

Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 3/2020 (5)



PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

kwartalnik

Czasopismo recenzowane według wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Rada Programowa

Przewodniczący prof. dr hab. Mirosław Wielgoś

Medycyna

dr Marek Balicki, prof. dr hab. Zbigniew Czernicki, prof. dr hab. Jan Doroszewski, prof. dr hab. Barbara Górnicka, prof. dr hab. Marcin Gruchala, prof. dr hab. Paweł Krajewski, prof. dr hab. Marek Krawczyk, prof. dr hab. Tomasz Pasierski, prof. dr hab. Leszek Pączek, prof. dr hab. Robert 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-Fischer, 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

Redaktor językowy

Maciej Ganczar, mgr Marta Puścion

Dział promocji

dr Antonina Doroszevska, mgr Barbara Krzyżewska

Redaktor statystyczny

mgr inż. Krzysztof Krasuski

Sekretarz redakcji

mgr Wojciech Rożdżeński

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

Prof. dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska
Uniwerytet Śląski

Esej o szkodliwych i potrzebnych zmianach przepisów wyznaczających odpowiedzialność karną lekarza.....	5
---	----------

Dr Justyna Holocher
Dr Urszula Kosielińska-Grabowska
Uniwerytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie

Udoskonalanie człowieka. Uwagi na marginesie przypadku udoskonalonego lekarza.....	25
---	-----------

Mgr Marcin Ejsmont
Uniwerytet Medyczny w Białymstoku

Przywilej produkcyjny (SPC MW) i jego wpływ na interes społeczny w zakresie zdrowia publicznego.....	55
---	-----------

Mgr Marlena Drapalska-Grochowicz
Uniwerytet Śląski

O tym, jak ustawodawca ujmuje bliskie relacje w polskim prawie medycznym	73
---	-----------

Dr hab. Maria Boratyńska
Uniwerytet Warszawski
Warszawski Uniwerytet Medyczny

Kontraktowe i pozakontraktowe elementy opieki medycznej w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego	117
--	------------

ORZECZNICTWO

Dr Jan Ciechorski
Wyższa Szkoła Humanistyczna w Sosnowcu

Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. IV CSK 126/13.....	163
--	------------

Esej o szkodliwych i potrzebnych zmianach przepisów wyznaczających odpowiedzialność karną lekarza

W obecnym stanie wiedzy kryminologicznej truizmem jest stwierdzenie, że surowość represji, sama w sobie, nie oddziaływa powstrzymująco na potencjalnych naruszcycieli prawa. Dotyczy to zapobiegania wszelkim zamachom na dobra prawne, w tym czynom lekarzy przeciwko życiu i zdrowiu.

Zapobieganie przestępstwom wymaga różnorodnych mechanizmów. Skuteczność jest uzależniona m.in. od prawidłowości legislacji, kształtowania świadomości i kultury prawnej, sprawności wymiaru sprawiedliwości i przestrzegania przez jego organy zasady obiektywizmu i równości.

Mając powyższe na uwadze, trzeba krytycznie odnieść się do zmian k.k. poczynionych w art. 38 ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzeniu układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. 2020.1086). Zmiany te zasługują na ocenę krytyczną z wielu powodów.

Zwrócić należy uwagę zwłaszcza na dwie cechy. Po pierwsze, zmian kodeksu karnego dokonano w ustawie „zwykłej” poświęconej zupełnie innym zagadnieniom, w dodatku w szczególnym trybie. Zmiany czynione w k.k. mają wpływ na cały system prawa karnego (choćby ze względu na art. 116 k.k.¹), toteż powinny być przeprowadzane z rozwagą, przy dochowaniu wszelkich zasad wyznaczających proces legislacji. Dobrą tradycją

¹ Art. 116. Przepisy części ogólnej tego kodeksu stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie.

