

Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 3–4/2021 (8)



PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

kwartalnik

Czasopismo recenzowane według wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Czasopismo punktowane MEiN: 70 pkt.

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 Rejdak, 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-Fiszer, prof. dr hab. Zbigniew Szawarski, prof. dr hab. Małgorzata Świdarska, prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski, prof. dr hab. Eleonora Zielińska

Redaktor naczelny

dr 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

Sekretarz redakcji

mgr Wojciech Rożdżeński

Redaktor językowy

dr Maciej Ganczar, mgr Marta Puścion

Dział promocji

dr Antonina Doroszevska, mgr Barbara Krzyżewska

Redaktor statystyczny

mgr inż. Krzysztof Krasuski

Adres redakcji

Warszawski Uniwersytet Medyczny, 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 2657-8573 e-ISSN 2719-3748

Tytuł dofinansowany przez Śląską Izbę Lekarską

Spis treści

dr hab. Kinga Bączyk-Rozwadowska, prof. UMK
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone w związku z zastosowaniem sztucznej inteligencji w medycynie.....	5
--	----------

dr hab. prof. UŚ Olga Sitarz
Uniwersytet Śląski

Marcin Sitarz
Politechnika Śląska

Cyfrowe wspomaganie decyzji medycznych w świetle prawa karnego	36
---	-----------

mgr Adriana Denys-Starzec
Uniwersytet Warszawski
Szkoła Doktorska Nauk Społecznych

Wykorzystanie wizerunku pacjenta przez lekarza. Zdjęcia przed i po zabiegu	59
---	-----------

Laura Słocka, studentka V roku
Uniwersytet Wrocławski

Aktualność unijnego systemu ochrony danych osobowych w świetle przetwarzania neurodanych.....	79
--	-----------

mgr Barbara Krzyżewska
Uniwersytet Warszawski
Szkoła Doktorska Nauk Społecznych

Zdolność patentowa protez bionicznych wykorzystujących interfejs mózg-komputer	98
---	-----------

lek. Łukasz Chrapkowski
Klinika Psychiatrii Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy

Wpływ pandemii COVID-19 na ewolucję regulacji prawnych z zakresu telemedycyny ze szczególnym uwzględnieniem świadczeń z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień.....	109
--	------------

dr Justyna Sadowska
Notariusz w Sieradzu

Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych – wybrane problemy	129
---	------------

mgr Krzysztof Wiliński
mgr Aleksandra Szatkowska
Uniwersytet Warszawski

Ochrona prawnokarna przewidziana dla osób wchodzących w skład zespołu ratownictwa medycznego jak dla funkcjonariusza publicznego.....	149
--	------------

PRAWO W PRAKTYCE MEDYCZNEJ

dr hab. Przemysław Konieczniak
Uniwersytet Warszawski

Między niestarannością a związkiem przyczynowym. Uwagi na tle orzeczenia Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie (OSL - 45/12)	168
---	------------

dr hab. Maria Boratyńska
Uniwersytet Warszawski, Warszawski Uniwersytet Medyczny

O przerwaniu ciąży ze wskazań leczniczych po rozstrzygnięciu Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 r. i po śmierci pacjentki w szpitalu w Pszczynie.....	202
--	------------

Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone w związku z zastosowaniem sztucznej inteligencji w medycynie

1. Uwagi wprowadzające

Sztuczna inteligencja (*artificial intelligence* – AI) przez wiele lat była przedmiotem zainteresowania głównie naukowców oraz twórców dzieł literatury fantastyczno-naukowej¹. Pierwsze istotne analizy i rozwiązania dotyczące AI pojawiły się dopiero w połowie XX w., jednakże ze względu na daleko idące ograniczenia w zakresie dostępnych technologii oraz niezbędnego sprzętu miały one przede wszystkim charakter teoretyczny².

W literaturze prawniczej nie funkcjonuje jedna, powszechnie przyjmowana definicja sztucznej inteligencji. Na potrzeby rozważań dotyczących zastosowania AI w medycynie, a w dalszej perspektywie – wprowadzenia w tym względzie regulacji prawnych, optymalne wydają się definicje socjologiczna oraz informatyczna. Według tej pierwszej sztuczna

¹ W 1970 r. powstało pierwsze pismo naukowe, „Artificial Intelligence”, poświęcone wyłącznie sztucznej inteligencji, a w 1992 r. – periodyk traktujący o AI w kontekście prawa, „Artificial Intelligence and the Law”.

² B.G. Buchanan, *A (Very) Brief History of Artificial Intelligence*, „AI Magazine” 2005, t. 26, nr 4; J. McCarthy, M.L. Minsky, N. Rochester C.E. Shannon, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, „AI Magazine” 2006, t. 27, nr 4; P. Devarapalli, *Machine learning to machine owning. Redefining the copyright ownership from the perspective of Australian, US, UK and EU law*, „European Intellectual Property Review” 2018, t. 11, s. 722 i n. Zob. także, w polskim piśmiennictwie, K. Biczysko-Pudelko, D. Szostek, *Koncepcje dotyczące osobowości prawnej robotów – zagadnienia wybrane*, „Kwartalnik Naukowy Prawo Mediów Elektronicznych” 2019, nr 2, s. 9 i n.; A. Chłopecki, *Sztuczna inteligencja. Szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa 2018.

inteligencja to rozwiązania techniczne (programy komputerowe) wykonujące czynności będące zazwyczaj domeną człowieka i wymagające użycia intelektu. Z socjologicznego zatem punktu widzenia AI to zdolność maszyny do naśladowania ludzkiej inteligencji – system, który pozwala na wykonywanie zadań wymagających procesu uczenia się i uwzględniania nowych okoliczności w toku rozwiązywania danego rodzaju problemów³. System ten może – w różnym stopniu i zakresie – działać w sposób autonomiczny oraz wchodzić w interakcje z otoczeniem⁴.

Na gruncie informatyki pojęcie sztucznej inteligencji jest natomiast odnoszone do systemów komputerowych, które najpierw analizują duże ilości danych (m.in. w celu dokonania kategoryzacji i znalezienia w nich powtarzalności), a następnie, w oparciu o te dane, podejmują decyzje i rozwiązują zadania. Systemy te potrafią zatem nie tylko się „uczyć”⁵ na podstawie gromadzonych i analizowanych danych, ale także kontynuować tę naukę podczas swojego działania, w ramach którego sposób podejmowania decyzji jest stale optymalizowany, a baza danych i wiedzy – systematycznie rozszerzana⁶.

Wskazane definicje postrzegające AI z punktu widzenia różnych nauk pokazują, że sztuczną inteligencję opisują następujące cechy: zdolność

³ Definicja ta nawiązuje do tzw. testu Turinga, który zakłada, że maszyna jest inteligentna, jeżeli obserwator nie zdoła odróżnić jej odpowiedzi na pytania od tej, której udzieliłby człowiek. Zob. A. Kisieliwicz, *Sztuczna inteligencja i logika. Podsumowanie przedsięwzięcia naukowego*, Warszawa 2011, s. 76. Por. B. Ciszewski, *Sztuczna inteligencja w medycynie: roboty rozpoznają już choroby płuc i mózgu*, materiały w wersji elektronicznej – <https://homodigital.pl/czy-roboty-zastapia-lekarzy-sztuczna-inteligencja-w-medycynie/> [dostęp: 24.09.2021].

⁴ B. Ciszewski, *op. cit.* Zob. także P. Sztylec-Szromek, *Sztuczna inteligencja. Prawo, odpowiedzialność, etyka*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej (Organizacja i Zarządzanie)” 2018, z. 123, s. 501 i n.

⁵ Zdolność uczenia się jest realizowana przez systemy AI poprzez wykorzystanie technik programowania zwanych uczeniem maszynowym (*machine learning*), które – w najogólniejszym ujęciu – polega na przetwarzaniu danych. Uczenie maszynowe ma na celu zmniejszanie złożoności zbiorów danych i wykrywanie wzorców, które następnie wykorzystywane są do wyjaśniania zdarzeń, ich przewidywania lub podejmowania działań. Dzięki uczeniu maszynowemu program komputerowy potrafi działać bez konieczności tworzenia kodu programistycznego w formie poleceń typu „jeśli-to” (IF THEN). W rezultacie program może samodzielnie znajdować rozwiązania problemów, które są opisane przetwarzanymi danymi. B. Ciszewski, *op. cit.*

⁶ T. Zalewski, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, Legalis.

komunikacji, wiedza o sobie samej oraz o świecie zewnętrznym, umiejętność osiągania wyznaczonych celów oraz określony (i zróżnicowany w zależności od konkretnych rozwiązań) poziom kreatywności. Cechy te oraz zdolności wynikają ze stworzonego przez człowieka kodu, który definiuje (programuje) działania sztucznej inteligencji. Zakres kontroli nad procesem nauki pozostaje uzależniony od wybranej techniki (uczenie nadzorowane, uczenie nienadzorowane) oraz od nadzoru nad bazą wiedzy, z której AI będzie się uczyć⁷. Sztuczna inteligencja działa poprzez substrat, którym jest maszyna (robot).

Kryterium zaawansowania (stopnia autonomii) oraz zakresu posiadanych „umiejętności” (rodzaju informacji, które system AI jest w stanie przetwarzać) pozwala na wyróżnienie słabej oraz silnej sztucznej inteligencji⁸. Słaba AI (*weak artificial intelligence*) to zdolność maszyny (programu komputerowego) do funkcjonowania w sposób podobny do inteligencji człowieka, jednakże z określonym stopniem kontroli ze strony konstruktora (tzw. model koneksjonistyczny). Natomiast pojęcie silnej sztucznej inteligencji (*strong artificial intelligence*) odnosi się do systemów komputerowych wyposażonych w zdolność myślenia w sposób niesymulowany (tzw. model klasyczny). Silna AI to zatem taka, która naśladuje umysł i jest obdarzona świadomością swojego istnienia. Wszystkie znane i obecnie funkcjonujące na świecie rozwiązania opierają się na słabej sztucznej inteligencji, a w nauce nie ma pewności, czy w ogóle możliwe jest powstanie silnej AI⁹.

W sferze sztucznej inteligencji, ze względu na globalny zasięg zjawiska, duże znaczenie mają dokumenty międzynarodowe. Parlament

⁷ Uczenie nadzorowane to rodzaj uczenia maszynowego, które wykorzystuje dane oznaczone przez człowieka. Uczeniem nienadzorowanym jest natomiast odkrywanie w zbiorze określonych wzorców przy minimalnej ingerencji człowieka. Na ten temat zob. K. Sawka, *Uczenie maszynowe z użyciem Scikit-Learn i TensorFlow*, Gliwice 2020 (wyd. II).

⁸ Zob. M. Janowska, *Podmiotowość prawna sztucznej inteligencji*, [w:] *O czym mówią prawnicy, mówiąc o podmiotowości*, red. A. Bielska-Brodziak, Katowice 2015, s. 171 i n.; K. Różanowski, *Sztuczna inteligencja: rozwój, szanse, zagrożenia*, „Zeszyty Naukowe Warszawskiej Wyższej Szkoły Informatyki” 2007, nr 2, s. 109 i n.

⁹ G. Bar, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, Legalis.

Europejski w Rezolucji z dnia 16 lutego 2017 r. zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki¹⁰ wskazał m.in. na konieczność zaktualizowania i uzupełnienia ram prawa unijnego o podstawowe zasady etyczne, które odzwierciedlałyby złożony charakter robotyki i jej implikacje społeczne, medyczne oraz bioetyczne. W rezolucji tej określono również, że konieczne jest poddanie wnikliwej analizie kwestii dotyczących odpowiedzialności cywilnej za szkody spowodowane przez robota i przyjęcie rozwiązań, które zapewniłyby konsumentom i przedsiębiorcom ten sam poziom efektywności, przejrzystości i spójności w całej Unii Europejskiej¹¹. Parlament zwrócił także uwagę na okoliczność, iż rozwój technologii związanej z robotyką powinien koncentrować się na uzupełnianiu, a nie zastępowaniu zdolności człowieka i jego działań. Technologie należy bowiem rozwijać w taki sposób i w takim kierunku, by człowiek zawsze mógł sprawować kontrolę nad inteligentną maszyną.

Z kolei w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt. *Sztuczna inteligencja dla Europy* z dnia 24 kwietnia 2018 r. wskazano, że konieczne jest zapewnienie odpowiednich ram etycznych i prawnych, opartych na wartościach promowanych przez Wspólnotę Europejską oraz zgodnych z Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komisja za niezbędne uznała w szczególności opracowanie wytycznych w sprawie stosowania dyrektywy o produkcie niebezpiecznym w świetle postępu technologicznego¹².

Duże znaczenie dla kształtu przyszłych regulacji dotyczących sztucznej inteligencji mają natomiast Rekomendacje Komitetu ds. prawnych

¹⁰ Dz.U. UE C 252/239.

¹¹ M. Jagielska, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, Legalis.

¹² Com (2018) 237 final. Zob. też dokument roboczy Komisji Europejskiej pt. *Liability for emerging digital technologies* z dnia 25 kwietnia 2018 r. SWD (2018) 137 final, dokument w wersji elektronicznej – <https://eur-lex.europa.eu/> [dostęp: 30.09.2021]. Wskazano w nim na obowiązek poszanowania praw podstawowych i ochrony danych osobowych w sposób uwzględniający specyfikę systemów AI oraz na zagadnienia prawa własności intelektualnej w związku z rozwojem sztucznej inteligencji. Zob. L. Bossek, *Perspektywy rozwoju odpowiedzialności cywilnej za inteligentne roboty*, „Forum Prawnicze” 2019, nr 2, s. 4.

Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2020 r. zawierające projekt przepisów regulujących odpowiedzialność deliktową AI. W uzasadnieniu (motywach) projektu podkreślono, że konieczne jest dostosowanie obecnego systemu odpowiedzialności za szkody do zmieniających się warunków technologicznych. Komitet zwrócił uwagę m.in. na podwójną rolę zasad odpowiedzialności, które z jednej strony gwarantują naprawienie doznanej szkody, z drugiej zaś stanowią czynnik motywujący przedsiębiorców do przestrzegania określonych zasad. W raporcie zaznaczono jednocześnie, że AI nie ma własnej osobowości ani ludzkiego sumienia, co – przynajmniej na chwilę obecną – zamyka dyskusję na temat przyznania takim systemom osobowości prawnej.

Na uwagę zasługują również trzy rezolucje Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. odnoszące się do sztucznej inteligencji. Dotyczą one istotnych dla tego rodzaju systemów płaszczyzn – etyki (Rezolucja zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie ram aspektów etycznych sztucznej inteligencji, robotyki i powiązanych z nimi technologii¹³), odpowiedzialności cywilnej za systemy AI (Rezolucja z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję¹⁴) oraz aspektów praw własności intelektualnej w stosunku do AI (Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie praw własności intelektualnej w dziedzinie rozwoju technologii sztucznej inteligencji¹⁵). Ważnym postulatem Parlamentu Europejskiego w odniesieniu do wszystkich rezolucji jest zastrzeżenie, że przy stosowaniu AI należy kierować się zasadą „ograniczonego zaufania”. Oznacza to, że nie powinno się pozostawiać robotom pełnej decyzyjności ani dawać zbyt dużo swobody.

W odpowiedzi na wyzwania współczesności Unia Europejska proponowała również stosowne regulacje prawne oraz działania, które mają

¹³ 2020/2012 (INL), dokument w wersji elektronicznej: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PL.html#title1 [dostęp: 30.09.2021].

¹⁴ 2020/2014(INL), dokument w wersji elektronicznej: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:JOC_2021_404_R_0006 [dostęp: 30.09.2021].

¹⁵ 2020/2015 (INI), dokument w wersji elektronicznej: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_PL.html [dostęp: 30.09.2021].

przekształcić Europę w „globalne centrum wiarygodnej sztucznej inteligencji”. W projekcie Rozporządzenia Komisji Europejskiej w sprawie sztucznej inteligencji (Artificial Intelligence Act – AIA) z dnia 21 kwietnia 2021 r.¹⁶ podkreślono, że konieczne jest stworzenie prawno-organizacyjnych ram funkcjonowania systemów sztucznej inteligencji, które nie tylko zagwarantują bezpieczeństwo i poszanowanie praw podstawowych, ale także spowodują upowszechnienie AI i zwiększenie inwestycji w tej dziedzinie na terenie całej Unii Europejskiej. Międzynarodowe normy stworzone przez Unię mają uczynić sztuczną inteligencję technologią wiarygodną i bezpieczną dla użytkowników. Zgodnie z założeniami projektu AIA nowe ramy prawne mają obowiązywać podmioty prywatne i publiczne działające w Unii Europejskiej. Rozporządzenie ma bowiem znaleźć zastosowanie zarówno wobec dostawców AI, jak i jej użytkowników (jednakże z wyłączeniem przypadków korzystania z AI w celach niezawodowych). W projekcie trafnie uznano sztuczną inteligencję za środek, nie zaś cel sam w sobie, kładąc nacisk przede wszystkim na sposób jej wykorzystania w obrocie. W ocenie Komisji szeroka definicja sztucznej inteligencji ma umożliwić zastosowanie przepisów AIA również do systemów, które do tej pory nie były uznawane za sztuczną inteligencję.

2. Sztuczna inteligencja w medycynie

Sztuczna inteligencja, podobnie jak inne nowoczesne technologie, jest od kilkunastu lat wykorzystywana w medycynie i – jak podkreśla doktryna – stopniowo staje się integralną częścią systemu ochrony zdrowia¹⁷ (w fachowej literaturze medycznej funkcjonuje nawet pojęcie medycznej

¹⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii (COM/2021/206; final), dokument w wersji elektronicznej: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, [dostęp: 30.09.2021].

¹⁷ Por. T. Zalewski, *op. cit.*

sztucznej inteligencji – *medical artificial intelligence*)¹⁸. AI to niewątpliwie cenny sprzymierzeniec zarówno lekarzy i innego personelu medycznego, jak i pacjentów. Wykorzystywane w medycynie urządzenia oparte na algorytmach sztucznej inteligencji wspierają i usprawniają pracę lekarzy, wywierając wpływ przede wszystkim na skrócenie, w sposób znaczący, procesów diagnostycznych i terapeutycznych poprzez szybsze ustalanie przyczyn rozstroju zdrowia, dokładniejszą analizę wyników badań, wybór optymalnej metody leczenia¹⁹. Dzięki technologiom AI pracownicy ochrony zdrowia mogą rozwikłać złożone i skomplikowane problemy, których samodzielne rozwiązywanie byłoby trudne (a niekiedy wręcz niemożliwe), pracochłonne bądź nieefektywne²⁰. Urządzenia medyczne wykorzystujące sztuczną inteligencję w sposób znaczący redukują także koszty funkcjonowania placówek medycznych: dzięki funkcji przechowywania i wyświetlania danych oraz obrazów (RTG, TK) nie jest np. konieczne zatrudnienie wykwalifikowanego personelu czy drukowanie wyników badań (skanów, obrazów)²¹. Z punktu widzenia pacjenta z zastosowaniem AI wiąże się, poza znacznie szybszym rozpoznaniem i wdrożeniem leczenia, skrócenie czasu trwania zabiegu (a co za tym

¹⁸ V. Buch, I. Ahmed, M. Maruthappu, *Artificial intelligence in medicine. Current trends and future possibilities*, „British Journal of General Practice” 2018, nr 3, s. 143 i n.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Opracowany w 2018 r. w Pekinie algorytm BioMind okazał się efektywniejszy w diagnozowaniu nowotworów mózgu niż zespół 15 wybitnych lekarzy. Maszyna poprawnie zidentyfikowała 87% z 225 przypadków w ciągu 15 minut, podczas gdy zespołowi ludzkiemu udało się to uczynić w 66% i zajęło znacznie więcej czasu. Ponadto BioMind trafnie rozpoznał 83% krwotocznych udarów mózgu, a lekarze – 63%. W przypadkach łatwiejszych do zdiagnozowania chorób neurologicznych (glejak, oponiak) sieć neuronowa prawidłowo oceniła 10 z 9 przypadków, co stanowi dobry wynik dla wybitnego specjalisty. Natomiast szczególna procedura diagnostyczna, wypracowana przez badaczy z King's College of London i Massachusetts General Hospital w dobie pandemii COVID-19, umożliwiła zidentyfikowanie, z dużym prawdopodobieństwem, osoby zakażonej koronawirusem na podstawie określonych objawów. Co ciekawe, w 2017 r. AI zdała państwowy egzamin lekarski w Chinach. P. Winiarski, *Chiński robot zdał egzamin lekarski. Koniec z problemami w służbie zdrowia?*, <https://antyweb.pl/robot-zdaje-egzamin-lekarski/> [dostęp: 30.09.2021].

²¹ V. Buch, I. Ahmed, M. Maruthappu, *op. cit.*, s. 183. Por. M. Burgess, *The NHS is trialling an AI chatbot to answer your medical questions*, dokument w wersji elektronicznej: <http://www.wired.co.uk/article/babylon.nhs-chatbot-app> [dostęp: 30.09.2021].

idzie – doznawanego bólu i dyskomfortu) oraz okresu rekonwalescencji²². Lekarze, w tym specjaliści, do których dostęp jest często w sposób istotny ograniczony, mogą przyjąć więcej chorych i poświęcić im optymalną ilość czasu. W rezultacie większa liczba osób może uzyskać świadczenia i w krótkim terminie od rozpoczęcia leczenia powrócić do zdrowia, codziennej aktywności oraz pracy zawodowej.

Pierwszą z dziedzin medycyny, w której na szeroką skalę zaczęto posługiwać się systemami sztucznej inteligencji, były radiologia i dermatologia. Algorytmy AI trafnie interpretowały zdjęcia RTG płuc, wykrywając określone schorzenia, a wyniki okazały się trafniejsze niż rezultat pracy doświadczonego lekarza radiologa²³. Z kolei analiza zdjęć RTG obrazujących ok. 130 tys. rozmaitych schorzeń skóry pozwoliła systemowi AI bezbłędnie zdiagnozować nowotwory skóry w czasie krótszym, niż uczyniłby to doświadczony specjalista. Aktualnie systemy AI okazują się skuteczne także w zakresie wykrywania nowotworów piersi w oparciu o analizę zgromadzonych wcześniej wyników badań mammograficznych (ponad 90 tys. zdjęć ok. 60 tys. pacjentek), udarów mózgu, cukrzycy i innych schorzeń²⁴. Dzięki zautomatyzowanej procedurze oceny sztuczna inteligencja jest bowiem w stanie wykluczyć z grupy pacjentów przypadki typowe i wskazać te, które będą wymagały szczególnej uwagi ze strony

²² Pacjenci doceniają zalety stosowania sztucznej inteligencji. Statystyki wykazały, że 47% chorych czułoby się komfortowo podczas operacji przeprowadzanej z pomocą AI. Ponad 50% osób w wieku powyżej 40 lat zadeklarowało zaufanie do inteligentnych maszyn, podczas gdy młodszy respondenci okazali się mniej ufni. M. Czochra, D. Bar, *Śmierć pacjenta wywołana zastosowaniem sztucznej inteligencji w technologiach medycznych – analiza prawnokarna*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2019, t. 25, nr 2, s. 67–68.

²³ P. Lakhani, B. Sundaram, *Deep learning at chest radiography: automated classification of pulmonary tuberculosis by using convolutional neural networks*, „Radiology” 2017, t. 284, nr 2, s. 574 i n.

²⁴ W 2017 r. naukowcy ze Stanford University stworzyli algorytm CheXNet, który był w stanie precyzyjnie diagnozować 14 schorzeń na podstawie analizy zdjęć RTG. W przypadku zapalenia płuc wyniki były trafniejsze niż rezultat pracy doświadczonego radiologa. Opracowany przez tę samą grupę algorytm głębokiego uczenia identyfikował nowotwory skóry z takimi samymi wynikami jak doświadczony specjalista (udało się to dzięki przeanalizowaniu przez program ponad 129 tys. zdjęć medycznych obrazujących ponad 2 tys. różnych schorzeń). Zob. M. Wałachowska, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, Legalis.

lekarza. Jednocześnie generowane jest dossier pacjenta oraz profilowane są jego potrzeby wobec lekarzy i niższego personelu medycznego²⁵.

Najbardziej znanym przykładem zastosowania sztucznej inteligencji w medycynie jest jednak robot Da Vinci, wykorzystywany od 2000 r. m.in. w ginekologii, laryngologii, urologii oraz kardiochirurgii. Urządzenie to, złożone z konsoli chirurgicznej, platformy z ramionami oraz systemu wizyjnego, pozwala na precyzyjniejsze niż ręka ludzka usuwanie wszelkich widocznych ognisk choroby poprzez mikroskopijne nacięcia. Statystyki dowodzą, że ok. 95% operacji z użyciem Da Vinci kończy się sukcesem, a okres rekonwalescencji pacjenta jest zdecydowanie krótszy niż w przypadku operacji wykonywanych metodą tradycyjną²⁶.

Systemy AI nie są jednak niezawodne. Wadliwość zaprogramowania, niedostatek danych, brak możliwości pełnego przewidzenia, jak w określonych warunkach urządzenie się zachowa, mogą prowadzić do szkód na osobie w postaci uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta. Błędy mogą pojawić się już na etapie diagnostycznym (np. niewłaściwe rozstawienie pikseli na skanie może doprowadzić do niewykrycia choroby lub zdiagnozowania schorzenia, które *de facto* nie występuje). Technologia AI może także niewłaściwie przetworzyć pisemny opis stanu zdrowia pacjenta i pomylić np. nadużycie alkoholu z uzależnieniem bądź

²⁵ W polskim systemie Telemedi.co sieci neuronowe są wykorzystywane do tworzenia automatycznego kontekstu zdalnej konsultacji lekarskiej. Algorytm podsuwa pacjentowi spersonalizowaną ankietę, na podstawie której tworzy wstępne rozpoznanie dla lekarza. Zadaniem innych algorytmów jest podejmowanie decyzji o tym, czy dany przypadek wymaga zdalnej konsultacji, czy też niezbędna jest tradycyjna wizyta lekarska. Kolejna grupa algorytmów Telemedi.co wypełnia dokumentację medyczną. W ten sposób lekarz jedynie czyta, koryguje i zatwierdza dokument. Świadczeniodawcy wspomagani są także poprzez „inteligentne stetoskopy” (np. StethoMe), które monitorują pracę układu oddechowego i serca i w oparciu o określone, zanimizowane dane zdolne są do rozpoznawania u pacjenta problemów ze zdrowiem. Materiały w wersji elektronicznej: <https://homodigital.pl/czy-roboty-zastapia-lekarzy-sztuczna-inteligencja-w-medycynie/> [dostęp: 30.09.2021].

²⁶ E. Singer, *The slow rise of the robot surgeon*, dokument w wersji elektronicznej: www.technologyreview.com/s/418141/the-slow-rise-of-the-robot-surgeon [dostęp: 30.09.2021]. Zob. także J. Bodner, F. Augustin, H. Wykpiel, J. Fish, G. Muehlmann, G. Wetscher, T. Schmid, *The da Vinci Robotic System for General Surgical Applications: A Critical Interim Appraisal*, „Swiss Medical Weekly” 2005, t. 135, nr 45–46, s. 674, oraz, w polskim piśmiennictwie, M. Czochra, D. Bar, *Śmierć pacjenta nywolana zastosowaniem sztucznej inteligencji...*, s. 68.

tw. lumbago z bólem pleców²⁷. Tego rodzaju błędy mogą z kolei mieć istotny wpływ na zastosowane leczenie farmakologiczne bądź operacyjne. Zagrożeniem są także ataki hakerów, wirusy czy też niewłaściwe przetworzenie polecenia głosowego, jakie wydaje maszynie lekarz lub personel medyczny. Można sobie również wyobrazić sytuację, w której system, w następstwie błędu wywołanego problemami z aktualizacją, wyświetli obraz innego pacjenta niż ten, który aktualnie jest operowany. Szkody mogą także zostać wywołane przez czynnik ludzki, np. nieumiejętne posłużenie się danym systemem przez użytkownika (operatora)²⁸.

3. Problem ustalenia podmiotu odpowiedzialnego i reżimu odpowiedzialności

Podstawowym założeniem dokumentów Parlamentu Europejskiego odnoszących się do zagadnienia odpowiedzialności cywilnej za AI jest – jak już wspomniano – uznanie, że przy opracowywaniu robotów i systemów sztucznej inteligencji zasadnicze znaczenie ma dopilnowanie, by człowiek mógł zawsze sprawować kontrolę nad inteligentnymi maszynami i nie dopuścić do tego, by miała ona zbyt daleko idącą swobodę²⁹.

Ustalenie, jaki podmiot i na jakich zasadach odpowiada za szkody wyrządzone przez sztuczną inteligencję, nie jest jednak zadaniem łatwym. Użytkownicy (operatorzy), jak i producenci tego rodzaju systemów dysponują możliwościami przewidywania jedynie niektórych zachowań robota, lecz nie działań ostatecznych, a więc i krańcowych możliwych szkód w postaci uszkodzenia ciała czy wywołania rozstroju zdrowia.

W sferze podmiotowej można rozważać przypisanie odpowiedzialności użytkownikowi (operatorowi) robota, tj. lekarzowi lub innej osobie posługującej się urządzeniem. Ze względu na złożoność i łączność systemu AI, operator jest przecież w wielu przypadkach pierwszym

²⁷ M. Czochra, D. Bar, *op. cit.*, s. 71.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ L. Bosek, *op. cit.*, s. 6.

widocznym „punktem kontaktowym” dla poszkodowanego (pacjenta). Możliwe jest również obciążenie obowiązkiem naprawienia szkody producenta, jako podmiotu, który wprowadza AI do obrotu i czerpie z tego zyski, a także – co budzi największe spory – samej sztucznej inteligencji. Parlament Europejski trafnie jednak zauważa, że na obecnym etapie rozwoju systemów autonomicznych odpowiedzialność powinien ponosić nie robot, lecz człowiek. Przemawia za tym waga skutków, jakie mogą pojawić się w związku z powstaniem nieprawidłowości czy zakłóceń w systemie.

Odnosnie do zasad i podstaw odpowiedzialności w literaturze zgłaszane są postulaty nowelizacji przepisów i wprowadzenia nowych reguł, co oczywiście wiąże się z koniecznością rozstrzygnięcia, czy systemom AI można nadać podmiotowość prawną (tzw. osób elektronicznych). Trafniejszym rozwiązaniem wydaje się jednak analogiczne stosowanie przepisów kodeksu cywilnego o odpowiedzialności *ex delicto*. Aktualnie istniejące regulacje są, jak podkreśla doktryna, na tyle pojemne, by można było objąć nimi przypadki wyrządzenia szkód doznanych w związku z wykorzystaniem systemów AI³⁰. Funkcjonalna wykładnia przepisów o odpowiedzialności cywilnej może *de lege lata* pozwolić na pokonanie ograniczeń wynikających z niedostosowania prawa do szybko zmieniających się warunków społeczno-gospodarczych³¹. Jak zaznaczono we wspomnianej już Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r., zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, szeroko rozumiani użytkownicy systemów AI powinni ponosić odpowiedzialność opartą na winie (wymagającej udowodnienia lub domniemanej), natomiast producenci systemów AI – na zasadzie ryzyka.

³⁰ Zob. także art. 8 propozycji rozporządzenia Parlamentu i Rady UE w sprawie odpowiedzialności za działanie systemów sztucznej inteligencji (element Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję).

³¹ Tak L. Bosek, *op. cit.*, s. 4.

4. Odpowiedzialność operatora na zasadzie winy

4.1. Generalna formuła deliktu (art. 415 k.c.)

Polski kodeks cywilny nie przewiduje norm odnoszących się do systemów autonomicznych, jednakże można doszukiwać się analogii. Generalna formuła deliktu (art. 415 k.c.) znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy szkoda zostanie wyrządzona w następstwie nieprawidłowego i nieodpowiedniego posłużenia się robotem przez operatora. Winę należy wówczas oceniać, biorąc pod uwagę obiektywny i abstrakcyjnie ujęty wzorzec fachowca danej specjalizacji posługującego się urządzeniem wyposażonym w AI. Trafny jest sformułowany przez Parlament Europejski w Rezolucji z dnia 16 lutego 2017 r. postulat ustalenia minimalnych wymogów zawodowych, jakie musi spełnić np. chirurg wykorzystujący robota podczas operacji. Nie ulega wątpliwości, że będą to wymogi szczególne, wykraczające ponad to, co staranny dobry chirurg powinien czynić (lub nie czynić), by pacjentowi nie wyrządzić szkody (znajomość zasad obsługi robota, zdolności manualne, umiejętność reagowania w sytuacjach awaryjnych, odbycie stosowanego przeszkolenia, przeprowadzenie określonej liczby operacji z udziałem maszyn wyposażonych w AI)³². Zasadnicze znaczenie ma też przestrzeganie (na wzór rozwiązań przyjętych w USA) zasady kontrolowanej autonomii robotów, zgodnie z którą o wstępnym planie leczenia i ostatecznym wyborze sposobu jego realizacji decyduje zawsze lekarz (chirurg)³³.

W rezolucji z dnia 16 lutego 2017 r. Parlament Europejski trafnie podkreślił, że odpowiedzialność na zasadzie winy może ponosić wyłącznie podmiot, który wie lub powinien wiedzieć o niebezpieczeństwie, jakie ujawniło się np. wskutek autokorekty algorytmu robota (art. 8). Warunkiem przypisania odpowiedzialności jest więc naruszenie prawnego obowiązku zapobiegania niebezpieczeństwu. Operatorowi nie można natomiast przypisać odpowiedzialności, jeżeli szkoda powstanie w następstwie

³² L. Bossek, *op. cit.*, s. 5.

³³ *Ibidem*.

nieprzewidywalnego zachowania robota (jego autonomicznych decyzji), na które operator nie miał i nie mógł mieć wpływu. Z jednej strony bowiem przepis ten nie przewiduje odpowiedzialności za przypadek³⁴, wyrażający się np. w błędzie systemu lub niebezpiecznej autonomicznej decyzji AI dotyczącej korekty kodu źródłowego (przy założeniu, że określony system sztucznej inteligencji jest dopuszczony do obrotu, posiada wszelkie wymagane atesty, a operator sam nie popełnił błędu)³⁵. Z drugiej strony, niemożliwy do spełnienia jest obowiązek ciągłego kontrolowania systemu AI, zwłaszcza że użytkownik zazwyczaj nie dysponuje tzw. kodami źródłowymi ani specjalistyczną wiedzą z zakresu robotyki czy informatyki. Poza tym nie można od użytkownika (lekarza, innego personelu medycznego) ani żadnej innej osoby wymagać ustawicznego, stalego badania staranności producenta produktu autonomicznego, w tym weryfikowania kwestii wyposażenia go w niezbędne zabezpieczenia, posiadania atestu i spełnienia wymogów dopuszczenia robota do obrotu. Przyjęcie odmiennego poglądu, zakładającego odpowiedzialność w każdym przypadku, gdy niewykrycie wady skutkuje powstaniem szkody, mogłoby prowadzić do sytuacji, w której korzystanie z urządzeń autonomicznych okazałoby się zbyt ryzykowne dla lekarzy i podmiotów leczniczych. W konsekwencji zahamowaniu uległby rozwój nowych technologii w zakresie ochrony zdrowia, a lekarze i zakłady lecznicze nie byłoby zainteresowani nabywaniem urządzeń wyposażonych w systemy AI. W dalszej perspektywie ucierpieliby również pacjenci, dla których z zastosowaniem robotów wiąże się – jak już wspomniano – przyspieszenie procesu diagnostycznego, terapii i rekonwalescencji.

4.2. Wina w nadzorze (*culpa in custodiendo*)

Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone w związku z wykorzystaniem w procesie leczenia systemów AI może również zostać oparta na konstrukcji domniemanej winy w nadzorze (art. 427 k.c., art. 431 k.c.).

³⁴ W. Borysiak, *Brak objaśnionej zgody pacjenta a odpowiedzialność lekarza za brak ostrożności i przypadek*, „Studia Iuridica” 2008, nr 49.

³⁵ L. Bosek, *op. cit.*, s. 14.

Hipotezą normy zawartej w art. 427 k.c. objęte są przypadki, w których do powstania szkody dochodzi w następstwie niedochowania należytej staranności przez podmiot sprawujący nadzór nad osobą, której nie można przypisać winy³⁶. Zastosowanie tego przepisu w drodze analogii wchodziłoby w rachubę w razie przyjęcia, że robot wyposażony w system AI jest „sprawcą”, któremu winy (w sensie prawnym) poczytać nie można³⁷. Pomimo iż sztuczna inteligencja nie może (a nawet nie powinna) zostać uznana za osobę (odrębny byt prawny), a niemożność przypisania jej winy nie wynika ze stanu psychicznego lub cielesnego (por. art. 425 i 426 k.c.), za analogicznym stosowaniem art. 427 k.c. wydaje się przemawiać okoliczność, iż lekarz (szpital), wykorzystując system AI w prowadzonej działalności, w określony sposób go nadzoruje. Nadzór ten polega w szczególności na wydawaniu określonych poleceń (dotyczących np. dawek leków), wyznaczaniu ram działania czy dokonywaniu systematycznych uaktualnień³⁸.

W literaturze podnosi się również, że za stosowaniem w drodze analogii art. 427 k.c. przemawia okoliczność, iż odpowiedzialność na gruncie tego przepisu może wynikać zarówno z ustawy, jak i umowy³⁹. Rozwiązanie to pozwala na objęcie odpowiedzialnością z tytułu *culpa in custodiendo* szerokiego kręgu podmiotów – potencjalnie każdej osoby związanej z wytwarzaniem oraz korzystaniem z urządzeń wyposażonych w sztuczną inteligencję. Dla poszkodowanego korzystne jest także przyjęte w art. 472 k.c. domniemanie winy w nadzorze i – co istotne – związku przyczynowego między brakiem odpowiedniego nadzoru a wyrządzoną szkodą. Udowodnienie powiązań kazualnych w rozumieniu art. 361

³⁶ Zob. W. Dubis, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017 (wyd. VIII), s. 895 i n.

³⁷ Por. L. Helińska, B. Paczocha, A. Piskorz, *Prawne aspekty ochrony konsumenta oraz odpowiedzialności za szkody w kontekście samochodów autonomicznych*, „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 7(9), s. 39–40.

³⁸ *Ibidem*. Por. M. Wałachowska, *op. cit.*

³⁹ J. Gudowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna* (komentarz do art. 427, teza 13), red. T. Bielska-Sobkowicz, H. Ciepla, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Żuławska, J. Gudowski, G. Bieniek, Warszawa 2018.

§ 1 k.c. nie jest przecież łatwe w przypadku wyrządzenia szkód przez systemy wyposażone w AI. Immanentną cechą technologii cyfrowych, w tym także sztucznej inteligencji, jest nieprzewidywalność, nielinearność i nieprzejrzystość możliwych jej zachowań, zwłaszcza w przypadku systemów bardzo złożonych, cechujących się dużą autonomią (np. sieci neuronowe). Trudne, a niekiedy wręcz niemożliwe może zatem okazać się ustalenie poszczególnych etapów stanu faktycznego np. od postępowania operatora robota do wyrządzenia przez urządzenie szkody (tzw. problem czarnej skrzynki, *black box*). Operator wie bowiem, jakie dane i informacje „wchodzą” do systemu AI i jakie są ostateczne efekty jego działań; nie ma natomiast wiedzy o tym, jak przebiega sam sposób wnioskowania (np. w razie stwierdzenia nowotworu nie jest wiadome, dlaczego i na jakiej podstawie została postawiona taka diagnoza)⁴⁰. Innymi słowy, system AI nie wyjaśnia użytkownikowi swojego „procesu myślowego” i trudno ustalić, jakie czynniki miały wpływ na podjęcie konkretnej decyzji. W konsekwencji nie wiadomo, czy system był nienależycie zaprojektowany, czy błąd popełniono na etapie programowania, uczenia się, czy też wynikł on z niewłaściwego posługiwania się urządzeniem przez użytkownika (operatora).

Teoretycznie rozważać można również zastosowanie, do szkód wyrządzonych w związku z działaniem systemów sztucznej inteligencji, *per analogiam*, art. 431 k.c. odnoszącego się do odpowiedzialności za zwierzęta pozostające pod pieczęią człowieka. Nieprzewidywalność zachowań systemów AI, ich samoświadomość i autonomię można – jak się wskazuje w literaturze – porównać do działania zwierzęcia, które wyrządza szkodę z własnego popędu. Robot wyposażony w system sztucznej inteligencji stanowi wprowadzić narzędzie w rękę

⁴⁰ Problem czarnej skrzynki (*black box*) to zasadnicza przeszkoda w stosowaniu w medycynie systemów AI wykorzystujących sieci neuronowe. Trudności dotyczą bowiem, najogólniej rzecz ujmując, wyjaśnienia mechanizmów leżących u podstaw ich funkcjonowania. Jeżeli system widzi dane konkretnego pacjenta i twierdzi, że może on chorować np. na nowotwór, lekarz powinien móc ustalić, dlaczego AI tak uważa. System powinien zatem udzielić odpowiedzi w taki sposób, by lekarz zrozumiał sposób postawienia diagnozy bez konieczności posiadania fachowej wiedzy z zakresu informatyki. Materiały w wersji elektronicznej: <https://www.sztucznainteligencja.org.pl> [dostęp: 30.09.2021].

człowieka, który w określonym stopniu nim kieruje i wydaje polecenia, wpływając w ten sposób na działanie AI. Sztuczna inteligencja nie jest jednak, jak już wspomniano, w pełni przewidywalna: znane są potencjalne zagrożenia związane z jej funkcjonowaniem, lecz nie wszystkie. Człowiek dysponuje jedynie możliwościami przewidywania niektórych zachowań autonomicznego robota, lecz nie zna (przynajmniej na chwilę obecną) wszystkich wyników jej działań, w tym krańcowych możliwych szkód⁴¹.

Na gruncie regulacji zawartej w art. 431 k.c. nie ma wprowadzić podstaw do rozgraniczenia odpowiedzialności producenta i użytkownika systemów wyposażonych w sztuczną inteligencję, jednakże – jak się wskazuje w doktrynie – przepis ten może stanowić ogólną podstawę formułowania wartościowań w zakresie odpowiedzialności za posługiwanie się autonomicznymi robotami⁴². Atutem regulacji jest, podobnie jak w przypadku art. 427 k.c., domniemanie winy w nadzorze oraz możliwość domagania się naprawienia szkody na zasadach słuszności w szczególnych przypadkach, w których szkoda ma charakter poważny, a brak częściowej choćby rekompensaty budziłby moralną dezaprobatę (art. 431 § 2 k.c.). Słabością analogii do art. 431 k.c. jest natomiast to, że odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta historycznie nawiązuje do stosunków występujących w społecznościach rolnych. Zastosowanie normy zawartej w tym przepisie do szkód wyrządzonych przez sztuczną inteligencję wymagałoby więc porzucenia „bagażu interpretacyjnego”, jaki wiąże się z tą podstawą odpowiedzialności⁴³.

⁴¹ Materiały w wersji elektronicznej: <https://codozasady.pl/p/kto-odpowiada-za-robota> [dostęp: 30.09.2021].

⁴² L. Helińska, B. Paczocha, A. Piskorz, *op. cit.*, s. 40.

⁴³ *Ibidem*.

5. Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka

5.1. Podmiot leczniczy jako przedsiębiorstwo wprowadzane w ruch siłami przyrody

Poszukiwanie podstaw odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez robota wyposażonego w system AI wymaga uwzględnienia normy zawartej w art. 435 k.c. Pojawia się bowiem pytanie o to, czy wykorzystywanie robotów, a szerzej – urządzeń bazujących na energii elektrycznej w działalności leczniczej, uzasadnia przypisanie podmiotowi prowadzącemu zakład leczniczy (szpital) obiektywnej odpowiedzialności za szkodę na podstawie art. 435 k.c. Przesłanką zastosowania tego przepisu jest ustalenie, że przedsiębiorstwo lub zakład, z którego ruchem związane jest powstanie szkody, funkcjonuje w oparciu o siły przyrody (parę, gaz, elektryczność)⁴⁴.

Ocena, czy szpital spełnia te wymogi, powinna być oczywiście dokonywana *ad casum* i opierać się na ustaleniu, co decyduje o istocie działalności przedsiębiorstwa i czy możliwe byłoby osiągnięcie zasadniczego celu jego funkcjonowania bez użycia sił przyrody⁴⁵. Okoliczność, iż podmioty lecznicze oraz lekarze wykonujący indywidualną praktykę medyczną wykorzystują energię elektryczną, nie może automatycznie przemawiać za zakwalifikowaniem ich do podmiotów wskazanych w art. 435 k.c.⁴⁶ Diagnostyka i leczenie, nawet najbardziej skomplikowane i wymagające użycia zaawansowanych technologii, *ex definitione* nie wymagają użycia sił przyrody. Wydaje się również, że zaostrenie odpowiedzialności lekarza i szpitala i przyjęcie w stosunku do tych podmiotów zasady ryzyka nie powinno dokonywać się bez jednoznacznej w tym względzie decyzji ustawodawcy w sytuacji, gdy tradycyjnie odpowiedzialność za szkody medyczne opiera się na winie⁴⁷.

⁴⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2020 (wyd. XIV), s. 257.

⁴⁵ Zob. np. wyrok SN z dnia 23 maja 2012 r. (I PK 198/11), Legalis, oraz wyrok SA w Łodzi z dnia 19 czerwca 2013 r. (III APa 14/13), Lex nr 1350368.

⁴⁶ Por. M. Walachowska, M. Ziemiak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3. Zobowiązania. Część ogólna*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, Lex.

⁴⁷ Tak L. Bosek, *op. cit.*, s. 13.

5.2. Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny

Jedną z propozycji, jakie pojawiły się w piśmiennictwie w związku z dyskusją na temat zastosowania sztucznej inteligencji w medycynie, jest przypisanie odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez systemy AI ich producentom na podstawie przepisów art. 449¹ i n. k.c.

Reżim surowej, obiektywnej odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez produkt niebezpieczny (*strict product liability*), przyjęty w następstwie implementacji Dyrektywy Rady Nr 85/374/EWG z dnia 25 sierpnia 1985 r.,⁴⁸ wydaje się trafnym rozwiązaniem. Producent, który sprawuje kontrolę nad ryzykami wynikającymi z funkcjonowania i rozwoju nowych technologii, czerpie z nich korzyści i jest w stanie relatywnie najmniejszym kosztem ryzyk tych unikać⁴⁹. Jako podmiot, który determinuje sposób działania urządzenia, powinien on tworzyć takie oprogramowanie, które gwarantuje bezpieczne korzystanie z robota zarówno przez użytkowników (operatorów), jak i pacjentów. Jeżeli standardy bezpieczeństwa nie zostaną spełnione i dojdzie do powstania szkody, producent powinien ponosić odpowiedzialność niezależnie od winy, stosownie do zasady *cuius commodum eius periculum*. Nie wydaje się bowiem przekonujący zgłaszany w literaturze pogląd, iż daleko idące korzyści, jakie przynosi korzystanie z systemów AI, powinny przemawiać za wyłączeniem odpowiedzialności odszkodowawczej producentów, ewentualnie przerzuceniem jej na państwo bądź nawet same autonomiczne roboty⁵⁰.

Na gruncie regulacji zawartej w art. 449¹ k.c. wątpliwości budzi jednak możliwość zakwalifikowania sztucznej inteligencji (jako „serca” inteligentnego robota) do kategorii produktów. Regulacja ta wyraźnie odwołuje się do tradycyjnego rozumienia produktu jako przedmiotu materialnego (rzeczy), obejmującego także jej części składowe⁵¹. W definicji tej nie

⁴⁸ Dz. Urz. WE Nr L 210 z dnia 7 sierpnia 1985 r., s. 29–33.

⁴⁹ M. Jagielska, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, Legalis.

⁵⁰ I. Giuffrida, F. Lederer, N. Vermerys, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI: How Artificial Intelligence, the Internet of Things, Smart Contracts, and Other Technologies Will Affect the Law*, „Case Western Reserve Law Review” 2018, t. 747, nr 68, s. 762–763.

⁵¹ Z. Banaszczyk, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do artykułów 1-449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005 (wyd. IV), s. 1328.

mieści się program komputerowy (oprogramowanie), który jest dobrem niematerialnym.

W piśmiennictwie pojawiło się jednak stanowisko zakładające, że pojęcie produktu na gruncie art. 449¹ i n. k.c. należy interpretować funkcjonalnie (szeroko)⁵² i obejmować nim nie tylko przedmioty materialne *sensu stricto* (rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c.), ale również dobra o charakterze niematerialnym (w tym programy komputerowe)⁵³. Chodzi tu o takie dobra, które z uwagi na komercyjny sposób funkcjonowania w obrocie bądź zagrożenie, jakie stanowią dla otoczenia, pod względem istoty (charakteru) zbliżają się do typowych towarów i podobnie jak one mogą wyrządzić szkodę użytkownikom⁵⁴. Natomiast w razie założenia, że oprogramowanie samo w sobie nie jest produktem, możliwe staje się przyjęcie, że jako komponent produktu, który staje się jego nośnikiem (jako rzeczy ruchomej), będzie mógł on zostać zakwalifikowany jako produkt⁵⁵. Niezależnie zatem od tego, czy przyczynę szkody stanowi oprogramowanie, czy także inne elementy (np. robot wyposażony w system AI), poszkodowany uzyska prawo do domagania się odszkodowania za wyrządzoną szkodę, jeżeli zostanie wykazane, że cały układ wykazuje cechy niebezpiecznego⁵⁶.

Wątpliwości pojawiają się także w związku z uznaniem, że sztuczna inteligencja to produkt niebezpieczny. Zgodnie z art. 449¹ § 3 k.c. produkt

⁵² Tak E. Łętowska *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 94.

⁵³ Zob. P. Machnikowski *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, „Intersentia” 2016, s. 46–47. Kwestia ta jest aktualnie przedmiotem dyskusji w doktrynie. W niektórych systemach prawnych oprogramowanie ujęto jednak w definicji produktu. Rozwiązanie to przewiduje m.in. § 1063¹ estońskiej ustawy o prawie zobowiązań. Na ten temat zob. T. Liivak, *Liability of a manufacturer of fully autonomous and connected vehicles under the product liability directive*, „International Comparative Jurisprudence” 2018, t. 4, nr 2, s. 180.

⁵⁴ F. Mohmand, *Pojęcie produktu niebezpiecznego w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego o odpowiedzialności za produkt*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Kraków 2004, s. 148–149.

⁵⁵ Por. J. Rajski, *Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny w świetle nowych przepisów kodeksu cywilnego*, „PPH” 2001, nr 100, s. 25; M. Jagielska, [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 1011.

⁵⁶ L. Bosek, *op. cit.*, s. 8. Zob. także F. Mohmand, *op. cit.*, s. 148–149.

jest niebezpieczny, jeżeli nie zapewnia bezpieczeństwa, jakiego należy oczekiwać, biorąc pod uwagę m.in. sposób jego użycia oraz czas, w którym produkt został wprowadzony do obrotu. Trudności w zidentyfikowaniu przyczyn niebezpiecznego charakteru AI wynikają w dużej mierze z nieprzejrzystości i złożonego charakteru technologii cyfrowych⁵⁷. W przypadku sztucznej inteligencji o zakwalifikowaniu jako produktu niebezpiecznego może decydować zdolność uczenia się oraz autonomiczność robota, tj. możliwość wyboru takiego działania, które nie zostało uwzględnione w pierwotnym algorytmie⁵⁸.

Przepis art. 449¹ § 3 k.c. można jednak interpretować szerzej i przyjąć, że każdy człowiek (a więc i lekarz oraz pacjent) rozsądnie oczekuje, że dopuszczony do obrotu robot wyposażony w system AI nie będzie stanowił zagrożenia i stwarzał niebezpieczeństwa. Producent powinien zatem ponosić odpowiedzialność w każdym przypadku, gdy nie wprowadzi takich zabezpieczeń, które uniemożliwią rozwój algorytmu w kierunku niebezpiecznym dla zdrowia i życia. Ryzyko to, immanentnie wpisane w produkt, jest mu bowiem znane w chwili wprowadzenia urządzenia do obrotu.

Producent może jednak ponosić odpowiedzialność wyłącznie za szkody wyrządzone w związku z korzystaniem z robota w sposób normalny, tzn. zgodny z przeznaczeniem oraz instrukcjami i opisami dostarczonymi przez producenta. Należy jednak wziąć pod uwagę okoliczność, iż użycie ma charakter normalny także w razie takiego wykorzystania produktu, które – nawet jeżeli nie odpowiada jego przeznaczeniu – może być przewidziane przez producenta lub inne osoby odpowiedzialne (importera, tzw. producenta nominalnego). Umieszczenie przez producenta stosownych informacji o produkcie, choćby ze wskazaniem, że spełnia on wynikające z przepisów prawa parametry dotyczące cech jakościowych (co potwierdza np. odpowiedni certyfikat), nie prowadzi do automatycznego zwolnienia producenta z odpowiedzialności⁵⁹.

⁵⁷ M. Jagielska, [w:] *Prawo...*, Legalis.

⁵⁸ L. Bosek, *op. cit.*, s. 8.

⁵⁹ *Ibidem*.

W praktyce orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w ostatnich latach dostrzegalna jest tendencja do szerokiej, funkcjonalnej interpretacji przesłanek odpowiedzialności producenta za szkody wyrządzone przez produkt niebezpieczny, zwłaszcza w sprawach, w których w rachubę wchodzi dobra o najwyższej wartości, tj. życie i zdrowie człowieka. TSUE podkreślał w szczególności, że implementowane w państwach członkowskich UE przepisy Dyrektywy Nr 85/374 nie powinny być wykonywane w taki sposób, by niemożliwa bądź nadmiernie utrudniona była realizacja praw przyznanych przez porządek unijny⁶⁰. System odpowiedzialności za produkt musi być bowiem skuteczny⁶¹, co wymaga nie tylko regulacji, ale także przyjęcia zasad jej stosowania, które są w stanie cel ten urzeczywistniać w możliwie najpełniejszym zakresie⁶². Uzasadnione wydaje się zatem nałożenie na producenta obowiązku naprawienia szkody we wszystkich przypadkach, w których jej przyczynę stanowić będzie autokorekta algorytmu ujawniająca niebezpieczny charakter określonego systemu AI, a także brak wystarczających zabezpieczeń w danym algorytmie bądź też innych gwarancji bezpieczeństwa, jakie łącznie decydują o niebezpiecznym charakterze określonej serii produktów⁶³.

Przypisanie producentowi odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez urządzenie (robota) wyposażonego w system sztucznej inteligencji nie wyklucza odpowiedzialności innych podmiotów, zarówno użytkowników, jak i osób trzecich (np. hakerów) na innych podstawach prawnych (w szczególności art. 415 k.c.)⁶⁴. Podmioty te powinny odpowiadać

⁶⁰ Tak w szczególności wyrok TSUE z dnia 21 czerwca 2017 r. w sprawie *Sanofi Pasteur, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine* (skarga nr C-621/15); wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie *Steffensen* (skarga nr C-276/01) i przytoczone tam orzecznictwo.

⁶¹ Zob. wspomniany już wyrok z dnia 21 czerwca 2017 r. w sprawie *Sanofi Pasteur* (skarga nr C-621/15) oraz wyrok z dnia 20 listopada 2014 r. w sprawie *Novo Nordisk Pharma* (skarga nr C-310/13) i przytoczone w nim wcześniejsze orzecznictwo TSUE.

⁶² Por. wyrok SN z dnia 29 maja 2019 r. (III CSK 209/17), Lex nr 2680303.

⁶³ Tak L. Bosek, *op. cit.*, s. 10.

⁶⁴ Por. J. Jagielska, [w:] *Prawo...* Legalis. Zob. także S. Kim, *Crashed Software: Assessing Product Liability for Software Defects in Automated Vehicles*, „Duke Law and Technology Law Review” 2017–2018, nr 11, s. 311.

solidarnie z producentem, jeżeli można im przypisać winę polegającą m.in. na zaniechaniu dokonywania wymaganych aktualizacji oprogramowania czy niepodjęciu innych działań mających na celu utrzymanie bezpieczeństwa funkcjonowania robota⁶⁵. Poziom ochrony zapewnianej pacjentom jest niewątpliwie wyższy w sytuacji, gdy mogą oni kierować roszczenia odszkodowawcze do kilku podmiotów, z których każdy – aż do całkowitego zaspokojenia – pozostaje zobowiązany.

Z przyjęciem odpowiedzialności producenta za szkody wyrządzone przez systemy wyposażone w AI wiążą się jednak określone trudności. Po pierwsze, problemy pojawiają się w związku ze wskazaniem (ustaleniem) podmiotu zobowiązanego do naprawienia szkody w sytuacji, gdy w rachubę wchodzi więcej niż jeden wytwórca (producent rzeczy, tj. substratu AI, twórca oprogramowania, osoba wdrażająca system)⁶⁶. Podmioty te mogą ponosić odpowiedzialność na podstawie art. 449¹ k.c., jeżeli produkt zostanie wprowadzany do obrotu jako całość („pakiet”), obejmujący rzecz i oprogramowanie. Sytuacja komplikuje się wówczas, gdy elementy składowe są wytwarzane przez różnych wytwórców, a proces produkcji jest dodatkowo rozciągnięty w czasie⁶⁷. W takim przypadku zasadne wydaje się, jak trafnie podkreśla doktryna, przyjęcie solidarnej odpowiedzialności wszystkich podmiotów zaangażowanych po stronie wytwórcy bądź też wykorzystanie wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie anglosaskim konstrukcji rynkowej współodpowiedzialności wobec poszkodowanego (*market share liability*)⁶⁸.

Po drugie, pojawia się pytanie o wyznaczenie standardu oczekiwań, który według Dyrektywy Nr 85/374 oraz opartych na niej przepisów

⁶⁵ T. Liivak, J. Lahe, *Delictual liability for damage caused by fully autonomous vehicles: the Estonian perspective*, „Masaryk University Journal of Law and Technology” 2018, t. 12, nr 1, s. 55–56. W doktrynie podkreślono jednak, że konieczne jest zwrócenie szczególnej uwagi na kwestię świadomości konsumenta co do istnienia określonych obowiązków. Przyjęcie ich na siebie nie może ograniczać się (jak to ma z reguły miejsce w odniesieniu do wzorców umownych) do bezrefleksyjnego zachowania wyrażającego zgodę. Tak M. Jagielska, [w:] *Prawo...*, Legalis.

⁶⁶ M. Jagielska, [w:] *Prawo...*, Legalis.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

prawa krajowego należy określać na podstawie poziomu oczekiwań przeciętnej osoby. Poziom oczekiwań konsumenta odnośnie do bezpiecznego charakteru systemów AI jest, jak się wydaje, stosunkowo wysoki, żaden natomiast producent nie jest w stanie zagwarantować całkowitego bezpieczeństwa wytwarzanego produktu⁶⁹. Z drugiej strony, jak dowodzą przeprowadzone badania, wykorzystanie sztucznej inteligencji może, w określonych sytuacjach, okazać się bezpieczniejsze niż standard zachowania człowieka (np. diagnoza na podstawie analizy przez system AI wcześniejszych znanych przypadków)⁷⁰.

Po trzecie, problemem może okazać się ustalenie związku przyczynowego między niebezpiecznymi właściwościami systemu AI (konkretną wadą) a wyrządzoną szkodą, nie tylko z uwagi na wspomniany już problem czarnej skrzynki (*black box*). Dochodzenie roszczeń wymaga bowiem wzięcia pod uwagę alternatywnych przyczyn powstania szkody. Daleko idąca zależność systemów AI od danych zewnętrznych i rozwoju nowych technologii może powodować trudności ze stwierdzeniem, czy określona szkoda została spowodowana przez jedną przyczynę, współdziałanie kilku (faktycznych lub potencjalnych) przyczyn, czy też stanowiła rezultat uczenia maszynowego bez zmiany oprogramowania. Wątpliwości mogą wynikać ponadto z wadliwego zaprojektowania produktu (rzeczy ruchomej stanowiącej substrat AI) bądź oprogramowania, błędnego odczytania przez system poprawnych danych lub odebrania danych *de facto* nieprawidłowych. Wadliwa może okazać się również aktualizacja oprogramowania wykonana przez pierwotnego producenta lub osobę trzecią. Nie można także wykluczyć sytuacji, w której użytkownik nie zainstaluje aktualizacji, która zapobiegłaby wyrządzeniu szkody⁷¹.

⁶⁹ S. Kim, *op. cit.*, s. 306.

⁷⁰ W literaturze wskazuje się, że użycie pojazdów autonomicznych może doprowadzić do wyeliminowania w USA, w skali 10 lat, aż 300 tys. wypadków śmiertelnych. Podaje za K.C. Webb, *Products Liability and Autonomous Vehicles: Who's Driving Whom*, „Richmond Journal of Law and Technology” 2017, t. 23, nr 4, s. 49.

⁷¹ M. Jagielska, [w:] *Prawo...*, Legalis.

Wskazane problemy można by jednak rozwiązać w drodze wprowadzenia dla poszkodowanego ułatwień dowodowych, które – jak podkreśla doktryna – znajdowałyby zastosowanie wówczas, gdy przeprowadzenie dowodu łączyłoby się z nadmiernymi trudnościami bądź kosztami⁷². Poszkodowany musiałby wykazać jedynie szkodę (jej istnienie i rozmiar), natomiast byłby zwolniony z obowiązku dowodzenia wady produktu i związku przyczynowego. Ciężar ich udowodnienia spoczywałby bowiem na producencie⁷³.

Niezależnie od wskazanych trudności, wynikających w dużej mierze ze złożonego charakteru i nieprzejrzystości technologii cyfrowych, obiektywna odpowiedzialność producentów systemów AI, solidarna z odpowiedzialnością innych podmiotów na zasadach ogólnych wydaje się optymalnym rozwiązaniem. Postępująca technicyzacja medycyny i coraz powszechniejsze zastosowanie w procesach diagnozy i terapii urządzeń wyposażonych w systemy AI stwarza poważne zagrożenia, co z kolei wymaga sprawiedliwego rozłożenia ryzyka powstania szkody. Odpowiedzialność tę należy ponadto, jak trafnie wskazano w Rezolucjach Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r., powiązać z obowiązkowym ubezpieczeniem producentów i użytkowników. Rozwiązanie to pozwoli bowiem zrealizować dwa istotne cele – ochronę majątku ubezpieczonych i potencjalnych poszkodowanych. System ubezpieczeń mógłby ponadto zostać uzupełniony funduszem gwarancyjnym, który wypłacałby odszkodowania za szkody nieobjęte ubezpieczeniem. Tego rodzaju działanie wymaga jednak ingerencji ustawodawcy, który powinien jednocześnie określić źródła, z jakich źródeł fundusz ten miałby być zasilany, oraz podmioty zobowiązane do uiszczania składek⁷⁴.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Por. L. Bosek, *op. cit.*, s. 6.

6. Sztuczna inteligencja jako podmiot prawa (*robot personhood*)

Pierwsze teorie zakładające możliwość uznania AI za odrębny podmiot prawa pojawiły się w latach 80. XX w. i znalazły wyraz w wielu opracowaniach naukowych dotyczących tej problematyki⁷⁵. Coraz poważniejsze zagrożenia, jakie stwarzało wykorzystanie autonomicznych systemów wyposażonych w AI, spowodowały, że konieczne stało się ponowne podjęcie dyskusji na ten temat i rozważenie konsekwencji prawnych związanych z nadaniem robotom specjalnego statusu prawnego. Parlament Europejski we wspomnianej już Rezolucji z dnia 16 lutego 2017 r. zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki uznał, że urządzenia autonomiczne, wyposażone w osobowość prawną (*legal personhood*), mogłyby ponosić odpowiedzialność za szkody na osobie i mieniu (a także – jak podkreślała doktryna – indywidualnie się ubezpieczać); osobowość elektroniczna byłaby zaś stosowana w przypadku podejmowania przez roboty samodzielnych decyzji lub ich niezależnych interakcji z osobami trzecimi⁷⁶. Rozwiązanie to spotkało się z aprobatą niektórych przedstawicieli piśmiennictwa⁷⁷.

Komitety ds. prawnych Unii Europejskiej w Rekomendacji z dnia 4 maja 2020 r. zawierającej projekt przepisów regulujących odpowiedzialność deliktową AI uznał jednak, jak już wspomniano, że AI nie ma własnej osobowości, co wyłącza możliwość przyznania autonomicznym urządzeniom (robotom) osobowości prawnej.

Pogląd ten, niewątpliwie trafny, spotkał się z aprobatą piśmiennictwa, które podkreśliło, że stworzenie nowej kategorii prawnej – osób elektronicznych o szczególnych cechach – jest niecelowe i niepożądane. Po pierwsze bowiem, osobowość prawna wiąże się z przypisaniem praw

⁷⁵ M. Janowska, *op. cit.*, s. 171 i n. i powołana tam literatura.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Tak np. M. Uliasz, *Sztuczna inteligencja jako sztuczna osoba prawna*, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2019, Legalis, oraz, w literaturze obcej, I. Giuffrida, F. Lederer, N. Vermerys, *op. cit.*, s. 763.

i obowiązków, które pozostają w ścisłym związku z ludzką moralnością. Człowiek, odmiennie niż robot, rozumie, interpretuje i stosuje reguły prawne w poszczególnych sytuacjach⁷⁸. Natomiast system sztucznej inteligencji może wprawdzie powodować przestrzeganie przez robota określonych zasad i stosowanie się do wyznaczonych prawideł, jednakże nie wynika to z aktu woli autonomicznego urządzenia. W braku tej woli, która u człowieka prowadzi do popełniania deliktów w celu realizacji indywidualnych zamierzeń, działanie robota nie może pociągać za sobą odpowiedzialności.

Po drugie, w ocenie niektórych autorów uznanie odrębnej osobowości systemów opartych na sztucznej inteligencji pozostaje w sprzeczności z istotą odpowiedzialności cywilnej, zwłaszcza opartej na winie (art. 415 k.c.). Robotom nie da się bowiem przypisać winy (nieumyślnej, a tym bardziej umyślnej), ponieważ trudno jest wykazać istnienie takiej nieprawidłowości w ich postępowaniu, z powodu której można by postawić zarzut⁷⁹. Wątpliwości dotyczą także, na co trafnie wskazuje piśmiennictwo, ustalenia w stosunku do systemu AI wzorca należytej staranności, przewidzianego w art. 355 k.c. Koncepcja odrębnego w sensie prawnym bytu AI jako systemu kodów czy algorytmów, wprawdzie uczących się, ale w określonym stopniu kontrolowanych przez człowieka, traci zatem sens w świetle cywilnoprawnych reguł odpowiedzialności odszkodowawczej⁸⁰.

Po trzecie, wystarczającego powodu do przyznania sztucznej inteligencji podmiotowości prawnej nie może stanowić wyłącznie okoliczność, iż system AI, w celu osiągnięcia wyznaczonych celów, wykorzystuje procesy poznawcze. Przyznanie osobowości prawnej uzasadnia, jak to ma miejsce m.in. w przypadku podmiotów gospodarczych, substrat ludzki (organizacja), której brak systemom sztucznej inteligencji⁸¹. Zastosowanie analogii do konstrukcji osób prawnych wymaga także, by sztuczna inteligencja została wyposażona w odrębny majątek, z którego

⁷⁸ *Ibidem*. Por. M. Wałachowska, [w:] *Prawo...*, Legalis.

⁷⁹ M. Wałachowska, [w:] *Prawo...*, Legalis.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ K. Biczysko-Pudelko, D. Szostek, *op. cit.*, s. 11.

naprawiane byłyby szkody wyrządzone w związku z działaniem i zaniechaniem robota. W braku takiego majątku nie ma zaś możliwości wyegzekwowania odszkodowania⁸².

Po czwarte, istnieje obawa, że przyznanie systemom sztucznej inteligencji podmiotowości prawnej automatycznie zniweczy znaczenie surowej, opartej na zasadzie ryzyka odpowiedzialności producentów, która w aktualnym stanie prawnym, przy właściwym zastosowaniu przepisów art. 449¹ i n. k.c., daje możliwość indemnizacji szkód wyrządzonych przez inteligentne roboty.

7. Wnioski końcowe i uwagi *de lege ferenda*

AI jest niewątpliwie cennym sprzymierzeńcem lekarzy i innego personelu medycznego: pozwala na dokładniejsze i szybsze diagnozy, usprawnia proces leczenia, skraca okres rekonwalescencji pacjentów. Inteligentne roboty nie mogą jednak zastąpić lekarzy na tych płaszczyznach, na których konieczna jest obecność człowieka. Lekarz przecież nie tylko diagnozuje i leczy, ale komunikuje się z pacjentem, przekazuje mu informacje na temat stanu zdrowia, możliwych sposobów leczenia, wiążących się z nimi ryzyk i powikłań, odbiera od chorego zgodę na podjęcie interwencji medycznej. Sztuczna inteligencja nie może zatem (i nie powinna) zastępować lekarzy i innego personelu medycznego, a jedynie wspierać świadczeniodawców w procesie szeroko rozumianego leczenia. Rola robotów jest i, jak się wydaje, pozostanie subsydiarna wobec działalności podmiotów leczniczych bez względu na stopień (poziom) rozwoju informatyki oraz nowoczesnych technologii medycznych.

Z zastosowaniem urządzeń wyposażonych w systemy AI niewątpliwie wiąże się ryzyko powstania szkody, które jest tym większe, im mniejszy pozostaje stopień samodzielności robota. Konieczne jest zatem ustalenie, jakie podmioty, na jakich podstawach prawnych i według jakich

⁸² *Ibidem*.

zasad ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą. Określenie tych kwestii ma duże znaczenie, ponieważ może mieć wpływ na rozwój sztucznej inteligencji oraz ich akceptację społeczną⁸³.

Złożony charakter systemów samouczących, ich ograniczona przewidywalność, możliwość modyfikacji za pomocą aktualizacji, podatność na zagrożenia związane np. z atakami hakerów powodują, że trudne jest wkomponowanie AI w istniejący system odpowiedzialności. *De lege lata* optymalnym rozwiązaniem wydaje się przyjęcie w tym względzie odpowiedzialności producenta na zasadzie ryzyka, połączonej z obowiązkowym ubezpieczeniem OC i solidarnej z innymi podmiotami (hakerzy, użytkownicy). Czyni ona bowiem zadość potrzebom obrotu i – jak wykazano – zabezpiecza interesy wszystkich zainteresowanych podmiotów, w tym użytkowników oraz pacjentów. W dalszej perspektywie można jednak rozważać przyjęcie przez Parlament Europejski odpowiednich regulacji, które – traktując o odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez systemy wyposażone w AI – byłyby tworzone z poszanowaniem wskazanej w Rezolucji z dnia 20 października 2020 r. zasady ukierunkowania sztucznej inteligencji na człowieka i zapewnienia bezpieczeństwa jej działania.

Bibliografia

- Banaszczyk Z., [w:] *Kodeks cywilny. Tom I, Komentarz do artykułów 1-449*¹¹, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005 (wyd. IV).
- Bar G., [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020.
- Biczysko-Pudelko K., Szostek D., *Koncepcje dotyczące osobowości prawnej robotów – zagadnienia wybrane*, „Kwartalnik Naukowy Prawo Mediów Elektronicznych” 2019, nr 2.
- Bieniek G., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna* (komentarz do art. 427, teza 13), red. T. Bielska-Sobkowicz, H. Ciepla,

⁸³ R.H. Weber, *Liability in the Internet of things*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2017, nr 5, s. 208.

- M. Sychowicz, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Żulawska, J. Gudowski, G. Bieniek, Warszawa 2018.
- Bodner J., Augustin F., Wykpiel H., Fish J., Muehlmann G., Wetscher G., Schmid T., *The da Vinci Robotic System for General Surgical Applications: A Critical Interim Appraisal*, „Swiss Medical Weekly” 2005, t. 135, nr 45–46.
- Borysiak W., *Brak objaśnionej zgody pacjenta, a odpowiedzialność lekarza za brak ostrożności i przypadek*, „Studia Iuridica” 2008, nr 49.
- Buch V., Ahmed I., Maruthappu M., *Artificial intelligence in medicine. Current trends and future possibilities*, „British Journal of General Practice” 2018, nr 3.
- Buchanan B.G., *A (Very) Brief History of Artificial Intelligence*, „AI Magazine” 2005, t. 26, nr 4.
- Czochra M., Bar D., *Śmierć pacjenta wywołana zastosowaniem sztucznej inteligencji w technologiach medycznych – analiza prawnokarna*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2019, t. 25, nr 2.
- Devarapalli P., *Machine learning to machine owning. Redefining the copyright ownership from the perspective of Australian, US, UK and EU law*, „European Intellectual Property Review” 2018, t. 11.
- Dubis W., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017 (wyd. VIII).
- Giuffrida I., Lederer F., Vermerys N., *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI: How Artificial Intelligence, the Internet of Things, Smart Contracts, and Other Technologies Will Affect the Law*, „Case Western Reserve Law Review” 2018, t. 747, nr 68.
- Gudowski J., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, red. T. Bielska-Sobkowicz, H. Ciepla, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Żulawska, J. Gudowski, G. Bieniek, Warszawa 2018.
- Helińska L., Paczocha B., Piskorz A., *Prawne aspekty ochrony konsumenta oraz odpowiedzialności za szkody w kontekście samochodów autonomicznych*, „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, t. 9, nr 7.
- Jagielska M., [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020.
- Jagielska M., [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018.
- Janowska M., *Podmiotowość prawna sztucznej inteligencji?*, [w:] *O czym mówią prawnicy, mówiąc o podmiotowości*, red. A. Bielska-Brodziak, Katowice 2015.
- Kim S., *Crashed Software: Assessing Product Liability for Software Defects in Automated Vehicles*, „Duke Law and Technology Law Review” 2017–2018, nr 11.

