalnego brzmienia, przyznawać prawa dokładnie przeciwnego temu, które chroni, ani też nie może stwarzać konwencyjnego prawa do samostanowienia, rozumianego jako prawo do wyboru między życiem a śmiercią. Nie został też złamany, zdaniem Trybunału, zawarty w art. 3 EKPC zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, ponieważ nakłada on na państwo jedynie negatywny obowiązek powstrzymania się od takich działań wobec swoich obywateli, ale już nie obowiązek pozytywny polegający na ochronie obywateli przed takim działaniem. W wypadku chorób fizycznych lub umysłowych państwo może odpowiadać tylko za cierpienie, do którego powstania, wzmocnienia i trwania samo się przyczyniło. Diane Pretty twierdziła ponadto, że zakaz uzyskania pomocy w samobójstwie narusza art. 9 EKPC chroniący wolność myśli, sumienia i wyznania, ponieważ uniemożliwia jej dokonanie wyboru życiowego, który jest zgodny z wyznawaną przez nią filozofią życiową. Trybunał uznał jednak, że art. 9 nie znajduje tu zastosowania, gdyż przekonania skarżącej w kwestii życia i śmierci, choć są niekwestionowalne i stanowcze, nie mieszczą się w zakresie przedmiotowym tegoż przepisu. Nie doszło również do wskazanego przez Diane Pretty naruszenia art. 14 EKPC, zakazującego dyskryminacji przy korzystaniu z praw i wolności zawartych w Konwencji, ponieważ, zdaniem Trybunału, nie ma podstaw do rozróżnienia sytuacji osób pełnosprawnych i niepełnosprawnych chcących odebrać sobie życie, a ustanowienie wyjątku dla osób niezdolnych do samodzielnego popełnienia samobójstwa mogłoby prowadzić do nadużyć.

Opisane wyżej stanowiska Sądu Najwyższego USA oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozwalają z całą jaskrawością

dostrzec przełomowy charakter orzeczenia w sprawie *Carter*. Należy przy tym wyraźnie zaznaczyć, że Sąd Najwyższy Kanady odwrócił w ten sposób swoje uprzednie rozstrzygnięcie w analogicznej sprawie *Rodriguez*, zawarte w wyroku z dnia 30 września 1993 r.²⁵ Dotyczyła ona cierpiącej na stwardnienie zanikowe boczne (tzw. chorobę Lou Gehriga) kobiety, którą w perspektywie kilkunastu miesięcy czekał całkowity paraliż, a także utrata funkcji mowy, samodzielnego przelknięcia i oddychania, przy jednoczesnym zachowaniu przez nią pełni władz umysłowych²⁶. Czterdziestodwuletnia Sue Rodriguez pragnęła uzyskać orzeczenie dające jej prawo do uzyskania pomocy lekarza w samobójstwie w momencie, kiedy z powodu postępującej choroby nie będzie w stanie samodzielnie pozbawić się życia. Pomoc do samobójstwa była w Kanadzie niedopuszczalna na mocy art. 241(b) Kodeksu karnego z 1985 r. Skarżąca domagała się uznania tego blankietowego zakazu za sprzeczny z przepisami Kanadyjskiej Karty Praw i Wolności. Twierdziła, że narusza on art. 7, gwarantujący każdej jednostce prawo do życia, wolności i osobistego bezpieczeństwa; art. 12, chroniący jednostkę przed okrutnymi i nadzwyczajnymi karami; a także art. 15 ust. 1, zapewniający obywatelom równe traktowanie (w tym ostatnim przypadku twierdziła, że ze względu na niepełnosprawność fizyczną znajduje się w gorszej sytuacji niż osoby fizyczne zdolne do popełnienia samobójstwa). Nie trudno dostrzec, że argumenty Sue Rodriguez były analogiczne do tych, które podnoszono w omawianych wyżej sprawach amerykańskich oraz w sprawie Diane Pretty.

Werdykt Sądu Najwyższego, który zapadł minimalną większością głosów (5:4), okazał się dla skarżącej niekorzystny. Wśród orzekających sędziów wygrał pogląd, że zakaz wyrażony w art. 241(b) Kodeksu karnego narusza wprawdzie autonomię i osobiste bezpieczeństwo

²⁵ *Sue Rodriguez v. The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia*, [1993] 3 SCR 519.

²⁶ Omówienie tej sprawy: M. Otłowski, *Voluntary Euthanasia...*, op. cit., s. 86–94; K. Poklewski-Koziell, *Sąd Najwyższy Kanady wobec problemu „wspomagane samobójstwa”*, „Prawo i Medycyna” 1999, vol. 1, nr 4; M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo...*, op. cit., s. 374–375.

Sue Rodriguez (ponieważ zmusza ją do znoszenia cierpień fizycznych i psychicznych), ale mimo to jest na gruncie art. 7 Karty Praw usprawiedliwiony. Zakaz ten pozostaje w zgodzie z zasadami fundamentalnej sprawiedliwości, ponieważ realizuje ważny społecznie cel polegający na ochronie słabszych i podatnych na skrzywdzenie osób przed utratą życia. Sędziowie nie zgodzili się natomiast z tezą skarżącej, że jedną z zasad fundamentalnej sprawiedliwości w rozumieniu art. 7 jest poszanowanie ludzkiej godności. Sąd uznał ponadto, że chronionych przez art. 7 wolności i bezpieczeństwa nie da się oddzielić od trzeciej z wymienionych tam wartości, jaką jest świętość życia. Zajmując stanowisko analogiczne do omawianych wyżej poglądów Sądu Najwyższego USA, kanadyjscy sędziowie odróżnili kwestię zaniechania podtrzymywania życia od czynnego zakończenia życia pacjenta oraz wyrazili obawę, że legalizacja pomocy w samobójstwie będzie się wiązać z niedającymi się skutecznie kontrolować nadużyciami. Rozpatrując z kolei zarzut naruszenia art. 12, orzekli, że wprowadzonego przez państwo zakazu określonej czynności nie można uznać za okrutne „traktowanie” obywateli, ponieważ takowe wymaga bardziej aktywnej działalności ze strony państwa. Odnosząc się do art. 15 Karty Praw, Sąd Najwyższy zgodził się wprowadzić z podnoszonym przez Sue Rodriguez zarzutem nierównego traktowania, ale uznał, że naruszenie to jest usprawiedliwione na mocy art. 1 Karty, który pozwala ustawodawcy na ograniczenie praw podmiotowych z powodów koniecznych w wolnym i demokratycznym społeczeństwie. Wystarczająco ważnym i proporcjonalnym powodem okazała się tutaj dla większości sędziów ochrona i poszanowanie ludzkiego życia, najskuteczniej realizowana przez blankietowy zakaz pomocy w samobójstwie.

Mimo niekorzystnego dla siebie orzeczenia, w lutym 1994 r. Sue Rodriguez popełniła samobójstwo przy pomocy anonimowego lekarza, zaś w Kanadzie nadal toczyła się ożywiona debata o prawie do śmierci. W tamtejszym parlamencie rozpatrywano nawet kilka projektów ustaw dekryminalizujących pomoc lekarza w samobójstwie, ale przez kolejnych kilkanaście lat nie doszło w tej materii do zmian prawnych. Impuls do zmian pojawił się w 2009 r. za sprawą Glorii Taylor, która zapadła

na tę samą chorobę, na którą wcześniej cierpiała Sue Rodriguez. Pani Taylor postanowiła zaskarżyć kilka przepisów Kodeksu karnego, w tym przede wszystkim art. 241(b) oraz art. 14, w myśl którego niedopuszczalne jest wyrażenie przez człowieka zgody na bycie zabitym, a zgoda taka nie wpływa na odpowiedzialność karną zabójcy. Do jej skargi przyłączyło się kilka innych osób, w tym Lee Carter i Hollis Johnson, które nieco wcześniej pomogły umrzeć matce pani Carter, Kathleen „Kay” Carter, zabierając ją do Szwajcarii, gdzie popełniła wspomagane samobójstwo w klinice stowarzyszenia DIGNITAS. Skargę poparła także British Columbia Civil Liberties Association, organizacja zajmująca się obroną swobód obywatelskich i żywo zainteresowana kwestią prawa do śmierci.

Skarga Glorii Taylor została pozytywnie rozpatrzona w pierwszej instancji przez Sąd Najwyższy Kolumbii Brytyjskiej, który postanowił nie kierować się orzeczeniem *Rodriguez*, podejmując za to wiele przelomowych decyzji dotyczących prawa do śmierci. Zaprzeczył on m.in. istnieniu rzekomej etycznej różnicy między eutanazją i pomocą w samobójstwie z jednej strony a zaniechaniem leczenia podtrzymującego życie i przyspieszającymi zgon procedurami paliatywnymi z drugiej. Odwołując się do danych empirycznych pochodzących m.in. z Oregonu i Holandii, sąd uznał, że da się stworzyć system prawno-instytucjonalny, który skutecznie chroni pacjentów przed nadużyciami w praktykowaniu eutanazji i wspomaganego samobójstwa. Sąd odrzucił również twierdzenie, że legalizacja tych praktyk hamuje jakoby rozwój medycyny paliatywnej. Stwierdził także, że zaskarżone przez Glorię Taylor przepisy Kodeksu karnego w nieuzasadniony sposób naruszają art. 15 i 7 Karty Praw i Wolności.

Orzekając w drugiej instancji, Sąd Apelacyjny Kolumbii Brytyjskiej przychylił się do apelacji wniesionej przez prokuratora generalnego i uznał większością głosów, że sąd pierwszej instancji był zobowiązany kierować się ustaleniami wyroku *Rodriguez*. Sprawa ostatecznie trafiła przed Sąd Najwyższy, który podzielił stanowisko sądu pierwszej instancji, uznając, że blankietowe zakazy pomocy do samobójstwa (art. 241(b)) i zabójstwa na żądanie (art. 14) naruszają jednak, w nieuzasadniony sposób, art. 7

Karty Praw i Wolności²⁷. Zdaniem Sądu Najwyższego, mimo że w systemie *common law* sądy niższej instancji są zasadniczo związane treścią orzeczeń sądów wyższej instancji, co służy pewności prawa, to w sprawie *Carter* sąd pierwszej instancji miał prawo ponownie rozważyć ustalenia zapadłe wcześniej w sprawie *Rodriguez* z uwagi na pojawienie się nowych okoliczności prawnych i faktycznych.

Sędziowie Sądu Najwyższego – tym razem jednogłośnie – stwierdzili, że utrzymując generalne zakazy zabójstwa na żądanie i współdziałania w cudzej śmierci samobójczej, należy jednakowoż zalegalizować eutanazję i pomoc lekarza w samobójstwie dorosłych, zdolnych do podejmowania świadomych decyzji osób, które: (1) wyraźnie zgadzają się na zakończenie życia oraz (2) przejawiają trwale i subiektywnie dla nich nieznośne cierpienie wywołane ciężką i nieuleczalną przypadłością medyczną (chorobą lub niepełnosprawnością).

Podstawą rozstrzygnięcia stał się wspomniany już art. 7 Karty Praw i Wolności, który gwarantuje jednostce prawo do życia, wolności i osobistego bezpieczeństwa. Zdaniem sędziów, utrzymując blankietowe zakazy zabójstwa na żądanie oraz pomocy do samobójstwa, państwo pozbawia w ten sposób niektóre jednostki prawa do życia, zmuszając je do przedwczesnego zadania sobie śmierci w obawie, że nie będą zdolne tego uczynić wtedy, gdy ich cierpienie stanie się nieznośne. Zakazy te naruszają także prawa jednostki do wolności i osobistego bezpieczeństwa, które są bezpośrednio związane z jej autonomią i godnością. Ograniczenie wolności polega na uniemożliwieniu jednostce podjęcia decyzji dotyczących własnej nietykalności cielesnej i opieki medycznej w sytuacji ciężkiej i nieuleczalnej choroby, natomiast pozostawienie jednostki bez pomocy w obliczu nieznośnego cierpienia ogranicza jej godność i osobiste bezpieczeństwo. Ograniczeń tych nie usprawiedliwiają zasady fundamentalnej sprawiedliwości, a w szczególności potrzeba generalnej ochrony życia ludzkiego bez względu na okoliczności. Zakaz pomocy do samobójstwa ma bowiem na celu ochronę słabszych, szczególnie narażonych osób

²⁷ Wyrok z uzasadnieniem: *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 SCR 331, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do> [dostęp: 20 maja 2019].

przed tym, aby w chwili słabości nie zostały naklonione do odebrania sobie życia. Cel ten nie jest jednak osiągany w wypadku osób chorych i cierpiących, a więc w ich przypadku zakaz ma zbyt szeroki zakres i powinien zostać uchylony.

Orzekłszy nieuzasadnione naruszenie art. 7 Karty Praw i Wolności, Sąd Najwyższy uznał za niepotrzebne zajmowanie się ewentualnym naruszeniem art. 15. Sąd odnotował także, że od czasu jego wyroku w sprawie *Rodriguez* istotnie zmieniły się okoliczności prawne i faktyczne. Eutanazja i pomoc do samobójstwa zostały w wielu krajach skutecznie zalegalizowane, a funkcjonowanie tych regulacji sprawdzono przy pomocy badań empirycznych. Badania te w najmniejszym stopniu nie potwierdziły uprzednich obaw związanych z możliwością wystąpienia błędów i nadużyć: okazało się, że nowe regulacje prawne w należyty sposób chronią dobro pacjentów, pozwalając im jednocześnie decydować o momencie własnej śmierci.

Sąd Najwyższy odroczył wejście w życie wyroku o 12 miesięcy, tym samym dając kanadyjskiemu parlamentowi czas na zmianę obowiązującego prawa. W dniu 17 czerwca 2016 r. uchwalona została ustawa legalizująca eutanazję i pomoc do samobójstwa (*Medical Assistance in Dying Act*), choć określone w niej warunki dopuszczalności obu tych praktyk zostały zdefiniowane bardziej restrykcyjnie, niż zasugerował to Sąd Najwyższy. Zawężono je mianowicie do tych przypadków, w których naturalna śmierć pacjenta „daje się w rozsądny sposób przewidzieć”²⁸.