polskiego ustawodawcy było przeprowadzanie jego nowelizacji w ustawach dotyczących szeroko rozumianego prawa karnego, a nie niejako na marginesie innych regulacji. Omawiane zmiany ustanawiane były w trybie – po części usprawiedliwionym stanem zagrożenia epidemicznego – który zubożył badania, ustalenia i konsultacje czynione przed ich uchwaleniem. Tryb ten stanowił zaprzeczenie zasad, których powinno się przestrzegać przy dokonywaniu zmian k.k. (projekt autorstwa zespołu składającego się z wybitnych teoretyków i praktyków; szerokie konsultacje w środowisku akademickim i pośród osób stosujących to prawo, a więc sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i policjantów). Po wtóre, zmiany k.k. kreślone w tej ustawie dotyczą głównie części ogólnej k.k., a więc przepisów wpływających na kształt odpowiedzialności karnej – toteż ich wadliwość może powodować rozległe skutki uboczne, w tym w zakresie odpowiedzialności lekarzy za błędy medyczne i nieudzielenie pomocy, jako że podstawę ich odpowiedzialności karnej za takie czyny stanowią przepisy kreujące przestępstwa powszechne (mające jedynie odmiany o charakterze indywidualnym odnoszące się do gwarantów). Modyfikacje stanu prawnego dokonywane punktowo niosą w sobie ryzyko braku kompatybilności z całością kodeksu, dzieje się tak, zwłaszcza jeśli jest to ingerencja sprzeczna z jego aksjologią. Tak też się stało w tym przypadku, jako że twórcy k.k. wyprofilowali jego rozwiązania tak, by sędzia miał pełną możliwość dostosowania reakcji prawnokarnej do potrzeb konkretnego przypadku, podczas gdy opisywana zmiana (jak i wiele poprzednich) zmierza do ograniczenia możliwości w tym względzie i wymuszenia surowości represji.

W przywołanej wyżej ustawie zmianie uległ art. 37a § 1 k.k., który uprzednio miał następujące brzmienie:

„Jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4”.

W wyniku nowelizacji przepis ten ma taką postać:

„Jeżeli przestępstwo jest zagrożone tylko karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a wymierzona za nie kara pozbawienia wolności

nie byłaby surowsza od roku, sąd może zamiast tej kary orzec karę ograniczenia wolności nie niższą od 3 miesięcy albo grzywnę nie niższą od 100 stawek dziennych, jeżeli równocześnie orzeka środek kamy, środek kompensacyjny lub przepadek”.

Zmiana ta odnosi się do przepisów części ogólnej k.k. kształtujących odpowiedzialność karną w obszarze wymiaru kary. Oznacza zwiększenie surowości represji – obejmujące m.in. przestępstwa z art. 155 k.k., 156 § 2 k.k., 157 § 1 k.k., 160 § 1 i 2, 162 § 1 k.k.

Popelnienie zawinionego błędu medycznego oznacza realizację jednego z przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, a to sprawia, że sąd jest skłonny wymierzyć karę wyższą niż 1 rok pozbawienia wolności, przy czym – z uwagi na, najczęściej występujące, spełnienie przesłanek warunkowego zawieszenia wykonania kary (art. 69 k.k.) – dotychczas czynił to przy zastosowaniu tej instytucji². Było to możliwe do nowelizacji z 20 lutego 2015 r.³, jako że ustawa dozwalała na zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności do 2 lat (a nawet kary ograniczenia wolności i grzywny). W wyniku tej nowelizacji zawieszenie wykonania kary dotyczy tylko kary pozbawienia wolności i to w wymiarze do 1 roku.

Katalog kar, określony w art. 32 k.k., nie zna odrębnej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, ustawa operuje tylko rozróżnieniem kary pozbawienia wolności, kary 25 lat pozbawienia wolności i kary dożywotniego pozbawienia wolności. Zatem regulacja – w której warunkiem *sine qua non* zastosowania kary wolnościowej jest przewidywanie kary pozbawienia wolności nie wyższej niż 1 rok – powoduje w praktyce konieczność wymierzania lekarzom bezwzględnej kary pozbawienia wolności: sędzia rozważający ewentualność wymierzenia kary pozbawienia wolności w wymiarze większym niż 1 rok nie będzie mógł skorzystać z możliwości, jakie stwarza przepis art. 37a k.k., ani też nie będzie mógł orzec kary pozbawienia wolności z zawieszeniem

² Teza ta oparta jest na intuicji i publikowanych wyrokach skazujących, nie istnieją bowiem statystyki obrazujące wymiar kary za błąd medyczny.