- Kisielewicz A., *Sztuczna inteligencja i logika. Podsumowanie przedsięwzięcia naukowego*, Warszawa 2011.
- Lakhani P., Sundaram B., *Deep learning at chest radiography: automated classification of pulmonary tuberculosis by using convolutional neural networks*, „Radiology” 2017, t. 284, nr 2.
- Liivak T., *Liability of a manufacturer of fully autonomous and connected vehicles under the product liability directive*, „International Comparative Jurisprudence” 2018, t. 4, nr 2.
- Liivak T., Lahe J., *Delictual liability for damage caused by fully autonomous vehicles: the Estonian perspective*, „Masaryk University Journal of Law and Technology” 2018, t. 12, nr 1.
- Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002.
- Machnikowski P., *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, „Intersentia” 2016.
- McCarthy J., Minsky M.L., Rochester N., Shanon C.E., *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, „AI Magazine” 2006, t. 27, nr 4.
- Mohmand F., *Pojęcie produktu niebezpiecznego w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego o odpowiedzialności za produkt*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Kraków 2004.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2020 (wyd. XIV).
- Rajski J., *Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny w świetle nowych przepisów kodeksu cywilnego*, „PPH” 2001, nr 100.
- Różanowski K., *Sztuczna inteligencja: rozwój, szanse, zagrożenia*, „Zeszyty Naukowe Warszawskiej Wyższej Szkoły Informatyki” 2007, nr 2.
- Sawka K., *Uczenie maszynowe z użyciem Scikit-Learn i TensorFlow*, Gliwice 2020 (wyd. II).
- Sztylec-Szromek P., *Sztuczna inteligencja. Prawo, odpowiedzialność, etyka*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej. Organizacja i Zarządzanie” 2018, z. 123.
- Uliasz M., *Sztuczna inteligencja jako sztuczna osoba prawna*, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2019.
- Wałachowska W., [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020.
- Wałachowska M., Ziemiak M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3. Zobowiązania. Część ogólna*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018.

Webb K.C., *Product Liability and Autonomous Vehicles: Who's Driving Whom*, „Richmond Journal of Law and Technology” 2017, t. 23, nr 4.

Weber R.H., *Liability in the Internet of things*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2017, nr 5.

Zalewski T., [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020.

Abstract

Artificial intelligence (AI) has recently become an integral part of a health care system. AI algorithms improve the work of doctors by shortening the time of diagnosis and treatment, solving difficult therapeutic problems, performing surgeries. The patients benefit from modern AI technologies as well – they do not wait long for a proper diagnosis, they're treated quicker and as result – may recover easier and come back to work. However, using the AI devices is risky since the bodily injuries may occur. It is so because artificial intelligence systems are complicated, autonomous and unpredictable to quite a high degree. Therefore, it is necessary for the doctrine and – in the long run – for the legislator as well to determine the rules of liability and the persons obliged to indemnify the injured. The idea is that the current provisions on tort liability may be applied *per analogiam*, in particular the strict product liability regulations. The provisions of Article 449¹ and the following of the Civil Code may *de lege lata* constitute an optimal and adequate regime of redressing the damage caused to patients. Notwithstanding there is no need to recognize artificial intelligence as a legal entity (*robot personhood*) and to burden it with the obligation to pay damages.

OLGA SITARZ

ORCID 0000-0002-2075-3507

MARCIN SITARZ

*Technology is giving life
the potential to flourish
like never before...
...or to self-destruct
Let's make a difference¹*

Cyfrowe wspomaganie decyzji medycznych w świetle prawa karnego

Już sam tytuł naszej publikacji zapowiada, że przedmiotem poniższych rozważań będzie część wspólna wytyczona przez trzy pola badawcze: (1) problematykę błędu lekarza przy podejmowaniu decyzji medycznej, (2) znaczenie cyfryzacji (automatyzacji) dla ustalania odpowiedzialności oraz (3) kwestię zasad prawa karnego materialnego. W takiej też kolejności poszczególne wątki będą podejmowane. Podkreślić jednak należy, że zakres przedmiotowy każdego z nich uwarunkowany jest głównym problemem badawczym. Zasadnicze bowiem pytanie brzmi, na ile praktyka cyfrowego wspomagania w czynnościach medycznych wymaga zmian w ogólnych zasadach prawa karnego na wypadek niepowodzenia w leczeniu². Dodać również trzeba, że przedmiotem badań jest aktualny, a nie przyszły poziom systemów informatycznych. Nie będzie zatem rozważana

¹ The Future of Life Institute, <https://futureoflife.org/>.

² Przykładowo, zdaniem W. Filipkowskiego, zasadne jest/będzie tworzenie typów zabronionych w odmiennie nieumyślnie lub formalnych – W. Filipkowski, *Prawo karne wobec sztucznej inteligencji*, [w:] L. Lai, M. Świeczyński, *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa 2020, s. 123.

kwestia „androidalnych robotów-lekarzy”, ponieważ takich rozwiązań jeszcze nie ma³.

Truizmem jest twierdzenie, że lekarz może odpowiadać karnie za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu pacjenta w związku z zabiegiem leczniczym (rozumianym w szerokim znaczeniu, tzn. obejmującym diagnozę, terapię i profilaktykę chorób) tylko w razie zawinionego błędu sztuki lekarskiej. Ustalenie błędu w sztuce lekarskiej zależy od odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie lekarza w konkretnej sytuacji i z uwzględnieniem całokształtu okoliczności istniejących w chwili zabiegu, a zwłaszcza tych danych, którymi wówczas dysponował albo mógł dysponować, zgodne było z wymaganiami aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej⁴. Przepisy szeroko rozumianego prawa medycznego nie posługują się pojęciem „błąd medyczny”, a jedynie sformulowaniem „zdarzenie medyczne”. Zgodnie z art. 67a ustawy o prawach pacjenta **zdarzeniem medycznym** jest zdarzenie w postaci zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta albo śmierci pacjenta będącego następstwem niezgodnych z aktualną wiedzą medyczną: (1) diagnozy, jeżeli spowodowała ona niewłaściwe leczenie albo opóźniła właściwe leczenie, przyczyniając się do rozwoju choroby, (2) leczenia, w tym wykonania zabiegu operacyjnego, (3) zastosowania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego. Definicja błędu medycznego została wypracowana przez doktrynę i judykaturę. W 1955 r. SN uznał, że „Błędem w sztuce lekarskiej jest czynność (zaniechanie) lekarza w zakresie diagnozy i terapii, niezgodna z nauką medycyny w zakresie dla lekarza dostępnym. Zaniedbania lekarza w zakresie obowiązków otoczenia chorego opieką oraz w zakresie organizacji bezpieczeństwa higieny i opieki nad chorym nie są błędem w sztuce lekarskiej”⁵. Dzisiaj teza ta nieco – jak się wydaje

³ Niezależnie od postulowanej konieczności prowadzenia badań predykcyjne w tym zakresie typu *foresight* – https://www.researchgate.net/publication/341913530_The_Future_of_Crime_How_Crime_Exponentiation_Will_Change_Our_Field.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2002 r. (V KK 33/02)

⁵ Orzeczenie SN z dnia 1 kwietnia 1955 r. (IV CR 39/45).

– straciła na aktualności. Katalog błędów medycznych stale się rozszerza i ostatnio wskazuje się na następujące rodzaje błędów medycznych⁶: diagnostyczny (m.in. nieprawidłowa interpretacja badań, błędne rokowania), terapeutyczny, organizacyjny, techniczny (nieprawidłowe wykonanie zabiegu, naruszenie norm ostrożności), informacyjny, jatrogenny. Na potrzeby niniejszej publikacji istotna jest powszechnie akceptowana teza, że błąd lekarski stanowi naruszenie obowiązujących lekarza reguł postępowania, wypracowanych na podstawie nauki i praktyki medycznej⁷.

Truizmem również jest twierdzenie, że reguły postępowania z dobrem są istotą prawidłowej działalności medycznej i – jak często się podkreśla – w tym obszarze nabierają szczególnego znaczenia. Wiedza medyczna to zbiór takich reguł, wypracowanych i sprawdzonych przez ludzkość. Jak wskazują M. Boratyńska i P. Konieczniak, składają się nań zarówno proste generalizacje empiryczne, jak i teorie biologiczne. Zdaniem autorów współcześnie wynikające z tej wiedzy dyrektywy działania coraz częściej układają się w dobrze określone schematy algorytmiczne lub na wpół algorytmiczne (w przeciwieństwie do dawnej medycyny, w ramach której były one formułowane niejednoznacznie, nieprecyzyjnie lub dopuszczały wielość interpretacji)⁸.

Równocześnie z przepisu art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry⁹ wynika obowiązek aktualizowania przez każdego lekarza posiadanych wiadomości, przy uwzględnieniu postępu badań medycznych. Odpowiednikiem tego obowiązku lekarza jest prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych, odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej¹⁰. Przy czym podkreśla się, że śledzenie postępu wiedzy medycznej nie jest proste. Szacuje się, że aktualnie na świecie dostępne jest ok. 1 mln randomizowanych badań klinicznych uważanych za wysoce

⁶ <https://www.karh.pl/prawo-karne/odpowiedzialnosc-za-blad-medyczny/>.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 11 maja 2017 r. (I ACa 560/15, LEX nr 2376937).

⁸ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza*, [w:] E. Zielińska (red.), *System prawa medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, tom II, część 1, Warszawa 2019, s. 272.

⁹ Ustawa zawodzie lekarza i lekarza dentystry z dnia 5 grudnia 1996 r. (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 790, 1559, 2232).

¹⁰ Art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 186).

wiarygodne, a co tydzień ukazuje się przeszło 7 tys. nowych publikacji z tej dziedziny wiedzy¹¹. Dlatego też indywidualne odszukiwanie przez lekarza badań z interesującej go dziedziny jest wysoce utrudnione. W związku z tym zaleca się tworzenie przez wyspecjalizowane podmioty (głównie medyczne stowarzyszenia naukowe) standardów opartych na aktualnym stanie wiedzy medycznej i naukowych dowodach (ang. Evidence-Based Medicine – EBM)¹².

W zakresie gromadzenia takich danych i ich przetwarzania użyteczne być mogą i są systemy informatyczne. W literaturze dość powszechnie używa się w tym kontekście pojęcia sztucznej inteligencji (SI lub ang. AI – Artificial Intelligence).

W dniu 19 lutego 2020 r. Komisja Europejska opublikowała „Białą księgę w sprawie Sztucznej Inteligencji” (ang. *White Paper on Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust*)¹³. Wcześniej, w listopadzie 2018 r. Ministerstwo Cyfryzacji opublikowało „Założenia do strategii AI w Polsce. Plan działań Ministerstwa Cyfryzacji”¹⁴.

Sztuczna inteligencja jest pojęciem, którego po raz pierwszy użył J. McCarthy w 1955 r. podczas konferencji w Dartmouth poświęconej właśnie tej tematyce¹⁵. Sztuczna inteligencja to nazwa technologii i dziedzina badań naukowych informatyki na styku z neurologią, psychologią, kognitywistyką oraz systematyką, a nawet ze współczesną filozofią. Zaś działaniem inteligentnym określa się samodzielne podejmowanie decyzji w oparciu o wyciąganie wniosków ze zgromadzonej wiedzy i doświadczeń. A.

¹¹ Zob. K. Łanda, *Wytyczne i standardy kliniczne – aktualna wiedza medyczna*, za: E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, LEX 2014, http://www.hta.pl/zalaczniki/publikacje/wytyczne_i_standardy_kliniczne.pdf.

¹² E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 77.

¹³ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

¹⁴ Założenia do strategii AI w Polsce. Plan działań Ministerstwa Cyfryzacji, Ministerstwo Cyfryzacji 2018, <http://cli.re/LNXz9N> [dostęp: 10.05 2021].

¹⁵ P. Stylec-Szromek, *Sztuczna inteligencja – prawo, odpowiedzialność, etyka*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” 2018, Seria: Organizacja i Zarządzanie, z. 123, <https://www-arch.polsl.pl/wydzialy/ROZ/ZN/Documents/zeszyt%20123/Stylec-Szromek.pdf>.

Kaplan i M. Haenlein definiują sztuczną inteligencję jako „zdolność systemu do prawidłowego interpretowania danych pochodzących z zewnątrz, nauki na ich podstawie oraz wykorzystywania tej wiedzy, aby wykonywać określone zadania i osiągać cele poprzez elastyczne dostosowanie”. Natomiast jeden z ojców sztucznej inteligencji M. Minsky powiedział, że jest to „sztuka uczenia maszyn robienia rzeczy, które, gdyby wykonywał je człowiek, wymagałyby użycia inteligencji”¹⁶. Jedną z ciekawszych definicji sztucznej inteligencji jest twierdzenie, że SI to twórcza kontynuacja filozofii w kierunku rozumienia i budowy bytów inteligentnych¹⁷. W opracowaniach nawiązujących do problematyki SI podkreśla się wreszcie, że integralnym elementem przywołanej definicji jest to, iż korzystanie z tych systemów służy wspomaganie lub substytucji pracy umysłowej człowieka¹⁸.

Ostatecznie komponentami (zachowaniami) SI są: percepcja, nauka, uznanie, posługiwanie się językiem, manipulacja symbolami, kreatywność oraz rozwiązywanie problemów¹⁹.

W piśmiennictwie wskazuje się, że SI bazuje na uczeniu maszynowym. Pojęciem ściśle związanym z uczeniem maszynowym jest odkrywanie wiedzy – a więc proces tworzenia nietrywialnych powiązań między informacjami, wykraczającymi poza wcześniej dostępne dane. Błędem byłaby jednak próba zrównania systemów uczenia maszynowego z systemami sztucznej inteligencji. Te drugie postrzegane są jako kolejny etap ewolucji następujący po uczeniu maszynowym. Tak jak cechą charakterystyczną dla systemów uczenia maszynowego jest zdolność do odkrywania wiedzy, tak wyróżnikiem systemów SI jest zdolność do podejmowania samodzielnych

¹⁶ W. Furmanek, *Piąta rewolucja przemysłowa. Eksplikacja pojęcia*, „Edukacja – Technika – Informatyka” 2018, nr 2/24, DOI: 10.15584/eti.2018.2.38. Por. także: S. Kotecka-Kral, *Elektroniczny obrót gospodarczy i jego bezpieczeństwo. Wykłady*, https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/EO-G_W-1.pdf, [dostęp: 2.07.2021].

¹⁷ F. Dul, *Wprowadzenie do sztucznej inteligencji, Materiały edukacyjne*, Politechnika Warszawska, https://www.meil.pw.edu.pl/pl/content/download/21173/112843/.../AI_Agent_14.pdf.

¹⁸ I. Oleksiuk, *Założenia aksjologiczne autorskoprawnej ochrony twórczości w świetle rozwoju sztucznej inteligencji*, „Acta Iuris Stetinensis” 2 (18), DOI:10.18276/ais.2017.18-14, s. 248.

¹⁹ M. Furmankiewicz, A. Sołtysik-Piorunkiewicz, P. Ziuziański, *Artificial intelligence and multi-agent software for e-health knowledge management system*, „Informatyka Ekonomiczna Business Informatics” 2014, nr 2(32), s. 53.

decyzji. Chociaż algorytmy uczenia maszynowego potrafią budować własne wnioski oraz uczyć się (doskonalić) na podstawie historycznych doświadczeń, to decyzje przez nie podejmowane ograniczają się do przewidzianych w pierwotnym kodzie programu²⁰. Z czasem przyjęto, że na SI składa się, obok uczenia maszynowego, tzw. *deep learning system* – „system głęboko uczący się”. Niemniej ostatecznie przyjąć należy, że ze **sztuczną inteligencją wiąże się podejmowanie decyzji w sytuacji niepredefiniowanej**.

Z perspektywy tematu niniejszego opracowania istotne jest, że wyróżniamy dwie postaci (rodzaje, poziomy) sztucznej inteligencji: słabą SI oraz silną SI. Przy czym ta ostatnia utożsamiana jest z samoświadomością – cyfrowym umysłem, mającym własną wolę²¹. Dzieje postępu technologicznego (i jego obecny poziom) pozwalają też na wskazanie stopni (poziomów) autonomiczności SI:

- 1) brak autonomiczności, zwykły program komputerowy, wykonuje wcześniej zaprogramowane polecenia – przy czym podkreślić należy, że w zasadzie w tym przypadku nie można mówić o SI;
- 2) przetwarzanie danych i prezentowanie rezultatów z wykorzystaniem zdolności uczenia się; w tym przypadku system nie podejmuje żadnych decyzji;
- 3) przetwarzanie danych i prezentowanie rezultatów z wykorzystaniem zdolności uczenia się; system rekomenduje konkretne działania do podjęcia, które można przyjąć lub odrzucić;
- 4) przetwarzanie danych i prezentowanie rezultatów z wykorzystaniem zdolności uczenia się i wykonywanie ich; na tym poziomie dochodzi do dalszego rozróżnienia na podstawie roli człowieka w procesie decyzyjnym:
 - 3a – człowiek musi zatwierdzić ważniejsze działania;
 - 3b – AI zarządza całością określonych procesów.

²⁰ M. Rojszczak, *Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu*, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2019, s. 1–22.

²¹ M. Rojszczak, *Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu...*

Specjaliści twierdzą, że obecnie osiągnęliśmy poziom 3a, a zatem nie ma jeszcze pełnej sztucznej inteligencji – na poziomie 3b²². Trzeba mieć jednak świadomość, że wskazane rozróżnienie wbrew pozorom nie jest bezdyskusyjne i precyzyjne. Wydaje się, że między poziomem (1) a poziomem (2) nie ma – z logicznego punktu widzenia – większej różnicy; podobnie między poziomem (2) a (3a). Postawić także można tezę, że stopnie te nie tyle rozgraniczają poziomy sztucznej inteligencji, ile sposób interakcji systemu z człowiekiem (coś, co można określić mianem interfejsu). Ponadto prawdą jest, że pojęcie sztucznej inteligencji jest już powszechnie używane, nawet przez informatyków, bez zachowania powyższego rozróżnienia. Powtórzyć jednak należy, że obecnie nie został osiągnięty poziom właściwej sztucznej inteligencji.

Warto również zwrócić uwagę, że w tym kontekście w literaturze przedmiotu coraz częściej pojawia się pojęcie agenta inteligentnego, które jest wykorzystywane w diagnostyce medycznej. Termin „agent inteligentny” jest używany dla określenia wszelkich typów systemów informatycznych, które dzięki zdolności uczenia się i (zazwyczaj bardzo ograniczonej) swobody w podejmowaniu decyzji mogą samodzielnie rozwiązywać problemy określonego rodzaju²³. Wskazuje się, że inteligencja (racjonalność) agenta to funkcja przekształcająca postrzeganie w działanie. Przy czym agent jest autonomiczny, jeżeli jego zachowanie jest określone przez jego własne doświadczenie (wykorzystujące zdolność uczenia się i adaptacji). Uczenie zaś jest niezbędne, gdy agent ma działać w nieznanym mu środowisku lub gdy własności środowiska istotnie zmieniają się w czasie²⁴.

Wykorzystanie technologii komputerowej do wspomagania decyzji klinicznych zostało po raz pierwszy użyte już pod koniec lat 50. przez amerykańskich naukowców Roberta Stevena Ledleya oraz Lee B. Lusteda,

²² T. Zalewski, *Definicja sztucznej inteligencji*, [w:] L. Lai, M. Świeczyński, *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa 2020, s. 11–13.

²³ M. Rojszczak, *Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu...* Por. też: P. Filipkowski, *Synteza algorytmu agenta pośredniczącego w e-platformach transakcyjnych*, „Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2015, nr 36, s. 331–350.

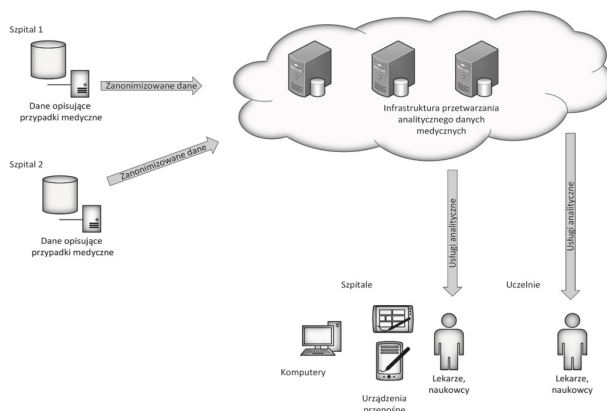
²⁴ F. Dul, *Wprowadzenie do sztucznej inteligencji, Materiały edukacyjne...*

którzy stworzyli Digital Electronic Computers in Biomedical Science²⁵. Współczesny serwer usług analitycznych jest komponentem umożliwiającym wykorzystanie zbudowanych modeli analitycznych przez szerszą grupę użytkowników na potrzeby oceny wskazanych przez nich przypadków medycznych (*big data*).

Udostępnione usługi mogą obejmować:

- ⇒ przeprowadzenie klasyfikacji przypadku medycznego.
- ⇒ wskazanie κ najbardziej podobnych przypadków medycznych.
- ⇒ wizualizację przypadku medycznego w odniesieniu do wybranej populacji.
- ⇒ wskazanie najczęściej współwystępujących jednostek chorobowych.
- ⇒ wskazanie najczęściej stosowanych oraz najskuteczniejszych procedur medycznych.
- ⇒ wskazanie najczęściej występujących efektów ubocznych²⁶.

Koncepcję budowy systemu analitycznego w chmurze można zilustrować w następujący sposób²⁷:



²⁵ P. Jasłowska, M. Jasłowski, I.J. Jóźwiak, *Zastosowanie systemów wspomagania decyzji klinicznych w diagnostyce chorób rzadkich*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” 2017.

²⁶ M. Mazurek, *Architektura systemu wspomagania decyzji medycznych wykorzystująca technologię przetwarzania danych big data*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2014, nr 35, *Technologie informatyczne w służbie zdrowia*, s. 257–271.

²⁷ M. Mazurek, *Architektura systemu wspomagania decyzji medycznych...*

W badaniach prowadzonych na całym świecie potwierdzono pozytywny związek między procesem wdrożenia CDSS (Clinical Decision Support System) a poprawą jakości dostawy opieki zdrowotnej²⁸. Probabilistyczne programy diagnostyki medycznej są w stanie diagnozować wiele chorób na poziomie lekarza specjalisty²⁹.

Systemy wspomaganie decyzji klinicznych są to systemy komputerowe, które na bazie danych pacjenta mogą dostarczyć personelowi medycznemu wskazań dotyczących decyzji klinicznych na drodze zaawansowanej analizy danych.

Decyzja kliniczna może być wspomagana w sposób bezpośredni lub pośredni. W przypadku wspomagania bezpośredniego system sugeruje decyzje diagnostyczne i terapeutyczne na bazie modeli decyzyjnych i wykorzystując wiedzę ekspercką – tzw. **systemy ekspertowe**. System taki prezentuje cały proces wnioskowania i uzasadniania swojej decyzji. Model jego funkcjonowania przebiega następująco: ekspert → informacja → transformowanie w fakty i reguły (uczenie maszynowe) → baza wiedzy systemu → wnioskowanie maszyny → interfejs użytkownika. Przy tym „ekspertem” są publikacje naukowe i podręczniki medyczne oraz – w ogromnej ilości – czyste dane diagnostyczne. System wspomagania pośredniego gromadzi dowody, fakty, argumenty, wykorzystując repozytoria z danymi historycznymi oraz z danymi z publikacji medycznych. Na marginesie warto dodać, że systemy te mogą być samodzielne lub zintegrowane z innymi systemami funkcjonującymi w placówkach medycznych oraz oparte na standardach. Program ten utworzony jest z 3 części: utrzymanie, biblioteka i wiedza. Część utrzymania zawiera informację o tym, kto jest twórcą danej reguły, kiedy została utworzona, kiedy została zmodyfikowana i jaki ma status walidacji. Sekcja biblioteki opisuje kliniczną rolę reguł, ich cel, słowa kluczowe, wytyczne i najlepszy

²⁸ V. Martsenyuk, A. Semenets, *System elektronicznych zapisów medycznych dla wspomagania decyzji z wykorzystaniem Google Application Engine (GAE)*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2016, nr 308.

²⁹ F. Dul, *Wprowadzenie do sztucznej inteligencji, Materiały edukacyjne...*

sposób leczenia. Sekcja wiedzy składa się z podsekcji: typ, dane, wywołanie, logika, działanie, priorytet³⁰.

Przykładem takiego systemu jest pediatryczny program diagnostyczny Isabel, który ma w bazie ok. 11 tys. chorób oraz 4 tys. leków i jest stale walidowany. W testach, jak wskazują producenci, osiąga wysoki poziom dokładności – ok. 95% przypadków zostaje prawidłowo zdiagnozowanych³¹.

Zdolność systemów informatycznych do diagnozowania lub przewidywania ryzyka choroby szybko się rozwija. W ostatnich tygodniach naukowcy ujawnili modele sztucznej inteligencji, które skanują obrazy siatkówki w celu przewidywania ryzyka chorób oczu i sercowo-naczyniowych oraz analizują mammografię w celu wykrycia raka piersi. Niektóre narzędzia cyfrowe weszły już do praktyki klinicznej. Ale samo to nie oznacza, że diagnostyka SI jest gotowa do zastosowań klinicznych. Na przykład jedno badanie opublikowane kilka lat temu wykazało, że model SI wykrył raka piersi na całych obrazach slajdu lepiej niż 11 patologów, którym dano na czas oceny około jednej minuty na obraz. Jednak patolog, mając nieograniczony czas, wykonywał zadania równie dobrze jak sztuczna inteligencja, i częściej niż komputery znajdował przypadki trudne do wykrycia³².

Ostatecznie, w systemie zarządzaniu wiedzą w e-zdrowiu w kontekście AI wykorzystuje się systemy wieloagentowe (multiagenci oprogramowania – MAS). Warto tylko wspomnieć, że wykorzystywane są one w czterech obszarach: aplikacje wspomagające życie pacjenta, diagnostyka medyczna, telemonitoring oraz „inteligentne” szpitale. W związku z tym podkreśla się, że w branży medycznej i systemach opieki zdrowotnej istnieje wiele obszarów, które mogłyby skorzystać na systemach opartych na technologii agentowej (zwłaszcza MAS): (1) systemy diagnozujące

³⁰ P. Jasłowska, M. Jasłowski, I.J. Józwiak, *Zastosowanie systemów...*

³¹ <https://www.isabelhealthcare.com/>.

³² *AI diagnostics need attention*, „Nature” 2015, 555, 285 (2018), DOI: <https://doi.org/10.1038/d41586-018-03067-x>, <https://www.nature.com/articles/d41586-018-03067-x>; i przywołana publikacja: B.E. Bejnordi i in., J. Am. Med. Assoc. 2017, t. 318, s. 2199–2210.

choroby, (2) systemy rekomendujące leczenie, (3) systemy badania historii pacjenta, (4) wsparcie oddziałów opieki paliatywnej. Przykładowo wskazać należy system OHDS (Ontology based Holonic Diagnostic System), wspierający lekarzy w diagnostyce, leczeniu i nadzorowaniu procesów ewolucji nowych epidemii, opierający się na eksploracji wszystkich danych odnoszących się do każdego przypadku i na podstawie zawartych danych naukowych w różnych profesjonalnych bazach danych, czy HealthAgents, mający na celu poprawę klasyfikacji guzów mózgu w rozproszonej sieci lokalnych baz danych³³.

Warto więc podkreślić (nieco na marginesie głównego wątku), że instytut badawczy The Future of Life Institute opracował zasady, które mają zapewnić możliwość wzmocnienia pozycji ludzi w świecie SI w nadchodzących dziesięcioleciach i stuleciach. Spośród wielu z nich warto przywołać tylko te, które w środowisku medycznym mają szczególne znaczenie, chociaż dotyczą wielu obszarów (stąd brak ciągłej numeracji):

- 6) **bezpieczeństwo:** systemy SI powinny być bezpieczne przez cały okres ich eksploatacji oraz możliwe do zweryfikowania, o ile ma to zastosowanie i jest wykonalne;
- 7) **przejrzystość awarii:** jeśli system SI powoduje szkody, powinno być możliwe ustalenie dlaczego;
- 9) **odpowiedzialność:** projektanci i konstruktorzy zaawansowanych systemów sztucznej inteligencji są interesariuszami w zakresie moralnych implikacji ich używania, niewłaściwego użytkowania i działań, z odpowiedzialnością i możliwością kształtowania tych implikacji;
- 10) **dostosowanie wartości:** wysoce autonomiczne systemy SI powinny być projektowane w taki sposób, aby ich cele i zachowania były zgodne z wartościami ludzkimi przez cały okres ich działania;
- 11) **wartości ludzkie:** systemy sztucznej inteligencji powinny być projektowane i obsługiwane tak, aby były zgodne z ideałami godności ludzkiej, praw, wolności i różnorodności kulturowej;

³³ M. Furmankiewicz, A. Soltysik-Piorunkiewicz, P. Ziuziański, *Artificial intelligence and multi-agent software...*, s. 56.

- 16) kontrola człowieka: ludzie powinni wybrać, w jaki sposób i czy delegować decyzje do systemów sztucznej inteligencji, aby osiągnąć cele wybrane przez człowieka;
- 21) **ryzyko**: ryzyka stwarzane przez systemy SI, w szczególności ryzyko katastroficzne lub egzystencjalne, muszą być przedmiotem planowania i działań łagodzących współmiennie do ich spodziewanego wpływu;
- 22) **rekurencyjne** samodoskonalenie: systemy SI, zaprojektowane do rekurencyjnego samodoskonalenia lub samoreplikacji w sposób, który mógłby prowadzić do szybkiego wzrostu jakości lub ilości, muszą podlegać rygorystycznym środkom bezpieczeństwa i kontroli³⁴.

Odnotować także należy zasadę odnoszącą się do podejmowania decyzji, chociaż nie medycznych, a sądowych – zasada 8) **przejrzystość sądownicza**: każde zaangażowanie autonomicznego systemu w podejmowanie decyzji sądowych powinno dostarczać zadowalającego wyjaśnienia, które może być skontrolowane przez kompetentny organ ludzki³⁵.

Reasumując zagadnienie systemów informatycznych w medycynie, przyjąć należy, że na obecnym etapie rozwoju technologicznego system informatyczny ma **wspomóc i przyspieszyć** proces diagnozy, najczęściej w określonym obszarze medycyny.

W tym miejscu musi więc pojawić się pytanie, kto i na jakiej podstawie ponosić ma odpowiedzialność karną w przypadku, gdy system diagnostyczny zawiedzie, a pacjent poniósł szkodę. Ostateczną odpowiedź poprzedzić muszą (wyjściowe) założenia, niebudzące w polskiej nauce prawa karnego żadnych wątpliwości.

1. W świetle polskiego prawa karnego odpowiedzialności karnej może podlegać tylko człowiek. Zatem chociaż rozważa się w UE (zalecenie dla Komisji Europejskiej z 2017 r.) wprowadzenie – obok osób fizycznych i prawnych – osób cyfrowych („elektronicznych osób prawnych”), to taka decyzja – nawet jeśli nastąpi – ostatecznie niewiele zmieni

³⁴ *Asilomar AI Principles, The Future of Life Institute*, <https://futureoflife.org/ai-principles/>.

³⁵ *Ibidem*.

na płaszczyźnie prawa karnego. Z obszaru więc dzisiejszych rozważań należy wyłączyć zagadnienie odpowiedzialności sztucznej inteligencji.

2. W polskim systemie prawa karnego nie ma odpowiedzialności karnej na zasadzie ryzyka czy winy w nadzorze. To oznacza, że chociaż padają propozycje, aby odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez systemy autonomiczne przypominała odpowiedzialność za szkody wyrządzone za zwierzę³⁶, to jednak jest to koncepcja bliższa odpowiedzialności cywilnej, a nie karnej.

3. Nie ma także wątpliwości, że odpowiedzialność karna odnosić się może wyłącznie do czynów zabronionych, bezprawnych i zawinionych, a każda z wymienionych przesłanek ma swoje (w miarę) precyzyjne znaczenie normatywne.

Zacząć wypada od stwierdzenia, że w przypadku każdego systemu korzystającego z technik uczenia maszynowego do grona potencjalnych podmiotów odpowiedzialnych można zaliczyć producenta, operatora (podmiot odpowiedzialny za jego działanie) oraz trenera (podmiot mający wpływ na odpowiednie przygotowanie systemu do pracy). Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, że w zależności od stopnia swobody systemu w podejmowaniu własnych decyzji oraz czasu jego eksploatacji ciężar odpowiedzialności będzie przesuwiał się z producenta na operatora, a następnie z operatora na trenera³⁷. To – w przełożeniu na język karnistyki – oznacza, że za wadę narzędzia skutkującą np. śmiercią pacjenta może odpowiadać wskazany krąg podmiotów w oparciu o przepis przewidujący odpowiedzialność karną za nieumyślne spowodowanie śmierci – art. 155 k.k. (inne typizacje wchodzące w grę to przepisy kryminalizujące nieumyślny uszczerbek na zdrowiu oraz nieumyślne narażenie na niebezpieczeństwo uraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu – art. 156, art. 167, art. 160 k.k.). Podkreślić jednak należy, że ustawowy opis tych czynów wymaga uwzględnienia (przy ustalaniu odpowiedzialności) adekwatnie sformatowanej kauzalności, naruszenia reguł ostrożności oraz

³⁶ E. Kurowska-Tober, L. Czynieńnik, M. Koniarska, *Aspekty prawne sztucznej inteligencji – zarys problematyki*, dodatek Monitora Prawniczego z 2019 r. Nr 21, System Informacji Prawnej Legalis.

³⁷ M. Rojszczak, *Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu...*

przynajmniej możliwości przewidywania popełnienia czynu zabronionego. Na tej płaszczyźnie można podzielić zdanie W. Filipkowskiego, że *de lege ferenda* zasadne jest/będzie tworzenie typów zabronionych w odmiennie nieumyślnej lub formalnych³⁸.

Zasadniczy jednak problem rozważań to ewentualna odpowiedzialność lekarza za niepowodzenie w leczeniu przy zastosowaniu systemu informatycznego. Mając na uwadze, że w grę wchodzi te same typizacje i te same przesłanki przypisania odpowiedzialności, podstawową rozstrzygającą kwestią jest ustalenie wspomnianych już reguł postępowania z dobrem prawnym³⁹ i karnoprawna ocena błędu co do reguł postępowania.

Nie ma wątpliwości, że co do zasady koncepcja tworzenia, a później wykorzystania systemu informatycznego, dysponującego olbrzymią liczbą danych i informacji naukowych dla wsparcia działalności medycznej mieści się w przyjętych regułach postępowania związanych z udzielaniem świadczeń medycznych. Gromadzone informacje uwzględniają (w najlepszy zresztą sposób) najnowsze doniesienia naukowe oraz praktykę diagnostyczną i terapeutyczną – wynikają zatem z wiedzy i doświadczenia tysięcy lekarzy, stanowią „aktualną wiedzę medyczną”⁴⁰. Systemy te tworzą względnie uniwersalny katalog informacji, pozwalający na uwzględnienie tzw. chorób rzadkich, z którymi wielu lekarzy praktycznie się nie spotyka. Ponadto, związana z takim modelem standaryzacja postępowania z pacjentem jest – jak się wydaje – coraz szerzej akceptowana w świecie medycyny. Przykładowo, zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej, konieczne jest wypracowanie standardów postępowania, jeśli się przyjmie jako zasadę stosowanie zalecanej metody, a jako wyjątek – usprawiedliwiony specyfiką konkretnego przypadku – podejście nietypowe.

³⁸ W. Filipkowski, *Prawo karne wobec sztucznej inteligencji*, s. 123.

³⁹ Por. też: M. Byczyk, *Czyn nieostrożny jako podstawa odpowiedzialności karnej*, „Ius Novum” 2014, nr 4; R. Patryn, *Określenie zasady postępowania lekarza z należytą starannością z płaszczyzny orzecznictwa sądowego*, „PiM” 2012, nr 2.

⁴⁰ T. Widlak, *Interpretacja klauzuli ‘aktualna wiedza medyczna’ w polskim prawie – zarys zagadnień epistemologicznych i metodologicznych*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. 38, s. 603–613, https://prawo.ug.edu.pl/sites/default/files/_nodes/strona-pia/33461/files/38widlak.pdf.

Jak jednak zaznacza autorka, rzecz w tym, aby narzędzie, jakim jest standard postępowania, znalazło się w ręku podmiotu, którego kompetencje pozwolą na spostrzeżenie, kiedy ma do czynienia z pacjentem wymagającym innego postępowania niż standardowe – to zaś jest raczej problemem z zakresu dydaktyki i rozwoju zawodowego lekarzy, nie zaś zagadnieniem prawnej natury⁴¹. I z tym ostatnim fragmentem trudno się zgodzić. Ale jest to kwestia należąca – z perspektywy omawianej problematyki – do odrębnej grupy zagadnień, o których będzie mowa dalej. Zdarzają się jednak w piśmiennictwie głosy przeciwko katalogowaniu zasad wiedzy medycznej w formie standardów, ponieważ w ocenie oponentów rodzą one niebezpieczeństwo automatyzmu i schematyzmu w działaniach lekarza, a równocześnie nie dają szans ani na zminimalizowanie błędów lekarskich, ani na obniżenie nakładów na ochronę zdrowia⁴². Jednak w opinii E. Zielińskiej pozytywnie należy odnieść się do idei wyraźnego ustawowego określenia kompetencji zespołów eksperckich, powoływanych przez poszczególne medyczne stowarzyszenia naukowe, do ustanawiania tych standardów, przy uwzględnieniu rzeczywistych możliwości finansowych publicznego systemu ochrony zdrowia⁴³.

Przypomnieć należy, że najczęściej wspomina się o trzech aspektach każdego czynu, uwzględnianych przez reguły postępowania z dobrem: kwalifikacjach podmiotu, właściwego narzędzia użytego w kontakcie z dobrem oraz sposobu wykonania czynności w kontakcie z dobrem⁴⁴. Sięganie po cyfrowe wspomaganie przy podejmowaniu decyzji diagnostycznej lub terapeutycznej również w świetle tych trzech aspektów należy ocenić.

⁴¹ T. Dukiet-Nagórska, *Reguły ostrożnego postępowania (standardy postępowania) w publicznych zakładach opieki zdrowotnej*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 3, s. 9. Z aprobatą: E. Zielińska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014.

⁴² B. Kamiński, *Na marginesie reformy, standardów medycznych i Europejskiej Konwencji Bioetycznej – refleksje klinicysty*, „PiMP” 1999, nr 3, s. 109.

⁴³ E. Zielińska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, 2014.

⁴⁴ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 34.

O kwalifikacjach podmiotowych wprost wspomina przywołany na wstępie art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty. Nie ma wątpliwości, że medyczne bazy danych w ogromnej mierze ułatwią realizację tego obowiązku – stanowić mogą „dane, którymi lekarz dysponował albo mógł dysponować, mając na uwadze wymagania aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej”⁴⁵. Poczynić należy jednak dwie uwagi. Po pierwsze przywołany obowiązek wykonywania zawodu zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy i z należytą starannością zawiera w sobie także obowiązek uzyskania dostatecznych informacji o stosowanym produkcie⁴⁶. I nie ma wątpliwości, że systemy informatyczne dzięki swojej funkcjonalności stają się narzędziem, które współczesny lekarz musi dobrze poznać i umiejętnie wykorzystywać. Nie jest to zresztą nic nowego, gdyż od dziesięcioleci lekarz wspierany jest mniej lub bardziej skomplikowanymi urządzeniami, co wymaga od niego nie tylko znajomości medycyny, ale właśnie zasad funkcjonowania wspomnianych urządzeń. Po drugie, jak wskazuje się w literaturze, skuteczność (prawidłowość) diagnozy uzyskuje się w przypadku umiejętnie zadanego pytania systemowi – umiejętnie przeprowadzonej czynności wprowadzania własnych danych (kryteriów pytań). Z pewnością są to nowe umiejętności, nienależące do tradycyjnej wiedzy medycznej.

We współczesnej medycynie jakość używanego narzędzia jest nie do przecenienia. Jego znaczenie podkreśla się poprzez użycie takich sformułowań, jak: właściwe narzędzie czy narzędzie dostosowane do okoliczności. W przypadku bardziej skomplikowanych narzędzi lub tych, których użycie następuje w kontakcie z najważniejszymi dobrami prawnymi, wspomina się o ateście jako potwierdzeniu dopuszczalności do takiego użycia. W świecie cyfrowym wybór narzędzia nie należy już do konkretnego lekarza przeprowadzającego diagnozę lub terapię, a zatem wadliwość na tej płaszczyźnie oceniana być musi już nie w kontekście błędu (np. diagnostycznego) lekarza, ale błędu organizacyjnego, za który może

⁴⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 marca 2014 r. (I ACa 1274/13, LEX nr 1439257).

⁴⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 marca 2015 r. (I ACa 515/14, LEX nr 1665867).

ponieść odpowiedzialność osoba podejmująca decyzję o wyposażeniu placówki w taki, a nie inny system wspomagający.

Najtrudniejszym i budzącym najwięcej wątpliwości jest kwestia sposobu wykonania czynności w kontakcie z dobrem przy zastosowaniu systemu informatycznego. Tutaj pojawiają się dwa zagadnienia, przy czym kluczowe wydaje się drugie: (1) czy lekarz ma obowiązek kontrolowania sprawności systemu i (2) czy na lekarzu ciąży obowiązek weryfikacji zaproponowanej diagnozy i terapii. Na pytania te oczywiście nie może odpowiadać prawnik, tylko zespół ekspertów, opracowujących metaregulę postępowania w informację podaną przez system.

W świetle drugiego pytania warto zauważyć, że problem nie jest nowy i kwestia „obowiązywania” określonych – „tradycyjnych” – standardów, algorytmów postępowania była przedmiotem licznych opracowań. Choćby bowiem regułą stała się konieczność przestrzegania określonych standardów (algorytmów), to w konkretnych przypadkach odejście od standardowej procedury może stanowić przejaw realizacji zaostrzonej reguły należytej staranności lekarza, a w tym dowód zastosowania wskazań aktualnej wiedzy. Zasada udzielania świadczeń zdrowotnych z należytą starannością jest konsekwencją zasady udzielania świadczeń zgodnie z aktualną wiedzą medyczną; co więcej – jest z nią w sposób immanentny związana⁴⁷. Jednakże, jak zauważają M. Boratyńska i P. Konieczniak, w rutynowej (nieeksperymentalnej) praktyce lekarz ma prawo posługiwać się tylko metodami o zweryfikowanej – i to pozytywnie – przydatności⁴⁸. W innym miejscu wspomniani autorzy piszą, że „literatura fachowa nie jest pełną, wyczerpującą kodyfikacją reguł ostrożności i niekiedy musimy szukać ich treści w innych źródłach. Te inne źródła mają jednak naszym zdaniem jedynie charakter pomocniczy. Tak więc, treść zasad ostrożności można niekiedy odczytać na podstawie analizy powszechnie przyjętej praktyki, podchodząc do niej jednak z dużą ostrożnością, ponieważ praktyka, nawet masowo wykonywana, może być oczywiście błędna. [...]

⁴⁷ M. Kopeć, [w:] M. Kopeć (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, LEX.

⁴⁸ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Nierejestrowane produkty lecznicze i suplementy diety. Uwagi na tle orzecznictwa Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie*, „PiM” 2013, nr 1–2, s. 7.

W przypadku konfliktu między tym, co wynika z literatury profesjonalnej, a przyjętą praktyką, ta pierwsza ma znaczenie rozstrzygające⁴⁹. Niewątpliwie wciąż żywy jest w tym kontekście spór, czy można mówić o „sztuce medycznej” i autonomii wykonywania zawodu lekarza⁵⁰.

Z kolei kwestia zaufania do prawidłowego działania systemu również opiera się na dawnych wypracowanych zasadach i również sprowadza się do reguł ostrożności czy reguł postępowania z dobrem prawnym. A. Dąbek i R. Kubiak przywołują zasadę ograniczonego zaufania między pracownikami medycznymi a wytwórcami produktów leczniczych i wyrobów medycznych⁵¹. Oznacza to, że nie musi następować każdorazowa weryfikacja sprawności działania, spełniania wymogów, dotrzymywania parametrów. Jednak sygnały świadczące o błędzie w wyrobie medycznym – w tym przypadku: błędzie w systemie – powinny skłonić lekarza do zaniechania korzystania z niego. W przeciwnym razie może ponieść odpowiedzialność karną⁵².

Kwestia karnoprawnej oceny posługiwania się w pracy lekarza cyfrowym wspomaganie *mutatis mutandis* porównana być może do zagadnienia oceny pracy zespołowej (nie tylko) przy zabiegach medycznych⁵³, zwłaszcza sekwencyjnej. Zdaniem M. Filara „zaufanie określonego członka takiego zespołu do działań innych jego członków musi być uznawane za

⁴⁹ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, „PiM” 1999, nr 3, s. 54.

⁵⁰ T. Widlak, *Interpretacja klauzuli ‘aktualna wiedza medyczna’...*, s. 613.

⁵¹ A. Dąbek, R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za skutki błędu medycznego popełnionego w zespołowym współdziałaniu*, [w:] E. Zielińska (red.), *System prawa medycznego. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, tom III, Warszawa 2021, s. 449.

⁵² Por. sprawę pięciu poparzonych pacjentek onkologicznych w wyniku niesprawnego aparatu do radioterapii w 2001 r. w Białymstoku. Sąd Rejonowy w Białymstoku uniewinnił lekarkę z Białostockiego Ośrodka Onkologicznego, oskarżoną o narażenie na niebezpieczeństwo utraty zdrowia, a nawet życia jednej z pięciu pacjentek poparzonych podczas radioterapii. Drugiego oskarżonego w tej sprawie, technika fizyka, sąd skazał na karę grzywny, ale zmienił mu kwalifikację czynu na działanie nieumyślne, <https://pulsmedycyny.pl/wyrok-w-sprawie-poparzonych-kobiet-878016>.

⁵³ Por. przykładowo: R. Tymiński, *Odpowiedzialność karna za działania w zespole medycznym*, „PS” 2021, nr 5, s. 77–97, G. Rejman, *Odpowiedzialność karna personelu medycznego działającego w zespole*, „Palestra” 1983, nr 27/10 (310), 1983, s. 55–71, bazhum.muzhp.pl.

regulę, gdyż weryfikowanie ich na każdym kolejnym etapie procesu leczenia sparaliżowałoby takie działanie”. Cytowany autor dostrzega jednak konieczność eliminacji absolutnego zaufania pozbawionego pewnych ograniczeń, a wynikającego ze staranności i regul ostrożności. Zauważa on potrzebę odróżnienia błędu organizacyjnego od błędu lekarskiego, który nie jest powiązany z działaniami organizacyjnymi czy administracyjnymi⁵⁴. Aktualnie w doktrynie akceptuje się więc koncepcję „ograniczonego zaufania”, zgodnie z którą zakłada się, że każdy wykwalifikowany członek zespołu wykonuje swoje obowiązki rzetelnie, a zaufanie trwa tak długo, aż niepożądane oznaki go nie podważą, i wówczas kierownik ma uprawnienie, a wręcz obowiązek traktować danego członka zespołu tak, jakby utracił doń zaufanie. Ponadto nadzór lekarza powinien koncentrować się na punktach działalności personelu pomocniczego, które wykaczają poza umiejętności lub kompetencje poszczególnego uczestnika zespołu medycznego⁵⁵. Jak wskazuje R. Kubiak, działalność zespołowa wymusza jednak skonstruowanie swoistych metaregul ostrożności, ukierunkowanych na minimalizację ryzyka przy czynnościach grupowych. Wskazując na wspomnianą już koncepcję ograniczonego zaufania, autor ten precyzuje, że granice te powinny być wytyczone w oparciu o indywidualny obowiązek ostrożności, ciążyący na danym członku zespołu. Zasada ta nieco inaczej jest stosowana w poziomych i pionowych powiązaniach między pracownikami medycznymi. W tym pierwszym przypadku generalnie zbliża się do pełnego zaufania (między dwoma specjalistami), natomiast w tym drugim osoba mająca przewagę informacyjną wynikającą z doświadczenia, wiedzy oraz stojąca formalnie na czele danego zespołu powinna wykazać się dużą ostrożnością i raczej nie ufać podwładnym. Naturalnie w powiązaniu tym stopień zaufania kierownika będzie wzrastał

⁵⁴ M. Filar, [w:] *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, Warszawa 2004, s. 151–152.

⁵⁵ A. Malicki, A. Malicka-Ochter, *Odpowiedzialność karna kierownika zespołu operacyjnego w przypadku pozostawienia ciała obcego w polu zabiegu*, https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-odpowiedzialnosc-karna-kierownika-zespołu-operacyjnego-10112017-23820.pdf.

wraz z uzyskiwaniem przez podwładnych wyższych kwalifikacji i nabywaniem doświadczenia⁵⁶.

Reasumując – patrząc okiem prawnika i zastrzegając, że reguły prakseologiczne wypracowane być muszą przez świat medyczny – przyjąć należy, że **informatyczne wsparcie potraktować należy jak korzystanie z narzędzia, przy czym nie istnieje obowiązek sprawdzania jego „atestu” przez konkretnego lekarza. Jednak wynik wskazany przez system potraktować należy jak wypracowany przez naukę standard wiedzy medycznej, który ma charakter względnie obowiązujący (jeśli nadzwyczajne okoliczności nie wskazują konieczności przełamania standardu)**. Wraz ze stałym wzrostem autonomii systemów informatycznych do wskazanej diagnozy/terapii lekarz musi podchodzić jak do efektu działania innego członka zespołu medycznego.

Na zakończenie podkreślić należy, iż przyjmując, że bezpieczeństwo pacjentów jest priorytetem, a bezpieczeństwo prawne lekarzy jest wartością równie istotną, **reguły postępowania z dobrem – w tym przypadku korzystania ze SI – muszą być bardzo precyzyjnie określone, w tym: określony być musi w sposób niebudzący wątpliwości zakres „zaufania”, którym lekarz może lub powinien obdarzać wyniki otrzymane od systemu informatycznego, oraz rozstrzygnąć należy konieczność lub brak konieczności weryfikacji wskazań SI**. Ustalenia te i związane z nimi dekrety powinny nastąpić w oparciu o standardy wiedzy i praktyki medycznej. Innymi słowy, wyboru najlepszego algorytmu postępowania winien dokonać świat medycyny. Ustalenia te prawnicy niejako tylko przyjmują do wiadomości (ewentualnie wspierają redagowanie tekstu, jeśli ma charakter spisanej normy prawnej).

Ostatecznie przyjąć jednak należy, że polskie współczesne prawo karne nieźle sobie radzi z oceną w przypadku cyfrowego wsparcia decyzji medycznej zakończonych niepowodzeniem i wykształcone przez lada zasady odpowiedzialności karnej są w pełni *de lege lata* wystarczające.

⁵⁶ A. Dąbek, R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za skutki błędu medycznego popełnionego w zespołowym współdziałaniu*, s. 444–446.

W jednej z przywołanych tutaj publikacji autorzy – A. Malicki i A. Malicka-Ochtera – rozważali, na ile „stary” model postrzegania odpowiedzialności kierownika zespołu operacyjnego jest wciąż podobny do odpowiedzialności kapitana statku w przypadku katastrofy morskiej. Doszli do – słusznego – wniosku, że o takiej absolutnej i pełnej odpowiedzialności mowy być już nie może⁵⁷. Idąc tym tokiem myślenia, lekarza korzystającego z cyfrowego wspomaganie w czasie diagnozy lub terapii porównać można dzisiaj do pilota w nowoczesnym samolocie pasażerskim, który musi w pełni zaufać różnym systemom informatycznym, w tym automatycznemu pilotowi.

Bibliografia

- Asilomar AI Principles, The Future of Life Institute*, <https://futureoflife.org/ai-principles/>.
- Boratyńska M., Konieczniak P., *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, „PiM” 1999, nr 3.
- Boratyńska M., Konieczniak P., *Nierejestrowane produkty lecznicze i suplementy diety. Uwagi na tle orzecznictwa Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie*, „PiM” 2013, nr 1–2.
- Boratyńska M., Konieczniak P., *Standardy wykonywania zawodu lekarza*, [w:] E. Zielińska (red.), *System prawa medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, tom II, część 1, Warszawa 2019.
- Byczyk M., *Czyn nieostrożny jako podstawa odpowiedzialności karnej*, „Ius Novum” 2014, nr 4.
- Dąbek A., Kubiak R., *Odpowiedzialność karna za skutki błędu medycznego popełnionego w zespólnym współdziałaniu*, [w:] E. Zielińska (red.), *System prawa medycznego. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, tom III, Warszawa 2021.
- Dukiet-Nagórska T., *Reguły ostrożnego postępowania (standardy postępowania) w publicznych zakładach opieki zdrowotnej*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 3.

⁵⁷ A. Malicki, A. Malicka-Ochtera, *Odpowiedzialność karna kierownika zespołu operacyjnego...*

- Dul F., *Wprowadzenie do sztucznej inteligencji, Materiały edukacyjne*, Politechnika Warszawska, https://www.meil.pw.edu.pl/pl/content/download/21173/112843/.../AI_Agent_14.pdf.
- Filipkowski W., *Prawo karne wobec sztucznej inteligencji*, [w:] L. Lai, M. Świeczyński, *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa 2020.
- Filipkowski P., *Synteza algorytmu agenta pośredniczącego w e-platformach transakcyjnych*, „Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2015, t. 36.
- Furmanek W., *Piąta rewolucja przemysłowa. Eksplikacja pojęcia*, „Edukacja – Technika – Informatyka” 2018, nr 2/24.
- Furmankiewicz M., Soltysik-Piorunkiewicz A., Ziuziański P., *Artificial intelligence and multi-agent software for e-health knowledge management system*, „Informatyka Ekonomiczna Business Informatics” 2014, 2(32).
- Jasłowska P., Jasłowski M., Jóźwiak I.J., *Zastosowanie systemów wspomaganie decyzji klinicznych w diagnozowaniu chorób rzadkich*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” 2017.
- Kamiński B., *Na marginesie reformy, standardów medycznych i Europejskiej Konwencji Bioetycznej – refleksje klinicysty*, „PiM” 1999, nr 3.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2004.
- Kotecka-Kral S., *Elektroniczny obrót gospodarczy i jego bezpieczeństwo. Wykłady*, https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/EOG_W-1.pdf.
- Kurowska-Tober E., Czynienik Ł., Koniarska M., *Aspekty prawne sztucznej inteligencji – zarys problematyki*, dodatek Monitora Prawniczego z 2019 r. Nr 21.
- Malicki A., Malicka-Ochtera A., *Odpowiedzialność karna kierownika zespołu operacyjnego w przypadku pozostawienia ciała obcego w polu zabiegu*, https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-odpowiedzialnosc-karna-kierownika-zespołu-operacyjnego-10112017-23820.pdf.
- Martsenyuk V., Semenets A., *System elektronicznych zapisów medycznych dla wspomaganie decyzji z wykorzystaniem Google Application Engine (GAE)*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2016, nr 308.
- Oleksiuk I., *Założenia aksjologiczne autorskoprawnej ochrony twórczości w świetle rozwoju sztucznej inteligencji*, „Acta Iuris Stetinensis” 2 (18).
- Patryn R., *Określenie zasady postępowania lekarza z należytą starannością z płaszczyzny orzecznictwa sądowego*, „PiM” 2012, nr 2.
- Rejman G., *Odpowiedzialność karna personelu medycznego działającego w zespole*, „Palestra” 1983, nr 27/10(310).

- Rojszczak M., *Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu*, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2019.
- Stylec-Szromek P., *Sztuczna inteligencja – prawo, odpowiedzialność, etyka*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” 2018, Seria: Organizacja i Zarządzanie, z. 123.
- Tymiński R., *Odpowiedzialność karna za działania w zespole medycznym*, „PS” 2021, nr 5.
- Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014 (wyd. 2).
- Widlak T., *Interpretacja klauzuli ‘aktualna wiedza medyczna’ w polskim prawie – zarys zagadnień epistemologicznych i metodologicznych*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. 38.
- Zalewski T., *Definicja sztucznej inteligencji*, [w:] L. Lai, M. Świeczyński, *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa 2020.

Abstract

The main research problem is the question – to what extent the practice of digital support in medical activities requires changes in the general principles of criminal law in the event of treatment failure. The subject of the considerations in this publication will be the common part delineated by three research fields: (1) the issue of a doctor's error in making a medical decision, (2) the importance of digitization (automation) for determining liability, and (3) the issue of the principles of substantive criminal law. The analysis carried out in these three areas allowed the authors to make a diagnosis of the compatibility of modern criminal law to assess the behavior related to making medical decisions with the use of information systems. Formulating a general positive assessment of adequate legal solutions in this area, the authors put forward several *de lege ferenda* postulates.

Wykorzystanie wizerunku pacjenta przez lekarza. Zdjęcia przed i po zabiegu

Tak zwane zdjęcia przed i po obrazujące wizerunki pacjentów to nieodzowny element praktyki medycznej, począwszy od chirurgii medycznej i medycyny estetycznej, a na stomatologii czy bariatrii skończywszy. Fotorelacja stanowi istotny etap wykonywania zabiegów medycznych. Może ona być swoistą wizytówką lekarza, pełniąc funkcje promocyjne, zachęcające do skorzystania z usług danego specjalisty. Jest ona również pomocna dla pacjentów, którzy mogą porównać swój wygląd przed i po danym zabiegu i ocenić efekty konkretnej ingerencji. Fotografie przedstawiające wizerunki pacjentów mogą być wykorzystywane także w celach dydaktycznych. Organizacja szkoleń, konferencji czy naukowych sympozjów skłania do dzielenia się medycznymi osiągnięciami z szerszym gronem. Należy jednak pamiętać, że zdjęcia przedstawiające wizerunki pacjentów przed i po zabiegu chronione są tajemnicą lekarską, stanowiąc istotny element dokumentacji medycznej. Niniejsze opracowanie ma na celu przybliżenie cywilno- i autorskoprawnej problematyki wykorzystywania wizerunku pacjenta przez lekarza poprzez publikację zdjęć przed i po zabiegu medycznym.

1. Wizerunek pacjenta – definicja

Pragnąc zdefiniować pojęcie wizerunku pacjenta, należałoby rozpocząć od przybliżenia samego terminu „pacjent”, jako że w odróżnieniu od wyrazu „wizerunek” jest to słowo, które ma definicję legalną. Zgodnie

z art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p.¹ za pacjenta uznaje się osobę zwracającą się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającą ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Pacjentem będzie więc każda osoba, bez względu na to, czy jest zdrowa czy chora, korzystająca z usług medycznych. Z kolei pojęcie wizerunku nie ma definicji ustawowej i jest rozumiane niejednolicie w piśmiennictwie². Na potrzeby niniejszego opracowania autorka przyjmuje definicję Teresy Grzeszak, jako najwłaściwiej oddającą konstrukcję wizerunku. Zgodnie z nią wizerunek to „konkretyzacja obrazu fizycznego (jego emanacja i ustalenie, czyli «tego, co widać» np. na konkretnym zdjęciu) zdatna do rozpowszechniania”³. Stanowisko to wyraźnie odróżnia pojęcie wizerunku od obrazu fizycznego, czyli wyglądu osoby fizycznej. Rozpowszechniany jest bowiem nie sam wygląd, a ustalony obraz fizyczny. Warto podkreślić, że wizerunek będzie się zmieniał wraz z wiekiem, ale również wraz z dokonywaniem medycznych ingerencji, takich jak wykonanie operacji nosa czy usunięcie znamienia⁴. Wizerunkiem pacjenta będą więc jego utrwalone cechy, tworzące jego wygląd i umożliwiające identyfikację wśród innych osób⁵. Należy dodać, że wizerunek nie będzie obejmował jedynie całej twarzy pacjenta, ale tzw. elementy cielesności⁶, np. fragment twarzy czy nawet posturę uchwyconą od tyłu.

¹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz.U. 2020 poz. 849, dalej jako: u.p.p.).

² Definicje te zebrał A. Matlak, [w:] A. Matlak, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 2, s. 318–324.

³ T. Grzeszak, *Komentarz do art. 81 pr. aut.*, [w:] *Prawo autorskie. System Prawa Prywatnego*, t. 13, red. J. Barta, Warszawa 2017, s. 783, nb. 9.

⁴ A. Pazik, *Przedmiot i podmiot prawa do wizerunku*, „Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu” 2008, nr 1, s. 135.

⁵ E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, „ZNUJ PWiOWT” 1990, nr 56, s. 107.

⁶ P. Ślęzak, *Komentarz do art. 81 pr. aut.*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa 2017, Legalis, nb. 9.

Wizerunek pacjenta chroniony jest zarówno normami cywilnymi, jak i prawnoautorskimi, a także regulacjami RODO⁷, które pozostają poza ramami niniejszego opracowania. Ustawodawca wpisał wizerunek w katalog dóbr osobistych z art. 23 k.c.⁸ Z kolei w art. 81 pr.aut.⁹ legislator przesądził, że aby móc rozpowszechniać wizerunek osoby fizycznej zgodnie z prawem, konieczne jest co do zasady uzyskanie zezwolenia na rozpowszechnianie takiego wizerunku. Co istotne, immanentną cechą wizerunku jest jego rozpoznawalność, pomagająca zidentyfikować daną osobę¹⁰. Wymóg rozpoznawalności będzie się jednak kształtował odmiennie, w zależności od tego, czy mówimy o prawnoautorskiej konstrukcji wizerunku czy jego cywilnoprawnej odmianie. W nauce prawa autorskiego uznaje się, że osoba fizyczna musi być rozpoznawalna dla siebie i osób trzecich¹¹, zaś ocena rozpoznawalności powinna być obiektywna. Podług stanowiska Sądu Najwyższego krąg osób rozpoznających musi być na tyle duży, aby można było mówić o „uniwersalnej rozpoznawalności”¹². Nie będzie więc wystarczające, jeśli dany człowiek jest rozpoznawalny tylko dla rodziny, znajomych lub współpracowników¹³. Inaczej jest w przypadku cywilnoprawnej konstrukcji wizerunku, gdzie uznaje się za wystarczające, by ktokolwiek rozpoznał uprawnionego¹⁴. Jednakże przyznanie cywilnoprawnej ochrony powinno nastąpić jedynie

⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE. L. 2016.119.1 z 04.05.2016 r., dalej jako: RODO.

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740).

⁹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1062).

¹⁰ K. Stefaniuk, *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnianie podobizny*, „PiP” 1970, nr 1, s. 64

¹¹ T. Grzeszak, *op. cit.*, s. 791, nb. 14. Wyrok Sądu Najwyższego z 27 lutego 2003 r. (IV CKN 1819/00, OSP 6/2004, poz. 75).

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 27 lutego 2003 r. (IV CKN 1819/00, OSP 6/2004, Nr 6, poz. 75).

¹³ T. Grzeszak, *op. cit.*, s. 808, nb. 32.

¹⁴ T. Grzeszak, *op. cit.*, s. 791, nb. 14.

w razie zagrożenia bądź naruszenia interesów idealnych człowieka, takich jak np. cześć czy prywatność człowieka.

W nauce prawa zarysowało się rozróżnienie na rozpoznawalność bezpośrednią – na podstawie samej podobizny człowieka, oraz pośrednią – na podstawie dołączonego do zdjęcia komentarza czy opisu¹⁵. Rozróżnienia tego nie uznaje Sąd Najwyższy¹⁶, który przyjmuje, że sam sposób utrwalenia wizerunku musi pozwalać na rozpoznanie osoby fotografowanej¹⁷. Idąc w ślad za poglądem Sądu Najwyższego, należałoby wskazać, że samo umieszczenie danej informacji pod zdjęciem pacjenta nie sprawi, że wizerunek tej osoby stanie się rozpoznawalny. Dołączenie do fotografii opisu może wiązać się jednak z ochroną innych dóbr osobistych, takich jak cześć czy prywatność¹⁸.

Jeśli tylko sam lekarz prowadzący będzie w stanie rozpoznać wizerunek pacjenta, wykluczone będzie przyznanie ochrony prawnoautorskiej, jako że wizerunek nie będzie spełniał wymogu „powszechnej rozpoznawalności”. Takie zapatrywanie służy nie tylko swobodnemu informowaniu opinii publicznej, ale również popularyzowaniu wiedzy na temat konkretnych przypadków medycznych¹⁹. Dlatego nie można zgodzić się z poglądem J. Sieńczyło-Chlabicz, która minimalizuje wymóg rozpoznawalności danej osoby²⁰, i przyjąć, że wizerunek musi być rozpoznawalny dla szerszego grona osób. W szczególności nie dysponuje rozpoznawalnym

¹⁵ P. Ślęzak, *op. cit.*, nb. 9. Wprowadzenie takiego podziału postulują: J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku*, „ZNUJ PWiOWT” 2002, nr 2, s. 13; A. Matlak, *op. cit.*, s. 320 i n.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 lutego 2003 r. (IV CKN 1819/00, OSP 6/2004, poz. 75).

¹⁷ Sąd Najwyższy zaznacza jednak, że możliwość identyfikacji danej osoby na podstawie okoliczności może wskazywać na naruszenie innych dóbr osobistych, takich jak cześć, prywatność, godność. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25 listopada 2013 r., I ACa 854/13, Legalis nr 776000; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 12 września 2017 r., I ACa 1230/16, Legalis nr 1696397.

¹⁸ P. Ślęzak, *op. cit.*, nb. 9.

¹⁹ Zgodnie z art. 26 ust. 4 u.p.p. dokumentacja medyczna może być udostępniona szkole wyższej lub instytutowi badawczemu do wykorzystania w celach naukowych, bez ujawniania nazwiska i innych danych umożliwiających identyfikację osoby, której dokumentacja dotyczy. Należałoby więc uznać, że jeśli wizerunek pacjenta nie spełnia wymogu „uniwersalnej rozpoznawalności”, może być swobodnie udostępniany w celach naukowych.

²⁰ J. Sieńczyło-Chlabicz, *Przedmiot, podmiot i charakter prawa do wizerunku*, „PUG” 2003, nr 8, s. 21.

wizerunkiem *nasciturus*, noworodek czy małe dziecko. Utrwalanie ich podobizny może skutkować naruszeniem godności, nie zaś wizerunku²¹.

2. Zdjęcia z wizerunkami pacjentów jako fragment dokumentacji medycznej

Fotografie przedstawiające wizerunki pacjentów będą stanowiły element dokumentacji medycznej. Choć art. 25 ust. 1 u.p.p. stanowi jedynie o obligatoryjnych, podstawowych danych zawartych w dokumentacji medycznej i nie wymienia *explicite* wizerunku pacjenta, to należy uznać, że zdjęcia obrazujące podobizny pacjentów, uzyskane w toku świadczenia medycznego, będą istotną częścią dokumentacji medycznej, jednak o charakterze fakultatywnym.

Wizerunek pacjenta będzie objęty tajemnicą medyczną, która ujmowana jest w sposób możliwie szeroki²². Będą to wszelkie informacje związane z pacjentem, niekoniecznie wchodzące głęboko w sferę prywatności. Stosownie do art. 13 u.p.p. pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego. Zgodnie zaś z art. 14 ust. 1 u.p.p., w celu realizacji prawa, o którym mowa w art. 13 u.p.p., osoby wykonujące zawód medyczny są obowiązane zachować w tajemnicy informacje związane z pacjentem, w szczególności ze stanem zdrowia pacjenta. W odniesieniu do lekarzy omawiany obowiązek statuuje zwłaszcza art. 40 u.z.l.l.d.²³ Również z art. 23 KEL²⁴ wynika, że lekarz ma obowiązek zachowania w dyskrekcji nie tylko informacji o pacjencie, ale

²¹ J. Haberko, *Udostępnianie i publikowanie wizerunku nasciturusa, noworodka i małego dziecka w świetle zasady dobra dziecka*, „RPEiS” 2013, nr 3, s. 163.

²² R. Kubiak, *Komentarz do art. 14 u.p.p.*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, Legalis, nb. 22–23.

²³ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 790).

²⁴ Kodeks Etyki Lekarskiej.

również o jego otoczeniu. To, co jest prawem pacjenta, jest skorelowane z obowiązkiem podmiotu udzielającego mu świadczenia zdrowotnego.

Przestrzeganie tajemnicy medycznej służy odpowiedniemu wykonywaniu czynności medycznych²⁵. Buduje ono bowiem stosunek zaufania, który jest rudymenarną przesłanką funkcjonowania zawodów zaufania publicznego, do których zalicza się m.in. zawody medyczne²⁶. R. Kubiak wskazuje, że podstaw tajemnicy medycznej należy upatrywać w prawie do prywatności²⁷. Wartość ta chroniona jest konstytucyjnie, jak i poprzez konstrukcję dóbr osobistych. Art. 47 Konstytucji RP²⁸ gwarantuje każdemu prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Zdaniem R. Stefanickiego prawo to wytycza obszar wolny „od zewnętrznej ciekawości i wścibstwa i innego rodzaju ingerencji [...] prawo do bycia pozostawionym w samotności oraz niezwykle ważny nowy komponent – autonomię informacyjną jednostki”²⁹. Prawo do prywatności obejmuje więc także prawo do zachowania pewnych poufnych informacji w tajemnicy. Każdy ma prawo decydowania o tym, jakie wiadomości o sobie przekazać. Wśród poufnych danych niewątpliwie będą znajdować się informacje o stanie zdrowia pacjenta i przebiegu leczenia, w tym zdjęcia obrazujące wizerunek pacjenta³⁰.

²⁵ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 330.

²⁶ R. Kubiak, *op.cit.*, nb. 5.

²⁷ *Ibidem*, nb. 6.

²⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78 poz. 483 ze zm.).

²⁹ R. Stefanicki, *Cywilnoprawna ochrona prywatności osób podejmujących działalność publiczną*, „SP” 2004, nr 1, s. 25.

³⁰ Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 19 maja 1998 r., U 5/97, OTK 4/1998, poz. 46 wskazał, że „informacja o stanie zdrowia (rodzaju schorzenia), podana w zaświadczeniu lekarskim w postaci numeru statystycznego choroby, należy do sfery życia prywatnego jednostki”. Por. również wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25 lutego 1997 r., 22009/93, Z. v. Finland, Legalis.

W cywilistyce w odniesieniu do prawa do prywatności wyróżnia się tzw. teorię sfer³¹. W nauce prawa mówi się więc o sferze osobistej, w której jednostka ma prawo do autonomicznego kreowania swego wizerunku w życiu publicznym. Informacje znajdujące się w tej sferze są dostępne w dużej mierze dla osób postronnych, stąd też sfera ta chroniona jest w najmniejszym stopniu. Następną sferą jest sfera prywatna, obejmująca wiadomości z zakresu życia rodzinnego. Informacje z tej sfery są udostępniane bliskim i znajomym, ale z reguły nie wychodzą poza ten krąg³². Najsilniej chroniona jest jednak sfera intymności. Obejmuje ona informacje poufne, które ze względu na swój charakter muszą pozostać z dala od osób z zewnątrz. Będą to np. dane dotyczące stanu zdrowia i życia seksualnego jednostki. Jak wskazywał A. Kopff, który wyróżniał w ramach prawa do prywatności dwie podsferę: „sferę intymnego życia osobistego” oraz „sferę prywatnego życia osobistego”, sfera intymności obejmuje „ten zakres faktów dotyczących jednostki i jej przeżyć, który w zasadzie nie jest przez nią ujawniany nawet osobom najbliższym i którego odsłonięcie przed kimkolwiek wywołuje zawsze uczucie wstydu, zakłopotania i udręki”³³. Sfera ta objęta jest bezwzględną ochroną, którą wyłączyć może jedynie osoba uprawniona, wyrażając zgodę na wkroczenie w tę sferę interesów jednostki³⁴.

Zgodnie z art. 20 ust. 1 u.p.p. pacjent ma prawo do poszanowania intymności i godności, w szczególności w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych. Analogiczna regulacja znajduje się w ustawie lekarskiej w art. 36 ust. 1: „Lekarz podczas udzielania świadczeń zdrowotnych ma obowiązek poszanowania intymności i godności osobistej pacjenta”.

³¹ R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, Legalis. Teoria ta ma jednak oponentów. Por. koncepcję: A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 152, autor podał w wątpliwość zaproponowane przez A. Kopffa rozdzielenie sfery życia intymnego od sfery prywatnego życia osobistego, wskazując, że w rzeczywistości występuje to samo dobro osobiste, w obrębie którego można wyróżnić sfery o płynnych granicach. W podobny sposób argumentują: Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 1261.

³² M. Pazdan, *Dobra osobiste i ich ochrona*, [w:] *Prawo cywilne – część ogólna, System Prawa Prywatnego*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 1261.

³³ A. Kopff, *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego. Zagadnienia konstrukcyjne*, „S.C.” 1972, t. 20, s. 33.

³⁴ J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony sfery intymności jednostki*, „PiP” 2004, t. 11, s. 39–40.

Ponadto legislator jako podstawowy obowiązek związany z wykonywaniem zawodu lekarza określił dbanie o to, aby inny personel medyczny w kontaktach z pacjentem postępował w sposób zapewniający poszanowanie intymności i godności (art. 36 ust. 3 u.z.l.l.d.). Także art. 12 KEL stanowi, że „Lekarz powinien życzliwie i kulturalnie traktować pacjentów, szanując ich godność osobistą, prawo do intymności”.