Wyrok w sprawie *Carter* należy uznać za symboliczny przełom w postrzeganiu kwestii prawa do śmierci. Całkowicie zmienia on dotychczasowe, tradycjonalistyczne podejście sądów, które nie chciały usprawiedliwić dopuszczalności eutanazji i pomocy lekarza w samobójstwie na gruncie ochrony prawa do życia i prawa do samostanowienia, a swoje wyroki opierały na nieuzasadnionych rozróżnieniach etycznych oraz empirycznie niepotwierdzonych spekulacjach na temat potencjalnych nadużyć. Zauważalne przesunięcie doktrynalnych granic toczącego się

²⁸ Zob. Health Law Institute, Dalhousie University, *End-of-Life Law and Policy in Canada*, <http://col.law.dal.ca/> [dostęp: 20 maja 2019].

od wielu dziesięcioleci sporu o legalizację eutanazji, którego dokonali kanadyjscy sędziowie, z pewnością wpłynie na przyszłe rozstrzygnięcia prawne w innych krajach. Jednak na globalny zwrot w myśleniu o prawie do śmierci i jego praktyczne konsekwencje w postaci radykalnych zmian legislacyjnych trzeba będzie jeszcze długo czekać.

A b s t r a c t

The landmark Supreme Court of Canada 2015 ruling in *Carter v Canada* (AG) is a breakthrough in judicature regarding the right to die. Although several countries have previously decided to legalize euthanasia or physician-assisted suicide, none of the national or international courts was willing to recognize the existence of this right. These courts did not categorically exclude the legal admissibility of both practices. It should therefore be presumed that their resistance to recognition of the right to die resulted not from principled moral or juristic reasons, but rather from overly cautious or traditionalist interpretation of the applicable laws. The ruling in *Carter* case broke this deadlock and confirmed the stance of supporters of the right to die. The article presents the findings of this judgment in contrast to the earlier judicature of the US Supreme Court, the Supreme Court of Canada, and the European Court of Human Rights concerning the issue of the legal admissibility of euthanasia and physician-assisted suicide.

MIROSLAW NESTEROWICZ

NATALIA KARZEWSKA-KAMIŃSKA

**WYROK SĄDU APELACYJNEGO W POZNANIU
Z DNIA 19 SIERPNI 2015 R., I ACa 286/15¹**

1. W procesach związanych z szeroko rozumianymi szkodami medycznymi nie sposób będzie zwykle wymagać od poszkodowanego wykazania z niezbłą pewnością, że źródłem szkody jest niewłaściwe postępowanie personelu konkretnej jednostki organizacyjnej służby zdrowia. Wystarczające jest wykazanie tej okoliczności z wysokim prawdopodobieństwem.
2. Brak należytej dbałości o dostateczną sterylizację urządzeń i narzędzi medycznych może stanowić źródło zakażenia wirusem WZW typu C i dawać podstawę do przyjęcia winy personelu medycznego w postaci niedbalstwa (art. 415 k.c.) w drodze domniemania faktycznego, w braku dowodu przeciwnego ze strony szpitala (art. 231 k.p.c.)².

GŁOSA

1. Sprawa dotyczy ważnych w praktyce problemów dowodu związku przyczynowego oraz winy w „procesach lekarskich” przy zakażeniach szpitalnych.

¹ LEX nr 1808711.

² Druga teza odautorska, wynikająca z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego.

Powódka w okresie od dnia 7 września do dnia 17 września 2009 r. przebywała w pozwanym szpitalu, gdzie przeszła operację kręgosłupa. W 2011 r., w związku z jej przystąpieniem do badania eksperymentalnego nowych tabletek przeciwbólowych szwajcarskiego producenta, stwierdzono, że choruje na wirusowe zapalenie wątroby typu C. W procesie odszkodowawczym należało ustalić, kiedy i gdzie została zakażona. Nie było to proste. Ponieważ nie doszło do ostrego zapalenia wątroby, powódka nie odczuwała żadnych dolegliwości i jej choroba nie dawała żadnych oznak istnienia. Zapalenie wątroby miało charakter przewlekły, kiedy to okres wylegania może być nawet dłuższy niż 20 lat. Około 80% zakażeń WZW typu C przechodzi w stan przewlekły i przebiega bezobjawowo lub z objawami mało charakterystycznymi. Rozpoznanie zakażenia tym wirusem możliwe jest po upływie 6 miesięcy od zakażenia. Okoliczności te powodują, że wykrycie wirusa następuje przypadkowo, a tym samym trudny jest do ustalenia moment zakażenia. Etiologia przewlekłego zapalenia wątroby nie została dotąd szczegółowo poznana. Powódka mogła więc zakazić się w związku z leczeniem cukrzycy, zabiegiem usunięcia migdałków, w czasie przebytej w dzieciństwie żółtaczk, podczas pobierania krwi bądź podczas zabiegu operacyjnego w pozwanym szpitalu. Poza tym powódka przewlekłe choruje na seronegatywne zapalenie stawów, które ma charakter postępujący i leczenie tego schorzenia również mogło doprowadzić do zakażenia WZW C.

Sam fakt zakażenia powódki był niewątpliwy, lecz nie było pewności, gdzie i w jakich okolicznościach nastąpiło. Dlatego pozwany szpital wnosił o oddalenie powództwa. Jednak Sąd powództwo uwzględnił. Przyjął, że zgodnie z ustalonymi od lat w orzecznictwie regułami dowodu związku przyczynowego w „procesach lekarskich” wystarczy wysokie prawdopodobieństwo. Uznał, że najbardziej prawdopodobnym było zakażenie powódki w szpitalu w trakcie leczenia kręgosłupa, gdyż przeprowadzono wówczas u niej najbardziej rozległy zabieg operacyjny z głębokim naruszeniem ciągłości tkanek i to w znieczuleniu ogólnym, co ułatwiło zakażenie. W trakcie pobytu w szpitalu wielokrotnie wykonywano u powódki procedury związane z naruszeniem ciągłości tkanek (pobieranie krwi, iniekcje), a po około 6 miesiącach (a więc w niewielkiej

odległości czasowej od przeprowadzonej operacji kręgosłupa) nastąpiły u niej nasilone bóle stawów, co należało wiązać z rozwijającym się przewlekłym zakażeniem.

Sąd Okręgowy na podstawie opinii biegłych przyjął, że prawdopodobieństwo zakażenia w szpitalu wynosi 70–80%. Sąd zasądził na rzecz powódki jako zadośćuczynienie za doznaną krzywdę kwotę 100 tysięcy zł.

Szpital kwestionował w apelacji związek przyczynowy między postępowaniem jego personelu a szkodą, swobodną ocenę dowodów dokonaną przez sąd (art. 233 § 1 k.p.c.) oraz wysokość przyznanego zadośćuczynienia. Apelację szpitala Sąd Apelacyjny oddalił, uzasadniając, że pozwany nie przeprowadził przekonującego wyводу, obalającego ocenę dowodów dokonaną przez Sąd pierwszej instancji, np. przez wskazanie w niej luk, nielogiczności czy sprzeczności z doświadczeniem życiowym. Skarżący nie wykazał uchybienia przez sąd podstawowym regułom dowodów, tj. zasadom logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów. Sąd Apelacyjny orzekł, że Sąd Okręgowy w sposób wyczerpujący i przekonujący wyjaśnił okoliczności zakażenia powódki, a ocena, oparta na materiale dowodowym, nie narusza prawa do swobodnej oceny dowodów. Powiedział, że „w procesach związanych z szeroko rozumianymi szkodami medycznymi nie sposób będzie zwykle wymagać od poszkodowanego wykazania z niezbitą pewnością, że źródłem szkody jest niewłaściwe postępowanie personelu konkretnej jednostki organizacyjnej służby zdrowia”.

Wyrok Sądu Apelacyjnego jest trafny i stanowi kontynuację ustalonego od wielu lat bogatego orzecznictwa. Już w wyroku z 5 VII 1967 r. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że: „W procesie nie da się przeprowadzić dowodu «bez reszty». Jest to częstokroć utrudnione aktualnym stanem wiedzy medycznej, która nie zawsze jest w stanie dać stanowczą odpowiedź na każde pytanie. W takiej sytuacji sąd może, po rozważeniu całokształtu okoliczności sprawy, uznać dowód za przeprowadzony, mając na uwadze wysoki stopień prawdopodobieństwa (...)”³. W tej

³ I PR 74/67, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1968, nr 2, poz. 26, uzasadn. – s. 53.

sprawie Sąd uznał, że zachodzi „przeważające” prawdopodobieństwo związku przyczynowego. W kolejnym orzeczeniu, z 17 VI 1969 r.⁴, Sąd Najwyższy stwierdził, że do istnienia związku przyczynowego wystarcza, iż został on ustalony „z dostateczną dozą prawdopodobieństwa”. Natomiast Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 4 III 2009 r.⁵ powiedział, że jeżeli poszkodowany, dochodząc renty, uprawdopodobnił w znacznym stopniu, iż istnieje związek przyczynowy pomiędzy błędem sztuki lekarskiej a szkodą, to okoliczności podważające istnienie związku przyczynowego w tym zakresie powinien udowodnić szpital.

Wysokiego prawdopodobieństwa, a nie pewności związku przyczynowego wymagają również sądy w razie zakażeń szpitalnych. W orzeczeniu z 21 III 1997 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że: „W sprawach, w których w grę wchodzi odpowiedzialność placówki leczniczej służby zdrowia, nie jest na ogół możliwe stwierdzenie z całkowitą pewnością, że przyczynę zakażenia stanowiło konkretne zdarzenie. Dopuszczalne jest zatem ustalenie tego faktu na podstawie dowodów pośrednich, o ile zachodzi wysokie prawdopodobieństwo jego zajścia”⁶.

W wyroku z 27 II 1998 r. SN stwierdził:

Zgodnie z utrwalonym wieloletnim orzecznictwem Sądu Najwyższego, a także z poglądami doktryny – w „procesach lekarskich” sąd może, po rozważeniu całokształtu okoliczności sprawy, uznać za wystarczający wysoki stopień prawdopodobieństwa, nie wymagając od poszkodowanego ścisłego i pewnego udowodnienia, jaką drogą jego organizm został zainfekowany, taki bowiem dowód – ze względu na właściwości wchodzących w grę procesów biologicznych – często nie jest możliwy do przeprowadzenia. Przyjęcie takiej możliwości wyznacza „linię obrony” strony przeciwnej, zagrożonej koniecznością ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej. Obrona ta polega mianowicie na osłabieniu wspomnia-

⁴ II CR 165/69, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1969, nr 7–8, poz. 155.

⁵ I ACa 12/09, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 2, z głosem M. Nesterowicza.

⁶ I ACa 107/97, „Wokanda” 1998, nr 7.

nego prawdopodobieństwa – przede wszystkim przez dowodzenie, że zaistniały inne prawdopodobne przyczyny infekcji, względnie, że konkretnie w warunkach, w jakich – według twierdzeń poszkodowanego – doszło do zarażenia, wykluczały taką możliwość⁷.

Z kolei w wyroku z 13 VI 2000 r.⁸ SN orzekł, że wykazanie znacznego prawdopodobieństwa między określonymi działaniami szpitala a zakażeniem pozwala przyjąć, iż powód spełnił obowiązek przeprowadzenia dowodu (art. 6 k.c.), nie można bowiem stawiać przed powodem nierealnego wymagania ścisłego wykazania momentu i drogi przedostania się infekcji do organizmu. W wyroku z 21 III 2000 r.⁹ Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, że nie jest możliwe pozyskanie wiedzy o pewności związku przyczynowego między pogorszeniem stanu zdrowia pacjenta a działaniem (zaniechaniem) szpitala. Niedoskonałość poziomu nauki i wiedzy medycznej w tych sprawach nakazuje odwoływać się do prawdopodobieństwa takiego związku. Natomiast SN w wyroku z 22 II 2012 r. powiedział, że:

W sprawach o naprawienie szkód medycznych wykazanie przez poszkodowanego pacjenta przesłanek odpowiedzialności zakładu opieki zdrowotnej jest zadaniem trudnym, a niekiedy wręcz niewykonalnym. W szczególności nie można wymagać od poszkodowanego wykazania, że przyczynę zakażenia stanowiło konkretne zaniechanie, ani w sposób absolutnie pewny związku przyczynowego między zdarzeniem sprawczym a szkodą. Wystarczy wykazanie dostatecznej dozy prawdopodobieństwa jej wystąpienia¹⁰.

⁷ II CKN 625/97.

⁸ V CKN 34/00, LEX nr 52689.

⁹ I ACa 192/00, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2002, nr 1, poz. 3.

¹⁰ IV CSK 245/11, LEX nr 1164750. Tak też orzekł SN w wyroku z 5 IV 2012 r., II CSK 402/11, LEX nr 1168538, w wyroku z 26 III 2015 r., V CSK 357/14, Legalis nr 1242269. Takie również było stanowisko SA w Białymstoku wyrażone w wyroku z 29 IX 2014 r. I ACa 233/14, LEX nr 1526918.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 30 IV 2015 r., odwołując się również do ustalenia prawdopodobieństwa związku przyczynowego, stwierdził:

Żądanie absolutnej pewności związku przyczynowego nie byłoby ani realne, ani uzasadnione. Dowód zatem, że jakieś inne przyczyny (oprócz niedbalstwa lekarza) mogły, lecz nie musiały spowodować u pacjenta szkody, nie zwolni lekarza od odpowiedzialności. Ani wielość przyczyn, ani zwiększone ryzyko zabiegu ze względu na stan zdrowia chorego nie może wykluczyć odpowiedzialności lekarza, jeśli przynajmniej jedną z przyczyn jest niedbalstwo¹¹.