³ Mowa o modyfikacji dokonanej w art. 1 pkt 33 lit. a ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015.396).

wykonania. Wielce problematyczne jest także zastosowanie warunkowego umorzenia postępowania z uwagi na określoną w art. 66 k.k. przesłankę dotyczącą stopnia społecznej szkodliwości. Ustawa wymaga, by nie był on znaczny, zaś w kryteriach wyznaczających ocenę jej stopnia eksponowane są głównie kryteria o charakterze przedmiotowym, pośród których niepoślednią rolę odgrywa rodzaj i charakter dobra prawnego oraz rozmiar wyrządzonej lub grożącej szkody (art. 115 § 2 k.k.). Z tej przyczyny najczęściej trudno sędziemu uznać, że stopień społecznej szkodliwości czynu godzącego w życie lub zdrowie człowieka nie jest znaczny.

Krótko mówiąc: stosunkowo szeroka paleta alternatyw w zakresie wymiaru kary dotyczy tylko przypadków, w których sędzia przewiduje orzeczenie kary pozbawienia wolności do 1 roku, ma bowiem do dyspozycji warianty wynikające z treści art. 37a k.k. oraz art. 69 k.k. Zatem w wyniku dwóch przywołanych nowelizacji doszło do naruszenia (i to w stopniu znacznym) aksjologii kodeksu karnego, cechującej się takim ukształtowaniem rozwiązań w zakresie wymiaru kary, by sędzia mógł – kierując się zasadami i dyrektywami wymiaru kary – wymierzyć, wedle swego uznania, karę co do rodzaju i wysokości pozwalającą na osiągnięcie celów kary, pośród których szczególne znaczenie ma brak powrotności do przestępstwa.

W tym stanie rzeczy powstaje obawa, że przy wyborze reakcji prawno-karnej sędzia nie będzie mógł uwzględnić zasadniczej różnicy występującej pomiędzy przypadkiem nieumyślnego naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia w toku czynności medycznych a czynami tego rodzaju w pozamedycznych okolicznościach. Wśród personelu medycznego budzi to lęk przed uwięzieniem.

Operowanie głównie surowością represji (a taki charakter ma większość nowelizacji k.k. dokonywanych w ostatnich latach) może dawać efekt przeciwny do zamierzonego przez ich pomysłodawców, których celem jest, jak można mniemać, ochrona dóbr prawnych. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji podejmowania przez lekarzy decyzji pod wpływem strachu. W przypadku nadmiernie surowej reakcji prawa na błąd medyczny wyzwolić można reakcje niesłużące ochronie życia i zdrowia, bowiem lęk nie jest dobrym doradcą.

Lęk przed nadmiernie surową odpowiedzialnością karną za błąd medyczny może działać paraliżująco i powodować opóźnianie reakcji – zwłaszcza w sytuacjach wymagających szybkiej decyzji. Znanym przejawem lękowej postawy jest także poszerzanie diagnostyki ponad rzeczywiste potrzeby, a także odmowa prowadzenia pacjenta, którego stan zdrowia wymaga postępowania o podwyższonym ryzyku. Konsekwencją obawy przed postawieniem zarzutu przedwczesnej rezygnacji z leczenia jest uporczywa (zbędna) terapia – stanowi to nie tylko nieludzkie traktowanie pacjenta, ale nadto przyczynia się do ograniczenia możliwości w zakresie transplantacji, generuje też koszty.