Należy mieć na uwadze, że co do zasady w przypadku podobizny pacjenta naruszenie dyskrecji medycznej będzie wkraczać w prawo do prywatności człowieka, gdy będzie to wizerunek niezanonimizowany, umożliwiający jego identyfikację. Ujawnienie wizerunku pacjenta może godzić także w jego sferę intymności. Z wymogiem rozpoznawalności wizerunku wiąże się jedna z koncepcji obowiązku zachowania tajemnicy, tzw. teoria interesu (*Interesstheorie*). Zgodnie z tą teorią uzasadnieniem obowiązku zachowania dyskrecji nie jest wola chorego, której podstawą są subiektywne odczucia pacjenta, lecz jego interes, który jest obiektywnie weryfikowalny na podstawie kryteriów społecznych³⁵. Niedochowanie sekretu będzie miało miejsce wyłącznie wówczas, gdy jego wyjawienie doprowadzi do niekorzystnych skutków dla pacjenta³⁶. Interes pacjenta będzie więc wytyczał granice tajemnicy medycznej. W przypadku wizerunku pacjenta należałoby uznać, że co do zasady rozpowszechnienie go bez zezwolenia będzie prowadziło do niekorzystnych skutków dla pacjenta, jeżeli wizerunek ten był rozpoznawalny dla szerszego grona. Wydaje się, że dla hipotetycznego pacjenta rozpowszechnianie własnego wizerunku rozpoznawalnego dla szerszego grona przez lekarza nie będzie leżało w jego interesie, chyba że będą się z tym wiązały jakieś korzyści finansowe. Zazwyczaj jednak pacjenci podejmują się zabiegów medycznych, aby poprawić wygląd lub komfort życia, i nie chcą dzielić się z szerszym gronem swoją podobizną, szczególnie przed wykonaniem danego zabiegu. Bardzo często pacjenci będą chcieli w tajemnicy również zachować sam fakt wykonania danego zabiegu.

³⁵ R. Kubiak, *Ustawa...*, *op. cit.*, nb. 26.

³⁶ B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 26.

3. Zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku pacjenta

Zgodnie z art. 14 ust. 2 pkt 3 u.p.p. tajemnica medyczna przestaje obowiązywać, jeśli pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyrazi zgodę na jej ujawnienie. Dyspensę tę powtórzono w art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l.l.d., a także w art. 25 KEL. Należy zauważyć, że na zgodę na ujawnienie tajemnicy medycznej może nakładać się zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku pacjenta, w sytuacji, w której lekarz publicznie chciałby go udostępnić za pomocą dowolnego środka przekazu: Internetu, prasy, telewizji, wystawy³⁷. Ujawnieniem tajemnicy medycznej będzie bowiem rozpowszechnienie wizerunku pacjenta, który został utrwalony i znajduje się w dokumentacji medycznej.

W świetle art. 81 ust. 1 pr.aut.³⁸ rozpowszechnienie wizerunku wymaga zezwolenia osoby uprawnionej. Zezwolenie uchyla bezprawność rozpowszechniania, ale musi być udzielone świadomie³⁹. W chwili udzielania zezwolenia na rozpowszechnianie własnej podobizny pacjent musi działać z należytym rozeznanem. Świadome zezwolenie to również objęcie świadomością celu oraz konsekwencji rozpowszechniania wizerunku dla dóbr osobistych osoby uprawnionej⁴⁰, także innych niż wizerunek, jak cześć czy prywatność. Pacjent musi zdawać sobie sprawę z tego, na co się godzi. Sąd Apelacyjny w Krakowie⁴¹ stwierdził, że: „(...) osoba przedstawiona na zdjęciu fotograficznym (lub innym materialnym nośniku jej wizerunku) może dowolnie ograniczyć zakres zezwolenia na jego rozpowszechnianie: zezwolić na publikację tylko w oznaczonym czasopiśmie i/lub tylko w związku z oznaczonymi okolicznościami (np. w związku z określonym tekstem artykułu prasowego), wyznaczyć granice czasowe publikacji itp.”. W szczególności pacjent powinien być świadom sposobów i obszarów

³⁷ T. Grzeszak, *op.cit.*, s. 808, nb. 32.

³⁸ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1062).

³⁹ T. Grzeszak, *op. cit.*, s. 810, nb. 34.

⁴⁰ T. Grzeszak, *op. cit.*, s. 810, nb. 34.

⁴¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19 grudnia 2001 r. (I ACa 957/01, TPP 3/2002).

eksploatacji własnego wizerunku. Wobec tego zarówno w nauce prawa, jak i w orzecznictwie przyjmuje się powszechnie, że nie jest dopuszczalne udzielenie zgody abstrakcyjnej, nieograniczonej w sposobach korzystania z wizerunku danej osoby⁴² i w kontekstach rozpowszechniania⁴³.

Legislator nie doprecyzował problematyki treści zezwolenia. W piśmiennictwie i judykaturze wskazuje się, że w szczególności zezwolenie powinno określać sposób⁴⁴, okoliczności⁴⁵, cel⁴⁶, czas⁴⁷, miejsce⁴⁸ rozpowszechniania wizerunku itp.⁴⁹ W tym wypadku to na osobie udzielającej świadczeń zdrowotnych będzie ciążył obowiązek informowania o okolicznościach rozpowszechniania wizerunku⁵⁰. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby warunki rozpowszechniania wizerunku były przedmiotem wspólnych ustaleń. Należy przy tym pamiętać, że ponowne wykorzystanie wizerunku będzie wymagało powtórnego zezwolenia⁵¹, chyba że w umowie zastrzeżono inaczej⁵². W szczególności pacjent powinien

⁴² J. Barta, R. Markiewicz, *Komentarz do art. 81 k.c.*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011, Lex, nt. 15.

⁴³ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20 czerwca 2002 r. (I ACa 1358/01, Wok. 2003, nr 10); wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 maja 2014 r. (I ACa 1686/13, Legalis nr 1062438).

⁴⁴ P. Ślęzak, *op. cit.*, nb. 35. Autor podkreśla, że chodzi tu o wskazanie, czy podobizna będzie przedstawiona w formie scenki z życia prywatnego, scenki w przestrzeni prywatnej, scenki z życia towarzyskiego, portretu, aktu.

⁴⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 25 października 2012 r. (V ACa 814/12, Legalis nr 733977); wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19 grudnia 2002 r. (I ACa 957/01, TPP 3/2002).

⁴⁶ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7 lutego 1995 r. (I ACr 697/94, Lex nr 62626).

⁴⁷ Wraz z nadejściem daty wskazanej w umowie prawo do rozpowszechniania wizerunku zostaje zrealizowane. Ponowna publikacja będzie wymagała kolejnej zgody. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r. (I CSK 739/12, Lex nr 1415494). Odmienne: Wyrok Sądu Najwyższego z 2 lutego 1967 r. (I CR 496/66, OSNCP 9/1967 poz. 161).

⁴⁸ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19 grudnia 2001 r. (TPP 3/2002, s. 107). Portretowany może określić przeznaczenie wizerunku, tj. okoliczność, w jakich będzie on prezentowany, np. tylko podczas wernisażu. Por. P. Ślęzak, *op. cit.*, nb. 35.

⁴⁹ T. Grzeszak, *op. cit.*, s. 815, nb. 37. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 kwietnia 2000 r. (I ACA 1455/99, OSA 5/2001, poz. 27).

⁵⁰ E. Ferenc-Szydelko, *Komentarz do art. 81 pr.aut.*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydelko, Warszawa 2016, Lex, nb. 14.

⁵¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r. (I CSK 739/12, Lex nr 1415494).

⁵² T. Grzeszak, *op. cit.*, s. 814, nb. 36.

wyrazić zgodę na rozpowszechnianie wizerunku zarówno przed, jak i po danym zabiegu.

Pacjent powinien mieć w pełni zagwarantowaną autonomię w zakresie ustalenia, na jakie rozpowszechnianie jego wizerunku się godzi, w szczególności jeśli ma dojść do komercyjnego rozpowszechniania podobizny. Nie należy również zapominać, że samo zezwolenie ma charakter odwołalny⁵³, więc przed upublicznieniem wizerunku w określony sposób pacjent będzie miał możliwość skutecznego odwołania zgody.

Zezwolenie może być udzielone w dowolnej formie, także konkludentnie⁵⁴. Jednakże zgoda musi być niewątpliwa, również w zakresie warunków i płaszczyzn rozpowszechniania⁵⁵. Istnienia zgody na rozpowszechnianie wizerunku ani jej zakresu nie domniemywa się⁵⁶. Zachowania uprawnionej osoby, która nie wyraża wyraźnego sprzeciwu wobec rozpowszechniania wizerunku⁵⁷ czy nie wskazuje zastrzeżeń co do publikacji, nie można uznać za domniemane zezwolenie. Sąd Najwyższy⁵⁸ wskazał, że nawet oświadczenie *ex post*, zgodnie z którym uprawniony nie miałby nic przeciwko publikacji, gdyby uzyskano jego zgodę, nie może oznaczać istnienia domniemanego zezwolenia.

Zabezpieczenie interesów obu stron wymagałoby, aby wyrażenie oświadczenia woli – zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku pacjenta – następowało w formie pisemnej albo elektronicznej. Będzie to miało duże znaczenie dowodowe. Nie bez znaczenia pozostaje również argument natury psychologicznej – złożenie oświadczenia na trwałym nośniku czyni zezwolenie bardziej doniosłym. Można bowiem domniemywać, że obie strony wiedzą, na co się godzą.

⁵³ *Ibidem*, s. 811, nb. 34.

⁵⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół...*, *op.cit.*, s. 10.

⁵⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18 czerwca 2009 r. (I ACA 459/09, OSA/Wr. 4/2009 poz. 144).

⁵⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 marca 2003 r. (I ACa 733/02, niepubl.).

⁵⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 30 maja 2006 r. (I ACa 246/05, niepubl.).

⁵⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 1977 r. (I CR 127/77, niepubl.).

W nauce prawa nie jest jasny charakter prawny zezwolenia. W tym zakresie powstały dwa dominujące stanowiska. Część przedstawicieli nauki prawa zalicza zezwolenie do jednostronnych czynności prawnych o charakterze upoważniającym⁵⁹, pozostali traktują zezwolenie jako działanie podobne do oświadczeń woli⁶⁰. Kwestia ta oprócz znaczenia teoretycznoprawnego ma duże znaczenie praktyczne. Powstaje bowiem pytanie, czy małoletni pacjent może samodzielnie wyrażać zezwolenie na rozpowszechnianie własnego wizerunku. Przyjęcie, że wizerunek jest jednostronną czynnością prawną o charakterze upoważniającym, oznaczałoby, że małoletni poniżej 13. roku życia, jako osoby nieposiadające zdolności do czynności prawnych, nie mogą samodzielnie składać takiego oświadczenia woli. Na podstawie art. 14 § 1 k.c. czynność prawna dokonana przez osobę nieposiadającą zdolności do czynności prawnych jest nieważna. Inaczej wyglądała sytuacja prawna osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych. Zgodnie z treścią art. 17 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, do ważności czynności prawnej, przez którą osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych zaciąga zobowiązanie lub rozporządza swoim prawem, potrzebna jest zgoda przedstawiciela ustawowego. Jednakże, jak wskazuje M. Pazdan: „z art. 17 – w drodze rozumowania *a contrario* – można wnieść, iż czynności prawne nienależące do grupy czynności prawnych zobowiązujących lub rozporządzających mogą być dokonywane przez ograniczonego w zdolności do czynności prawnych bez zgody przedstawiciela

⁵⁹ S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 122; K. Stefaniuk, *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnienie podobizny*, „PiP” 1970, nr 1, s. 67; Z. Banaszczyk, *Zgoda poszkodowanego jako okoliczność wyłączająca bezprawność (w świetle odpowiedzialności deliktowej za czyn własny na zasadzie winy)*, Warszawa 1984, s. 83, 87; P. Sobolewski, *Komentarz do art. 24 k.c.*, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Osajda, Warszawa 2019, Lex, nt. 20.

⁶⁰ M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, [w:] *Prace z prawa cywilnego*, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Wrocław–Warszawa 1985, s. 63; A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1990, nr 1, s. 41 i n.; Z. Radwański, *Prawo cywilne*, Warszawa 2003, s. 168; M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 35.

ustawowego”⁶¹. Wynika z tego, że czynności prawne upoważniające, w tym zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku, nie będą wymagały zgody przedstawiciela ustawowego osoby małoletniej powyżej 13. roku życia.

Inaczej będzie wyglądała sytuacja prawna osoby małoletniej, jeśli przyjmiemy, że zezwolenie to zgodny z prawem czyn, działanie prawne⁶². Teresa Grzeszak podnosi, że zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku jest upoważnieniem, zgodnym z ustawą i zasadami współżycia społecznego, do którego należy odpowiednio stosować przepisy o oświadczeniach woli, dotyczące wykładni oraz wad oświadczeń woli⁶³. Oznaczałoby to, że małoletni niezależnie od wieku mogą swobodnie zezwalać na rozpowszechnianie własnego wizerunku, pod warunkiem że działają z należyтым rozeznaniem. Kodeks cywilny nie ustanawia żadnej granicy wiekowej, której przekroczenie spowodowałoby możliwość skutecznego podejmowania działań prawnych, zbliżonych konstrukcyjnie do czynności prawnych⁶⁴.

Nasuwa się wobec tego pytanie, czy wiek 13 lat na wyrażanie zgody na rozpowszechnianie wizerunku jest wiekiem właściwym. Być może *de lege ferenda* należałoby się zastanowić nad tzw. zgodą podwójną – przedstawiciela ustawowego i małoletniego. Elżbieta Wojnicka wskazuje, że w przypadku osób, które ukończyły 13 lat, konieczne jest wyrażenie zgody przez małoletniego i jego przedstawiciela ustawowego⁶⁵. Wydaje się jednak, że w aktualnym stanie prawnym nie ma podstawy prawnej, która

⁶¹ M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych i inne postaci zdolności czynnej*, [w:] *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. I, red. M. Safjan, Warszawa 2012, Legalis, s. 1096, nb. 70.

⁶² M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, „ZNUJ PP” 1959, t. 6, s. 142; M. Pazdan, *Dobra...*, *op. cit.*, s. 1276. Por. P. Ślęzak, *op. cit.* i przytoczoną tam literaturę, nb. 31.

⁶³ T. Grzeszak, *op. cit.*, s. 810, nb. 34.

⁶⁴ Choć ramy prawne niniejszego opracowania nie pozwalają na szersze zaprezentowanie tej kwestii, należałoby się zastanowić, czy możliwe jest tu stosowanie analogii z ustawy i analogiczne stosowanie przepisów dotyczących zdolności do czynności prawnych. Jeśliby uznać, że regulacje te stosujemy analogicznie, również w tym przypadku zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku dziecka mogłoby samodzielnie udzielić dziecko dopiero od 13. roku życia.

⁶⁵ E. Wojnicka, *op. cit.*, s. 121.

uzasadniałaby ten wniosek⁶⁶. Przyjęcie takiego stanowiska wymagałoby także rozważenia, która zgoda przeważy w sytuacji konfliktowej, czy byłaby konieczna w tym wypadku ingerencja sądu opiekuńczego.

Autorce niniejszego artykułu bliższe jest stanowisko, że zezwolenie to działanie prawne. Dzięki temu podkreślona zostaje autonomia dziecka, które ma prawo decydować o rozpowszechnianiu własnego wizerunku. Przy tym ujęciu zezwolenia zmienia się również sytuacja prawna dziecka poniżej 13. roku życia. Pogląd ten pozwala przyjąć, że małoletni w każdym wieku będzie mógł zezwalać na rozpowszechnianie własnego wizerunku przy założeniu, że działa z dostatecznym rozeznaniem. W takiej sytuacji należałoby odpowiednio stosować przepisy o wadach oświadczeń woli, w szczególności art. 82 k.c., który uzależnia ważność oświadczenia woli od rozeznania podmiotu, jego swobodnego i świadomego działania w chwili składania oświadczenia woli. Nie ulega wątpliwości, że kilkuletnie, a czasami i kilkunastoletnie dziecko nie będzie w stanie dokładnie przeanalizować znaczenia i skutków zezwolenia. Wtedy zgodnie z art. 98 k.r.o.⁶⁷ małoletniego będzie reprezentował jego rodzic, jako przedstawiciel ustawowy. Wyrażone w imieniu dziecka zezwolenie będzie pociągało za sobą skutki bezpośrednio dla dziecka (art. 95 § 2 k.c.).

4. Wizerunek pacjenta a marketing medyczny

Wizerunek pacjenta może być rozpowszechniany w celach reklamowych. Zgodnie z art. 14 ust. 1 u.d.l.⁶⁸: „Podmiot wykonujący działalność leczniczą podaje do wiadomości publicznej informacje o zakresie i rodzajach udzielanych świadczeń zdrowotnych. Treść i forma tych informacji nie mogą mieć cech reklamy”. Regulacja ta służy zapewnieniu pacjentom obiektywnej i rzetelnej informacji o udzielanych świadczeniach

⁶⁶ Dla przykładu w prawie medycznym istnieje unormowanie, które wyraźnie reguluje konieczność uzyskania tzw. podwójnej zgody. Zgodnie z art. 32 ust. 5 w zw. z art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d. małoletni powyżej 16 lat powinien udzielić zgody na zabieg wraz z przedstawicielem ustawowym.

⁶⁷ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).

⁶⁸ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 711).

zdrowotnych. Na podstawie art. 62 KEL lekarz i lekarz dentysta nie mogą się reklamować. Lekarz również nie powinien wyrażać zgody na używanie swego nazwiska i wizerunku dla celów komercyjnych. Lekarz lub lekarz dentysta wykonujący praktykę zawodową może podawać do publicznej wiadomości informację o udzielaniu świadczeń zdrowotnych na zasadach określonych w uchwale Nr 29/11/VI Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie szczegółowych zasad podawania do publicznej wiadomości informacji o udzielaniu przez lekarzy i lekarzy dentystów świadczeń zdrowotnych. Uchwała ta również przewiduje zakaz reklamy przez lekarza lub lekarza dentystę udzielanych przez siebie świadczeń zdrowotnych. Należałoby zadać więc pytanie, czy rozpowszechnianie wizerunku pacjenta w ramach tzw. zdjęć przed i po danym zabiegu może stanowić reklamę. Odpowiedź na to pytanie jest o tyle trudna, że definicji reklamy działalności leczniczej nie zawierają ani wspomniana ustawa o działalności leczniczej, ani inne ustawy. Ogólna definicja reklamy zawarta jest w art. 4 pkt 17 u.r.t.⁶⁹, która wskazuje, że reklamą jest przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja. U.p.z.p.⁷⁰ z kolei w art. 2 pkt 16a wskazuje, że ilekroć w ustawie jest mowa o „reklamie” – należy przez to rozumieć upowszechnianie w jakiejkolwiek wizualnej formie informacji promującej osoby, przedsiębiorstwa, towary, usługi, przedsięwzięcia lub ruchy społeczne.

Definicję reklamy starano się również wykreować w orzecznictwie. W szczególności Sąd Najwyższy w wyroku z 2 października 2007 r.⁷¹ podkreślił, że „reklama oznacza każde przedstawienie (wypowiedź) w jakiejkolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania

⁶⁹ Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 805).

⁷⁰ Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 741).

⁷¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 2 października 2007 r. (II CSK 289/07, LEX nr 341805).

zbytu towarów lub usług. Powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierając w sobie elementów ocennych ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. (...) Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany”. W świetle powyższej definicji reklamę należy rozumieć w sposób możliwie szeroki. Reklamą w rozumieniu art. 14 ust. 1 u.d.l. będzie więc publiczne rozpowszechnianie informacji o zakresie i rodzajach udzielonych świadczeń przez podmiot wykonujący działalność leczniczą mające na celu zwiększenie liczby pacjentów, a co za tym idzie – zwiększenie przychodów finansowych⁷². Wydaje się więc, że działalność reklamowa będzie dotyczyć przede wszystkim świadczeń komercyjnych, niepodlegających finansowaniu przez publicznych płatników.

W mojej ocenie zdjęcia przed i po obrazujące wizerunki pacjentów co do zasady mogą być uznane za informacje mające cechy reklamy. Warto wskazać, że przepis art. 14 ust. 1 u.d.l. wspomina o „cechach reklamy”, nie zaś o reklamie. Jest to więc warunek znacznie mniej rygorystyczny, wystarczy bowiem pewien element reklamy, by móc uznać, że informacje mają cechy reklamy. Cechą reklamy jest jej perswazyjność. Z reguły celem rozpowszechniania zdjęć przed i po będzie autopromocja, a więc zachęcenie potencjalnych pacjentów do skorzystania z danej usługi. Takie zdjęcia nie będą miały charakteru obiektywnych informacji. Jednocześnie należy zauważyć, że art. 14 ust. 1 u.d.l. zabrania publicznej reklamy, czyli takiej, która skierowana jest do abstrakcyjnej grupy osób. *A contrario* możliwe jest skierowanie oferty do konkretnego pacjenta, zawierającej informację o zakresie i rodzajach udzielanych świadczeń⁷³. W takiej sytuacji wydaje się dozwolone, aby podmiot

⁷² T. Rek, *Komentarz do art. 14 u.d.l.*, [w:] M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex.

⁷³ *Ibidem*.

wykonujący działalność leczniczą zachęcał do skorzystania ze swoich usług właśnie poprzez wykorzystanie zdjęć przed i po.

Reklamując swoje usługi, lekarz postępuje niezgodnie z art. 14 u.d.l., art. 63 KEL oraz uchwałą Nr 29/11/VI Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 16 grudnia 2011 r. Takie działanie stanowi przewinienie zawodowe i podlega odpowiedzialności zawodowej, na zasadach przewidzianych w u.i.l.⁷⁴ Stanowi ono również wykroczenie określone w art. 147a k.w.⁷⁵ i może skutkować karą aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny.

4. Zakończenie

Rozpowszechnianie wizerunków pacjentów poprzez publikację tzw. zdjęć przed i po danym zabiegu jest często spotykane w praktyce. Jak wynika z niniejszego opracowania, z problematyką tą wiąże się jednak wiele zagadnień teoretycznoprawnych. W szczególności wizerunek musi spełniać test tzw. uniwersalnej rozpoznawalności, by móc podlegać autorskoprawnej ochronie. Ochrona cywilnoprawna będzie się aktualizować, gdy ktokolwiek rozpozna uprawnionego, jednakże przyznanie ochrony powinno nastąpić jedynie w razie zagrożenia bądź naruszenia interesów idealnych człowieka. Fotografie przedstawiające wizerunki pacjentów będą stanowiły element dokumentacji medycznej i będą objęte tajemnicą medyczną. Tajemnica ta przestanie obowiązywać, gdy pacjent wyrazi zgodę na jej ujawnienie, a więc gdy udzieli zezwolenia na rozpowszechnianie własnego wizerunku. Postulatem *de lege ferenda* powinno być jasne wskazanie przez ustawodawcę, jaki charakter ma zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku, gdyż na chwilę obecną nie jest oczywiste, kto powinien udzielać zezwolenia w przypadku małoletnich pacjentów. Warto zauważyć, że zdjęcia przed i po przedstawiające wizerunki pacjentów będą nosiły cechy reklamy, ze względu na ich autopromocyjny, perswazyjny charakter. Jednakże lekarz nie naruszy przepisów, jeśli skieruje

⁷⁴ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 965).

⁷⁵ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 281).

fotorelację do konkretnego pacjenta, bowiem zabroniona jest wyłącznie reklama publiczna.

Bibliografia

- Banaszczyk Z., *Zgoda poszkodowanego jako okoliczność wyłączająca bezprawność (w świetle odpowiedzialności deliktowej za czyn własny na zasadzie winy)*, Warszawa 1984.
- Barta J., Markiewicz R., *Wokół prawa do wizerunku*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelktualnej” 2002, nr 2 (80).
- Boratyńska B., Konieczniak P., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001.
- Ferenc-Szydelko E., *Komentarz do art. 81 pr.aut.*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydelko, Warszawa 2016.
- Grzeszak T., *Komentarz do art. 81 pr.aut.*, [w:] *Prawo autorskie. System Prawa Prywatnego*, t. 13, red. J. Barta, Warszawa 2017.
- Grzybowski S., *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957.
- Haberko J., *Udostępnianie i publikowanie wizerunku nasciturusa, noworodka i małego dziecka w świetle zasady dobra dziecka*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, t. 3.
- Kopff A., *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego. Zagadnienia konstrukcyjne*, „Studia Cywilistyczne” (Kraków) 1972, t. XX.
- Kubiak R., *Komentarz do art. 14 u.p.p.*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020.
- Kubiak R., *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015.
- Kunicka-Michalska B., *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972.
- Matlak A., *Cywilnoprawna ochrona wizerunku*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 2.
- Pazdan M., *Dobra osobiste i ich ochrona*, [w:] *Prawo cywilne – część ogólna, System Prawa Prywatnego*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2012.
- Pazdan M., *Zdolność do czynności prawnych i inne postaci zdolności czynnej*, [w:] *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. I, red. M. Safjan, Warszawa 2012.

- Pązik A., *Przedmiot i podmiot prawa do wizerunku*, „Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu” 2008, nr 1.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011.
- Radwański Z., *Prawo cywilne*, Warszawa 2003.
- Rek T., *Komentarz do rt. 14 u.d.l.*, [w:] M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Safjan M., *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Prawo do ochrony sfery intymności jednostki*, „Państwo i Prawo” 2004, t. 11.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Przedmiot, podmiot i charakter prawa do wizerunku*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, nr 8.
- Sobolewski P., *Komentarz do art. 24 k.c.*, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Osajda, Warszawa 2019.
- Sośniak M., *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, [w:] *Prace z prawa cywilnego*, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Wrocław–Warszawa 1985.
- Sośniak M., *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”, *Prace Prawnicze* 1959, nr 6.
- Stefanicki S., *Cywilnoprawna ochrona prywatności osób podejmujących działalność publiczną*, „Studia Prawnicze” (Wrocław) 2004, nr 1.
- Stefaniuk K., *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnianie podobizny*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 1.
- Szpunar A., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979.
- Szpunar A., *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 1990, nr 1.
- Ślęzak P., *Komentarz do art. 81 pr.aut.*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa 2017, Legalis.
- Wojnicka E., *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”, „Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelktualnej”, nr 56 (1990).

A b s t r a c t

The aim of this publication is to discuss theoretical issues related to the dissemination of the so-called before and after photos presenting an image of a patient. The paper will discuss the definition of the patient's image, as well as characterise the permission for dissemination of the patient's image, with particular emphasis on its unclear legal construction. Practice shows that the image of a patient may be disseminated for advertising purposes. As a rule, the purpose of dissemination of 'before and after' photographs will be self-promotion of the doctor, consisting in encouraging potential patients to use a given service. However, such photo-reporting may have prohibited features of advertising.

Aktualność unijnego systemu ochrony danych osobowych w świetle przetwarzania neurodanych

1. Rozwój neurotechnologii jako przyczyna rozważań nad aktualnością unijnego systemu ochrony danych osobowych

Do niedawna wizja sterowania urządzeniami zewnętrznymi i komunikacja z otoczeniem jedynie za pomocą myśli czy też wpływanie na funkcjonowanie mózgu poprzez zwiększanie jego wydolności i usuwanie różnorodnych barier psychologicznych dzięki ingerencji w aktywność mózgu wydawała się niczym więcej niż fabułą dobrej książki czy filmu science fiction. Należy tymczasem stwierdzić, że jesteśmy naocznymi świadkami swoistej neurorewolucji, której znaczenia, a w większości nawet istnienia, społeczeństwo jeszcze nie dostrzega. Neurotechnologia to bardzo obszerna nauka zajmująca się badaniem i rozwojem metod oraz instrumentów umożliwiających bezpośrednie połączenie elementów technicznych z układem nerwowym organizmu¹. Pojęciem tym obejmuje się wiele różnorodnych urządzeń, które wykorzystywane są w celach leczniczych, rehabilitacyjnych, rozrywkowych czy nawet wojskowych. Prowadzone są także prace nad wykorzystaniem ich do identyfikacji osób, treningu kognitywnego czy poprawy jakości snu.

¹ O. Müller, S. Rotter, *Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues*, „Frontiers in Systems Neuroscience”, 2017, t. 11, s. 93, <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/fnsys.2017.00093> [dostęp: 15.07.2021].

Badania nad ludzkim mózgiem od lat stanowią obszar zainteresowań nie tylko medycyny, ekonomii czy Doliny Krzemowej, ale także i prawa. W neurotechnologii pojawiają się problemy związane z wykorzystaniem nowych technologii, które działając w oparciu o analizę danych osobowych, implikują wiele kwestii spornych z różnych obszarów prawa. Szczególnie ważne jest zapewnienie prawa do ochrony danych osobowych, które wynika bezpośrednio z podstawowego prawa człowieka, jakim jest prawo do prywatności uznawane przez państwa na całym świecie (m.in. art. 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r.², art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r.³, art. 11 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r.⁴, art. 10 Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie z 1997 r.⁵). Dotychczasowe regulacje nie przewidują wprost sytuacji, w których osoba trzecia zyskuje nieograniczony dostęp do informacji poufnych i danych osobowych, a podmiot tych danych nie ma wystarczającej, żeby nie powiedzieć żadnej, świadomości czy kontroli nad zakresem udostępnianych danych.

Zasadność prowadzenia badań naukowych nad problematyką przetwarzania danych osobowych przy wykorzystaniu neurotechnologii wynikać powinna nie tylko z obserwacji poczynąń państw pionierskich w tej dziedzinie, ale także z ogólnych kierunków rozwoju Unii Europejskiej. Otóż „w celu zapewnienia Europie przywództwa technologicznego Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny zaleca również zwiększenie inwestycji w nowatorskie i przełomowe technologie takie jak (...)

² Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Paryż, 10 grudnia 1948 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html> [dostęp: 15.07.2021].

³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.), <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=w-du19930610284> [dostęp: 15.07.2021].

⁴ Amerykańska Konwencja Praw Człowieka, „Pakt of San Jose”, Kostaryka, 22 listopada 1969 r., http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm [dostęp: 15.07.2021].

⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, Oviedo, 4 kwietnia 1997 r., https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf [dostęp: 15.07.2021].

neurotechnologie”⁶. Wydaje się, że wciąż nie jest za późno, aby rozpocząć badania nad niezbędnymi instrumentami prawnymi, które stworzą wyjątek od powszechnej zasady regulowania nowych technologii w momencie, gdy *de facto* przestają one być już „nowe” dla społeczeństwa.

2. Pojęcie neurodanych w kontekście aktualności unijnego systemu ochrony danych osobowych

2.1. Rozróżnienie neurodanych na *brain data* oraz *mental information*

Neurodane stanowią szczególny rodzaj danych, gdyż dzięki neurotechnologii można dowiedzieć się o jej użytkowniku znacznie więcej niż innymi konwencjonalnymi metodami. Elektrody umieszczone na powierzchni głowy (nieinwazyjny BCI), operacyjnie na powierzchni mózgu pod czaszką (częściowo inwazyjny BCI) lub bezpośrednio w mózgu (inwazyjny BCI) zbierają sygnały i następnie przekazują je do zewnętrznego urządzenia, w którym są one selekcjonowane, a dalej odczytywane z wykorzystaniem algorytmów sztucznej inteligencji⁷. Zwieńczeniem tego procesu jest przekazanie polecenia do urządzenia zewnętrznego, np. polecenie poruszenia neuroprotezą ręki czy egzoszkieletem, ale dalsza interpretacja zapisów aktywności mózgu prowadzi często do odkrycia drugiej warstwy znaczeniowej tych danych.

Neurodane to wszelkie dane pochodzące z mózgu, w tym zapisy aktywności, niezależnie od wybranej technologii, elektroencefalografii (EEG), elektrokortykografii (ECoG), funkcjonalnej spektroskopii bliskiej podczerwieni (fNIRS) czy funkcjonalnego rezonansu magnetycznego

⁶ Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, „Strategiczny rozwój polityki przemysłowej do 2030 r. z myślą o większej konkurencyjności i dywersyfikacji bazy przemysłowej w Europie oraz dążeniu do zrównoważonej efektywności w światowych łańcuchach wartości” (opinia rozpoznawcza na wniosek prezydencji austriackiej) (2019/C 62/03), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:52018AE2008> [dostęp: 15.07.2021].

⁷ T. Bonaci, R. Calo, H. Chizeck, *App Stores for the Brain: Privacy & Security in Brain-Computer Interfaces* (May 23, 2014). *IEEE International Symposium on Ethics in Science, Technology and Engineering*, „IEEE Technology & Society Magazine” 2015, t. 34, nr 2, s. 32–39, University of Washington School of Law Research Paper No. 2788104, <https://ssrn.com/abstract=2788104> [dostęp: 15.07.2021].

(fMRI)⁸. Pojęcie to jest obecnie definiowane przez większość autorów czy Radę Europy w podobny, dość ogólny sposób⁹. W niniejszej analizie jednak zasadne będzie dalsze rozróżnienie neurodanych na tzw. *brain data* oraz *mental information*, zaproponowane przez M. Ienca¹⁰. Otóż *brain data* to indywidualne pomiary struktury, aktywności i funkcji ludzkiego mózgu, które wymagają przetworzenia w celu dostarczenia wartościowych informacji. Powstają one na etapie zbierania impulsów przez elektrody. Następnie trafiają one do zewnętrznego urządzenia, które odpowiada za ich odcodowanie. W momencie, gdy algorytmy sztucznej inteligencji spowodują odszyfrowanie z *brain data* jakichkolwiek innych informacji, mówimy o *mental information*. Rozróżnienie to jest o tyle istotne, że same *brain data* nie stanowią wartościowych informacji dla przeciętnej osoby. Zupełnie odmiennie sytuacja wygląda w przypadku *mental information*. Mogą to być dane takie jak imię, nazwisko, data urodzenia, orientacja seksualna, informacje o posiadanych chorobach, dane bankowe, a nawet zarys obrazu, który widzi człowiek podczas snu, czy słowa, o których myśli.

Ze względu na przydatność neurodanych powinny one podlegać szczególnej ochronie, którą można uzyskać np. dzięki np. anonimizacji niepotrzebnych danych jeszcze przed przesłaniem ich do urządzenia odpowiedzialnego za odszyfrowywanie informacji z impulsów zebranych przez elektrody¹¹. Dzięki temu ryzyko przetwarzania nadmiernych danych jest ograniczone. Kluczowe jednak w zapewnieniu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa będą odpowiednie regulacje prawne. Ustawodawca unijny szczegółowo uregulował problematykę danych

⁸ S. Steinert, O. Friedrich, *Wired Emotions: Ethical Issues of Affective Brain–Computer Interfaces*, „Sci Eng Ethics” 2020, t. 26, s. 351–367, <https://doi.org/10.1007/s11948-019-00087-2> [dostęp: 15.07.2021].

⁹ Por. *The brain-computer interface: new rights or new threats to fundamental freedoms? Report*, Doc. 15147, 24.09.2020, <https://pace.coe.int/en/files/28722/html> [dostęp: 15.07.2021].

¹⁰ Prywatne notatki z wystąpienia M. Ienca, PhD, na temat *Mental Privacy as a Fundamental Human Right*, zaprezentowanego podczas sympozjum naukowego *Neurorights in Chile. The Philosophical Debate* organizowanego przez Chilean Senate’s Challenges of the Future (‘Desafíos del Futuro’) Committee, prof. Rafaela Yustego z Uniwersytetu Columbia oraz Neuroethics Group at Universidad Alberto Hurtado, które odbyło się w Santiago dnia 18 marca 2021 r. (transmitowane online).

¹¹ T. Bonaci, H.J. Chizeck, *Brain-computer interfaces anonymizer. US Patent Application*, luty 2014, <https://patents.google.com/patent/US20140228701A1/en> [dostęp: 15.07.2021].

osobowych w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (RODO), które według szacunków miało być aktualne jeszcze przez kilkadziesiąt lat od rozpoczęcia stosowania. Tymczasem wobec rosnącego wykorzystania neurodanych pojawia się pytanie, czy RODO już od początku istnienia nie pominęło tak istotnych danych, jakimi są neurodane, zapewniając im jedynie taką samą ochronę jak innym „zwykłym danym osobowym”.

2.2. Problematyka poziomu ochrony neurodanych gwarantowanego przez RODO w związku z trudnością w zakwalifikowaniu wszystkich neurodanych do danych szczególnej kategorii

Trudności z kwalifikacją poszczególnych danych jako „zwykłych” lub „szczególnej kategorii” danych spowodowane są tym, że nie wszystkie informacje, które daje się obecnie odczytać (*mental information*), wprost stanowią dane dotyczące zdrowia lub inne dane szczególnej kategorii wymienione w art. 9 ust. 1 RODO. Chociażby PIN do karty kredytowej czy ulubiony kolor nie zaliczają się do tego katalogu zamkniętego, a takie dane można już bez większych trudności pozyskać i wykorzystać w neuromarketingu lub w celach przestępczych. Skoro ustawodawca unijny przewidział enumeratywną listę danych szczególnej kategorii¹², to należałoby uznać, że żadne inne dane nie mogą korzystać z przywilejów danych szczególnej kategorii, zwłaszcza jeżeli ich kategoria została wprost wskazana w art. 4 pkt 1 RODO. W takiej sytuacji tylko część neurodanych podlega generalnemu zakazowi przetwarzania. Pozostałe neurodane nie zostały co prawda pozostawione bez ochrony, bo mogą być przetwarzane z zachowaniem odpowiednich przepisów RODO,

¹² P. Litwinski (red.), *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, [w:] P. Litwinski (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis.

jednak przy zdecydowanie mniejszych wymaganiach dotyczących podstawy prawnej przetwarzania. Mimo tego, że jeżeli określony zbiór zawiera dane szczególnej kategorii, to stosuje się do całego zbioru przepisy dotyczące danych szczególnej kategorii¹³, nie można wykluczyć sytuacji, w których powstaną zbiory niezawierające danych szczególnej kategorii, a których niewłaściwe wykorzystanie może być niebezpieczne.

RODO zezwala zatem obecnie na przetwarzanie neurodanych w bardzo kontrowersyjnych sytuacjach zgodnie z prawem. Skutków zezwolenia na przetwarzanie informacji behawioralnych, które nawet mogą nie pozwalać na identyfikację jednostki, na ogromną skalę mieliśmy okazję już zaznać. Technologia *big data* to obecnie „cyfrowe serum prawdy”¹⁴. Dostęp do i analiza danych, którymi ludzie nie chcą się dzielić, mogą spowodować negatywne skutki dla całego społeczeństwa, które trudno przewidzieć.

2.3. Wybrane zagrożenia dla bezpieczeństwa użytkowników neurotechnologii lub społeczeństwa, przed którymi RODO nie chroni „zwykłych danych osobowych”

Chociaż zgoda (art. 6 ust. 1 lit. a oraz art. 9 ust. 2 lit. a RODO) jest właściwie podstawą prawną najpełniej realizującą autonomię jednostki, to paradoksalnie stwarza ona ogromne ryzyko naruszenia jej integralności. Aby zgoda była ważna, musi spełniać łącznie cztery przesłanki, w tym świadomość. Zgoda według Naczelnego Sądu Administracyjnego „nie może mieć (...) charakteru abstrakcyjnego, lecz winna odnosić się do skonkretyzowanego stanu faktycznego, obejmując tylko określone dane oraz sprecyzowany sposób i cel ich przetwarzania”¹⁵. Przy jakimkolwiek wykorzystaniu neurotechnologii nie jest możliwe określenie danych, które będzie można pozyskać, gdyż zależy to od mimowolnych reakcji

¹³ K. Andres, E. Bielak-Jomaa, M. Jagielski, P. Kawczyński, M. Kasińska, P. Litwiński, A. Sieradzka, K. Wojsyk, *Ochrona danych osobowych medycznych*, wyd. 2, Warszawa 2018, Legalis.

¹⁴ S. Stephens-Davidowitz, *Wszyscy kłamią. Big data, nowe dane i wszystko, co internet może nam powiedzieć o tym, kim naprawdę jesteśmy*, Kraków 2019.

¹⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek zamiejscowy w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2003 r. (II SA 3942/02).

podmiotu danych na otoczenie i różne bodźce. Zatem powstaje pytanie, czy taka zgoda kiedykolwiek będzie świadoma, a tym samym ważna, skoro nie można sprecyzować, jakich danych będzie dotyczyć.

Miłośnicy nowinek technologicznych z pewnością jako pierwsi sięgną po interfejs mózg-komputer, aby móc np. pisać wiadomości i posty w serwisach społecznościowych za pomocą myśli, zawierając tym samym umowę z producentem oprogramowania i urządzenia, której ceną będzie powierzenie neurodanych. A co, jeśli producent jeszcze dodatkowo zaofertuje zapłatę lub znaczący rabat na takie urządzenie? Wiele osób bez namysłu „sprzeda” wówczas swoje neurodane, niebędące „danymi wrażliwymi”. Kolejny problem to przyznanie dostępu do neurodanych organom państwowym. Pewne neurodane były już wykorzystywane w postępowaniach sądowych jako dowody lub przez pracodawców¹⁶. Neurodane powinny być całkowicie niedostępne dla państwa, gdyż dostęp do tak poufnych danych mógłby poważnie naruszać np. konstytucyjne prawo do obrony.

Choć przykłady takie można mnożyć, to już te przywołane powyżej wystarczająco uzasadniają tezę, że stosowanie przepisów odnoszących się do „zwykłych danych osobowych” jest bardzo ryzykowne z perspektywy jednostki i społeczeństwa, które w nieodległym czasie może zacząć otrzymywać spersonalizowane treści wpływające na decyzje w oparciu już nie o profile behawioralne utworzone na podstawie aktywności w sieci, a na podstawie znacznie bardziej trafnych analiz opartych na neurodanych.

3. Koncepcje zapewnienia użytkownikom neurotechnologii odpowiedniego poziomu ochrony neurodanych z uwzględnieniem legislacji innych państw

3.1. Ewolucyjna wykładnia przepisów RODO

Pewnym rozwiązaniem gwarantującym odpowiedni poziom bezpieczeństwa jest przyjęcie, że do wszelkiego rodzaju neurodanych

¹⁶ F.X. Shen, *Neuroscience, Mental Privacy, and the Law* (March 23, 2013), „Harvard Journal of Law and Public Policy” 2013, s. 653–713, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-33, r., <https://ssrn.com/abstract=2269078> [dostęp: 15.07.2021].

zastosowanie będą miały przepisy o danych osobowych szczególnej kategorii. Taka interpretacja zakładałaby, że wszelkie informacje pozyskane bezpośrednio z aktywności mózgu stanowią dane dotyczące zdrowia (art. 4 pkt 15 RODO). Jak wskazuje się w doktrynie, nie tylko informacje o chorobach lub ułomnościach stanowią dane dotyczące zdrowia¹⁷. Sama informacja o pozostawaniu w dobrej kondycji fizycznej, umysłowej czy społecznej już stanowi informację o zdrowiu, gdyż obecnie odchodzi się od definicji negatywnej zdrowia na rzecz kompleksowego ujęcia stanu człowieka. Ponadto motyw 35 RODO podpowiada, że dane dotyczące zdrowia mogą pochodzić z różnych źródeł, w tym np. z urządzeń medycznych.

Wobec tego wszelkie dane pozyskane podczas działania neurotechnologii będą wskazywały na to, w jaki sposób pracuje mózg, a zatem mogą wykazać obecność pewnych chorób lub wskazywać, że zarejestrowana aktywność mózgu jest prawidłowa, a pacjent zdrowy. Niezależnie zatem, czy odczytane zostaną konkretne informacje, takie jak adres zamieszkania, PIN do karty lub data urodzenia¹⁸, czy wyniki działania neurotechnologii pozostaną jedynie odczytem aktywności mózgu, na ich podstawie będzie można stwierdzić, czy impulsy wysyłane przez mózg są przewodzone przez neurony prawidłowo. Przykładowo poziom asymetrii fal alfa między półkulami informuje o tym, czy pacjent jest zdrowy, czy ma depresję, której objawy można zmniejszać wyrównując te różnice (*neurofeedback*)¹⁹.

Zatem wszelkie informacje pozyskane przez neurotechnologię mogą stanowić dane dotyczące zdrowia, gdyż często już sam zapis EEG²⁰ może

¹⁷ M. Sakowska-Baryła (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, wyd. 1, 2018, Legalis.

¹⁸ D. Davies, M. Frank, I. Martinovic, D. Perito, T. Ros, D. Song, *On the feasibility of side-channel attacks with brain-computer interfaces*, USENIX Security, 2012, t. 12, s. 143–158, <https://www.semanticscholar.org/paper/On-the-Feasibility-of-Side-Channel-Attacks-with-Martinovic-Davies/b3540e-217ed3365fac48781bfd9769bb645a7a71> [dostęp: 15.07.2021].

¹⁹ R. Lousberg, M. Oehlen, F. Peeters, J. Ronner, *Neurofeedback as a treatment for major depressive disorder – a pilot study*, PloS one 2014, t. 9(3): e91837, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3958393/> [dostęp: 15.07.2021].

²⁰ D. Dowling, A. Khan, M. Soufineyestani, *Electroencephalography (EEG) Technology Applications and Available Devices*, „Applied Sciences” 2020, t. 10, nr 21: 7453, <https://www.mdpi>.

pomóc w określeniu stanu zdrowia danej osoby. Dzięki takiemu ujęciu użytkownicy jakiegokolwiek rodzaju neurotechnologii korzystałoby ze szczególnego reżimu prawnego gwarantowanego przez RODO, co oznacza dla nich wyższy poziom ochrony ich neurodanych dzięki nałożeniu na administratorów ich danych dodatkowych obowiązków i ograniczeniu przesłanek legalizujących przetwarzanie neurodanych (art. 9 ust. 2 RODO).

3.2. Uznanie neurodanych za nową instytucję prawną

Interesująca koncepcja uznania neurodanych za niemieszczące się w pojęciu klasycznych danych osobowych pojawiła się jeszcze na gruncie Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych. Rozważano wówczas, czy należałoby uznać neurodane za dane bardziej wrażliwe od danych osobowych szczególnej kategorii w rozumieniu art. 8 wspomnianej Dyrektywy, a tym samym wymagające jednak bardziej kompleksowej ochrony²¹. Za odrzuceniem tej koncepcji przemawiał wtedy argument braku ingerencji w niemożliwe do ograniczenia w żaden sposób przez państwo tzw. *forum internum*, czyli w swobodę wyboru przekonania lub wyznania wynikającej z art. 9 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²².

Dzisiaj jednak należałoby wrócić do tych rozważań z uwagi na zupełnie nowe okoliczności. Ingerencja w myśli użytkownika neurotechnologii

com/2076-3417/10/21/7453 [dostęp: 15.07.2021]. Elektroencefalografia umożliwiająca badanie aktywności mózgu ze względu na dużą wygodę stosowania stanowi główną technologię wykorzystywaną w neurotechnologii. Jest wykorzystywana m.in. w bezprzewodowych interfejsach mózg-komputer, biometrii, klinicznych badaniach czy w neuromarketingu.

²¹ P. de Hert, M. Friedewald, D. Hallinan, P. Schütz, *Neurodata and Neuroprivacy: Data Protection Outdated?*, „Surveillance & Society” 2014, t. 12(1), s. 55–72, https://www.researchgate.net/publication/265048889_Neurodata_and_Neuroprivacy_Data_Protection_Outdated [dostęp: 15.07.2021].

²² Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.), <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=w-du19930610284>.

jest już nie tylko hipotezą niepopartą żadnymi dowodami. Badania nad głęboką stymulacją mózgu (*deep brain stimulation*) w leczeniu depresji pokazały, że neurotechnologia wysyłająca sygnały bezpośrednio do mózgu powoduje charakterystyczne zmiany u pacjentów. Twierdzili oni, że ich emocje i odczucia nie należały do nich, a do urządzenia. Nie potrafili rozróżnić, które myśli są skutkiem stymulacji, a które depresji. Pojawiły się nawet u pacjentów wątpliwości, kim właściwie są i czy nadal są sobą z uwagi na poczucie nieznaney im wcześniej sztuczności.²³ W związku z tym można mówić już o ingerencji w prawo do wolności myśli. A zatem mamy do czynienia z naruszeniem tzw. *forum internum*, które jako prawo człowieka podlega wręcz ochronie absolutnej.

Choć obecnie pojawiają się już pierwsze badania, które dowodzą zmiany myśli przez neurotechnologię, to wciąż brakuje odpowiedzi na pytanie o skalę tej ingerencji i jej dokładny charakter. Pozostawienie tego problemu bez regulacji stwarza ogromne ryzyko nie tylko dla danego podmiotu danych, ale i dla całego społeczeństwa. Dlatego też kluczowe jest w pierwszej kolejności uzyskanie miarodajnych i konkretnych wyników badań nad ingerencją w umysł człowieka. Następnie powinno się wrócić do pytania o neurodane w kontekście danych osobowych w rozumieniu RODO. W zależności od rezultatów badań być może konieczne będzie uznanie, że neurodane są danymi bardziej wrażliwymi niż dane osobowe szczególnej kategorii uregulowane w RODO, a w konsekwencji utworzenie nowego systemu ochrony tych danych.

²³ Prywatne notatki z DSI IBM Symposium organizowanego przez Uniwersytet Columbia w Nowym Jorku, które odbyło się online dnia 19 listopada 2020 r.

S. Goering podczas sympozjum zaprezentowała wyniki badań nad głęboką stymulacją mózgu (*deep brain stimulation*), przytaczając w większości jeszcze niepublikowane wypowiedzi pacjentów, którzy poddali się takiemu eksperymentalnemu leczeniu. Pacjenci w następujący sposób odnieśli się do leczenia: „(...) there are parts of this where you just wonder how much is you anymore (...). How much of it is my thought pattern? How would I deal with this if I didn't have the stimulation system? You kind of artificial”; “Our feelings don't get attributed to you. They're all due to the device”; “I've begun to wonder what's me and what's the depression, and what's the stimulator”; “I did not like that at all (...). No, that clearly didn't fit with who I am (...). It was really too much, that really wasn't me, you know. I really felt as if there was someone [else] standing next to me”.

3.3. Uchwalenie nowego aktu prawnego regulującego w pełni prawa użytkowników neurotechnologii

3.3.1. Chile jako prekursor działań legislacyjnych w dziedzinie neurotechnologii

3.3.1.1. Zmiana konstytucji

Zespół naukowców z The NeuroRights Initiative²⁴ postanowił we współpracy z Senatem Republiki Chile, chilijskim ministrem nauki oraz Uniwersytetem Katolickim w Santiago (Pontificia Universidad Católica de Chile) zainicjować w Chile proces legislacyjny, którego skutkiem miało być przyjęcie nowelizacji do Konstytucji Republiki Chile oraz uchwalenie nowej ustawy poświęconej w całości neurobezpieczeństwu. Zmieniając dnia 12 kwietnia 2021 r. artykuł 19 konstytucji, zakazano wszelkich bezprawnych ingerencji w prawo do integralności fizycznej i psychicznej. Ponadto zdefiniowano mentalną integralność jako prawo, którym nie można w żaden sposób manipulować. Wskazano, że rozwój technologiczny i naukowy ma służyć ludziom, a nikt nie jest uprawniony do zwiększania, zmniejszania lub zakłócania integralności jednostki za pomocą jakiegokolwiek technologii bez zgody zainteresowanego²⁵.

Obecna Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej²⁶ nie zawiera podobnego rozwiązania, gdyż czym innym jest nietykalność i wolność osobista (art. 39), prawo do prywatności (art. 47) czy prawo do ochrony danych osobowych (art. 51). Jednak biorąc od uwagę całokształt polskiego porządku prawnego, póki co zmiany w Konstytucji RP nie wydają się konieczne. Wystarczające na tym etapie rozwoju neurotechnologii w Polsce byłoby uchwalenie ustawy.

²⁴ Więcej o The NeuroRights Initiative: <https://nri.ntc.columbia.edu/content/about>.

²⁵ Prywatne notatki z DSI IBM Symposium organizowanego przez Uniwersytet Columbia w Nowym Jorku, które odbyło się online dnia 19 października 2020 r., oraz artykuł z rządowej strony Senatu Chile, <https://www.senado.cl/defensa-de-los-neuroderechos-una-tarea-para-los-parlamentos-a-nivel-global/senado/2020-10-07/132033.html> [dostęp: 15.07.2021].

²⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

3.3.1.2. Uchwalenie nowej ustawy regulującej problematykę neurodanych

Chile nie poprzestało jednak na samym zagwarantowaniu ochrony integralności jednostki. Prowadzone są obecnie prace nad ustawą, która kompleksowo ureguje problematykę neurobezpieczeństwa. Zaprezentowany projekt ustawy o neuroprawach²⁷ przypisuje neurodanym status prawny podobny do statusu organów ludzkich. Ponadto ustawa dotyczy także problemu edukacji i odpowiedniego stosowania przepisów prawa medycznego do dalszego rozwoju i używania neurotechnologii. Kolejnym kamieniem milowym jest wprowadzenie nowych pięciu neuropraw: prawa do tożsamości osobistej (*the right to personal identity*), prawa do wolnej woli (*the right to free will*), prawa do prywatności mentalnej (*the right to mental privacy*), prawa do równego dostępu do technologii zwiększających ludzkie możliwości (*the right to equitable access to technologies that augment human capacities*) oraz prawa do ochrony przed uprzedzeniami i dyskryminacją (*the right to protection against bias and discrimination*).

W polskim porządku prawnym problematykę jakiegokolwiek wykorzystania organów ludzkich reguluje ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów²⁸. W przypadku przyjęcia tej rewolucyjnej koncepcji odpowiednio stosowane do neurodanych byłyby przepisy m.in. zakazujące handlu organami pod groźbą kary. Jeszcze do 23 marca 2017 r. koncepcja ta nie miałaby większego znaczenia, gdyż dopiero ta nowelizacja ustawy doprowadziła do penalizacji określonych zachowań także w stosunku do własnych organów²⁹. Takie rozwiązanie uchroniłoby wiele osób przed pochopną sprzedażą swoich neurodanych. Już dziś użytkownicy różnych

²⁷ Projekt ustawy Proyecto de ley que establece la proteccion de los neuroderechos zaprezentowany przez prof. Rafaela Yustego podczas sympozjum naukowego *Neurorights in Chile. The Philosophical Debate* organizowanego przez Chilean Senate's Challenges of the Future ("Desafios del Futuro") Committee, prof. Rafaela Yustego z Uniwersytetu Columbia oraz Neuroethics Group at Universidad Alberto Hurtado, które odbyło się w Santiago dnia 18 marca 2021 r. (transmitowane online).

²⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 2134 ze zm.

²⁹ V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do ustawy: Komórki, tkanki, narządy, pobieranie, przechowywanie, przeszczepianie t.j. z dnia 11-5-2017* (Dz.U. 2017, Nr 98, poz. 1000), opracowanie redakcyjne na

technologii w zamian za określone usługi powierzają swoje dane bez większego namysłu. Użytkownika neurotechnologii można porównać do dawcy przeszczepu, który wskutek zabiegu eksplantacji narządu nie pozyskuje żadnych korzyści w znaczeniu zdrowotnym, a wręcz ponosi szkodę. Działanie takie nie jest zatem w jego prawnie uzasadnionym interesie zdrowotnym³⁰. Trudno jest sobie wyobrazić jakąkolwiek korzyść, która mogłaby rekompensować powierzenie neurodanych. Jak słusznie stwierdził Clive Humby, dane osobowe to ropa XXI wieku³¹. Wartość danych osobowych dla cyfrowych gigantów jest obecnie ogromna. Nieracjonalne byłoby całkowite zakazanie przetwarzania neurodanych z uwagi na ogrom korzyści, dlatego zakaz handlu zarówno swoimi, jak i cudzymi neurodanymi pod groźbą kary stanowi pewien złoty środek.

3.3.2. Hiszpania jako pierwsze państwo członkowskie Unii Europejskiej zmierzające do prawnego zabezpieczenia interesów użytkowników neurotechnologii

Hiszpania postanowiła zostać drugim na świecie państwem, które podjęło działania w obszarze neuropraw. Dnia 17 listopada 2020 r. hiszpański rząd zaprezentował Kartę Praw Cyfrowych (Charter of Digital Rights)³², która stanowi zestawienie wytycznych prawnych i etycznych w zakresie sztucznej inteligencji i neurotechnologii. Część XXIV dokumentu dotyczy bezpośrednio praw cyfrowych w neurotechnologii. Choć Karta zawiera postanowienia raczej generalne, to jednak zwraca uwagę na najważniejsze problemy prawne, a mianowicie na ochronę tożsamości, niezależność, wolność w podejmowaniu decyzji, zapewnienie poufności

podstawie: M. Bojarski (red.), *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, wyd. 2, 2018, Legalis.

³⁰ M. Gałazka, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, [w:] L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *System Prawa Medycznego*, tom 2, wyd. 1, 2018, Legalis.

³¹ C. Humby, oryg. „Data is the new oil”, <https://www.theguardian.com/technology/2013/aug/23/tech-giants-data> [dostęp: 15.07.2021].

³² Projekt Karty Praw Cyfrowych (oryg. Charter of Digital Rights), https://nri.ntc.columbia.edu/sites/default/files/content/Charter%20of%20Digital%20Rights%20_%20Spain%20_%203%20dec%202020.pdf [dostęp: 15.07.2021].

i pełną kontrolę podmiotu danych nad powierzonymi neurodanymi, konieczność wprowadzenia zasad korzystania z interfejsów mózg-komputer, poprawność i aktualność danych oraz algorytmów sztucznej inteligencji. Ponadto wyrażono chęć zagwarantowania godności, równości, niedyskryminacji zwłaszcza w nieterapeutycznym wykorzystaniu neurotechnologii, a dokładniej – jeżeli celem użytkownika jest usprawnienie umysłowe, stymulacja lub wzmocnienie ludzkich możliwości.

Zdecydowanie działania podjęte w Hiszpanii zasługują na uznanie i dalsze śledzenie losów zaproponowanej Karty Praw Cyfrowych. Jest to rozsądne rozwiązanie, aby za pomocą odrębnego aktu prawnego o mocy ustawy początkowo uregulować pierwsze prawne ramy neurotechnologii.

3.4. Przysięga dla lekarzy, informatyków, przedsiębiorców i innych osób zajmujących się neurotechnologią

Równie interesującym pomysłem jest opracowanie przysięgi na kształt przysięgi Hipokratesa przez Neurorights Foundation, Sherpa oraz Catholic University of Chile. Cechą charakterystyczną przysięgi lekarskiej jest to, że ma ona wydźwięk etyczny, a nie prawny. Stała się ona paradygmatem etyki lekarskiej³³. Podobną funkcję pełnić miałyby przysięga odbierana od wszystkich pracujących przy neurotechnologii.

Obecnie prowadzone są badania pilotażowe z udziałem m.in. Facebooka, które polegają na umożliwieniu pracownikom złożenia przysięgi publicznie w uroczystej atmosferze oraz następnie obserwacji efektów ich pracy. Przysięga taka miałaby zobowiązywać do nieszkodzenia i działania wyłącznie na rzecz tworzenia wspólnego dobra, a także na poszanowaniu autonomii jednostki, jej godności i prywatności. Ponadto osoby pracujące przy neurotechnologii miałyby zwracać szczególną uwagę na to, aby unikać błędów mogących doprowadzić do wystąpienia niesprawiedliwych czy wręcz dyskryminujących sytuacji, a wszelkie algorytmy

³³ B. Chyrowicz, *Rozdział 3. Etyka a możliwości współczesnej medycyny*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Instytucje Prawa Medycznego. System Prawa Medycznego*, tom 1, Warszawa 2018, Legalis.

sztucznej inteligencji stosowane we wprowadzanych rozwiązaniach miałyby być przejrzyste i możliwe do poprawienia³⁴.

Pomysł ten z powodzeniem mógłby zostać wprowadzony póki co jako dobra praktyka. Co prawda złamanie składanych obietnic nie zawsze wiązałoby się z sankcjami prawnymi, ale naruszenie tego typu norm byłoby z pewnością odbierane negatywnie w dojrzałym społeczeństwie i otwarcie krytykowane. Dalszym etapem rozwoju neuroetyki powinno być opracowanie Kodeksu NeuroEtyki na poziomie krajowym przez zespół ekspertów z różnych dziedzin.

3.5. Nowe prawa człowieka

Coraz bardziej niepokojące odkrycia doprowadziły do rozważenia konieczności uznania pewnych fundamentalnych zasad neurotechnologii za prawa człowieka. Ustawodawca zazwyczaj skupia się na kwestiach związanych z sektorem publicznym, tj. bezpieczeństwem, odpowiedzialnością czy na działaniach antymonopolowych.³⁵ A to właśnie sektor prywatny stanowi największe zagrożenie dla użytkowników neurotechnologii, gdyż z założenia mamy tam do czynienia z większą swobodą stron. Idea uznania neuropraw za prawa człowieka, korzystające z wyjątkowej ochrony, miałaby bezpośredni wpływ na oba sektory, prywatny i publiczny, a jednocześnie nie zakłada narzucania nadmiernych ograniczeń na start-upy zajmujące się neurotechnologią.

³⁴ Treść proponowanej przysięgi: „In all aspects of my work, I will make sure that my knowledge is not used to harm people; I will ensure that my knowledge is used for the benefit of users; I will seek consent and respect the will of those who have trusted me; I will maximize the fairness of the results, avoiding any discrimination or unfair promotion of certain people over others; I will make sure to respect the dignity of users, protecting their human rights; I will not violate the privacy of confidential information of individuals; I will maximize the transparency of the algorithms that I generate and use. I take this oath freely, in my honor, and I assume any responsibility should I break it”, <https://nri.nrc.columbia.edu/news/new-article-hippocratic-oath-neurotechnology-developers> [dostęp: 15.07.2021].

³⁵ N. Frahm, S.M. Pfotenhauer, D. Winickoff et al., *Mobilizing the private sector for responsible innovation in neurotechnology*, „Nat Biotechnol” 2021, t. 39, s. 661–664, <https://doi.org/10.1038/s41587-021-00947-y> [dostęp: 15.07.2021].

Poszczególni autorzy różnie nazywają proponowane prawa człowieka, ale ich istota jest właściwie taka sama. Przede wszystkim proponowane jest ustanowienie wolności kognitywnej/mentalnej (*cognitive liberty*)³⁶, która miałaby zapewniać prawo do korzystania z neurotechnologii i jednocześnie gwarantować, że nie będzie ona używana wobec jednostki bez jej zgody. Prawo do prywatności powinno być rozszerzone poprzez uznanie mózgu za obszar działania absolutnego prawa do prywatności³⁷. Proponowana jest także zmiana rozumienia prawa do integralności psychicznej poprzez uzupełnienie o prawo do ochrony domeny psychicznej/mentalnej przed potencjalnymi szkodami³⁸. Co prawda Karta praw podstawowych Unii Europejskiej wprowadza w art. 3 prawo do integralności psychicznej, ale obecne rozumienie tego prawa jest zbyt wąskie i nie obejmuje wykorzystania neurotechnologii³⁹. Na koniec porusza się problem zmiany osobowości, co zdarza się bardzo często w przypadku głębokiej stymulacji mózgu (*deep brain stimulation*) czy przezczaszkowej stymulacji mózgu (*transcranial magnetic stimulation*). Człowiek powinien mieć prawo do zachowania swojej tożsamości i osobowości dzięki ochronie przed zmianą jego zachowania przez stronę trzecią bez jego zgody⁴⁰.

Rozpoczęcie interdyscyplinarnej dyskusji o nowych neuroprawach to niewątpliwie ważny moment dla systemu praw człowieka, dlatego też nie należy się zanadto spieszyć z ingerencją w ten system. Oczywiście zaproponowane prawa człowieka na ten moment zdają się wystarczającą

³⁶ M. Ienca, R. Andorno, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, „Life Sci Soc Policy” 2017, t. 13(5), <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1> [dostęp: 15.07.2021].

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Por. A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2020, Legalis. Znaczenie integralności psychicznej zostało wskazane w komentarzu do art. 3 Konwencji pkt II podpkt 6. Jest ona pojmowana raczej w sferze samych wartości, którymi kieruje się dana osoba i na podstawie których podejmuje decyzje dotyczące własnego życia. Brakuje jednak odniesienia się do innych obszarów niż same wartości, do obszarów bardziej podstawowych (np. informacje bankowe, które można odczytać za pomocą neurotechnologii), których integralność również powinna być chroniona z uwagi na szkody, jakie jednostka może ponieść.

⁴⁰ M. Ienca, R. Andorno, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, „Life Sci Soc Policy” 2017, t. 13(5), <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1> [dostęp: 15.07.2021].

odповідzią na potrzeby neurotechnologii, jednak w pierwszej kolejności należałoby ustalić prawne ramy na poziomie krajowym. Później, uwzględniając doświadczenia poszczególnych państw i odpowiedź gospodarki na wprowadzone regulacje, ponownie należałoby zweryfikować aktualność proponowanych neuropraw i kontynuować rozważania nad potrzebą i sposobem ich wprowadzenia do porządku prawnego.

4. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Neurotechnologia w ostatnim czasie przeżywa gwałtowny rozwój. Dla części najnowszych odkryć jeszcze trudno znaleźć satysfakcjonujące wyjaśnienie, ale wiele z nich już teraz powinno wzbudzić pewne obawy w zakresie bezpieczeństwa użytkowników neurotechnologii i całego społeczeństwa. W przypadku mediów społecznościowych ustawodawcy przegapili odpowiedni moment na przyjęcie rozwiązań prawnych ograniczających nadmierną ingerencję w życie prywatne aż po wybory prezydenckie. Dla neurotechnologii nie jest jeszcze za późno, by ograniczyć ryzyko zdobycia informacji ułatwiających kontrolowanie zachowań społeczeństwa. W przypadku przetwarzania neurodanych nie ma miejsca na błędy, gdyż skutki mogą okazać się katastrofalne.

Wydaje się, że przyjęcie przemyślanych działań legislacyjnych jest nieuniknione. W pierwszej kolejności może zadziałać jednak doktryna, która jednolicie i jednomyślnie powinna przyjąć ewolucyjną wykładnię przepisów RODO i uznać wszystkie neurodane za dane szczególnej kategorii. Dzięki temu rozwiązaniu ustawodawca zyskałby czas na przygotowanie się do neurorewolucji poprzez uchwalenie kompleksowego aktu prawnego regulującego badanie nad neurotechnologią, sposób jej wykorzystania czy prawa jej użytkowników. Równocześnie należy zintensyfikować działania na arenie międzynarodowej mające na celu opracowanie i wdrożenie rozwiązań międzynarodowych, łącznie z potencjalną nowelizacją systemu praw człowieka.

Bibliografia

- Andres K., Bielak-Jomaa E., Jagielski M., Kawczyński P., Krasińska M., Litwiński P., Sieradzka A., Wojsyk K., *Ochrona danych osobowych medycznych*, wyd. 2, Warszawa 2018.
- Bonaci T., Calo R., Chizeck H., *App Stores for the Brain: Privacy & Security in Brain-Computer Interfaces (May 23, 2014)*, „IEEE International Symposium on Ethics in Science, Technology and Engineering, IEEE Technology & Society Magazine” 2015, t. 34, nr 2, University of Washington School of Law Research Paper No. 2788104.
- Bonaci T., Chizeck H.J., *Brain-computer interfaces anonymizer*, US Patent Application, luty 2014.
- Chyrowicz B., *Etyka a możliwości współczesnej medycyny*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Instytucje Prawa Medycznego. System Prawa Medycznego*, tom 1, Warszawa 2018.
- Davies D., Frank M., Martinovic I., Perito D., Ros T., Song D., *On the feasibility of side-channel attacks with brain-computer interfaces*, „USENIX Security” 2012, t. 12.
- Dowling D., Khan A., Soufneyestani M., *Electroencephalography (EEG) Technology Applications and Available Devices*, „Applied Sciences” 2020, t. 10, nr 21: 7453.
- Frahm N., Pfothenhauer S.M., Winickoff D. et al., *Mobilizing the private sector for responsible innovation in neurotechnology*, „Nature Biotechnology” 2021, t. 39.
- Galazka M., *Szczególne świadczenia zdrowotne*, [w:] L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *System Prawa Medycznego*, tom 2, Warszawa 2018.
- de Hert P., Friedewald M., Hallinan D., Schütz P., *Neurodata and Neuroprivacy: Data Protection Outdated?*, „Surveillance & Society” 2014, t. 12(1).
- Ienca M., Andorno R., *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, „Life Sci Soc Policy” 2017, t. 13(5).
- Litwinski P., *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, [w:] P. Litwinski (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Lousberg R., Oehlen M., Peeters F., Ronner J., *Neurofeedback as a treatment for major depressive disorder—a pilot study*, PloS one, 2014, t. 9(3): e91837.
- Müller O., Rotter S., *Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues*, „Frontiers in Systems Neuroscience” 2017, t. 11.

Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz, M. Sakowska-Baryła (red.), Warszawa 2018.

Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego „Strategiczny rozwój polityki przemysłowej do 2030 r. z myślą o większej konkurencyjności i dywersyfikacji bazy przemysłowej w Europie oraz dążeniu do zrównoważonej efektywności w światowych łańcuchach wartości” (opinia rozpoznawcza na wniosek prezydencji austriackiej) (2019/C 62/03).

Shen F.X., *Neuroscience, Mental Privacy, and the Law* (March 23, 2013), 36 Harvard Journal of Law and Public Policy, 2013, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13–33.

Steinert S., Friedrich, O., *Wired Emotions: Ethical Issues of Affective Brain–Computer Interfaces*, „Science and Engineering Ethics” 2020, t. 26.

Stephens-Davidowitz S., *Wszyscy kłamią. Big data, nowe dane i wszystko, co internet może nam powiedzieć o tym, kim naprawdę jesteśmy*, Kraków 2019.

The brain-computer interface: new rights or new threats to fundamental freedoms? Report, Doc. 15147, 24.09.2020 r.

Wróbel A. (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2020.

Abstract.

The aim of this article is to examine the currency of the personal data protection system in the light of the threats created by neurotechnology by analysing the nature of personal data obtained from decoded brain activity or structure. The so-called neurodata presently are identified as a “special categories of personal data”, but unfortunately most neurodata are classified as “personal data”, that makes it impossible to apply a higher level of protection in each case of processing neurodata. The second part of the article presents possible solutions to this problem. First of all, an evolutionary interpretation of the GDPR should be adopted, and then, based on the experience of Chile and Spain, that are pioneers in the field of neurolaw, a new legislation should be initiated at the national level. The most controversial solutions are presenting new fundamental human rights (neurorights) and considering neurodata as more “sensitive” than specific category of personal data.

Zdolność patentowa protez bionicznych wykorzystujących interfejs mózg-komputer

1. Wprowadzenie

Terapia pacjenta obejmuje wiele obszarów nauki, nie tylko medycynę w jej klinicystycznym ujęciu. W przypadku pacjentów po amputacji kończyn jest to m.in. bionika, która zajmuje się naśladowaniem natury przez technikę i budowaniem urządzeń na wzór właściwości organizmów naturalnych. Inspiracją dla inżynierów zajmujących się bioniką jest zarówno fauna, jak i flora. Wiele z proponowanych przez nich rozwiązań ma charakter wynalazku i może uzyskać ochronę patentową, jednak wynalazek w sensie potocznym i wynalazek w sensie prawnym to dwa różne pojęcia. Uzyskanie ochrony patentowej wymaga spełnienia kilku przesłanek pozytywnych oraz nie może podlegać włączeniom, przewidzianym przez prawo.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie, czym są bioniczne protezy wykorzystujące interfejs mózg-komputer, oraz analiza, czy tego typu urządzenia mają zdolność patentową i mogłyby uzyskać ochronę patentową przed polskim lub europejskim urzędem patentowym.

2. Protezy bioniczne i BCI

Bioniczne protezy w odróżnieniu od tradycyjnych protez mają poza walorem estetycznym, maskującym brak kończyny, posiadać walor funkcjonalny i pozwalać na używanie protezy tak, jakby była naturalną kończyną pacjenta. Pierwsza bioniczna proteza ramienia wykorzystująca interfejs

mózg-komputer powstała w 1993 r.¹, a pierwszym pacjentem z bioniczną protezą był Robert Campbell Aird. Proteza ta była sterowana za pomocą specjalnego czepka, wyposażonego w mikroczujniki, które wychwytywały impulsy elektryczne mózgu. Pacjent musiał jednak nosić czepkę przez cały czas używania protezy.

Współcześnie protezy i sposób sterowania nimi są o wiele bardziej zaawansowane. Mówi się nawet o „protezach sterowanych myślą”. Jest to jednak duże uproszczenie. W przeciwieństwie do ograniczeń z 1993 r., obecnie nie trzeba nosić czepka wyposażonego w mikroczujniki. Pozwala na to znaczny rozwój technologii BCI (*brain-computer interface*). Obecnie technologia ta zamiast czepka wykorzystuje niewielkich rozmiarów chip. Pierwszym pacjentem, który testował tego typu rozwiązanie po utracie obydwu kończyn górnych, był Les Baugh (2014)². Zastosowanie u niego protez wymagało chirurgicznego wyprowadzenia nerwów w okolicy ramion³. Technologię tę opracowano na Uniwersytecie Johna Hopkinsa w ramach programu DARPA (Defense Advanced Research Projects Agency) pt. „Revolutionizing Prosthetics Program”⁴. Program ten ma na celu stworzenie protez jak najbardziej zbliżonych do naturalnych ludzkich kończyn, opracowanie sensorów, które pozwolą na odczuwanie przez pacjenta dotyku, temperatury oraz wibracji, a same protezy mają być wytrzymałe na czynniki środowiskowe takie jak ciepło, zimno, woda, wilgoć i kurz⁵.

Interfejs mózg-komputer pozwala wychwycić impulsy elektryczne mózgu i przetworzyć je w komendę: „BCI jest to system umożliwiający odbieranie sygnałów aktywności mózgu oraz ich interpretowanie. Dzięki BCI możliwe jest dekodowanie ludzkich intencji na podstawie analizy aktywności poszczególnych obszarów mózgu. To z kolei pozwala na

¹ Księga rekordów Guinnessa, <https://www.guinnessworldrecords.com/news/60at60/2015/8/1993-first-bionic-arm-392887> [dostęp: 14.07.2021].

² <https://www.jhuapl.edu/PressRelease/141216> [dostęp: 14.07.2021].

³ *Ibidem*.

⁴ <https://www.jhuapl.edu/prosthetics/> [dostęp: 14.07.2021].