Jeżeli natomiast, obok zawinionego postępowania szpitala, zakażenie miało współprzyczynę zewnętrzną, co może wpływać na zakres odpowiedzialności szpitala, to szpital powinien udowodnić związek przyczynowy między tą współprzyczyną a zakażeniem pacjenta¹².

2. Drugą przesłanką odpowiedzialności, oprócz związku przyczynowego, którą poszkodowany powinien udowodnić (art. 6 k.c.), jest wina lekarzy (personelu medycznego) lub wina zakładu leczniczego (wina organizacyjna, wina anonimowa)¹³. Jest to również niełatwe, dlatego sądy przyjmują domniemania faktyczne, np. niedołożenie należytej staranności przez lekarzy przy badaniach wstępnych, zły stan leczniczy i sanitarny pomieszczeń szpitalnych. Wystarczy każdy stopień winy lekarza (zakładu), choćby najmniejszy (*culpa levissima*), choć z reguły jest to wina wyższego stopnia (*culpa levis*, *culpa lata*). Lekarz powinien postępować zgodnie ze standardami medycznymi, chyba że w danych okolicznościach mógł zro-

¹¹ I ACa 917/14, LEX nr 1782029.

¹² Orzecz. SN z 23 II 2017 r., I CSK 121/16 (niepubl.).

¹³ Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XII, Toruń 2019, s. 99 i n.; idem, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa–Poznań 1972, s. 76 i n.; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanki odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. III, Warszawa 1989, s. 54 i n.; K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, wyd. II, Toruń 2013.

bić więcej¹⁴. Poza tym wymaga się zwykle od lekarzy staranności wyższej niż przeciętna, z uwagi na przedmiot ich zabiegów (ingerencja w organizm pacjenta) i skutki, często nieodwracalne¹⁵.

W tej sprawie Sąd uznał, na podstawie opinii biegłej, że zakażenie powódki wirusem WZW C musiało nastąpić w braku dbałości o dostateczną sterylizację urządzeń i narzędzi medycznych¹⁶. W drodze domniemania faktycznego (art. 231 k.p.c.) ocenił to jako winę personelu medycznego (art. 415 k.c.) w braku dowodu przeciwnego ze strony szpitala. W literaturze medycznej wskazuje się, że zabiegi wykonane przy użyciu niesterylnych narzędzi są główną przyczyną szerzenia się zakażeń drogą naruszenia ciągłości tkanek. Zwraca się uwagę, że proces sterylizacji powinien być regularnie monitorowany wskaźnikami fizycznymi, chemicznymi i biologicznymi¹⁷. Szpital musi też zapobiegać zakażeniom szpitalnym (np. poprzez kontrolę mikrobiologiczną oddziałów szpitalnych). Dlatego Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 30 X 2015 r.¹⁸ orzekł, że jeżeli kontrola przeprowadzona w szpitalu wskazuje na nieprawidłowości w zakresie zapobiegania zakażeniom szpitalnym, to można uznać za wykazane, że do zakażenia pacjentki doszło z dużą dozą prawdopodobieństwa na skutek zaniedbań w tym szpitalu. Zapobieganiem zakażeniom jest również stosowanie właściwej okołooperacyjnej profilaktyki antybiotykowej zgodnie z aktualnymi i dostępnymi wskazaniem wiedzy medycznej. Jest to dołożenie należytej ostrożności i staranności, która pozwoliłaby zakażenia uniknąć¹⁹.

¹⁴ Por. M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 93 i n.

¹⁵ Wyrok SA w Krakowie z 9 III 2001 r., I ACa 124/01, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 10, z głosem M. Nesterowicza.

¹⁶ Zob. także wyrok SA w Warszawie z 10 VII 2015 r. (I ACa 1925/14, Legalis nr 1326379) i wyrok SA w Katowicach z 24 XI 2015 r. (I ACa 621/15, Legalis nr 1393021), gdzie Sąd przyjął odpowiedzialność szpitala za zakażenie pacjentek wirusem HCV na skutek nieprzestrzegania reżimu sanitarnego dotyczącego narzędzi chirurgicznych.

¹⁷ Zob. J. Juszczyk, W. Hryniewicz, W. Magdzik, A. Samet, *Zakażenia szpitalne*, Warszawa 1996, s. 31 i n.

¹⁸ I ACa 189/15, Legalis nr 1399167.

¹⁹ Wyrok SA w Krakowie z 25 XI 2015 r., I ACa 1096/15, Legalis nr 1398908; wyrok SA w Katowicach z 14 X 2015 r., I ACa 474/15, Legalis nr 1370689; wyrok SA w Warszawie z 30 X 2015 r., I ACa 189/15, Legalis nr 1399167.

Sąd może korzystać z wszelkich dowodów, zarówno bezpośrednich i absolutnie pewnych, jak i z dowodów pośrednich o dużym stopniu prawdopodobieństwa. Może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (art. 231 k.p.c.), może więc przyjąć winę lekarza na podstawie domniemania faktycznego z braku dowodu przeciwnego. W wyroku z 22 I 1998 r.²⁰ Sąd Najwyższy orzekł, że rozstrzygnięcia mogą być oparte na domniemaniu faktycznym, gdy domniemanie to stanowi wniosek logicznie wynikający z prawidłowo ustalonych faktów stanowiących jego przesłanki. Natomiast w wyroku z 3 XII 2003 r. SN powiedział, że „dokonywanie ustaleń w drodze domniemania faktycznego jest w istocie oparte na swobodnym wnioskowaniu, które tak jak przy ocenie dowodów, powinno odpowiadać zasadom logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego”²¹.

Na ważność domniemań faktycznych w „procesach lekarskich” zwraca się szczególną uwagę w doktrynie prawniczej. Sąd może uznać, że pozostawienie ciał obcych w organizmie pacjenta czy szkoda, którą ten ponosi na skutek niezapewnienia mu bezpieczeństwa leczenia (np. zainfekowanie go chorobą zakaźną), jest domniemaniem niedbalstwa lekarza. Dowód ekskulpacji spoczywa wówczas na lekarzu lub na zakładzie leczniczym²². W wyroku z 17 V 2007 r.²³ Sąd Najwyższy uznał, że w sprawach dotyczących tzw. zakażeń szpitalnych możliwe i uzasadnione jest przyjęcie niedbalstwa placówki służby zdrowia w drodze domniemania faktycznego (art. 231 k.p.c.), przy braku dowodu przeciwnego. Sąd Apelacyjny

²⁰ II UKN 465/97, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy” 1999, nr 1, poz. 24.

²¹ I CK 297/03, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 3, s. 147.

²² Zob. B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich (domniemania faktyczne i reguły wnioskowania prima facie)*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 2; E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnooporównawcze*, Toruń 2013, s. 84 i n.; K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy w „procesach lekarskich”*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 3–4; M. Sośniak, *Zagadnienie związku przyczynowego a dowód prima facie w procesach lekarskich* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa 1967; I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015, s. 175 i n.; M. Śliwka, *Ciężar dowodu w procesach medycznych – między domniemaniem faktycznym a dowodem prima facie* (II), „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminalistyki” 2004, nr 1.

²³ III CSK 429/06, LEX nr 274129, „Prawo i Medycyna” 2010, nr 2, z głosem I. Adrych.

w Białymstoku w wyroku z 29 IX 2014 r.²⁴ orzekł, że wykazanie przez pacjenta, iż do zakażenia doszło podczas pobytu w szpitalu, pozwala na przyjęcie domniemania faktycznego, że było to spowodowane zaniedbaniem ze strony personelu medycznego. Wówczas na szpital przesuwa się ciężar ekskulpacji. Według Sądu Apelacyjnego w Łodzi w wyroku z 30 V 2014 r.²⁵ wystarczy wykazanie, choćby na podstawie domniemania faktycznego, że miało miejsce zawinione naruszenie zasad i standardów postępowania z pacjentem przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, aby uznać, że zakład opieki zdrowotnej ponosi odpowiedzialność za szkody doznane przez pacjenta.

Trzeba przy tym zwrócić uwagę, że domniemania faktyczne z art. 231 k.p.c., dotyczące w istocie naruszenia przez szpital obowiązku zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa, nie zmieniają zasady odpowiedzialności cywilnej szpitala, a jedynie powodują inny rozkład ciężaru dowodu (przeciwdowodu) na strony²⁶. Odpowiedzialność szpitala oparta na zasadzie winy nie staje się przez to odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka, co podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z 14 I 2016 r.²⁷

Czasami sądy odwołują się do anglosaskiego dowodu *prima facie*²⁸, choć polskie prawo o nim nie mówi. Zdaniem Sądu Najwyższego, wypowiedzianym w wyroku z 13 IX 1963 r. (I CR 3/63):

Jeżeli pacjent, względem którego zastosowano leczenie naświetlaniem promieniami, jakie w razie niedostatecznej uwagi personelu lecznicy mogą pacjenta dotkliwie poparzyć, udowodni, że uległ

²⁴ I ACa 233/14, LEX nr 1526918.

²⁵ I ACa 795/11, LEX nr 1488645.

²⁶ Jest to, jak twierdzi się w orzecznictwie i doktrynie wielu państw (Włoszech, Hiszpanii, RFN), „podzielony” lub odwrócony (*reversal of burden of proof*) ciężar dowodu, zwłaszcza w „procesach lekarskich” – zob. I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, op. cit., s. 159 i n.; E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, op. cit., s. 78 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, op. cit., s. 116 i n.; s. 196.

²⁷ I CSK 1031/14, Legalis nr 1433120.

²⁸ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, op. cit., s. 115 i n.; idem, *Ciężar dowodu w procesach lekarskich*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 4; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, op. cit., s. 240 i n.; E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, op. cit., s. 88 i n.; I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, op. cit., s. 175 i n.

poparzeniu, to tym samym wywiąże się w pełni ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu. W drodze bowiem dowodu *prima facie* udowodnił wszystkie przesłanki odpowiedzialności sprawcy: uszkodzenie ciała, ból fizyczny i krzywdę moralną, winę sprawcy i związek przyczynowy. Innymi słowy pacjent, udowodniwszy w procesie o zadośćuczynienie, że był poddany naświetlaniu i jest poparzony, nie potrzebuje udowodnić niczego więcej.

Na uwagę zasługuje wyrok z 15 IV 2005 r., w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że:

Środkiem służącym do dokonywania ustaleń faktycznych, zbliżonym do domniemania faktycznego, jest dowód *prima facie*. Dowód ten, wykształcony przez praktykę sądową, ma zastosowanie szczególnie w sprawach, w których udowodnienie okoliczności faktycznych jest niezwykle trudne (szkody komunikacyjne, lekarskie), a szczególnie przy zaniechaniu. Dowód *prima facie* dotyczy okoliczności wskazujących na istnienie związku przyczynowo-skutkowego między określonymi zdarzeniami. Podstawę ustalenia takiego związku stanowi przekonanie sądu, oparte na doświadczeniu życiowym oraz wiedzy, że w typowym przebiegu zdarzeń, które po sobie nastąpiły, związek taki zwykle istnieje²⁹.

Z kolei Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 23 VI 2015 r. orzekł, że:

Dowód *prima facie* jest oparty na konstrukcji domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.), zwalnia stronę ponoszącą ciężar dowodu od żmudnego wykazania wszystkich etapów związku przyczynowego między pierwotnym zdarzeniem sprawczym a szkodą, niemniej jednak wymaga wysokiego prawdopodobieństwa istnienia pierw-

²⁹ I CK 653/04, LEX nr 369229.

szego i kolejnych zdarzeń sprawczych, pozwalających traktować je jako oczywiste³⁰.

3. Procesy odszkodowawcze za zakażenia szpitalne spowodowane przez różne drobnoustroje są trudne dowodowo, zwłaszcza gdy okres wylegania jest długi. Ujawnienie się zakażenia może bowiem nastąpić zarówno w okresie hospitalizacji, jak i po wypisaniu chorego do domu bądź po przeniesieniu do innego zakładu leczniczego lub opiekuńczego – w okresie wylegania choroby³¹. Jednakże, jak wynika z różnych badań i procesów sądowych, nie tylko w Polsce, to zakłady lecznicze, ze względu na stosowanie inwazyjnych technik operacyjnych i diagnostycznych, są głównym źródłem zakażenia (także z powodu braku higieny, nie-należytego nadzoru epidemiologicznego, oraz niestosowania właściwej okołooperacyjnej profilaktyki antybiotykowej). Powstaje więc pytanie, czy ryzyko zakażeń ma ponosić tylko pacjent. Gdyby sądy nie przyjmowały domniemań faktycznych czy dowodu *prima facie*, dowodów pośrednich i wysokiego prawdopodobieństwa zakażenia w szpitalu i żądały ustalenia odpowiedzialności szpitali z „niezbitą pewnością” czy „całkowitą pewnością”, to pacjent na ogół nie miałby szans wygrania jakiegokolwiek procesu. W wielu wyrokach sądy podkreślają z jednej strony, że „nie można stawiać przed poszkodowanym powodem nierealnego wymagania ścisłego wykazania momentu i drogi przedostania się infekcji do organizmu”. Tę linię orzecznictwa, istniejącą już ponad pół wieku, należy uznać za osiągnięcie polskiej judykatury. Z drugiej należy zwrócić uwagę na to, że szpitale mają możliwość (i obowiązek) ubezpieczenia swojej odpowiedzialności cywilnej (OC), łagodząc przez to ciężar swojej odpowiedzialności, gdyż pewna liczba szkód (zakażeń) jest nieunikniona i nie da się ich całkowicie wyeliminować.

³⁰ VI ACa 1167/14, LEX nr 1808791.