Opisana modyfikacja stanu prawa karnego dokonywana jest w sytuacji, gdy istnieje potrzeba zmian w obrębie przepisów prawa medycznego określających wykonywanie poszczególnych zawodów medycznych, w tym zawodu lekarza i lekarza dentystry. Przepisy te powinny jasno precyzować, jakie zachowanie lekarza jest zgodne z prawem, podczas gdy w prawie medycznym jest wiele luk, nieścisłości i dysfunkcjonalności, przy czym niejednokrotnie dotyczy to kwestii zasadniczych. **Ustawodawca, zamiast dostarczyć medykom wygodnego narzędzia w postaci uregulowań pozwalających na uzyskiwanie jednoznacznych odpowiedzi na powstające w działalności leczniczej pytania, spotęgował surowość kary grożącej m.in. za czyny stanowiące błędy medyczne.**

Potrzeba odpowiednich zmian prawa medycznego jest tym bardziej pilna, że polski system ochrony zdrowia po raz pierwszy stanął w obliczu pandemii, w warunkach której nieprawidłowości i braki regulacji ujawniły się w sposób szczególnie jaskrawy.

Nie sposób odnieść się w jednym opracowaniu do wszelkich mankamentów prawa medycznego, toteż zwrócę uwagę na tylko dwa, jednakże o „dużej sile rażenia”.

W sytuacji pandemii realne jest niebezpieczeństwo wystąpienia niemożności zapewnienia wszystkim potrzebującym diagnostyki i terapii zgodnej z aktualnym stanem wiedzy medycznej – np. może się okazać,

że intensywnej terapii wymaga liczba chorych przekraczająca liczbę stanowisk pozwalających na tę postać postępowania. Wyloni się wówczas konieczność dokonywania selekcji chorych. Konieczność taka występuje także w codziennej pracy lekarzy – np. onkologów, którym brakuje (z powodu ograniczonych środków finansowych) skutecznych cytostatyków dla wszystkich pacjentów, muszą decydować o udzieleniu ich albo osobom w cięższym stanie, a więc gorzej rokującym, albo w lepszym stanie, czyli lepiej rokującym.

Prawo karne zawiera instrumenty pozwalające na niepociąganie lekarza do odpowiedzialności bez względu na to, jakiego wyboru dokona w omawianej sytuacji (art. 26 § 2 k.k.), ale nie zabezpiecza to przed długotrwałym postępowaniem przed sądem powszechnym lub sądem lekarskim, w ramach którego przeprowadzana będzie ocena co do tego, czy rzeczywiście zaistniała konieczność rezygnacji z prawidłowego leczenia niektórych pacjentów. Jej istotą będzie konfrontacja rzeczywistego zachowania lekarza z modelowym. Ów model w obecnym stanie prawnym określany jest poprzez odesłanie do aktualnego stanu wiedzy medycznej. O zgodności z tym modelem bądź jego naruszeniu wypowiadają się powoływani w sprawie biegli – nader często reprezentujący różne szkoły medyczne, poziom wiedzy i doświadczenia. Optymalnym rozwiązaniem byłoby wskazanie lekarzom zasad, trybu i sposobu postępowania w przypadkach niemożności zapewnienia wszystkim potrzebującym optymalnej terapii – przy równoczesnym upoważnieniu do odchodzenia od standardów *ad casu* – jeśli przemawiają za tym potrzeby konkretnego pacjenta.

Do 2016 roku standardy postępowania medycznego mogły być określone dwutorowo. Mógł to czynić minister ds. zdrowia w oparciu o zawarte w art. 22 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, ogólne upoważnienie do ich ustanawiania w formie rozporządzeń. Równolegle dochodziło, w przypadku niektórych towarzystw naukowych, do podejmowania uchwał w tej mierze. Artykuł 22 ustawy o działalności leczniczej uległ w 2016 r. modyfikacji, w wyniku której obecnie uprawnienie ministra ds. zdrowia dotyczy tylko określania standardów organizacyjnych oraz wymogów dotyczących pomieszczeń, w których prowadzona jest

działalność lecznicza, oraz ich wyposażenia⁴. Natomiast nadal obowiązuje upoważnienie do ustanawiania standardów postępowania zawarte w art. 3 ust. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁵ – jednakże na jego podstawie nie wydano rozporządzenia zawierającego pomoc w sytuacji omawianej postaci selekcji chorych.