⁵ <https://www.jhuapl.edu/Prosthetics/Program> [dostęp: 14.07.2021].

komunikację ze światem zewnętrznym osób z poważnymi upośledzeniami neurologicznymi oraz osób ze stwierdzonymi defektami układu ruchu⁶. Technologię tę stosuje się również m.in. do sterowania wózkiem inwalidzkim⁷, w leczeniu zaburzeń lękowych, uzależnień, chronicznego bólu czy chorób układu odpornościowego i oddechowego⁸.

Aby protezę z BCI wykorzystywać bez konieczności chodzenia w czepku, konieczne jest przeprowadzenie operacji chirurgicznej i „podpięcie się” do układu nerwowego pacjenta. W praktyce oprócz poddania się operacji technologia BCI wymaga od pacjenta nauczania się, jak sterować protezą. Zazwyczaj sugeruje się pacjentom, aby myśleli o poruszaniu protezą tak, jakby myśleli o poruszaniu naturalną kończyną.

Technologia BCI stanowi przedmiot zainteresowania również w sektorze prywatnym. Jedną z firm pracujących nad systemem BCI jest założona w 2016 r. firma Elona Muska Neuralink. Firma skupia działania na rozwoju urządzenia, które ma pozwalać na realizację interfejsu mózg-komputer – The Link⁹. Urządzenie to „jest wielkości monety i ma niezwykle cienkie druty wychodzące z jednej strony. Ma być wszczepiane w czaszkę, a cieniutkie druciki mają być osadzone bezpośrednio w mózgu. Przewody te mają wykrywać aktywność neuronów lub emitować własne sygnały elektryczne, aby je stymulować”¹⁰. Firma testowała swoje rozwiązanie na świniami. W ramach badań wykorzystano trzy świnie o imionach Joyce, Gertruda i Dorothy. Pierwszej nie wszczepiono implantu, drugiej wszczepiono i pozostawiano w głowie, trzeciej wszczepiono i po pewnym czasie usunięto. Umieszczenie implantu wymagało rozcięcia czaszki i wprowadzenia elektrod do mózgu. Po operacji konieczna była kilkudniowa hospitalizacja. W ocenie firmy ani wszczepienie i pozostawienie,

⁶ P. Kucharski, A.J. Rybicki, M. Kopaczyńska, *Połączenie mózg komputer jako metoda komunikacji z niereagującymi pacjentami – Przegląd literatury*, „Acta Bio-Optica et Informatica Medica Inżynieria Biomedyczna” 2015, nr 3, s. 149.

⁷ Zob. *ibidem*, s. 150.

⁸ Zob. A. Cegielska, M. Olszewski, *Nieinwazyjny interfejs mózg-komputer do zastosowań technicznych*, „Pomiary Automatyka Robotyka” 2015, nr 3, s. 10.

⁹ <https://neuralink.com/> [dostęp: 14.07.2021].

¹⁰ E. Krupska, *Nowy interfejs mózg-komputer*, „Kwartalnik Urzędu Patentowego RP” 2020, nr 3, s. 21.

ani wszczepienie i usunięcie implantu nie wpłynęło negatywnie na zachowanie świn¹¹. To w ocenie firmy ma dowodzić, że proponowane rozwiązanie jest bezpieczne.

3. Wynalazek i zdolność patentowa

Technologia BCI brzmi jak historia science fiction. Jest to stosunkowo nowy obszar nauki, jednak zdecydowanie nie fikcja. Wydaje się, że tego typu technologia powinna być chroniona przez prawo, poniżej przeanalizuję, czy protezy wykorzystujące BCI mogą uzyskać ochronę patentową.

Przedmiotem patentu może być jedynie wynalazek. Wynika to z art. 24 ustawy – Prawo własności przemysłowej¹² (dalej: p.w.p.). Co więcej, ustawa wymaga, aby wynalazek ten był nowy, miał poziom wynalazczy i nadawał się do przemysłowego stosowania (art. 24 p.w.p.).

Na gruncie prawa patentowego pojęcie wynalazku nie jest zdefiniowane, ale znaczy co innego, niż sugeruje to potoczne rozumienie tego pojęcia. W języku potocznym często wynalazek jest zamiennie używany z odkryciem. W prawie patentowym przez wynalazek rozumiemy pewne rozwiązanie stworzone przez człowieka w oparciu o istniejący zasób wiedzy; kluczowy jest w tym zakresie akt kreacji. Z kolei przez odkrycie należy rozumieć ujawnienie istnienia w przyrodzie czegoś, co dotąd nie było znane. Orzecznictwo podejmuje próby wskazywania definicji wynalazku i tak uznaje się, że „wynalazkiem jest rozwiązanie jakiegoś problemu przy posłużeniu się zdatnymi do opanowania siłami przyrody dla osiągnięcia przyczynowo przewidywalnego rezultatu leżącego poza sferą intelektualnego oddziaływania człowieka”¹³.

¹¹ L. Crane, *Elon Musk demonstrated a Neuralink brain implant in a live pig*, New Scientist, 2020, <https://www.newscientist.com/article/2253274-elon-musk-demonstrated-a-neuralink-brain-implant-in-a-live-pig/> [dostęp: 14.07.2021].

¹² Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2001 r. Nr 49, poz. 508 z późn. zm.).

¹³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2010 r. (VI SA/Wa 15/10).

Przesłanki z art. 24 p.w.p. – nowość, nieoczywistość i nadawanie się do przemysłowego stosowania – muszą wystąpić kumulatywnie. Oprócz nich wynalazek musi mieć techniczny charakter (art. 26 ust. 1 p.w.p.). Oznacza to, że konieczne jest spełnienie czterech przesłanek, „brak którejkolwiek z tych przesłanek sprawia, że niemożliwe jest udzielenie patentu na wynalazek”¹⁴.

Nacisk na ostatnią z przesłanek – techniczny charakter – jest jednym z głównych elementów różniących polskie prawo patentowe od amerykańskiego. Polskie i europejskie prawo patentowe wskazuje tę przesłankę jako kluczową. W orzecznictwie podkreśla się, że „zasadnicze znaczenie w ocenie zdolności patentowej ma kryterium technicznego charakteru wynalazku, bowiem niestwierdzenie przez Urząd Patentowy tej przesłanki skutkuje uznaniem braku zdolności patentowej zgłoszonego wynalazku i powoduje, iż dalszego badania nie prowadzi się, a ochrona patentowa jest wykluczona”¹⁵.

Przesłanki z art. 24 (nowość, nieoczywistość/poziom wynalazczy, stosowalność) oraz art. 26 ust. 1 p.w.p. (charakter techniczny) składają się na tzw. zdolność patentową. Rozumienie poszczególnych przesłanek omówię pokrótce poniżej.

Zgodnie z ustawą wynalazek uważa się za nowy, jeśli nie jest on częścią stanu techniki (art. 25 ust. 1 p.w.p.). Przy tym należy uwzględnić stan techniki na świecie, czyli wynalazek musi być nowy w skali światowej. Podkreśla się nawet, że „chodzi o nowość absolutną, nie ograniczoną miejscem ani czasem”¹⁶. Decyduje zatem moment ujawnienia wynalazku i można uznać, że ma tu zastosowanie reguła *prior tempore, potior iure*. Ustawodawca w art. 25 ust. 2 p.w.p. rozumie ujawnienie wynalazku szeroko – może do niego dojść w formie pisemnego lub ustnego opisu, przez stosowanie, wystawienie lub też ujawnienie w inny sposób, byleby

¹⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 grudnia 2017 r. (VI SA/Wa 832/17).

¹⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 marca 2011 r. (II GSK 374/10).

¹⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 października 2004 r. (II SA 3709/03).

informacja o wynalazku została udostępniona do wiadomości powszechnej. Oceniając, kto pierwszy ujawnił swoje rozwiązanie, należy też brać pod uwagę informacje zawarte w zgłoszeniach wynalazków lub wzorów użytkowych (art. 25 ust. 3 p.w.p.).

Sama nowość jednak nie wystarcza, potrzebna jest też doniosłość danego rozwiązania i tak kolejną przesłanką jest poziom wynalazczy. Badanie tej przesłanki następuje po uznaniu wynalazku za nowy. Zgodnie z art. 26 ust. 1 p.w.p. wynalazek uważa się za posiadający poziom wynalazczy, jeżeli nie wynika on dla znawcy ze stanu techniki w sposób oczywisty. Oznacza to, że oceny wynalazku dokonuje ekspert w danej dziedzinie oraz że powinien on „ocenając nieoczywistość wynalazku, (...) postrzegać go jako całość, a zatem zarzut oczywistości może być stawiany całemu rozwiązaniu, a nie jego poszczególnym elementom. Jeżeli zatem zastrzeżenie zawiera kombinację cech, to wynalazek może być uznany za nieoczywisty, nawet jeśli każda z tych cech – uwzględniana oddzielnie – jest znana i oczywista. Należy bowiem odróżnić przypadki, gdy zgłoszony pomysł stanowi proste połączenie znanych cech (wynalazek oczywisty), od ich dotąd nieznanej kombinacji, prowadzącej do nieznanego i nieoczywistego efektu”¹⁷.

Trzecią przesłanką jest nadawanie się do przemysłowego stosowania, przez co ustawodawca rozumie sytuację, w której według wynalazku może być uzyskiwany wytwór lub wykorzystywany sposób, w rozumieniu technicznym, w jakiejkolwiek działalności przemysłowej, nie wykluczając rolnictwa (art. 27 p.w.p.). Innymi słowy wynalazek nadaje się do przemysłowego stosowania, gdy da się go replikować, „gdy konkretne rozwiązanie techniczne (...) gwarantuje (...) powtarzalność rezultatu”¹⁸.

Doniosłość przesłanki technicznego charakteru wynalazku wskazywałam już wyżej, jednak nie wskazałam, co należy przez to rozumieć. Wynalazek ma charakter techniczny, gdy wykorzystuje siły przyrody i oddziałuje na materię¹⁹. Notabene przesłanka ta uniemożliwia

¹⁷ R. Skubisz (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo własności przemysłowej*, t. 14A, Warszawa 2017, s. 455.

¹⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 września 2017 r. (II GSK 3395/15).

¹⁹ Zob. R. Skubisz (red.), *System Prawa Prywatnego...*, *op. cit.*, s. 361.

patentowanie programów komputerowych (np. gier), gdyż są to niematerialne linijki kodu, które zazwyczaj oddziałują na inne elementy w sferze cyfrowej, a nie materialnej.

Oprócz przesłanek pozytywnych ustawodawca wskazał w art. 28 i 29 p.w.p. rozwiązania, których nie uważa się za wynalazki lub na które nie udziela się ochrony patentowej. Wyłączeniem są objęte m.in. metody chirurgiczne.

4. Metody chirurgiczne

Zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 3 p.w.p. patentów nie udziela się na sposoby leczenia ludzi i zwierząt metodami chirurgicznymi lub terapeutycznymi oraz sposoby diagnostyki stosowane na ludziach lub zwierzętach. Wyłączenie to jest tożsame z wyłączeniem wskazanym w art. 53 lit. c Konwencji o udzielaniu patentów europejskich²⁰. Europejski Urząd Patentowy (dalej: EUP) jako *ratio* wyłączenia metod chirurgicznych spod patentowania wskazał, że „służy to celom, interesom zdrowia publicznego i pacjentom, a w szczególności uwalnia osoby wykonujące profesje medyczne od ograniczeń, które mogą być na nie nałożone przez patenty udzielone na sposoby leczenia chirurgicznego lub terapeutycznego”²¹. Mówiąc w skrócie: lekarze mają leczyć, a nie ubiegać się o udzielenie licencji. Określenie „leczenie metodami chirurgicznymi” nie nastrocza w analizowanym w niniejszym artykule przypadku problemów interpretacyjnych, ponieważ zwiększenie za pomocą protezy czynności motorycznych pacjenta ma niewątpliwie komponent terapeutyczny.

²⁰ Konwencja o udzielaniu patentów europejskich (Konwencja o patencie europejskim), sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r., zmieniona aktem zmieniającym artykuł 63 konwencji z dnia 17 grudnia 1991 r. oraz decyzjami Rady Administracyjnej Europejskiej Organizacji Patentowej z dnia 21 grudnia 1978 r. 13 grudnia 1994 r. 20 października 1995 r., 5 grudnia 1996 r. oraz 10 grudnia 1998 r. wraz z protokołami stanowiącymi jej integralną część z dnia 5 października 1973 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 79, poz. 737).

²¹ Decyzja Komisji Odwoławczej Europejskiego Urzędu Patentowego z dnia 15 lutego 2010 r., sygn. G-0001/07 (sprawa Medi-Physics).

Metody chirurgiczne należy rozumieć jako „jakikolwiek czynności, za pomocą których dokonuje się ingerencji w strukturę organizmu”²². Polski Urząd Patentowy wskazuje ponadto, że „sposoby leczenia ludzi i zwierząt metodami chirurgicznymi lub terapeutycznymi są wyłączone z patentowania, bez względu na to, czy procedurę leczniczą miałby wykonywać człowiek, czy urządzenie (np. autonomiczny robot chirurgiczny)”²³.

To, czy mamy do czynienia z metodami chirurgicznymi, należy oceniać ze względu na „sam charakter postępowania, a nie ich cel”²⁴. Ocena, czy zachodzi przesłanka negatywna patentowalności danego wynalazku w postaci metod chirurgicznych, jest jednak niekiedy trudna, bowiem nie każde oddziaływanie będzie uznane za metodę chirurgiczną. Należy też pamiętać, że czym innym są metody chirurgiczne, a czym innym „patentowanie instrumentów lub urządzeń chirurgicznych stosowanych w terapii, chirurgii albo diagnostyce”²⁵, które jest dopuszczalne. Zasadą jest, że wszystkie zabiegi chirurgiczne wykonywane na żywym organizmie są wyłączone z patentowania.

Urząd Patentowy RP uznaje, że „zdolność patentową posiadają implanty sztuczne, jeżeli określające je cechy techniczne nie zawierają elementów procedury terapeutycznej lub chirurgicznej”²⁶. Jednak „w praktyce EUP ustaliła się zasada, że nie podlegają patentowaniu metody zakładające oddziaływanie pomiędzy wszczepionym urządzeniem a organizmem. Z tego powodu odmówiono ochrony patentowej metodzie kontrolującej prędkość tętna, która polegała na pomiarze ciśnienia i wywołaniu reakcji przez odpowiednie urządzenie regulujące tętno”²⁷. Jak widać, urzędy patentowe analizują każdy przypadek indywidualnie.

²² Ż. Pacud, *Wyłączenie patentowania metod leczniczych, chirurgicznych i diagnostycznych w Konwencji o udzielaniu patentów europejskich*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2010, z. 107, s. 84.

²³ Ogólne wytyczne Prezesa Urzędu Patentowego RP w zakresie wynalazków i wzorów użytkowych, Wiadomości Urzędu Patentowego 16/2020, s. 144.

²⁴ M. du Vall, H. Żakowska-Henzler, *Wynalazek*, „Studia Prawa Prywatnego” 2011, nr 1, s. 136.

²⁵ *Ibidem*, s. 137.

²⁶ Ogólne wytyczne Prezesa Urzędu Patentowego RP w zakresie wynalazków i wzorów użytkowych, „Wiadomości Urzędu Patentowego” 2020, nr 16, s. 146.

²⁷ Ż. Pacud, *Wyłączenie...*, *op. cit.*, s. 89.

W odniesieniu do protez należy zauważyć, że proteza jako nakładka na kończynę nie jest wyłączona z patentowania, nawet jeśli wymaga wyprofilowania kikuta, na którym ma być zamocowana²⁸. EUP stoi jednak na stanowisku – zgodnym z Konwencją o udzielaniu patentów europejskich – że gdy założenie protezy obejmuje leczenie chirurgiczne, to taka proteza (w analizowanym przez EUP przypadku endoproteza) jest wyłączona z możliwości udzielenia ochrony patentowej²⁹. Ocena ta jest niezależna od tego, że proteza jest wytworzona poza ciałem pacjenta, istotna jest konieczność ingerencji chirurgicznej, aby dana proteza spełniała swoją funkcję³⁰.

W przedmiocie głównego pytania niniejszej pracy rozważę dwa warianty: bioniczną protezę BCI, wykorzystującą w ramach interfejsu czepek z mikroczipami, oraz bioniczną protezę BCI, wykorzystującą implant.

W pierwszym z wariantów ryzyko wystąpienia przesłanki negatywnej w postaci zastosowania metod chirurgicznych w mojej ocenie nie występuje. Wariant ten nie wymaga chirurgicznego ingerowania w ciało pacjenta. Z kolei w drugim z rozważanych przypadków, czyli protezy, która do interfejsu wykorzystuje implant – wymagane jest przeprowadzenie operacji chirurgicznej. Ingerencja ta jest konieczna do funkcjonowania danej protezy, dlatego przesłanka negatywna zachodzi.

Najlepszym z punktu widzenia zdolności patentowej rozwiązaniem wydaje się próba zminimalizowania czepek tak, aby odbieranie impulsów elektrycznych mózgu było możliwe i nie była stosowana ingerencja chirurgiczna, jednak ocena technicznej możliwości takiego rozwiązania należy do ekspertów z danego obszaru.

²⁸ Zob. Decyzja Europejskiego Urzędu Patentowego z dnia 21 września 2000 r., sygn. T 1005/98 (sprawa Schuster).

²⁹ Zob. Decyzja Komisji Odwoławczej Europejskiego Urzędu Patentowego z dnia 3 kwietnia 2001 r., sygn. T 0775/97 (sprawa Expandable Grafts Partnership).

³⁰ Zob. Decyzja Europejskiego Urzędu Patentowego z dnia 21 września 2000 r., sygn. T 1005/98 (sprawa Schuster).

5. Podsumowanie

Udzielenie ochrony patentowej to monopol na korzystanie i umożliwianie korzystania z danego wynalazku. Współcześnie powstaje coraz więcej rozwiązań, które w jakiś sposób udoskonalają ciało człowieka lub pozwalają je monitorować. Przy obecnym stanie nauki transhumanistyczna wizja zdaje się być coraz bliższa spełnieniu.

Udzielenie ochrony patentowej jest poprzedzone analizą spełnienia czterech przesłanek pozytywnych oraz sprawdzeniem, czy dane rozwiązanie nie spełnia m.in. przesłanki negatywnej, jaką jest niedopuszczalność udzielania ochrony patentowej na metody chirurgiczne. Tak długo, jak protezy bioniczne wykorzystujące interfejs mózg-komputer będą wymagały chirurgicznej implantacji chipu łączącego mózg pacjenta z protezą, tak długo na takie rozwiązanie nie będzie można udzielić ochrony patentowej. Obecnie rozwiązanie takie jest już znane, dlatego problematyczne byłoby spełnienie m.in. przesłanki nowości wynalazku, ale powyższe rozważania mogą stanowić wskazówkę dla przyszłych wynalazców.

Abstract

The aim of this paper is an analysis of bionic brain-computer interface prosthesis and the negative condition of patentability – methods for treating the human by surgery.

Bibliografia

- Cegielska A., Olszewski M., *Nieinwazyjny interfejs mózg-komputer do zastosowań technicznych*, „Pomiary Automatyka Robotyka” 2015, nr 3.
- Crane L., *Elon Musk demonstrated a Neuralink brain implant in a live pig*, New Scientist, 2020, <https://www.newscientist.com/article/2253274-elon-musk-demonstrated-a-neuralink-brain-implant-in-a-live-pig/> [dostęp: 14.07.2021].

- Kucharski P., Rybicki A.J., Kopaczyńska M., *Połączenie mózg komputer jako metoda komunikacji z niereagującymi pacjentami – Przegląd literatury*, „Acta Bio-Optica et Informatica Medica Inżynieria Biomedyczna” 2015, nr 3, s. 148–157.
- Krupska E., *Nowy interfejs mózg–komputer*, „Kwartalnik Urzędu Patentowego RP” 2020, nr 3, s. 21–23.
- Mendyk B., *Tendencje w zakresie ochrony patentowej metod chirurgicznych, terapeutycznych i diagnostycznych*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 2, s. 84–97.
- Ogólne wytyczne Prezesa Urzędu Patentowego RP w zakresie wynalazków i wzorów użytkowych, „Wiadomości Urzędu Patentowego” 2020, nr 16, s. 125–276.
- Pacud Z., *Wyłączenie patentowania metod leczniczych, chirurgicznych i diagnostycznych w Konwencji o udzielaniu patentów europejskich*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2010, z. 107, s. 80–97.
- Skubisz R. (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo własności przemysłowej*, t. 14A, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- du Vall M., Żakowska-Henzler H., *Wynalazek*, „Studia Prawa Prywatnego” 2011, nr 1, s. 97–158.

Wpływ pandemii COVID-19 na ewolucję regulacji prawnych z zakresu telemedycyny ze szczególnym uwzględnieniem świadczeń z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień

Wstęp

Pod koniec 2019 r. w Chinach odnotowano pojawienie się nowego koronawirusa odzwiercącego SARS-CoV-2. Wywoływany przez niego zespół objawów klinicznych Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) wkrótce stał się istotnym problemem zdrowotnym na całym świecie, także w Polsce. Dnia 11 marca 2020 r. Światowa Organizacja Zdrowia (World Health Organisation, WHO) ogłosiła pandemię COVID-19¹.

W dobie pandemii obowiązek zapobiegania zakażeniom przy jednoczesnej konieczności kontynuowania udzielania świadczeń zdrowotnych niezwiązanych z COVID-19 przyczyniał się do poszukiwania nowych rozwiązań w zakresie telemedycyny. Według WHO telemedycyna to świadczenie usług opieki zdrowotnej, w której kluczową rolę odgrywa łączność miejsca, przez wszystkie osoby wykonujące zawody medyczne, z wykorzystaniem instrumentów służących wymianie istotnych informacji w celach diagnostycznych, leczniczych oraz zapobiegania chorobom i urazom, prowadzenia badań i ich oceny, zapewnienia i kontynuacji

¹ WHO, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 2020*, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-ncov-on-11-february-2020> [dostęp: 11.02.2020].

kształcenia pracowników służby zdrowia, czyli w celu poprawy zdrowia poszczególnych osób oraz tworzonych przez nie społeczności².

W polskim systemie prawnym istniały regulacje dotyczące telemedycyny już przed pandemią COVID-19. W nowelizacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty z 9 października 2015 r.³ ustawodawca umożliwia lekarzowi udzielanie świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitację chorych, udzielanie porad lekarskich, wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich także za pomocą systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Zgodnie z ustawą o zawodach pielęgniarstwa i położnej⁴ pielęgniarka i położna wykonują czynności zawodowe po uprzednim osobistym badaniu fizykalnym pacjenta lub za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, a także po analizie dostępnej dokumentacji medycznej pacjenta. Według ustawy o działalności leczniczej⁵ świadczenia zdrowotne mogą być udzielane za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Ww. ustawa dopuszcza określenie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać systemy teleinformatyczne lub systemy łączności podmiotu wykonującego działalność leczniczą w drodze rozporządzenia. Ustawa ta dopuszcza też tzw. pracę zdalną pracowników medycznych. Stanowi bowiem, że w regulaminie organizacyjnym podmiotu wykonującego działalność leczniczą określa się w szczególności miejsce udzielania świadczeń zdrowotnych, a w przypadku udzielania świadczeń zdrowotnych za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności miejscem udzielania świadczeń jest miejsce przebywania osób wykonujących zawód medyczny udzielających tych świadczeń.

² WHO, *Telemedicine., Opportunities and development in Member States. Report on the second global survey on eHealth* 2010.2; A. Darkins, M.A. Cary, *Telemedicine and telehealth: principles, policies, performances and pitfalls*, New York 2000; R. Wootton, J. Craig, V. Patterson, *Introduction to telemedicine*, wyd. 2, London 2006.

³ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 790, 1559).

⁴ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarstwa i położnej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 479, 1559).

⁵ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 711, 1773, 2120).

Mniej liberalny w zakresie telemedycyny pozostaje Kodeks Etyki Lekarskiej (KEL), zgodnie z którym lekarz może podejmować leczenie tylko po uprzednim zbadaniu pacjenta. Wyjątki stanowią sytuacje, gdy porada lekarska może być udzielona wyłącznie na odległość⁶. Co prawda KEL nie stanowi prawa powszechnego, ale przepisy ustawy o izbach lekarskich⁷ inkorporują jego normy do porządku prawnego. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego⁸ przepisy KEL dookreślają normy prawne.

Niezależnie od powyższego trwa proces cyfrowej transformacji ochrony zdrowia, tj. wprowadzanie kolejnych rozwiązań z zakresu e-zdrowia. Aktualnie funkcjonują: e-zwolnienie lekarskie (e-ZUS-ZLA), Internetowe Konto Pacjenta (IKP), e-recepta i e-skierowanie, a elektroniczna dokumentacja medyczna (EDM) jest w trakcie wdrażania. Planowane jest uruchomienie funkcjonalności zamawiania e-recept przez IKP oraz centralnej e-rejestracji i platformy do udzielania e-wizyt⁹.

Celem niniejszego artykułu jest analiza rozwiązań prawnych dotyczących telemedycyny wprowadzonych lub zmienionych w związku z pandemią COVID-19.

⁶ *Kodeks Etyki Lekarskiej*, tekst jednolity z dnia 2 stycznia 2004 r., Naczelna Izba Lekarska, Warszawa 2017.

⁷ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1342).

⁸ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 1992 r. (U 1/92, OTK 1992/Nr 2, poz. 38).

⁹ Ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz.U. z 2011 r. poz. 408 z późn. zm.); ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wprowadzeniem e-recepty (Dz.U. z 2021 r. poz. 697); ustawa z dnia 6 grudnia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z e-skierowaniem oraz listami oczekujących na udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2018 r. poz. 2429); ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrażaniem rozwiązań e-zdrowia (Dz.U. z 2019 r. poz. 1590); rozporządzenie MZ z dnia 8 maja 2018 r. w sprawie rodzajów elektronicznej dokumentacji medycznej (Dz.U. z 2018 r. poz. 941); rozporządzenie MZ z dnia 6 kwietnia 2020 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. z 2020 r. poz. 666).

Materiał i metody

Dokonano przeglądu Dziennika Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej z 2020 r. dostępnego pod adresem <https://dziennikustaw.gov.pl/DU> w zakresie aktów prawnych dotyczących telemedycyny. W wynikach nie uwzględniono szczegółowych rozwiązań prawnych związanych z nadzorem epidemicznym, kwarantanną, izolacją oraz innymi działaniami odnoszącymi się do walki z pandemią COVID-19 pośrednio tylko związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych.

Przegląd i analiza aktów prawnych

W Polsce stan zagrożenia epidemicznego w myśl ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi¹⁰ wprowadzono 13 marca 2020 r. drogą rozporządzenia Ministra Zdrowia (MZ). Już w tym rozporządzeniu stwierdza się, że podmioty udzielające świadczeń opieki zdrowotnej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności potwierdzają tożsamość świadczeniobiorcy na podstawie danych przekazanych przez tego świadczeniobiorcę za pośrednictwem tych systemów, w tym przez telefon. A także w razie niepotwierdzenia prawa świadczeniobiorcy do świadczeń opieki zdrowotnej świadczeniobiorca może złożyć oświadczenie o przysługującym mu prawie do świadczeń opieki zdrowotnej za pośrednictwem ww. systemów, w tym przez telefon¹¹. Dnia 16 marca 2020 r. opublikowano rozporządzenie MZ zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, w którym uregulowano kwestię zleceń na zaopatrzenie w wyroby medyczne i zleceń ich naprawy. Dopuszczono wystawianie ich, a także weryfikację za

¹⁰ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2069, 2120).

¹¹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 433).

pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności (tzw. e-zlecenia)¹². W dniu 20 marca 2020 r. wprowadzono w Polsce drogą stosownego rozporządzenia stan epidemii. W tym akcie prawnym powtórzono ww. rozwiązania prawne. Dodatkowo zniesiono wymóg dostarczenia oryginału skierowania nie później niż w terminie 14 dni roboczych od dnia wpisania na listę oczekujących na udzielenie świadczenia, dopuszczając dostarczenie skierowania w dniu udzielenia świadczenia opieki zdrowotnej wykonywanego na podstawie tego skierowania lub do 21 dni po zakończeniu stanu epidemii¹³.

Po ogłoszeniu stanu epidemii wydano serię rozporządzeń Rady Ministrów dotyczącą ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii. W rozporządzeniach tych ustanowiono ograniczenie udzielania świadczeń z zakresu rehabilitacji leczniczej z wyjątkiem m.in. świadczeń udzielanych za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, w tym obejmujących kardiologiczną telerehabilitację hybrydową. Umożliwiono zlecenie badań w kierunku koronawirusa SARS-CoV-2 za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, równocześnie znosząc obowiązek oddzielnego raportowania podejrzenia czy potwierdzenia zakażenia i dodatnich wyników testów w myśl ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Kolejne ułatwienia wprowadzono w aspekcie skierowań. W przypadku świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, przy braku możliwości dostarczenia skierowania, świadczeniobiorca może przekazać w dniu udzielenia świadczenia skan albo zdjęcie skierowania za pośrednictwem tych systemów albo, jeżeli nie ma takiej możliwości, przekazuje świadczeniodawcy dane uwidocznione na tym skierowaniu. Oświadczenie o niedokonaniu zgłoszenia w celu udzielenia

¹² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 marca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 461).

¹³ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491).

świadczenia opieki zdrowotnej u innego świadczeniodawcy na podstawie danego skierowania może zostać złożone za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności¹⁴.

Rozwiązania z zakresu telemedycyny przyjęto także w nowo powstałych izolatoriach. Umożliwiono tam połączenia osób izolowanych z personelem medycznym izolatorium na odległość za pomocą systemów

¹⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 31 marca 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 566); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 658); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 697); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 maja 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 792); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16 maja 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 878); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 1066); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 sierpnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 1356); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 1393); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 września 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 1614); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 1758); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 października 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 1871); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 października 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 1917); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 listopada 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 1931); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 listopada 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 2091); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 2132); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 21 grudnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 2316); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 grudnia 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 2353).

łączności (np. telefon, interkom). Wykonanie porady lekarskiej w sytuacji pogorszenia stanu zdrowia lub potrzeby podjęcia decyzji o wypisaniu izolowanego pacjenta z izolatorium dopuszcza się za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Z czasem również wprowadzono możliwość wizyty pielęgniarzkiej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności¹⁵.

Szereg rozwiązań z zakresu telemedycyny wprowadzono drogą ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19. W okresie podlegania obowiązkowej kwarantannie lub izolacji w warunkach domowych umożliwiono ubezpieczonemu wykonującemu zawód medyczny w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej udzielanie świadczeń zdrowotnych za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Zgodnie z ww. ustawą lekarz może udzielać świadczeń opieki zdrowotnej w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. W tym zakresie ograniczono prowadzenie dokumentacji medycznej do tzw. karty teleporady przechowywanej jedynie przez okres 30 dni od dnia udzielenia teleporady. Należy zauważyć, że ograniczenie to odnosi się tylko do teleporad udzielanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19. Zgodnie z treścią ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹⁶ celem teleporady jest udzielenie informacji osobom,

¹⁵ Rozporządzenie MZ z dnia 26 marca 2020 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki w izolatoriach (Dz.U. z 2020 r. poz. 539); rozporządzenie MZ z dnia 1 września 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie standardu organizacyjnego opieki w izolatoriach (Dz.U. z 2020 r. poz. 1507); rozporządzenie MZ z dnia 8 października 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie standardu organizacyjnego opieki w izolatoriach (Dz.U. z 2020 r. poz. 1750); rozporządzenie MZ z dnia 16 listopada 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie standardu organizacyjnego opieki w izolatoriach (Dz.U. z 2020 r. poz. 2034).

¹⁶ Dz.U. z 2020 r. poz. 374.

które podejrzewają obecność koronawirusa SARS-CoV-2 w swoim organizmie¹⁷.

Ustawą dnia 14 sierpnia 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zapewnienia funkcjonowania ochrony zdrowia w związku z epidemią COVID-19 oraz po jej ustaniu wpisano możliwość potwierdzenia tożsamości świadczeniobiorcy oraz jego prawa do świadczeń przez świadczeniodawcę udzielającego świadczeń opieki zdrowotnej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności na podstawie danych przekazanych przez tego świadczeniobiorcę za pośrednictwem tych systemów do ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹⁸. W razie niepotwierdzenia prawa świadczeniobiorcy do świadczeń opieki zdrowotnej świadczeniobiorca może złożyć oświadczenie o przysługującym mu prawie do świadczeń opieki zdrowotnej także za pośrednictwem ww. systemów. W ustawie z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹⁹ wydłużono okres przechowywania opisanych powyżej kart teleporad do 30 dni od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, podkreślając jednak, że ma on zastosowanie tylko do kart teleporad, których okres przechowywania nie upłynął do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy²⁰.

Na początku września 2020 r. rozporządzenie w sprawie chorób zakaźnych powodujących powstanie obowiązku hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych oraz obowiązku kwarantanny lub

¹⁷ Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (Dz.U. z 2020 r. poz. 567), zmieniająca m.in. ustawę z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. poz. 374).

¹⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 1398 i 1492.

¹⁹ Dz.U. poz. 374 z późn. zm.

²⁰ Ustawa z dnia 14 sierpnia 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zapewnienia funkcjonowania ochrony zdrowia w związku z epidemią COVID-19 oraz po jej ustaniu (Dz.U. z 2020 r. poz. 1395).

nadzoru epidemiologicznego, nakładając na lekarzy POZ obowiązek udzielania teleporad pacjentom, na których została nałożona kwarantanna bądź izolacja związana z zakażeniem COVID-19 w zakresie jej przedłużenia bądź zakończenia²¹. Kolejna zmiana rozporządzenia poszerzyła ów zakres o zlecenie badań w kierunku COVID-19 oraz nakładanie kwarantanny lub izolacji²².

W październiku 2020 r. w drodze rozporządzenia MZ ustalono, a następnie zmieniono standard organizacyjny opieki zdrowotnej nad pacjentem podejrzanym o zakażenie lub zakażonym wirusem SARS-CoV-2. W ramach realizacji działań, których dotyczy rozporządzenie, lekarz dokonuje oceny stanu zdrowia pacjenta z wyboru w formie teleporady z wyłączeniem dzieci do ukończenia 2. roku życia²³.

Jeszcze w kwietniu 2020 r. MZ wydał rozporządzenie w sprawie standardów w zakresie ograniczeń przy udzielaniu świadczeń opieki zdrowotnej pacjentom innym niż z podejrzeniem lub zakażeniem wirusem SARS-CoV-2 przez osoby wykonujące zawód medyczny mające bezpośredni kontakt z pacjentami z podejrzeniem lub zakażeniem tym wirusem. Zgodnie z tym rozporządzeniem osoby uczestniczące w udzielaniu świadczeń opieki zdrowotnej nie mogą uczestniczyć w udzielaniu świadczeń opieki zdrowotnej pacjentom innym niż z podejrzeniem lub zakażeniem wirusem SARS-CoV-2. Ograniczenie to nie dotyczy udzielania świadczeń opieki zdrowotnej niewymagających bezpośredniego kontaktu

²¹ Rozporządzenie MZ z dnia 1 września 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie chorób zakaźnych powodujących powstanie obowiązku hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych oraz obowiązku kwarantanny lub nadzoru epidemiologicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1506).

²² Rozporządzenie MZ z dnia 8 września 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie chorób zakaźnych powodujących powstanie obowiązku hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych oraz obowiązku kwarantanny lub nadzoru epidemiologicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1550).

²³ Rozporządzenie MZ z dnia 8 października 2020 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej nad pacjentem podejrzanym o zakażenie lub zakażonym wirusem SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 1749); rozporządzenie MZ z dnia 23 października 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej nad pacjentem podejrzanym o zakażenie lub zakażonym wirusem SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 1873).

z tymi pacjentami, w szczególności udzielania tych świadczeń za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności²⁴.

Umożliwiono także realizację świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych, pod warunkiem zapewnienia dostępności personelu wymaganego do ich realizacji w miejscu udzielania świadczeń²⁵. W ramach reformy pedopsychiatrii dopuszczono realizację świadczeń z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych w ramach wszystkich poziomów referencyjności w zakresie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki psychiatrycznej dzieci i młodzieży²⁶.

Analogiczne rozwiązanie wprowadzono w zakresie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej, dopuszczając realizację porad i wizyt z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub innych systemów łączności, o ile ten sposób postępowania nie zagraża pogorszeniem stanu zdrowia pacjenta²⁷. Podobny zapis pojawił się w rozporządzeniu w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu świadczeń pielęgnacyjnych i opiekuńczych w ramach opieki długoterminowej. Mianowicie umożliwiono realizację wizyt z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub innych systemów łączności, o ile ten sposób postępowania nie zagraża pogorszeniem stanu zdrowia świadczeniobiorcy²⁸. Zmiany w rozporządzeniu w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej dopuszczają

²⁴ Rozporządzenie MZ z dnia 28 kwietnia 2020 r. w sprawie standardów w zakresie ograniczeń przy udzielaniu świadczeń opieki zdrowotnej pacjentom innym niż z podejrzeniem lub zakażeniem wirusem SARS-CoV-2 przez osoby wykonujące zawód medyczny mające bezpośredni kontakt z pacjentami z podejrzeniem lub zakażeniem tym wirusem (Dz.U. z 2020 r. poz. 775).

²⁵ Rozporządzenie MZ z dnia 16 marca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień (Dz.U. z 2020 r. poz. 456).

²⁶ Rozporządzenie MZ z dnia 16 września 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień (Dz.U. z 2020 r. poz. 1641).

²⁷ Rozporządzenie MZ z dnia 16 marca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej (Dz.U. z 202 r. poz. 457).

²⁸ Rozporządzenie MZ z dnia 16 marca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu świadczeń pielęgnacyjnych i opiekuńczych w ramach opieki długoterminowej (Dz.U. z 2020 r. poz. 460).

w okresie stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii realizację świadczeń przez lekarza w zakresie hemodializ z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, jeżeli ten sposób udzielania świadczenia nie zagraża życiu lub pogorszeniem stanu zdrowia pacjenta, a przy pacjencie obecna jest pielęgniarka posiadająca odpowiednie kwalifikacje²⁹. Zmiany w rozporządzeniu w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu rehabilitacji leczniczej dopuszczają realizację porad lekarskich, porad lub wizyt terapeutycznych z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, jeżeli ten sposób realizacji świadczenia opieki zdrowotnej nie zagraża pogorszeniem stanu zdrowia świadczeniobiorcy³⁰.

Warto zwrócić uwagę na sformułowania odpowiednio: „o ile ten sposób postępowania nie zagraża pogorszeniem stanu zdrowia pacjenta”, „o ile ten sposób postępowania nie zagraża pogorszeniem stanu zdrowia świadczeniobiorcy”, „jeżeli ten sposób udzielania świadczenia nie zagraża życiu lub pogorszeniem stanu zdrowia pacjenta” oraz „jeżeli ten sposób realizacji świadczenia opieki zdrowotnej nie zagraża pogorszeniem stanu zdrowia świadczeniobiorcy”. Ustawodawca pozostawia ocenę w tym zakresie świadczeniodawcom, a więc pracownikom medycznym, nie podając żadnych kryteriów. Rodzi to problem subiektywności takich ocen oraz skutkuje ewentualną odpowiedzialnością prawną w tym zakresie. Niestety paradoksalnie taka ocena może wymagać rezygnacji z narzędzi telemedycyny już na samym wstępie i implikować konieczność osobistego kontaktu ze świadczeniobiorcą, czyli pacjentem.

W związku z pandemią zmieniono również rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej. W załącznikach zawierających wykaz świadczeń gwarantowanych pielęgniarki i położnej podstawowej opieki zdrowotnej oraz warunki ich realizacji umieszczono poradę realizowaną na odległość przy użyciu

²⁹ Rozporządzenie MZ z dnia 6 kwietnia 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 612).

³⁰ Rozporządzenie MZ z dnia 10 kwietnia 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu rehabilitacji leczniczej (Dz.U. z 2020 r. poz. 660).

systemów teleinformatycznych lub systemów łączności³¹. Ukazało się także rozporządzenie MZ w sprawie standardu organizacyjnego teleporady w ramach podstawowej opieki zdrowotnej. Jako osoby udzielające teleporad wymieniono lekarza, pielęgniarkę i położną podstawowej opieki zdrowotnej (POZ), a samą teleporadę zdefiniowano jako świadczenie zdrowotne udzielane na odległość przy użyciu systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Wprowadzono obowiązek informacyjny świadczeniodawcy względem świadczeniobiorcy dotyczący teleporad, a także prawo pacjenta do zgłoszenia w trakcie teleporady woli osobistego kontaktu z właściwym personelem medycznym. Uregulowano sposób kontaktu świadczeniodawcy ze świadczeniobiorcą i weryfikację tożsamości pacjenta przed przystąpieniem do teleporady. Wprowadzono obowiązek dokonania przez osobę udzielającą teleporady adnotacji w dokumentacji medycznej o realizacji świadczenia zdrowotnego w tej formie. Zwrócono też uwagę na przeprowadzenie teleporady w warunkach gwarantujących poufność. Finalnie osoba udzielająca teleporady ma też obowiązek poinformować pacjenta o konieczności udzielenia świadczenia zdrowotnego w bezpośrednim kontakcie z pacjentem, jeżeli charakter aktualnego problemu zdrowotnego uniemożliwia udzielenie świadczenia zdrowotnego w formie teleporady. Minister dał czas świadczeniodawcom POZ na dostosowanie swojej działalności do wymagań określonych w rozporządzeniu wynoszący 60 dni od dnia jego wejścia w życie, które nastąpiło 14 dni po jego ogłoszeniu³².

Mając na uwadze regulacje prawne, wytyczne dla udzielania świadczeń telemedycznych opracował zespół ds. telemedycyny Naczelnej Rady Lekarskiej we współpracy z członkami Telemedycznej Grupy Roboczej. Na posiedzeniu 24 lipca 2020 r. Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej podjęło uchwałę w sprawie przyjęcia wytycznych dla udzielania świadczeń telemedycznych wraz z rekomendacją ich stosowania przez lekarzy

³¹ Rozporządzenie MZ z dnia 8 lipca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2020 r. poz. 1255).

³² Rozporządzenie MZ z dnia 12 sierpnia 2020 r. w sprawie standardu organizacyjnego teleporady w ramach podstawowej opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2020 r. poz. 1395).

i lekarzy dentystów w ramach wykonywanego zawodu. Wytyczne owe w wielu aspektach wyprzedzają przedstawione wyżej akty prawne³³.

Szczególna sytuacja prawna świadczeń z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień

Jak widać na podstawie powyższego przeglądu aktów prawnych, regulacje dotyczące udzielenia świadczeń zdrowotnych za pośrednictwem systemów teleinformatycznych i systemów łączności zostały doprecyzowane w różnym zakresie w odniesieniu do różnych dziedzin medycyny. Na tle lakonicznych zapisów umożliwiających udzielanie teleporad wyróżnia się szczegółowy standard ich udzielania w zakresie podstawowej opieki zdrowotnej ujęty w rozporządzeniu MZ. Zapewne znaczną część jego treści można ekstrapolować na inne dziedziny medycyny. Na łamach „Psychiatrii Polskiej” ukazały się bazujące na uwzględnionych w powyższym przeglądzie aktach prawnych *Polskie rekomendacje w zakresie prowadzenia wizyt online w opiece psychiatrycznej*. Opracował je zespół ekspertów z Sekcji Naukowej Telepsychiatrii Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego (PTP). Zwrócono w nich uwagę, że wizyta zdalna nie może w pełni zastąpić bezpośredniego badania lekarskiego i powinna być stosowana tylko w takich sytuacjach, gdy z ważnych przyczyn badanie bezpośrednio nie może się odbyć. Jest ona rekomendowana w sytuacjach kryzysowych takich jak stan zagrożenia epidemicznego czy epidemii. Zarekomendowano odbywanie wizyt zdalnych poprzez wideokomunikatory, gdyż umożliwia to obserwację pacjenta, jego mimiki, reakcji i zachowania, co pozwala na pełniejszą ocenę stanu psychicznego. Umożliwia to również ustalenie tożsamości świadczeniobiorcy na podstawie okazania dokumentu ze zdjęciem. Poruszono także kwestię szczególnie intymnego charakteru zaburzeń zdrowia psychicznego, co implikuje odpowiednie warunki techniczne i lokalowe udzielania teleporad. Zwrócono również uwagę na konieczność przygotowania się pacjenta do tej formy porady lekarskiej i wydano adekwatne

³³ Uchwała nr 89/20/P-VIII prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z 24 lipca 2020 r. w sprawie przyjęcia wytycznych dla udzielania świadczeń telemedycznych.

instrukcje. Lekarz podczas takiej porady może wystawić e-receptę, e-skierowanie i e-zwolnienie. Może też zadecydować o przekazaniu pacjenta do leczenia szpitalnego. Podkreślono także konieczność zachowania należytej staranności przez lekarza podczas udzielania teleporad. Jej niezachowanie grozi bowiem odpowiedzialnością karną lekarza³⁴.

Pewne wątpliwości prawne co do powyższych rozwiązań z zakresu telepsychiatrii pojawiają się na tle obowiązującej ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, będącej szczegółowym aktem prawnym. Zgodnie z art. 11 orzeczenie o stanie zdrowia osoby z zaburzeniami psychicznymi, opinię lub skierowanie do innego lekarza lub psychologa albo podmiotu leczniczego lekarz może wydać wyłącznie na podstawie uprzedniego osobistego zbadania tej osoby, a skierowanie do szpitala psychiatrycznego wydawane jest w dniu badania. Jak do tej pory nie uwzględniono tu porad lekarskich za pośrednictwem systemów teleinformatycznych i systemów łączności³⁵.

Wobec powyższych rozbieżności przyjąć można, że podczas psychiatrycznej teleporady lekarskiej w dobie pandemii można wystawić pacjentowi skierowanie do innego lekarza lub psychologa albo podmiotu leczniczego w formie e-skierowania. Natomiast specyficzne dla opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień skierowanie do szpitala psychiatrycznego zawierające szereg wrażliwych danych o stanie zdrowia psychicznego świadczeniobiorcy, wystawiane jak dotąd w tradycyjnej formie papierowej, powinno być wydawane pacjentowi w trakcie wizyty *tête-à-tête* po osobistym zbadaniu pacjenta, podobnie jak orzeczenie o stanie zdrowia osoby z zaburzeniami psychicznymi. Takie postępowanie przyjęło się zresztą w ambulatoryjnej praktyce psychiatrycznej. Gdy podczas udzielania teleporady zachodzi pilna potrzeba przekazaniu pacjenta do leczenia szpitalnego, lekarz wzywa systemowy zespół ratownictwa medycznego (ZRM), tym samym przekazując pacjenta do szpitala bez uprzedniego wydania skierowania.

³⁴ *List do Redakcji. Polskie rekomendacje w zakresie prowadzenia wizyt online w opiece psychiatrycznej*, „Psychiatr. Pol.” 2020, nr 54(2), s. 391–394.

³⁵ Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 685).

W płaszczyźnie świadczeń z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień należy pamiętać, że gdy pacjent jest nieubezpieczony, korzysta z prawa do świadczeń na podstawie art. 10 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (od 1 stycznia 2018 r. obejmuje on wszystkie zaburzenia psychiczne). Zgodnie z art. 12 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej nie narusza ona przepisów o świadczeniach udzielanych bezpłatnie bez względu na uprawnienia z tytułu ubezpieczenia zdrowotnego³⁶. Wobec tego weryfikacja prawa do świadczeń pacjenta traci na znaczeniu względem innych dziedzin medycyny.

Na marginesie powyższych rozważań należy zwrócić uwagę, że Sekcja Naukowa Telepsychiatrii PTP jest formacją prężnie działającą niezależnie od stanu pandemii, stawiającą przed sobą następujące cele: stworzenie grupy roboczej liderującej telepsychiatrii w Polsce; projektowanie, wdrażanie, konsultacja ekspercka i monitorowanie skuteczności i bezpieczeństwa rozwiązań telepsychiatrycznych; lobbowanie rozwiązań telepsychiatrycznych w Ministerstwie Zdrowia, Sejmie RP oraz NFZ; patronat nad projektami badawczymi dotyczącymi telepsychiatrii; popularyzacja telepsychiatrii w Polsce w postaci organizowania sesji panelowych i wystąpień z prezentacją wyników projektów badawczych na konferencjach psychiatrycznych. Ich realizacja nabrała jednak szczególnego znaczenia w dobie pandemii COVID-19³⁷. Skuteczność i bezpieczeństwo telepsychiatrii jako formy leczenia pacjentów z zaburzeniami psychicznymi potwierdzono w badaniach klinicznych³⁸. Mimo licznych wątpliwości udowodniono także skuteczność i bezpieczeństwo dla pacjenta psychoterapii prowadzonej metodą zdalną online. Najwięcej badań pochodzi z obszaru psychoterapii poznawczo-behawioralnej³⁹.

³⁶ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 210, poz. 2135).

³⁷ https://psychiatria.org.pl/sekcja_naukowa_telepsychiatrii [dostęp: 24.01.2021].

³⁸ M. Krzystanek, M. Borkowski, K. Skalacka et al., *A telemedicine platform to improve clinical parameters in paranoid schizophrenia patients: Results of a one-year randomized study*, „Schizophr Res.” 2019, nr 204, s. 389–396, doi: 10.1016/j.schres.2018.08.016, indexed in Pubmed: 30154027.

³⁹ M. Krzystanek, A. Stolarczyk, M. Borkowski et al., *Telemedyczna terapia poznawczo-behawioralna*, „Psychiatria” 2018, nr 15(2), s. 110–116.

Opisy przypadków

Celem zobrazowania opisanych powyżej zawilości prawnych przedstawiono opisy przykładowych sytuacji klinicznych z praktyki lekarza psychiatrii.

Przypadek 1

Pacjentka, lat 22, leczona psychiatrycznie z powodu nawracających zaburzeń depresyjnych i picia szkodliwego, podczas wizyty u lekarza psychiatry w Przychodni Zdrowia Psychicznego zgłosiła pogorszenie stanu psychicznego od miesiąca, samookaleczenia i nasilające się myśli „s” z niepewną tendencją do realizacji. Wyobrażała sobie skok pod pociąg, podcięcie żył i skok pod samochód (tzw. ideacje samobójcze). W tle problemy w związku partnerskim. Podczas rozmowy telefonicznej płaczliwa, chwiejna emocjonalnie, w obniżonym nastroju. Z uwagi na potencjalny stan zagrożenia życia (tendencje samobójcze) lekarz wezwał do domu pacjentki Zespół Ratownictwa Medycznego (ZRM), który zabral ją do Psychiatrycznej Izby Przyjęć. Lekarzowi w Izbie Przyjęć pacjentka przyznała się, że miała zły dzień, spożyła bliżej nieokreśloną ilość alkoholu i powiedziała, że „chce ze sobą skończyć”. Po wytrzeźwieniu negowała myśli i zamiary samobójcze. Twierdziła, że myśli samobójcze okresowo pojawiają się u niej od wielu lat, ale nie zamierza sobie nic zrobić. Ma bowiem pracę, którą lubi, i plany na przyszłość. Wysunięto podejrzenie osobowościowego tła powyższych zjawisk psychopatologicznych i oceniono ryzyko samobójstwa jako niskie. Pacjentkę wypisano z Izby do domu z zaleceniami z uwagi na brak wskazań do pilnej hospitalizacji w oddziale psychiatrycznym.

Na powyższym przykładzie wyraźnie widać ograniczenia badania psychiatrycznego w formie zdalnej i brak możliwości obiektywizacji stanu psychicznego chorej. W rozmowie telefonicznej pacjentka nie przyznała się do spożycia alkoholu. Na Izbie Przyjęć od początku podnosiła ten fakt, zdając sobie prawdopodobnie sprawę z możliwości zbadania alkomatem. Można także przypuszczać, że osobisty kontakt z lekarzem pozwolił jej na wyciszenie się i nawiązanie prawidłowej relacji terapeutycznej. Z prawnego punktu widzenia pacjentka podczas telekonsultacji

spełniała przesłanki do konsultacji psychiatrycznej bez jej zgody wynikające z art. 21 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

Przypadek 2

Pacjentka, lat 62, zgłosiła się do psychiatrycznej izby przyjęć pod opieką rodziny po telewizycie u lekarza psychiatry w przychodni zdrowia psychicznego bez skierowania. Ów lekarz postawił rozpoznanie wstępne zespołu Cotarda i zalecił adekwatną do stanu klinicznego psychofarmakoterapię. Jednakże z uwagi na znaczne nasilenie zaburzeń i wątpliwości co do stanu neurologicznego polecił pacjentce udanie się z rodziną do izby przyjęć celem osobistej konsultacji psychiatrycznej oraz neurologicznej. Konsultujący neurolog nie stwierdził cech ogniskowego uszkodzenia ośrodkowego układu nerwowego ani wskazań do pilnej hospitalizacji w oddziale neurologicznym. Z kolei dyżurny lekarz psychiatra ze względu na ciężki zespół depresyjny z objawami psychotycznymi zaproponował pacjentce przyjęcie do oddziału psychiatrycznego w trybie pilnym, na co pacjentka nie wyraziła zgody. Wobec braku przesłanek do leczenia szpitalnego wbrew woli w myśl art. 23. ustawy o ochronie zdrowia psychicznego pacjentkę pod opieką rodziny wypisano z izby przyjęć do domu z zaleceniami.

Przypadek 3

Pacjent, lat 68, leczony w poradni leczenia uzależnień z powodu uzależnienia od alkoholu i benzodiazepin, w abstynencji od około roku, podczas telewizyty zgłosił trwające od tygodnia trudności w wysłowieniu się, doborze słów, zaburzenia pamięci świeżej i koncentracji uwagi. W wywiadzie przedmiotowym od żony od tygodnia dziwne zachowanie pacjenta. Z uwagi na podejrzenie ostrego incydentu naczyniowo-mózgowego oraz fakt, że pacjent miał zapewnioną opiekę ze strony żony, lekarz polecił niezwłoczne udanie się bezpośrednio do szpitalnego oddziału ratunkowego bez skierowania.

Przypadek 4

Pacjentka leczona w przychodni zdrowia psychicznego z powodu zaburzeń adaptacyjnych podczas telewizyty u lekarza psychiatry ujawniała

negatywne myślenie, poczucie beznadziei, samookaleczenia oraz myśli samobójcze bez tendencji do realizacji. Chora na co dzień zajmowała się małym dzieckiem, sama pozostawała jednak otoczona czułą opieką ze strony swojego partnera i matki. Wysunięto podejrzenie zaburzeń osobowości, zintensyfikowano psychofarmakoterapię i zalecono pilną wizytę osobistą w przychodni. Podczas wizyty osobistej zmieniono kwalifikację myśli samobójczych na rezygnacyjne. Wydano pacjentce skierowanie do psychologa oraz skierowanie do oddziału dziennego psychiatrycznego celem wdrożenia intensywnych oddziaływań psychoterapeutycznych. Z tego ostatniego chora nie skorzystała, argumentując swoją decyzję koniecznością zajmowania się dzieckiem. Podczas kolejnych wizyt obserwowano stopniową poprawę stanu psychicznego.

Podsumowanie

Z powyższego przeglądu aktów prawnych można wyciągnąć wniosek, że pandemia COVID-19 przyczyniła się do rozwoju telemedycyny. Przyspieszyła wdrażanie do praktyki udzielania świadczeń zdrowotnych rozwiązań z tego zakresu, stwarzając również nowe płaszczyzny do ich zastosowania. Zmusiła także ustawodawcę do zalegalizowania tych rozwiązań, określenia standardów i obowiązujących procedur w tym zakresie. Pospieszenie procedowane prawo pozostawiło jednak pewne luki i sprzeczności, które wymagają weryfikacji w najbliższym czasie, chociażby w aspekcie opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień.

Warto podkreślić, że zgodnie z przedstawionymi regulacjami wizyta online jest traktowana tak samo jak wizyta stacjonarna. Zasady odpowiedzialności cywilnej, karnej oraz zawodowej w zakresie teleporad oraz porad udzielanych stacjonarnie są takie same. Również NFZ pozwala rozliczyć e-wizytę, traktując ją jako w pełni ekwiwalentną w stosunku do tradycyjnej wizyty ambulatoryjnej. Ocena, czy w danym przypadku świadczenie zdrowotne może zostać wykonane za pośrednictwem narzędzi telemedycyny, należy do lekarza, który ponosi odpowiedzialność za wykonanie badania. Wykonanie za pośrednictwem systemów teleinformatycznych i narzędzi łączności badania dotyczącego osób, których ocena

stanu zdrowia wymaga osobistego kontaktu z lekarzem, grozi lekarzowi poniesieniem potencjalnej odpowiedzialności za błąd diagnostyczny, którego skutkiem może być narażenie życia i zdrowia pacjenta oraz osób mających z nim kontakt⁴⁰.

Praktycznie jednak stan wiedzy z zakresu nauk medycznych oraz stopień rozwoju technologii informacyjnych nie pozwala uznać porady online i tradycyjnej stacjonarnej wizyty lekarskiej za w pełni ekwiwalentne. Telemedycyna stanowi raczej uzupełnienie dotychczasowych form udzielania świadczeń zdrowotnych. Fundamentalnym zagrożeniem wizyty online jest praktyczny brak możliwości przeprowadzenia badania przedmiotowego. Dlatego też nie może stanowić ona swoistego panaceum na zagrożenie epidemiczne i pod tym względem bywa nadużywana w czasie obecnej pandemii.

Bibliografia

- Darkins A., Cary M.A., *Telemedicine and telehealth: principles, policies, performances and pitfalls*, New York 2000.
- Krzystanek M., Borkowski M., Skalacka K. et al., *A telemedicine platform to improve clinical parameters in paranoid schizophrenia patients: Results of a one-year randomized study*, „Schizophr Res.” 2019, nr 204, s. 389–396, doi: 10.1016/j.schres.2018.08.016, indexed in Pubmed: 30154027.
- Krzystanek M., Matuszczyk M., Krupka-Matuszczyk I., Koźmin-Burzyńska A., Segiet S., Przybyło J., *Telewizyta (e-wizyta) na czas kryzysu epidemicznego – rekomendacje w zakresie prowadzenia wizyt online w opiece psychiatrycznej*, „Psychiatria” 2020, t. 17, nr 2, s. 61–65.
- Krzystanek M., Stolarczyk A., Borkowski M. et al., *Telemedyczna terapia poznawczo-behawioralna*, „Psychiatria” 2018, nr 15(2), s. 110–116.

⁴⁰ I. Wrześniewska-Wal, D. Hajdukiewicz, *Telemedycyna w Polsce – aspekty prawne, medyczne i etyczne*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50, <https://doi.org/10.31648/sp.6061>; M. Krzystanek, M. Matuszczyk, I. Krupka-Matuszczyk, A. Koźmin-Burzyńska, S. Segiet, J. Przybyło, *Telewizyta (e-wizyta) na czas kryzysu epidemicznego – rekomendacje w zakresie prowadzenia wizyt online w opiece psychiatrycznej*, „Psychiatria” 2020, t. 17, nr 2, s. 61–65; J. Zajdel-Calkowska, *Wydawanie orzeczeń o stanie zdrowia pracowników i osób ubiegających się o pracę z wykorzystaniem teleinformatycznych środków przekazu*, „Medycyna Pracy” 2020, t. 72(1).

- WHO, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 2020*, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-ncov-on-11-february-2020> [dostęp: 11.02.2020].
- WHO, *Telemedicine., Opportunities and development in Member States. Report on the second global survey on eHealth 2010.2.*
- Wootton R., Craig J., Patterson V., *Introduction to telemedicine*, wyd. 2, London 2006.
- Wrześniewska-Wal I., Hajdukiewicz D., *Telemedycyna w Polsce – aspekty prawne, medyczne i etyczne*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50, <https://doi.org/10.31648/sp.6061>.
- Zajdel-Calkowska J., *Wydawanie orzeczeń o stanie zdrowia pracowników i osób ubiegających się o pracę z wykorzystaniem teleinformatycznych środków przekazu*, „Medycyna Pracy” 2020, nr 72(1).

Abstract

The impact of the COVID-19 pandemic on the evolution of legal regulations in the field of telemedicine with particular addiction from psychiatric dependence and addiction

In 2020, the COVID-19 pandemic has become a major health concern worldwide. The obligation to prevent infections with the simultaneous need to continue providing health services not related to COVID-19 contributed to the search for new solutions in the field of telemedicine. The article analyzes the evolution of telemedicine in the Polish legal system during the COVID-19 pandemic. Particular attention was paid to regulations relating to benefits in the field of psychiatric care and addiction treatment.

Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych – wybrane problemy

1. Wstęp

Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych¹ zostało uregulowane w rozdziale 13a ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta² zatytułowanym „Zasady i tryb ustalania odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych”, tj. w art. 67a – 67o u.p.p. Postępowanie to wprowadzone zostało do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych³, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami stanowi pozasądową drogę dochodzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia za szkodę poniesioną przez pacjenta w następstwie tzw. zdarzenia medycznego zdefiniowanego w art. 67a u.p.p.⁴ Wskazana wyżej, alternatywna wobec drogi sądowej

¹ Dalej także jako: wojewódzka komisja, komisja.

² T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 849 ze zm., dalej jako: u.p.p.

³ Dz.U. z 2011 r. Nr 113, poz. 660.

⁴ Szerzej na temat pojęcia zdarzenia medycznego: D. Karkowska, [w:] D. Karkowska, J. Chojnacki, *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, Warszawa 2014, s. 117; J. Sadowska, *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, Sopot 2015,

droga dochodzenia roszczeń z tytułu zdarzeń medycznych, funkcjonuje w prawie polskim od ponad dziewięciu lat. W czasie obowiązywania regulacji art. 67a–67o u.p.p. przed wojewódzkimi komisjami wszczęto wiele postępowań. W konsekwencji powstał szereg wątpliwości prawnych na tle przepisów regulujących to postępowanie. W wielu tych kwestiach głos zabierały sądy powszechne, wyznaczając kierunek działania wojewódzkich komisji.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie najważniejszych problemów, które pojawiły się na tle wielu postępowań toczących się przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych i które znalazły odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych. Przy tym w niniejszym opracowaniu przedstawione zostaną wybrane zagadnienia z zakresu regulacji prawnej postępowania przed wojewódzkimi komisjami. Kryterium doboru tych zagadnień stanowi zaś ich obecność w judykaturze. W konsekwencji omówione zostaną w ujęciu praktycznym zagadnienia dotyczące zaświadczeń, o których mowa w art. 67k ust. 4 u.p.p., w zakresie ich kwalifikacji prawnej i sposobu wydawania, a także dopuszczalność powództw przeciwegzekucyjnych. Artykuł ma na celu również zwięzłą ocenę funkcjonowania w polskim porządku prawnym pozasądowego postępowania cywilnego, które toczy się przed wojewódzkimi komisjami. Uwagi w tym zakresie zostaną poczynione w nawiązaniu do informacji Najwyższej Izby Kontroli o wynikach przeprowadzonej kontroli wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych⁵. Przywołana informacja NIK zawiera negatywne konkluzje co do skuteczności działania wojewódzkich komisji jako pozasądowego systemu kompensacji szkód medycznych, który nie zapewnia pacjentowi skutecznego dochodzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia.

s. 33–41; I. Kunicki (red.), J. Sadowska, *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Komentarz do art. 67a–67o ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, Warszawa 2016, s. 6–11. Por. także M. Serwach, *Odpowiedzialność za zdarzenia medyczne według nowego prawa – pytania i odpowiedzi*, „Medycyna Praktyczna” 2011, nr 9, s. 121; M. Serwach, *Odpowiedzialność za zdarzenia medyczne – nowe regulacje prawne*, „Medycyna Praktyczna” 2011, nr 6, s. 106.

⁵ *Informacja o Wynikach Kontroli NIK, Pozasądowe dochodzenie roszczeń przez pacjentów*, nr ewid. 163/2018/P/18/057/KZD, dostęp: www.nik.gov.pl; dalej jako: informacja NIK-u.

2. Kwalifikacja prawna zaświadczeń wydanych w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p.

Na wstępie tej części niniejszego opracowania wskazać należy, że postępowanie przed wojewódzkimi komisjami podzielić można na dwa etapy. Etap pierwszy sprowadza się do ustalenia przez komisję, czy zdarzenie, którego następstwem była szkoda majątkowa lub niemajątkowa, stanowiło zdarzenie medyczne w rozumieniu art. 67a u.p.p. Drugi etap obejmuje zaś ustalenie wysokości odszkodowania lub zadośćuczynienia należnego podmiotowi składającemu wniosek. Etap ten ma charakter ugodowo-mediacyjny. W ramach tego etapu dokonywane są czynności zmierzające do ustalenia wysokości odszkodowania i zadośćuczynienia, które mogą doprowadzić do wydania zaświadczenia będącego przedmiotem niniejszych rozważań (por. art. 67k u.p.p.).

Zgodnie z art. 67k ust. 4 u.p.p. wojewódzka komisja wystawia zaświadczenie, w którym stwierdza złożenie wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego, wysokość odszkodowania lub zadośćuczynienia oraz fakt nieprzedstawienia propozycji odszkodowania lub zadośćuczynienia przez ubezpieczyciela, zaś zaświadczenie to stanowi tytuł wykonawczy. Na wstępie zauważyć zatem należy, że w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami może dojść do wydania tytułu wykonawczego w postaci wskazanego wyżej zaświadczenia komisji⁶.

Powołany przepis art. 67k ust. 4 u.p.p. określa *expressis verbis* wymienione wyżej zaświadczenie jako tytuł wykonawczy. Wykładnia literalna nie pozostawia zatem wątpliwości, że dokument ten podlega wykonaniu bez nadania mu klauzuli wykonalności, a zatem stanowi tytuł wykonawczy szczególny⁷. Teza ta została już przedstawiona i szerzej uzasadniona

⁶ Por. W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2020, s. 575.

⁷ Por. W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *op. cit.*, s. 575. Dokument ten stanowi zatem podstawę wszczęcia egzekucji przeciwko ubezpieczycielowi (por. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 506).

w literaturze przedmiotu⁸. Pomimo jednak jasnego brzmienia przepisu art. 67k ust. 4 u.p.p., zagadnienie charakteru prawnego zaświadczeń wydanych w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. wzbudzało wątpliwości w praktyce. Wątpliwości odnośnie do kwalifikacji prawnej tych zaświadczeń powstały również w doktrynie. Zauważyć można pojedyncze stanowiska uznające zaświadczenie wojewódzkiej komisji wydane w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. za tytuł egzekucyjny. M.P. Ziemiak wskazuje, że z uwagi na zawarte w art. 67o u.p.p. odesłanie do stosowania przepisów działu II tytułu I części trzeciej kodeksu postępowania cywilnego bardziej poprawne i spójne systemowo jest przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym wskazane wyżej zaświadczenie stanowi tytuł egzekucyjny⁹. J. Mucha, powołując się na odesłanie do przepisów kodeksu postępowania cywilnego regulujących postępowanie klauzulowe, podkreśla, że zaświadczenie wojewódzkiej komisji wymaga nadania klauzuli wykonalności i w konsekwencji stanowi tytuł egzekucyjny. Przy tym autorka zaznacza, że do momentu zmiany przepisów u.p.p. lub określenia charakteru prawnego wskazanego zaświadczenia w orzecznictwie zaświadczenie to należy traktować jak tytuł wykonawczy¹⁰.

Kwalifikację prawną zaświadczenia wojewódzkiej komisji wydanego zgodnie z art. 67k u.p.p. określił Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 13 października 2016 r.¹¹ W sprawie tej wojewódzka komisja do

⁸ Por. H. Frąckowiak, *Zaświadczenie Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych jako szczególny tytuł wykonawczy*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24, s. 235; J. Sadowska, *Tytuły wykonawcze powstające w postępowaniu przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (część I)*, „PPE” 2015, nr 6, s. 24–41; J. Sadowska, *Tytuły wykonawcze powstające w postępowaniu przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (część II)*, „PPE” 2015, nr 7, s. 6–18; I. Kunicki (red.), J. Sadowska, *op. cit.*, s. 123. Podobnie D. Karkowska, która stwierdza, że dokumenty wymienione w art. 67k u.p.p. stanowią podstawę wszczęcia egzekucji przeciwko ubezpieczycielowi (por. *Ustawa...*, s. 506).

⁹ Por. M.P. Ziemiak, *Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Wybrane aspekty*, [w:] E. Kowalewski (red.), *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, Toruń 2011, s. 192, 193.

¹⁰ Por. J. Mucha, *Charakter prawny postępowania przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, [w:] M. Gwoździčka-Piotrowska, J. Wiśniewski, P. Ziobrowski (red.), *Obszary akademickiej wiedzy naukowej*, Poznań 2012, s. 50, 51.

¹¹ I ACa 186/16, LEX nr 2139353.

spraw orzekania o zdarzeniach medycznych w postępowaniu wszczętym z wniosku osoby fizycznej ustaliła zaistnienie zdarzenia medycznego podczas jej hospitalizacji. Wobec nieprzedstawienia przez szpital propozycji odszkodowania i zadośćuczynienia w terminie określonym w art. 67k ust. 2 u.p.p. przewodniczący komisji wydał zaświadczenie w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. Tak wydanemu zaświadczeniu sąd rejonowy postanowieniem nadał klauzulę wykonalności, obciążając szpital obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania klauzulowego. Powód (Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej¹²) wniósł zażalenie na to postanowienie do sądu okręgowego, w którym zakwestionował prawidłowość sposobu wydania zaświadczenia, z uwagi na jego podpisanie wyłącznie przez przewodniczącego komisji, a nie przez cały skład orzekający¹³. Zażalenie powoda zostało jednak oddalone przez Sąd Okręgowy w Lublinie postanowieniem z dnia 25 czerwca 2014 r., zaś kwota wskazana w zaświadczeniu wydanym zgodnie z art. 67k ust. 4 u.p.p. została wyegzekwowana. Następnie zaś powód, tj. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, wystąpił z roszczeniem przeciwko Skarbowi Państwa o naprawienie szkody, powołując się na wydanie orzeczeń niezgodnych z prawem¹⁴. Sąd okręgowy oddalił to powództwo, zaś od wyroku sądu okręgowego oddalającego powództwo Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej wniósł apelację do Sądu Apelacyjnego w Lublinie.

W tezie wskazanego wyroku Sąd Apelacyjny w Lublinie stwierdził, że ustawodawca wyraźnie oddziela pojęcie tytułu egzekucyjnego od tytułu

¹² Przepis art. 67k ust. 3 u.p.p. posługuje się pojęciem ubezpieczyciel. Jednakże zgodnie z art. 67k ust. 10 u.p.p. przepisy ust. 1–9 oraz przepisy wydane na podstawie ust. 11, w zakresie, w jakim dotyczą ubezpieczyciela, stosuje się do podmiotu leczniczego prowadzącego szpital, w przypadku wyczerpania sumy ubezpieczenia w odniesieniu do wszystkich zdarzeń medycznych w szpitalu, których skutki są objęte umową ubezpieczenia, o której mowa w art. 67i ust. 2 pkt 2, albo niezawarcia tej umowy.

¹³ Zagadnienie sposobu wydawania przedmiotowego zaświadczenia zostało przedstawione w pkt. 3 niniejszego opracowania.

¹⁴ Powód wskazywał, że niezgodne z prawem są następujące orzeczenia:

– Sądu Rejonowego w K. z 8 listopada 2013 r. w sprawie I Co 1054/13 o nadaniu klauzuli wykonalności zaświadczeniu Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych, oraz

– Sądu Okręgowego w L. z 25 czerwca 2014 r. wydanego na skutek rozpoznania zażalenia na postanowienie z dnia 8 listopada 2013 r. Sądu Rejonowego w K.

wykonawczego, zaś art. 67k ust. 4 u.p.p. stanowi, że zaświadczenie wydane w trybie tego przepisu jest tytułem wykonawczym. W konsekwencji uznać należy, że jest to taki tytuł egzekucyjny, który upoważnia uprawnionego do prowadzenia egzekucji bez potrzeby ubiegania się o nadanie temu tytułowi klauzuli wykonalności. Ponadto sąd ten wskazał, że mimo iż co do zasady tytułem wykonawczym jest tytuł egzekucyjny, któremu sąd nadał klauzulę wykonalności, to jednak ustawa może przewidywać takie tytuły egzekucyjne, którym nie ma potrzeby nadawania klauzuli wykonalności, gdyż z mocy samej ustawy stanowią one tytuł wykonawczy. Przepisem wskazującym tytuł egzekucyjny stanowiący *ex lege* tytuł wykonawczy jest art. 67k ust. 4 u.p.p. Przepis ten wprost stanowi, że zaświadczenie wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych jest tytułem wykonawczym, a nie tytułem egzekucyjnym. W konsekwencji zaświadczenie, o którym mowa w art. 67k ust. 4 u.p.p., stanowiło wystarczającą podstawę do wszczęcia i prowadzenia egzekucji, bez konieczności zaopatrywania go w klauzulę wykonalności. Postanowienie w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności zaświadczeniu wojewódzkiej komisji było zatem zbędne, a nawet naruszało prawo. W konsekwencji wniosek o nadanie klauzuli wykonalności powinien być oddalony¹⁵.

Zauważyć należy, że Sąd Apelacyjny w Lublinie potwierdził przedstawione w doktrynie stanowisko odnośnie do charakteru prawnego zaświadczenia wojewódzkiej komisji wydanego w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. Powyższe stanowisko zasługuje na aprobatę. Także w literaturze przedmiotu powyższy wyrok spotkał się z pozytywną oceną¹⁶. Zauważyć przede wszystkim należy, że stanowisko Sądu Apelacyjnego w Lublinie jest zgodne z wykładnią literalną art. 67k ust. 4 u.p.p. Podkreślenia wymaga zaś, że jedną z podstawowych zasad odczytywania znaczenia przepisów prawnych jest danie pierwszeństwa wykładni literalnej. W konsekwencji należy w pełni podzielić zaprezentowane stanowisko Sądu Apelacyjnego

¹⁵ Por. uzasadnienie wyroku z dnia 13 października 2016 r., I ACa 186/16, LEX nr 2139353.