³¹ Zob. J. Juszczyk, W. Hryniewicz, W. Magdzik, A. Samet, *Zakażenia szpitalne*, op. cit., s. 2 i n.

Ta linia orzecznictwa wpisuje się w tendencję prawa do ochrony poszkodowanego w reżimie odpowiedzialności deliktowej³². Czy jednak nie należałoby pójść krok dalej i przyjąć odpowiedzialność zakładów leczniczych za zakażenia pacjentów na zasadzie ryzyka? Uczynił tak ustawodawca francuski w ślad za stanowiskiem Sądu Kasacyjnego, który począwszy od końca XX w. zaczął traktować obowiązek szpitali zapewnienia pacjentom bezpieczeństwa w procesie leczenia jako zobowiązanie rezultatu (*obligation de sécurité de résultat*). Od odpowiedzialności za szkodę na skutek zakażenia szpital może się zwolnić tylko przez dowód „przyczyny zewnętrznej” (*une cause étrangère*) (np. brak związku przyczynowego między stanem zdrowia pacjenta a interwencją lekarską; że infekcja nie jest związana z hospitalizacją pacjenta, lecz wynika z jego stanu wcześniejszego, skutków choroby albo została nabyta poza szpitalem)³³. To stanowisko ustawodawca francuski przyjął w Ustawie z 4 marca 2002 r. o prawach pacjenta i jakości systemu opieki zdrowotnej, nowelizującej Kodeks zdrowia publicznego. Za zakażenia szpitalne (*infections nosocomiales*) odpowiedzialność oparta została na zasadzie ryzyka (*la responsabilité sans faute*), z wyjątkiem dowodu wskazanej wyżej „przyczyny zewnętrznej” (art. L. 1142-1, I, ust. 2 k.z.p.)³⁴.

Sądzimy, że można by rozważyć, czy odpowiedzialność za szkody wyrządzone pacjentom na skutek zakażeń unormować na zasadzie ryzyka

³² Podkreślano to na IV Ogólnopolskim Zjeździe Cywilistów w Toruniu (24–25 VI 2011 r.) – zob. zvl. referaty: M. Nesterowicz, *Tendencje rozwojowe odpowiedzialności deliktowej w końcu XX i początkach XXI wieku a ochrona poszkodowanego w prawie cywilnym* [w:] *Czyny niedozwolone w prawie polskim i porównawczym*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2012, s. 34; E. Bagińska, *Tendencje rozwojowe odpowiedzialności deliktowej w Europie w końcu XX i początkach XXI wieku* [w:] *Czyny niedozwolone...*, op. cit., s. 53 i n.

³³ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, op. cit., s. 471 i n.; idem, *Odpowiedzialność cywilna zakładu leczniczego za bezpieczeństwo podczas hospitalizacji*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 3.

³⁴ Y. Lambert-Faivre, *La loi n.2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, III – *L’indemnisation des accidents médicaux*, „Recueil Dalloz” 2003, nr 17, s. 1368 i n.; D. Duval-Arnauld, *Les infections nosocomiales. Point de jurisprudence*, „Recueil Dalloz” 2007, Chronique, s. 1675; M. Nesterowicz, *Ewolucja odpowiedzialności lekarza w prawie francuskim* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, Warszawa 2012, s. 229; K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna...*, op. cit., s. 316 i n.

lub przynajmniej wprowadzając domniemanie winy (co byłoby zgodne z obecnym orzecznictwem przyjmującym domniemania faktyczne) w Ustawie z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej³⁵. Można zapytać, czy ta ustawa byłaby właściwym miejscem dla tej regulacji. Myślimy, że tak, skoro zawiera już cywilistyczne normy, jak np. odpowiedzialność solidarną udzielającego zamówienie i przyjmującego zamówienie na świadczenia lecznicze (art. 27 ust. 7) czy odpowiedzialność solidarną lekarza wykonującego indywidualną praktykę lekarską w zakładzie leczniczym i podmiotu leczniczego (art. 33).

³⁵ Dz.U. 2018 poz. 2190.

**GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 9 LIPCA 2015 R.,
SYGN. I CSK 524/14¹**

1. Postanowienie wydane w postępowaniu przed sądem opiekuńczym, przewidzianym w art. 46 Ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego i wszczynanym z urzędu w wyniku zawiadomienia dokonanego przez szpital psychiatryczny w wykonaniu obowiązku ustanowionego w art. 23 ust. 4 tej ustawy wiąże sąd orzekający w sprawie o ochronę dóbr osobistych osoby przyjętej do szpitala w tym trybie.
2. Odmienne przesłanki przyjęcia do szpitala psychiatrycznego i zakres dopuszczalnej, przymusowo realizowanej terapii wobec pacjenta, który nie wyraził na to zgody, powodują, że zastosowanie trybu przewidzianego w art. 23 ust. 1 Ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego w stosunku do pacjenta, który nie cierpi na chorobę psychiczną i stwierdzenie następnie w postępowaniu kontrolującym zasadność przyjęcia go i poddawania leczeniu bez zgody, że nie było ku temu podstaw, przesądza o bezprawności działania. Stwierdzenie w postępowaniu o ochronę dóbr osobistych i zadośćuczynienie za ich naruszenie, że zachodziły przesłanki do przymusowej obserwacji nie prowadzi do legalizacji podjętej decyzji, lecz może wpłynąć na przyznanie i rozmiar zadośćuczynienia.

¹ LEX nr 1802573.

Powód domagał się zasądzenia od pozwanego szpitala psychiatrycznego kwoty 50 tysięcy zł zadośćuczynienia za przyjęcie go bez zgody to tego szpitala oraz poddanie leczeniu, a także opublikowania przeprosin za naruszenie jego dóbr osobistych w jednym z tygodników. Głosowane orzeczenie zapadło w następującym stanie faktycznym:

W dniu 22 września 2010 r. powód – jak codziennie – przyszedł pod Pałac Prezydencki, żeby na tablicy służącej wieszaniu nekrologów zawiesić zdjęcie pary prezydenckiej i róży. Jego zachowanie zostało ocenione przez Straż Miejską i Policję jako agresywne i niepokojące (jednocześnie nie zgodził się na podanie danych personalnych); został zatrzymany i przewieziony karetką pogotowia do pozwanego szpitala psychiatrycznego. Przy przyjęciu w izbie przyjęć psychiatra rozpoznał u niego ograniczone zaburzenia urojeniowe, a w dokumentacji medycznej wskazał następującą charakterystykę stanu psychicznego: „bez zaburzeń świadomości, bez zaburzeń orientacji, napięty, pobudzony psychoruchowo, rozdrażniony, agresywny słownie, odgraża się agresją czynną, urojenia prześladowcze, ksobne, zaprzecza omamom słuchowym, zachowanie nie wskazuje na obecność omamów, bez MS [myśli suicydalnych – przyp. J.C.] i TS [tendencji suicydalnych – przyp. J.C.]”. Według lekarza uzasadniało to podejrzenie choroby psychicznej, w konsekwencji pacjent został przyjęty do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 23 ust. 1 Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego². W badaniach diagnostycznych na oddziale stwierdzono organiczne zaburzenia osobowości i nadciśnienie tętnicze. W pierwszych dwóch dniach pacjent zachowywał się agresywnie, był napięty i rozdrażniony, ale podczas pozostałego czasu hospitalizacji był już spokojny. Odmawiał przyjmowania leków, wobec czego były mu one podawane przymusowo w formie iniekcji.

Sąd Rejonowy, oceniając zasadność przymusowego przyjęcia do szpitala, uznał, że nie zachodziły przesłanki z art. 23 ust. 1 ustawy, jednakże wystąpiły podstawy do zastosowania jej art. 24. Wskutek apelacji pacjenta Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 22 września 2010 r.

² Tekst jedn. Dz.U. 2011 Nr 231 poz. 1375 ze zm., dalej jako u.o.z.p. lub ustawa.

uchylił zaskarżone postanowienie w części uznającej istnienie przesłanek do przyjęcia na obserwację, ale oddalił powództwo odszkodowawcze. W uzasadnieniu wskazał, iż przymusowe przyjęcie na podstawie art. 23 oraz zastosowanie środków przymusu bezpośredniego co prawda naruszały dobra osobiste powoda, ale nie były bezprawne, albowiem miały umocowanie w przepisach Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Zachowanie powoda mogło dawać podstawy do stwierdzenia, że stwarza on zagrożenie dla zdrowia i życia innych osób. Co prawda nie rozpoznano u niego choroby psychicznej, jednakże zdiagnozowane inne zaburzenia psychiczne uprawniały do przyjęcia w trybie art. 24 powołanej ustawy. Przymusowe leczenie mogło zaś być przeprowadzone na podstawie art. 33 w celu wyeliminowania przyczyn przyjęcia bez zgody, co oznacza, że podawanie powodowi leku bez zgody również nie było bezprawne. Rozpoznający apelację Sąd drugiej instancji dodatkowo wskazał, że co prawda przyjęcie powoda w trybie art. 23 ustawy było bezzasadne, co stwierdził w postanowieniu sąd opiekuńczy, lecz nie przesądza to o bezprawności postępowania szpitala, „jeśli nastąpiło ono w granicach ustawowej kompetencji oraz rzeczowej potrzeby, uzasadnionej okolicznościami sprawy, w celu udzielenia mu pomocy medycznej”. Zwrócono uwagę na krótki okres na postawienia diagnozy przyjmowanego bez zgody pacjenta oraz trudności w jej postawieniu w warunkach izby przyjęć. Powołany w postępowaniu przed sądem opiekuńczym biegły nie wykluczył potrzeby przyjęcia powoda na podstawie art. 24 ustawy. W konsekwencji uznając, że Sąd pierwszej instancji nie naruszył przepisów Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego ani przepisów art. 23 i 24, a także art. 448 k.c., apelację oddalił.

Rozpoznając skargę kasacyjną, Sąd Najwyższy wskazał, że – wbrew wywiodom apelacji – Sąd Okręgowy nie pominął orzeczenia wydanego przez sąd opiekuńczy, jednakże z naruszeniem art. 365 k.p.c. niewłaściwie ocenił jego znaczenie i wynikający z niego zakres związania. Sąd Najwyższy przypomniał, że zgodnie z powołanym przepisem prawomocne orzeczenie sądu wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, ale również inne sądy, organy administracji publicznej, a w przypadkach przewidzianych w ustawie również inne osoby. W konsekwencji uznał, że postanowienie

sądu opiekuńczego wydane w postępowaniu określonym w art. 46 u.o.z.p. wiąże sąd orzekający w sprawie o ochronę dóbr osobistych osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego w trybie art. 23 lub 24 ustawy. Powołując się na swoje wcześniejsze stanowisko³, Sąd Najwyższy wskazał, że postępowanie przed sądem opiekuńczym w wyżej wskazanych sprawach ma na celu wszechstronną kontrolę legalności przymusowego przyjęcia i pobytu pacjenta w szpitalu psychiatrycznym. Kontrola ta obejmuje zarówno spełnienie wymogów proceduralnych przyjęcia bez zgody, jak i przesłanek materialnoprawnych. Trafnie Sąd Najwyższy skonstatował, że w wyniku takiego przyjęcia dochodzi do naruszenia podstawowych zagwarantowanych w Konstytucji praw i wolności będących emanacją przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, w szczególności wolności i nietykalności osobistej (art. 31 i 41 Konstytucji). Prowadzi to do wniosku, że wszelkie unormowania ustawy o ochronie zdrowia psychicznego dopuszczające ingerencję w te dobra muszą być interpretowane ściśle przede wszystkim dla dobra i w interesie osoby, której dotyczą, pomimo że mają one na celu również ochronę innych osób. Odwołując się do postanowienia Sądu Najwyższego z 16 marca 2012 r., wskazano, iż ocena przesłanek przymusowego przyjęcia do szpitala psychiatrycznego odnosi się do podstawy prawnej określonej w zawiadomieniu kierownika szpitala kierowanym do sądu opiekuńczego, nie zaś zawartej w dokumentacji sporządzanej w chwili przyjęcia. Wynika to z faktu, iż tzw. dokumentacja przyjęciowa sporządzana jest w (po) krótkim kontakcie z osobą przyjmowaną i w okolicznościach niejednokrotnie utrudniających postawienie stanowczej diagnozy, koniecznej do zastosowania odpowiedniej podstawy prawnej przyjęcia.

Niewątpliwie słusznie w głosowanym orzeczeniu podkreślono różnicę pomiędzy przesłankami przyjęcia do szpitala psychiatrycznego w trybie przewidzianym w art. 23 ust. 1 a przyjęcia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy. Zastosowanie określonego trybu przyjęcia bez zgody

³ Postanowienie z 14 II 1996 r., sygn. II CRN 201/95 (niepubl.), z 12 II 1997 r., sygn. II CKU 72/96, OSNC 1997/6-7/84, z 27 II 2008 r., sygn. III CSK 402/08 (niepubl.) oraz z 16 III 2012 r., sygn. IV CSK 373/11, (niepubl.).

determinuje również uprawnienia szpitala wobec osoby przyjętej. Przyjęcie na podstawie art. 23 może nastąpić wobec osoby zdiagnozowanej jako chora psychicznie, której dotychczasowe zachowanie wskazuje, że z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych. Wtedy czas pobytu w szpitalu nie jest ograniczony i wobec tej osoby może być zastosowane przymusowe leczenie (art. 33 ust. 1–3 ustawy). Z kolei przyjęcie w trybie art. 24 może dotyczyć osoby z zaburzeniami psychicznymi (przesłanki behawioralne są identyczne z wyżej wskazanymi), a zachodzą wątpliwości, czy osoba ta jest chora psychicznie. Okres hospitalizacji nie może przekroczyć 10 dni i w tym czasie nie może być prowadzone przymusowe leczenie, albowiem ma on służyć obserwacji pacjenta i postawieniu diagnozy. Wskazano, że podczas tej obserwacji dopuszczalne jest jedynie zastosowanie przymusu bezpośredniego i przymusowe podanie leków w okolicznościach przewidzianych w art. 18 u.o.z.p.