Podobnie rzecz się przedstawia z ustawą z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym⁶. Ustawa ta w obszernej delegacji daje ministrowi ds. zdrowia stosowne umocowanie:

„Art. 43. 1. Minister właściwy do spraw zdrowia, po zasięgnięciu opinii Naczelnej Rady Lekarskiej oraz stowarzyszeń będących, zgodnie z postanowieniami ich statutów, towarzystwami naukowo-lekarskimi albo towarzystwami naukowymi o zasięgu ogólnokrajowym wpisanymi do Krajowego Rejestru Sądowego, ogłasza, w drodze obwieszczenia, standardy postępowania zespołu ratownictwa medycznego i kierującego akcją medyczną, zgodnie z aktualną wiedzą medyczną w zakresie medycyny ratunkowej.

2. Minister właściwy do spraw zdrowia uwzględnia w obwieszczeniu, o którym mowa w ust. 1, konieczność ustalenia kolejności udzielania pomocy poszczególnym osobom w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego (segregacji medycznej), ich transportu i udzielania wsparcia psychicznego tym osobom”.

Z narzędzia tego dotychczas minister ds. zdrowia nie skorzystał.

Zatem nadal, w dwóch wskazanych dziedzinach medycyny, utrzymuje się potencjalna dwutorowość określania standardów postępowania, co – w razie wystąpienia w tym zakresie aktywności odpowiedniego towarzystwa naukowego – niesie ryzyko powstania odmiennych wskazań (zaleceń) odnoszących się do określonej sprawy. Mając to na

⁴ Obecnie ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. nie zawiera delegacji dla ministra ds. zdrowia do określania standardów postępowania medycznego – stało się tak za sprawą nowelizacji dokonanej w ustawie z dnia 10 czerwca 2016 r. (Dz.U. 2016.960).

⁵ Dz.U. 2019.1239.j.t. z późn. zm.

⁶ Dz.U. 2020.882. z późn. zm.

uwadze, trzeba pozytywnie ocenić wstrzemięźliwość ministra ds. zdrowia w podejmowaniu decyzji o ustanowieniu takich dokumentów, tym bardziej że powszechną praktykę przyjętą w innych krajach stanowi kształtowanie sposobu postępowania lekarzy poprzez towarzystwa naukowe, grupujące specjalistów z danej dziedziny medycyny. Tę drogę oceniam jako bardziej prawidłową z kilku powodów. Po pierwsze, organ, jakim jest minister ds. zdrowia, stanowi odzwierciedlenie pewnego układu sił politycznych, toteż opracowania stamtąd pochodzące mogą wynikać z przyjęcia aksjologii niemającej związku z nauką medycyny – takie zagrożenie istnieje zwłaszcza w odniesieniu do takich dziedzin jak neurologia, psychiatria, seksuologia, a także związku z ustalaniem śmierci człowieka, zaprzestaniem terapii, dawstwem organów, krwiodawstwem, szczepieniami. Takie samo ryzyko wystąpić może przy aktualizacji już stosowanych standardów postępowania. Po wtóre, akty prawne najczęściej powstają w toku długotrwałego procesu uzgodnień międzyresortowych, podczas gdy postęp w medycynie wymusza szybkie zmiany zaleceń. Po trzecie, zalecenia co do sposobu postępowania powinny pochodzić z zespołu składającego się z najwyższej klasy specjalistów, a orientację w tej mierze mają lekarze reprezentujący daną dziedzinę medycyny. Po czwarte, zalecenia powinny być dystrybuowane w sposób gwarantujący zapoznanie się z nimi szerokiego kręgu lekarzy, a nie da się tego powiedzieć o dziennikach urzędowych, jako że z uwagi na incydentalność pojawiania się aktów prawnych o takiej zawartości konieczne byłoby prowadzenie przez lekarzy stałej kwerendy zawartości tych źródeł – a to jest nierealne.

Przeniesienie na grunt Polski modelu funkcjonującego w innych krajach wymaga jednakże przesądzenia pewnych kwestii w ustawie. Idzie o⁷ ustawowe zobligowanie towarzystw naukowych do ustanawiania i aktualizowania (stosownie do postępu zachodzącego w danej dziedzinie medycyny) standardów postępowania w określonych jednostkach

⁷ Nawiasem mówiąc, celowe byłoby ustawowe przesądzenie odrębności statusu towarzystw naukowych, gdyż obecnie działają one w oparciu o prawo o stowarzyszeniach (ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r., Dz.U. 2019.713. z późn. zm.), które nie uwzględnia ich specyfiki.

chorobowych, dystrybuowania ich w sposób pozwalający na zapoznanie się z nimi całego środowiska lekarzy danej specjalności. Istotne jest także, by nazwiska autorów owych zaleceń podawane były do publicznej wiadomości.