¹⁶ Por. glosa aprobująca do przedmiotowego orzeczenia: J. Kalak, *Zaświadczenie wojewódzkiej komisji ds. orzekania o zdarzeniach medycznych jako tytuł wykonawczy – glosa aprobująca do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 13.11.2016 r. (I ACa 186/16)*, „Arbitraż i Mediacja” 2017, nr 2, s. 53–64, Legalis.

w Lublinie i wyrazić nadzieję, że powyższy wyrok, wydany zgodnie ze stanowiskiem większości wypowiedzi doktryny i wykładnią literalną przepisu art. 67k ust. 4 u.p.p., przyczyni się do prawidłowego rozumienia charakteru prawnego zaświadczenia wojewódzkiej komisji. Powyższa interpretacja zakończy zaś rozważania części doktryny, jak również przedstawicieli praktyki, co do ewentualnego uznania zaświadczenia komisji za tytuł egzekucyjny i powinnośc nadawania mu klauzuli wykonalności.

3. Sposób wydawania zaświadczeń w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p.

Kolejnym zagadnieniem budzącym wątpliwości w praktyce jest sposób wydawania przez wojewódzką komisję zaświadczenia, o którym mowa w art. 67k ust. 4 u.p.p. Zgodnie z art. 67k ust. 4 u.p.p. wojewódzka komisja wystawia zaświadczenie, w którym stwierdza złożenie wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego, wysokość odszkodowania lub zadośćuczynienia oraz fakt nieprzedstawienia propozycji odszkodowania i zadośćuczynienia. Spór powstał w związku z próbą jednoznacznego stwierdzenia, czy zaświadczenie, o którym mowa wyżej, powinno zostać podpisane przez cały skład orzekający w danej sprawie, czy też wystarczające jest podpisanie zaświadczenia przez przewodniczącego tego składu.

W stanie faktycznym będącym podstawą wskazanego wyżej wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 13 października 2016 r.¹⁷ przewodniczący wojewódzkiej komisji wydał zaświadczenie w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. Zaświadczenie to w ocenie powoda było nieprawidłowo wydane, gdyż zostało podpisane jedynie przez przewodniczącego komisji, a nie przez cały skład orzekający, w związku z czym nie mogło stanowić tytułu egzekucyjnego. Mimo to sąd rejonowy nadał mu klauzulę wykonalności. W konsekwencji postanowienie o nadaniu klauzuli wykonalności zostało zaskarżone. Powód zarzucił temu postanowieniu naruszenie m.in. przepisów art. 777 § 1 pkt 3, art. 776 k.p.c.¹⁸ oraz art. 67k ust. 4 u.p.p. poprzez

¹⁷ I ACa 186/16, LEX nr 2139353.

¹⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm., dalej jako k.p.c.

nadanie klauzuli wykonalności, zaświadczeniu niebędącemu tytułem egzekucyjnym. Sąd pierwszej instancji rozpoznający powództwo o odszkodowanie uznał, że wydanie zaświadczenia, o którym mowa w art. 67k ust. 4 u.p.p., nie jest elementem działalności orzeczniczej wojewódzkiej komisji. W zaświadczeniu komisja stwierdza bowiem jedynie, że zaszyły określone w przepisach u.p.p. przesłanki o charakterze formalnym, takie jak: złożenie wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego, wskazanie przez wnioskodawcę wysokości proponowanego odszkodowania lub zadośćuczynienia i stanowisko ubezpieczyciela w tej kwestii. Przepisy u.p.p. nie określają zasad wydawania zaświadczeń w sposób szczegółowy. Nie określają tego również przepisy k.p.a.¹⁹ Kwestie dotyczące wewnętrznej organizacji, porządku wydawania zaświadczeń mogą zostać więc unormowane w regulaminie komisji. W przedstawionej sprawie zgodnie z regulaminem do zadań przewodniczącego komisji należało wystawianie zaświadczeń stwierdzających złożenie wniosku, wysokość zadośćuczynienia lub odszkodowania oraz nieprzedstawienia przez ubezpieczyciela propozycji zadośćuczynienia lub odszkodowania. W konsekwencji wojewódzka komisja działa na podstawie uchwalonego przez siebie regulaminu. Postanowienia regulaminu określają zatem funkcjonowanie komisji, w zakresie, w którym nie zostało to uregulowane przez przepisy u.p.p.²⁰

W uzasadnieniu wskazanego wyroku Sąd Apelacyjny w Lublinie podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, że wydawanie zaświadczeń w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. nie stanowi działalności orzeczniczej komisji. Są to bowiem czynności administracyjne polegające na potwierdzeniu zaistnienia faktów istotnych z punktu widzenia przepisów u.p.p., które przesądzają o zasadności odpowiedzialności szpitala lub ubezpieczyciela wynikającej ze zdarzenia medycznego. Sąd ten wskazał również, że skoro kwestia wydawania zaświadczeń pozostawiona została do uregulowania w regulaminie komisji, a regulamin upoważnia przewodniczącego komisji

¹⁹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 256 ze zm., dalej jako k.p.a.

²⁰ Por. uzasadnienie faktyczne Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 13 października 2016 r., I ACA 186/16, LEX nr 2139353.

do wydawania owych zaświadczeń, to brak podstawy do kwestionowania legalności tego rozwiązania, a w konsekwencji legalności wydanego zaświadczenia. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Świdnicy w wyroku z dnia 23 listopada 2018 r.²¹ W uzasadnieniu wskazał bowiem, że wydawanie zaświadczeń w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. nie stanowi działalności orzeczniczej komisji, lecz należy do czynności o charakterze materialno-technicznym. Czynności te polegają zaś na potwierdzeniu spełnienia przesłanek ustawowych, które określają odpowiedzialność podmiotu medycznego lub ubezpieczyciela wynikającą ze zdarzeń medycznych i wysokość odszkodowania. Sposób wydawania zaświadczeń powinien zostać ujęty w regulaminie komisji. W przedstawionych wyżej wyrokach sądy zaprezentowały jedno ze stanowisk odnoszących się do zagadnienia sposobu wydawania zaświadczeń w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p.

Odmienne stanowisko wyrażone zostało m.in. w postanowieniu Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 października 2013 r.²² oraz w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29 maja 2019 r.²³ W uzasadnieniu wskazanych wyżej orzeczeń stwierdzono jednoznacznie, że skoro zaświadczenie ma być tytułem wykonawczym, to powinno być wystawione przez organ, który je wydał w pełnym składzie. Skoro zatem przepisy wprost wskazują, że orzeczenie komisji podpisuje cały skład, to tym samym stwierdzić należy, że tytuł wykonawczy również powinien być podpisany przez wszystkich członków komisji orzekającej w danej sprawie. W ocenie wymienionych wyżej sądów, mimo że ustawodawca nie wskazał tego wprost, z określenia, że zaświadczenie wystawia komisja, wynika, iż winno być ono wystawione przez wszystkich członków komisji orzekających w danej sprawie.

Za trafne uznać należy drugie z przedstawionych stanowisk. Zgodnie bowiem z treścią art. 67k ust. 4 u.p.p. zaświadczenie, o którym mowa, wystawia wojewódzka komisja. Żaden inny organ postępowania,

²¹ I C 1418/18, Lex nr 2607755.

²² I ACz 1910/13, Legalis.

²³ XII C 2130/18, portal orzeczeń Sądu Okręgowego we Wrocławiu: [http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/details/\\$N/155025000006003_XII_C_002130_2018_Uz_2019-06-19_001](http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/details/$N/155025000006003_XII_C_002130_2018_Uz_2019-06-19_001).

np. przewodniczący komisji, nie ma zatem uprawnienia do wystawienia analizowanego zaświadczenia. W konsekwencji przyjąć należy, że zaświadczenie to powinni podpisać wszyscy członkowie składu orzekającego wojewódzkiej komisji biorący udział w rozpoznawaniu danej sprawy²⁴. Podkreślenia wymaga, że przepisy u.p.p. wprost określają kompetencje przewodniczącego komisji. W szczególności przewodniczący komisji dokonuje oceny wniosku wszczynającego postępowanie pod względem spełnienia warunków formalnych (art. 67f ust. 3 u.p.p.), kieruje pracami wojewódzkiej komisji (art. 67j ust. 5 u.p.p.), ogłasza treść orzeczenia (art. 67e ust. 11 i 11a u.p.p.), wyznacza termin pierwszego posiedzenia składu orzekającego oraz jego przewodniczącego (art. 67e ust. 11a u.p.p.). W konsekwencji przepisy u.p.p. rozróżniają kompetencje wojewódzkiej komisji i jej przewodniczącego. Nie ma zatem podstawy prawnej, aby sędować na przewodniczącego komisji, w wewnętrznym regulaminie działalności danej komisji, prawa do wydawania zaświadczenia i w konsekwencji upoważnić wyłącznie przewodniczącego do podpisania tego dokumentu, z wyłączeniem pozostałych członków składu orzekającego. Warto również dodać, że przepis art. 67k ust. 4 u.p.p. prawidłowo wskazuje podmiot uprawniony do wystawienia zaświadczenia, o które chodzi. Zauważyć bowiem należy, że tak ważnej czynności, jaką jest wystawienie tytułu wykonawczego, nie powinien dokonywać przewodniczący wojewódzkiej komisji.

4. Dopuszczalność powództw przeciwegzekucyjnych

Kolejnym spornym zagadnieniem dotyczącym postępowania przed wojewódzkimi komisjami jest dopuszczalność kwestionowania tytułu wykonawczego w postaci zaświadczenia wydanego przez komisję w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. w drodze powództwa przeciwegzekucyjnego (powództwa opozycyjnego). Powyższa wątpliwość może wynikać z braku wyraźnego odesłania w przepisach u.p.p. do stosowania przepisów

²⁴ J. Sadowska, *Tytuły...* (część I), s. 30; I. Kunicki (red.), J. Sadowska, *op. cit.*, s. 123.

art. 840–843 k.p.c. (por. art. 67o u.p.p.). Należy zatem rozważyć możliwość kwestionowania obowiązku stwierdzonego we wskazanym tytule wykonawczym. W szczególności trzeba odpowiedzieć na pytanie, czy dłużnik powinien mieć zapewnioną możliwość merytorycznej obrony przeciwko egzekucji prowadzonej w oparciu o tytuł wykonawczy wydany w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p.

Wskazane zagadnienie zostało poruszone w przedstawionym wyżej wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29 maja 2019 r.²⁵ W sprawie z powództwa opozycyjnego wniesionego przez Zespół Szpitali w O. przeciwko osobie fizycznej pozwana (pokrzywdzona zdarzeniem medycznym) zarzuciła bowiem, że nie jest dopuszczalne podważanie tytułu wykonawczego, tj. zaświadczenia wojewódzkiej komisji wydanego w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p., w drodze tego powództwa. Natomiast w ocenie sądu orzekającego tryb określony przepisami o postępowaniu z powództw przeciwegzekucyjnych, przewidziany w przepisach k.p.c., jest dopuszczalny w sprawach tego rodzaju. Sąd wskazał bowiem, że zgodnie z treścią art. 840 § 1 pkt 1–3 k.p.c., strona może w przypadkach wskazanych w tych przepisach skierować powództwo opozycyjne, żądając pozbawienia wykonalności tytułu wykonawczego. Istotą powództwa opozycyjnego jest wykazanie, że sam tytuł wykonawczy nie odpowiada istotnemu i rzeczywistemu stanowi rzeczy. Sąd stwierdził, że w rozpatrywanej sprawie podstawę powództwa stanowi kwestionowanie istnienia tytułu wykonawczego²⁶.

Problem ten był rozstrzygany również m.in. przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 7 lutego 2019 r.²⁷ Powód domagał się na podstawie stosowanego w drodze analogii art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. pozbawienia w całości wykonalności tytułu wykonawczego w postaci zaświadczenia wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Sąd okręgowy oddalił powództwo w tej sprawie, przyjmując, że nawet

²⁵ XII C 2130/18, portal orzeczeń Sądu Okręgowego we Wrocławiu: [http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/details/\\$N/155025000006003_XII_C_002130_2018_Uz_2019-06-19_001](http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/details/$N/155025000006003_XII_C_002130_2018_Uz_2019-06-19_001)

²⁶ Por. uzasadnienie wyroku XII C 2130/18.

²⁷ V ACa 683/18, Legalis.

gdyby dopuścić możliwość analogicznego stosowania art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c., to powództwo i tak okazałoby się nieuzasadnione. Powód powołał się bowiem na wadliwość w zakresie złożenia podpisu przez przewodniczącego składu orzekającego na zawiadomieniu o bezskutecznym upływie terminu do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (por. art. 67 ust. 7–9 u.p.p.). Wskazana okoliczność w jednoznacznej ocenie sądu okręgowego nie może skutkować nieważnością zawiadomienia. Wyrok ten został zaskarżony w drodze apelacji. Sąd apelacyjny wskazał w uzasadnieniu przytoczonego wyroku, że zakresem działania art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. objęty jest także tytuł wykonawczy w postaci zaświadczenia wystawionego przez wojewódzką komisję do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Podobne konkluzje płyną z wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 3 listopada 2016 r.²⁸ W uzasadnieniu tego wyroku sąd wskazał, że przepis art. 67k ust. 4 u.p.p. statuuje wydanie tytułu wykonawczego nie pochodzącego od sądu i niepodlegającego kontroli innej niż wynikająca z art. 840 k.p.c.

W podsumowaniu tej części rozważań należy w pełni podzielić tezę wyrażoną we wskazanych wyżej wyrokach. Zgodnie bowiem z art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. dłużnik może w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub części albo ograniczenia, jeżeli przeczy zdarzeniom, na których oparto wydanie klauzuli wykonalności, a w szczególności gdy kwestionuje istnienie obowiązku stwierdzonego tytułem egzekucyjnym niebędącym orzeczeniem sądu albo gdy kwestionuje przejście obowiązku mimo istnienia formalnego dokumentu stwierdzającego to przejście. W szczególności nie ma zatem uzasadnienia dla niedopuszczalności zastosowania art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. Brak bowiem wyraźnego odesłania do wskazanego przepisu nie stanowi podstawy odmowy merytorycznej obrony przeciwko egzekucji wszczętej na podstawie tytułu wykonawczego wydanego zgodnie z art. 67k ust. 4 u.p.p.²⁹ Przyjąć należy, że w przepisach regulujących postępowanie przed

²⁸ I ACa 1426/15, Lex nr 2486458.

²⁹ Por. H. Frąckowiak, *op. cit.*, s. 240.

wojewódzkimi komisjami (por. art. 67o u.p.p.) nie ma odesłania do odpowiedniego stosowania art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c., gdyż wskazany artykuł nie dotyczy postępowania przed wojewódzkimi komisjami, tj. powództw przeciwegzekucyjnych nie rozpoznają wojewódzkie komisje. Nie znajduje on zatem zastosowania w postępowaniu prowadzonym przez wojewódzkie komisje, lecz w postępowaniu sądowym. Należy zaś przyjąć, że gdyby ustawodawca chciał wyłączyć zastosowanie powództwa z art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. dla kwestionowania określonego pozasądowego tytułu wykonawczego, powinien wyłączyć jego zastosowanie *expressis verbis* w przepisie szczególnym. Odnosnie do tytułów wykonawczych powstałych w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami brak jednak takiego wyraźnego wyłączenia stosowania powództw przeciwegzekucyjnych. W konsekwencji przepis art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. należy w pełni zastosować do zaświadczenia wydanego zgodnie z art. 67k ust. 4 u.p.p. Warto także podkreślić, że art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. ma zastosowanie do tytułów wykonawczych pochodzących od wojewódzkich komisji, tj. powstałych w postępowaniu pozasądowym, jako samodzielna podstawa powództwa. Wbrew zapatrywaniu powoda w sprawie rozpoznawanej przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku³⁰ przepis ten nie podlega zatem zastosowaniu do zaświadczenia wojewódzkiej komisji przez analogię, lecz wprost.

Zauważyć ponadto należy, że zaświadczenie wydane zgodnie z art. 67k ust. 4 u.p.p. stanowi inny dokument, któremu nie nadaje się klauzuli wykonalności, w rozumieniu art. 840² k.p.c. W konsekwencji do wskazanego zaświadczenia przepis art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. znajduje odpowiednie zastosowanie. Powództwo o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego wydanego na podstawie art. 67k ust. 4 u.p.p. będzie mogło być wytoczone, gdy dłużnik przeczy zdarzeniom, na których oparto wydanie klauzuli wykonalności, a w szczególności kwestionuje istnienie obowiązku stwierdzonego w zaświadczeniu wojewódzkiej komisji wydanym zgodnie z art. 67k ust. 4 u.p.p.³¹

³⁰ Wyrok z dnia 7 lutego 2019 r., V ACa 683/18, Legalis.

³¹ Por. M. Niziński, *Zaświadczenie wojewódzkiej komisji ds. orzekania o zdarzeniach medycznych a powództwo przeciwegzekucyjne*, „Palestra” 2017, nr 6, s. 48.

Wskazać należy, że powództwa przeciwegzekucyjne wprowadzają pożądany element sądowej kontroli nad tytułami egzekucyjnymi powstającymi poza jakimkolwiek postępowaniem, jak np. akt notarialny, w którym dłużnik poddał się egzekucji w trybie art. 777 § 1 pkt 4, 5 albo 6 k.p.c. W przypadku natomiast tytułów egzekucyjnych korzystających z prawomocności oraz powagi rzeczy osądzonej nie jest dopuszczalne ich kwestionowanie w drodze powództwa opozycyjnego określonego w art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. W konsekwencji dłużnik nie może w trybie tego przepisu kwestionować obowiązku stwierdzonego tytułem egzekucyjnym w postaci orzeczenia sądowego³². Natomiast w sytuacji pośredniej, tzn. gdy tytuł egzekucyjny nie pochodzi od sądu, ale powstał po przeprowadzeniu postępowania uregulowanego przez ustawę, jak np. analizowane tu zaświadczenie wojewódzkiej komisji, nasuwa się wątpliwość, czy brak wyłączenia dopuszczalności zastosowania art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. ma racjonalne podstawy. Może to bowiem oznaczać zbędność postępowania prowadzonego przez wojewódzkie komisje, a w szczególności utratę czasu i wysiłku włożonego w to postępowanie przez członków komisji i strony postępowania, w sytuacji gdy następnie, w wyniku powództwa z art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c., sąd pozbawi wykonalności tytuł wykonawczy w postaci zaświadczenia komisji wydanego zgodnie z art. 67k ust. 4 u.p.p. Rozwiązanie to nie zachęca poszkodowanych (pokrzywdzonych) do dochodzenia roszczeń przed komisjami. Sprawców szkody i ubezpieczycieli nie zachęca zaś do rzetelnego uczestniczenia w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami. O ile zatem na gruncie prawa obowiązującego trzeba przyjąć zastosowanie art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. do zaświadczenia komisji, o którym mowa w art. 67k ust. 4 u.p.p., to warto rozważyć *de lege ferenda* wyłączenie jego zastosowania do tego tytułu wykonawczego. Z drugiej jednak strony warto zauważyć, że orzeczenie komisji (art. 67j ust. 1–5 u.p.p.) nie podlega kontroli instancyjnej (nie ma komisji wyższego

³² Por. A. Olaś, *Komentarz do art. 840 k.p.c.*, [w:] T. Zembrzusi (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, Warszawa 2020, Lex; A. Adamczuk, *Komentarz do art. 840 k.p.c.*, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Art. 478–1217*, Warszawa 2021, Lex.

rzędu) ani kontroli sądowej. Istnieją jedynie namiastki środków zaskarżenia w postaci możliwości złożenia przez stronę postępowania umotywowanego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 67j ust. 7 u.p.p.) oraz skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem orzeczenia wojewódzkiej komisji (art. 67m u.p.p.). Obydwa te środki podlegają rozpoznaniu przez komisję, która wydała zaskarżone orzeczenie. Wydaje się jednak, że należałoby zmienić to rozwiązanie przez poddanie orzeczenia wojewódzkiej komisji kontroli instancyjnej albo sądowej, nie zaś kwestionowanie wykonalności tytułu wykonawczego wystawionego przez tę komisję. Ponadto warto rozważyć rezygnację ze skomplikowanych i trudno zrozumiałych przepisów dotyczących tytułów wykonawczych pochodzących od komisji w postaci analizowanego zaświadczenia (art. 67k ust. 4 u.p.p.) oraz propozycji odszkodowania lub zadośćuczynienia przedstawionego przez ubezpieczyciela (art. 67k ust. 8 u.p.p.). Wydaje się bowiem, że wojewódzkie komisje powinny orzekać o wysokości odszkodowania lub zadośćuczynienia i ich orzeczenia powinny stanowić tytuły wykonawcze.

5. Przyśpieszenie i uproszczenie dochodzenia roszczeń

Odnosząc się do innych problemów praktycznych dotyczących funkcjonowania w polskim porządku prawnym wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, należy mieć na uwadze wspomnianą na wstępie informację NIK, z której wynika jednoznaczna negatywna ocena funkcjonowania wojewódzkich komisji. NIK wskazuje, że funkcjonujący, w założeniu alternatywny do drogi sądowej, system kompensacyjny w zakresie orzekania o zdarzeniach medycznych, nie zapewnił ochrony pacjenta. W szczególności zaś system ten nie zapewnił skutecznego dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku wystąpienia zdarzenia medycznego. Jak wskazano w tej informacji, liczba spraw w sądach powszechnych nie uległa zmniejszeniu, zaś czas niezbędny na rozpatrzenie sprawy przed komisjami jest niezadowalający. Ponadto końcowe efekty wydania orzeczenia o zdarzeniu medycznym nie satysfakcjonują pacjentów, o czym świadczy niewielki odsetek zaakceptowanych przez nich propozycji dotyczących kwot odszkodowania

i zadośćuczynienia. Mając na uwadze powyższe krytyczne wnioski NIK, należy odnieść się do sposobu uregulowania postępowania przed wojewódzkimi komisjami, a także odpowiedzieć na pytanie, czy sposób ten odpowiada celowi, jaki wyznaczył ustawodawca, tj. przede wszystkim szybkości działania komisji.

Informacja NIK wskazuje, że celem działania wojewódzkich komisji miało być przede wszystkim zmniejszenie liczby spraw rozstrzyganych przez sądy oraz skrócenie czasu ich rozpatrywania³³. Podkreślono jednak, że cel ten nie został osiągnięty, gdyż określony przez ustawodawcę termin czterech miesięcy na wydanie orzeczenia nie jest w praktyce przestrzegany. Zgodnie z art. 67j ust. 2 u.p.p. wydanie orzeczenia powinno nastąpić nie później niż w terminie 4 miesięcy od dnia złożenia wniosku. Zauważyć jednak należy, że ustawodawca, mając na celu skrócenie postępowania, zbyt rygorystycznie określił termin do wydania orzeczenia, nie uwzględniając tym samym natury postępowania dowodowego w sprawach medycznych³⁴. Zakreślenie czteromiesięcznego terminu do wydania orzeczenia od początku wprowadzenia do polskiego porządku prawnego postępowania przed wojewódzkimi komisjami było założeniem nierealnym. Wynika to przede wszystkim ze stosowania w omawianym postępowaniu odpowiednich przepisów k.p.c., w szczególności w zakresie postępowania dowodowego i doręczeń (por. art. 67o u.p.p.). Powyższe rozwiązanie uniemożliwia zaś szybkie rozpoznanie sprawy. W tym zakresie zgłoszono już wcześniej postulat zmiany przepisu art. 67j ust. 2 u.p.p. i wskazano, że termin ten jest niemożliwy do spełnienia³⁵. Powyższy postulat pozostaje w pełni aktualny. Przeprowadzona zaś kontrola NIK-u jedynie podkreśla istniejący mankament uregulowania postępowania przed wojewódzkimi komisjami.

³³ Por. H. Frąckowiak, *Postępowanie przed Wojewódzką Komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, Warszawa 2016, s. 29.

³⁴ M. Śliwka, *Wybrane czynniki determinujące działalność wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, „PiM” 2012, nr 3/4, s. 18.

³⁵ Por. J. Sadowska, *Postępowanie...*, s. 224.

Odnosząc się do szybkości postępowania przed wojewódzkimi komisjami, zauważyć również należy, że trzydziestodniowy termin, w którym kierownik podmiotu leczniczego prowadzącego szpital przedstawia swoje stanowisko wobec wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego (por. art. 67d ust. 6 zd. 2 u.p.p.), jest terminem zbyt długim, zwłaszcza z uwagi na określenie czteromiesięcznego terminu, w którym wojewódzkie komisje mają rozpoznać sprawę (por. 67j ust. 2 u.p.p.)³⁶. Nieproporcjonalność wskazanych wyżej terminów przemawia za zgłoszeniem postulatu *de lege ferenda*, ażeby skrócić trzydziestodniowy termin określony w art. 67d ust. 6 zd. 2 u.p.p., np. do maksymalnie 14 dni. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia do utrzymania aktualnego *status quo*. Podkreślenia również wymaga, że termin dla podmiotu leczniczego na przedstawienie stanowiska jest terminem ustawowym, tj. nie podlega on przedłużeniu. Podlega on jednak przywróceniu, jeżeli strona uchybiła temu terminowi bez swej winy³⁷.

Zgodnie z art. 67d ust. 5 u.p.p. wniosek niekompletny lub nienależycie opłacony jest zwracany bez rozpatrzenia podmiotowi składającemu wniosek. W związku z brzmieniem wskazanego przepisu stwierdzić należy, że w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami nie znajduje zastosowania przepis art. 130 i nast. k.p.c., który umożliwia wezwanie strony wnoszącej pismo, pod rygorem zwrócenia pisma, do poprawienia, uzupełnienia lub opłacenia go w terminie tygodniowym (por. art. 130 §1 k.p.c.). Brak możliwości zastosowania postępowania naprawczego z art. 130 k.p.c. w sytuacji, w której braki uniemożliwiające nadanie sprawie biegu występują w piśmie wszczynającym postępowanie, niewątpliwie stanowi znaczący mankament regulacji analizowanego postępowania. Mając zatem na uwadze szybkość postępowania przed wojewódzkimi komisjami, zasadne wydaje się wprowadzenie regulacji umożliwiającej badanie przez przewodniczącą komisji wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego pod względem formalnym. Formalizm postępowania

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Por. W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *op. cit.*, s. 119 i n.

związany z obowiązywaniem art. 67d ust. 5 u.p.p., przewidującego zwrot wniosku niekompletnego lub nienależycie opłaconego, nie sprzyja podmiotom składającym wniosek. Należy zatem postulować umożliwienie stosowania do postępowania przed wojewódzką komisją art. 130 k.p.c., określającego skutki braków formalnych pism procesowych bądź uregulowanie wprost w u.p.p. kompetencji komisji w zakresie wezwania do usunięcia braków formalnych wniosku³⁸.

W konkluzji tej części niniejszego opracowania należy podkreślić, że idea postępowania przed komisjami, tj. postępowania, które ma ułatwić i przyspieszyć dochodzenie roszczeń odszkodowawczych przez poszkodowanego pacjenta, zasługuje na aprobatę. Jednakże nie da się nie dostrzec wskazanych wyżej mankamentów i niedoróbek legislacyjnych, na które również uwagę zwraca NIK, a które uniemożliwiają realizację zasady szybkości w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami. Celowe byłoby zatem wprowadzenie wskazanych wyżej zmian w zakresie przebiegu postępowania, ażeby pozasądowy system kompensacji szkód medycznych w pełni spełniał swoją funkcję³⁹.

6. Podsumowanie

W podsumowaniu uwag zawartych w niniejszym opracowaniu podkreślić należy, że wiele wątpliwości odnośnie do przebiegu postępowania przed wojewódzkimi komisjami powstaje przede wszystkim z uwagi na sposób uregulowania tego postępowania, tj. zawarcie regulacji podstawowej w przepisach u.p.p. i jednocześnie odesłanie w art. 67o u.p.p. do odpowiedniego stosowania w zakresie nieuregulowanym enumeratywnie wskazanych przepisów k.p.c. W art. 67o u.p.p. pominięto jednak wiele przepisów k.p.c., które powinny być tam zastosowane. W konsekwencji w licznych wypadkach do postępowania przed wojewódzkimi komisjami

³⁸ Podobnie postuluje M. Śliwka (por. M. Śliwka, *Wybrane...*, s. 8). Tak też J. Sadowska, *Postępowanie...*, s. 124, 125.

³⁹ Por. U. Drozdowska, *O przedmiocie i charakterze prawnym spraw rozstrzyganych przez Wojewódzkie Komisje do spraw Orzekania o Zdarzeniach Medycznych*, „Forum Prawnicze 2019, 5, s. 85, 86.

należy stosować przepisy k.p.c. w drodze analogii⁴⁰. Zasadne wydaje się zatem wprowadzenie stosownych zmian w zakresie przebiegu postępowania, w szczególności przez wyraźne odesłanie do stosowania przepisów k.p.c., które zostały pominięte w art. 67o u.p.p.

Bibliografia

- Adamczuk A., *Komentarz do art. 840 k.p.c.*, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Art. 478-1217*, Warszawa 2021.
- Broniewicz W., Marciniak A., Kunicki I., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2020.
- Drozdowska U., *O przedmiocie i charakterze prawnym spraw rozstrzyganych przez Wojewódzkie Komisje do spraw Orzekania o Zdarzeniach Medycznych*, „Forum Prawnicze” 2019, nr 5.
- Informacja o Wynikach Kontroli NIK, Pozasądowe dochodzenie roszczeń przez pacjentów*, Nr ewid. 163/2018/P/18/057/KZD, dostęp: www.nik.gov.pl.
- Frąckowiak H., *Postępowanie przed Wojewódzką Komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, Warszawa 2016.
- Frąckowiak H., *Zaświadczenie Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych jako szczególny tytuł wykonawczy*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24.
- Kalak J., *Zaświadczenie wojewódzkiej komisji ds. orzekania o zdarzeniach medycznych jako tytuł wykonawczy – glosa aprobująca do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 13.11.2016 r. (I ACa 186/16)*, „Arbitraż i Mediacja” 2017, nr 2.
- Karkowska D., Chojnacki J., *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, Warszawa 2014.
- Mucha J., *Charakter prawny postępowania przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, [w:] M. Gwoździcka-Piotrowska, J. Wiśniewski, P. Ziobrowski (red.), *Obszary akademickiej wiedzy naukowej*, Poznań 2012.
- Niziński M., *Zaświadczenie wojewódzkiej komisji ds. orzekania o zdarzeniach medycznych a powództwo przeciwegzekucyjne*, „Palestra” 2017, nr 6.

⁴⁰ Por. I. Kunicki (red.), J. Sadowska, *op.cit.*, s. 142.

- Olaś A., *Komentarz do art. 840 k.p.c.*, [w:] T. Zembrzuski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, Warszawa 2020.
- Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Komentarz do art. 67a–67o ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, red. I. Kunicki, J. Sadowska, Warszawa 2016.
- Sadowska J., *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, Sopot 2015.
- Sadowska J., *Tytuły wykonawcze powstające w postępowaniu przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (część I)*, „PPE” 2015, nr 6.
- Sadowska J., *Tytuły wykonawcze powstające w postępowaniu przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (część II)*, „PPE” 2015, nr 7.
- Serwach M., *Odpowiedzialność za zdarzenia medyczne – nowe regulacje prawne*, „Medycyna Praktyczna” 2011, nr 6.
- Serwach M., *Odpowiedzialność za zdarzenia medyczne według nowego prawa – pytania i odpowiedzi*, „Medycyna Praktyczna” 2011, nr 9.
- Śliwka M., *Wybrane czynniki determinujące działalność wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, „PiM” 2012, nr 3/4.
- Ziemiak M.P., *Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Wybrane aspekty*, [w:] E. Kowalewski (red.), *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, Toruń 2011.

Abstract

This article presents selected problems that arise in proceedings before the Committee for Adjudication of Medical Events. First of all author elaborate issues which are connected with executive titles arising in this proceeding. Further consideration concern to accelerate and simplify redress in this proceeding. Comments in this respect have been made in reference to the information of the Supreme Audit Office on the results of the audit of the Committee for Adjudication of Medical Events. The conclusions provide a concise assessment of the functioning of extrajudicial civil proceedings in the Polish legal system, which are conducted before this commissions.

KRZYSZTOF WILIŃSKI

ORCID: 0000-0002-5938-2141

ALEKSANDRA SZATKOWSKA

ORCID: 0000-0001-9359-8942

Ochrona prawnokarna przewidziana dla osób wchodzących w skład zespołu ratownictwa medycznego jak dla funkcjonariusza publicznego

I. Uwagi wstępne

Ustawą z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym¹ w Polsce został utworzony system Państwowego Ratownictwa Medycznego, który ma na celu zapewnienie każdej osobie w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego² możliwość zgłoszenia i przyjęcia przez odpowiednie służby wezwania, niezwłoczne przybycie na miejsce zdarzenia właściwych jednostek systemu, niezwłoczne przewiezienie i przyjęcie do najbliższego zakładu opieki zdrowotnej udzielającego świadczeń zdrowotnych we właściwym zakresie.³

Mając na uwadze powyższe, w tym miejscu wskazać należy, iż w art. 32 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym zostały określone podmioty będące jednostkami systemu Państwowego Ratownictwa Medycznego. Zgodnie bowiem z wyżej wymienionym przepisem jednostkami systemu Państwowego Ratownictwa Medycznego

¹ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 882 ze zm., dalej: ustawa o Państwowym Ratownictwie Medycznym, ustawa.

² Zgodnie z definicją znajdującą się w art. 3 pkt 8 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym stanem nagłego zagrożenia zdrowotnego jest stan polegający na nagłym lub przewidywanym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenie ciała lub utrata życia, wymagający podjęcia natychmiastowych medycznych czynności ratunkowych i leczenia.

³ Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym, V kadencja, druk sejm. 853, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/738EAF62B43E282C12571B5002B95EE?OpenDocument> [dostęp: 27.04.2021].

są szpitalne oddziały ratunkowe oraz zespoły ratownictwa medycznego, w tym lotnicze zespoły ratownictwa, wchodzące w skład podmiotu leczniczego będącego samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej albo jednostką budżetową, albo spółką kapitałową, w której co najmniej 51% udziałów albo akcji należy do Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego.

II. Pojęcie i rodzaje zespołów ratownictwa medycznego

Omawiając zagadnienia związane z pojęciem i rodzajami zespołów ratownictwa medycznego, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zawartą w art. 3 pkt 10 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym legalną definicję pojęcia zespołu ratownictwa medycznego. Zgodnie z przytoczonym przepisem przez zespół ratownictwa medycznego należy rozumieć jednostkę systemu, która podejmuje medyczne czynności ratunkowe⁴ w warunkach pozaszpitalnych i spełnia wymagania określone w ustawie.

Przechodząc do omówienia rodzajów zespołów ratownictwa medycznego, należy wskazać przepis art. 36 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym, zgodnie z którym zespoły ratownictwa medycznego dzielą się na zespoły specjalistyczne⁵ i zespoły podstawowe. Powyższe zespoły ratownictwa medycznego są wyposażone w specjalistyczny środek transportu sanitarnego spełniający cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie

⁴ W art. 3 pkt 4 ustawy została wskazana definicja medycznych czynności ratunkowych. Zgodnie z nią medycznymi czynnościami ratunkowymi są świadczenia opieki zdrowotnej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1398 ze zm.), udzielane przez jednostkę systemu, o której mowa w art. 32 ust. 1 pkt 2 ustawy (zespoły ratownictwa medycznego, w tym lotnicze zespoły ratownictwa medycznego), w warunkach pozaszpitalnych w celu ratowania osoby w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego.

⁵ Zob. szerzej wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 października 2014 r. (II GSK 1249/13, Legalis nr 1328786).

normy zharmonizowane (art. 36 ust. 2 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym).

W skład zespołu specjalistycznego wchodzi co najmniej trzy osoby uprawnione do wykonywania medycznych czynności ratunkowych, w tym lekarz systemu⁶, który pełni funkcję kierownika zespołu ratownictwa, pielęgniarz systemu⁷ lub ratownik medyczny⁸. Natomiast w skład zespołu podstawowego wchodzi co najmniej dwie osoby uprawnione do wykonywania medycznych czynności ratunkowych, będące pielęgniarzami systemu lub ratownikami medycznym. Przy tym kierownikiem takiego zespołu jest osoba wskazana przez dysponenta jednostki będąca ratownikiem

⁶ Stosownie do art. 3 pkt 3 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym lekarzem systemu jest:

- 1) lekarz posiadający specjalizację lub tytuł specjalisty w dziedzinie: anestezjologii i intensywnej terapii, medycyny ratunkowej lub neurologii albo lekarz po drugim roku specjalizacji w tej dziedzinie, który kontynuuje szkolenie specjalistyczne lub
- 2) lekarz posiadający specjalizację lub tytuł specjalisty w dziedzinie: chorób wewnętrznych, kardiologii, chirurgii ogólnej, chirurgii dziecięcej, ortopedii i traumatologii narządu ruchu, ortopedii i traumatologii lub pediatrii lub
- 3) lekarz, który w ramach szkolenia specjalistycznego ukończył moduł podstawowy w dziedzinie: chorób wewnętrznych, pediatrii lub chirurgii ogólnej i kontynuuje lub zakończył szkolenie specjalistyczne oraz uzyskał tytuł specjalisty. Nadmienić należy, iż przytoczona wyżej definicja lekarza systemu została uzupełniona przez ustawodawcę w art. 57 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym, według którego do dnia 31 grudnia 2020 r. lekarzem systemu może być lekarz posiadający 3000 godzin w wykonywaniu zawodu lekarza w szpitalnym oddziale ratunkowym, zespole ratownictwa medycznego lub izbie przyjęć szpitala. Jednakże w przypadku niespełnienia przez lekarza wymogu rozpoczęcia szkolenia specjalistycznego w dziedzinie medycyny ratunkowej do dnia 1 stycznia 2018 r., lekarz taki przestaje być lekarzem systemu.

⁷ Według art. 3 pkt 6 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym pielęgniarz systemu jest pielęgniarz posiadający tytuł specjalisty lub specjalizująca się w dziedzinie pielęgniarstwa ratunkowego, anestezjologii i intensywnej opieki, chirurgii, kardiologii, pediatrii, a także pielęgniarz posiadający ukończony kurs kwalifikacyjny w dziedzinie pielęgniarstwa ratunkowego, anestezjologii i intensywnej opieki, chirurgii, kardiologii, pediatrii oraz posiadający co najmniej 3-letni staż pracy w oddziałach tych specjalności, oddziałach pomocy doraźnej, izbach przyjęć lub pogotowiu ratunkowym.

⁸ W ustawie o Państwowym Ratownictwie Medycznym brak legalnej definicji ratownika medycznego. Jednakże ustawodawca w art. 10 i 11 ustawy określił warunki i przesłanki wykonywania zawodu ratownika medycznego oraz zakres czynności wykonywanych przez nich. Do tego na podstawie art. 11 ust. 11 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym zostało wydane rozporządzenie z dnia 16 grudnia 2019 r. Ministra Zdrowia w sprawie medycznych czynności ratunkowych i świadczeń zdrowotnych innych niż medyczne czynności ratunkowe, które mogą być udzielane przez ratownika medycznego (Dz.U. z 2019 r., poz. 2478).

medycznym lub pielęgniarzką systemu. W przypadku, kiedy żaden z członków zespołu ratownictwa medycznego nie spełnia warunków, o których mowa w art. 106 ustawy o kierujących pojazdami⁹, **w skład zespołu ratownictwa medycznego wchodzi również kierowca.**

Oprócz naziemnych zespołów ratownictwa medycznego, o których była mowa powyżej, w Polsce na podstawie art. 37 ust. 1 i 2 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym działają także lotnicze zespoły ratownictwa medycznego. W skład lotniczego zespołu ratownictwa medycznego wchodzi co najmniej trzy osoby, w tym co najmniej jeden pilot zawodowy, lekarz systemu oraz ratownik medyczny lub pielęgniarz systemu. Również lotniczy zespół ratownictwa medycznego jest wyposażony w specjalistyczny środek transportu sanitarnego spełniający cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane oraz wymogi określone w prawie lotniczym¹⁰.

Ustawą z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19¹¹ zostały wprowadzone w ustawie o ratownictwie medycznym przepisy art. 36a i art. 37a. Wprowadzone regulacje są związane ze składami zespołów ratownictwa medycznego w okresie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. W sytuacji ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w skład zespołu specjalistycznego mogą wchodzić trzy osoby posiadające kwalifikacje wymagane dla ratownika medycznego lub pielęgniarzki systemu, a kierownikiem takiego zespołu jest osoba wskazana przez dysponenta jednostki będącą ratownikiem medycznym lub pielęgniarzką systemu (art. 36a ust. 1 i 2 ustawy o ratownictwie medycznym). Jeżeli chodzi o skład lotniczego zespołu ratownictwa medycznego w sytuacji ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, to zespół składa się co najmniej z trzech osób, w tym co najmniej z jednego pilota

⁹ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1268).

¹⁰ Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1970).

¹¹ Dz.U. z 2020 r., poz. 2112.

zawodowego oraz lekarza systemu lub ratownika medycznego lub pielęgniarki systemu.

III. Przestępstwa popełniane na szkodę osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego

Na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym¹² osoby wchodzące w skład zespołów ratownictwa medycznego (lekarz systemu, pielęgniarka systemu lub ratownik medyczny) podczas wykonywania swoich zadań¹³ korzystają z ochrony przewidzianej dla funkcjonariusza publicznego, która została uregulowana w kodeksie karnym¹⁴. Przewidziana przez ustawodawcę ochrona prawna dla osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego została zawężona do sytuacji wykonywania przez te osoby swoich zadań (tj. medycznych czynności ratunkowych) po przybyciu na miejsce zdarzenia¹⁵.

Omawiając zagadnienia związane z ochroną osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego, należy wskazać również, że w przypadku lekarza systemu i pielęgniarki systemu została przez ustawodawcę przewidziana dla tych osób ochrona prawna w poszczególnych ustawach regulujących zasady i warunki wykonywania tych zawodów. W myśl art. 44 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza

¹² Przepis art. 5 ust. 1 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym został zmieniony przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 1115). Wskazany przepis przed wprowadzonymi zmianami brzmiał następująco: „Osoba udzielająca pierwszej pomocy, kwalifikowanej pierwszej pomocy oraz podejmująca medyczne czynności ratunkowe korzysta z ochrony przewidzianej w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137, z późn. zm.) dla funkcjonariuszy publicznych”.

¹³ *Ustawodawca w omawianym przepisie posługuje się określeniem „podczas wykonywania swoich zadań”, które jest bardzo szerokie i powoduje problemy z wykładnią tego przepisu.*

¹⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1444), dalej: kodeks karny, k.k.

¹⁵ W myśl art. 40 ust. 2 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym zespół ratownictwa medycznego po przybyciu na miejsce zdarzenia niezwłocznie rozpoczyna medyczne czynności ratunkowe.

i lekarza dentystry¹⁶ lekarzowi przysługuje ochrona prawna należąca funkcjonariuszowi publicznemu w następujących przypadkach, kiedy wykonuje czynności w ramach świadczeń pomocy doraźnej lub obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej¹⁷ oraz kiedy wykonuje zawód w podmiocie wykonującym działalność leczniczą¹⁸, który zawarł umowę o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w tym podmiocie. Natomiast w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarstwa i położnej¹⁹ została zawarta regulacja, w myśl której pielęgniarka i położna podczas i w związku z wykonywaniem czynności polegających na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1–5 i art. 5 ust. 1 pkt 1–9 ustaw o zawodach pielęgniarstwa i położnej²⁰,

¹⁶ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 514, dalej: ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry.

¹⁷ Na gruncie art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.

¹⁸ Należy zwrócić uwagę na dyspozycję zawartą w przepisie art. 15a ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 295), na mocy której osoba wykonująca zawód medyczny udzielająca świadczeń zdrowotnych poza zakładem leczniczym korzysta z ochrony prawnej przewidzianej w kodeksie karnym dla funkcjonariuszy publicznych. Zob. także D. Wąsik, *Prawnokarna ochrona członków zespołu ratownictwa medycznego*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 4, s. 97; M. Dercz, [w:] T. Rek, M. Dercz, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2019, art. 15a.

¹⁹ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 479, dalej: ustawa o zawodach pielęgniarstwa i położnej.

²⁰ Art. 4 ust. 1 pkt 1–5 ustawy o zawodach pielęgniarstwa i położnej stanowi, iż wykonywanie zawodu pielęgniarstwa polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, w szczególności na: rozpoznawaniu warunków i potrzeb zdrowotnych pacjenta; rozpoznawaniu problemów pielęgnacyjnych pacjenta; planowaniu i sprawowaniu opieki pielęgnacyjnej nad pacjentem; samodzielnym udzielaniu w określonym zakresie świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych oraz medycznych czynności ratunkowych; realizacji zleceń lekarskich w procesie diagnostyki, leczenia i rehabilitacji. Z kolei art. 5 ust. 1 pkt 1–9 ustawy o zawodach pielęgniarstwa i położnej stanowi, iż wykonywanie zawodu położnej polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, w szczególności na: rozpoznawaniu ciąży, sprawowaniu opieki nad kobietą w przebiegu ciąży fizjologicznej, a także prowadzeniu w określonym zakresie badań niezbędnych w monitorowaniu ciąży fizjologicznej; kierowaniu na badania konieczne do jak najwcześniejszego rozpoznania ciąży wysokiego ryzyka; prowadzeniu porodu fizjologicznego oraz monitorowaniu płodu z wykorzystaniem aparatury medycznej; przyjmowaniu porodów naturalnych, w przypadku konieczności także z nacięciem krocza, a w przypadkach nagłych także porodu z położenia miednicowego; podejmowaniu koniecznych działań w sytuacjach nagłych, do czasu przybycia lekarza, w tym ręcznego wydobycia łożyska, a w razie potrzeby ręcznego zbadania macicy;

korzystają z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych na zasadach określonych w kodeksie karnym²¹.

Legalna definicja pojęcia funkcjonariusza publicznego została wprowadzona przez ustawodawcę do przepisu art. 115 § 13 kodeksu karnego²². Ustawodawca przewidział dla osób wykonujących obowiązki służbowe jako funkcjonariuszy publicznych szczególną ochronę prawną w k.k. W rozdziale XXIX umieszczono przepisy dotyczące przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, w tym również przepisy dotyczące przestępstw przeciwko funkcjonariuszom publicznym. Osoby wchodzące w skład zespołu ratownictwa medycznego narażone są m.in.: na naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego (art. 222 kk), czynną napaść na funkcjonariusza publicznego (art. 223 kk) i znieważenie funkcjonariusza publicznego (art. 226 kk)²³. Nie są to jedyne przestępstwa, które mogą być popełniane na szkodę osób wchodzących w skład zespołu ratownictwa medycznego podczas wykonywania przez nie obowiązków służbowych. Mogą zdarzyć się sytuacje, w których jeden czyn będzie skutkował przyjęciem kwalifikacji z różnych przepisów (przykładowo – art. 222 k.k.

sprawowaniu opieki nad matką i noworodkiem oraz monitorowaniu przebiegu okresu poporodowego; badaniu noworodków i opiece nad nimi oraz podejmowaniu w razie potrzeby wszelkich niezbędnych działań, w tym natychmiastowej reanimacji; realizacji zleceń lekarskich w procesie diagnostyki, leczenia i rehabilitacji; samodzielnym udzielaniu w określonym zakresie świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych.

²¹ Warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego – Izby Wojskowej z dnia 27 listopada 2000 r., WKN 27/00, Legalis nr 48951, w którym Sąd stwierdził, że lekarz zatrudniony w publicznej placówce ochrony zdrowia może być uznany za funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 k.k., jedynie wówczas, gdy swój zawód łączy z funkcjami o charakterze administracyjnym.

²² W judykaturze można spotkać się z różnymi poglądami na temat katalogu osób wymienionych w art. 115 § 13 k.k., które posiadają status funkcjonariusza publicznego. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z dnia 19 grudnia 2019 r. (II SAB/Go 193/19, Legalis nr 2268583) stwierdził, że katalog z art. 115 § 13 k.k. ma charakter jedynie podstawowy i niewyczerpujący. Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 maja 2015 r. (III K 423/14, Lex nr 1710370) przyjął, że katalog osób posiadających status funkcjonariusza publicznego jest zamknięty i enumeratywnie określony w art. 115 § 13 k.k. Zob. także M. Paszkowska, *Prawo dla ratowników medycznych*, Warszawa 2019, s. 76–103.

²³ T. Dukiet-Nagórska, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2018, s. 467–468.

w zw. z art. 156 k.k. – naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego skutkujące ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu)²⁴.

Wskazane powyżej przestępstwa można zakwalifikować ze względu na tryb ścigania jako przestępstwa publicznoskargowe ścigane z urzędu, co oznacza, że odpowiednie służby (policja lub prokuratura) wszczynają postępowanie, mając informacje o popełnieniu przestępstwa, zbierają materiał dowodowy, a następnie występują z aktem oskarżenia do sądu.

Określone w art. 222 k.k. przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego jest kwalifikowaną formą przestępstwa określonego w art. 217 k.k., gdzie również mamy do czynienia z naruszeniem nietykalności cielesnej, ale dotyczy ono każdego człowieka bez względu na pełnione funkcje czy też wykonywany zawód. Jak już zostało wskazane powyżej, naruszenie nietykalności cielesnej jest przestępstwem ściganym z urzędu, a naruszenie nietykalności cielesnej określone w art. 217 k.k. jest przestępstwem ściganym z oskarżenia prywatnego, co oznacza, że pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za czyn jest zależne od woli osoby pokrzywdzonej tym przestępstwem. Przy tym należy zwrócić uwagę, że ustawodawca zdecydował się również uregulować przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej w związku z interwencją, które znajduje się w art. 217a k.k.²⁵ Również ten czyn stanowi typ kwalifikowany przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej względem art. 217 k.k.

Przedstawione w art. 222 k.k. przestępstwo ze względu na zagrożenie karą jest występkiem, którego sprawcą może być każdy (przestępstwo powszechne), a więc także inny funkcjonariusz publiczny.

²⁴ Zob. szerzej J. Potulski, [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, tom 8, Warszawa 2013, s. 533.

²⁵ Wskazany przepis został dodany do kodeksu karnego na mocy art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji (Dz.U. z 2010 r. Nr 240, poz. 1602). Jak wskazuje J. Sobczak: „(...) pokrzywdzonym może być tylko człowiek, którego nietykalność cielesna została naruszona dlatego, że podjął on interwencję na rzecz ochrony bezpieczeństwa ludzi, ochrony bezpieczeństwa lub porządku publicznego” (J. Sobczak, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz do art. 217a kk*, Legalis 2021). Biorąc pod uwagę przedmiot ochrony, można przyjąć, że przestępstwo z art. 217a k.k. co do zasady nie będzie popełniane na szkodę osób wchodzących w skład zespołu ratownictwa medycznego.

Co więcej, jest to przestępstwo umyślne, które może być popełnione w zamiarze bezpośrednim (*dolus directus*) lub ewentualnym (*dolus eventualis*)²⁶. W literaturze wskazuje się, że celem wprowadzenia tego przepisu była ochrona cielesna nie tylko funkcjonariusza publicznego, ale także osoby przybranej mu do pomocy. Z kolei jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 17 lipca 2014 r.: „W doktrynie wskazuje się, iż przepis art. 222 § 1 KK zawiera złożony przedmiot ochrony. Przepis ten chroni prawidłową działalność instytucji państwowej lub samorządowej wymagającej wolnej od napaści aktywności funkcjonariusza publicznego pełniącego swoje obowiązki służbowe lub aktywności osoby przybranej funkcjonariuszowi do pomocy, a także nietykalność cielesną samego funkcjonariusza publicznego lub osoby przybranej mu do pomocy jako wartość związaną ściśle z godnością osoby ludzkiej”²⁷.

W związku z tym należy określić, czym jest naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego. W doktrynie wskazuje się, że są to wszelkie działania, które wywierają wpływ na ciało osoby pokrzywdzonej, co nie oznacza, że muszą one wywoływać jakieś skutki w postaci obrażeń ciała czy innego uszczerbku²⁸. W konsekwencji chodzi o fizyczne oddziaływanie na ciało drugiego człowieka. Powyższą interpretację przyjęły również sądy powszechne²⁹. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 24 czerwca 2010 r. sprecyzował, że: „Zwrot normatywny »narusza nietykalność cielesną« obejmuje wszelkie możliwe sposoby ingerencji sprawcy

²⁶ B.J. Stefańska, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1531–1532.

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17 lipca 2014 r. (sygn. akt II AKa 210/14, Legalis nr 1049694).

²⁸ B.J. Stefańska, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 1528–1529.

²⁹ Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 9 sierpnia 2012 r. wyjaśnił, że: „Naruszeniem nietykalności cielesnej są wszystkie czynności oddziałujące na ciało innej osoby, które nie są przez nią akceptowane. Naruszenie nietykalności cielesnej nie musi łączyć się z powstaniem obrażeń, jednakże musi być ono fizyczne, tzn. atak musi napotkać ciało pokrzywdzonego”; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 sierpnia 2012 r. (II AKa 137/12, Legalis nr 636175). Zob. także wyrok Sądu Rejonowego Warszawa-Mokotów w Warszawie z dnia 14 września 2018 r. (XIV K 349/18, Legalis nr 2134658).

w nietykalność cielesną drugiej osoby, w tym również popchnięcie (odepchnięcie)”³⁰.

Z przepisu art. 222 kk jednoznacznie wynika, iż został on skonstruowany w formie alternatywy, gdyż ustawodawca użył stwierdzenia „podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”. O ile słowo „podczas” nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, o tyle trzeba dokonać analizy wyrażenia „w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”. Przyjmuje się, iż należy je rozumieć jako podjęcie działań w czasie, kiedy funkcjonariusz publiczny podejmuje czynności służbowe. Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 11 kwietnia 2019 r.: „Użyty w art. 222 § 1 kk zwrot »w związku z pełnieniem czynności służbowych« należy rozumieć jako powiązanie zachowania sprawcy z konkretną czynnością podejmowaną lub wcześniej wykonaną przez funkcjonariusza w ramach przysługujących mu kompetencji”³¹.

Warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Rejonowego w Belchatowie z dnia 10 kwietnia 2019 r.³², który dotyczył naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego w osobie ratownika medycznego, podczas i w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych. W tym orzeczeniu Sąd stwierdził, że oskarżony dopuścił się przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego w okolicznościach zasługujących na szczególne potępienie, gdyż pokrzywdzony ratownik medyczny został wezwany w celu udzielenia pomocy. Podobnie wypowiedział się Sąd Rejonowy w Kędzierzynie Koźlu w wyroku z dnia 4 października 2018 r.³³, podkreślając, że za szczególnie naganną należy uznać okoliczność, iż oskarżony uderzył ratownika medycznego w twarz, gdy drugi ratownik przemywał mu ranę głowy, a następnie uderzył

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 24 czerwca 2010 r. (II K 145/10, Legalis nr 451106).

³¹ Postanowienie Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 11 kwietnia 2019 r. (III K 33/18, Legalis nr 1896671).

³² Wyrok Sądu Rejonowego w Belchatowie z dnia 10 kwietnia 2019 r. (II K 74/19, Legalis nr 2092784).

³³ Wyrok Sądu Rejonowego w Kędzierzynie Koźlu z dnia 4 października 2018 r. (II K 80/18, Legalis nr 2156981).

ratownika medycznego reklamówką, w której znajdowały się piwa, gdy ten zamierzał nakleić mu plaster na ranę głowy. W orzecznictwie sądów widoczny jest pogląd, że w przypadku naruszenia nietykalności cielesnej osoby wchodzącej w skład zespołu ratownictwa medycznego możemy mówić o wysokiej społecznej szkodliwości czynu.

Pojęcie czynnej napaści jest szersze od pojęcia naruszenia nietykalności cielesnej, gdyż realizacja znamion z art. 223 § 1 k.k. nie wymaga nawet naruszenia nietykalności cielesnej zaatakowanego funkcjonariusza³⁴. Czynna napad na funkcjonariusza publicznego została zakwalifikowana przez ustawodawcę jako występki, który stanowi przestępstwo powszechne popełniane jedynie z winy umyślnej w zamiarze bezpośrednim. Przestępstwo z art. 223 k.k. jest poważniejszą formą agresji niż naruszenie nietykalności cielesnej, gdyż w tym przypadku mowa o działaniu co najmniej dwóch osób (sformułowanie przez ustawodawcę: „wspólnie i w porozumieniu”) lub przy użyciu narzędzia niebezpiecznego. Co więcej, czynna napad jest przestępstwem formalnym, do którego nie jest konieczna realizacja naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego³⁵. Również w tym przepisie ustawodawca skorzystał z alternatywy poprzez użycie wyrażenia „podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”, co oznacza, że wystarczające jest spełnienie tylko jednej z wymienionych przesłanek³⁶.

Przykładowo można wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2015 r., w którym Sąd orzekł: „Akcentuje się, że zakres pojęcia czynnej napaści jest szerszy w pewnym aspekcie niż zakres pojęcia naruszenia nietykalności cielesnej. Czynna napad obejmuje zatem wszelkie działania podjęte w celu wyrządzenia krzywdy fizycznej, choćby cel ten

³⁴ Tak stwierdził Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 9 sierpnia 2018 r. (II AKa 195/18, Legalis nr 1834752).

³⁵ R.G. Hałas, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1194–1195.

³⁶ Powyższe potwierdził Sąd Najwyższy – Izba Karna w postanowieniu z dnia 17 listopada 2016 r. (II KK 211/16, Legalis nr 1544159): „Dla wyczerpania znamion modalnych przestępstwa z art. 223 § 1 KK wystarczające jest działanie sprawcy czynu podczas lub w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych”.

nie został osiągnięty. Samo dopuszczenie się czynnej napaści, chociażby jeszcze w stadium usiłowania naruszenia nietykalności, wypełnia już znamiona dokonanego przestępstwa napaści, gdyż chodzi o gwałtowny charakter zdarzenia, a nie konkretny jego rezultat³⁷.

Powstaje pytanie, jak należy rozumieć pojęcie „niebezpieczny przedmiot”. W doktrynie wskazuje się, że niebezpieczeństwo nie ma wynikać ze sposobu, w jaki użyjemy danego przedmiotu, gdyż wielu przedmiotów można użyć w taki sposób, że będą one powodować zagrożenie. Tutaj chodzi o niebezpieczeństwo wynikające z właściwości danego przedmiotu³⁸. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2014 r. wskazał, że niebezpieczny przedmiot, o którym mowa w art. 223 § 1 k.k., może stanowić pojazd mechaniczny użyty w celu wyrządzenia krzywdy funkcjonariuszowi publicznemu³⁹.

Wskazuje się, że czynna napad jest przestępstwem bezskutkowym, ponieważ do popełnienia przestępstwa dochodzi także, gdy nie wywarło ono jakiegokolwiek skutku. Wystarczające w tym przypadku jest samo zaatakowanie funkcjonariusza publicznego lub osoby przybranej mu do pomocy⁴⁰. Przyjmuje się, że osobą przybraną do pomocy jest każda osoba, którą funkcjonariusz publiczny wybierze sobie do pomocy przy wypełnianiu obowiązków służbowych⁴¹.

W art. 212 k.k. ustawodawca uregulował przestępstwo zniesławienia, a w art. 216 k.k. przestępstwo zniewagi. Oba wskazane powyżej przepisy mogą być popełnione na szkodę każdej osoby i są kwalifikowane jako występki ścigane z oskarżenia prywatnego. Natomiast znieważenie funkcjonariusza publicznego zostało uregulowane odrębnie w art. 226 k.k.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 15 stycznia 2015 r. (IV KK 279/14, Legalis nr 1186378).

³⁸ R. Kubiak, [w:] R. Kubiak, L. Kubicki (red.), *System prawa medycznego. Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, tom 1, Warszawa 2018, s. 659–660.

³⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 października 2014 r. (II AKa 103/14, Legalis nr 1186514). Podobnego zdania był Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 16 kwietnia 2014 r. (II AKa 61/14, Legalis nr 992673).

⁴⁰ M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 747.

⁴¹ Zob. B. Stefańska, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz do art. 222 k.k.*, Legalis 2021.

W literaturze przedmiotu można spotkać się z poglądem, że celem wprowadzenia takiej regulacji jest przede wszystkim ochrona funkcjonariusza publicznego, a dopiero później jego godność jako człowieka⁴². Jest to przestępstwo bezskutkowe, co oznacza, że dla jego dokonania wystarczy samo działanie sprawcy bez względu na skutek, a więc nie jest wymagane poczucie poniżenia⁴³.

Przestępstwo znieważenia funkcjonariusza publicznego jest występkiem o charakterze powszechnym z winy umyślnej, który może być popełniony wyłącznie w zamiarze bezpośrednim⁴⁴. W tym przypadku ustawodawca zastosował koniunkcję, co oznacza, że aby doszło do znieważenia, taki czyn musi być popełniony podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 listopada 2012 r. zwrócił uwagę, że: „Warunkiem odpowiedzialności sprawcy na podstawie art. 226 § 1 kk jest to, aby znieważenie funkcjonariusza nastąpiło nie tylko podczas, ale także w związku z wykonywaniem przez niego czynności służbowych”⁴⁵. W związku z rozbieżnością wykładni prawnej występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego w zakresie dotyczącym zagadnienia prawnego: „Czy do znamion przestępstwa znieważenia funkcjonariusza publicznego (art. 226 § 1 kk) należy publiczność działania sprawcy?”, Sąd Najwyższy wydał w dniu 20 czerwca 2012 r. uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego, w której udzielił następującej odpowiedzi: „Do znamion przestępstwa określonego w art. 226 § 1 kk nie należy publiczne działanie sprawcy”⁴⁶.

Mając na uwadze poglądy doktryny i judykatury, należy przyjąć, iż do poniesienia odpowiedzialności karnej wystarczy, że osoba używa

⁴² P.P. Falenta, *Funkcjonariusz publiczny. Wybrane aspekty prawnokarne w perspektywie dogmatycznej i orzeczniczej*, Łódź 2020, s. 68.

⁴³ Tak orzekł Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. (II AKa 218/12, Legalis nr 563169).

⁴⁴ R.G. Hałas, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, s. 1200.

⁴⁵ Wyrok Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 20 listopada 2012 r. (II KK 287/12, Legalis nr 545471).

⁴⁶ Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 20 czerwca 2012 r. (I KZP 8/12, Legalis nr 482551).

wobec funkcjonariusza publicznego słów uważanych za obelżywe chociażby jedynie w jej obecności, przy czym robi to podczas i w związku z wykonywaniem czynności służbowych przez funkcjonariusza publicznego. Zatem zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem przedmiotem ochrony jest godność funkcjonariusza publicznego⁴⁷. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 sierpnia 2020 r., w którym Sąd wyjaśnił, że: „Z uwagi na zakaz wykładni rozszerzającej przepisu określającego znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary (art. 1 § 1 KK; *nullum crimen sine lege certa*) jasne jest, że w formule odpowiedzialności za przestępstwo stypizowane w art. 226 § 1 KK mieścić się może tylko takie zachowanie sprawcy czynu (opisane czynnością modalną), które jest podejmowane w tym czasie (podczas), w którym funkcjonariusz publiczny pełni obowiązki służbowe, a zatem, funkcjonariusz publiczny podejmuje określoną działalność (czynności, zachowania) z nakazu (konieczności) wynikającego z jego służby, a ponadto sprawca podejmuje czynność sprawczą w związku z taką działalnością funkcjonariusza publicznego”⁴⁸.

Przykładowo warto wskazać na wyrok Sądu Rejonowego w Kędzierzynie-Koźlu z dnia 22 sierpnia 2018 r.⁴⁹, którego przedmiotem postępowania było znieważenie słowami obraźliwymi i wulgarnymi ratowników medycznych, podczas i w związku z podjętymi przez nich czynnościami ratunkowymi. Sąd stwierdził, że użyte słowa miały niewątpliwie charakter uwłaczający i obraźliwy, a oskarżony wypowiadał je ze względu na swoje niezadowolenie i złość na ratowników w celu wyładowania agresji i zmuszenia ratowników do posłuchu.

Omawiając przestępstwa popełniane na szkodę osób wchodzących w skład zespołu ratownictwa medycznego, nie można pominąć kwestii przewidzianych przez ustawodawcę kar. W przypadku naruszenia

⁴⁷ A. Lach, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1074.

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 25 sierpnia 2020 r. (V KK 136/19, *Legalis* nr 2497023).

⁴⁹ Wyrok Sądu Rejonowego w Kędzierzynie-Koźlu z dnia 22 sierpnia 2018 r. (II K 242/18, *Legalis* nr 2161217).

nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego tak samo jak w przypadku znieważenia funkcjonariusza publicznego możliwe jest wymierzenie grzywny, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności. Ostrzej ustawodawca potraktował osoby, które dopuścili się czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego, gdyż za to przestępstwo grozi kara ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności. Przy tym sąd, uznając oskarżonego za winnego popełnionego czynu, wymierza mu karę, biorąc pod uwagę ustawowe zagrożenie karą. Jednocześnie sędzia zobowiązany jest do zastosowania dyrektywy wymiaru kary, a więc wymierzając kary, bierze pod uwagę stopień winy, humanitaryzm kary, stopień społecznej szkodliwości czynu, a także prewencję indywidualną (szczególną) i generalną (ogólną), czyli oddziaływanie na sprawcę i na społeczeństwo⁵⁰. Wymierzona kara ma odstraszać od popełnienia takiego przestępstwa inne osoby, a w przypadku skazanego ma ona na celu resocjalizację oraz zapobieganie podejmowaniu kolejnych działań przestępczych⁵¹.

III. Wytyczne Prokuratora Generalnego w sprawie zasad prowadzenia postępowań przygotowawczych o przestępstwa na szkodę osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego

Ze względu na coraz częściej pojawiające się ataki na osoby wchodzące w skład zespołu ratownictwa medycznego, które podejmują czynności ratunkowe w różnych miejscach i warunkach, w tym również miejscach niebezpiecznych, a także wobec osób znajdujących się pod wpływem alkoholu, narkotyków bądź też innych środków odurzających lub substancji psychoaktywnych, Prokurator Generalny skorzystał ze swoich

⁵⁰ Stosownie do treści art. 53 § 1 k.k. 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.

⁵¹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 195, 197–199.

uprawnień przewidzianych w art. 13 § 1 prawa o prokuraturze⁵² i wydał w tym zakresie wytyczne⁵³.

W powyższym dokumencie Prokurator Generalny wskazał, iż prokuratorzy powinni podejmować działania, które będą skutkować adekwatnymi konsekwencjami dla osób, które dopuściły się tego typu przestępstw. Przede wszystkim podkreślono, że niezbędne jest niezwłoczne wszczynanie postępowania przygotowawczego po uzyskaniu wiadomości o ataku na osoby wchodzące w skład zespołu ratownictwa medycznego, a następnie podjęcie działań zmierzających do ustalenia i zatrzymania sprawcy czynu. Natomiast po przedstawieniu zarzutów prokurator powinien podjąć decyzję, czy w danym przypadku należy wystąpić do sądu o zastosowanie środków zapobiegawczych. W dodatku zwrócono uwagę prokuratorów na konieczność oceny zebranego materiału dowodowego pod kątem zakwalifikowania czynu jako występkę o charakterze chuligańskim określonym w art. 115 § 21 k.k.⁵⁴

Prokurator Generalny odniósł się w swoich wytycznych również do kar, gdzie położono nacisk na występowanie o surowsze kary, które będą adekwatne do popełnianych przez sprawców czynów o znacznej szkodliwości społecznej. W przypadku, gdy zapadło już orzeczenie sądu I instancji, polecono prokuratorom bezwzględne składanie apelacji od wyroków, w których stwierdzą rażącą łagodność kary polegającą na jej

⁵² Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 66 ze zm.).

⁵³ W dniu 14 listopada 2018 r. zostały wydane wytyczne Prokuratora Generalnego nr 9/2018 w sprawie zasad prowadzenia postępowań przygotowawczych o przestępstwa popełniane na szkodę osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego oraz osób udzielających świadczeń zdrowotnych w szpitalnych oddziałach ratunkowych, <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2018/11/wytyczne-Prokuratora-Generalnego-nr-92018-.pdf> [dostęp: 27.04.2021].

⁵⁴ Zgodnie z art. 115 § 21 k.k. występkiem o charakterze chuligańskim jest występki polegający na umyślnym zamachu na zdrowie, na wolność, na cześć lub nietykalność cielesną, na bezpieczeństwo powszechne, na działalność instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, na porządek publiczny, albo na umyślnym niszczeniu, uszkodzeniu lub czynieniu niezdatną do użytku cudzej rzeczy, jeżeli sprawca działa publicznie bez powodu albo z oczywiście błahego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego.

niewspółmierności do popełnionego przestępstwa⁵⁵. Ponadto zwrócono także uwagę na prewencję ogólną, w ramach której wszelkie informacje o zatrzymaniu sprawców, zastosowanych środkach zapobiegawczych i zapadłych wyrokach powinny być przekazywane w środkach masowego przekazu.

IV. Podsumowanie

Osoby wchodzące w skład zespołu ratownictwa (lekarz systemu, pielęgniarka systemu i ratownik medyczny), chociaż nie są funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 13 k.k., to ze względu na szczególny charakter pracy tych osób ustawodawca w art. 5 ust. 1 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym przyznał im ochronę przewidzianą dla funkcjonariusza publicznego. Mimo iż każdego dnia ratują życie i zdrowie ludzkie, mają taką samą ochronę prawnokarną jak i inne osoby posiadające status funkcjonariusza publicznego. Widząc konieczność zapewnienia lepszej ochrony tym osobom, Prokurator Generalny wydał specjalne wytyczne dotyczące działań, jakie powinni podejmować prokuratorzy prowadzący postępowania, w których pokrzywdzonymi są osoby wchodzące w skład zespołu ratownictwa medycznego.

Ze względu na ogólne sformułowanie przepisów karnych dotyczących wszystkich osób mających status funkcjonariusza publicznego, a nie kazuistyczne dotyczące tylko danej grupy zawodowej, ustawodawca pozostawił swobodę sędziowską co do rodzaju i wymiaru kary. Wyraża się ona przede wszystkim w swobodzie orzekania przez sędziego o wymiarze kary za popełnione przestępstwo. Przy tym sąd jest związany zasadami wymiaru kary i ustawowym zagrożeniem kary za konkretny czyn.

W celu zapewnienia skutecznej ochrony osobom wchodzącym w skład zespołu ratownictwa medycznego ważna jest prewencja generalna

⁵⁵ Przykładem postępowania, w którym oskarżyciel publiczny wniósł apelację w sprawie dotyczącej m.in. naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego i znieważenie funkcjonariusza publicznego, jest wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 sierpnia 2019 r. (VI Ka 605/19, Legalis nr 2330918).

tak, aby zniechęcić do popełniania tego typu przestępstw, jak również prewencja indywidualna w celu zapobiegania ponownemu popełnianiu czynów zabronionych. Dlatego też wymierzane kary powinny być adekwatne do popełnianych czynów ze szczególnym uwzględnieniem stopnia społecznej szkodliwości czynów popełnianych na szkodę osób wchodzących w skład zespołu ratownictwa medycznego. Tym samym nie tylko rodzaj i wysokość kary jest ważna, ale również nieuchronność kary, bowiem sprawca czynu musi mieć świadomość, że nie uniknie odpowiedzialności karnej.

Bibliografia

- Falenta P.P., *Funkcjonariusz publiczny. Wybrane aspekty prawnokarne w perspektywie dogmatycznej i orzeczniczej*, Łódź 2020.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
- Górski A., *Wykonywanie zawodu lekarza a prawo karne*, Warszawa 2019.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2018.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018.
- Kodeks karny. Komentarz do art. 217a kk i art. 222 kk*, red. R.A. Stefański, Legalis/el. 2021.
- M. Paszkowska, *Prawo dla ratowników medycznych*, Warszawa 2019.
- Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2018.
- T. Rek, M. Dercz, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2019.
- B. Sygit, D. Wąsik, *Prawo ochrony zdrowia*, Warszawa 2016.
- System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, tom 8, red. L. Gardocki, Warszawa 2013.
- System prawa medycznego. Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, tom 1, red. R. Kubiak, L. Kubicki, Warszawa 2018.

System prawa medycznego. Instytucje prawa medycznego, tom 1, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018.

Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, red. M. Kopec, Warszawa 2016.

Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, red. L. Ogieglo, Warszawa 2015.

Uzasadnienie do projektu ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/738EAF6C62B43E282C12571B5002B95EE?OpenDocument>.

Wąsik D., *Prawnokarna ochrona członków zespołu ratownictwa medycznego*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 4.

Wytyczne Prokuratora Generalnego nr 9/2018 z dnia 14 listopada 2018 r. w sprawie zasad prowadzenia postępowań przygotowawczych o przestępstwa popełniane na szkodę osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego oraz osób udzielających świadczeń zdrowotnych w szpitalnych oddziałach ratunkowych, <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2018/11/wytyczne-Prokuratora-Generalnego-nr-92018-.pdf>.

Abstract

Emergency medical teams were created in order to save the life and health of citizens. Members of the emergency medical team (a physician, a paramedic, a nurse) provide health care services in the out-of-hospital settings. However, while performing their duties, they are exposed to attacks, aggression and even physical violence of the patients or their relatives. Although they are not public officials within the meaning of the provisions of criminal law, the legislator has granted them the protection that public officials are entitled to (the Act of 8 September 2006 on the State Emergency Medical Services, art. 5 paragraph 1). This article discusses the actions of emergency medical team members protected by law. Subsequently, the paper analyses the applicable laws concerning the offences most frequently committed on emergency medical team members and the relevant case law in force. The final part of the paper includes a summary of previous considerations and conclusions drawn from the applicable legal status.