W konsekwencji Sąd Najwyższy stwierdził, że zastosowanie przymusowego przyjęcia w trybie art. 23 w wypadku, gdy pacjent nie jest chory psychicznie i stwierdzenie przez sąd opiekuńczy, iż nie było do tego podstaw, przesądza o bezprawności działania szpitala. Jednocześnie stwierdzenie w procesie o ochronę dóbr osobistych, że istniały podstawy do zastosowania przymusowej obserwacji, nie legalizują postępowania szpitala. Uznanie przez Sąd Apelacyjny przyjęcia powoda do szpitala za działanie w granicach prawa musiało skutkować uchyleniem wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania.

Głosowane orzeczenie wymaga komentarza z wielu względów, a jeden z najważniejszych to jego rudymentarne wprost znaczenie dla odpowiedzialności odszkodowawczej przez szpital psychiatryczny za przyjęcie bez zgody. Przede wszystkim należy odnieść się do utożsamienia przez Sąd Najwyższy bezprawności przyjęcia do szpitala psychiatrycznego z bezzasadnością. To bowiem w sposób oczywisty wpływa na ocenę komentowanego orzeczenia. Nadto istotne jest, czy sąd opiekuńczy związany jest podstawą prawną podaną przez kierownika szpitala w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 23 ust. 4 tej ustawy. Inaczej rzecz ujmując, czy przy rozpatrywaniu zasadności przyjęcia bez

zgody sąd jest uprawniony by stwierdzić ją na innej podstawie prawnej niż wskazana w zawiadomieniu.

Niewątpliwie słusznie Sąd Najwyższy podkreślił różnice zachodzące między przyjęciem w trybie art. 23 ust. 1 i na podstawie art. 24 ust. 1. W obydwu przypadkach tożsame są przesłanki behawioralne: zachowanie bezpośrednio zagrażające własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób⁴. Jednocześnie wątpliwości może budzić stosowanie w praktyce przesłanki medycznej, którą w odniesieniu do obu przepisów da się określić zbiorczo jako przesłankę stanu psychicznego. W wypadku przymusowego przyjęcia na obserwację ustawodawca określił podstawę medyczną zastosowania tego trybu szeroko: „osoba z zaburzeniami psychicznymi”. Natomiast w art. 23 ust. 1 przesłanka stanu psychicznego została zawężona do „choroby psychicznej”. Przy takim ujęciu powstaje problem ich wzajemnej relacji. Zauważyć należy, że w art. 3 pkt 1 tej ustawy przez osobę z zaburzeniami psychicznymi należy rozumieć:

1. chorą psychicznie (wykazującą zaburzenia psychotyczne),
2. upośledzoną umysłowo,
3. wykazującą inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym.

Z powyższej definicji wynika wprost, że jednym ze stanów uznanych za to zaburzenie jest choroba psychiczna (zaburzenie psychotyczne). Z kolei przesłanką medyczną uprawniającą do przyjęcia w trybie art. 24 u.o.z.p. będą wszystkie stany składające się na zdefiniowane zaburzenie psychiczne⁵, natomiast na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy jest to dopuszczalne wyłącznie, gdy pacjent wykazuje zaburzenia psychotyczne

⁴ W doktrynie od dawna przyjmuje się podział przesłanek przyjęcie bez zgody na behawioralne i medyczne, psychiatryczne. Por. J. Dąbrowski, L. Kubicki, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Przegląd ważniejszych zagadnień*, Warszawa 1995; J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 27 VI 2013 r.*, sygn. I ACa 361/13, OSP 4/2015.

⁵ Ustawodawca posłużył się w tym przepisie określeniem „zaburzenie psychiczne”.

(choroba psychiczna). Takie ujęcie rodzi w praktyce trudności interpretacyjne, w szczególności co do choroby psychicznej jako podstawy do przyjęcia na obserwację. Pozorne rozbieżności zachodzą również w judykaturze. W postanowieniu z 3 października 2008 r.⁶ Sąd Najwyższy stwierdził: „Gdyby osobą, o której mowa w art. 24 ust. 1 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, dalej u.o.z.p., miałyby być osoba z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.z.p., pozbawione znaczenia byłoby rozróżnienie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego w sytuacjach określonych w art. 23 (chodzi tam o osobę chorą psychicznie) i art. 24 u.o.z.p.”. Z kolei w postanowieniu z 6 marca 2012 r.⁷ Sąd Najwyższy uznał, że: „Osobą z zaburzeniami psychicznymi jest zarówno osoba, o której mowa w art. 23 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, jak i w art. 24 tej ustawy z tym, że w tym drugim wypadku charakter tych zaburzeń, wobec wątpliwości, czy mogą być kwalifikowane jako choroba psychiczna, ma ulec wyjaśnieniu w czasie pobytu w szpitalu”. Uważam, że cytowane judykaty nie pozostają ze sobą w sprzeczności, a dokonują oceny omawianych przepisów pod innym względem. Niewątpliwie w przepisie art. 24 ustawy posłużono się kategorią zbiorczą „zaburzenia psychiczne”, które należy wyklądać zgodnie z znaczeniem wskazanym w definicji zawartej w art. 3 pkt 1. Jednakże przesłanką przyjęcia bez zgody w trybie ustanowionym w tym przepisie jest niepewność diagnozy. Na marginesie jedynie wskazać należy, że w piśmiennictwie niepewność rozpoznania traktuje się jako statuującą ten tryb przyjęcia, co zostało wyeksponowane poprzez propozycję wyłączenia przyjęcia bez zgody na obserwację z kategorii przyjęcia „w trybie nagłym” i wyróżnienia odrębnego przyjęcia w trybie „diagnostycznym”⁸. Wydaje się, że nie ma wystarczających podstaw do wprowadzenia nowej nazwy przyjęcia na obserwację i tym samym odejścia od utrwalonej nomenklatury. Przyjąć należy, że ustawodawca w art. 23 ust. 1 ustanowił regulację szczególną

⁶ Sygn. I CSK 131/08, LEX nr 510989.

⁷ Sygn. IV CSK 373/11, LEX nr 119841.

⁸ Zob. T. Sroka [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 469–472.

dla osób ze zdiagnozowaną chorobą psychiczną⁹. Natomiast niewątpliwie przepisy art. 24 ustawy będą miały zastosowanie do osób z zaburzeniami psychotycznymi, które nie zostały w sposób wystarczający zdiagnozowane, aby stanowczo stwierdzić występowanie określonej choroby psychicznej – tym samym za prawidłowe uznać należy twierdzenia zawarte w postanowieniu Sądu Najwyższego z 16 marca 2012 r.

Trafnie w glosowanym wyroku wskazano na różnice między uprawnieniami szpitala psychiatrycznego w stosunku do pacjenta przyjętego w trybie art. 23 ust. 1 a przyjętego na podstawie art. 24 ust. 1. Wobec osoby z zaburzeniami psychotycznymi zakres tych uprawnień jest zdecydowanie szerszy, przede wszystkim powinno się je określać przez pryzmat przepisów art. 33 ustawy. W konsekwencji osoba taka może być poddana przymusowemu leczeniu w celu usunięcia „przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody”¹⁰. Natomiast w ust. 4 art. 33 ustawodawca wyraźnie wyłączył wobec osób przyjętych na obserwację możliwość przeprowadzenia przymusowego leczenia psychiatrycznego, zaś dopuszczalność leczenia innego niż psychiatryczne trzeba rozpatrywać na podstawie przepisów Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Sąd Najwyższy właściwie odczytał *ratio legis* tego ograniczenia, wskazując, że w ramach art. 24 u.o.z.p. „pobyt w szpitalu ma służyć przede wszystkim celom diagnostycznym”. Powyższa konstatacja staje się oczywista jeżeli odniesie

⁹ Abstrahuję w tym miejscu od trudności w zdiagnozowaniu zaburzenia psychotycznego w warunkach izby przyjęć w wypadku jeśli przyjmowana osoba wcześniej nie była leczona psychiatrycznie.

¹⁰ Na marginesie jedynie należy wspomnieć, iż takie sformułowanie nie daje podstaw do podjęcia każdego postępowania leczniczego wobec osoby przyjętej na tej podstawie. Po pierwsze, usprawiedliwione jest jedynie – co do zasady – podjęcie leczenia psychiatrycznego, co zostało wprost wyrażone poprzez wskazanie przyczyn przyjęcia do szpitala. Tym samym – znów, co do zasady – na tej podstawie prawnej nie jest dopuszczalne leczenie inne niż psychiatryczne. Do podjęcia takich działań podstawy prawnej należy poszukiwać w Ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Po drugie, nie wszystkie sposoby dopuszczalne przy leczeniu dobrowolnym będą możliwe do zastosowania wobec pacjenta przyjętego bez zgody. Z zakresu tego zostało wyłączone leczenie elektrowstrząsami oraz przeprowadzenie punkcji podpotylicznej lub lędźwiowej w celu pobrania płynu mózgowo-rdzeniowego lub podania leków. Czynności te mogą być przeprowadzane wyłącznie za zgodą pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego (§ 1 rozp. Ministra Zdrowia z 24 IV 2012 r. w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, których udzielenie wymaga zgody, Dz.U. 2012 Nr 494).

się ją do niepewności diagnozy, co jest przesłanką konstrukcyjną art. 24 ust. 1.

Jednakże wątpliwości budzi dalsza część uzasadnienia głosowanego wyroku, dotycząca związania sądu orzekającego o roszczeniach z tytułu przymusowego przyjęcia i leczenia pacjenta, postanowieniem wydanym przez sąd opiekuńczy kontrolujący zasadność tego przyjęcia. Sąd Najwyższy uznał, po myśli art. 365 § 1 k.p.c., że sądy orzekające w tej sprawie były związane postanowieniem sądu opiekuńczego wydanym w postępowaniu kontrolującym przyjęcie bez zgody. Na uzasadnienie tego stanowiska (oprócz przywołania swojego wcześniejszego orzecznictwa) Sąd wskazał, że kontrola przeprowadzana przez sąd opiekuńczy ma na celu sprawdzenie „legalności przyjęcia i przymusowego pobytu w szpitalu psychiatrycznym osoby, która nie wyraziła na to zgody”. Natomiast przez legalność Sąd rozumie „prawidłowość procedury przyjęcia oraz występowanie przesłanek materialnoprawnych usprawiedliwiających nie-respektowanie woli (braku zgody) osoby przyjmowanej”. Jednakże nie wyjaśniono, na jakiej podstawie sąd opiekuńczy miałby przeprowadzać kontrolę legalności w powyższym rozumieniu. Taki zakres kognicji sądu opiekuńczego nie wynika z przepisów ustawy, a jest wyłącznie wynikiem dokonanej przez Sąd wykładni. Uważam, że wskazówką interpretacyjną może być brzmienie art. 27 zd. 2 ustawy, zgodnie z którym w razie wydania przez sąd postanowienia o braku podstaw do przyjęcia szpital psychiatryczny jest obowiązany wypisać osobę, której to orzeczenie dotyczy, niezwłocznie po jego doręczeniu. Tym samym postanowienie sądu opiekuńczego dotyczy istnienia bądź braku podstaw do przyjęcia bez zgody. Można zasadnie przyjąć, że podstawy, które sąd opiekuńczy poddaje kontroli, zostały wymienione w przepisach art. 23 ust. 1 i art. 24 ust. 1 u.o.z.p. (przesłanki materialnoprawne przyjęcia). W konsekwencji do podstaw przyjęcia nie można zaliczać przestrzegania przepisów proceduralnych zawartych w art. 23 ust. 2–5 ustawy. Wydaje się, że jeżeli zamiarem ustawodawcy byłoby ustanowienie tak szerokiej kontroli przymusowego przyjęcia przez sąd opiekuńczy, nic nie stało na przeszkodzie, aby posłużył się *expressis verbis* postulowanym przez Sąd Najwyższy kryterium legalności. Tym samym stanowisko zaprezentowane w głosowanym

wyroku bardziej uznawać należy za postulat *de lege ferenda* aniżeli argument *de lege lata*. W moim przekonaniu sąd opiekuńczy nie może orzec o bezzasadności przyjęcia do szpitala psychiatrycznego w trybie art. 23 ust. 1 czy 24 ust. 1 u.o.z.p. ze względu na niedopełnienie wymogu formalnego, jeżeli zostały spełnione merytoryczne przesłanki tego przyjęcia: u osoby przyjmowanej bez zgody w trybie nagłym zdiagnozowano chorobę psychiczną (zaburzenie psychiczne w przypadku art. 24 ust. 1) oraz uznano, że z powodu tej choroby stwarza ona niebezpieczeństwo dla swojego życia albo życia lub zdrowia innych. Prezentowane stanowisko znalazło aprobatę w doktrynie¹¹. Jednocześnie przypomnieć należy, iż możliwość przyjęcia do szpitala psychiatrycznego przewidziana w art. 23 ust. 1 i 24 ust. 1 u.o.z.p. nie została ustanowiona wyłącznie dla dobra osób z zaburzeniami psychicznymi, ale i w interesie ogólnym. Świadczy o tym dobitnie wskazanie jako przesłanki przyjęcia bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia innych osób. Jak podkreśla się w literaturze, w zakresie przyjęcia bez zgody ze względu na powyższe przyczyny szpital psychiatryczny sprawuje *police power*, mającą na celu zapewnienie społeczeństwu bezpieczeństwa¹². Na marginesie jedynie wspomnieć należy, że ową *police power* odróżnić trzeba od wykonywania przez szpital psychiatryczny władzy publicznej¹³. Ograniczenie praw i wolności osób z zaburzeniami psychicznymi ze względu na prawa i wolności innych osób ma zakotwiczenie w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Rację ma niewątpliwie Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku, iż z uwagi na ograniczenie w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego praw osób z zaburzeniami psychicznymi, jej przepisy

¹¹ T. Sroka [w:] *System Prawa Medycznego...*, op. cit., s. 468.