Rzecz jasna, poczynione wyżej uwagi o standardach (zaleceniach, wskazówkach) postępowania medycznego odnoszą się do wszystkich dziedzin medycyny.

Polskie prawo medyczne – ze wszech miar słusznie – opiera się na poszanowaniu autonomii pacjenta. Wyrazem tego jest m.in. treść art. 32 ust. 1–4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁸ (dalej jako „ustawa o zawodzie lekarza”). Wyrażona jest tu zasada,

⁸ Dz.U. 2020.514 z późn. zm.

„Art. ³².

1. *Lekarz* może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta.
2. Jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe – zezwolenie sądu opiekuńczego.
3. Jeżeli zachodzi potrzeba przeprowadzenia badania osoby, o której mowa w ust. 2, zgodę na przeprowadzenie badania może wyrazić także opiekun faktyczny.
4. W przypadku osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej zgodę wyraża przedstawiciel ustawowy tej osoby. Jeżeli osoba taka jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie badania, konieczne jest ponadto uzyskanie zgody tej osoby.
5. Jeżeli pacjent ukończył 16 lat, wymagana jest także jego zgoda.
6. Jeżeli jednak małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego.
7. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, zgoda osób wymienionych w ust. 1, 2 i 4 może być wyrażona ustnie albo nawet poprzez takie ich zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez *lekarza* czynnościom medycznym.
8. Jeżeli pacjent, o którym mowa w ust. 2, nie ma przedstawiciela ustawowego ani opiekuna faktycznego albo porozumienie się z tymi osobami jest niemożliwe, *lekarz* po przeprowadzeniu badania może przystąpić do udzielania dalszych świadczeń zdrowotnych dopiero po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego, chyba że co innego wynika z przepisów ustawy.
9. Do czynności, o których mowa w ust. 1, stosuje się odpowiednio przepis art. 34 ust. 7.
10. Sądem opiekuńczym właściwym miejscowo dla udzielania zgody na wykonywanie czynności medycznych jest sąd, w którego okręgu czynności te mają być wykonane”.

zgodnie z którą wszelkie działania medyczne muszą być oparte na zgodzie uprawnionej osoby, przy czym współdecydentami ustawodawca czyni 16-latkę i osoby ubezwłasnowolnione, zdolne w danej chwili do świadomego współuczestnictwa w podejmowaniu decyzji dotyczących swego zdrowia.

W tej grupie unormowań występują liczne braki i ułomności, w szczególności dotyczy to wyjątków od zasady upodmiotowienia pacjenta. Obszarem, który generować może konflikty i związane z tym ryzyko ponoszenia przez lekarzy odpowiedzialności (tak karnej, jak i cywilnej), są uregulowania dotyczące ograniczenia prawa pacjenta do decydowania o sobie – wprowadzane tak dla jego dobra, jak w imię ochrony dóbr prawnych nienależących do niego.

W płaszczyźnie prawa karnego niejasności stanu prawnego w zakresie dopuszczalności interwencji medycznej bez zgody pacjenta (a nawet wbrew jego stanowisku) spowodować mogą postawienie lekarzowi zarzutu zarówno za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta⁹, jak i za skutek powstały w wyniku niepodjęcia działania (w zależności od postaci skutku w grę wejdzie zarzut narażenia życia czy zdrowia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo albo spowodowania jakiejś postaci uszczerbku na zdrowiu, a nawet śmierci)¹⁰.

⁹ „Art. 192. § 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

¹⁰ „Art. 155. Kto nieumyślnie powoduje śmierć człowieka, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

„Art. 156.

§ 1. Kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci:

- 1) pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia,
- 2) innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zespечения lub zniekształcenia ciała, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 jest śmierć człowieka, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 5, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.