Między niestarannością a związkiem przyczynowym. Uwagi na tle orzeczenia Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie (OSL - 45/12)

Wprowadzenie

Omówiona poniżej będzie sprawa typu dyscyplinarnego¹. Sam artykuł stanowi raczej studium przypadku niż komentarz do orzeczenia. Chodzi w nim nie tylko o zaprezentowanie praktyki sądów lekarskich, co jest tematyką rzadko podejmowaną w literaturze. Stan faktyczny, który podlegał rozpoznaniu, mógłby być równie dobrze podstawą odpowiedzialności karnej lub cywilnej². Stanowi on dobrą okazję do ponownego przemyślenia tradycyjnych pojęć istotnych dla odpowiedzialności w ogóle³.

¹ Ustawa o izbach lekarskich używa nazwy „odpowiedzialność zawodowa”, nie „dyscyplinarna”, co prawdopodobnie nie robi żadnej różnicy poza stylistyczną; zob. P. Konieczniak, *System prawa medycznego*, tom 3, *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021, s. 31.

² W sprawie toczyło się także postępowanie cywilne, z którego dowody okazały się w pewnej części użyteczne dla sądu lekarskiego.

³ Przypadek ten wart jest opisania z jeszcze jednego powodu. Wnioskując z kilkuletnich „testów na ludziach”, dobrze się on sprawdza jako materiał kazuistyczny w dydaktyce, w tym do zgłębiania problemów wykraczających poza rozumowanie sądu lekarskiego (np. pojęcie ryzyka, konstrukcja obiektywnego przypisania skutku lub związku adekwatnego). Przez studentów odbierany jest zazwyczaj jako bardzo ciekawy.

Istotą zdarzenia było poparzenie pacjentki przy zabiegu kosmetycznym⁴, skutkujące trwałą szkodą na osobie. Do zabiegu został użyty tzw. laser frakcyjny, urządzenie o egzotycznej nazwie, obce większości Czytelników, nawet tych mających przygotowanie medyczne lub biologiczne. Pożyteczne będzie więc wyjaśnienie na wstępie terminologii i niektórych aspektów technicznych opisywanego przypadku.

Od ponad 30 lat znane są w medycynie metody polegające na wywołaniu niewielkich, kontrolowanych uszkodzeń termicznych skóry dla redukcji zmarszczek i efektów fotostarzenia, a także usuwania zmian potrądzikowych lub blizn pourazowych (z punktu widzenia ocen prawnych mogą to być, zależnie od sytuacji, czynności lecznicze albo czysto kosmetyczne). Do wczesnych lat dwutysięcznych stosowano w tym celu zwykle lasery CO₂⁵, w ten sposób, że na całej powierzchni zaplanowanego zabiegu dokonywano ablacji naskórka i drobnej części skóry właściwej, aż do wytworzenia suchej rany powierzchniowej. W jednej z faz gojenia następuje w obrębie rany zespół procesów odbudowy tkanek (fibroplazja), prowadzący m.in. do wytworzenia w skórze nowych włókien kolagenu, co w kontekście „odmładzania” lub „naprawiania” skóry stanowi efekt pożądany. Technika ta stanowi odpowiednik dermabrazji i zresztą bywa nazywana dermabrazją laserową.

We wspomnianych zastosowaniach wykazuje ona pewną rzeczywistość, kliniczną skuteczność⁶, jest zarazem jednak postępowaniem agresywnym, wyłącza pacjenta z normalnego trybu życia na tydzień lub dłużej, a do tego daje skutki niepożądane (ból, obrzęk, rumień) i niekiedy cięższe powikłania, jak infekcje, przebarwienia pozapalne lub przeciwnie

⁴ Osoba poddająca się działaniom z zakresu medycyny kosmetycznej nie wypełnia definicji pacjenta z art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. (kwestia ta zostanie rozwinęta później). Określanie jej mianem pacjenta jest jednak zgodne ze zwyczajem językowym i nie ma powodu, aby tego unikać.

⁵ Lasery gazowe (molekularne) CO₂ stanowią stary, oswojony i bardzo rozpowszechniony rodzaj laserów wysokoenergetycznych, od dziesięcioleci wykorzystywany rutynowo w badaniach naukowych, wielu działach techniki i w medycynie, zwłaszcza w chirurgii, głównie do cięcia tkanek miękkich.

⁶ W początku lat dziewięćdziesiątych możliwości laserów wywoływały u specjalistów medycyny kosmetycznej „euforię”; dopiero z czasem zorientowano się, że nie jest to „cudowna broń”; W.L. Mang i in., *Manual of Aesthetic Surgery*, wyd. 2, Springer 2010, s. 543.

– hipopigmentację, tj. odbarwienie skóry⁷. Częstość tych zdarzeń skłoniła wielu chirurgów do rezygnacji ze stosowania ablacji na rzecz technik bezpieczniejszych⁸.

W nadziei zmniejszenia ryzyka zabiegowego opracowano metodę termolizy frakcyjnej (FT)⁹. Ona również polega na wywołaniu termicznego urazu skóry laserem, jednak w taki sposób, by zamiast tworzenia jednej, ciągłej rany, pokryć pole zabiegowe gęstymi szeregami urazów punktowych¹⁰, z pozostawieniem między nimi nienaruszonej, zdrowej tkanki – stąd zabiegi te nazywa się *frakcyjnymi*, tzn. cząstkowymi, względnie ułamkowymi. Jak należało oczekiwać, proces gojenia okazał się w tych warunkach szybszy, a powikłania rzadsze niż po zupełnym odparowaniu naskórka.

Z kolei nazwa *laser frakcyjny*¹¹ nie odnosi się do szczególnej idei konstrukcyjnej lub zasady działania, lecz do przeznaczenia praktycznego – oznacza po prostu wyspecjalizowane urządzenie do wykonywania zabiegów FT. Inaczej mówiąc, jest to laser zaprojektowany do cząstkowej termolizy skóry, analogicznie jak istnieją np. lasery do cięcia tkanek miękkich, pomiarów odległości, spawania, grawerowania, cięcia blach itp. Z technicznego punktu widzenia stanowi on zupełnie zwykły laser wysokoenergetyczny, wyposażony w standardową automatykę ze sterowaniem mikroprocesorowym. Od laserów o innym przeznaczeniu różni się oprogramowaniem, które pozwala wybrany odcinek ciała ostrzelać seriami impulsów według zadanego wzoru.

⁷ M.H. Gold, *Update on Fractional Laser Technology*, „The Journal of Clinical and Aesthetic Dermatology” 2010, nr 3(1), s. 42.

⁸ Chodzi m.in. o naświetlania nieablacyjnym laserem bliskiej podczerwieni lub urządzeniami Intense Pulse Light; cechuje je wprowadzie wyższe bezpieczeństwo, ale mierna skuteczność; M.H. Gold, *Update...*, s. 42.

⁹ Pierwsze jej użycie opisano w: D. Manstein i in., *Fractional photothermolysis: a new concept for cutaneous remodeling using microscopic patterns of thermal injury*, „Lasers in Surgery and Medicine” 2004, nr 34 (5). Ostatecznie przyjęła się krótsza nazwa *fractional thermolysis* i skrót FT.

¹⁰ Taki obszar, zwany strefą mikrotermiczną, ma średnicę do 0,2 mm, a głębokość do 2,5 mm.

¹¹ W Polsce rozpowszechniła się groźnie brzmiąca a bezsensowna nazwa „laser frakcjonujący”, która sugeruje, że służy on do frakcjonowania pacjentów.

Zaraz po 2004 r. do obrotu trafiło wiele typów takich urządzeń¹², stanowiących wówczas nowość w wymiarze merkantylnym i użytkowym. Niemniej ani same lasery frakcyjne, ani zabiegi przeprowadzane przy ich użyciu nie były istotną innowacją jakościową, którą można by postrzegać w kategoriach „ryzyka nowatorskiego”. FT jest postępowaniem bardzo podobnym do klasycznych zabiegów ablacyjnych, ale w porównaniu z nimi mniej agresywnym, bo obejmuje tylko ułamek powierzchni pola zabiegowego. Siłą rzeczy zabiegi frakcyjne są dla pacjenta bezpieczniejsze w tym sensie, że stwarzają niższe prawdopodobieństwo powikłań. Nie dają przecież gwarancji ich braku, nawet przy starannym wykonaniu¹³. Należy przypomnieć, że laserowe zabiegi „odmładzające” polegają na kontrolowanym przegrzaniu skóry, co zawsze stwarza pewien dylemat praktyczny. Ze wzrostem energii i głębokości oddziaływania na tkankę zwiększają się szanse powodzenia, tj. uelastycznienia skóry, redukcji zmarszczek i wad pigmentacji, lecz równocześnie rośnie też ryzyko przedawkowania energii i niezamierzonego skoagulowania „żywej” skóry właściwej. Na odwrót, niższe energie i zabiegi płytkie są bezpieczniejsze, ale gorzej rokują pod względem skuteczności. Nie jest przy tym możliwe, by z góry określić jedno ustawienie parametrów zabiegu, które byłoby właściwe dla wszystkich pacjentów. Chirurg laserowy dobiera te parametry u każdego

¹² Mimo podobnego przeznaczenia różnią się one istotnie rozwiązaniami szczegółowymi, zwłaszcza ośrodkiem czynnym i częstotliwością pracy, co z kolei przekłada się na głębsze lub płytsze oddziaływanie na tkanki. Odróżnia się też systemy FT ablacyjne (ablacja jest w tym wypadku punktowa; okalający naskórek pozostaje niezmieniony) i nieablacyjne (punktowo przegrzewają skórę właściwą bez ablacji naskórka). Przegląd tych rozwiązań zob. M.H. Gold, *Update...*, s. 43 i n.

¹³ Przypadki bliznowacenia rany po zabiegu frakcyjnym były znane i opisywane najpóźniej w 2009–2010 r.; M.M. Avram i in., *Hypertrophic Scarring of the Neck Following Ablative Fractional Carbon Dioxide Laser Resurfacing*, „Lasers in Surgery and Medicine” 2009 Mar, nr 41(3), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2747732/> [dostęp: 28.08.2021]; M.H. Gold, *Update...*, s. 48. Z dłuższej perspektywy czasowej i na podstawie większej ilości danych ustalono znacznie dłuższy katalog możliwych powikłań, obejmujący, by wymienić od najłagodniejszych: długotrwały rumień, trądzik, prosaki, skazy naczyniowe (plamice) pooparzeniowe, powierzchowne nadżerki, kontaktowe zapalenie skóry, „zapamiętanie urazu” przez tkankę (*recall phenomenon*), zakażenia lokalne, zmiany barwnikowe, powikłania związane ze znieczuleniem, rozwój rogowiaaka kolczystokomórkowego, blizny przerostowe, ektropium (odwinięcie powieki) i zakażenia rozsiane; S.R. Cohen i in., *Clinical Outcomes and Complications Associated with Fractional Lasers: A Review of 730 Patients*, „Aesthetic Plastic Surgery” 2017, nr 41, s. 173.

indywidualnie, poruszając się przy tym między Scyllą szkody a Charybdą zabiegu jałowego i zbędnego.

Przy nieprawidłowym wykonaniu zabieg frakcyjny staje się zwyczajnie niebezpieczny. Z takim właśnie przypadkiem będziemy mieli do czynienia w opisaney niżej sprawie.

Stan faktyczny

Z dowodów wynikało co następuje: pokrzywdzona M.P. poddała się w przeszłości chirurgicznej korekcie piersi. Operacja pozostawiła pod biustem blizny przerostowe, niewielkie, ale w jej ocenie niepożądane i chciała je usunąć. Zetknęła się z chirurgiem dr. M.K., który zaoferował jej naświetlania laserem kosmetycznym (niskoenergetycznym); nie dały one znaczącego rezultatu.

Jakiś czas potem M.K. skontaktował się z nią ponownie i poinformował, że nabył nowy laser, który stanowi „rewelacyjny sprzęt do usuwania blizn”.

Było to urządzenie o nazwie Fraxel re:pair¹⁴ – jego „końcówką roboczą” jest laser CO₂, głęboko oddziałujący na skórę, generujący jedne z najwyższych energii spośród systemów frakcyjnych. Jego użycie jest dość bolesne, tak że zachodzi potrzeba wprowadzenia pacjenta na czas zabiegu co najmniej w sedację, gdy w przypadku innych laserów frakcyjnych ablacyjnych wystarcza znieczulenie miejscowe powierzchniowe. Szybko pojawiły się przypadki zdarzeń niepożądanych w postaci bliznowacenia ran po zabiegach z jego użyciem, a w ślad za tym obawy, że ich liczba będzie rosła wraz ze wzrostem liczby takich laserów w rękach niedostatecznie wykwalifikowanych lekarzy¹⁵.

Za namową dr. M.K. w październiku 2008 r. pokrzywdzona poddała się zabiegowi przy użyciu takiego urządzenia. Powstały po tym „rany,

¹⁴ Wypuścił je w 2007 r. na rynek podmiot Reliant Technologies Inc., jako najpotężniejszy i najagresywniej działający laser kosmetyczny z serii Fraxel; S.R. Cohen i in., *Clinical Outcomes and Complications...*, s. 173. Lasery te pozostają w sprzedaży do dzisiaj.

¹⁵ M.H. Gold, *Update...*, s. 48.

jakby owrzodzenia”, które goiły się opornie i coś się z nich sączyło. Lekarz uspokajał, że jest to efekt normalny, zwłaszcza że on „celowo zrobił ten zabieg tak mocno, żeby tych miejsc, tych liniowych kresek w ogóle nie było widać, jak to się wszystko przebuduje”, a ona powinna „uzbroić się w cierpliwość”, bo skóra do normalnego wyglądu powróci za ponad pół roku¹⁶.

Mimo że po upływie trzech miesięcy proces gojenia nie był jeszcze zakończony, obwiniony zaproponował kolejny zabieg przy użyciu lasera frakcyjnego, tym razem mający na celu „odmłodzenie” skóry na twarzy i szyi. Pacjentka miała pewne obawy, m.in. podejrzewała u siebie (chyba niebezpodstawnie) skłonność do bliznowacenia ran i dopytywała się, czy w tych warunkach taki zabieg jest bezpieczny. Doktor M.K. odpowiedział, że „tym laserem leczy się blizny i tutaj ta skłonność w ogóle nie ma nic do rzeczy”. Ostatecznie zgodziła się i na to¹⁷, 24 stycznia 2009 r. zabieg ów został przeprowadzony. Dzień potem skórę miała zaczerwienioną, czuła się rozpalona i spuchnięta, ale obrzęk stopniowo ustąpił, a lekarz po badaniu ocenił, że naświetlane¹⁸ miejsca wyglądają prawidłowo. W istocie obrzęk i rumień są typowymi, krótkotrwałymi następstwami takich zabiegów. W tym okresie, zgodnie z zaleceniami, brała heviran¹⁹ oraz używała miejscowo „mleczka” o nazwie cetaphil.

Jednak wkrótce po tej wizycie „zaczęły się dziwne takie rzeczy dziać na dekolcie”, skóra zrobiła się purpurowa, a zarazem były na niej widoczne białe obszary („kreseczki”). Były to pierwsze oznaki nieprawidłowego

¹⁶ Działanie to nie było przedmiotem oskarżenia, niemniej trzeba zaznaczyć, że jeden z biegłych ocenił je jako niesttaranne (patrz dalej). Z perspektywy czasu okazało się nieskuteczne, a według pokrzywdzonej nawet szkodliwe, bo w miejsce „blizn liniowych”, stanowiących „właściwie tylko takie zaczerwienienie i przerost”, pojawiły się blizny szerokie na 3 cm, z odbarwieniami skóry.

¹⁷ Według zeznań pokrzywdzonej uzgodniony był zabieg FT na twarzy i szyi. Odbył się on w znieczuleniu ogólnym, co wnioskując z literatury medycznej, nie było niezbędne, niemniej dr M.K. zaproponował takie rozwiązanie. Po wybudzeniu pacjentki okazało się jakoby, że lekarz przeprowadził zabieg także na powiekach i dekolcie – „w promocji” i żeby „zrobić jej niespodziankę”.

¹⁸ „Naświetlanie” jest w tym przypadku przenośnią; lasery frakcyjne, podobnie jak chirurgiczne, pracują w zakresie podczerwieni.

¹⁹ Pokrzywdzona jest nosicielką HPV i miewa epizody aktywnej opryszczki z pęcherzami zapalnymi, ale w czasie zabiegu ani w okresie pozabiegowym ich nie miała.

gojenia urazu, czego pokrzywdzona nie wiedziała, niemniej sytuacja ją zaniepokoiła i ponownie odwiedziła gabinet obwinionego. Odniosła wtedy wrażenie, że jest on „przerażony” tym, co widzi, i nie wie, jak reagować. Potem ta okolica goiła się źle, ale pokrzywdzona zraziła się i nie chciała już, aby powikłaniami zajmował się dr M.K. Pomocy szukała u innych lekarzy²⁰. Na podstawie rozmów z nimi ostatecznie zwątpiła w kwalifikacje obwinionego, gdy m.in. dowiedziała się, że powinien był on poprzedzić zabieg naświetlaniem próbnym. Mimo długotrwałego leczenia naprawczego ostatecznie na dekolcie pozostały blizny, mające charakter poważnego, nieodwracalnego oszpecenia oraz ograniczające jej ruchy. Gdy toczyło się postępowanie, pokrzywdzona jeszcze kontynuowała próby leczenia, jednak przy bardzo wątpliwym rokowaniu.

Specyfika normatywna sytuacji

Wnioskiem o ukaranie objęty był tylko zabieg ze stycznia 2009 r. Sąd musiał rozstrzygnąć, jaki był charakter prawny tej czynności i jaki reżim normatywny należy do niej wobec tego odnosić. Ostatecznie przyjął, że zabieg stanowił **czynność kosmetyczną**, nie leczniczą, ponieważ jedynym celem obwinionego było uzyskanie **zmiany wyglądu, motywowanej oczekiwaniami estetycznymi pacjentki**. Obwiniony to kwestionował, tłumacząc, że jego działania były leczeniem, gdyż „uznajemy, że blizna to jest rodzaj pewnej choroby”, a ludzi z bliznami należy „ratować z blizn, z kompletnego oszpecenia”. Stwierdzenie to SL uznał za retoryczne²¹, a przede wszystkim w ogóle nieodnoszące się do czynu zarzu-

²⁰ Zdarzenia po zabiegu stanowią odrębną, długą historię, która dla postępowania miała tylko znaczenie uboczne. Początkowo lekarze, z którymi się kontaktowała, uchylali się od opieki jako niedostatecznie kompetentni albo stosowali doraźnie „metody popularne” o wątpliwej lub zerowej skuteczności, jak to nazwał jeden z biegłych. Do właściwego specjalisty trafiła dopiero po dłuższym czasie.

²¹ Blizny różnych rodzajów mają przypisane jednostki w międzynarodowej klasyfikacji chorób i problemów zdrowotnych ICD-10 (kody L90, L91). Nie pozwala to na generalną tezę, że są one „chorobami” uzasadniającymi leczenie (nie każda jednostka diagnostyczna określona w ICD odnosi się do „choroby”). Nie da się też bronić tezy przeciwnej, że blizny zawsze są tylko skazą na urodzie, a ich usuwanie jest czystą kosmetyką i zaspokajaniem próżności pacjenta. Rzecz jest bardziej złożona, a odpowiedź zależy od tego, o jakie blizny chodzi i jak one wpływają na funkcjonowanie człowieka, w tym w sferze psychiki.

canego, ponieważ M.K. obwiniony był o niestaranne wykonanie zabiegu ze stycznia 2009 r., gdzie wszak nie chodziło o jakiegokolwiek blizny, lecz o „odmładzanie” skóry, tj. działanie uzasadnione jedynie estetycznie.

Sąd przypomniał następnie, że czynności kosmetyczne są przy spełnieniu pewnych warunków dozwolone, mimo braku przepisów ustawowych, z których by to wynikało²². Do warunków tych zaliczył zakaz podejmowania czynności kosmetycznych wysoce ryzykownych²³ oraz wymaganie, by zgoda pacjenta na taką czynność została poprzedzona informacją o „wszelkich mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia skutkach interwencji”²⁴.

Stanowisko SL, że sytuacja prawna czynności kosmetycznych jest szczególna i różna od tej dla leczenia, jest niewątpliwie trafne, wymaga jednak uzupełnienia. Czynności czysto kosmetyczne mogą niekiedy być działaniami („interwencjami”) medycznymi²⁵. Nie mieszczą się natomiast w pojęciu świadczenia zdrowotnego według ustawy o działalności leczniczej ani ustawy o prawach pacjenta²⁶. Kto zaś poddaje się takiej czynności, jest wprawdzie pacjentem w zwykłym sensie tego słowa, lecz nie jest

Odróżnianie i rozgraniczanie czynności „kosmetycznych leczniczych” od czysto kosmetycznych jest zagadnieniem złożonym i do pewnego stopnia spornym, zob. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 2012, s. 26–30, 125–176.

²² Zagadnienia warunków dopuszczalności zabiegów kosmetycznych są we współczesnej literaturze najobszerniej omówione przez R. Kubiaka w monografii *Odpowiedzialność karna...*; oraz tenże, [w:] *System prawa medycznego*, tom 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 778–823.

²³ SL przytoczył ten warunek za J. Sawickim, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 48. Odrzucił zarazem tezę oskarżyciela, że nie wolno podjąć czynności tego typu, „jeśli tylko mogą się zdarzyć powikłania, szkodzące dotychczasowemu wyglądowi pacjenta”. Warunek taki oznaczałby w praktyce niedopuszczalność podejmowania jakiegokolwiek ryzyka w medycynie kosmetycznej.

²⁴ Wyrok SN z dnia 5 września 1980 r., sygn. II CR 280/80, OSP 10/1981 r., poz. 170.

²⁵ Działanie medyczne stanowi każde działanie, przy którym używa się narzędzi i sposobów działania właściwych medycynie; zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, [w:] *System prawa medycznego*, tom 2, s. 84. Czynności kosmetyczne podejmowane przy użyciu sposobów i środków „domowo-drogeryjnych” nie spełniają tego pojęcia.

²⁶ Według ustawy o działalności leczniczej przez świadczenie zdrowotne rozumie się działania lecznicze („służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia”) oraz inne (tzw. nieterapeutyczne świadczenia zdrowotne), jeśli wynikają „z przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania” (art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l.).

nim w rozumieniu u.p.p. i nie korzysta, przynajmniej nie wprost, z praw pacjenta w tej ustawie określonych²⁷. Może się nawet pojawić wątpliwość, czy do takich przypadków w ogóle odnoszą się te przepisy prawa medycznego, które posługują się nazwą „pacjent”, z ustawą lekarską łącznie, co byłoby oczywiście funkcjonalnie niemożliwe do zaakceptowania. Efektu tego można uniknąć przez przyjęcie, że termin „pacjent” w u.z.l. ma być interpretowany autonomicznie i w zgodzie z normalną praktyką językową²⁸.

Uszczerbek na zdrowiu

Z opinii biegłych²⁹ w uogólnieniu wynikało, że u M.P. na dekolcie znajduje się blizna o wymiarach 13 x 15 cm, zajmująca ok. 1/3 powierzchni nadmostkowej, od wcięcia mostka do okolicy międzypiersiowej. Jest nierówna, miejscami przerostowa, miejscami troficzna (zanikowa). Dwie z opinii jednoznacznie diagnozowały ją jako skutek przeszłego oparzenia.

Blizna nie zawiera melanocytów, tj. komórek pigmentowych, jest więc odbarwiona; brak w jej obrębie także gruczołów łojowych. Okolica dekoltu wymaga przez to stałej osłony przed słońcem i stałego natłuszczania. Zmiany skórne tego rodzaju stanowią oszpecenie oraz są narażone na częstsze występowanie nowotworów niebarwnikowych skóry.

Na gruncie ustawy o prawach pacjenta świadczenie zdrowotne ma być rozumiane tak samo jak w u.d.l. (art. 3 ust. 1 pkt 6 u.p.p.).

²⁷ W u.p.p. „pacjent” oznacza osobę, która zwraca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub z nich korzysta (art. 3 ust. 1 pkt 4). Czynności kosmetyczne ani nie mają charakteru leczniczego, ani nie ma przepisów odrębnych, określających reguły ich wykonywania. Nie są więc świadczeniami zdrowotnymi, a osoba z nich korzystająca nie jest pacjentem. Do tych i podobnych przypadków u.p.p. może być stosowana jedynie przez analogię; P. Konieczniak, *System prawa medycznego*, tom 2, s. 341–342.

²⁸ Pośrednio przemawia za tym i fakt, że ustawa lekarska powstała kilkanaście lat wcześniej niż u.p.p. i jej oryginalnym założeniem nie mogło być odesłanie do sztucznej i nieelastycznej definicji pacjenta.

²⁹ SL dopuścił dowód z czterech opinii (jednej zleconej przez rzecznika odpowiedzialności zawodowej, a trzech wydanych dla celów równoległe się toczącego postępowania cywilnego). Stwierdzały one stan pokrzywdzonej w pierwszej połowie 2012 r., nieco ponad trzy lata po nieudanym zabiegu frakcyjnym.

Blizna powoduje ograniczenie ruchów; pokrzywdzona odczuwa „ciągnięcie” i dyskomfort przy zginaniu głowy, ruchach szyi do tyłu i ruchach rąk; nie ma ograniczenia ruchomości szyi w przód i na boki.

Zmiany są trwale i nieodwracalne. Według obecnej wiedzy nie ma możliwości powrotu skóry do pierwotnego wyglądu.

Związek przyczynowy

Sądy lekarskie oceniają zazwyczaj postępowanie lekarzy w kategoriach staranności/niestaranności, natomiast nie dociekają związku przyczynowego, bo odpowiedzialność zawodowa tego nie wymaga. „Zły” skutek, który zawsze jest warunkiem odpowiedzialności cywilnej, a zwykle również karnej, nie należy do definicji przewinienia zawodowego. Nie istnieją materialne, tj. znamienne skutkiem typy takich przewinień³⁰. Co prawda sąd lekarski powinien ustalać „rodzaj i rozmiar ujemnych następstw” przewinienia, który rzutuje na wymiar kary³¹. Jednak diagnoza w tym zakresie bardzo często wykracza poza praktyczną możliwość działania organów samorządu zawodowego. Stosunkowo częste są stany faktyczne, gdy działanie zawodowe lekarza było ponad wątpliwość niestaranne, ale tylko w niewielu z nich da się jednoznacznie stwierdzić, że pacjent (lub ktokolwiek inny) z tego właśnie powodu doznał szkody lub krzywdy, i określić rozmiar tego uszczerbku. Dlatego sądy lekarskie zwykle nie dokonują ścisłych ustaleń kauzalnych, a przewinienie zawodowe rozumieją raczej w kategoriach wywołania niebezpieczeństwa abstrakcyjnego niż spowodowania uszczerbku.

Omawiana sprawa była nietypowa, ponieważ szkodę na osobie włączono do opisu stanu faktycznego; przewinienie zostało ujęte jako niestaranne wykonanie zabiegu laserowego, które „w konsekwencji spowodowało oparzenia skóry w stopniu II/III, a następnie powstanie blizn

³⁰ Ścisłe biorąc, przewinienia zawodowe w ogóle nie podlegają typizacji analogicznej do przestępstw i wykroczeń; zob. P. Konieczniak, *System prawa medycznego*, tom 3, s. 37–38.

³¹ Wniosek ten wynika z odesłania do odpowiedniego stosowania art. 53 k.k., tj. ogólnych dyrektyw wymiaru kary oraz katalogu faktów istotnych dla użycia tych dyrektyw.

przerostowych ściąających i naraziło pacjentkę na cierpienie, długotrwale kosztowne leczenie usprawniające oraz trwale oszpecenie”. Sąd przeprowadził spójne i szczegółowe rozumowanie, uzasadniające wniosek, że blizny na dekolcie powstały z przyczyn leżących po stronie obwiniętego. Stanowi to zasługę składu orzekającego, ale i materiału dowodowego, który mu na to pozwolił. Fakty w tej sprawie ułożyły się tak przejrzysto, że można ją traktować jako paradygmatyczny (modelowy) przypadek ustalania przyczynowości, ilustrujący ogólniejsze prawidłowości wnioskowań kauzalnych. Nasuwa on przy tym pewne refleksje o tzw. teoriach związku przyczynowego, nad którymi rozwodzą się podręczniki prawnicze i do których niekiedy odwołuje się orzecznictwo sądów powszechnych.

Tylko dwóch z czwórki biegłych odniosło się do kwestii związku przyczynowego.

Pierwsza z tych opinii (dalej oznaczona jako „I”) referowała głównie ogólny stan wiedzy w dermatologii³². Jej konkluzja wydaje się mało odkrywcza: przyczyną powstania blizn było „powikłanie procesu gojenia” po zabiegu laserowym³³. Dalej następowało obszernie wyjaśnienie, że według piśmiennictwa przyczyny inicjujące powstawanie blizn mogą być różne i liczne³⁴, natomiast które z nich wystąpiły *in concreto*, biegły nie

³² Z opinii wynika, że pokrzywdzonej osobiście nie oglądał, a wiedział o niej tyle, co wynikało z fotografii i opisów w dokumentacji.

³³ Stwierdzenie to jest nieinformatywne i przypomina wypełnianie karty zgonu przy użyciu „kodów śmierciowych” (np. I46 – zatrzymanie krążenia), na podstawie których nie sposób ustalić, co się właściwie stało i jaka jest faktycznie przyczyna śmierci. Zob. np. B. Stawińska-Witoszyńska, J. Gałęcki, W. Wasilewski, *Poradnik szkoleniowy dla lekarzy orzekających o przyczynach zgonów i wystawiających kartę zgonu. Wersja skrócona*, Warszawa 2019, s. 6–7.

³⁴ W szczegółach opinia stwierdzała, że trudności z gojeniem się ran mogą być m.in. skutkiem infekcji, ich prawdopodobieństwo zmniejsza profilaktyka przeciwnieinfekcyjna, a zwiększa niewłaściwa higiena, czynniki toksyczne, alergiczne, jak uczulenie na sierść zwierzęcą, w ogóle kontakt ze zwierzętami, urazy mechaniczne, samoookaleczenia, w tym drapanie się, wreszcie schorzenia ogólnoustrojowe przebiegające z osłabieniem odporności. U wszystkich pacjentów, niezależnie od ich cech osobniczych, okolice dekoltu i mostka są bardziej narażone na bliznowacenie niż inne partie ciała. Źródłem blizn przerostowych mogą być zaburzenia metaboliczne, zaburzenia naczyniowe, poziom hormonów płciowych, promienie słoneczne, palenie papierosów, stres, urazy mechaniczne, chemiczne lub termiczne, nieprawidłowe procesy immunologiczne, choroby alergiczne oraz zaburzenia emocjonalne.

umiał lub nie chciał się wypowiedzieć. Sąd lekarski nisko ocenił wartość tej opinii, ze względu na jej „zbyt abstrakcyjny” charakter. Biegły wyliczył znane nauce czynniki, które mogą mieć wpływ na zwiększone ryzyko nieprawidłowego gojenia i tworzenia blizn przerostowych. Opisał więc aktualny stan wiedzy ogólnej w dermatologii, ale nie uwzględnił kontekstu: konkretnego stanu faktycznego, w tym tego, że blizna u pokrzywdzonej dawała się bez wątpliwości zidentyfikować jako wynik oparzenia.

Inny biegły (opinia „II”) na podstawie badania fizykalnego ustalił, że u pokrzywdzonej występuje blizna płaszczynowa, polimorficzna, z pasmowatymi zgrubieniami. Można ją zidentyfikować jako pooparzeniową, a także wnioskować o ciężkości pierwotnego oparzenia: przeorośnięte pasma zgrubiałych blizn w obrębie całej polimorficznej blizny płaszczynowej odpowiadają stopniowi IIB, natomiast ściągające czerwone blizny, tworzące powierzchnię między tymi przeorośniętymi pasmami, odpowiadają III stopniowi oparzenia. Ze względu na charakterystyczną morfologię nie da się ona pomylić z przeczosami powstającymi w wyniku podrapania, bliznami po opryszcze, owrzodzeniu bakteryjnym lub innej infekcji. Nawet gdyby po powstaniu rany doszło do infekcji opryszczkowej lub innej, końcowy obraz blizny przesądza, że punktem wyjścia było oparzenie.

Biegły zwrócił następnie uwagę, że między zabiegiem laserowym na dekolcie a powstaniem w tym miejscu źle gojącej się rany zachodzi nie tylko zbieżność czasowa, ale i inny, mniej oczywisty związek. Pacjentka zauważyła u siebie białe pasma na skórze, tj. objaw, który odpowiada mechanizmowi działania lasera frakcyjnego³⁵, który natomiast nie mógłby się pojawić po zwykłym oparzeniu powierzchniowym.

Obwiniony oczywiście nie negował, że u pacjentki doszło do problemów z gojeniem i zbliźnowacenia rany, ale twierdził, że to ona sama

³⁵ Ablacyjne, a tym bardziej nieablacyjne lasery FT, nie pozostawiają widocznych ubytków naskórka. Ich promieniowanie „wyladowuje się” w głębi skóry jako energia cieplna. Jeśli wskutek tego dojdzie do poważniejszego oparzenia (koagulacji) pod naskórkiem, przypowierzchniowe warstwy skóry właściwej stają się niedokrwione i bledną. Obraz kliniczny takiego oparzenia jest inny niż „zwykłego” oparzenia termicznego, którego źródło znajduje się na zewnątrz skóry.

do takiego stanu się doprowadziła. Przedstawił serię domysłów co do (rzekomo) prawdziwych przyczyn powikłań. Tak więc utrzymywał m.in., że M.P. „absolutnie i całkowicie zignorowała” jego zalecenia pozabiegowe i „nie zachowywała absolutnie żadnych zasad podstawowej higieny, dotyczącej tego typu zabiegów”³⁶. Podawał w wątpliwość, czy w ogóle stosowała się do zaleconego leczenia przeciwniektynnego, jakkolwiek w innym momencie wyjaśniał, że źle reagowała na stosowane leczenie przeciwniektynne. Utrzymywał też, że zaraz po zabiegu wychodziła rozebrana na mróz -2°C . Do tego w domu trzyma dwa wielkie psy, które „mogły jej uszkodzić skórę”, a to „może skutkować opryszczką, różą, posocznicą i zgonem”. O tych wszystkich faktach dr M.K. wie, bo „tak słyszał”. Oświadczył wreszcie, że pokrzywdzona „dużo podróżuje, zmienia kontynenty, zmienia klimaty”, a taki fakt „może (...) świadczyć o pewnym deficycie odporności i także predysponować do tego typu rzeczy”. Tłumaczenia te sprawiały wrażenie zmyślonych *ad hoc*, nie miały potwierdzenia w innych dowodach, częściowo zaś były wzajemnie niezgodne lub dziwaczne³⁷.

Końcowe rozumowanie SL w kwestii kauzalnej można ująć tak: rana, która uległa zbliźnowaceniowi, pojawiła się po zabiegu laserem. Samo następstwo czasowe nie może rozstrzygać o przyczynowości (*post hoc non est propter hoc*), ale blizna na dekolcie została rozpoznana jako niewątpliwie poparzeniowa, a jej źródłem było poważne oparzenie, stopnia IIB/III. Zarazem początkowe zmiany w okolicy zabiegu, tj. zblednięcie warstw powierzchniowych, świadczą o niedokrwieniu, a pośrednio o uszkodzeniu głębokich warstw skóry. Uszkodzenie to nastąpiło bez kontaktu z zewnętrznym źródłem ciepła, co jest możliwe właśnie przy użyciu lasera frakcyjnego. Wszystko to razem pozwala wnioskować, że to podczas zabiegu doszło do nieodwracalnej koagulacji tkanki i jest praktycznie wykluczone, by w grę wchodziła jakkolwiek inna przyczyna oparzenia.

³⁶ Obwiniony nie powiedział, o jakie konkretnie zasady i zalecenia miałoby chodzić, a w dokumentacji żadnych adnotacji na ten temat nie było.

³⁷ Szczególnie zdumiewająca dla SL była teza, że podróżowanie wywołuje deficyt odporności i predysponuje do zbliźnowacenia ran.

Scenariusze wyliczane przez obwinionego, zgodnie z którymi okoliczności zabiegu pierwotnie goiła się prawidłowo, a powikłania spowodowała sama pacjentka, która ją rozdrapała, zainfekowała, wystawiła na zimno itp., Sąd odrzucił jako „spekulacje (...) odnoszące się do wymaginowanych stanów faktycznych”³⁸. Kolejność zdarzeń i obraz blizn po zagojeniu dowodziły, że ciąg prowadzący do szkody został zapoczątkowany poważnym oparzeniem głębokich warstw skóry, a wszak pokrzywdzona „sama się nie poparzyła, nie poparzyły jej psy, opryszczka ani wychodzenie nago na mróz” (z uzasadnienia). Odnosząc się z kolei do opinii biegłego I, SL stwierdził, że w tej sprawie nie jest istotna ogólna lista czynników, które sprzyjają powikłaniom podczas gojenia czy też bliznowaceniu. Z faktów wynika bowiem zupełnie konkretna przyczyna powstania źle gojącej się rany, mianowicie uraz termiczny, co zresztą biegły ów wymienił jako jedną z wielu możliwych przyczyn powstawania blizn przerostowych.

Jak ma się rozumowanie Sądu do wspomnianych na wstępie teorii związku przyczynowego? W żadnym punkcie nie odwołuje się do **teorii ekwiwalencyjnej** (kondycjonalnej). Jest ona zapewne dobrze znana Czytelnikom, więc wystarczy przypomnieć, że zgodnie z nią przyczyna to tyle, co warunek konieczny. Praktyczne zaś ustalanie związku przyczynowego między dwoma zdarzeniami miałyby się odbywać poprzez rozważanie „co by było, gdyby domniemana przyczyna nie wystąpiła” (tzw. test warunku koniecznego)³⁹.

Faktycznie jednak powiązań przyczynowych nie można stwierdzić przez tego rodzaju spekulacje, co omawiany przypadek dobrze pokazuje. Tego, czy zabieg laserowy był przyczyną ran i zbliźnowacenia, nigdy nie

³⁸ SL dodał, że tego rodzaju zdarzenia, gdyby realnie miały miejsce i były potwierdzone dowodami, mogłyby mieć znaczenie w postępowaniu cywilnym, w kategoriach przyczynienia się poszkodowanego do zwiększenia szkody.

³⁹ Ma to wyglądać tak: wiemy, że zdarzenie *A* poprzedzało zdarzenie *B*, ale nie wiemy, czy było jego przyczyną. Wyobrażamy sobie więc sytuację analogiczną, w której jednak *A* w ogóle nie nastąpiło, i stawiamy pytanie, czy *B* zdarzyłoby się także pod nieobecność *A*. Zależnie od uzyskanej odpowiedzi (tak / nie) istnienie związku przyczynowego między *A* i *B* zostanie albo wykluczone, albo potwierdzone.

dowiemy się poprzez zadawanie pytania „czy pokrzywdzona miałaby blizny na dekolcie, gdyby nie poddała się zabiegowi laserowemu?” lub podobnych. Jest akurat na odwrót – żeby odpowiedzieć na to pytanie, najpierw trzeba przeprowadzić dowody, zestawzić wynikające z nich fakty, odtworzyć przebieg zdarzeń i oddziaływania pomiędzy nimi, i ostatecznie na tej podstawie orzec, czy to zabieg laserowy doprowadził do powstania blizn⁴⁰. Póki tego nie uczynimy, test warunku koniecznego na żadne pytanie nam nie odpowie. Kiedy zaś ustalimy, co się naprawdę zdarzyło, tym samym uzyskamy też odpowiedź na zadane pytanie, obchodząc się przy tym całkowicie bez owego testu. W żadnym więc możliwym układzie sytuacyjnym teoria ekwiwalencyjna nie będzie dla naszego celu przydatna⁴¹.

W literaturze prawniczej zaproponowano jeszcze dwie inne teorie odnoszące się do diagnozowania związków przyczynowych⁴². Pierwszą jest **teoria warunku właściwego** lub inaczej: warunku odpowiadającego empirycznie potwierdzonej prawidłowości. Według niej „zdarzenie A wtedy jest warunkiem (przyczyną) wystąpienia zdarzenia B, kiedy zgodnie z poglądem reprezentowanym przez miarodajne kręgi specjalistów w danej dziedzinie zachodzi prawidłowość, że po zdarzeniu A nastąpi

⁴⁰ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 47–48; zob. też J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 16 i n.; P. Koniecznik, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002, s. 240–243.

⁴¹ Koncepcja ta, kiedyś uważana za jedyną godną zaufania, przeżywa powolny zmierzch. Przesadą jest jednak zdanie, że jest ona w nauce prawa karnego „powszechnie odrzucana jako metodologicznie błędna, niewystarczająca oraz prowadząca niekiedy do nieprawidłowych rozstrzygnięć”, J. Duda, *Szkoda majątkowa oraz przesłanki jej przypisania w ramach przestępstwa nadużycia zaufania. Analiza dogmatyczna w świetle badań aktowych*, praca doktorska, Kraków 2018, s. 117, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/79688/duda_szkoda_majatkowa_oraz_przeslanki_jej_przypisania_w_ramach_przestepstwa_2018.odt [dostęp: 12.09.2021]. W doktrynie nadal są jej zwolennicy, omawia się ją, nie zawsze krytycznie, w standardowych podręcznikach, a sądy powielają w uzasadnieniach dawne, kondycyjalne formułki (np. o „warunku, którego hipotetyczna eliminacja prowadzi do odpadnięcia danego następstwa w jego konkretnej postaci”, powtarzana za postanowieniem SN z 21 lutego 2001 r., IV KKN 189/00, LEX nr 51087).

⁴² Oczywiście istnieją i inne konstrukcje doktrynalne, które mają w nazwie związek przyczynowy (np. teoria adekwatnego albo relewantnego związku przyczynowego), ale przedmiotem ich nie jest przyczynowość i jej rozpoznawanie *in concreto*, lecz dodatkowe kryteria ograniczające odpowiedzialność za skutek.

zdarzenie B”⁴³, zaś „w konkretnej sytuacji ustalenie związku przyczynowego między konkretnym czynem i skutkiem (...) sprowadza się do ustalenia, czy zachodzi uznana w kompetentnych kręgach (...) prawidłowość (...) i czy ta prawidłowość odnosi się do badanego przypadku”⁴⁴.

W doktrynie padł zarzut, że teoria ta każe orzekać o związku przyczynowym na podstawie samych generalizacji naukowych, bez sprawdzania faktycznych powiązań między zdarzeniami⁴⁵. Krytycy proponują czynić na odwrót i dociekać, czy w konkretnej sytuacji zachodził taki nieprzerwany ciąg oddziaływań fizycznych lub przekaz informacji, że ostatecznie zdarzenie wcześniejsze wywołało to późniejsze. To alternatywne podejście zostało nazwane **teorią faktycznego oddziaływania**⁴⁶.

Z pozoru są to koncepcje odrębne i niezgodne. Jedna chciałaby więzi przyczynowe ustalać „od góry”, przez podciąganie poszczególnych przypadków pod generalne prawa i zależności przyrodnicze⁴⁷. Druga proponuje działać „od dołu” i w obrębie konkretnego stanu faktycznego szukać konkretnych oddziaływań między konkretnymi zdarzeniami. Jednakże **sposób dochodzenia do diagnoz kauzalnych okazuje się dla obu teorii taki sam**. Pierwsza podkreśla rolę generalizacji⁴⁸. Zastrzega wszakże, by uwzględniać tylko te z nich, które odnoszą się do badanego przypadku, a to z kolei wymusza podejmowanie ustaleń co do faktów (konkretów)⁴⁹. Według drugiej należy badać fakty – jednostkowe ciągi

⁴³ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza...*, s. 47.

⁴⁴ Tamże. Zob. też J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 42.

⁴⁵ M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, niepubl. praca doktorska, s. 159–160; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 216–217, 224.

⁴⁶ Nazwę zaproponował T. Sroka (tamże), ale sama koncepcja była rozważana znacznie wcześniej; zob. J. Hanc, [w:] *System prawa medycznego*, tom 3, s. 503.

⁴⁷ Doktryna niekiedy nazywa to wnioskowanie subsumpcją, a więc identycznie jak podciągnięcie stanu faktycznego pod przepis ustawy.

⁴⁸ Pojęcie to wymagałoby wszechstronnego rozwinięcia, uwzględniającego m.in. różnice między uniwersalnymi prawami nauki a prostymi generalizacjami empirycznymi, a także między związkami przyczynowymi a korelacjami. Nie jest to możliwe w ramach tego artykułu.

⁴⁹ Dopóki nie znamy faktów składających się na sytuację konkretną, generalizacje naukowe nie pozwalają na żadne wnioski. W omawianej sprawie opinia I pracownice wyliczała znane nauce ogólne

zdarzeń. Jednak nie da się tego zrobić z pominięciem generalnych praw, według których działa świat⁵⁰. Żaden bowiem łańcuch oddziaływań kauzalnych nie jest bezpośrednio obserwowalny jako całość. Każdy zawiera „ukryte” ogniwa, które można poznać tylko pośrednio, przez **wnioskowanie z innych, znanych faktów i przy wykorzystaniu znajomości praw rządzących rzeczywistością**⁵¹. Jest to w istocie odpowiednik dowodzenia przez poszlaki (domniemania faktyczne w rozumieniu art. 231 k.p.c.).

Należyta staranność⁵²

Oceny w tym zakresie stanowiły podstawową kwestię w postępowaniu, bo dr M.K. został obwiniony o to, że „odmładzający” zabieg laserowy skóry twarzy (powiek, policzków i okolic ust), szyi oraz dekoltu wykonał bez zachowania należytej staranności⁵³.

prawidłowości powikłań w gojeniu i powstawania blizn przerostowych, ale była tak oderwana od stanu faktycznego, że nieprzydatna dla orzekania. Oczywiście nie odpowiadała teorii warunku właściwego, była najwyżej jej karykaturą.

⁵⁰ Opinia II powiązała fakty w sprawie w jeden łańcuch, odtworzyła mechanizm powstania szkody i zarazem wykluczyła mechanizmy alternatywne, kojarzy się więc z teorią faktycznego oddziaływania. Rozumowanie tego biegłego w istotnej mierze opierało się jednak także na prawidłowościach ogólnych, poczynając od fizycznych zasad działania laserów, przez mechanizmy oparzeń, kończąc na regularnościach w powstawaniu blizn, które pozwalają na podstawie cech morfologicznych rozpoznać ich pochodzenie.

⁵¹ Takim „ukrytym” ogniwem w opisywanej sprawie były oparzenia u pokrzywdzonej. Nikt ich po zabiegu nie widział i widzieć nie mógł, ponieważ były to zmiany na poziomie komórkowym, nadto znajdujące się pod naskórkiem. Przecież jednak po uwzględnieniu faktów poprzedzających i następujących, a także ogólnych prawidłowości reakcji tkanek na urazy termiczne, nie ulegało wątpliwości, że te oparzenia tam były.

⁵² Kategoria „należytej staranności” właściwa prawu medycznemu i cywilistycie odpowiada treścią ściśle lub niemal ściśle „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”, o której mowa w ustawie karnej; zob. J. Giezek, *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, „PiP” 1992, nr 1, s. 66. Uwagi w tej części artykułu miałyby więc zastosowanie także w odniesieniu do hipotetycznej odpowiedzialności karnej, której podstawą byłby prawdopodobnie art. 156 § 2 k.k.

⁵³ Niestaranne działanie zawodowe stanowi najczęstszą podstawę odpowiedzialności zawodowej lekarzy, zob. P. Konieczniak, *Nieformalne źródła prawa na przykładzie Kodeksu Etyki Lekarskiej*, [w:] *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, red. T. Giaro, Warszawa 2016, s. 146.

Z opinii II wynikało, że nieprawidłowo wykonany został już pierwszy, nieobjęty oskarżeniem zabieg, tj. próba zatuszowania blizn pooperacyjnych w październiku 2008 r. Nie wykonano przed nim testowego naświetlania na małej powierzchni skóry, a co gorsza całe to działanie nie miało uzasadnienia z punktu widzenia ówczesnego stanu wiedzy o fizjologii, biologii komórkowej i biochemii. Mechanizm działania lasera frakcyjnego polega na przegrzaniu skóry i pobudzeniu w niej syntezy kolagenu. Ma to sens przy zabiegach „odmładzających”. W stosunku do blizn przerostowych wydaje się nieracjonalne, gdyż blizna taka sama w sobie jest przerostem kolagenu. Biegły zauważył, że producenci i dystrybutorzy urządzeń frakcyjnych zachęcają do ich stosowania również do takich przypadków, mimo że podstawy naukowe takiej praktyki są wątpliwe⁵⁴. Tym samym pierwszy zabieg był prawdopodobnie czynnością zbędną z punktu widzenia wiedzy dostępnej *ex ante*, a *ex post* okazał się w najlepszym razie daremny, ale w kwestię tę SL dalej się nie zagłębiał, bo nie o tym miał orzekać.

Będący właściwym przedmiotem sprawy zabieg ze stycznia doprowadził, jak wiemy, do poparzeń na dekolcie i powstania blizn. Fakt ten był dla Sądu „sam przez się dowodem, że laser został użyty nieprawidłowo”, świadcząc, że obwiniony naświetlanie w tej okolicy przedawkował, a mówiąc bardziej fachowo, zastosowana przezeń powierzchniowa gęstość mocy⁵⁵ była zbyt wysoka. Ten i inne parametry pracy urządzenia jego operator każdorazowo ustawia przed zabiegiem. Oparzenie da się

⁵⁴ Ta uwaga biegłego miała pokrycie w rzeczywistości. Lasery frakcyjne były pierwotnie pomyślane jako bezpieczniejszy zamiennik zwykłych laserów w „odmładzaniu” skóry, usuwaniu śladów po trądziku lub blizn pourazowych. Faktycznie jednak od samego początku próbowano ten zakres zastosowań rozszerzać na inne działania, m.in. usuwanie blizn wypukłych (przerostowych oraz keloidów); M.H. Gold, *Update...*, s. 43. Do dziś nie jest jednoznacznie rozstrzygnięte, czy takie zastosowanie ma wartość praktyczną. Niektóre publikacje formułują wnioski optymistyczne, ale nie podejmują się oceniać ich poprawności metodologicznej i wiarygodności. Zob. L. El Halal Schuh i in., *Impact of fractional CO2 laser treatment on hypertrophic scars and keloids: a systematic review*, „Revista Brasileira de Cirurgia Plástica” 2019, nr 34(1), <http://www.rbcp.org.br/details/2356/impact-of-fractional-co2-laser-treatment-on-hypertrophic-scars-and-keloids—a-systematic-review> [dostęp: 25.08.2021].

⁵⁵ Nazwa „gęstość mocy” w medycynie laserowej oznacza moc na jednostkę powierzchni, a tym samym ilość energii przypadającej w jednostce czasu na jednostkę powierzchni tkanki.

wyjaśnić tylko w ten sposób, że obwiniony wybrał te wartości nieadekwatnie do właściwości skóry pacjentki.

Kluczowe jest w takim razie pytanie, czy istnieje jakiś sposób prawidłowego (starannego) określania parametrów pracy lasera frakcyjnego, który pozwalałby takiego scenariusza uniknąć.

W tradycyjnej chirurgii lekarz ma pole operacyjne pod kontrolą. Podczas zabiegów FT z oczywistych względów jest inaczej – nie da się ani na bieżąco obserwować ich efektów, ani stosownie do tego korygować ustawień lasera. Parametry naświetlania muszą więc być określone z góry, na podstawie przewidywań, jak skóra danej osoby będzie reagowała na zabieg. Każdego człowieka da się przyporządkować do jednego z tzw. fototypów skóry⁵⁶; im niższy fototyp, tym wyższe ryzyko oparzeń. Wiadomo też, że na poszczególnych częściach ciała skóra ma różną wrażliwość na oparzenia, a dekolt należy do okolic szczególnie na nie podatnych. Tego rodzaju wiedza pozwala jednak tylko na oszacowania zgrubne, niepewne i niewystarczające. Wobec tego **parametry dla konkretnego zabiegu trzeba dobierać empirycznie**, przez naświetlanie próbne małych fragmentów skóry w tej okolicy, gdzie taka czynność jest planowana. Dopiero na podstawie reakcji można stwierdzić, czy dalsze zabiegi laserem są w ogóle celowe, a jeśli tak, to jakie ustawienia będą właściwe.

Dwóch biegłych stwierdziło, że **powinnością lekarza było przeprowadzenie takiej próby przed właściwym zabiegiem**, a opinia II szczególnie to uzasadniała. Biegły nie powoływał się na formalne rekomendacje ani literaturę dydaktyczną lub naukową, lecz na faktyczną praktykę „stosowaną normalnie w renomowanych ośrodkach laseroterapii”. Może w tym miejscu pojawić się generalna wątpliwość, czy sama w sobie praktyka, nawet przeważająca, jest tym samym praktyką dobrą,

⁵⁶ We współczesnej medycynie funkcjonuje opracowana przez T.B. Fitzpatricka skala porządkowa, dzieląca ludzi na sześć typów skóry o różnej (rosnącej) oczekiwanej reakcji na promieniowanie elektromagnetyczne, głównie w zakresie ultrafioletu. Podstawowym kryterium stwierdzenia fototypu u konkretnego pacjenta jest badanie przedmiotowe (oględziny pigmentacji skóry, koloru oczu i włosów) uzupełniane wywiadem pod kątem dotychczasowych reakcji na światło słoneczne itp. Z opinii II wynikało, że pokrzywdzona M.P. ma skórę w fototypie trzecim, tj. stosunkowo odpornym (jak na „białą” populację Europy).

a tym bardziej czy wynika z niej ogólnie obowiązująca reguła (norma) ostrożności. Można ją w tym wypadku pozostawić bez jednoznacznego rozstrzygnięcia, gdyż faktycznie uzasadnienie tej reguły nie sprowadza się do samej tylko praktyki, tj. stwierdzenia, że „wszyscy tak robią”. Są poza tym mocne podstawy, by sądzić, że praktyka naświetlań próbnych zmniejsza ryzyko powikłań, a bez wykonania takiej próby lekarz zwyczajnie nie wie, jakich ustawień użyć, i pozostawia wyniki zabiegu laserowego przypadkowi. Obowiązek ten jest więc uzasadniony ogólnym stanem wiedzy naukowej.

Obwiniony M.K. żadnych testów u pacjentki nie wykonał, choć nie było ku temu przeszkód. W sądzie tłumaczył, że nie były potrzebne, bo trzy miesiące wcześniej przeprowadził u niej korekcję blizn, co uznał za „pewnego rodzaju próbę” przed zabiegiem ze stycznia 2009 r. Niezależnie, czy było to wyjaśnienie w dobrej wierze, czy tylko wykręt, nie nadawało się ono do obrony. Działanie z października 2008 r. nie stanowiło testu na małej powierzchni w miejscu przyszłego zabiegu, lecz pełnoskalową interwencję innego rodzaju i w zupełnie innej okolicy ciała, nie mogło więc być podstawą rozsądnej decyzji klinicznej⁵⁷. Jak nadto zwrócił uwagę biegły w opinii II, nawet jeśli potraktować to w kategoriach próby, dała ona wynik negatywny. Po upływie tych trzech miesięcy pacjentka miała pod biustem niezagojone, sączące się rany (odnotowane w dokumentacji), co nakazywało rozważyć, czy w ogóle kwalifikuje się ona do kosmetycznego zastosowania lasera i, być może, w ogóle z tego zrezygnować, a co najmniej odroczyć drugi zabieg do czasu, aż sytuacja się wyjaśni.

Nie ustalono, jak wyglądało rzeczywiste rozumowanie obwinionego, które doprowadziło go do wyboru konkretnych parametrów zabiegu. Można się domyślać, że ustawiał je po prostu na oko. Jego doświadczenie praktyczne w użyciu lasera frakcyjnego było ograniczone – urządzenie

⁵⁷ W innym momencie rozprawy obwiniony sam zresztą wyjaśniał, że laseroterapia blizn w porównaniu z „odmładzającym” naświetlaniem skóry stanowi postępowanie „kompletnie zupełnie inne”, „jest zupełnie innym zabiegiem w sensie parametrów zabiegowych (...), w sensie parametrów naświetlania czegokolwiek”.

takie miał krótko (od maja 2008 r.) i jakoby wykonał nim wcześniej zabiegi u ok. 70 osób. Twierdził, że u poprzednich pacjentów nie obserwował powikłań, przynajmniej nie w tej okolicy ciała („był to tak naprawdę pierwszy dekolt, który tak się zachował”). O przygotowaniu teoretycznym obwinionego z dowodów wynikało niewiele⁵⁸. Nie wiadomo, czy przed innymi zabiegami wykonywał naświetlania próbne i czy w ogóle wiedział, że tak należy robić. W każdym razie u pokrzywdzonej nie wykonał ich ani razu. Po próbie korekty blizn w październiku zapewniał ją, że „zrobił ten zabieg *mocno*”, co może sugerować, że ustawienia lasera dobierał beztrwosko, kierując się skutecznością zabiegów i zadowoleniem pacjentów bardziej niż ich bezpieczeństwem.

Zagadnienie nieostrożności SL podsumował następująco: „Lekarz jest (...) obowiązany rozpoznać ryzyko planowanych przez siebie czynności i podejmować je w taki sposób, by zagrożenia z nimi związane zminimalizować. Obowiązkowi temu obwiniony uchybił na wiele sposobów, ignorując informacje (...) o skłonności skóry M.P. do wytwarzania blizn, fakt opornego gojenia i powstania przebarwień po pierwszym zabiegu, nie przeprowadzając testów przed naświetlaniem skóry i w efekcie (wnioskując z faktu, że doszło do ciężkiego poparzenia) nastawiając urządzenie na niewłaściwe parametry”⁵⁹.

Warto jeszcze zwrócić uwagę na pewien element rozumowania Sądu. W uzasadnieniu pada stwierdzenie, że „fakt oparzenia jest sam przez się dowodem, że laser został użyty nieprawidłowo”, w innym zaś miejscu, że „w tym przypadku fakt powstania szkody pozwala wnioskować o niestaranności, polegającej na nieadekwatnym ustawieniu parametrów naświetlania”. Może to się wydawać błędem w rozumowaniu. Przyczynowe wywołanie „złego” skutku oraz niestaranność (*resp.* nieostrożność)

⁵⁸ W wyjaśnieniach dr M.K. prezentował m.in. wiarę, że laser frakcyjny nadaje się do usuwania bliznowców (keloidów, tj. blizn wypukłych wykraczających poza pierwotne granice rany). Być może polegał w tej sprawie na treści materiałów reklamowych, bo z ówczesnego stanu wiedzy taki wniosek nie wynikał.

⁵⁹ W końcowej części uzasadnienia SL dodał, że działanie lekarza „istotnie odbiegało” od wzorca należytej staranności, zwłaszcza przy uwzględnieniu kosmetycznej jedynie natury zabiegu, gdzie cel działania jest „błahy” a wymagania bardziej rygorystyczne niż przy leczeniu.

są warunkami logicznie niezależnymi, więc spełnienie jednego z nich nie pozwala nic powiedzieć o tym drugim. Jednak w tym wypadku nie chodziło o relację logiczną, lecz o **zależności rzeczowe** w badanym stanie faktycznym. Szkoda miała postać charakterystycznych blizn, których obecność można było wyjaśnić tylko tym, że wcześniej w tym miejscu doszło do oparzenia. Po uwzględnieniu pozostałych okoliczności nasuwał się wniosek, że oparzenie powstało wskutek zabiegu ze stycznia 2009 r. Z tego z kolei wynikało, że musiało wówczas dojść do przedawkowania energii, a przedawkowanie takie jest wytłumaczalne, tylko jeśli operator lasera wybrał „złe” parametry pracy. Rozumowanie to stanowi oczywiście ciąg domniemań faktycznych, niemniej są to domniemania bardzo mocne, dające wnioski na pograniczu pewności⁶⁰. O tego rodzaju układach sytuacyjnych mówi się niekiedy krótko, że są to **przypadki, w których szkoda przesądza o niestaranności**.

Obiektywne przypisanie skutku

Ustalenia SL dotyczyły przebiegu czystego, empirycznego związku przyczynowego i brak w nich odwołania do jakichkolwiek prawnych konstrukcji ograniczających odpowiedzialność za skutek. Nauka prawa stoi na stanowisku, że skutek może i powinien obciążać tę osobę, która go nie tylko fizycznie spowodowała, ale nadto jeszcze spełniła pewne dalsze kryteria normatywne. W cywilistyce kryterium takim jest adekwatność („normalność”) przyczynienia⁶¹; w prawie karnym podobną funkcję pełni tzw. obiektywne przypisanie skutku. Odpowiedzialność dyscyplinarna (zawodowa) jest zbliżona do karnej⁶², ale to jeszcze oczywiście nie oznacza, że mechanizm obiektywnego przypisania znajdzie zastosowanie

⁶⁰ Teoretycznie **zawsze** są do pomyślenia liczne alternatywne scenariusze wydarzeń, w inny sposób wyjaśniające to, co się zdarzyło. Jeżeli jednak owe alternatywne wyjaśnienia mają charakter tylko spekulatywny i nie są choćby częściowo uwiarygodnione materiałem dowodowym, należy w praktyce przechodzić nad nimi do porządku dziennego.

⁶¹ Art. 361 § 1 k.c.

⁶² Podobieństwa tego nie należy przeceniać, zob. P. Konieczniak, *O stosowaniu (i niestosowaniu) części ogólnej prawa karnego do odpowiedzialności zawodowej lekarzy*, [w:] B. Namysłowska-Gabrysiak,

do przewinień dyscyplinarnych. Zasadniczo służy on ustalaniu odpowiedzialności za dokonane przestępstwa typu materialnego. W odniesieniu do przewinień dyscyplinarnych ustalenia takie są z gruntu bezprzedmiotowe, skoro „zły” skutek ani nie decyduje o bycie przewinienia, ani nie wpływa na jego kwalifikację prawną. Niekiedy jednak, jak w omawianej sprawie, skutek taki stanowi istotny składnik przewinienia jako okoliczność obciążająca przy wymiarze kary, i wówczas posłużenie się kryteriami obiektywnego przypisania przez sąd lekarski byłoby chyba, teoretycznie biorąc, uzasadnione.

Czy i kiedy teoria obiektywnego przypisania skutku powinna być stosowana do przewinień zawodowych, jest jednak kwestią cokolwiek akademicką. Niezależnie od jej rozstrzygnięcia nie należy oczekiwać od sądów lekarskich, by tę złożoną teorię знаły i uwzględniały w praktyce orzeczniczej. Ponieważ jednak czyn lekarza był prawdopodobnie nie tylko przewinieniem zawodowym, lecz i przestępstwem⁶³, można podjąć próbę jego (pobieżnej) oceny w kategoriach obiektywnego przypisania.

Dla obciążenia kogoś dokonany przestępstwem typu materialnego potrzebne jest w pierwszym rzędzie, by przyczynił się do skutku będącego znamieniem przestępstwa, a przy tym by samo jego zachowanie było nieostrożne (art. 9 § 2 k.k.). Jak już wiemy, w omawianym przypadku oba te elementarne warunki zostały spełnione. Poparzenie i późniejsze zbliźnowacenie skóry były skutkami zabiegu laserowego. Sam zabieg podjęto z naruszeniem normy ostrożności, zgodnie z którą parametry pracy lasera należy określać na podstawie wyników wcześniejszego naświetlania próbnego. Ma ona za „przedmiot ochrony” zdrowie osoby poddawanej zabiegowi⁶⁴, ściślej zaś biorąc, jej celem jest zapobieganie wypadkom, gdy nieadekwatne ustawienie lasera wywoła u pacjenta

K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska (red.), *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, Warszawa 2016.

⁶³ W sprawie tej nie toczyło się postępowanie karne, jednak *prima facie* czyn obwinionego wypełniał znamiona przestępstwa, być może nawet z art. 156 § 2 k.k.

⁶⁴ Mówiąc inaczej, można ją zaliczyć do klasy „reguł postępowania z dobrem prawnym”, jak to zazwyczaj określa doktryna.

uraz termiczny. Działanie obwinionego **w pełni odzwierciedliło treść i uzasadnienie owej normy** – zabieg został wykonany bez zachowania wymaganej procedury „ostrożnościowej” (naświetlań testowych), w efekcie czego powstał właśnie taki mechanizm kauzalny (zły dobór parametrów zabiegu i „przedawkowanie” użytej energii), a ostatecznie właśnie taka szkoda zdrowotna (oparzenia i blizny), jakim owa norma w założeniu miała zapobiegać.

W dalszym rozumowaniu należy uwzględnić, że obiektywne przypisanie skutku jest konstrukcją jeszcze nie w pełni ukończoną i proponowane są różne jej warianty. Zazwyczaj jako kryteria konkurencyjne traktuje się **test alternatywy** (konstrukcja „zgodnego z prawem zachowania alternatywnego”⁶⁵) oraz **przyrost ryzyka**.

Postępując według pierwszej z tych przesłanek, należałoby rozważyć przebieg wydarzeń w sytuacji, w której dr M.K. przeprowadziłby wymagany test i dopiero na podstawie jego wyników podjął właściwy zabieg. Jeśli w takim scenariuszu do oparzenia pacjentki by nie doszło, uraz ten można przypisać lekarzowi. Z kolei według przesłanki drugiej należałoby porównać stopień ryzyka powikłań przy prawidłowym sposobie postępowania i tym sposobie, który został faktycznie użyty. Jeżeli ryzyko działania nieprawidłowego jest wyższe, i to istotnie („znacząco”) wyższe, można „złym” skutkiem obciążyć lekarza.

W omawianej sprawie każdy z tych sposobów rozumowania wydaje się prowadzić do wniosku, że w postępowaniu karnym należałoby dr. M.K. przypisać odpowiedzialność za uraz, którego pacjentka doznała. Trzeba jednak przyznać, że jest to moje wrażenie subiektywne⁶⁶.

⁶⁵ Por. J. Giezek, *Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4. Jakkolwiek test alternatywy przypomina wspomniany wcześniej test warunku koniecznego, nie odnosi się do niego krytyka dotycząca teorii kondycjonalnej; zob. P. Konieczniak, *O nowelizacji, do której nie doszło, czyli blaski i cienie obiektywnego przypisania skutku*, „St.Iur.” 2016, 65, s. 60.

⁶⁶ Rzetelna ocena w każdym wypadku wymagałaby uwzględnienia danych i przynajmniej przybliżonego oszacowania częstości ciężkich powikłań po zabiegach frakcyjnych – tych wykonanych zgodnie z zasadami i tych nieprawidłowych. Być może poparzenia zdarzają się nawet przy nienagannym przygotowaniu i wykonaniu zabiegu. Różnica między ryzykiem zabiegów poprzedzonych naświetlaniem próbnym i wykonanych na oko niemal na pewno istnieje, ale być może nie jest różnicą istotną.

Na koniec wypada wspomnieć o przesłance tzw. **obiektywnej przewidywalności**. Zgodnie z nią można obciążyć człowieka „złym” skutkiem jego działania tylko wtedy, gdy ów skutek był w danej sytuacji obiektywnie możliwy do przewidzenia. Warunek ten jest niejednoznaczny i bywa interpretowany raz jako możliwość przewidywania, którą w analogicznej sytuacji miałby „modelowy obywatel” (wzorzec normatywny)⁶⁷, a kiedy indziej jako możliwość przewidywania przez „przeciętnego obywatela” (wzorzec empiryczny)⁶⁸. Uchylę się od oceny przypadku z tego punktu widzenia. Dodam tylko, że zwolennik kryterium obiektywnej przewidywalności w którejkolwiek możliwej interpretacji musiałby uwzględnić, że w czasie popełnienia czynu (2009) szczegółowa wiedza na temat powikłań zabiegów frakcyjnych była stosunkowo uboga. W tamtym czasie możliwość przewidywania oparzenia opierałaby się głównie lub jedynie na ogólnej wiedzy o zasadach działania laserów, fizjologii i mechanizmach urazów termicznych. Dla metody FT nie istniały jeszcze natomiast obszerne statystyki, artykuły przeglądowe, metaanalizy lub „przeglądy parasolowe”⁶⁹, tj. źródła informacji najbardziej wiarygodne w dzisiejszej medycynie. Nie wydaje się to jednak dostatecznym usprawiedliwieniem dla lekarza.

Omawiana sprawa nie daje okazji do rozważania tzw. negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania i należy je pominąć⁷⁰.

⁶⁷ Ta wzorcowa postać miałaby posiadać adekwatne kwalifikacje fachowe, sumienną postawę i zasób informacji obejmujący poza faktami dostępnymi „nadzwyczajne informacje”, którymi dysponował w czasie czynu zabronionego jego domniemany sprawca; zob. A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, tom 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2004, s. 155 (teza 33); W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 216–217.

⁶⁸ Możliwość przewidywania jest tu oceniana realistycznie i obejmuje przebiegi przyczynowe „typowe, zwyczajne czy mało zaskakujące”; zob. M. Małecki, *Z problematyki obiektywnego przypisania skutku (przypadek płonącego anioła)*, CzoPKiNP 2013, z. 2, s. 55.

⁶⁹ Nazwą taką (*umbrella review*) określa się metaanalizę wielu metaanaliz.

⁷⁰ Według tych przesłanek odpowiedzialność za „zły” skutek może zostać wyłączona lub ograniczona ze względu na włączenie się w sytuację dodatkowego łańcucha kauzalnego, spowodowanego działaniem innej osoby niż sprawca (pokrzywdzonego lub osoby trzeciej). W tym przypadku, pomijając opisane wyżej, głośne spekulacje obwinionego, nic takiego nie miało miejsca.

Informacja i zgoda

Doktorowi M.K. zarzucono również, że zabieg laserowy w styczniu 2009 r. przeprowadził „bez uzyskania od pacjentki w pełni poinformowanej i świadomej zgody”. Temu wątkowi oskarżenia⁷¹ SL poświęcił niewiele uwagi, a ostatecznie, choć z wahaniem, orzekł, że obwiniony takiego przewinienia nie popełnił⁷².

Zagadnienie zgody w omawianej sprawie można uznać za dalszoplanowe. Funkcją tej instytucji prawa medycznego jest m.in. to, że przez złożenie zgody pacjent „bierze na siebie” możliwość powikłań przypadkowych, oczywiście pod warunkiem, że został na ich temat należycie poinformowany. Jeżeli ryzyko zabiegu następnie się ziści i pacjent dozna szkody, nikt nie będzie zobowiązany do jej naprawienia. Należy jednak powtórzyć, że taki mechanizm odnosi się do powikłań przypadkowych⁷³. W tym wypadku chodziło zaś o powikłania zawinione – zabieg, który został wykonany niestarannie i przez to wywołał poważną szkodę cielesną. Gdyby na domiar złego jeszcze i zgoda na ten zabieg okazała się wadliwa, byłby to tylko kolejny gwóźdź w wieku dobrze już zamkniętej trumny, ale nie nastąpiłaby gruntowna zmiana oceny przypadku⁷⁴.

⁷¹ Wniosek o ukaranie nieprawidłowo ujmował zabieg niestaranny i zabieg bez zgody jako dwa odrębne przewinienia zawodowe, choć był to przecież ten sam czyn. Należało to potraktować jako jedno przewinienie podlegające kwalifikacji z różnych przepisów prawa medycznego lub różnych przepisów KEL (por. art. 112 pkt 2 ustawy o izbach lekarskich w zw. z art. 11 § 1 i 2 k.k.). Podobny błąd jest częsty we wnioskach o ukaranie, a orzeczenia sądów lekarskich nie zawsze go korygują.

⁷² Z uzasadnienia wynika, że w części uniewinniającej SL oparł się tylko na zasadzie domniemania niewinności, gdyż materiał dowodowy po prostu nie pozwala stwierdzić, jak dokładnie było. Równocześnie Sąd podkreślił, że taki wynik możliwy jest tylko przy zastosowaniu ścisłych rygorów dowodowych, takich samych jak w postępowaniu karnym.

⁷³ Powikłania przypadkowe są niezależne od technicznej poprawności działania medycznego. Nie można ich uniknąć, w tym sensie, że nawet przy starannym rozpoznaniu problemu zdrowotnego, zaplanowaniu i wykonaniu działań, w pewnym odsetku przypadków takie powikłania się pojawiają.

⁷⁴ Gdy zabieg jest wykonany wadliwie, z perspektywy odpowiedzialności cywilnej zgoda pacjenta staje się sprawą w zasadzie obojętną, co dobrze tłumaczy wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 stycznia 2016 r. (VI ACa 322/15). Według uzasadnienia pierwszą podstawą takiej odpowiedzialności jest „błąd w sztuce lekarskiej”, tj. postępowanie obiektywnie sprzeczne z powszechnie uznanymi zasadami wiedzy i praktyki medycznej. „W każdej (...) sytuacji kiedy zabieg wykonywany jest wadliwie,

„Odmładzanie” skóry było pokrzywdzonej silnie reklamowane podczas jej wizyt w gabinecie po pierwszym zabiegu⁷⁵. Obwiniony opowiadał o nadzwyczajnej skuteczności lasera frakcyjnego, a zaprzeczał możliwości powikłań, twierdząc, że ich ryzyko jest „żadne” i że dotąd „nie odnotowano czegoś takiego”. Ostatecznie M.P. dała się przekonać. Powtórzy, że według jej zeznań zgodziła się na zabieg obejmujący twarz (policzki i okolice ust) i szyję; okazało się jednak, że lekarz zrobił jej „niespodziankę” i wykonał też naświetlanie na powiekach i na dekolcie.