¹² T. Pawłowski, A. Kiejna, J. Rymaszewska, *Hospitalizacja bez zgody jako źródło odczuwania przymusu*, „Psychiatria Polska” 2005, nr 1, s. 152.

¹³ W pierwszym przypadku władza ta jest bowiem wykonywana z uwagi na bezpieczeństwo innych osób, tak do drugiego zakresu należy zaliczyć każde działanie kształtujące pozycję prawną lub faktyczną jednostki bez względu na jej wolę, przy możliwości zastosowania przymusu bezpośredniego, jeżeli uprawnienia te są określone w przepisach ustawy. W tych przypadkach ograniczenie praw osoby z zaburzeniami psychicznymi jest wykonywaniem imperium państwa niezależnie, czy powodowane jest to względami indywidualnymi dotyczącymi tylko tej jednostki, czy również z powodu interesu ogólnego. Tym samym *power police* jest składową władzą publiczną wykonywaną przez szpital psychiatryczny, jednakże jej nie wyczerpuje.

należy wyklądać w sposób ścisły, jednakże nie uprawnia to do twierdzenia, że ograniczenie to następuje wyłącznie z uwagi na dobro tych osób.

Nadto – na co Sąd Najwyższy zwrócił uwagę – diagnoza „przyjęciowa” jest dokonywana w specyficznych warunkach i w konsekwencji nie może być traktowana jako całkowicie pewna. Zresztą w wypadku przyjęcia na podstawie art. 24 ust. 1 u.o.z.p. niepewność, wątpliwość diagnozy – jak już wskazywałem – są cechami konstrukcyjnymi tego przyjęcia. Na brak pewności rozpoznania stawianego przy przyjęciu wpływ ma wiele czynników, dotyczących zarówno przesłanek medycznych, jak i behawioralnych. W wypadku pierwszych z nich rozpoznanie zaburzeń psychotycznych (które mogą wszak występować w różnym nasileniu, pacjent może również dysymulować ich istnienie) stwarza trudności nie tylko w czasie przyjęcia, ale również w wcześniejszym okresie hospitalizacji. Tym samym rozpoznanie, na podstawie którego kierownik szpitala zawiadamia sąd opiekuńczy, może nawet znacząco się różnić od rozpoznania właściwego, a determinuje ono wszak podstawę prawną przyjęcia bez zgody, wskazywaną w zawiadomieniu dokonywanym na podstawie art. 23 ust. 4 zd. 2. Również ocena przesłanek behawioralnych jest utrudniona, albowiem opiera się ona zarówno na zebranych od pacjenta wywiadzie, jak i na informacjach od jego bliskich, policjantów (jeżeli doprowadzili oni tę osobę do szpitala), czy też obsady karetki Pogotowia Ratunkowego. Jak podnosi się w literaturze, niektóre z tych osób mogą być zainteresowane w umieszczeniu określonej osoby w szpitalu psychiatrycznym¹⁴.

Jeżeli przyjęłoby się stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu, należałoby rozważyć skutki, jakie niosłoby za sobą wydanie przez sąd opiekuńczy postanowienia stwierdzającego zasadność przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, a jednocześnie uznanie, iż nastąpiło to z naruszeniem przepisów regulujących to przyjęcie. Jeszcze raz należy podkreślić, że sąd opiekuńczy, stwierdzając zaistnienie przesłanek do przyjęcia bez zgody określonych w art. 23 ust. 1 czy art. 24 ust. 1 u.o.z.p., nie może uznać, że przyjęcie to było bezpodstawne z tej

¹⁴ K. Michałowska, *Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny*, Warszawa 2014, s. 106.

racji, iż naruszono przepisy postępowania. Uważam, że każde niezasadne przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego będzie bezprawne, jednakże nie każde przyjęcie naruszające przepisy proceduralne regulujące tryb przyjęcia będzie bezzasadne. Jeżeli bowiem u pacjenta została zdiagnozowana choroba psychiczna (lub zaburzenie psychiczne w przypadku przyjęcia w trybie art. 24 ustawy) i stanowi on nadal bezpośrednie zagrożenie dla siebie lub innych osób, a zostały naruszone przepisy dotyczące procedury przyjęcia bez zgody, to Sąd swym postanowieniem nie może uznać bezpodstawności takiego postępowania. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 27 Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego sąd opiekuńczy niezwłocznie zawiadamia szpital o treści tego postanowienia, który to ma obowiązek niezwłocznie wypisać pacjenta, jeżeli sąd stwierdził brak podstaw do przymusowego przyjęcia. Obowiązek ten wynika *ex lege*, niezależnie od tego, czy sąd zawrze go w sentencji orzeczenia¹⁵. Nie sposób przyjąć, aby celem ustawodawcy było niepoddanie leczeniu osoby chorej psychicznie (niepoddanie obserwacji osoby z zaburzeniami psychicznymi w celu jej zdiagnozowania), która bezpośrednio zagraża własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, tylko z powodu naruszenia przepisów postępowania, np. opóźnienia w zawiadomieniu dokonywanym przez kierownika szpitala psychiatrycznego. W konsekwencji wniosek o orzekaniu przez sąd opiekuńczy o legalności (w szerokim rozumieniu przyjętym przez Sąd Najwyższy) przyjęcia osoby bez zgody do szpitala psychiatrycznego wydaje się nieuprawniony. Skoro postanowienie to dotyczy „podstawności” kontrolowanego przyjęcia, to nie może ono, na podstawie art. 365 § 1 k.p.c., wiązać sądu orzekającego o roszczeniach związanych z bezprawną hospitalizacją psychiatryczną. W rezultacie sąd w procesie o naruszenie dóbr osobistych powinien samodzielnie ustalać

¹⁵ Odmienne K. Korzan, który stwierdza: „Wydając na podstawie dokonanych ustaleń postanowienie rozstrzygające sprawę co do istoty, sąd powinien zamieścić w sentencji postanowienia wyraźną wypowiedź potwierdzającą zasadność tego przyjęcia. Gdyby się okazało, że przyjęcie było bezzasadne (nielegalne), w sentencji postanowienia rozstrzygającego sprawę winno znaleźć się stwierdzenie nakazujące wypisanie danej osoby ze szpitala, zgodnie z art. 27 (...)”. Zob. K. Korzan, *Postępowanie w sprawach ochrony zdrowia psychicznego*, „Rejent” 1996, nr 6, s. 23.

zgodność z prawem (legalność w znaczeniu zgodności z przepisami proceduralnymi – art. 23 ust. 2–5 ustawy) przyjęcia bez zgody.

Jednocześnie wskutek utożsamienia zasadności z bezprawnością można z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że lekarze, obawiając się narazić szpital na odpowiedzialność odszkodowawczą z omawianych przyczyn, będą ograniczać korzystanie z przyznanych im w przepisach ustawy uprawnień. Powyższe będzie niewątpliwie ze szkodą dla osób z zaburzeniami psychicznymi, które potrzebując pomocy psychiatrycznej, nie uświadamiają sobie tej potrzeby. Nadto paradoksalnie narażać będzie szpital psychiatryczny na odpowiedzialność odszkodowawczą za ewentualne szkody wyrządzone przez osoby nieprzyjęte na podstawie omawianych przepisów. Podkreślić należy, że przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego jest wykonywaniem władzy publicznej przez ten podmiot. A tym samym uprawnienie do wykonywania określonych działań należy traktować jako obowiązek podmiotu wykonującego *imperium* w okolicznościach uzasadniających skorzystanie z tych prerogatyw. W konsekwencji ewentualną odpowiedzialność w tym zakresie będzie ponosił na podstawie art. 417 k.c., nie zaś na bazie art. 430 w zw. z art. 415 k.c.

Jak podniosłem na wstępie, kwestią wymagającą komentarza jest również możliwość (dopuszczalność) zmiany przez sąd opiekuńczy podstawy prawnej przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego i przyjęcia innej aniżeli podana przez kierownika szpitala w zawiadomieniu. Jest to kwestia związania sądu kwalifikacją prawną dokonaną przez kierownika szpitala. Już *prima vista* twierdzenie o takim związaniu sądu budzi zasadnicze zastrzeżenia, dotyczące swobody oceny prawnej stanu faktycznego opisanego w dokonanym zgłoszeniu. Wydaje się, iż roli sądu opiekuńczego nie można sprowadzać li tylko do sprawdzenia wzorca kontroli wskazanego w zawiadomieniu¹⁶. Dodatkowe trudności powstają w sytuacji,

¹⁶ Celowo wskazuję na podstawy wyrażone w zawiadomieniu, nie zaś przy przyjęciu, albowiem, jak wynika z wcześniej przytoczonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, ocena podstaw przyjęcia jest dokonywana na podstawie wskazań zawartych w zawiadomieniu, nie zaś tych, które wynikają z dokumentacji przyjęciowej.

w której sąd wszczyna postępowanie kontrolne nie wskutek zawiadomienia, a z urzędu lub na wniosek¹⁷. Wówczas nie ma do czego odnieść podstaw przyjęcia, albowiem – jak wskazał Sąd Najwyższy w powoływanym postanowieniu z 16 marca 2012 r. – podstawy podane w dokumentacji przyjęciowej z uwagi na ich tymczasowość (choćby w rozpoznaniu) nie mogą być uważane za ostateczne. Wydaje się, że bardziej zasadny jest pogląd przyjmujący uprawnienie sądu opiekuńczego do zmiany podstaw wskazanych w zawiadomieniu¹⁸. Kwalifikację prawną zawartą w zawiadomieniu kierownika szpitala psychiatrycznego należy traktować jako element stanu faktycznego, który zostaje poddany pod ocenę (a więc i subsumpcję danych okoliczności faktycznych pod właściwą normę prawną) sądu opiekuńczego. Jak wskazuje się w judykaturze, przy rozpoznawaniu sprawy o przymusowego przyjęcia sąd opiekuńczy powinien przede wszystkim kierować się dobrem osoby tak przyjętej. Wobec tego może zdarzyć się sytuacja, że w interesie tej osoby będzie kontynuować przymusową hospitalizacji, jednakże na innej podstawie prawnej. W konsekwencji za zasadne należałoby uznać dopuszczalność zmiany kwalifikacji tego typu przyjęcia do szpitala. Na koniec można podnieść argument, jak się wydaje oczywisty, iż to sąd jest władny do stosowania prawa i nie jest związany oceną prawną innych podmiotów poza sytuacjami wyraźnie przewidzianymi w prawie.

Reasumując, nie podzielam stanowiska Sądu Najwyższego w zakresie analizy przedmiotu rozpoznania sądu opiekuńczego określonego w art. 46 u.o.z.p.

¹⁷ Jak prawidłowo przyjmuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego, dokonanie zawiadomienia przez kierownika szpitala psychiatrycznego o przyjęciu bez zgody powoduje wszczęcie postępowania przez sąd opiekuńczy wskutek tegoż powiadomienia, nie zaś na wniosek czy z urzędu.

¹⁸ Powyższą kwestię rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uchwale z 8 XI 2016 r., III CZP 66/16, OSNC 2017/7-8/78: „Sąd rozpoznający sprawę w przedmiocie przyjęcia osoby, o której mowa w art. 23 i 24 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 546), do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody, nie jest związany podstawą prawną przyjęcia wskazaną w zawiadomieniu kierownika szpitala”.

A b s t r a c t

Contrary to the Supreme Court's position, one can not equate the unlawfulness of admission to a psychiatric hospital on the basis of art. 23 or 24 of the Act on Mental Health with the unwarrantedness of such acceptance. The illegitimate adoption includes the lack of substantive grounds for admission, while the unlawfulness of admission includes not only these cases but not yet complying with the procedural requirements set out in the provisions of art. 23 par. 2–5 of the Act on Mental Health Protection. Of course, there are cases in which the adoption is justified, but the procedural provisions have been violated, which justifies the assertion of the unlawfulness of such acceptance. In such cases, the guardianship court can not declare the admission unlawful. The Supreme Court rightly pointed out the differences between the adoption on the basis of art. 23 and the adoption on the basis of art. 24 of the Act on Mental Health Protection. In the first case, a psychiatric hospital is entitled to carry out forced psychiatric treatment in order to eliminate the cause of admission without consent, in the second case only the patient's diagnosis is admissible. Contrary to claims of the Supreme Court, I believe that the court hearing the claim for compensation for violation of personal rights is bound by the finding that the court of custody does not accept acceptance without consent, while it is entitled to assess the fulfillment of the formal conditions of the adoption.

**KILKA UWAG O PRAWACH PACJENTA W PRZEPISACH USTAWY O OPIECE
ZDROWOTNEJ NAD UCZNIAMI Z DNIA 12 KWIETNIA 2019 R.**

Ustawa o opiece zdrowotnej nad uczniami z dnia 12 kwietnia 2019 r.¹ dotyczy opieki zdrowotnej realizowanej w szkole i obejmuje profilaktyczną opiekę zdrowotną, promocję zdrowia i opiekę stomatologiczną. Przepisy ustawy mają zastosowanie zarówno do szkół publicznych, jak i *lege non distinguente* do szkół niepublicznych (podstawowych i średnich). Opieka zdrowotna zagwarantowana uczniom w szkole jest finansowana ze środków publicznych.

Profilaktyczna opieka zdrowotna jest sprawowana nad uczniami do ukończenia 19. roku życia, a w wypadku uczniów posiadających orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego – do ukończenia szkoły ponadpodstawowej (art. 2 ust. 2). Opieka stomatologiczna jest sprawowana nad uczniami do ukończenia 19. roku życia. Art. 9 ust. 1 pkt 1 stanowi jednak, że lekarz dentysta sprawujący opiekę stomatologiczną nad uczniami wykonuje świadczenia ogólnostomatologiczne dla dzieci i młodzieży do ukończenia 18. roku życia.