Typizacja zawarta w art. 192 k.k. ma charakter blankietowy, jako że ustalenie, kiedy wykonywanie zbiegu leczniczego bez zgody pacjenta jest bezprawne, wymaga uwzględnienia tych postanowień prawa medycznego, które zawierają upoważnienie (a niekiedy obowiązek) działania lekarza bez zgody uprawnionej osoby, a nawet wbrew jej sprzeciwowi. Normy zawarte w tych przepisach wpływają na zakres zastosowania normy sankcjonowanej określonej w art. 192 k.k. W tej materii jest wiele niejasności, co rzutuje na oceny prawnokarne odnoszące się do czynu lekarza podejmującego działanie w oparciu o wyłącznie własną decyzję. Efektem tego są spory o to, czy taki czyn lekarza jest pierwotnie, czy wtórnie legalny, czy przestępstwo z art. 192 k.k. jest powszechne, czy indywidualne. Nie wiadomo, jak rozumieć znamię „zabieg leczniczy” (niejasności tyczą obydwu składowych tej nazwy).

Zwrócić należy uwagę na zasadniczą wątpliwość tyczącą przypadku niewyrażenia zgody przez przedstawiciela ustawowego działającego w pojedynkę: nie wiadomo, czy intencją ustawodawcy było przeniesienie

Art. 157.

- § 1. Kto powoduje naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, inny niż określony w art. 156 § 1, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.
- § 2. Kto powoduje naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż 7 dni, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.
- § 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.
- § 4. Ściganie przestępstwa określonego w § 2 lub 3, jeżeli naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia nie trwał dłużej niż 7 dni, odbywa się z oskarżenia prywatnego, chyba że pokrzywdzonym jest osoba najbliższa zamieszkująca wspólnie ze sprawcą.
- § 5. Jeżeli pokrzywdzonym jest osoba najbliższa, ściganie przestępstwa określonego w § 3 następuje na jej wniosek”.

„Art. 160.

- § 1. Kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.
- § 2. Jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.
- § 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.
- § 4. Nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1–3 sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo.
- § 5. Ściganie przestępstwa określonego w § 3 następuje na wniosek pokrzywdzonego.

decyzji w obszar kompetencji sądu opiekuńczego, czy też umocowanie lekarza do samodzielnego przełamywania sprzeciwu przedstawiciela ustawowego¹¹.

Uwagi szczegółowe muszą być poprzedzone sygnalizacją właściwości aparatury pojęciowej ustawy o zawodzie lekarza.

Dla prowadzonych tu rozważań istotne jest to, że ustawa odmiennie kształtuje unormowania w zależności od tego, czy zachodzi potrzeba podjęcia działań o podwyższonym ryzyku (art. 34), czy też nie. Znaczenie ma także odróżnienie niemożności odebrania zgody (wtedy używany jest termin „bez zgody” – art. 33 ust. 1, 34 ust. 7, 35 ust. 1) od sytuacji wyrażenia przez uprawnionego sprzeciwu (wówczas pojawiają się terminy „sprzeciwia się” – art. 32 ust. 6, „niewyrażenie zgody” – art. 32 ust. 6, „nie zgadza się” – art. 34 ust. 6¹²).

Niemożność uzyskania zgody występuje, gdy pełnoletni i nieubezwłasnowolniony pacjent znajduje się w stanie mentalnym uniemożliwiającym świadome wyrażenie zgody (np. jest nieprzytomny, nietrzeźwy, demencyjny lub wykazuje inne dysfunkcje powodujące tę niemożność) albo małoletni czy ubezwłasnowolniony całkowicie ma przedstawiciela ustawowego, ale nie można z nim nawiązać porozumienia. Postępowanie lekarza w tej sytuacji określa art. 33 ustawy o zawodzie lekarza¹³. Norma wyrażona w tym przepisie ma szeroki zakres zastosowania, gdyż odnosi się ona do przypadków, gdy pacjent wymaga „niezwłocznej

¹¹ Niezależnie od rozstrzygnięcia tej kwestii wylania się problem, jak egzekwować zabieg leczniczy wykonywany przy sprzeciwie przedstawiciela ustawowego. Ustawa milczy na ten temat.