Ustalenie, na co właściwie pokrzywdzona zezwoliła i jak dalece była wcześniej poinformowana o ryzyku, utrudniał fakt, że zgodę wyraziła ustnie. Obwiniony w tamtym czasie zgody pisemnej od pacjentów nie odbierał, nie stosował żadnych formularzy ani gotowej informacji pisemnej, choć według uzasadnienia „pacjentów (...) przyjmował dziesiątkami”⁷⁶. Czy odpowiadało to wymaganiom prawnym, nie ma jednoznacznej odpowiedzi. Artykuł 34 ust. 1 u.z.l. ustanawia formę pisemną dla zgody na zabiegi operacyjne oraz stosowanie „metod leczenia lub diagnostyki

niezgodnie z zasadami sztuki medycznej, stanowi on delikt, który uzasadnia odpowiedzialność (...). Drugą podstawę odpowiedzialności lekarza, która **pojawia się dopiero w tym momencie, kiedy zabieg przeprowadzany jest prawidłowo**, stanowi kwestia zgody pacjenta na zabieg. Żadna bowiem zgoda pacjenta nie powoduje uchylenia bezprawności w przypadku zabiegu przeprowadzonego niezgodnie ze sztuką medyczną”, [http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/\\$N/154500000003003_VL_ACa_000322_2015_Uz_2016-01-21_002](http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/$N/154500000003003_VL_ACa_000322_2015_Uz_2016-01-21_002) [dostęp: 28.08.2021]. Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej lub dyscyplinarnej sprawa jest bardziej złożona, bo ten sam czyn może być na zasadach zbiegu przepisów „multikwalifikowany” jako nieumyślny zamach na zdrowie skutkujący szkodą na osobie i zarazem zamach na jej autonomię.

⁷⁵ Do zabiegu intensywnie namawiała ją kobieta często obecna w gabinecie. Według pokrzywdzonej jest ona „kosmetyczką” i prowadzi usługi w sąsiednim lokalu użytkowym, a równocześnie na niejasnych zasadach pomaga dr. M.K. w jego praktyce, m.in. inkasuje pieniądze za zabiegi, wykonuje znieczulenia miejscowe powierzchniowe, a nawet wysyła on ją w swoim zastępstwie na wizyty domowe. Obwiniony utrzymywał, że jest to pielęgniarka (po sprawdzeniu okazało się, że nie jest). Osoba ta mówiła pokrzywdzonej, że „to jest taka nowość i cudowny zabieg, z którego każdy jest zadowolony, bo przynosi tak zdecydowaną poprawę wyglądu, że człowiek po pięciu dniach wychodzi młodszy o 10 lat”.

⁷⁶ Obwiniony wyjaśniał, że dopiero po tym wypadku przygotował stosowny formularz i zaczął go stosować.

stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta”⁷⁷. Zabieg FT prawdopodobnie zalicza się do kategorii czynności o podwyższonym ryzyku⁷⁸, ale nie jest zabiegiem operacyjnym ani też „metodą leczenia lub diagnostyki”. Powołany przepis dalby się więc zastosować tylko przez analogię, co jest dopuszczalne pod warunkiem, że w systemie prawnym jest luka wymagająca wypełnienia⁷⁹. Już ze względu na generalną zasadę ochrony dóbr osobistych działanie medyczne o celu kosmetycznym wymaga zgody zainteresowanego, ale nie ma żadnych przepisów odrębnych, które określałyby jej formę. Taki brak można interpretować albo jako przeoczenie ustawodawcy, albo jego zamierzone milczenie (to ostatnie prowadziłoby do wniosku o braku wymagań co do formy). Należy przyjąć, że zachodzi pierwszy z tych przypadków⁸⁰ i kosmetyka o „podwyższonym ryzyku” wymaga zgody w formie pisemnej⁸¹.

Pokrzywdzona zeznawała, że w rozmowach lekarz zaprzeczał, by zabieg frakcyjny był połączony z jakimkolwiek zagrożeniem. Według obwinionego było zupełnie inaczej: wszelkie możliwe powikłania

⁷⁷ Inne przepisy odnoszące się do formy pisemnej nie wchodzą w grę, bo przewidziane są dla neterapeutycznych świadczeń zdrowotnych.

⁷⁸ Biegły będący autorem opinii II stwierdził na rozprawie, że użycie jakiegokolwiek lasera wysokoenergetycznego jest działaniem inwazyjnym, a zabiegi frakcyjne mają charakter „*de facto* koagulacyjny”, są więc w jego przekonaniu czynnościami o podwyższonym ryzyku.

⁷⁹ Por. R. Rejmانيak, *Wymóg formy pisemnej zgody pacjenta w świetle art. 192 k.k.*, „PiMP” 2013, nr 1–2, s. 155.

⁸⁰ Rozsądniejsze jest założenie, że ustawodawca zapomniał o regulacji szczególnej, niż że było jego zamiarem, aby w medycynie kosmetycznej przypadki „podwyższonego ryzyka” wyłączyć z wymagania formy pisemnej, gdy zarazem wymaganie to stosuje się na zasadach ogólnych do operacji kosmetycznych (te są bowiem po prostu zabiegami operacyjnymi i art. 34 ust. 1 u.z.l. odnosi się do nich bezpośrednio). Takie zróżnicowanie ocen nie dałoby się racjonalnie wytłumaczyć.

⁸¹ Taka konkluzja prowadzi z kolei do pytania o konsekwencje niedochowania formy pisemnej, na które w ramach tego artykułu nie sposób odpowiedzieć. Doktryna normalnie odnosi ten problem do czynności leczniczych. Wyrażono dotąd trzy poglądy: że forma pisemna jest zastrzeżona pod rygorem nieważności zgody, że jest zastrzeżona dla celów dowodowych, wreszcie że wymaganie ma charakter tylko porządkowy i pozbawiony sankcji (*lex imperfecta*); zob. przegląd stanowisk w: R. Rejmانيak, *Wymóg formy...*, s. 152–156. Praktyka sądowa traktuje to jako formę wymaganą ad probationem; taka interpretacja pochodzi z wyroku SN z 11 kwietnia 2006 r. (CSK 191/05, OSNC 1/2007 r. poz. 18).

opisywał jej wielokrotnie podczas wizyt⁸². Tego rodzaju sprzeczności nie dają się rozstrzygnąć z absolutną pewnością, nie wiadomo więc, jak było naprawdę. Być może po marketingowych oddziaływaniach „kosmetyczki” do świadomości pokrzywdzonej docierały tylko pozytywne strony zabiegu, a inne puszczała mimo uszu. Być może zaś lekarz faktycznie zapewniał ją o bezwzględnym bezpieczeństwie oferowanych zabiegów czy wręcz sam w to wierzył. W tamtym czasie termoliza frakcyjna mogła sprawiać wrażenie metody nieszkodliwej, jednak nie do tego stopnia, by twierdzić, że żadnych powikłań do tej pory „nie odnotowano”⁸³.

Historia o „promocyjnym” rozszerzeniu pola zabiegowego jest tak zdumiewająca, że nawet w zmerkantylizowanej medycynie kosmetycznej trudno uwierzyć, by zdarzyła się naprawdę. Z drugiej strony również trudno uwierzyć, by została ona przez pacjentkę zmyślona. Takie działanie, jeżeli rzeczywiście do niego doszło, stanowiłoby zabieg kosmetyczny wykonany podstępnie⁸⁴, co nie znajduje usprawiedliwienia w żadnych przepisach prawa medycznego⁸⁵ ani w innych gałęziach prawa. Można najwyżej powiedzieć, że z punktu widzenia ochrony dóbr osobistych

⁸² W pewnej sprzeczności stały z tym twierdzenia jego obrońcy, który równolegle przekonywał sąd, że wręcz „nie jest możliwe poinformować pacjenta o wszystkich możliwych powikłaniach”, i dodawał, że brak takiego obowiązku wynika z orzecznictwa sądów powszechnych. SL uznał tę tezę za fałszywą „niezależnie od tego, co na ten temat uważają sądy powszechne”, gdyż katalog możliwych powikłań w medycynie nie jest tak obszerny, aby nie dało się zapoznać z nim pacjenta. Dodał następnie, że sądy lekarskie są związane ustawą, a ani u.z.l., ani u.p.p. nie wskazują żadnej kategorii powikłań, którą lekarz miałby prawo przemilczeć. Na koniec wskazał, że według orzecznictwa przy działaniach kosmetycznych pacjent ma uzyskać informację pełną, tj. o wszelkich możliwych do przewidzenia skutkach interwencji.

⁸³ W pierwszym okresie wykonywania zabiegów frakcyjnych publikacje na temat ich bezpieczeństwa były nieliczne. Odnotowywano pewne komplikacje, niezbyt groźne i odwracalne, przy czym zastrzegano, że dane na ten temat są ograniczone; zob. E.M. Graber i in., *Side effects and complications of fractional laser photothermolysis: experience with 961 treatments*, „Dermatological Surgery” 2008 Mar, nr 34(3). Pewne powikłania zabiegów frakcyjnych były zatem znane i opisywane w literaturze przed styczniem 2009 r. Jeśli ze strony obwinionego padły zapewnienia, że jest to działanie całkowicie pozbawione ryzyka, nie miały one podstaw w ówczesnym stanie wiedzy.

⁸⁴ Por. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna...*, s. 271–273; tenże, *System prawa medycznego*, tom 2, 812–813.

⁸⁵ Istnieje pewna podstawa do wykroczenia poza zakres zgody pacjenta; chodzi oczywiście o art. 35 u.z.l. Jest to przepis wyjątkowy, o przesłankach wąsko ujętych, odnoszący się wyłącznie do czynności leczniczych. Działan kosmetycznych „w promocji” w żaden sposób objąć nie może.

takie działanie jest jawnie bezprawne, lecz zarazem nie stwarza żadnego problemu praktycznego, jeśli zostało *ex post* zaakceptowane przez zainteresowaną osobę⁸⁶.

Uwagi końcowe

1. Ustalanie związku przyczynowego przez sąd lekarski ewidentnie nie opierało się na teorii ekwiwalencyjnej z testem *sine qua non* ani na jakiegokolwiek innej uniwersalnej koncepcji dowodzenia związków kauzalnych. Polegało natomiast na stopniowym **odtworzeniu zdarzeń, ich kolejności i oddziaływań pomiędzy nimi** z odwoływaniem się do prawidłowości ogólnych ustalonych przez naukę. Dla lekarzy jest to zwykły i naturalny sposób rozumowania⁸⁷, a ta sama uwaga zapewne odnosi się do przedstawicieli większości zawodów praktycznych, zwłaszcza inżynierskich.

Taką technikę poszukiwania związków przyczyna–skutek można opisać jednakowo dobrze w kategoriach „teorii warunku właściwego” jak „teorii faktycznego oddziaływania”, ponieważ są one w istocie tożsame (pozory, że jest inaczej, wynikają z różnic w opisie i rozłożeniu akcentów).

Z tej perspektywy można przyjąć, że naszą „ogólną teorię przyczynowości” stanowi całość wiedzy naukowej niezbędnej do rekonstrukcji związków przyczynowych – teorie i prawa należące do poszczególnych

⁸⁶ W tym wypadku pokrzywdzona chyba nie była oburzona z powodu „promocyjnego” naruszenia jej integralności cielesnej, dopóki nie wyszło na jaw, że efektem końcowym jest ciężkie oparzenie.

⁸⁷ Z badań aktowych wynika, że biegli lekarze sporządzający opinie z otwarcia zwłok lub obdukcji sądowo-lekarskich zawsze, a przy opiniach co do prawidłowości postępowania lekarskiego niemal zawsze pracują zgodnie z założeniami teorii faktycznego oddziaływania, starając się wykazać istnienie nieprzerwanego związku kauzalnego, w tym przypadku łańcucha patofizjologicznego, między czynem a skutkiem; zob. Z. Gąsczyk-Ożarowski, *Związek przyczynowy w wybranych rodzajach opinii sądowo-lekarskich*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2015, t. 65 (supl. 1/2015), s. 11. Oczywiście lekarze postępują tak nie dlatego, że nauczyli ich tego prawnicy; w medycynie jest to po prostu element przygotowania zawodowego: „metoda, jaką lekarz jest nauczony badać zachodzące w organizmie ludzkim zjawiska biologiczne” (tamże).

dziedzin nauki, właściwe tym naukom techniki poznawania faktów, metody obliczeniowe, schematy wnioskowania itd.⁸⁸

2. Istotą niestaranności przypisanej lekarzowi było podjęcie zabiegu frakcyjnego bez wcześniejszych naświetlań próbnych, które pozwoliłyby na wybór odpowiednich ustawień lasera. Sąd nie uwzględniał w swoim rozumowaniu żadnych normatywnych wzorców osobowych⁸⁹, lecz po prostu uznał obowiązywanie reguły, że takie testy należy obowiązkowo wykonać celem minimalizacji ryzyka zabiegowego.

Reguły starannego postępowania w medycynie nie zawsze są „prawem pisanym” wynikającym z rekomendacji albo źródeł opisowych (podręczników, artykułów naukowych itp.). W tym wypadku SL, idąc za opinią biegłego, uznał, że **dowodem na istnienie reguły jest faktyczna praktyka oparta na uzasadnieniach naukowych**.

3. Omawiany stan faktyczny nasuwa ogólniejszą refleksję, że brak przepisów odrębnych dla działań medycznych o celu czysto kosmetycznym stanowi wyraźną techniczną **lukę prawną**, którą pogłębia nieprze-myślana definicja pacjenta z u.p.p. Z pozoru żadnego problemu tu nie ma, bo działania tego rodzaju interpretujemy jako podejmowane w ramach niepisanego kontraktu albo, jeśli ktoś woli, jako „pierwotnie legalne”. Jest to dobre wyjaśnienie, dlaczego od dziesiątków lat praktyka traktuje działania kosmetyczne jako zasadniczo zgodne z prawem. Nie istnieją jednak dla nich dostatecznie jednoznaczne i precyzyjne kryteria oceny, które mogłaby stworzyć tylko ustawa. Brak takich kryteriów na co dzień nie jest widoczny. Ujawnia się dopiero w konkretnych przypadkach spornych i wymusza rozstrzygnięcia w drodze analogii, co ma, niestety, charakter doraźnej łataniny.

⁸⁸ W doktrynie od dawna obecne jest przekonanie, że celem nauki prawa „nie jest tworzenie takiej czy innej teorii związku przyczynowego, ponieważ należy to do kompetencji innych dyscyplin naukowych” (T. Dybowski, *Adekwatny czy konieczny związek przyczynowy (dokończenie)*, „Palestra” 1961, nr 7, s. 27).

⁸⁹ Stawianie pytań, co w analogicznej sytuacji zrobiłby „dobry, sumienny chirurg laserowy”, było w tym przypadku bezużyteczne.

Bibliografia

- Avram M.M., Tope W.D., Yu T., Szachowicz E., Nelson J.S., *Hypertrophic Scarring of the Neck Following Ablative Fractional Carbon Dioxide Laser Resurfacing*, „Lasers in Surgery and Medicine” 2009 Mar, nr 41(3), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2747732/>.
- Bielski M., *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, niepubl. praca doktorska.
- Cohen S.R., Goodacre A., Lim S., Johnston J., Henssler C., Jeffers B., Saad A., Leong T., *Clinical Outcomes and Complications Associated with Fractional Lasers: A Review of 730 Patients*, „Aesthetic Plastic Surgery” 2017, nr 41.
- Dybowski T., *Adekwatny czy konieczny związek przyczynowy*, „Palestra” 1961, nr 6/7.
- El Halal Schuh L., Haddad A., Francischelli M., Crivelatti I., *Impact of fractional CO2 laser treatment on hypertrophic scars and keloids: a systematic review*, „Revista Brasileira de Cirurgia Plástica” 2019, nr 34(1), <http://www.rbcp.org.br/details/2356/impact-of-fractional-co2-laser-treatment-on-hypertrophic-scars-and-keloids—a-systematic-review>.
- Gąszczyk-Ożarowski Z., *Związek przyczynowy w wybranych rodzajach opinii sądowo-lekarskich*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2015, t. 65 (supl. 1/2015).
- Giezek J., *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, PiP 1992, nr 1.
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- Gold M.H., *Update on Fractional Laser Technology*, „The Journal of Clinical and Aesthetic Dermatology” 2010, nr 3(1), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2921736>.
- Graber E.M., Tanzi E.L., Alster T.S., *Side effects and complications of fractional laser photothermolysis: experience with 961 treatments*, „Dermatological Surgery” 2008 Mar, nr 34(3), <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18190541/>.
- Konieczniak P., *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002.
- Kubiak R., *Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 2012.
- Mang W.L., Neidel F., Mackowski M.S., Becker A., Schantz J.-T., Then-Schlagau U., *Manual of Aesthetic Surgery*, wyd. 2, Springer 2010.

- Manstein D., Herron G.S., Sink R.K., Tanner H., Anderson R.R., *Fractional photothermolysis: a new concept for cutaneous remodeling using microscopic patterns of thermal injury*, „Lasers in Surgery and Medicine” 2004, nr 34 (5).
- Rejmaniak R., *Wymóg formy pisemnej zgody pacjenta w świetle art. 192 k.k.*, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 1–2.
- Sawicki J., *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965.
- Sroka T., *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013.
- System prawa medycznego*, tom 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M Bora-tyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019.
- System prawa medycznego*, tom 3, *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988.

Abstract

The article is a case study rather than a traditional commentary (*glossa*). Its subject is a disciplinary case, that was heard by a first instance medical court in Warsaw, attached to the Mazowiecka Okręgowa Izba Lekarska (Mazovian Regional Chamber of Physicians). The medical courts are not „real” courts as provided by Chapter VIII of the Polish constitution of 1997. Notwithstanding they are established by statutory law (*Ustawa o izbach lekarskich*) and they use both substantive and procedural rules that are provided by law and are clearly analogous to criminal responsibility.

The starting point for the case was an medical intervention, undertaken (in 2009) for purely cosmetic purposes – „skin rejuvenation” or, more precisely, a fractional photothermolysis, by use of a specially designed laser device (fractional laser). It resulted in severe complications and, finally, in grave and irremovable scarring on the patient’s cleavage. Facts of the case are thoroughly presented, as well as scientific and practical background of the use of high-energy lasers in cosmetic surgery, including history of such practices since the late eighties of the 20th century. Then, three important legal questions are discussed:

(1.) What is generally the status of purely cosmetic medical interventions under today's Polish law? – the answer appears vague, as this class of interventions is under some conditions perceived permissible both by the legal doctrine and the courts, but such a conclusion doesn't come from any actual statutory provisions (and Polish legal system is, as a rule, statutory).

(2.) The article fully refers the court's detailed reasoning on the causal relationship between initial medical intervention and final harm, suffered by the patient. Within the scope of causation the case can be recognized as paradigmatic. The events arranged a clear „causal chain”, the chain's links were well identifiable and relatively easy to be proven, without referring to presumptions, suppositions, statistical typicality and similar instruments of arguing. The court didn't appeal as well to „but-for” (*conditio sine qua non*) reasoning and using of the „but-for” causation test (in this case it would be obviously useless, redundant and idle). The article contains also some considerations on the of so-called *obiektywne przypisanie skutku* (objective attribution of an effect, i.e. an equivalent of German *objektive Zurechnung* doctrine) and on use of such a test in the discussed case (this part is only hypothetical).

(3.) Finally, the opposition „careful”/„careless” as a premise of responsibility is discussed. A human action is usually interpreted as careless if it is in discordance with some technical safety rules. In the case discussed the surgeon carried out the full scale intervention using arbitrary settings of the laser and omitted the test irradiation of a small area of the patient's skin. It could be put into doubt if the tests were really an obligatory rule, but the medical court decided it positively: however such a rule was not explicitly declared by medical manuals, it can be deduced from the the actual practice based on scientific evidence.

O przerwaniu ciąży ze wskazań leczniczych po rozstrzygnięciu Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 r. i po śmierci pacjentki w szpitalu w Pszczynie

Wprowadzenie

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2021 r. (K 1/20) doprowadziło do utraty mocy przesłanki legalnego przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych¹. Już wtedy prorokowano, że odbije się niekorzystnie także na innych sferach praw reprodukcyjnych – jak prawo do diagnostyki prenatalnej oraz prawo do przerwania ciąży w ogóle. Dostęp do legalnej aborcji w Polsce jest od dłuższego czasu obszarem, z którego fanatycy starają się stopniowo wykrawać po kawałku, by docelowo uzyskać całkowity zakaz przerywania ciąży. Niniejsze opracowanie poświęcone jest odrębnej niż rozstrzygana przez TK kwestii: ochronie zdrowia kobiety ciężarnej i przesłance legalizującej przerwanie ciąży ze względu na ratowanie tego dobra prawnego. Niewątpliwie i w tych ramach unormowania zaznacza się – jak zwykle przy przerywaniu ciąży – kolizja między dwoma dobrami chronionymi: dobrem kobiety, czyli zdrowiem, a życiem płodu. Kolizję tę **ustawy rozstrzygają na korzyść zdrowia kobiety**, a chodzi nie tylko o ustawę o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży²,

¹ Różnym aspektem tego rozstrzygnięcia został poświęcony nr 8 „Państwa i Prawa” z 2021 r., tutaj więc nie będą one analizowane.

² Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 ze zm.

ale także o kodeks karny, który stanowi wyraźnie (w art. 157a § 2), że lekarz ratujący zdrowie kobiety kosztem płodu nie popełnia przestępstwa. Uwagi TK zawarte w uzasadnieniu rozstrzygnięcia K 1/20 wprawdzie dotyczą i tego zagadnienia, stanowią jednak tylko *obiter dictum*, więc nie znajdują zastosowania wprost. Zagęszczająca się atmosfera opresji odbija się natomiast niekorzystnie na dostępie kobiet ciężarnych do opieki zdrowotnej. Wśród lekarzy narasta bowiem strach przed jakąkolwiek bardziej zdecydowaną interwencją medyczną w ich organizm, ażeby nie uszkodzić rozwijającego się płodu i nie narazić tym na odpowiedzialność karną. Niska na ogół świadomość prawna sprzyja tworzeniu się przekłamań w odbiorze obowiązującego prawa i rozpowszechnianiu błędów w jego rozumieniu. Tak powstają mity prawne o rzekomej niedopuszczalności przerwania ciąży, dopóki bije serce płodu, albo o obowiązku denuncjacji pacjentki, która zgłosiła się z powikłaniami po samodzielnym przerwaniu ciąży.

Rezultat takich przekłamań prędzej czy później musiał okazać się dramatyczny: dnia 22 września 2021 r. w szpitalu w Pszczynie zmarła ciężarna pacjentka imieniem Izabela. W powszechnej opinii jej śmierć jest pokłosiem rozstrzygnięcia Trybunału, które wzmocniło wśród lekarzy efekt mrozący i wobec pacjentek w ciąży skłoniło do przyjmowania postaw wyczekujących, zamiast podejmowania adekwatnych czynności ratunkowych.

W komentarzach medialnych powielane są zafalszowania co do interpretacji przepisów o przerywaniu ciąży, przeplatające się z narzekaniem na nieprecyzyjne prawo, które nie zapewnia lekarzom dostatecznego bezpieczeństwa prawnego w ratowaniu zdrowia i życia pacjentek w ciąży. Zdezorientowani studenci medycyny zadają na ten temat coraz dziwniejsze pytania, o czym przekonuję się w toku nauczania na uczelni medycznej. Przynoszą już ze sobą przy tym balast wiedzy zasłyszanej gdzieś z trzeciej ręki i przez to w nieunikniony sposób zniekształconej.

Nietrudno zaobserwować, że spośród różnych możliwych rodzajów odpowiedzialności prawnej lekarze najbardziej obawiają się prawa karnego. Ich świadomość prawna kształtowana jest głównie przez ten pryzmat, a strach przed odpowiedzialnością karną zaszczepiają profesorowie studentom już na studiach medycznych. Nic dziwnego, że to, co nieznane

i potencjalnie groźne, stanowi przedmiot obaw, tym bardziej że poradnictwo prawne jest co do zasady odpłatne. Rezultatem tych obaw jest jednak, jak wolno mniemać, amatorskie studiowanie najłatwiej dostępnych źródeł. I tu pewne wstępne wyjaśnienie socjologicznoprawne. Problematyka przerywania ciąży, jako pole licznych sporów prawnych mocno uwarunkowanych światopoglądowo, w żadnym razie nie wyczerpuje się w najbardziej nawet obszernych komentarzach do kodeksu karnego. Komentarze na ten temat operują skrótami myślowymi i nieuniknionymi uproszczeniami, a niektóre nawet świadomymi zafalszowaniami. Wówczas przekaz interpretacyjny nabiera pozorów klarowności, a jego wymowa streszcza się w wyrażeniu „a bo tak” (albo „a bo nie”). Wytrenowany w sporach prawnik jest w stanie od razu to wychwycić, natomiast niezorientowany w prawie medyk bierze owe enuncjacje za dobrą monetę. Nauka prawa, karmiąca się sporami prawnymi, przyjmuje zapatrywania wyrażone w różnych (i licznych) komentarzach do kodeksów jedynie jako punkt wyjścia dla dalszych przemyśleń, syntez i konkluzji. Medyk zaś, zdany na pierwsze z brzegu źródło, pozostaje przy nim i traktuje niczym wyrocznię. W rezultacie jego wiedza na temat prawa jest powierzchowna, jednostronna, a w kwestiach tak kontrowersyjnych światopoglądowo jak przerywanie ciąży – ukierunkowana indywidualnymi zapatrywaniami konkretnego autora albo, co znacznie gorsze, tendencyjnymi „instrukcjami” podejrzanego pochodzenia. W dalszej części tekstu zostanie na to zwrócona szczególna uwaga.

Zaprezentowane opracowanie ma za zadanie zebranie owych zniekształconych i zafalszowanych przekazów, zestawienie ich z obowiązującym prawem, wyjaśnienie mechanizmu błędów, sprostowanie wypaczeń interpretacyjnych oraz wskazanie zgodnego z prawem postępowania. Zostało przygotowane przy uwzględnieniu faktów i mitów zaczerpniętych z doniesień medialnych, przytaczanych tam przekłamań, pytań i problemów referowanych przez lekarzy i przez studentów medycyny oraz z relacji pacjentek i wspierających je aktywistek. W tej części przyjęta została antropologiczna metoda badawcza, podparta odwołaniami do skąpego w sumie dorobku sądownictwa i niezbyt w gruncie rzeczy wyrażoną interpretacją obowiązujących przepisów, bo inna wcale nie jest

tu potrzebna: *clara non sunt interpretanda*. Przydatności tej pracy upatruję głównie dla praktykowania medycyny, a jej celu – w wyjaśnieniu wątpliwości i pomocy lekarzom w wyzbyciu się fałszywych przekonań i nieuzasadnionego strachu przed udzieleniem kobiecie koniecznej pomocy medycznej, ale z możliwym uszczerbkiem dla płodu.

Terapeutyczne przerwanie ciąży

Stosownie do **art. 4a ust. 1 pkt 1** ustawy o planowaniu rodziny..., przerwanie ciąży może być dokonane w przypadku, gdy **cięża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej** i wyłącznie przez lekarza w szpitalu. Wśród przesłanek dopuszczalności przerywania ciąży jest to jedyna, która ma cel wyłącznie zdrowotny, bo służy usunięciu zagrożenia dla zdrowia lub życia kobiety. Dlatego takie przerwanie ciąży można i trzeba określać mianem terapeutycznego ze względu na realizowany przez nie **cel leczniczy**.

Jest to również **jedyna z przesłanek, która, przynajmniej w teorii, nie doznaje żadnych ograniczeń czasowych**. Osiągnięcie przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki limitowało tylko dopuszczalność przerywania ciąży z przyczyn embriopatologicznych: gdy ta przesłanka (przewidziana w art. 4a pkt 2 ustawy) utraciła moc, stało się bezprzedmiotowe. Natomiast przy uzasadnionym podejrzeniu, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (art. 4a pkt 3), wolno ją, jak wiadomo, przerwać, jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni. Dla większej czytelności opisu przytaczam przepis art. 4a ust. 2 w całości: „W przypadkach określonych w ust. 1 pkt 2 [uchylona przesłanka embriopatologiczna – przyp. aut.] przerwanie ciąży jest dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej; w przypadku określonym w ust. 1 pkt 3 [podejrzenie pochodzenia ciąży z czynu zabronionego – przyp. aut.], jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni”. Jak widać nie ma tam (ani gdzie indziej) ni słowa na temat ograniczeń czasowych przerywania ciąży z przyczyn medycznych. Skoro nie ma ograniczenia w czasie, to pozostaje bez znaczenia, czy płód jest już zdolny

do samodzielnego życia. W żadnym razie nie ma podstaw do ryzykowania w takich okolicznościach życiem lub zdrowiem matki dla ratowania płodu, chyba że ona sama tego zażąda. Stan płodu może zatem rzutować na technikę zakończenia ciąży tylko wtórnie, skoro odbywać się to ma dla ratowania kobiety. Liczyć mogą się natomiast przeciwwskazania zdrowotne po jej stronie³, gdy ich bilans przesądzi, by zaryzykować poród.

Interes zdrowotny kobiety w przerwaniu ciąży i jego kolizja z ochroną życia płodu

Rozważany wyjątek w ustawie o planowaniu rodziny... powstał, by minimalizować wystąpienie komplikacji groźnych dla zdrowia lub życia kobiety. Zawarta tam w art. 4a ust. 1 pkt 1 przesłanka dopuszczająca przerwanie ciąży rozstrzyga kolizję interesu zdrowotnego kobiety w ciąży z ochroną życia płodu na jednoznaczą korzyść kobiety, w celu ochrony jej zdrowia. Z jej brzmienia w oczywisty sposób wynika, że wystarczające dla podjęcia decyzji o terminacji ciąży jest **zagrożenie dla zdrowia** kobiety. Ogólne sformułowanie tego przepisu było przedmiotem wątpliwości, jako że zagrożenie da się przecież stopniować. Swego czasu czynione były wstępne kroki, aby wnieść na ten przepis skargę konstytucyjną jako na zbyt mało precyzyjny. Nagabywany w tej sprawie Rzecznik Praw Obywatelskich zwołał spotkanie ekspertów, które odbyło się 22 stycznia 2008 r. W jego rezultacie pomysł został porzucony⁴. Podczas spotkania podnoszono (prof. Eleonora Zielińska), że pojęcie zagrożenia dla „zdrowia kobiety” może wydawać się niedostatecznie dookreślone tylko z pozoru. Samo użycie przez ustawodawcę wyrazu „zagrożenie” należy rozumieć jako wystąpienie poważnego niebezpieczeństwa grożącego życiu lub zdrowiu. Oznacza to, że chodzi o sytuacje stwarzające ryzyko utraty zdrowia, a nie o powody błahe. Analogiczne sformułowanie: „niebezpieczeństwo grożące życiu lub zdrowiu kobiety ciężarnej”

³ Zob. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 506.

⁴ <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nie-b%C4%99dzie-wniosku-do-tk-ws-ustawy-antyyaborcyjnej> [dostęp: 8.11.2021].

– także bez żadnych dookreśleń – zostało użyte w art. 157a § 2 kodeksu karnego, normującego okoliczność wyłączającą bezprawność spowodowania uszkodzenia ciała dziecka poczętego wskutek działań leczniczych podejmowanych wobec kobiety ciężarnej⁵.

Dookreślenie owego zagrożenia, jak podniosła E. Zielińska, można odnaleźć w przepisach wykonawczych (które są właściwym miejscem do uszczegółowienia regulacji ustawowych, zwłaszcza w kwestiach wskazań medycznych, i metoda ta jest bez większych zakłóceń stosowana w polskim prawie⁶). W obowiązującym Rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 22 stycznia 1997 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz stwierdzenia, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety...⁷ znajduje się ust. 1 § 2 o następującej treści „wystąpienie okoliczności wskazujących, że ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, stwierdza lekarz posiadający tytuł specjalisty w zakresie medycyny właściwej ze względu na rodzaj **choroby** kobiety ciężarnej”. Jest to zdaniem autorki opinii wyraźny sygnał adresowany do lekarzy, że zagrożenie dla zdrowia **należy oceniać przez pryzmat choroby, na którą cierpi kobieta ciężarna**. Inaczej mówiąc – w świetle tego przepisu „zagrożenie dla zdrowia” należy interpretować wąsko – jako istnienie choroby, która pogłębi się w przypadku kontynuacji ciąży, a nie jako złe samopoczucie czy dolegliwości towarzyszące normalnie temu stanowi⁸. Kierunek interpretacji jest słuszny, jednak nie wyczerpuje źródła niebezpieczeństwa. Równie dobrze bowiem zagrożenie zdrowia może wystąpić już w ciąży albo na jej tle – inaczej mówiąc, „choroba” pojawi się dopiero wówczas⁹. A.M. Kania ujmuje lapidarnie, iż chodzi o poważne ryzyko utraty zdrowia,

⁵ Konstatacje te zostały zebrane w opinii pisemnej E. Zielińska, *Uwagi odnośnie do założeń wniosku do TK*, s. 1, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nie-b%C4%99dzie-wniosku-do-tk-ws-ustawy-antyporcyjnej> [dostęp: 8.11.2021].

⁶ Np. w standardach opieki okołoporodowej czy jako wykaz chorób zakaźnych objętych szczepieniami obowiązkowymi.

⁷ Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 49.

⁸ E. Zielińska, *Uwagi...*, s. 1.

⁹ Podobnie R. Kubiak, *Prawo medyczne*, wyd. 4 (i poprzednie), Warszawa 2021, s. 435.

o niebłahym charakterze¹⁰. Dobrym przykładem może być pogłębiająca się wada serca¹¹, choroba nowotworowa, a nawet osłabiające organizm utrzymujące się niepowściągliwe wymioty¹², ale już nie – dajmy na to – zwykłe żylaki czy hemoroidy. W interpretacji trzeba brać pod uwagę, że od kobiety nie można żądać ofiar i poświęceń przekraczających zwykłą miarę wyrzeczeń zdrowotnych związanych z ciążą i porodem¹³. Jak to ujął Rafał Kubiak, uzasadniający przerwanie ciąży stan zagrożenia zdrowia powinien cechować się wyższym prawdopodobieństwem negatywnych skutków niż normalne ryzyko związane z przebiegiem ciąży i porodu¹⁴. Jednocześnie autor twierdzi akapit wcześniej: „Poświęcenie życia dziecka poczętego musi być społecznie usprawiedliwione koniecznością ratowania dóbr matki. Oplacalność takich działań wymaga zaś zaistnienia adekwatnego do wartości życia dziecka zagrożenia dla tych dóbr”. Te dwa kryteria nie do końca współgrają. Nie ma jednak wątpliwości, że decyzja o zarekomendowaniu przerwania ciąży wymaga należytego wyważenia kolidujących wartości: czy ochrona zdrowia kobiety jest w danym przypadku ważniejsza niż dobro płodu. Dlatego należy zgodzić się z koncepcją, że **zagrożenie dla zdrowia powinno być poważne i znacznie przekraczać miarę zwykłych obciążeń zdrowotnych towarzyszących ciąży**.

Przykładowo: tzw. poranne mdłości i inne nudności występują w stanie ciąży powszechnie, ale powinny ustąpić w drugim trymestrze. Gdy nie ustępują, robi się nie tylko bardzo dokuczliwie, ale i niebezpiecznie, jeśli pacjentka zwraca wszystko, co zjadła i wypila. Wolno też dyskutować, jak

¹⁰ Podobnie A.M. Kania, *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży, cz. II*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, Wrocław 2012, s. 98–101. Zob. też J. Różyńska, *Przesłanki dopuszczalności przerywania ciąży*, [w:] M. Boratyńska, P. Konieczniak (red.), *System Prawa Medycznego*, tom 2, cz. 2, Warszawa 2019, s. 281 i tam przywołane piśmiennictwo.

¹¹ Zob. A. Kay, *Świąteczny dyżur*, Kraków 2019, s. 79–84.

¹² Zob. przypadek opisywany przez A. Gawande, rozdz. *Uczucie mdłości*, [w:] *Komplikacje. Zapiski chirurga o niedoskonałej nauce*, Kraków 2009, s. 145–161.

¹³ M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 593; podobnie E. Zielińska, *Uwagi...*, s. 2.

¹⁴ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 435.

w konkretnym przypadku ocenić zagrożenie zdrowia przy przepuklinie pachwinowej, która w pierwszej ciąży pacjentki była nieznaczna i cofnęła się samoistnie, ale wystąpiła na nowo przy drugiej, i to bliźniaczej. Skutecznym sposobem działania będzie operacyjne zaopatrzenie, bo przepuklina w każdej chwili może uwiecznić (zwłaszcza gdy siła nacisku rośnie wraz z zaawansowaniem ciąży) i jeśli do tego dojdzie, ratowanie pacjentki przybierze postać wyścigu ze śmiercią. Poddanie się interwencji chirurgicznej stanowi jednak przedmiot dobrowolnej decyzji w każdych okolicznościach, również ciążowych. W danym przypadku pacjentka może zatem zadecydować, iż woli przerwać ciążę, licząc, że przepuklina ustąpi. Ten przykład pokazuje, że ocena przypadku nie jest jednoznaczna.

Legalizująca przerwanie ciąży przesłanka zagrożenia zdrowia kobiety ciężarnej ma charakter niedookreślony. Z punktu widzenia prawidłowej legislacji nie można tego uznać za wadę samą w sobie, ponieważ w pewnych sferach obrotu prawnego nie da się tego uniknąć, a jedną z nich jest właśnie prawo medyczne. Przepisy ustawy lekarskiej¹⁵ o zasadach wykonywania zawodu są również niedookreślone, a ich dookreślenie należy do reguł pozaprawnych: prawideł aktualnej wiedzy medycznej. Próby doprecyzowania ich w normach prawnych będą z góry skazane na niepowodzenie. Gdy chodzi o ciążę, ewentualne ryzyko dla zdrowia czy życia pacjentki nie zawsze daje się określić z całą pewnością; **dla tego wprowadzenie pojęcia ryzyka czy zagrożenia bez bliższych wyjaśnień jest moim zdaniem racjonalne i uzasadnione.** Pewność przyszłego uszczerbku na zdrowiu nie może stanowić przesłanki ustawowej tam, gdzie jest faktycznie niemożliwa do stwierdzenia. Żadne prawo tego nie zmieni: może formułować tylko ogólne wytyczne. Jest to również dla towarzystw lekarskich pole do opracowania choćby przybliżonych rekomendacji. Po tragedii w Pszczynie obecny Konsultant Krajowy ds. Ginekologii i Położnictwa nagłym zrywem określił standardy postępowania, ale tylko w bardzo wąskim zakresie: dla postępowania w razie

¹⁵ Tak skrótowo określam ustawę o zawodach lekarza i lekarza dentystry z 5 grudnia 1996 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 790, 1559, czyli fundamentalny akt prawny normujący m.in. powinności lekarskie wobec pacjentów.

przedwczesnego odejścia wód płodowych. Można to porównać do łatania wyrwy gumą do żucia, ponieważ przez prawie 30 lat żadne towarzystwo lekarskie nie zdobyło się na opracowanie wszechstronnych wytycznych co do terminacji ciąży zagrażającej rozstrojem zdrowia lub utratą życia kobiecie, która ją nosi. Jak skomentował prof. Krzysztof Preis, „ze względu na złożoność i niejednoznaczność takich sytuacji bardzo trudno wydać jednolite zalecenia”¹⁶. Jeśli zaś takie zadanie przerasta szacowne gremia najwyższych autorytetów medycznych, to tym bardziej nie można rozsądnie liczyć na prawodawcę.

Niedookreślone wyrażenie „zagrożenie zdrowia” pojawia się notabene także w innych ustawach (nie tylko medycznych) i to w kontekście konfliktu dóbr również uważanych za wartości konstytucyjne¹⁷.

Niezależnie od tego znane są drastyczne przykłady bagatelizowania zagrożenia zdrowotnego, które doprowadziły do śmierci albo poważnego kalectwa pacjentek. Rozstrzygnięta przez Europejski Trybunał Praw Człowieka głośna sprawa Alicji Tysiąc, którą trzecia ciąża kosztowała utratę wzroku, jest tego dobitnym przykładem¹⁸. Trzech konsultujących pacjentkę okulistów orzekło, iż w związku z patologicznymi zmianami

¹⁶ <https://oko.press/konsultant-wojewodzki-nie-ma-zadnego-znaczenia-czy-plod-zyje-czy-nie-wazne-jest-zycie-kobiety/> [dostęp: 8.11.2021].

¹⁷ Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego przewiduje w art. 23 ust. 1 poddanie pacjenta przymusowemu leczeniu w szpitalu psychiatrycznym wówczas, gdy jego „dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu tej choroby [psychicznej] zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób”. W rezultacie zastosowania tego przepisu jednostka może zostać bezterminowo pozbawiona wolności w psychiatrycznym zakładzie zamkniętym w imię prewencji zagrożonego zdrowia innych osób, a więc teoretycznie i z tego np. powodu, że stroi w windzie dziwne grymasy do sąsiadki, czym wpędza ją w nerwicę. Nikt poważny nie przyjmuje jednak takiej interpretacji, przeciwnie: podkreśla się powszechnie, iż przesłanki przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej powinny być interpretowane zawężająco w imię poszanowania autonomii jednostki wynikającej z jej prawa do wolności i netykalności cielesnej (m.in. S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Przymusowe badanie i leczenie psychiatryczne według projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, „Przegląd Lekarski” 1980, nr 12, s. 774; M. Balicki, *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, PiM 1999, nr 1, s. 40.). Przesłanką zagrożenia życia lub zdrowia operuje m.in. także ustawa o prawach pacjenta (art. 7).

¹⁸ Sprawa *Tysiąc przeciwko Polsce*, skarga nr 5410/03, wyrok z 20 marca 2007 r., <https://trybunal.gov.pl/polskie-akcenty-w-orzecznictwie-miedzynarodowym/rada-europy-europejski-trybunal-praw-czlowieka/w-sprawach-polskich/art/7999-sprawa-tysiac-przeciwko-polsce-skarga-nr-5410-03-wyrok-z-dnia-20-marca-2007-rtlumaczenie-robo/> [dostęp: 8.11.2021].

w siatkówce ciąża i poród stanowiły zagrożenie dla jej wzroku. Jednakże odmówili, pomimo prośb pacjentki, wydania zaświadczenia pozwalającego na przerwanie ciąży, tj. wyraźnego stwierdzenia, że stan okulistyczny w chwili badania (wada wzroku minus 20 dioptrii oraz retinopatia i ryzyko odklejenia siatkówki) uzasadniał terapeutyczne przerwanie ciąży. **Tłumaczyli się brakiem pewności co do zagrożenia, a jednocześnie formułowali zalecenia, z których to zagrożenie logicznie wynikało: unikanie wysiłku fizycznego** (podczas gdy zaawansowana ciąża jest sama w sobie wysiłkiem fizycznym) **i rozważenie późniejszego poddania się sterylizacji.** Sterylizację sugerowano zresztą pacjentce jeszcze po poprzednim porodzie, a powszechnie znana praktyka lekarska jest taka, że zabieg ten wykonuje się u nas niechętnie i tylko ze wskazań medycznych. Już dwa miesiące później krótkowzroczność u pacjentki pogłębiła się do wartości 24 dioptrii. Zaświadczenie wystawił ostatecznie lekarz rodzinny, internista, który dokonał całościowej oceny stanu zdrowia pacjentki, włączając w to również dane okulistyczne¹⁹. Ginekolog uznał je jednak za niewystarczające i ciąża nie została przerwana. Po porodzie przez cesarskie cięcie nastąpił wylew krwi do plamki żółtej w prawym oku pacjentki oraz dalsze pogorszenie stanu siatkówki w oku lewym. Takie skutki spowodowała jednak dopiero trzecia ciąża. W tych okolicznościach precyzowanie reguł prawnych co do rodzaju zagrożenia dla zdrowia groziłoby pójściem w stronę kazuistyki kosztem ujęcia syntetycznego. Do rozważenia jest tylko enumeracja przykładowa („w szczególności...”), ale z wyraźnym zaznaczeniem, że jest ona daleka od wyczerpania całej materii zagrożeń zdrowotnych i może służyć tylko jako wytyczna kierunkowa.

¹⁹ Skłoniło to niektórych przedstawicieli nauki prawa do powątpiewania w posiadanie przez lekarza właściwych kwalifikacji do wystawienia zaświadczenia (zob. K. Szutowska, *Odpowiedzialność za szkodę z tytułu wrongful conception i wrongful birth w świetle funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej w polskim prawie cywilnym – część II*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2008, nr 2, s. 114). Nieporozumienie polega, jak się wydaje, na tym, że autorka nie uważa „zwykłego” internisty za specjalistę w rozumieniu przywoływanego rozporządzenia z 1997 r. o kwalifikacjach lekarzy wymaganych do przerywania ciąży i wystawiania stosownych zaświadczeń.

Zagrożenie życia kobiety

Omawiana przesłanka legalizująca przerwanie ciąży przewiduje dwie kategorie okoliczności: zagrożenie życia **lub** zagrożenie zdrowia. Są one niezależne od siebie w tym sensie, że dla podjęcia decyzji o rekomendowanym (za zgodą pacjentki) przerwaniu ciąży wystarczy już zagrożenie zdrowia, tym bardziej więc – zagrożenie życia. Sformułowanie alternatywne nie oznacza w żadnym razie, iżby usprawiedliwieniem dla terminacji ciąży było dopiero zagrożenie życia. By to pojąć, nie trzeba tytana myśli prawniczej, a mimo to na tle tego przepisu mnożą się nieporozumienia. Nie trzeba też tłumaczyć, że narastający rozstrój zdrowia może prowadzić do zagrożenia życia. Prawo jednak **nie** wymaga, by czekać do ostatniej chwili.

„W Szpitalu Powiatowym w Pszczynie zmarła trzydziestoletnia kobieta, będąca w 22. tygodniu ciąży. Przy przyjęciu stwierdzono bezwrodzie i potwierdzono zdiagnozowane wcześniej wady wrodzone płodu. W toku hospitalizacji płód obumarł. Po niespełna 24 godzinach pobytu w szpitalu zmarła także pacjentka. Przyczyną śmierci był wstrząs septyczny”. Takie oświadczenie wydała rodzina zmarłej pacjentki²⁰.

„Zmarła w wiadomościach wysyłanych do członków rodziny i przyjęciół relacjonowała, że zgodnie z informacjami przekazywanymi jej przez lekarzy, przyjęli oni postawę wyczekującą, powstrzymując się od opróżnienia jamy macicy do czasu obumarcia płodu, co wiązała z obowiązującymi przepisami ograniczającymi możliwości legalnej aborcji” – napisała pełnomocniczka rodziny mec. Jolanta Budzowska. „Przy przyjęciu, z samego rana, zostały wykonane badania, które potwierdziły stwierdzone wcześniej podczas ciąży wady wrodzone płodu oraz potwierdziły, że w organizmie **zaczyna się rozwijać stan zapalny**. Z takim rozpoznaniem pacjentka została przyjęta na oddział. Zresztą te okoliczności potwierdził w oświadczeniu szpital oraz prokuratura. Ja nie wiem, jaki był cel przyjęcia, bo nie podejmowano działań w kierunku poprawy dobrostanu płodu, ale niewątpliwie rozpoznano poważne powikłanie położnicze i to

²⁰ Komunikat jest przytaczany w licznych doniesieniach medialnych, np. przez OKO.press.

była przyczyna zatrzymania pani Izy w szpitalu. Pacjentka relacjonowała pogarszający się stan zdrowia, pisała o rozwijającej się infekcji. W momencie, kiedy została przyjęta do szpitala, płód żył. Obumarł dopiero w trakcie jej pobytu w szpitalu, ale nie wiadomo dokładnie, o której godzinie. Pacjentka zmarła następnego dnia, krótko po godz. 7, czyli w niespełna dobę od przyjęcia”²¹.

„Lekarze czekają do ostatniej chwili” – stwierdziła Kamila Ferenc z Federacji na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny – „żeby to ratowanie życia było absolutnie bezdyskusyjne. Tyle że to nie jest właściwa interpretacja przepisu, ona jest narzucona przez upolitycznioną prokuraturę, organizacje i ludzi takich jak Kaja Godek czy Ordo Iuris i przez rządzących. Polscy lekarze dzisiaj igrają z życiem kobiet”²².

Czynności lecznicze mające na celu ratowanie nie tylko życia, ale i zdrowia kobiety, są w pełni legalne. Z tego punktu widzenia sposób ratowania jest obojętny, zwłaszcza że ustawa o planowaniu rodziny... wyraźnie pozwala dla ochrony tych dóbr przerwać ciążę. Można więc i trzeba zastosować sposób zgodny z najlepszym interesem zdrowotnym kobiety. Z żadnego przepisu prawa nie wynika ograniczenie, żeby zagrożenie dla kobiety musiało być bezpośrednie albo krytyczne. Ten mit wszelako pokutuje w środowisku medycznym, a został zaszczerpiony przez fanatyków uzurpujących sobie kompetencje do nakładania nieistniejących ograniczeń.

Bezpośrednie zagrożenie dla życia kobiety ma tylko takie znaczenie, że wówczas ciążę może przerwać ten sam lekarz, który to bezpośrednie zagrożenie życia stwierdził: „Wystąpienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, stwierdza **inny lekarz** niż dokonujący przerwania ciąży, **chyba że ciąża zagraża bezpośrednio życiu kobiety** (art. 4a ust. 5)”. Jest to jedyny w ustawie kontekst prawny, gdy pojawia się przesłanka bezpośredniości zagrożenia. To zaś prowadzi do logicznego wniosku, że we wszystkich innych kontekstach legalnego przerwania ciąży z przyczyn zdrowotnych bezpośrednie zagrożenie nie jest wymagane.

²¹ M. Waluś, *Śmierć ciężarnej Izabeli z Pszczyny. Zapewne będzie więcej tragedii – rozmowa z Jolantą Budzowską, pełnomocniczką prawną rodziny Izy*, „Gazeta Wyborcza” 4.11.2021, s. 14.

²² Źródło: OKO.press.

Dlatego za grube nieporozumienie wolno uznać następujące przekonanie pewnej lekarki, wypowiedziane w wywiadzie dla „Wysokich Obcasów”: „Czekanie na ustąpienie infekcji, na obumarciu płodu bądź na poród samostny uzasadnia ona tym, że prawo w Polsce nie precyzuje, kiedy następuje moment zagrożenia życia i zdrowia: – Lekarz nie wie, kiedy i czy w ogóle dojdzie do sepsy, bo nie każda sytuacja się tym kończy”. Profilaktycznie nie przeprowadzi jednak terminacji ciąży nawet w sytuacji takiego ryzyka, bo „jeśli przerwę ciążę w momencie, gdy nie ma zakażenia, dostanę zarzut, że przerwałam żywą ciążę bez wskazań medycznych”. Oraz: „jeśli przerwę ciążę, gdy nie ma zakażenia, to rodzina pacjentki może pójść do sądu i powiedzieć, że przerwałam ciążę bezprawnie. Lekarz wtedy tłumaczy, że mogło dojść do sepsy, na co usłyszy – ale nie doszło”²³.

Te wypowiedzi nie mają najmniejszego oparcia w obowiązującym prawie i świadczą o niezrozumieniu istniejącej regulacji prawnej bądź o nawarstwionych zniekształceniach informacyjnych, ale za to dobrze oddają stan świadomości niektórych lekarzy oraz paralizujące ich obawy przed opresyjną dociekliwością prokuratorów. Prawo nie jest od tego, żeby „precyzować” kwestie medyczne: po to odsyła w art. 4 ustawy lekarskiej do **wskazań aktualnej wiedzy medycznej**, żeby było można, wolno i wręcz trzeba odwoływać się do nich wprost. Nie wymaga przy tym tłumaczenia, że wskazania do zabiegu mogą być również profilaktyczne. Ustawa o planowaniu rodziny... posługuje się pojęciem **zagrożenia, które ze swej istoty semantycznej ma charakter potencjalny**. Podobnie potencjalne sformułowanie, i to w trybie przypuszczającym, znajduje się w art. 30 ustawy lekarskiej: „...gdy zwłoka w jej udzieleniu [pomocy] **mogłaby spowodować niebezpieczeństwo...**”²⁴.

²³ <https://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/7,163229,27761364,po-smierci-izabeli-z-pszczyny-ginekolozka-przy-bezwodziu.html> [dostęp: 12.11.2021]. Za: K. Wężyk, *Po śmierci Izabeli*, „Magazyn Gazety Wyborczej Sobota” 6.11.2021, s. 14.

²⁴ Pełne brzmienie art. 30 u.z.l.: „Lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia”.

Przy okazji trzeba przypomnieć, że „rodzina” pacjenta nie ma w jego sprawie żadnych kompetencji decyzyjnych. O zgodzie na legalne przerwanie ciąży u pacjentki samodzielnej prawnie decyduje tylko jej własna wola.

Nieustanną zgrozę budzą zatem doniesienia o praktyce wyczekiwania przez lekarzy do ostatniego momentu z przerwaniem ciąży pozamacicznej (ektopowej). Studenci medycyny deklarują, że takie postępowanie jest im przedstawiane przez profesorów jako prawidłowe²⁵. Zagrożenie dla życia kobiety jest ewidentne, a przy tym ciąża zlokalizowana nie tam, gdzie powinna (czyli w jajowodzie, jajniku, jamie brzusznej albo w szyjce macicy), nie ma praktycznych szans na prawidłowy rozwój, za to grozi krwotokiem. Według uznanego podręcznika ginekologii i położnictwa dla studentów medycyny²⁶ obecnie uważa się, że przy sprzyjających warunkach u wszystkich kobiet powinno być zastosowane operacyjne leczenie zachowawcze, polegające na usunięciu jaja płodowego przy jak najmniejszym uszkodzeniu narządu, w którym nastąpiło zagnieżdżenie²⁷. Leczenie radykalne obejmuje natomiast usunięcie elementów jaja płodowego wraz z narządem, w którym nastąpiło zagnieżdżenie, tzn. z jajowodem, jajnikiem albo rogiem macicy²⁸. Alternatywą jest farmakologiczne leczenie zachowawcze z zastosowaniem metotreksatu, które stanowi skuteczną metodę terapii wczesnej, niepękniętej ciąży ektopowej. Bywa odbierane jako kontrowersyjne zwłaszcza przy miejscowym podaniu specyfiku²⁹, który jest stosowanym także w leczeniu onkologicznym cytostatykiem spowalniającym namnażanie szybko dzielących się komórek i powodującym przy tym skutki uboczne typowe dla chemioterapii. Do przeciwwskazań względnych podania leku zalicza się jednak stwierdzenie

²⁵ Taki raport został złożony podczas wykładu z prawa medycznego na uczelni medycznej wraz z domyślnym pytaniem, czy jest to postępowanie właściwe.

²⁶ G. Bręborowicz (red.), *Położnictwo i ginekologia*, tom 1, wyd. 2015 i n.

²⁷ J. Skrzypczak, *Ciąża ektopowa*, [w:] *ibidem*, s. 98.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ K. Pniewska-Undroń, D. Wydra, A. Abacjew-Chmylko, *Leczenie zachowawcze ciąży ektopowej*, „Ginekologia i Perinatologia Praktyczna” 2017, t. 2, nr 1, s. 19.

czynności serca zarodka³⁰. Pewien procent ciąż pozamacicznych ulega samoistnemu wchłonięciu z jajowodu lub poronieniu i obumarciu. Taka sytuacja biologiczna stwarza ograniczone możliwości postępowania wyczekującego. Brak ostrych kryteriów brzegowych dla jego stosowania zmusza jednak klinicystów do traktowania tej metody jedynie jako uzupełniającej³¹. Ocenia się, że postawa wyczekująca jest skuteczna w ok. 20% wcześniej rozpoznanych ciąż pozamacicznych³². Jest to jednak na tyle niewiele, że bezwzględnie wymaga uzgodnienia z odpowiednio poinformowaną pacjentką.

Odnotowana praktyka przeczekiwania, aż zagrożenie dla życia kobiety stanie się bezpośrednie, zaprzecza wszystkim przytoczonym wyżej dyrektywom postępowania leczniczego, warto więc zastanowić się nad jej przyczynami. Dostarcza ich, jak się okazuje, zapatrywanie hierarchów kościelnych i teologów. Powołują się oni na „niezmiernie rzadkie przypadki, w których udało się donosić dziecko do odpowiedniego momentu, kiedy osiągnęło ono już zdolność do życia w warunkach zewnętrznych i można było operacyjnie wydobyć je z jamy brzusznej matki. Dlatego Święte Oficjum w swoich orzeczeniach z XIX i początku XX wieku sformułowało generalną zasadę, jaką należy się kierować w przypadku wszystkich ciąż pozamacicznych i konfliktów położniczych, która mówi że w takich przypadkach trzeba zrobić wszystko, aby ocalić życie matki i dziecka”³³. Józef Wróbel, biskup i profesor KUL, dodaje, iż stanowisko Świętego Oficjum sugeruje, że jeżeli w poszczególnych przypadkach można by poczekać, nawet podejmując pewne ryzyko dla zdrowia czy życia matki, do takiego

³⁰ A. Słabuszewska-Jóźwiak, M. Ciebiera, G. Jakiel, *Ciąża pozamaciczna – czy nadal jest to stan naglący?*, „Postępy Nauk Medycznych” 2014, t. 27, nr 8, s. 583.

³¹ G. Jakiel, D. Robak-Chołubek, J. Tkaczuk-Włach, *Ciąża ektopowa*, „Przegląd Menopauzalny” 2006, nr 1, <https://www.termedia.pl/Ectopic-pregnancy,4,5553,1,1.html> [dostęp: 11.11.2021].

³² A. Janusz, *Ciąża pozamaciczna – leczenie*, <https://szpital.medfemina.pl/ciaza-pozamaciczna-leczenie/> [dostęp: 11.11.2021]

³³ R. Plich, *Moralny dylemat dotyczący terminacji ciąży jajowodowych za pomocą salpingostomii lub metotreksatu. Zestawienie ważniejszych racji i argumentów początkowego etapu współczesnej debaty teologicznej*, „Teologia i Moralność” 2013, nr 2(14), s. 52, za: O. Sitarz, *Kobieta, ciąża, zarodek...*, [w:] O. Sitarz et al., (monografia w przygotowaniu).

momentu, kiedy dziecko wcześniak będzie mogło już żyć dalej samodzielnie (w inkubatorze), to należy do tego momentu poczekać³⁴. Dodaje przy tym, iż dosyć powszechna praktyka medyczna w tym przypadku, polegająca na rozcięciu jajowodu i wypłukaniu embrionu, jest niemoralna, ponieważ „dziecko” jest tutaj bezpośrednim przedmiotem ingerencji medycznej. Innymi słowy – śmierć zostaje mu zadana bezpośrednio. Jako etyczne rekomenduje natomiast usunięcie razem z embrionem organu stwarzającego zagrożenie dla życia kobiety, przynajmniej w obrębie wadliwie rozwijającej się tkanki (bądź innej części układu rozrodczego, gdzie nieprawidłowo zagnieździł się embrion). W efekcie zniszczenie płodu jest skutkiem ubocznym, niezamierzonym, niechcianym, działania lekarskiego, a nie celem tej interwencji³⁵. Jak nietrudno zauważyć, biskupia rekomendacja preferuje radykalne leczenie chirurgiczne, zaś interwencję oszczędzającą kwalifikuje jako „niemoralną”. Jest w tym niebywała wprost hipokryzja, ponieważ inwazyjne i okaleczające dla organizmu kobiety usunięcie całego dotkniętego zmianą organu nie służy w żaden sposób zachowaniu życia embrionu, który i tak obumrze. Odbywać się zaś ma z całkowitym lekceważeniem dobra zdrowotnego kobiety i z czysto instrumentalnym traktowaniem jej ciała i osoby jako całości. Natomiast nawoływanie do przetrzymywania ciąży pozamacicznej tak długo, aż wcześniaka dałoby się odratować, stanowi w świetle aktualnej wiedzy medycznej nakłanianie lekarzy do naruszania podstawowych powinności zawodowych i narażenia kobiety na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia. Albowiem szanse, iż prawie sześciomiesięczna ciąża³⁶ poza-

³⁴ J. Wróbel, *W przypadku ciąży ektopowej, umiejscowionej w jajowodzie, czy wolno dokonać prewencyjnej interwencji chirurgicznej, a jeżeli tak, to jakiej?*, „Teologia Moralna” 2013, nr 1, <http://teologiamoralna.pl/wp-content/uploads/2013/01/Wr%C3%B3bel.pdf>. Zob. też R. Plich, *Moralny dylemat dotyczący terminacji ciąży...*

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Realne szanse przeżycia dla noworodków skrajnie niedojrzałych rysują się w 24. tygodniu ciąży. Badania epidemiologiczne prowadzone w ciągu ostatnich dowiodły niezbicie, że mimo ogromnego postępu technicznego granica przeżycia większości urodzonych noworodków utrzymuje się na poziomie 24. tygodnia. Wiele wskazuje na dotarcie w ten sposób do naturalnej granicy przeżycia podtrzymywanego technicznie (M. Rutkowska, *Noworodek skrajnie niedojrzały między życiem a śmiercią. Granice medycznej interwencji*, „Etyka” 2014, nr 49, s. 55).

maciczna nie rozleje się śmiertelnym krwotokiem, są bliskie zeru i podobnie – jako niemal zerowe – wolno oceniać szanse przeżycia dla kobiety. To normalne, że duchowny jest dyletantem w sprawach ciąży i porodów. Od duchownych nikt też nie wymaga posiadania wiedzy medycznej, ale od lekarzy jak najbardziej – więc tego rodzaju zakłamanie kościelne „instrukcje” w żadnych warunkach nie będą stanowić dla nich usprawiedliwienia. Warto jednocześnie przypomnieć, że radykalna amputacja bez wskazań medycznych (tj. przy silnych wskazaniach do metody oszczędzającej) liczy się za ciężkie uszkodzenie ciała. Jak słusznie zauważa Olga Sitarz, „zawiniony brak rozpoznania przez lekarza wskazań medycznych do terminacji ciąży, skutkujących śmiercią kobiety ciężarnej rozpoznać należy jako błąd medyczny na zasadach ogólnych, ze wszystkimi tego konsekwencjami”³⁷.

Zagrożenie zdrowia lub życia kobiety ciężarnej a powinności lekarskie i odpowiedzialność karna za zaniechanie

Tragiczna historia Izabeli i wywołane nią oburzenie społeczne spowodowały wydanie przez Ministerstwo Zdrowia komunikatu przypominającego, że „w przypadku sytuacji zagrażającej życiu lub zdrowiu kobiety (np. podejrzenia zakażenia dotyczącego jamy macicy, krwotoku itp.), zgodnie z prawem jest niezwłoczne zakończenie ciąży w oparciu o obowiązujące przepisy Ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (...). Ustawa ta wprost wskazuje na przesłankę zagrożenia życia lub zdrowia matki. Trzeba podkreślić, że są to przesłanki rozłączne [tzn. w sensie prawnym niezależne od siebie – przyp. aut.]. Wystąpienie tylko jednej z nich jest wystarczającą prawną przesłanką do podjęcia reakcji przez lekarza. Oczywistym jest, że pacjentka na każdym etapie prowadzenia ciąży musi być informowana o aktualnych ryzykach związanych ze zdrowiem i życiem. W standardzie określonym przez Krajowego Konsultanta ds. Położnictwa i Ginekologii, w przypadku ustalenia oznak zagrożenia

³⁷ O. Sitarz, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek...*

życia płodu po skończonym 22 6/7 tygodniu ciąży³⁸ trzeba rozważyć zakończenie ciąży, pozostawiając decyzję kobiecie, po udzieleniu wyczerpujących informacji dotyczących zagrożenia życia płodu i szans na jego przeżycie (uwzględniając szanse na prawidłowy rozwój). Informacji powinien udzielić zarówno położnik jak i pediatra/neonatolog. Trzeba z całą mocą podkreślić, że lekarze nie mogą obawiać się podejmowania oczywistych decyzji, podejmowanych w oparciu o swoje doświadczenie i dostępną wiedzę medyczną. W uzgodnieniu z Krajowym Konsultantem ds. Położnictwa i Ginekologii, Ministerstwo Zdrowia poniżej przekazuje szczegółowe zalecenia dotyczące postępowania w przypadku przedwczesnego odpływania płynu owodniowego (...)”³⁹.

Zgodnie z ustawą o prawach pacjenta...⁴⁰ każdy pacjent ma prawo do **natychmiastowego** udzielenia świadczeń zdrowotnych w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia: „Pacjent ma prawo do natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia” (art. 7 ust. 1). Jeśli ma to odbyć się kosztem utraty ciąży – jest w zwykłych okolicznościach decyzją pacjentki, korzystającej z prawa do wyrażenia uświadomionej zgody na czynność medyczną zgodną ze wskazaniami aktualnej wiedzy fachowej: „Pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody, po uzyskaniu informacji w zakresie określonym w art. 9” (art. 16 u.p.p.) oraz „Pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej” (art. 6 ust. 1 u.p.p.). Są to prawa adresowane do wszystkich osób wykonujących zawody medyczne oraz do podmiotów leczniczych. Zindywidualizowaną powinnością każdego lekarza jest zaś „obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia” (art. 30 ustawy lekarskiej).

³⁸ Jak wolno uznać, chodzi o 22 tygodnie i 6 dni.

³⁹ <https://www.gov.pl/web/zdrowie/zycie-i-zdrowie-matki-najwazniejsze> [dostęp: 9.11.2021].

⁴⁰ Ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz.U. z 2009 r. Nr 52 poz. 417, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 849.

Powstaje zatem pytanie, jakie jest prawidłowe postępowanie medyczne w razie odejścia wód płodowych w 22. tygodniu ciąży i przy stwierdzonym stanie zapalnym. Jak referuje prof. Krzysztof Preis, konsultant wojewódzki położnictwa i ginekologii woj. pomorskiego, „Bezwodzie, czyli pęknięcie błon płodowych, nie jest przesłanką do terminacji ciąży. W takiej sytuacji monitoruje się laboratoryjne wykładniki zakażenia, czyli markery zapalne, bo przy odpłynięciu płynu owodniowego otwiera się droga do zakażenia. Jeżeli pokazują się **pierwsze objawy kliniczne** lub laboratoryjne, **trzeba zakończyć ciążę**. (...)”⁴¹.

Według podręcznika⁴² za najpowszechniejszy powód przedwczesnego odpływania płynu owodniowego uważana jest infekcja – a to oznacza, że może ona być przyczyną, a nie skutkiem, więc należy to uwzględnić w kalkulacjach. W ciąży bardziej zaawansowanej, oprócz postępowania zachowawczego rekomenduje się postępowanie czynne, polegające na podawaniu leków przyspieszających dojrzewanie płodu, niemniej „**najsłabsze objawy zakażenia są bezwzględny przeciwwskazaniem** do tego typu leczenia”. W celu zapobieżenia posocznicy (popularnie nazywanej sepsą) zaleca się podawanie antybiotyków o szerokim spektrum działania, co należy rozpocząć **6 godzin po pęknięciu błon płodowych**⁴³. Wskaza-

⁴¹ J. Theus, *Konsultant wojewódzkiej: „Nie ma żadnego znaczenia czy płód żyje, czy nie. Ważne jest życie kobiety”*, OKO.Press 8.11.2021.

⁴² P. Oszukowski, A. Pięta-Dolińska, *Przedwczesne pęknięcie błon płodowych*, [w:] G. Bręborowicz (red.), *Położnictwo i ginekologia*, t. 1, s. 202.

⁴³ Nie oznacza to w żadnym razie, że można i trzeba czekać na wybiecie zegara. Byłoby to zupełnie nieracjonalne, bo empiryczna antybiotykoterapia to nie harmonogram podawania morfiny i powinna zostać wdrożona możliwie szybko. Wątek podawania antybiotyków w razie rozpoznania sepsy pojawia się w orzeczeniu Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie z 22 listopada 2012 r., (sygn. OSL 09/10), dotyczącym głośnej sprawy trzyletniego dziecka zmarłego na sepsę w powikłaniu ospy wietrznej. Jeden z obwinionych w sprawie lekarzy prezentował tam linię obrony opartą na argumentacji, że „zgodnie z załączonymi standardami postępowania [Society of Critical Care Medicine, *Improving time to broad-spectrum antibiotics*, k152e-152f] włączenie empirycznego leczenia za pomocą antybiotyków powinno nastąpić w ciągu 3 godzin od postawienia rozpoznania sepsy”, a on zmieścił się w tych granicach. Powoływał się też na artykuł naukowy, z którego wynika, że włączenie antybiotykoterapii powinno nastąpić w godzinę od spadku ciśnienia tętniczego, a w tym przypadku antybiotyk został włączony **przed** wystąpieniem spadku ciśnienia. Z tego powodu sądzi, że „dopełnił wszelkich zasad właściwej opieki nad chorym”. Jak orzekł OSL, „argumentacja tego lekarza, powołana w postępowaniu wyjaśniającym, zgodnie z którą «zmieścił się» on z podaniem antybiotyków w granicach

niem do postępowania inwazyjnego, polegającego na zakończeniu ciąży, są najczęściej objawy **zagrożającego** zakażenia wewnątrzmacicznego i niedotlenienia płodu⁴⁴.

Według standardu opieki, opracowanego po tragicznym zdarzeniu przez Konsultanta Krajowego, a przywoływanego przez MZ, „w takich przypadkach należy zastosować profilaktyczną, empiryczną antybiotykoterapię lekiem o możliwie szerokim spektrum działania (m.in. na *Escherichia coli*, *Enterococcus faecalis*, *Klebsiella*, *Streptococcus*) w dawce jak w zakażeniu. Po uzyskaniu wyniku badania bakteriologicznego stosowana antybiotykoterapia powinna zostać zweryfikowana. W ciąży powyżej 22 tygodnia i przed ukończeniem 36 tygodnia należy dążyć do podania pełnej dawki sterydów w celu zwiększenia szans dziecka na przeżycie, **pod warunkiem braku wskazań do wcześniejszego, szybkiego, zakończenia ciąży**. W przypadku odpływania płynu owodniowego przed ukończeniem 22 6/7 tygodnia ciąży [czyli 22 tygodni i 6 dni] niezbędne jest poinformowanie kobiety o ograniczonych szansach dziecka na przeżycie i jego prawidłowy rozwój. Postępowanie powinno zależeć od aktualnej sytuacji klinicznej, zaawansowania ciąży, decyzji pacjentki. Od 23 0/7 tygodnia ciąży **w przypadku braku zagrożenia dla życia i zdrowia matki** ciąża powinna być kontynuowana”.

Stylistyka owego standardu jest jak widać dość enigmatyczna: nigdzie nie pada wyrażenie „terminacja ciąży” – przeciwnie – cały czas mowa jest o jej kontynuowaniu, o ile **nie** zachodzą wskazania do wcześniejszego, szybkiego zakończenia. Pozytywne wskazania do terminacji ciąży dadzą się wydobyć z tych meandrów tylko metodą wnioskowania z przeciwieństwa. Bez podparcia wiedzą podręcznikową nie sposób byłoby w ogóle

czasowych, wynikających z literatury, jest nietrafna (...). Z powołanej przez tego obwinionego literatury wynika bowiem, że po rozpoznaniu posocznicy należy błyskawicznie (*rapidly*) włączyć antybiotyki, oraz że zaleca się ustanowienie standaryzowanego protokołu klinicznego, obejmującego empiryczne stosowanie antybiotyków w ciągu najdalej 3 godzin od pojawienia się objawów przy przyjęciach do *Emergency Departments*, a w ciągu jednej godziny dla *Intensive Care Units*. Nie znaczy to, że antybiotyki mogą być podane w dowolnym momencie, byle nie przekroczyć granicy trzech godzin, lecz że **należy je podać możliwie najszybciej po rozpoznaniu**” (s. 180–182).

⁴⁴ P. Oszukowski, A. Pięta-Dolińska, *Przedwczesne pęknięcie błon płodowych...*, s. 205–206.

domyślić się, o jakie wskazania chodzi. Trudno oprzeć się psycholingwistycznemu wrażeniu, jakby Konsultant nie potrafił wydusić z siebie sformułowania „pozytywne wskazania do przerywania ciąży”.

Niemniej powinności lekarskie w razie zagrożenia posocznicą dadzą się streścić następująco: pobrać materiał do analiz bakteriologicznych, bez czekania na jego wynik podać antybiotyki empiryczne (co w tym przypadku oznacza strzelanie na oślep, ale możliwie szerokim zasięgiem) oraz czym prędzej zlikwidować źródło zakażenia, więc jeśli jest to ciąża – przerwać ją.

„Wiadomo, że jak rozwija się gangrena, to trzeba odciąć nogę, bo zagraża to utratą życia. Wiadomo, że jak rozwija się zakażenie septyczne, to trzeba zakończyć ciążę”⁴⁵.

Posocznica może postępować bardzo szybko, zatem dla skutecznego leczenia kluczowe znaczenie ma aktywne ratowanie, a nie czekanie na rozwój wydarzeń. W razie zawinionego zaniechania w grę wchodzi odpowiedzialność karna za przestępstwo nieumyślnego narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 § 3 kodeksu karnego).

Przerwanie ciąży czy „spowodowanie śmierci dziecka poczętego” oraz kwestia bezprawności

Przerwanie ciąży przy spełnieniu przesłanki z ustawy o planowaniu rodziny... jest **wtórnie legalne**⁴⁶, co dobrze oddaje mechanizm działania przepisów z punktu widzenia praktykowania medycyny. Czyn taki stanowi według kodeksu karnego przestępstwo, ale tylko wtedy, gdy dokonany jest niezgodnie z ustawą: „kto za zgodą kobiety [umyślnie] przerywa jej

⁴⁵ K. Preis, za: J. Theus, *Konsultant wojewódzki*: „Nie ma żadnego znaczenia czy płód żyje, czy nie. Ważne jest życie kobiety”, OKO.Press 8.11.2021.