¹ Dz.U. 2019 poz. 1078, weszła w życie 12 września 2019 r. Ustawa nie dotyczy słuchaczy szkół dla dorosłych, branżowych szkół II stopnia i szkół policealnych oraz uczniów szkół artystycznych realizujących wyłącznie kształcenie artystyczne. Projekt ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami wraz z uzasadnieniem – Druk sejmowy nr 3297. Jak wynika z uzasadnienia projektu, w wypadku szkół artystycznych realizujących wyłącznie kształcenie artystyczne opieka zdrowotna jest zapewniona w szkole, w której uczniowie ci realizują obowiązek szkolny i obowiązek nauki w ramach kształcenia ogólnego.

Zgodnie z art. 7 ustawy, osoby sprawujące opiekę zdrowotną nad uczniami² są zobowiązane do przestrzegania praw pacjenta, o których mowa w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta z 6 listopada 2008 r.³, w szczególności zachowania tajemnicy informacji uzyskanych w związku ze sprawowaniem tej opieki, w tym związanych ze stanem zdrowia uczniów oraz poszanowania intymności i godności uczniów w czasie udzielania im świadczeń zdrowotnych. Przepis ten zawiera jedynie przykładowe wyliczenie praw pacjenta, które powinny być szanowane przez osoby sprawujące szkolną opiekę zdrowotną. Norma odsyłająca do Ustawy o prawach pacjenta ma szersze znaczenie i dotyczy – co do zasady – wszystkich praw pacjenta uregulowanych w tej ustawie, choć nie wszystkie te prawa mają znaczenie w wypadku opieki szkolnej. Bezprzedmiotowe są tu prawa do: poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, opieki duszpasterskiej, przechowywania rzeczy wartościowych w depozycie, bowiem dotyczą one działalności leczniczej w szpitalu (w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne)⁴. Zachowuje swoje znaczenie prawo pacjenta do dokumentacji medycznej, prawo do zgłaszania działań niepożądanych produktów leczniczych, prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej i prawo do informacji o stanie zdrowia. Ustawa o opiece zdrowotnej nad uczniami modyfikuje natomiast prawo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, co będzie przedmiotem rozważań w dalszej części artykułu.

Zgodnie z art. 26 omawianej ustawy, podmioty sprawujące opiekę zdrowotną nad uczniami mają obowiązek prowadzić dokumentację medyczną zgodnie z przepisami Ustawy o prawach pacjenta,

² Osobami sprawującymi opiekę zdrowotną są: pielęgniarka środowiskowa nauczania i wychowania albo higienistka szkolna (opieka profilaktyczna) i lekarz dentysta (opieka stomatologiczna) – art. 3 ust. 1–3 ustawy.

³ Tj. Dz.U. 2019 poz. 1127.

⁴ Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 11 i 12 Ustawy o działalności leczniczej z 15 kwietnia 2011 r. (tj. z 9 listopada 2018 r. – Dz.U. 2018 poz. 2190), stacjonarne to głównie świadczenia szpitalne.

z zachowaniem wymagań wynikających z Ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych⁵.

Rodzaje i zakres tej dokumentacji określają przepisy wydane na podstawie art. 30 ust. 1 Ustawy o prawach pacjenta, tj. rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania⁶. Rozdział 5 tego rozporządzenia (§ 66–§ 69) dotyczy w szczególności dokumentacji prowadzonej przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej⁷, pielęgniarkę lub higienistkę szkolną, udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki profilaktycznej nad uczniami.

Dokumentacja opieki zdrowotnej nad uczniami przechowywana jest przez pielęgniarkę lub higienistkę szkolną w gabinecie profilaktyki zdrowotnej w szkole lub miejscu udzielania świadczeń przez świadczeniodawcę, przez okres pobierania przez ucznia nauki w danej szkole, odpowiednio dokumentację przechowuje lekarz dentysta (art. 27 ust. 1 Ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami). W wypadku zmiany szkoły przez ucznia dokumentacja medyczna jest przekazywana, za pokwitowaniem, pielęgniarce albo higienistce szkolnej w szkole przyjmującej ucznia (art. 27 ust. 2). Po zakończeniu kształcenia przez ucznia pielęgniarka albo higienistka przekazuje, za pokwitowaniem, indywidualną dokumentację medyczną absolwentowi zespołowi podstawowej opieki zdrowotnej, sprawującemu nad nim opiekę zdrowotną (art. 27 ust. 3).

Zgodnie z art. 7 ust. 2 omawianej ustawy, profilaktyczna opieka zdrowotna oraz opieka stomatologiczna nad uczniami w zakresie profilaktycznych świadczeń stomatologicznych dla dzieci i młodzieży do ukończenia 19. roku życia⁸ (w gabinecie szkolnym lub w gabinecie poza szkołą, albo

⁵ Dz.U. 2018 poz. 1000 i 1669.

⁶ Z dnia 9 listopada 2015 r. (Dz.U. 2015 poz. 2069).

⁷ Należy zauważyć, że Ustawa o opiece zdrowotnej nad uczniami nie stanowi o lekarzu podstawowej opieki zdrowotnej i wskazuje jako podmioty sprawujące opiekę profilaktyczną pielęgniarkę lub higienistkę szkolną (obok lekarza stomatologa).

⁸ Są to świadczenia stomatologiczne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 31a Ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w części dotyczącej wykazu świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia stomatologicznego dla

w tzw. dentobusie) jest sprawowana w wypadku braku sprzeciwu rodziców⁹ lub pełnoletnich uczniów.

Wyżej wskazane działania profilaktyczne¹⁰ zostały oparte na modelu zgody domniemanej (system *opting out*)¹¹. Przyjęty system ma na celu – jak sądzić należy – eliminację nadmiernego formalizmu, co w sferze świadczeń profilaktycznych wobec uczniów można uznać za uzasadnione.

dzieci i młodzieży, z wyłączeniem świadczeń ortodoncji (tj. Dz.U. 2019 poz. 1373). Przepisy te zawarte są w rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia stomatologicznego z 6 listopada 2013 r. (Dz.U. 2013 poz. 1462, tj. Dz.U. 2019 poz. 1199). Wykaz profilaktycznych świadczeń stomatologicznych dla dzieci i młodzieży do ukończenia 19. roku życia i warunkach ich realizacji udzielanych w gabinecie i w dentobusie zawarty jest w załącznikach 10 i 10a rozporządzenia.

⁹ Zgodnie z art. 2 ust. 6 Ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami, ilekroć w ustawie tej jest mowa o rodzicach, rozumie się przez to rodziców, o których mowa w art. 4 pkt 19 Ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (Dz.U. 2017 poz. 59, tj. z dnia 21 maja 2019 r., Dz.U. 2019 poz. 1148). Według powołanego przepisu, jeśli jest mowa o rodzicach, należy przez to rozumieć także prawnych opiekunów dziecka oraz osoby (podmioty) sprawujące pieczę zastępczą nad dzieckiem. Przedstawicielem ustawowym dziecka (tzw. w ustawie „prawnym opiekunem”) może być: opiekun – w razie ubezwłasnowolnienia całkowitego, gdy dziecko nie pozostaje pod władzą rodzicielską (art. 13 § 2 k.c.) lub gdy żadnemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska albo rodzice są nieznani (art. 94 § 3 k.r.o.). Osoby (podmioty), które mogą sprawować pieczę zastępczą, wskazane zostały w art. 1121 k.r.o. – 1128 k.r.o. (są to np. rodzina zastępcza, prowadzący rodzinny dom dziecka czy kierujący placówką opiekuńczo-wychowawczą).

¹⁰ Zgodnie z art. 2 ust. 5 pkt 4 Ustawy o opiece zdrowotnej cele opieki zdrowotnej są realizowane także przez udzielanie pierwszej pomocy w rozumieniu art. 3 pkt 7 Ustawy z 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. 2006 Nr 191 poz. 1410, tj. z dnia 25 kwietnia 2010 r., Dz.U. 2019 poz. 993). Według powołanego przepisu przez pierwszą pomoc należy rozumieć zespół czynności podejmowanych w celu ratowania osoby w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego wykonywanych przez osobę znajdującą się w miejscu zdarzenia.

¹¹ System *opting out* został przyjęty w prawie polskim w art. 5 ust. 1, 2 i 3 Ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów z 1 lipca 2005 r. (Dz.U. 2005 Nr 169 poz. 1411, tj. z dnia 14 czerwca 2019 r., Dz.U. 2019 poz. 1405). Gdy chodzi o tzw. przeszczepy *ex mortuo*, system ten polega na braku wyrażonego za życia sprzeciwu dawcy (albo przedstawiciela ustawowego małoletniego lub osoby nie mającej zdolności do czynności prawnej albo też małoletniego powyżej lat 16) wobec pobrania komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia. Co do *ratio legis* takiego systemu – zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XII, Toruń 2019, s. 409; J. Haberko [w:] J. Haberko, J. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 67; A. Wojcieszak, *Forma sprzeciwu na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich*, „Medyczna Wokanda” 2015, nr 7, s. 196.

Zauważyć wszakże trzeba, że realizacja celów profilaktycznej opieki zdrowotnej w szkole poprzez „działania na rzecz zachowania zdrowia oraz zapobiegania powstawaniu lub rozwojowi chorób, w tym chorób zakaźnych” (art. 2 ust. 5 pkt 1 Ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami) pozostaje bez wpływu na reżim ograniczenia autonomii woli w obszarze obowiązkowych szczepień ochronnych¹².

Zgodnie z art. 7 ust. 3 Ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami, rodzice na pierwszym zebraniu rodziców oraz pełnoletni uczniowie na pierwszych zajęciach z wychowawcą w roku szkolnym uzyskują informację o zakresie opieki zdrowotnej oraz o prawie do wyrażenia sprzeciwu złożonego w formie pisemnej do świadczeniodawcy realizującego opiekę, przy czym informację tę umieszcza się ponadto w miejscu ogólnie dostępnym w szkole. Na podstawie art. 3 ust. 1 i 2 ustawy uznać należy, że świadczeniodawcami tymi są: pielęgniarka środowiska nauczania i wychowania albo higienistka szkolna, a w zakresie profilaktycznej opieki stomatologicznej lekarz dentysta¹³. Dyrektor szkoły i organ prowadzący szkołę są bowiem podmiotami zapewniającymi warunki organizacyjne opieki zdrowotnej nad uczniami i nie realizują tej opieki bezpośrednio.

Sprzeciw, o którym stanowi art. 7 ust. 3 ustawy, ma charakter generalny i dotyczy wszelkich działań profilaktycznych ogólnej opieki zdrowotnej i opieki stomatologicznej. Nie wdając się w szczegółowe rozważania co do charakteru prawnego sprzeciwu (tj. odmowy zgody) w sytuacjach prawnomedycznych, zauważyć można, że stanowi on lustrzane odbicie zgody na zabieg medyczny. Jednak ta ostatnia dla swej doniosłości prawnej musi być konkretna i szczegółowa. Nie zmienia to faktu, że sprzeciw generalny wobec wszelkich zabiegów profilaktycznych stanowi stanowcze wyrażenie

¹² Co do kontrowersyjnej kwestii zgody na szczepienie ochronne i dopuszczalności przymusu w celu wyegzekwowania ustawowego obowiązku w tych wypadkach – zob. N. Karczevska-Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018, s. 197–206; zob. też M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne małoletnich a wykonywanie władzy rodzicielskiej. Uwagi na tle wyroku NSA*, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 3–4, s. 74.

¹³ Jak stanowi art. 3 ust. 3 Ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami w zakresie edukacji zdrowotnej i promocji zdrowia, w sprawowaniu opieki stomatologicznej nad uczniami może uczestniczyć również higienistka stomatologiczna.

woli wywołania skutków prawnych w postaci bezprawności takich interwencji medycznych wobec konkretnego ucznia. Sprzeciw powinien być wyrażony w formie pisemnej. Ustawodawca zastrzegł tu zwykłą formę pisemną bez określenia rygoru jej niedochowania, co oznacza, że ma tu zastosowanie rygor tylko dla celów dowodowych (*ad probationem*)¹⁴. Należy też mieć na względzie art. 781 § 2 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Zaznaczyć jednak trzeba, że nie każda elektroniczna postać oświadczenia woli oznacza dochowanie formy elektronicznej. Według treści art. 781 § 1 k.c. bowiem do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej konieczne jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym¹⁵. Z uwagi jednak na specyfikę rygoru dla celów dowodowych (*ad probationem*) niedochowanie wymogów formalnych dla sprzeciwu nie będzie oznaczało jego nieważności, a jedynie przerzucenie ciężaru dowodu w ewentualnym sporze na podmiot, który wyraził sprzeciw. Podmiot ten musi liczyć się z utrudnieniami dowodowymi w postaci ograniczenia dostępu do dowodu z zeznań świadków lub z przesłuchania stron (zob. art. 74 § 1 k.c.) na fakt złożenia sprzeciwu. Dowody te będą dopuszczalne jedynie wówczas, gdy obie strony sporu wyrażą na to zgodę, albo fakt dokonania czynności prawnej jest uprawdopodobniony za pomocą dokumentu¹⁶.

¹⁴ Pogląd taki od dawna przeważa w doktrynie i orzecznictwie co do zgody pacjenta na zabieg medyczny – zob. np. SN w wyroku z 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/05, OSNC 2007, nr 1, poz. 18; tak też np. P. Sobolewski [w:] *System Prawa Medycznego, Instytucje prawa medycznego*, C.H. Beck 2018, tom 1, s. 418 i n.; M. Nesterowicz, *Głos do wyroku SN z 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/05*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 146 i n.; M. Świderska, *Forma zgody na zabieg medyczny*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 2, s. 57. Proponowano też uznanie formy pisemnej zgody za szczególną formę pisemną *sui generis* dla celów porządkowych – tak M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 286.

¹⁵ Zob. Ustawę o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej z 5 września 2016 r. (Dz.U. 2016 poz. 1579).

¹⁶ Podstawa dopuszczenia dowodów osobowych przy rygorze *ad probationem* w postaci sytuacji, gdy żąda tego konsument w sporze z przedsiębiorcą (art. 74 § 2 k.c.), nie wydaje się odpowiednia dla relacji prawnej między uczniami (ich przedstawicielami ustawowymi) a podmiotami świadczącymi usługi zdrowotne w szkole.

Ponieważ dokumentem jest każdy nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (art. 773 k.c.), należy przyjąć, że uprawdopodobnienie sprzeciwu zachodzi, gdy został on wyrażony za pomocą poczty elektronicznej (e-mail) czy w wiadomości SMS¹⁷.

Inne reguły obowiązują przy opiece stomatologicznej, gdy chodzi o świadczenia ogólnostomatologiczne dla dzieci i młodzieży do ukończenia 18. roku życia, sprawowanej w gabinecie lekarza dentysty lub w dentobusie (art. 9 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy). Zgodnie z art. 7 ust. 4 ustawy, opieka taka wymaga pisemnej zgody rodziców albo pełnoletnich uczniów, wyrażonej po uzyskaniu informacji¹⁸, o której mowa w art. 9 ust. 2 Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Zgodę wyraża się przed udzieleniem świadczenia zdrowotnego. Cytowany przepis stanowi *lex specialis* zarówno względem normy art. 17 ust. 4 Ustawy o prawach pacjenta, jak i wobec normy art. 32 ust. 7 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty¹⁹, które nie przewidują przy zwykłych świadczeniach zdrowotnych szczególnej formy dla wyrażenia zgody²⁰.

Przy świadczeniach ogólnostomatologicznych zatem, niemających charakteru profilaktycznego, następuje powrót do ogólnej reguły wyrażonej zgody pacjenta (system *opting-in*), powszechnie stosowanej w prawie

¹⁷ W związku z przewidzianą przez art. 7 ust. 2 ustawy procedurą wyrażania sprzeciwu, zdziwienie budzi „deklaracja dotycząca opieki stomatologicznej w zakresie profilaktyki”, wręczana rodzicom w jednej z warszawskich szkół w związku z wejściem w życie Ustawy z 12 kwietnia 2019 r. o opiece zdrowotnej nad uczniami. W treści deklaracji widnieją dwie możliwości następującej treści: „wyrażam zgodę” lub „nie wyrażam zgody” na objęcie ucznia (imię i nazwisko ucznia) pobierającego naukę w roku szkolnym 2019/2020 w klasie (oznaczenie klasy) opiekę stomatologiczną organizowaną przez szkołę w zakresie profilaktycznych świadczeń stomatologicznych. W świetle obowiązujących przepisów taka deklaracja jest zbędna, choć może stanowić dowód braku sprzeciwu.

¹⁸ Co do obowiązku informacji w prawie medycznym zob. M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 95 i n.

¹⁹ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. (Dz.U. 1996 Nr 28 poz. 152, tj. Dz.U. 2019 poz. 537).

²⁰ Zgodnie z tymi przepisami zgoda może być wyrażona przez pacjenta ustnie lub nawet poprzez takie zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym. Formę pisemną zgody przewidują natomiast przepisy art. 18 ust. 1 Ustawy o prawach pacjenta i art. 34 ust. 1 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty w przypadku zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta.

medycznym²¹. Zgoda taka, mimo że chodzi tu o zwykłe świadczenie zdrowotne, powinna być wyrażona w zwykłej formie pisemnej (*ad probationem*). Warto zaznaczyć, że nie chodzi tu o zgodę generalną, ale szczegółową na konkretny zabieg stomatologiczny, która musi zostać udzielona „przed udzieleniem świadczenia zdrowotnego” (zob. art. 7 ust. 4 *in fine* Ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami).

Należy też wziąć pod uwagę normę art. 17 ust. 3 Ustawy o prawach pacjenta, zgodnie z którą pacjent małoletni, który ukończył 16 lat, ma prawo do wyrażenia sprzeciwu co do udzielenia świadczenia zdrowotnego, pomimo zgody przedstawiciela ustawowego²². W takich przypadkach interwencja stomatologiczna byłaby możliwa tylko po zezwoleniu sądu opiekuńczego.

Osobna regulacja dotyczy opieki nad uczniami przewlekle chorymi lub niepełnosprawnymi. sprawowanej przez pielęgniarkę środowiska nauczania i wychowania albo higienistkę szkolną. Art. 7 ust 5 ustawy wymaga wówczas pisemnej zgody rodziców albo pełnoletnich uczniów. Zgodę wyraża się przed objęciem ucznia opieką. Zgoda taka wydaje się mieć charakter blankietowy (generalny), co jest rozwiązaniem tyleż pragmatycznym, co wątpliwym z uwagi na wypracowaną przez doktrynę i orzecznictwo formułę zgody szczegółowej²³. Opieka nad uczniami przewlekle chorymi lub niepełnosprawnymi sprawowana we współpracy z lekarzem podstawowej opieki zdrowotnej, rodzicami, pełnoletnimi uczniami oraz dyrektorem i pracownikami szkoły (art. 21 ust. 1 ustawy) obejmuje: „wspólne określenie sposobu opieki nad uczniem dostosowanego do stanu zdrowia ucznia w sytuacji konieczności podawania leków oraz wykonywania innych czynności podczas pobytu ucznia w szkole” (art. 21 ust. 2 ustawy). W gruncie rzeczy nie wiadomo, na jakie czynności wyrażają zgodę uczniowie lub ich przedstawiciele ustawowi. Jednocześnie art. 21 ust. 3 ustawy stanowi, że „podawanie leków lub wykonywanie

²¹ W art. 7 ust. 6 Ustawa o opiece zdrowotnej nad uczniami odsyła w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie do Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

²² Podobnie stanowi w art. 32 ust. 6 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

²³ Por. M. Świdarska, *Zgoda...*, op. cit., s. 20 i n.

innych czynności podczas pobytu ucznia w szkole przez pracowników szkoły może odbywać się wyłącznie za ich pisemną zgodą”. Z normy tej wynika, że inni niż pielęgniarka lub higienistka pracownicy szkoły, np. nauczyciele mogą podawać leki lub wykonywać „inne czynności” w zakresie opieki nad uczniami²⁴. I z kolei to ci pracownicy (niewykonyjący zawodów medycznych) mają prawo do wyrażenia zgody (w formie pisemnej) lub – jak sądzić należy – do jej odmowy.

Należy mieć nadzieję, że opracowane przez środowiska medyczne zalecenia dotyczące opieki nad uczniami przewlekle chorymi lub niepełnosprawnymi wpłyną na udoskonalenie tekstu ustawy, który w aktualnym brzmieniu jest daleki od przejrzystości²⁵.

Samo uchwalenie ustawy, która ma integrować system opieki zdrowotnej nad uczniami, należy ocenić pozytywnie. Akt ten jednak, gdy chodzi o prawo pacjenta do wyrażenia zgody lub jej odmowy (tj. wyrażenia sprzeciwu), wymaga dopracowania.

²⁴ Takie brzmienie ustawy budzi wątpliwości w kontekście prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych, tj. do świadczeń odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej (art. 6 Ustawy o prawach pacjenta). Zob. M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2008, s. 59 i n.

²⁵ Zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy minister właściwy do spraw zdrowia może ogłosić, w drodze obwieszczenia, zalecenia postępowania dotyczące opieki nad uczniami przewlekle chorymi lub niepełnosprawnymi w szkole, opracowane przez odpowiednie stowarzyszenia lub towarzystwa naukowe o zasięgu krajowym, zrzeszające specjalistów w danej dziedzinie medycyny, zgodnie z postanowieniami ich statutów.

Mateusz Klinowski

Czy sumienie zawodowe jest kwestią moralności?

Obserwowana w Polsce tendencja do powoływania się przez przedstawicieli kolejnych zawodów i profesji na „klauzulę sumienia” ma swoje źródło w interpretacji lekarskiej klauzuli sumienia zaproponowanej w wyroku Trybunału Konstytucyjnego nr K 12/14. W pracy podaję argumenty na rzecz twierdzenia, że jest to interpretacja błędna, oparta na nietrafnej interpretacji terminu „sumienie”, którym posługujemy się, mówiąc o wyłączeniach światopoglądowych lub sprzeciwie sumienia. W to miejsce proponuję taką rekonstrukcję znaczenia tego terminu, która pozostaje w zgodzie zarówno z prawem międzynarodowym, jak i z potocznymi intuicjami dotyczącymi roli sumienia i moralności w wykonywaniu określonych zawodów czy funkcji. Jednocześnie jednak zaproponowane w pracy znaczenie terminu „sumienie” uniemożliwia odwoływanie się do prywatnych poglądów moralnych osób wykonujących te zawody i funkcje. Dzięki temu akceptacja stwierdzenia, że każdy zawód i profesja mają prawo do odpowiednio rozumianego sprzeciwu sumienia nie naraża nas na anarchizację systemu prawa i uzależnienie jego skuteczności od poglądów moralnych osób wykonujących określone zawody i funkcje.

Damian Kaczan

Weterynaryjne badania kliniczne a badania kliniczne z udziałem ludzi

Leki są podstawą współczesnej medycyny i weterynarii. Jako że mechanizmy oddziaływania leków na organizm ludzki i zwierzęcy są podobne, badania kliniczne prowadzi się w zbliżony sposób, niezależnie od tego, czy uczestniczą w nich ludzie, czy zwierzęta. Różnice pomiędzy statusem prawnym człowieka i zwierzęcia, a także potrzeba ochrony dóbr osobistych ludzi, wymagają jednak odmiennego unormowania testów produktów leczniczych przeznaczonych do wykorzystania w medycynie i weterynarii. Celem artykułu jest porównanie reżimów prawnych tych doświadczeń na

gruncie obecnego stanu prawnego i jego mających nastąpić w niedalekiej przyszłości zmian. Przedmiotem rozważań są następujące zagadnienia: rozdział źródeł prawa badań klinicznych oraz relacja między regulującymi je aktami normatywnymi krajowymi i unijnymi, definicje legalne badacza i sponsora, tryb wyboru kierownika zespołu badawczego, podmiot mający status uczestnika badania klinicznego, decyzje administracyjne niezbędne do legalnego rozpoczęcia eksperymentu, a także zasady odpowiedzialności za szkodę związaną z badaniem klinicznym. Rozważania zawarte w artykule pozwalają stwierdzić, że ustawodawca polski i prawodawca unijny dostrzegają słuszność postulatu zróżnicowania reżimu badań klinicznych, jednak realizują go w sposób niedoskonały. Przeprowadzono krytykę poszczególnych przepisów i zaproponowano zmiany mające na celu wyeliminowanie ich niedoskonałości.

Jan Dytko

Asygnowanie medycznych badań naukowych

Agencja Badań Medycznych jest państwową osobą prawną, należącą pod względem organizacyjnym do szeroko pojętego Systemu Prawa Medycznego i Nauki o Zdrowiu. Nadzór nad działalnością Agencji sprawuje minister właściwy do spraw zdrowia. Podstawę prawną działalności Agencji stanowią ustawa oraz statut. Zadania i kompetencje organów Agencji są enumeratywnie wymienione, a ich katalog ma charakter zamknięty.

W działalności Agencji na plan pierwszy wysuwa się partycypacja finansowa w medycznych badaniach naukowych. Obejmuje ona także współpracę międzynarodową. Beneficjenci dofinansowania medycznych badań naukowych biorą udział w konkursie, którego celem jest wybór najbardziej korzystnego projektu badawczego. Procedura konkursowa składa się z kilku etapów, począwszy od składania wniosków przez zainteresowane podmioty, a na zawarciu umowy o dofinansowanie skończywszy. Zawarcie umowy poprzedzone jest oceną formalno-merytoryczną każdego projektu badawczego zgłoszonego do konkursu. W wypadku naruszenia prawa, konkurs może być unieważniony przez Prezesa Agencji, ze skutkiem *ex tunc*.

Jan Ciechorski

**Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r.,
sygn. I CSK 524/14**

Wbrew stanowisku Sądu Najwyższego nie można utożsamiać bezprawności przyjęcia do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 23 lub 24 Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego z niezasadnością takiego przyjęcia. Niezasadność przyjęcia obejmuje brak merytorycznych podstaw przyjęcia, natomiast bezprawność przyjęcia obejmuje nie tylko te przypadki, ale jeszcze nieprzestrzeganie wymogów proceduralnych określonych w przepisach art. 23 ust. 2–5 Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Oczywiście mogą zachodzić przypadki, w których przyjęcie jest zasadne, natomiast naruszono przepisy proceduralne, co uzasadnia twierdzenie o bezprawności takiego przyjęcia. W takich wypadkach sąd opiekuńczy nie może stwierdzić niezasadności przyjęcia. Słusznie Sąd Najwyższy wskazał na różnice pomiędzy przyjęciem na podstawie art. 23 a przyjęciem na podstawie art. 24 Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. W pierwszym przypadku szpital psychiatryczny jest uprawniony do przeprowadzenia przymusowego leczenia psychiatrycznego w celu eliminacji przyczyny przyjęcia bez zgody, w drugim – dopuszczalna jest wyłącznie diagnostyka pacjenta. Wbrew twierdzeniom Sądu Najwyższego uważam, że sąd rozpoznający powództwo o odszkodowanie za naruszenie dóbr osobistych jest związany stwierdzeniem przez sąd opiekuńczy niezasadności przyjęcia bez zgody, natomiast jest uprawniony do samodzielnej oceny spełnienia warunków formalnych tego przyjęcia.