⁴⁶ Tak O. Sitarz, *Bezprawne przerywanie ciąży*, [w:] T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, *System Prawa Medycznego*, t. III, Warszawa 2021, s. 668.

ciążę z naruszeniem przepisów ustawy” (art. 152. § 1 k.k.)⁴⁷. Ustawą, do której kodeks karny odsyła, jest ustawa o planowaniu rodziny..., której art. 4a funkcjonuje jako przepis szczególny: określa, w jakich okolicznościach przerwanie ciąży, zabronione na zasadach ogólnych – jest **dopuszczalne**⁴⁸, czyli zgodne z prawem. Wskazania do zgodnego z prawem przerwania ciąży stanowią zatem okoliczności **wyluczające bezprawność**: przerwanie ciąży jest wówczas **zgodne z prawem** i nie daje osobom trzecim prawa do aktywnego przeciwdziałania w celu odparcia jakoby bezprawnego zamachu na dobro prawnie chronione⁴⁹. Taka kwalifikacja ma zatem dla lekarza niebagatelne znaczenie: wykonując zabieg, działa on zgodnie z prawem, a ktokolwiek z zewnątrz spróbuje to działanie udaremnić – sam dopuszcza się bezprawia, wolno więc lekarzowi zastosować obronę konieczną dla obrony i pacjentki, i siebie samego. Taki jest sens „dopuszczalności” przerywania ciąży w okolicznościach szczególnych z art. 4a ustawy⁵⁰. Warto o tym przypomnieć w kontekście doniesień na temat wtargnięć do gabinetów ginekologicznych podczas wykonywanych zabiegów. Dlatego błędny i niepotrzebnie mylący jest pogląd A. Zolla wyrażony w jednym z komentarzy do kodeksu karnego, jakoby przerwanie ciąży dokonane zgodnie przepisami ustawy było tylko czynem niekaralnym⁵¹. Pojęcie niekaralności stosowane jest w prawie kar-

⁴⁷ Stosownie do art. 8 kodeksu karnego przestępstwo może zostać popełnione tylko z winy umyślnej, chyba że ustawa karna wyraźnie przewiduje również nieumyślność. Z tego względu przy opisie ustawowych znamion poszczególnych typów przestępstw kategoria umyślności jest pomijana, co przy amatorskiej lekturze może wywoływać wrażenie, że odpowiedzialność za cięższe przestępstwa ma charakter absolutny.

⁴⁸ Charakter prawny przesłanek dopuszczających przerwanie ciąży jest w nauce prawa sporny i interpretowany rozmiacie. Zob. przegląd stanowisk dokonany przez O. Sitarz, *Bezprawne przerwanie ciąży*, [w:] *System Prawa Medycznego*, tom 3, s. 663–667. Są to spory w przeważającej mierze teoretyczne, ale obciążone konotacjami uprawnionego bądź nieuprawnionego przeciwdziałania domniemanej bezprawności przez osoby trzecie – dlatego wymagały szczegółowego omówienia i dokonania syntezy.

⁴⁹ O. Sitarz, *Bezprawne przerwanie ciąży*, s. 668.

⁵⁰ Podobne zapatrywanie przyjął Sąd Najwyższy w uchwale z 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06, OSP 2/2007 poz. 16, s. 102) – uznawszy przesłanki przerwania ciąży z art. 4a ustawy o planowaniu rodziny... za mające „charakter zbliżony do kontratypu” (czyli okoliczności wyluczającej bezprawność).

⁵¹ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz*, Kraków 1999, s. 256.

nym tam, gdzie sam czyn realizuje cechy (tzw. znamiona) przestępstwa, a tylko jego sprawca (bądź niektórzy sprawcy) nie podlega karze. Dobrym przykładem na niekaralność (kobiety) jest omówiony dalej art. 157a k.k.

„Naruszenie przepisów ustawy” może jednak dotyczyć nie tylko materialnoprawnych podstaw legalnego przerwania ciąży, ale także nie-dochowania wymagań formalnych. Jak relacjonuje Olga Sitarz, w nauce prawa przeważa zapatrywanie, że naruszenie przepisów ustawy obejmuje również przesłanki formalne⁵². Należą do nich: zgoda kobiety udzielona we właściwej formie (pisemnej), przedłożenie odpowiednich zaświadczeń lekarskich bądź prokuratorskich oraz wykonanie zabiegu leczniczego w szpitalu i w zwykłych okolicznościach – przez innego lekarza niż ten, który wystawił zaświadczenie. Nie należą natomiast – wymagania stawiane na poziomie rozporządzenia. Rodzaj naruszeń ustawy może mieć jednak wpływ na wymiar kary ze względu na stopień społecznej szkodliwości czynu⁵³. Ponadto – jak słusznie zauważyła Ewa Plebanek, gdy zagrożenie życia kobiety jest bezpośrednie, a czas nagli, wykonanie zabiegu przerwania ciąży w warunkach ambulatoryjnych zamiast ryzykownej straty czasu na dojazd do szpitala należy uznać za usprawiedliwione stanem wyższej konieczności⁵⁴.

Notabene przerwanie ciąży **bez zgody kobiety** jest przestępstwem zawsze: „Kto stosując przemoc wobec kobiety ciężarnej lub w inny sposób bez jej zgody przerywa ciążę albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza kobietę ciężarną do przerwania ciąży...” (art. 153 § 1 k.k.).

Osobny typ czynu przestępnego stanowi natomiast uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub spowodowanie rozstroju zdrowia zagrażającego jego życiu:

⁵² O. Sitarz, *Bezprawne przerwanie ciąży*, [w:] *System...*, s. 680, gdzie przywołuje pogląd R. Kubiaka, *Prawo medyczne*, s. 519.

⁵³ Tak B. Michalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczegółowa, Komentarz*, red. A. Wąsek, t. 1, Warszawa 2004, s. 266.

⁵⁴ E. Plebanek, *Przestępstwa aborcyjne - praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*, „PiM” 2011, nr 2, s. 40.

Art. 157a. § 1. Kto powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu, (...)

§ 2. Nie popełnia przestępstwa lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego są następstwem działań leczniczych, **koniecznych dla uchylenia niebezpieczeństwa** grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego.

§ 3. Nie podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 1.

Powstaje więc pytanie, czym różni się przerwanie ciąży od „spowodowania uszkodzenia dziecka poczętego”⁵⁵.

Przerwanie ciąży jest czynnością (medyczną albo niemiedyczną) nakierowaną na taki właśnie efekt. Sprawca musi mieć świadomość, że kobieta jest w ciąży oraz że podejmuje czynności w kierunku jej przerwania⁵⁶. Będzie to więc zarówno zabieg lekarski, jak wyszarpanie szydełkiem, przysłowiowym wieszakiem albo wykrobanie szprychą od roweru; zadanie środków poronnych czy użycie innych sposobów mających na celu przerwanie zawiązanej i żywej ciąży. Sprawcą przestępnego przerwania ciąży może być **każdy za wyjątkiem samej kobiety ciężarnej** – więc nie tylko lekarz.

Natomiast „spowodowanie uszkodzenia ciała dziecka poczętego” (choć rozróżnienie może wydawać się nieostre) powinno czymś się różnić, skoro stanowi odrębnie stypizowane przestępstwo. Przy okazji dla przypomnienia: ono również, tak jak przerwanie ciąży, może być popełnione tylko z winy umyślnej. Musi więc chodzić o umyślny atak na kobietę ciężarną nienakierowany na przerwanie ciąży – np. kopnięcie w ciążarny brzuch, poczęstowanie środkami teratogennymi czy dźgnięcie ostrym narzędziem.

⁵⁵ Na temat pojęcia „dziecko poczęte” zob. E. Plebanek, *Przestępstwa aborcyjne – praktyczna interpretacja znamion...*, s. 33–37; E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, t. 4, s. 14–18. Dla tematu niniejszego opracowania, poświęconego problematyce przerwania ciąży, zagadnienie to ma charakter dalszoplanowy.

⁵⁶ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 520.

Teoretycznie przestępne uszkodzenie ciała dziecka poczętego (albo wywołanie rozstroju zdrowia zagrażającego jego życiu) może być następstwem nie dość ostrożnie przeprowadzonej czynności medycznej na organizmie kobiety, ale tylko jeśli interwencja **nie** była konieczna dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego jej zdrowiu. Etyczny nakaz takiej ostrożności wynika ponadto z art. 39 KEL: „Podejmując działania lekarskie u kobiety w ciąży lekarz równocześnie odpowiada za zdrowie i życie jej dziecka. Dlatego obowiązkiem lekarza są starania o zachowanie zdrowia i życia dziecka również przed jego urodzeniem”.

Należy jednak podkreślić bardzo wyraźnie, że **przestępstwa** „uszkodzenia ciała dziecka poczętego” **nie popełnia** lekarz ratujący zdrowie kobiety lub płodu. Oznacza to w szczególności, że wszelkie czynności lecznicze podejmowane jako **konieczne dla uchylenia niebezpieczeństwa zdrowotnego** grożącego kobiecie ciężarnej, nienakierowane na przerwanie ciąży, są działaniami zgodnymi z prawem: prawodawca posłużył się tutaj zwrotem „**nie popełnia przestępstwa**”. W przypadku działania leczniczego (np. operacyjnego zaopatrzenia przepukliny czy usunięcia wyrostka robaczkowego), **bez zamiaru przerwania ciąży**, którego tylko **skutkiem ubocznym** jest uszczerbek zdrowotny płodu, mamy zatem do czynienia z zachowaniem **w pełni legalnym**. Z punktu widzenia prawa karnego jest to więc czyn pozostający poza obszarem zainteresowań tej dziedziny prawa. W doktrynie prawa zostało nawet wyrażone zapatrywanie, że takie działanie lekarza ma charakter legalny pierwotnie⁵⁷, co niezależnie od konotacji tego pojęcia dobitnie pokazuje sens kodeksowego unormowania.

⁵⁷ V. Konarska-Wrżosek, [w:] V. Konarska-Wrżosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 765. Rozbieżności w opiniach na temat pierwotnej bądź wtórnej legalności czynności medycznych jako takich stanowią przedmiot osobnych rozważań prawniczych i mają odmienną naturę. Zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Pierwotna bądź wtórna legalność czynności medycznych*, [w:] M. Boratyńska, P. Konieczniak (red.), *System Prawa Medycznego*, tom 2, cz. 1, Warszawa 2019, s. 132–167. Niuanse teoretyczne nie są jednak konieczne dla oceny zgodności z prawem prawidłowo podjętych czynności leczniczych mających na celu ochronę zdrowia kobiety ciężarnej na płaszczyźnie kodeksu karnego, który wypowiedzi się tak jednoznacznie, jak zostało przytoczone.

Jednakże – co oczywiste – takie działanie lekarza, jako ingerencja w organizm kobiety – wymaga spełnienia legalizujących ją przesłanek prawnomedycznych: celu leczniczego, zgodności z regułami aktualnej wiedzy medycznej i przy prawidłowo udzielonej zgodzie kobiety (albo uprawnionego podmiotu reprezentującego jej interesy: rodzica, opiekuna, sądu opiekuńczego, za wyjątkiem sytuacji nagłych, gdy pacjentka jest niezdolna decyzyjnie).

Przestępstwo „uszkodzenia ciała dziecka poczętego” może teoretycznie popełnić także kobieta ciężarna, z tym że ona nie podlega karze. Różnica między niestanowiącym przestępstwa samodzielnym przerwaniem przez kobietę ciąży a spowodowaniem przez nią „uszkodzenia ciała dziecka poczętego” może być w konkretnym przypadku trudna do uchwycenia. Czyn przeciwko płodowi powinien być pozbawiony zamiaru przerwania ciąży, bo wszystko, co podjęte przez kobietę w takim zamiarze, podlega przepisowi o przerwaniu ciąży i w jej wykonaniu przestępstwem nie jest. Niekaralność kobiety stanowi negatywną przesłankę procesową, co oznacza, że postępowania karnego nie wszczyna się⁵⁸. **Nie ma zatem sensu, by zawiadamiać organy ścigania.**

Jeśli zaś chodzi o „spowodowanie śmierci dziecka poczętego”, to w chwili obecnej kodeks karny nie przewiduje takiego czynu zabronionego. Niemniej ponawiane są próby przeforsowania w ustawodawstwie zmian polegających na wprowadzeniu osobnego przestępstwa o takich znamionach⁵⁹ i z zaznaczającą się eskalacją na poziomie zagrożenia karą: propozycje ekstremalne operują taką samą jak za zabójstwo. Ten stan opresji, gdy po odrzuceniu jednego projektu wkrótce pojawia się następny jeszcze bardziej radykalny, wprowadza zamęt w świadomości prawnej, zaś wśród lekarzy – mrozący efekt ostrożności na zapas.

Ów stan niepewności jest przypuszczalnym źródłem **powstania mitu, jakoby żywej ciąży nie wolno było przerwać** w żadnych warunkach, trzeba więc czekać na jej obumarcie, zanim podejmie się bardziej

⁵⁸ Por. art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.

⁵⁹ Zob. E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony...*, s. 12.

energiczne działania na rzecz ochrony zdrowia i życia kobiety, a dopóki bije serce płodu – nie można wykonać żadnego zabiegu.

„Zgodnie z «prawem» lekarze muszą wsłuchiwać się w dwa bijące serca i że jeśli przerwą ciążę z bijącym sercem płodu to grozi im – mówmy konkretnie – więzienie do lat trzech, a nawet ośmiu.(...) Z tego wynika, że jakaś część obywateli i obywaterek Polski może umrzeć, bo lekarz nie jest pewien, czy może przeprowadzić procedurę, która życie uratuje. Albo wie, że nie może, bo «prawo» mu tego zabrania”⁶⁰.

W świetle omówionych wcześniej unormowań prawnych jest to **jawna nieprawda i dramatyczne zniekształcenie informacyjne**, ale sporo kobiet otarło się z tego powodu o śmierć, a są też takie, które pożegnały się z życiem. Jedną z nich była zmarła w 2004 r. na sepsę Agata Lamczak, cierpiąca podczas ciąży na wrzodziejące zapalenie jelita grubego. Przez cztery miesiące była poddawana nieskutecznemu leczeniu zachowawczemu, bez przeprowadzenia diagnostyki, która pozwoliłaby dokładniej ustalić jej stan kliniczny i zaordynować odpowiednie leczenie. Niezależnie od możliwych przeciwwskazań do badania endoskopowego jest zadziwiające, że przez cały ten czas nie wykonano u niej pod kątem zdiagnozowanej choroby nieinwazyjnych badań obrazowych: ani USG, ani MR⁶¹. Bardziej energiczne działania ratunkowe zostały podjęte dopiero po samoistnym obumarciu płodu, ale dla pacjentki było już za późno.

W związku z tym należy zwrócić uwagę na wydawałoby się oczywistą konstatację, iż przesłanki legalizujące przerwanie ciąży **dotyczą ciąży żywej** i niczego nie uzależniają od jej obumarcia. Ciąża obumarła nie

⁶⁰ M. Chrzczonowicz, *Kiedy wolno, a kiedy nie wolno ratować życia kobiety? Taka debata mnie mierzy*, OKO. Press, 6 listopada 2021.

⁶¹ Za zwrócenie uwagi na ten istotny szczegół dziękuję panu Mateuszowi Kozłowskiemu, podówczas studentowi WUM. Sprawa śmierci Agaty Lamczak była rozpoznawana przez ETPCz jako *Z przeciwko Polsce* (skarga nr 46132/08, wyrok z 13 listopada 2012 r.), jednak skarga matki została oddalona z braku dowodów; <https://trybunal.gov.pl/polskie-akcenty-w-orzecznictwie-miedzynarodowym/rada-europy-europejski-trybunal-praw-czlowieka/w-sprawach-polskich/art/8348-sprawa-z-przeciwko-polsce-skarga-nr-46132-08-wyrok-z-13-listopada-2012-r> [dostęp: 12.11.2021]. Zob. też opis tego przypadku: B. Namysłowska-Gabrysiak, *Błąd lekarski czy niepowodzenie w leczeniu?*, PiM 2005, nr 3.

będzie **przerywana** z tego prostego powodu, że wcześniej sama przestała się rozwijać⁶². Podejmowane czynności lekarskie będą zmierzać tylko do usunięcia jej skutków z organizmu kobiety. W sądownictwie wyrażono wprost pogląd: „Przerwanie ciąży obumarłej i związane z tym wyłęczekowanie jamy macicy kobiety nie realizuje znamion przestępstwa wynikającego z przepisu art. 152 k.k.”⁶³.

Jako ilustrację tezy o niewątpliwej legalności przerwania żywej ciąży dla ratowania kobiety można przywołać wyrok wydany w następującym stanie faktycznym. Pacjentka żądała zadośćuczynienia pieniężnego m.in. za błąd medyczny skutkujący utratą 19-tygodniowej ciąży, ale przegrała sprawę. Pogotowie przywiozło ją do szpitala z objawami drętwienia ręki i twarzy oraz stopniowej utraty kontaktu z otoczeniem. Zdiagnozowano zaburzenia świadomości na podłożu somatycznym, podejrzewano udar albo zapalenie opon mózgowo-rdzeniowych. (Później dopiero okazało się, że to była niedająca wcześniej objawów trombofilia). Już w szpitalu pacjentka straciła świadomość i w rezultacie nie pamiętała nic z tego, co się wydarzyło. W ciągu następnej doby przeprowadzono pilną diagnostykę neurologiczną i podano leki, których dobór do pewnego stopnia uwzględniał stan ciąży, natomiast nie diagnozowano pacjentki ginekologicznie. Na pierwszym miejscu postawiono wyprowadzenie jej z ostrego stanu neurologicznego. Głównym punktem sporu było to, że prosto z SOR przetransportowano ją na oddział psychiatryczny, a nie na ginekologię, ponieważ to oddział psychiatryczny dysponował odpowiednim wyposażeniem i zapleczem diagnostycznym, w tym do wykonania punkcji lędźwiowej. Stwierdzono m.in. zaburzenia krzepnięcia krwi. W drugiej dobie wykonano USG i z powodu zagrożenia życia pacjentki podjęto decyzję o ukończeniu ciąży przez cesarskie cięcie. W wyniku zabiegu wydobyto płód bez oznak życia, z cechami maceracji. Decyzję o cesarskim cięciu podjęto, bo u pacjentki nastąpił wzrost didimerów i chodziło o to,

⁶² E. Plebanek, *Przestępstwa aborcyjne – praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*, s. 39; R. Ku-biak, *Prawo medyczne...*, s. 442.

⁶³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 16 października 2008 r. (sygn. II AKa 255/08), *Kra-kowskie Zeszyty Sądowe* 1/2009, poz. 88.

aby nie mobilizować jeszcze bardziej układów wykrzepiania i nie doprowadzić do wykrzepiania uogólnionego. Sam akt porodu mógłby nasilić różnego rodzaju zmiany naczyniowe, bo wiąże się to z wysiłkiem oraz ze zmianami hemodynamicznymi. Wszystkim było pacjentki bardzo żal, ale postępowanie lekarzy zostało ocenione jako prawidłowe. Sama pacjentka była w tym stanie niezdolna do decydowania, a wymagała natychmiastowych czynności ratunkowych w sytuacji zagrożenia życia. Wykonano więc takie, które pozwoliły jej to życie uratować. **„W niniejszym przypadku ważniejsze było leczenie powódki niż obserwowanie, co się będzie działo z płodem”** – orzekł sąd⁶⁴.

Towarzyszący zagadnieniu przerywania ciąży zamęt pojęciowy: rysujące się wątpliwości przy rozróżnieniach między legalnym i leczniczym przerwaniem ciąży a karalnym „uszkodzeniem ciała dziecka poczętego” oraz obawa na zapas przed „spowodowaniem śmierci dziecka poczętego” (mimo że takiego czynu aktualnie nie przewiduje żadna ustawa) prowadzi u lekarzy do niezrozumienia praw przysługujących pacjentkom oraz obszaru własnego bezpieczeństwa prawnego. **Ten fragment rozważań wymaga zatem lapidarnego podsumowania w punktach:**

1. Interwencja medyczna w organizm kobiety ciężarnej konieczna dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego co najmniej jej zdrowiu, a tym bardziej życiu – stanowi działanie legalne i zgodne z prawem, nawet jeśli jej skutkiem ubocznym jest uszczerbek zdrowotny płodu.

2. Przerwaniem ciąży jest tylko działanie nakierowane na ten właśnie skutek, ale czynność liczy się za legalną, o ile ma na celu ochronę zdrowia (lub życia) kobiety przed poważnym zagrożeniem.

⁶⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 25 czerwca 2014 r., sygn. I Aca 1352/13 (Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych BIP).

3. Postawa bierna i wyczekująca lekarzy w okolicznościach zagrożenia zdrowotnego kobiety jest znacznie bardziej naganna (jako przestępcze zaniechanie) niż aktywna pomoc, której skutkiem ubocznym jest śmierć albo ciężki uszczerbek zdrowotny płodu. Prawodawca bardzo wyraźnie przesądził, że lekarz ratujący zagrożone zdrowie kobiety kosztem zdrowia albo życia płodu **nie popełnia przestępstwa**.

4. „Spowodowanie śmierci dziecka poczętego” nie stanowi osobno unormowanego przestępstwa, podlega więc ocenie tylko w kategoriach bądź przerwania ciąży (legalnego przy poważnym zagrożeniu życia lub zdrowia kobiety), bądź jako skutek uboczny interwencji leczniczej, która jest zgodna z prawem gdy służy ochronie zdrowia kobiety.

Zdolność płodu do samodzielnego życia a odpowiedzialność karna

Przywołane wcześniej standardy Konsultanta Krajowego w sprawie postępowania w razie przedwczesnego odpływania płynu owodniowego rekomendują, by w ciąży powyżej 22. tygodnia i przed ukończeniem 36. tygodnia dążyć do zwiększenia szans dziecka na przeżycie, **pod warunkiem braku wskazań do wcześniejszego, szybkiego, zakończenia ciąży**. Gdy odpływanie płynu owodniowego ma miejsce przed ukończeniem 22 6/7 tygodnia ciąży, niezbędne jest poinformowanie kobiety o ograniczonych szansach dziecka na przeżycie i jego prawidłowy rozwój. Postępowanie powinno zależeć od aktualnej sytuacji klinicznej, zaawansowania ciąży, decyzji pacjentki. Od 23 0/7 tygodnia ciąży **w przypadku braku zagrożenia dla życia i zdrowia matki** ciąża powinna być kontynuowana. Podobne rozróżnienie (choć schematy postępowania są różne) można znaleźć w opracowanych przez zespół ekspertów *Standardach postępowania w przypadkach choroby nowotworowej u kobiety w ciąży (Część IV. Nowotwory układu pokarmowego, rzadkie nowotwory)*⁶⁵.

Standardy te są zbieżne z rekomendacjami dotyczącymi podtrzymywania życia skrajnych wcześniaków (noworodków skrajnie niedojrzałych),

⁶⁵ „Ginekologia i Perinatologia Praktyczna” 2017, t. 2, nr 3, s. 120–138.

tj. urodzonych między 22. a 25. tygodniem ciąży. Granicę ich przeżywalności Światowa Organizacja Zdrowia ustaliła, ale **tylko dla potrzeb statystyki urodzeń**, na ukończone 22 tygodnie ciąży lub masę ciała 500 g⁶⁶. Z badań epidemiologicznych wynika jednak, że rzeczywista przeżywalność noworodków przy tak niewielkiej dojrzałości jest znikoma⁶⁷. Obecnie WHO przyjmuje, że o zdolności do życia (*viability*) można mówić wtedy, gdy dziecko ma 50% szans na przeżycie przy zastosowaniu interwencji z zakresu intensywnej opieki noworodkowej albo bez takiego wsparcia⁶⁸. Mimo ogromnego postępu technicznego **granica przeżycia większości urodzonych noworodków utrzymuje się na poziomie ukończonego 24. tygodnia ciąży**. W szczególności fizjologiczny rozwój płuc dający szanse na utrzymanie noworodka przy życiu następuje w 23.–24. tygodniu, z marginesem błędu pomiaru do 4 dni i 15% masy ciała. Poniżej strefy granicznej proponowana jest tylko opieka paliatywna. W Polsce dopiero wobec dzieci urodzonych w 24. tygodniu ciąży rekomendowane jest podejmowanie działań resuscytacyjnych, zaś dalsze postępowanie zależy od oceny stanu klinicznego noworodka, odpowiedzi na zabiegi resuscytacyjne, stanowiska rodziców i występujących czynników modyfikujących rokowanie⁶⁹. **Kryterium masy ciała (powyżej 500 g) i wieku ciążowego (22. tydzień) nie znajduje zatem potwierdzenia jako wyznacznik zdolności do przeżycia**. Sama WHO uznaje zresztą, że w chwili obecnej w większości krajów o wysokim dochodzie (do których zalicza się również Polska) – 50% szans na przeżycie mają wcześniaki

⁶⁶ M. Rutkowska et al., *Zasady postępowania w neonatologii przy podejmowaniu decyzji o objęciu opieką paliatywną uwzględniające rąge etyczne*, [w:] M.K. Borszewska-Kornacka, *Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce. Zalecenia Polskiego Towarzystwa Neonatologicznego*, Warszawa 2017, s. 18.

⁶⁷ *Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce. Zalecenia...*, s. 19.

⁶⁸ World Health Organization, *Born Too Soon: The Global Action Report on Preterm Birth*, Genewa 2012, http://www.who.int/pmnch/media/news/2012/201204_borntoosoon-report.pdf [dostęp: 12.11.2021], s. 18.

⁶⁹ M. Rutkowska et al., *Noworodek urodzony na granicy...*, pkt 5.2, tab. V i VI; M. Rutkowska, [w:] *Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce*, tab. I i II, s. 22, 23.

urodzone raczej ok. 24. tygodnia ciąży⁷⁰. Przyjęcia pewnej konwencji terminologicznej i danych wyjściowych dla celów statystycznych nie należy mylić z rzeczywistą zdolnością do przeżycia ocenianą głównie na podstawie stopnia rozwoju narządów wewnętrznych, dla których arytmetyka zaawansowania ciąży ma znaczenie tylko orientacyjne. Tendencję do absolutyzowania wartości liczbowych daje się zaobserwować zwłaszcza u prawników.

Mowa o tym dlatego, że w rozmaitych opracowaniach prawniczych pojawiają się nawet informacje, jakoby o zdolności płodu do przeżycia decydował 22. tydzień ciąży, co zdaniem autorów miałoby stanowić zasadniczą przeszkodę do przerwania ciąży w tym stadium zaawansowania. Jest to kolejny wymagający objaśnienia mit, tym razem prawny, który od dłuższego czasu wywołuje zdumioną ciekawość lekarzy, skąd też prawnicy wywiedli owo ograniczenie. Cofnijmy się zatem do pierwszego znanego wyroku sądowego, w którym padły konkretne dane. Był to głośny kazus, opisywany jako „sprawa łomżyńska”⁷¹:

Trafnie kasacja powodów zarzuca, iż ocena opinii biegłych dokonana w tym zakresie przez Sąd Apelacyjny jest dowolna i narusza art. 233 § 1 k.p.c. Sąd ten bowiem, oceniając **pięć** opinii instytutów naukowo-badawczych, nie dostrzegł występujących między nimi istotnych różnic, a nawet sprzeczności, w zasadniczej kwestii, czy możliwe było wykrycie przy pomocy badań USG wady płodu córki powodów w okresie, zanim uzyskał on zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki. Ocena tej okoliczności wymagała przede wszystkim ustalenia, kiedy płód uzyskuje zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki. **W tym zakresie wypowiedzieli się tylko biegli z Zakładu Genetyki Medycznej Centrum Zdrowia Dziecka, stwierdzając, że następuje to około 24 tygodnia ciąży, wobec czego przerwanie ciąży z tzw. przyczyn genetycznych dopuszczalne jest do 24 tygodnia ciąży.** Tymczasem Sąd Apelacyjny przyjął, że jest ono dopuszczalne jedynie do

⁷⁰ World Health Organization, *Born Too Soon...*, s. 18, 23. Szerzej zob. J. Różyńska, *Przerywanie ciąży*, [w:] *System Prawa Medycznego*, tom 1, cz. 2, s. 308–312.

⁷¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 13 maja 2005 r. (IV CK 161/05, OSP 6/2006 poz. 71).

20 tygodnia ciąży, powołując się na nieokreślone bliżej opinie biegłych, choć z żadnej opinii ten termin nie wynika⁷².

Trzeba jednak wziąć poprawkę na datę zdarzenia szkodzącego: ciąża i poród skarżącej miały miejsce w 1999 r., gdy wiedza perinatologiczna nie była tak zaawansowana jak obecnie, zaś przywołany wcześniej raport WHO *Born Too Soon* datuje się na rok 2012.

W kolejnej znanej sprawie tego rodzaju, z 2002 r. (gdy miało miejsce zdarzenie szkodzące czyli defektywna ciąża i poród upośledzonego dziecka), szpital odmówił przerwania ciąży w 23. tygodniu, a Sąd Najwyższy uznał zarzuty kasacji za spóźnione i uchylił się od zajęcia stanowiska w tej kwestii⁷³. Sprawa była rozpoznawana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka jako RR przeciwko Polsce⁷⁴. Wbrew propagowanemu

⁷² *Ibidem*, s. 332–333.

⁷³ „Wcześniej, bo w dniu 29 marca 2002 r., powódka zwróciła się z pisemną prośbą do pozwanego Szpitala w T. o wykonanie zabiegu przerwania ciąży ze względu na podejrzenie istnienia ciężkiej i nieodwracalnej wady genetycznej płodu. Odpowiedź odmowną wysłaną po miesiącu Szpital uzasadnił zbyt zaawansowanym stanem ciąży, stwierdzając, że ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (...) dopuszcza możliwość przerwania ciąży z przyczyn genetycznych tylko przed 23 tygodniem ciąży, a w tym czasie powódka była już w 23 tygodniu ciąży. (...) Sądy obu instancji (...) stwierdziły, że według standardów Światowej Organizacji Zdrowia przerwanie ciąży jest dopuszczalne tylko do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, tj. do 23 tygodnia ciąży, a w chwili konsultacji lekarskich w pozwanych Szpitalach powódka była w 23 i 24 tygodniu, kiedy zabieg był już niedopuszczalny, a zatem prawo powódki do podjęcia decyzji w przedmiocie żądania usunięcia ciąży nie mogło zostać naruszone. (...) Powódka w skardze kasacyjnej, kwestionując te oceny i zarzucając naruszenie art. 4a ust. 2 ustawy, powołała się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, co do czasokresu dopuszczalności przerwania ciąży z przyczyn genetycznych. Zarzut ten jednak jest nieuzasadniony, gdyż Sąd Najwyższy w powołanym wyroku ani w żadnym innym orzeczeniu nie określił, do którego tygodnia ciąży może nastąpić jej przerwanie z przyczyn genetycznych. Nie są to kwestie prawne, a więc nie podlegają wykładni i ocenie sądu. Zgodnie z art. 4a ust. 2 ustawy o planowaniu rodziny, przerwanie ciąży z przyczyn genetycznych jest dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, to zaś kiedy płód zdolność taką osiąga jest kwestią faktu ustalanego przez specjalistów w tej dziedzinie. Jeżeli zatem powódka kwestionowała ustalenie Sądów, że zdolność tę płód osiąga w 23 tygodniu ciąży, powinna zgłosić odpowiednie wnioski dowodowe. Kwestionowanie tego ustalenia w skardze kasacyjnej jest niedopuszczalne, tym bardziej przy braku zarzutów procesowych” (wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC 3/2008, poz. 48).

⁷⁴ Skarga nr 27617/04, wyrok z 26 maja 2011 r., tłum. polskie: <https://trybunal.gov.pl/polskie-akcenty-w-orzecznictwie-miedzynarodowym/rada-europy-europejski-trybunal-praw-czlowieka/w-sprawach->

w doktrynie twierdzeniu⁷⁵ Trybunał podkreślił, że „główną kwestią nie jest tu dostęp do aborcji, ale terminowy dostęp do medycznych świadczeń diagnostycznych, który pozwoliłby na określenie, czy w sytuacji skarżącej warunki legalnej aborcji zostały spełnione. Dlatego punktem wyjścia dla analizy Trybunału jest kwestia dostępu osoby do informacji na temat jej zdrowia”⁷⁶.

Trybunał zauważa, że charakter kwestii związanych z decyzją kobiety o przerwaniu ciąży jest taki, że decydujące znaczenie ma czynnik czasu. Obowiązujące procedury powinny zatem zapewniać podejmowanie decyzji w odpowiednim czasie. Trybunał jest zdania, że pomiędzy 18. tygodniem ciąży, kiedy pojawiły się pierwsze podejrzenia [wad płodu – przyp. aut.], a 22. tygodniem – etapem ciąży, w którym powszechnie przyjmuje się, że płód jest zdolny do przeżycia poza organizmem matki **i który jest uważany za termin dokonania legalnej aborcji** – było wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie badań genetycznych. Trybunał zauważa, że Sąd Najwyższy skrytykował zachowanie pracowników medycznych, którzy byli zaangażowani w sprawę skarżącej oraz zwłokę, jaką wykazali w podjęciu decyzji o wydaniu skarżącej skierowania na badania genetyczne. Taka krytyczna ocena ze strony najwyższego krajowego organu sądowego jest z pewnością, zdaniem Trybunału, istotna dla ogólnej oceny okoliczności sprawy⁷⁷.

-polskich/art/8289-sprawa-rr-przeciwko-polsce-skarga-nr-27617-04-wyrok-z-26-maja-2011-r [dostęp: 3.01.2022], wersja oryginalna <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-104911%22%5D%7D> [dostęp: 3.01.2020].

⁷⁵ Strona rządowa utrzymywała, że w rozstrzyganej sprawie dostęp do badań genetycznych był ściśle powiązany, a nawet tożsamy, z dostępem do aborcji (§ 112). Kwalifikacji wyroku do kategorii „zabieg aborcji oceniany przez pryzmat rzetelności państwa w zakresie stosowania obowiązującej regulacji prawnej dotyczącej tej kwestii” dokonała również B. Gronowska, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie R.R. Przeciwko Polsce z 26 maja 2011 r.*, „Palestra” 2011, nr 9–10, s. 127.

⁷⁶ Teza nr 62.

⁷⁷ Teza nr 203: „The Court observes that the nature of the issues involved in a woman’s decision to terminate a pregnancy is such that the time factor is of critical importance. The procedures in place should therefore ensure that such decisions are taken in good time. The Court is of the view that there was ample time between week 18 of the pregnancy, when the suspicions first arose, and week 22, the stage of pregnancy at **which it is generally accepted that the foetus is capable of surviving outside the mother’s body and regarded as time-limit for legal abortion**, to carry out genetic

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że polskie tłumaczenie odpowiedniego fragmentu tezy nr 203 wyroku ETPC brzmi nieco inaczej:

(69). Trybunał wyraża opinię, że było wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie badań genetycznych pomiędzy 18. tygodniem ciąży, kiedy zaistniało pierwsze podejrzenie, a 22. tygodniem, kiedy ogólnie przyjmuje się, że płód jest zdolny do przeżycia poza organizmem matki **oraz jest to limit czasowy dla legalnej aborcji**⁷⁸.

Trybunał nie dokonywał zatem rozstrzygnięcia, po którym tygodniu ciąży jej przerwanie jest niedopuszczalne ze względu na zdolność płodu do samodzielnego życia, tylko – czy skarżąca pacjentka miałaby na to dosyć czasu, gdyby postępowanie lekarzy było prawidłowe. Na temat 22. tygodnia ciąży ETPC wypowiedział się jedynie pośrednio: skonstatował, iż jest to etap ciąży „uważany” (*regarded*) – **przy czym nie wiadomo, przez kogo** – za termin dokonania legalnej aborcji.

Ta różnica wymaga podkreślenia, ponieważ doprowadziła do dalszych istotnych przekłamań. Przykładowo dostarcza fragment uzasadnienia wyroku w sprawie z 2014 r.:

W doktrynie podnosi się, że „Skuteczne wykonanie art. 4a u.p.r. dla przerwania ciąży w sytuacji dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu nakazuje zapewnienie ciężarnym kobietom dostępu do świadczeń diagnostycznych, które umożliwi-

testing. The Court notes that the Supreme Court criticised the conduct of the medical professionals who had been involved in the applicant's case and the procrastination shown in deciding whether to give the applicant a referral for genetic tests. Such a critical assessment on the part of the highest domestic judicial authority is certainly, in the Court's view, of relevance for the overall assessment of the circumstances of the case”.

⁷⁸ W oryginalnej wersji wyroku właściwa teza nr 69 dotyczy zagadnień wstępnych i brzmi inaczej, a numeracja wszystkich tez ma charakter ciągły (od 1 do 237). W tłumaczeniu polskim numeracja tez jest nieciągła, niekolejna i zupełnie pomieszana, w rezultacie czego są dwie tezy nr 69, przy czym ta właściwa dla naszych rozważań oryginalnie nosi numer 203.

łyby im potwierdzenie lub zaprzeczenie podejrzeniu, iż płód może być dotknięty wadami. Szybki dostęp do świadczeń z zakresu diagnostyki medycznej umożliwi odpowiedź na pytanie, czy zachodzą warunki przeprowadzenia legalnego zabiegu przerwania ciąży. Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim wyroku wskazał, że 22. tydzień ciąży powszechnie przyjmuje się za graniczny termin przeprowadzenia legalnego zabiegu przerwania ciąży. – D.K., Zabieg przerwania ciąży – przepisy prawne, e-LEX⁷⁹

Ta sekwencja pokazuje socjologiczno-prawne zjawisko sprzężenia zwrotnego, gdy opinia biegłych sprzed 20 lat i zniekształcenie w referowaniu standardów WHO wzięte łącznie prowadzą do przeinaczenia sensu aktualnych wskazań wiedzy medycznej. Rzutuje to negatywnie na praktykę wymiaru sprawiedliwości, który zamiast odwołać się do rzetelnej i zaktualizowanej wiedzy fachowej, zapętla się w eksploatowaniu poglądów prawniczych zaczerpniętych z internetowego komentarza wątpliwego autoramentu. Ten zaś z kolei bazuje – jak wolno wnioskować – na wypaczonym i oderwanym od kontekstu całości tłumaczeniu wymyka wyroku strasburskiego.

W jednym tylko wyroku przywołana została aprobowano opinia biegłego dystansująca się od czystej arytmetyki:

U dziecka urodzonego przez M.T. stwierdzono obecność ciężkiej wady wrodzonej w postaci wodogłowia i rozszczepu kręgosłupa, **co w istotny sposób zmniejszało szanse na przeżycie i to nie tylko w sytuacji skrajnego wcześniactwa**. Zwłaszcza wady wymagające wczesnej interwencji chirurgicznej po urodzeniu zwiększały ryzyko zgonu. Zdaniem biegłego – można stwierdzić z bardzo dużym prawdopodobieństwem, graniczącym z pewnością, że urodzenie się tego dziecka w 23–24 tygodniu ciąży zakończyłoby się jego śmiercią w pierwszych tygodniach po przyjściu na świat.

⁷⁹ Sąd Okręgowy w Poznaniu, wyrok z 23 czerwca 2017 r., sygn. XVIII C 813/15, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

Podsumowując biegły stwierdził, że w tym przypadku szanse na przeżycie dziecka poza organizmem matki były bardzo istotnie zależne od czasu trwania ciąży. **W 23–25 tygodniu ciąży były one bliskie zeru**⁸⁰.

Powyższy wywód miał na celu jedynie wyjaśnienie nieporozumień narosłych na tle kryterium **zdolności płodu do samodzielnego życia, które jednak – powtórzmy – nie znajduje zastosowania limitującego leczenia przerwanie ciąży**. Ograniczało ono jedynie przerwanie ciąży z przyczyn embriopatologicznych, więc utraciło rację wraz z uchyleciem dopuszczalności przerwania ciąży z tego powodu. Nie może zatem w żaden sposób rzutować na sposób stosowania przesłanki leczniczej.

Zdolność płodu do samodzielnego życia poza organizmem kobiety sprawia tylko, że zaostrzona jest kara za **niedopuszczalne** przerwanie ciąży (art. 152 § 3 k.k. – z naruszeniem przepisów ustawy, a za zgodą kobiety) oraz za przerwanie ciąży przemocą (art. 153 § 2). **Nie stanowi natomiast przeszkody dla przerwania ciąży w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia kobiety**.

W nauce prawa podnosi się jednak, że przerwanie zaawansowanej ciąży może być samo w sobie niebezpieczne dla kobiety, należy więc wyważyć ryzyko wykonania z ryzykiem zaniechania.

Gdy zaś płód osiągnął już zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki, warte rozważenia jest przerwanie ciąży taką metodą, która umożliwi uratowanie także jego⁸¹, np. poprzez indukowanie wcześniejszego porodu lub wykonanie cesarskiego cięcia. Ratowanie zdrowia pacjentki stoi jednak cały czas na pierwszym miejscu, dlatego technika zabiegowa powinna mieć na celu przede wszystkim ochronę zdrowia kobiety. **W żadnym razie nie upoważnia to do postaw wyczekujących, aż akcja porodowa rozpocznie się spontanicznie albo aż płód samoistnie obumrze**.

⁸⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12 maja 2015 r. (I ACa 204/15 (POSP)).

⁸¹ R. Kubiak, *Prawo medyczne...*, s. 435.

W tym samym komentarzu A. Zolla do kodeksu karnego, w którym legalne przerwanie ciąży zostało uznane za czyn jedynie niekaralny, można wszakże znaleźć tezę, jakoby brak było podstaw prawnych do leczniczego przerwania ciąży kosztem życia płodu, który osiągnął już zdolność do samodzielnego życia⁸². Jest to jednak zapatrywanie zupełnie gołosłowne; nie zostało poparte żadnym argumentem, bo też takie nie istnieją.

W taki właśnie sposób powstają nadużycia intelektualne zalegające u podstaw mitów prawnych na użytek zdeorientowanych lekarzy: jeden tendencyjny komentarz podawany z ust do ust zatacza coraz szersze kręgi, by zniekształcając sens unormowania prawnego, uczynić je swoim własnym przeciwieństwem. Nie po to przecież prawo *explicite* pozwoliło ratować życie lub zdrowie kobiety **bez** oglądania się na stan płodu ani na stan zaawansowania ciąży, żeby sens tej regulacji mógł być podważany z użyciem ograniczenia odnoszącego się do **zupełnie innej** przesłanki (embriopatologicznej) do niedawna legalizującej przerwanie ciąży. Ten mechanizm manipulowania wykładnią prowadzi do zacierania różnic między poszczególnymi, rozłącznymi przesłankami legalizującymi. W chwili obecnej – powtórzmy – przesłanka embriopatologiczna została uchylona **razem** z limitującym ją kryterium zdolności płodu do samodzielnego życia poza organizmem matki, tym bardziej więc bezpodstawne byłoby wprowadzanie jej tylnymi drzwiami.

Czy stwierdzone wady płodu wykluczają legalne przerwanie ciąży

Na tle legalnego przerwania ciąży w celu leczniczym wymaga wyjaśnienia także kwestia stwierdzonych wad płodu. Jak wiadomo, samodzielna przesłanka embriopatologiczna dla przerwania ciąży została uznana przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z konstytucją i w całości utraciła moc. Niemniej wiadomo z wiedzy medycznej, że w pewnych okolicznościach zły stan zdrowia płodu odbija się na zdrowiu kobiety: powoduje konkretne dolegliwości somatyczne, wymaga wcześniejszego rozwiązania

⁸² A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, Kraków 1999, s. 257.

cięży (jak przy niektórych wadach serca czy wadach genetycznych) albo wykonania planowego cesarskiego cięcia (np. przy wodogłowi lub gdy bliźnięta okazały się zrośnięte). Może też wywołać zakażenie.

„Jest jeszcze jeden wymiar tej sytuacji. Tam było podejrzenie zespołu Downa. Gdyby dziecko było zdrowe, lekarzom paradoksalnie byłoby łatwiej podjąć decyzję o zakończeniu ciąży. Bo byłoby jasne, że chodzi o zagrożenie życia lub zdrowia matki. A tak mogli się obawiać, że ktoś stwierdzi: halo, halo, a może nie było zagrożenia, tylko przerwaliście ciążę z zespołem Downa? Do tego na dyżurze, bez świadków”⁸³.

W ten sposób dochodzi do mylącego pomieszania legalnej przesłanki leczniczej przerwania ciąży ze zdelegalizowaną przesłanką embriopatologiczną. Uchylenie tej drugiej przez Trybunał Konstytucyjny i towarzysząca mu jeszcze przed opublikowaniem rozstrzygnięcia nagonka na lekarzy (która przybrała też postać zorganizowanych działań nadgorliwych prokuratorów skierowanych wobec szpitala w Białymstoku⁸⁴), tak mocno odcisnęły się najwyraźniej w świadomości lekarzy, że – jeśli prof. Marzena Dębska rozumuje słusznie – będą nakładać ją na każdy przypadek ciąży zagrażającej i w ten sposób ograniczać stosowanie przesłanki leczniczej.

Wada wrodzona płodu w żadnym razie nie stanowi przeszkody dla przerwania ciąży dla ochrony zdrowia kobiety. Wprowadzenie zakazu przerywania ciąży z przyczyn embriopatologicznych nie oznacza, że nie wolno takiej ciąży przerwać nigdy. Wręcz przeciwnie: **zagrożenie zdrowia lub życia kobiety stanowi przesłankę samodzielną i niezależną** od jakichkolwiek innych czynników. Brzmienie ustawy jest jednoznaczne: odrębny od siebie charakter mają nie tylko pomieszczone w jednym przepisie ustawy przesłanki zagrożenia zdrowia lub zagrożenia życia kobiety ciężarnej: rozłączne są – a raczej były – unormowane

⁸³ J. Podgórska, *Misja zagrożona dożywociem. Rozmowa z prof. Marzeną Dębską, położniczką i ginekologką*, „Polityka” 47/2021 (17–21.11.2021), s. 33.

⁸⁴ Chodzi o pozbawione podstaw prawnych żądania białostockiej prokuratury odnośnie do udostępnienia dokumentacji szpitalnej pacjentek zgłaszających się na przerwanie ciąży: <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/zaostrenie-prawa-aborcyjnego-w-polsce-prokuratura-okregowa,506347.html> [dostęp: 19.11.2021].

w osobnych punktach przesłanki lecznicza i embriopatologiczna. Tym bardziej więc nie mogą się one ze sobą mieszać ani na siebie nakładać, gdy jedna z nich przestała obowiązywać.

Może też być tak – i są to odnotowane fakty – że prenatalna wiedza o ciężkich uszkodzeniach płodu negatywnie rzutuje na zdrowie psychiczne kobiety, aż po tendencje samobójcze.

Problem ten miał mniejsze znaczenie w okresie, gdy przerwanie takiej ciąży było dopuszczalne z powołaniem się na podejrzenie ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Zdarzało się jednak, że z powodu zawinionych najczęściej uchybień w diagnostyce prenatalnej pacjentka dowiadywała się o wadach płodu zbyt późno, by móc podjąć jakiejkolwiek decyzje: czy o przerwaniu ciąży, czy o zabiegach prenatalnych, dzięki którym dziecko mogłoby przyjść na świat z mniejszymi niepełnosprawnościami. Wówczas w uzasadnieniach wyroków odszkodowawczych pojawiały się informacje o psychicznej traumie, jaką kobieta to przypłaciła:

Matka dziecka w okresie od 28 października do 27 listopada 2009 r. przebywała na leczeniu w Szpitalu (...) w S. z powodu pogorszenia jej stanu psychicznego – myśli i tendencji samobójczych, obniżonego nastroju wywołanego stanem zdrowia umierającego dziecka, zaś w okresie od 23 grudnia 2009 r. do 26 stycznia 2010 r. była hospitalizowana po próbie samobójczej, którą tłumaczyła reakcją na śmierć syna (...) Oboje zresztą rodzice bardzo cierpieli z powodu śmierci syna, zwłaszcza że oczekiwali narodzin zdrowego dziecka, a po jego urodzeniu żyli ze świadomością, że po kilku miesiącach cierpienia ono umrze⁸⁵.

⁸⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 24 kwietnia 2013 r. (I ACa 787/12, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych Biura Informacji Publicznej). Syn powodów, podobnie jak pierwsze dziecko, przyszedł na świat z wadą letalną znaną jako choroba Krabego. Powództwo odszkodowawcze zostało oddalone, ponieważ błąd w diagnostyce prenatalnej okazał się niezawiniony.

U dziecka rozpoznano chorobę Krabego, spastyczny niedowład cztero kończynowy, regresję rozwoju psychoruchowego, padaczkę objawową, obustronne zapalenie ucha środkowego, rozszczep wargi górnej, podniebienia twardego i miękkiego oraz refluks żołądkowo-przelykowy. Zalecono karmienie sondą oraz objęcie opieką hospicjum. Choroba Krabego jest chorobą genetyczną, metaboliczną, uniemożliwiającą w aktualnym stanie medycznym powrót do zdrowia. Łączy się z dużym cierpieniem, a ból jest łagodzony silnymi lekami⁸⁶.

Inny przykład:

Powódka dowiadując się dopiero w dniu 7 lutego 2013 r. w czasie badania usg przeprowadzonego w (...) w O. o przepuklinie odcinka lędźwiowo-krzyżowego płodu, doznała silnego wstrząsu. Dowodem tego jest już to, że jak wynika z dokumentacji medycznej, badania nie dokończono ze względu na stan emocjonalny pacjentki. Powódka po uzyskaniu tej wiadomości nie wiedziała co ze sobą zrobić, gdyż niemal do samego końca ciąży była przekonana, że dziecko będzie zdrowe. Po wyjściu ze szpitala korzystała z pomocy psychologa i psychiatry (...). Powódka nadal korzysta z pomocy tychże specjalistów (...). Po uzyskaniu wiadomości o wadzie rozwojowej dziecka stała się płaczliwa, zestresowana (...). Czuje się winna za zaistniały stan rzeczy, jest przekonana, że mogłaby dziecku pomóc, gdyby dowiedziała się wcześniej o wadzie (...). Cierpienia powódki będące efektem naruszenia jej praw jako pacjenta należy ocenić zatem jako znaczne. Co istotne, cierpienia te mają charakter ciągły, rzutują na funkcjonowanie powódki, która każdego dnia opiekując się małoletnim A.R. i dostrzegając jego poważne cierpienia, w tym ból fizyczny, ma poczucie głębokiego żalu, że nie miała szansy uczynić wszystkiego, co tylko było możliwe, aby zminima-

⁸⁶ Tamże.

lizować skutki wady rozwojowej dziecka i tym samym pozytywnie wpłynąć na jakość jego życia⁸⁷.

I jeszcze jeden:

Powódka w chwili powzięcia wiadomości o stwierdzeniu wodogłowa u płodu doznała wstrząsu psychicznego. Doszło u niej do istotnego pogorszenia się stanu zdrowia z powodu powstania, rozwoju oraz utrwalenia się objawów przewlekłego zespołu depresyjnego, w związku z czym doznała 10% uszczerbku na zdrowiu. Stwierdzono u niej objawy stresu pourazowego. Ponadto biegli wskazali, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że powódka w przyszłości będzie wymagała pomocy psychologicznej oraz okresowo psychiatrycznej. Wskazać należy nadto, że po urodzeniu kalekiego dziecka M.R. przez kilka miesięcy korzystała z pomocy psychologicznej oraz psychiatrycznej. Mimo upływu znacznego okresu czasu nadal przeżywa na nowo sytuację urazową w natrętnych wspomnieniach, cechuje ją podwyższony poziom lęku, miewa objawy depresyjne, myśli rezygnacyjne i samobójcze, które mają istotny wpływ na jej codzienne funkcjonowanie⁸⁸.

Z obserwacji orzecznictwa w tego rodzaju sprawach wynika, że narodziny dziecka z wadami pociągają za sobą poważne dolegliwości psychiczne u matki, doznana trauma wymaga długotrwałej opieki psychologicznej i psychiatrycznej, a niezależnie od tego ma charakter ciągły.

Przed wszystkim więc nie należy bagatelizować ani tym bardziej odnosić się lekceważąco do dolegliwości psychicznych u ciężarnych i zbywać ich skierowaniem na psychoterapię ani tym bardziej na przymusową obserwację psychiatryczną.

⁸⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 19 lutego 2018 r. (I ACa 379/16, POSP BIP).

⁸⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 31 maja 2017 r. (I ACa 1059/16, POSP BIP).

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na kolejne zniekształcenie informacyjne, tym razem zawarte w rozesłanym do dyrektorów szpitali kłamliwym memorandum, pod którym podpisała się organizacja o nazwie Ordo Iuris. Jest w nim powiedziane, jakoby „użyte w przepisach pojęcia «zagrożenie» i «niebezpieczeństwo» wyraźnie wskazują, że sytuacje te nie obejmują dolegliwości zdrowotnych o charakterze psychicznym (np. depresja)”⁸⁹. Z braku innego uzasadnienia powołano się tam na cytowaną w niniejszym opracowaniu opinię prawną E. Zielińskiej⁹⁰. **Przekłamanie polega jednak na tym, że opinia E. Zielińskiej nie zawiera żadnych odniesień do kwestii zdrowia psychicznego.** Tego rodzaju nadużycia intelektualne obliczone zostały na premedytowane zdeorientowanie lekarzy w sprawie obowiązującego prawa. Obiegowo określa się je jako „pobożne kłamstwa”. To przywołane, jak na ironię nosi tytuł „Walka z dezinformacją na temat wyroku TK”.

Na efekty nie trzeba było długo czekać. Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ten sam, który rok wcześniej padł ofiarą indagacji ze strony prokuratury, odmówił przerwania ciąży ze wskazań psychiatrycznych kobiecie, u której zdiagnozowano wadę letalną płodu (akranie, czyli beczczaszkowie), mimo że pacjentka legitymowała się na zapas nawet dwoma zaświadczeniami od psychiatrów. Odmowę motywował przywołaną wyżej opinią Ordo Iuris, z której wynika, jakoby depresja nie stanowiła zagrożenia dla zdrowia. Jest to więc żywy przykład działania kłamliwej propagandy. Oprócz owej opinii dyrekcja szpitala powoływała się na uchylone już przepisy kodeksu karnego, co dobitnie pokazuje poziom dezorientacji w obowiązującym prawie. Szpital wydał oświadczenie, w którym zaznaczył, że lekarze boją się podejmować decyzje o terminacji ciąży ze względu na różne interpretacje nowelizowanego prawa aborcyjnego⁹¹:

⁸⁹ <https://ordoiuris.pl/ochrona-zycia/memorandum-ws-obowiazku-stosowania-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego-z-22-pazdziernika> [dostęp: 15.11.2021].

⁹⁰ E. Zielińska, *Uwagi odnośnie do założeń wniosku do TK*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nieb%C4%99dzie-wniosku-do-tk-ws-ustawy-antyaborcyjnej> [dostęp: 8.11.2021].

⁹¹ <https://wiadomosci.onet.pl/bialystok/bialystok-na-podstawie-opinii-ordo-iuris-szpital-odmowil-aborcji-ciezarnej/3dl95jw> [dostęp: 12.12.2021].

„Lekarze boją się, że odpowiedzialność karna uzależniona będzie od subiektywnej oceny prokuratora, biegłych sądowych i sądów. Niejasne prawo i brak wytycznych to olbrzymi problem dla lekarzy, ale także dla kobiet w ciąży, które i tak stoją przed dramatycznymi wyborami”⁹².

Należy mieć nadzieję, że nie dadzą się zmylić przynajmniej lekarze psychiatrzy, choć już wiadomo, że niektórzy wzbraniają się przed wystawianiem odpowiednich zaświadczeń. Warto jednak przypomnieć, że po ich stronie jest aktualna wiedza medyczna, której nie da się zakłamać ideologią. Dlatego jeszcze raz podkreślam, że **poświadczenie prawdy** psychiatrycznej, i to dokonane przecież przez innego lekarza niż przerywający ciążę, nie będzie wiązać się z groźbą jakiejkolwiek odpowiedzialności. Diagnoza lekarska może zostać skutecznie podważona tylko przez innego lekarza tej samej specjalności, a nawet gdyby okazała się błędna – zwłaszcza w psychiatrii ewentualne zawinienie diagnostyczne będzie niezwykle trudno uchwytne⁹³. Natomiast agresję, jak pokazuje praktyka, i tak ściągają na siebie ci lekarze, którzy wydali niepopularne orzeczenie – np. specjaliści medycyny sądowej, gdy orzekną o niezdolności zdrowotnej oskarżonego do udziału w czynnościach procesowych. Podważanie opinii biegłych jest także na porządku dziennym spraw sądowych, ale rzetelna ekspertyza broni się sama.

Przy tej okazji godzi się sprostować jeszcze jeden mit prawny: **ile** opinii specjalistów jest wymaganych do legalnego przerwania ciąży. Dla przypomnienia: ustawa o planowaniu rodziny w art. 4a ust. 5 oraz przywoływane wcześniej w tym tekście rozporządzenie wykonawcze **operują liczbą pojedynczą**⁹⁴. Inną kwestią jest skonsultowanie się dla pewności i własnego bezpieczeństwa prawnego z drugim ginekologiem, zupełnie inną zaś – wymaganie od pacjentki przedłożenia dwóch opinii specjalistycznych. Konsylium zawsze bywa przydatne w sytuacjach wątpliwych,

⁹² <https://www.rp.pl/ochrona-zdrowia/art19170571-szpital-odmowil-aborcji-lekarze-obawiaja-sie-odpowiedzialnosci-karnej> [dostęp: 7.12.2021].

⁹³ Na temat wskazań psychiatrycznych i pojęcia zdrowia psychicznego zob. uwagi R. Kubiaka, *Prawo medyczne* wyd. 4, s. 435.

⁹⁴ M. Boratynska, *O łamaniu przepisów dopuszczających przerywanie ciąży*, PiM 2008, nr 2, s. 93.

ale mnożenie wymogów formalnych ponad ustawową miarę, nawet jeśli dokonywane w dobrej wierze, jest niezgodne z prawem i szkodzi dobrom prawnym pacjenta. Przekonują o tym wyroki sądowe oraz rozpowszechniona praktyka takiego postępowania, systematycznie odnotowywana przez organizacje kobiece⁹⁵.

Ratowanie zdrowia psychicznego kobiety zagrożonego przez świadomość, iż urodzi ciężko i nieuleczalnie chore, a przez to cierpiące dziecko i z tą świadomością przyjdzie jej żyć, będzie musiało polegać na przerwaniu ciąży na takim etapie, żeby do traumatyzującego zdarzenia nie doszło. Taki wniosek wynika z wykładni funkcjonalnej podstaw do przerwania ciąży przy (poważnym) zagrożeniu dla zdrowia psychicznego kobiety.

Podsumowanie

Należy w pełni podzielić obiegową opinię, że „chory” jest system, w którym lekarz musi wybierać między dobrem zdrowotnym potrzebującego pacjenta ubiegającego się o pomoc medyczną a własnym bezpieczeństwem prawnym. Dokonanie przez lekarza niewłaściwego wyboru między jednym strachem a drugim pociąga za sobą śmiertelne skutki. Uleganie manipulacji i podporządkowywanie się tendencyjnym memorandum gremiów w rodzaju *Ordo Iuris* do tego właśnie prowadzi. Tyle tylko, że to nie *Ordo Iuris* zajmuje się ratowaniem zdrowia i życia, więc w kluczowym momencie odcina się, podobnie zresztą jak rządzący, od jakiejkolwiek odpowiedzialności za obecny stan rzeczy. Cała odpowiedzialność

⁹⁵ Orzeczenie Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie z 28 kwietnia 2005 r., sygn. OSL-3/05, szczegółowe omówienie: M. Boratyńska, *Wolny wybór...*, s. 596–599. „Przekonanie obwinionego, jakoby lekarzy stwierdzających okoliczności legalizujące przerwanie ciąży powinno być dwóch, da się wyjaśnić tylko zupełną ignorancją stanu prawnego” – skonstatował OSL. Motyw dwóch orzeczeń lekarskich pojawił się w również w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce*, zniekształcenie powielił jednak sam Trybunał (!). Nie miało ono znaczenia dla rozstrzygnięcia, pokazuje tylko, jakie reperkusje może mieć przeważająca nieprawidłowa praktyka. Z mnożeniem przeszkód biurokratycznych zderzyły się też skarżące w innej sprawie ETPC – *P i S przeciwko Polsce* (skarga nr 57375/08), <https://www.gov.pl/web/zdrowie/tlumaczenie-wyroku-w-sprawie-p-i-s-przeciwko-polsce-skarga-nr-57375/08> [dostęp: 15.11.2021]. Prowadzi to do wniosku o rozpowszechnionej praktyce biurokratycznego zniechęcania pacjentek.

prawną spadnie na lekarzy, bo to oni są na pierwszej linii i ich postawa zawodowa ma kluczowe znaczenie dla oceny poszczególnych przypadków klinicznych. Przerwanie ciąży obrosło mitami i przekłamaniami umiejętnie sterowanymi przez fundamentalistów. Nie zwalnia to jednak od myślenia tych, których powołaniem zawodowym jest leczenie chorych i niesienie ulgi w cierpieniu. Oczywiście podstawowym warunkiem normalizacji stosunków jest zniesienie karalności lekarzy za przerwanie ciąży i do tego powinni dążyć wszyscy ludzie dobrej woli. Obecnie panująca psychoza strachu szkodzi i lekarzom, i pacjentkom, i reszcie społeczeństwa, za wyjątkiem fanatycznych obrońców „życia poczętego” za wszelką cenę. Dla osiągnięcia celów ideologicznych, z którymi utożsamia się tylko wąska grupa, odbywa się antagonizowanie lekarzy i pacjentów. Konsekwencją są jak widać ofiary śmiertelne⁹⁶.

Wbrew temu, co usiłuje się twierdzić, wiadomo, na czym polega zagrożenie dla zdrowia lub życia, i nieprawdą jest, że wolno reagować tylko przy niebezpieczeństwie bezpośrednim albo – co gorsza – przy krytycznym zagrożeniu życia. Powoływanie się na hipotetyczne nadużycia polegające na wykorzystywaniu błahych powodów to czysta teoria pozbawiona podstaw faktycznych. Praktyka pokazuje, że jest zupełnie inaczej: uzyskanie zaświadczenia lekarskiego do przerwania ciąży jest tak trudne, że graniczy z niepodobieństwem.

1. Poważne zagrożenie zdrowia kobiety wystarczy, by całkowicie legalne było uwolnienie jej od ciąży.

2. Zagrożenie to powinno być z samej swej istoty rozpatrywane *ex ante*, a nie *ex post*. Inaczej mówiąc: prawidłowość oceny lekarskiej nie zależy od tego, czy zagrożenie rzeczywiście się ziściło – wystarczy realna obawa, że tak będzie. Przy każdym zagrożeniu zdrowotnym wymagane jest myślenie perspektywiczne. Na tym właśnie opiera się profilaktyka medyczna.

3. Nie trzeba czekać na stan bezpośredniego zagrożenia dla życia. Bezpośrednie zagrożenie życia ma tylko to znaczenie, że wówczas do

⁹⁶ Liczba mnoga jest uzasadniona relacją prasową *Ania miała urodzić martwe dziecko* (A. Dobkiewicz, „Gazeta Wyborcza” 8.11.2021, s. 6).

przerwania ciąży upoważniony jest ten sam lekarz, który je stwierdził. Ponadto, jeśli nie starcza czasu na jazdę do szpitala, wolno przyjąć, że wykonanie zabiegu w warunkach ambulatoryjnych kwalifikuje się jako usprawiedliwione przez stan wyższej konieczności. Liczy się porównanie ryzyka dla życia związanego ze zwłoką w wykonaniu zabiegu – z ryzykiem, jakie niesie ze sobą przeprowadzenie go poza szpitalem.

4. Wobec tego absolutnie niedopuszczalne jest czekanie z leczniczym przerwaniem ciąży do przedostatniego momentu. Z punktu widzenia prawa nie ma takiego wymagania, a beczynność pociąga za sobą narażenie pacjentki na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego rozstroju zdrowia i stanowi czyn karalny zarówno w warunkach umyślności, jak nieumyślności. Takie niepotrzebne wyczekiwanie uchybia także lekarskim powinnościom zawodowym z art. 30 u.z.l. – tzn. obowiązki udzielenia pomocy lekarskiej, gdy każda zwłoka mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.

5. W sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia każdy pacjent ma prawo do natychmiastowej pomocy lekarskiej.

6. W razie zagrożenia zdrowia albo niebezpośredniego zagrożenia życia kobiety do przerwania ciąży potrzebne jest uzyskanie odpowiedniego zaświadczenia od innego lekarza (internisty, onkologa, okulisty, endokrynologa, kardiologa, psychiatry, innego ginekologa). Ten inny lekarz nie ryzykuje absolutnie niczym, chyba żeby umyślnie poświadczył nieprawdę (art. 271 k.k.).

7. Wiek ciąży jest co do zasady bez znaczenia. Przeszkoda w postaci zdolności płodu do samodzielnego życia poza organizmem matki zawsze dotyczyła tylko przesłanki embriopatologicznej i razem z nią utraciła moc, ponieważ stała się bezprzedmiotowa.

8. Przerwanie żywej ciąży jest dostatecznie usprawiedliwione zagrożeniem zdrowia kobiety, w tym również zdrowia psychicznego. Ustawa nie rozróżnia zdrowia somatycznego i zdrowia psychicznego, tylko operuje ogólnym pojęciem zdrowia.

9. Stan płodu może poważnie rzutować na stan zdrowia kobiety, w tym również na jej stan psychiczny. Dlatego jak najbardziej dopuszczalne jest

przerwanie ciąży ze wskazań psychiatrycznych. Wskazania psychiatryczne po stronie kobiety mogą być konsekwencją wiedzy o wadach wrodzonych płodu. Nie usprawiedliwia to jednak po stronie lekarza zatajania należytej informacji ani tamowania do niej dostępu przez odmowę wystawienia skierowania na badanie. Wręcz przeciwnie – i są na to wyroki sądowe; strasburskie też.

10. Zdolność płodu do samodzielnego życia poza organizmem matki nie stanowi przeszkody dla przerwania ciąży w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia kobiety. Powoduje tylko zaostrenie odpowiedzialności za **niedopuszczalne** przerwanie ciąży – czyli gdy odbywa się to wbrew woli kobiety (art. 153 k.k.) albo gdy do przerwania ciąży doszło z naruszeniem przepisów ustawy o planowaniu rodziny (art. 152 k.k.) – która w obecnym okrojonym kształcie w ogóle nie odwołuje się do przesłanki zdolności płodu do samodzielnego życia .

11. Sama kobieta jest wyłączona spod regulacji karnej: w jej wykonaniu przerwanie własnej ciąży nie jest przestępstwem, więc i nie podlega karze. Wobec tego lekarz, który przyjmuje pacjentkę w stanie po przyjęciu środków poronnych, nie ma ani obowiązku, ani prawa jej denuncjować. Obowiązuje go tajemnica lekarska na zasadach ogólnych, a dochowanie jej nie stanowi ukrywania przestępstwa. Zawiadamianie policji w takich okolicznościach jest nadgorliwością bez oparcia w przepisach, nie mówiąc o kardynalnej niełojalności wobec pacjentki i rażącym złamaniu tajemnicy lekarskiej.

12. Usunięcie skutków ciąży obumarłej nie kwalifikuje się jako przerwanie, więc w ogóle nie podlega ocenie w tych kategoriach. Powinno być przeprowadzone bez jakiegokolwiek zwłoki i w sposób jak najmniej dla pacjentki ryzykowny, przy uwzględnieniu jej uświadomionego wyboru co do metody.

13. Przy medycznych wskazaniach do natychmiastowej terminacji ciąży wyczekiwanie na samoistne rozpoczęcie akcji porodowej bądź na obumarcie ciąży jest niepotrzebnym oraz niedopuszczalnym narażaniem życia pacjentek i tak powinno być oceniane. To samo dotyczy sposobu wydalenia płodu już martwego.

14. W sprawie żyjącej kobiety ciężarnej, która dobrowolnie decyduje o przerwaniu ciąży, żadne osoby trzecie, w szczególności członkowie rodziny, nie mają prawa skargi sądowej. Pacjentką i ewentualną pokrzywdzoną jest tylko kobieta. Sytuacja zmienia się radykalnie dopiero w przypadku jej zainicjowanej przez lekarzy śmierci: roszczenia odszkodowawcze służą osobom najbliższym.⁹⁷

To tylko ignorancja prawa pogłębianą przez kłamliwą propagandę prowadzi do rażąco mylnych wniosków. W ten sposób fanatyczni tzw. obrońcy życia osiągają swój cel rękami lekarzy, otumanionych i wystraszonych do granic utraty władz umysłowych.

Bibliografia

- Boratyńska M., *O łamaniu przepisów dopuszczających przerywanie ciąży*, PiM 2008, nr 2.
- Boratyńska M., *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012.
- Jakiel G., Robak-Cholubek D., Tkaczuk-Wlach J., *Ciąża ektopowa*, „Przegląd Menopauzalny” 2006, nr 1.
- Kania A.M., *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży cz. II*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, Wrocław 2012.
- Kobieta, ciąża, zarodek...*, red. O. Sitarz et al. (monografia w przygotowaniu).
- Konarska-Wrzošek V., [w:] V. Konarska-Wrzošek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Kubiak R., *Prawo medyczne*, wyd. 3 (2017) i wyd. 4, Warszawa 2021.
- Michalski B., [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczegółowa, Komentarz*, t. 1, Warszawa 2004.
- Namysłowska-Gabrysiak B., *Błąd lekarski czy niepowodzenie w leczeniu?*, PiM 2005, nr 3.
- Plebanek E., *Przestępstwa aborcyjne – praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*, PiM 2011, nr 2.

⁹⁷ Art. 446 kodeksu cywilnego.

- Plebanek E., *Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, nr 4.
- Plich R., *Moralny dylemat dotyczący terminacji ciąży jajowodowych za pomocą salpingostomii lub metotreksatu. Zestawienie ważniejszych racji i argumentów początkowego etapu współczesnej debaty teologicznej*, „Teologia i Moralność” 2013, nr 2(14).
- Pniewska-Undrol K., Wydra D., Abacjew-Chmylko A., *Leczenie zachowawcze ciąży ectopowej*, „Ginekologia i Perinatologia Praktyczna” 2017, t. 2, nr 1.
- Położnictwo i ginekologia*, t. 1, red. nauk. G. Bręborowicz, wyd. 2015 i n.
- Różyńska J., *Przerywanie ciąży*, [w:] M. Boratyńska, P. Konieczniak, *System Prawa Medycznego*, tom 1, cz. 2, Warszawa 2019.
- Rutkowska M., *Noworodek skrajnie niedojrzały między życiem a śmiercią. Granice medycznej interwencji*, „Etyka” 2014, nr 49.
- Sitarz O., *Bezprawne przerywanie ciąży*, [w:] T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska (red.), *System Prawa Medycznego*, t. III, Warszawa 2021.
- Ślabuszevska-Jóźwiak A., Ciebiera M., Jakiel G., *Ciąża pozamaciczna – czy nadal jest to stan nagły?*, „Postępy Nauk Medycznych” 2014, t. 27, nr 8.
- Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce. Zalecenia Polskiego Towarzystwa Neonatologicznego*, red. M.K. Borszewska-Kornacka, Warszawa 2017.
- Standardy postępowania w przypadkach choroby nowotworowej u kobiety w ciąży (Część IV. Nowotwory układu pokarmowego, rzadkie nowotwory)*, „Ginekologia i Perinatologia Praktyczna” 2017, t. 2, nr 3.
- Szutowska K., *Odpowiedzialność za szkodę z tytułu wrongful conception i wrongful birth w świetle funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej w polskim prawie cywilnym – część II*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2008, nr 2.
- World Health Organization, *Born Too Soon: The Global Action Report on Preterm Birth*, Genewa 2012, http://www.who.int/pmnch/media/news/2012/201204_borntoosoon-report.pdf.
- Wróbel J., *W przypadku ciąży ectopowej, umiejscowionej w jajowodzie, czy wolno dokonać prewencyjnej interwencji chirurgicznej, a jeżeli tak, to jakiej?*, „Teologia Moralna” 2013, nr 1.
- Zielińska E., *Uwagi odnośnie do założeń wniosku do TK*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nie-b%C4%99dzie-wniosku-do-tk-ws-ustawy-antyaborcyjnej> (2008).
- Zoll A., [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz*, Kraków 1999.

A b s t r a c t

Access to legal abortion in Poland is an area which fanatics are gradually trying to narrow more and more, with the ultimate aim of achieving a total ban on abortion. The atmosphere of oppression created in this way has a negative impact on, among other things, pregnant women's access to healthcare. There is a growing fear among doctors of any more decisive medical intervention in their bodies, so as not to harm the developing foetus or expose them to criminal responsibility. This encourages the creation of distortions in the perception of the law in force and the spread of errors in its understanding. Among the various possible types of legal liability, doctors are most afraid of criminal law. Their legal awareness is mainly shaped by this prism, and fear is instilled already during medical studies. As a result, knowledge of the applicable law is superficial, one-sided, and tainted with biased 'instructions' of suspicious origin. This is how legal myths are created about the alleged inadmissibility of termination of pregnancy as long as the heart of the foetus is beating or about the obligation to denounce a patient who presents herself with complications after an unassisted termination of pregnancy. Media commentaries reproduce distortions in the interpretation of the law on termination of pregnancy, interspersed with complaints about the imprecise law, which does not provide physicians with sufficient legal security to save the health and life of pregnant patients. The study collects these distorted and falsified messages and compares them with the current law. The mechanism of errors is explained, distortions of interpretation are corrected and the lawful procedure is indicated. The work may be useful mainly in the practice of medicine and its aim is to clarify doubts and to help physicians get rid of false beliefs and unjustified fear of giving a woman the necessary medical assistance, but with possible harm to the fetus.