¹² To zróżnicowanie terminologii, w dodatku występujące w sąsiadujących ze sobą przepisach, sprawia, że nie sposób dochować wymogu, by w procesie wykładni nie interpretować różnych nazw jako synonimów.

¹³ „Art. 33.

1. Badanie lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody jest dopuszczalne, jeżeli wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym.
2. Decyzję o podjęciu czynności medycznych w okolicznościach, o których mowa w ust. 1, *lekarz* powinien w miarę możliwości skonsultować z innym *lekarzem*.
3. Okoliczności, o których mowa w ust. 1 i 2, *lekarz* odnotowuje w dokumentacji medycznej pacjenta”.

pomocy lekarskiej”. „Niezwłoczny” to tyle co „który powinien nastąpić w jak najkrótszym czasie”¹⁴. Zatem taki stan pacjenta to – uwzględniając przedmiot nauki medycyny – stan, w którym odsunięcie interwencji w czasie utrudni diagnozowanie lub terapię albo nawet pogorszy stan zdrowia, a to z kolei spowodować może konieczność podejmowania działań o podwyższonym ryzyku. Tak więc **na mocy art. 33 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza – zastosowane być mogą wszelkie metody postępowania wynikające z potrzeby danego przypadku**. Jeśli zatem z wypadku komunikacyjnego zostanie przywiezione dziecko z wielonarządowymi obrażeniami, a nie towarzyszy mu żadne z rodziców, lekarz przystępuje do działania, nawet jeśli stan dziecka wymaga działań bardzo ryzykownych.

Dla odkodowania pełnej treści omawianego przepisu uwzględnić trzeba zakres obowiązku udzielania lekarskiej pomocy, określony w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza. Obowiązek ten powstaje, gdy zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej „mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia”¹⁵. Zatem lekarz ma obowiązek udzielania pomocy w sytuacji, w której jeszcze nie ma poważnego niebezpieczeństwa dla życia czy zdrowia – może ono wszakże powstać w przyszłości, jeśli pomoc nie zostanie udzielona na czas.

Musi być postawione jeszcze pytanie o to, czy niedopełnienie obowiązku z art. 33 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza oznacza naruszenie obowiązku z art. 30 tej ustawy. W moim przekonaniu nie ulega wątpliwości, że na to pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej i to niezależnie od tego, czy przyjmie się tożsamość zakresów zastosowania norm wyrażonych w tych przepisach, czy też uzna się, że zakres zastosowania normy opisanej w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza jest szerszy.

¹⁴ *Słownik języka polskiego* pod red. M. Szymczaka, t. II, Warszawa 1979, s. 377.

¹⁵ „Art. 30. *Lekarz* ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia”.

Powyższe uwagi pozwalają wysnuć wniosek, że lekarz **ma obowiązek podejmowania interwencji po myśli art. 33 ust. ustawy o zawodzie lekarza** (nie jest to tylko jego uprawnieniem).

Podejmując próbę wskazania sytuacji, w których lekarz podejmuje (używam tego określenia, gdyż ustalenie, czy jest to uprawnienie, czy obowiązek, nastąpi dalej) działanie wbrew stanowisku przedstawiciela ustawowego, skonstatować trzeba, że ustawa nie zawiera przepisu, który pozwoliłby udzielić oczywistej odpowiedzi na pytanie dotyczące przełamania sprzeciwu przedstawiciela ustawowego w sytuacji, w której brak zagrożenia życia czy zdrowia w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, a pacjent wymaga aktywności po stronie lekarza. Nie ma też jasności, czy może to zrobić sąd opiekuńczy.

W art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza niewątpliwie uregulowano przypadek wyrażania zgody kumulatywnej cechującej się tym, że przedstawiciel ustawowy lub opiekun faktyczny wyraża zgodę na działanie medyczne, zaś pacjent (mający dostateczne rozeznanie) się temu sprzeciwia – decyzję podejmuje wówczas sąd opiekuńczy. Źródłem wątpliwości jest użycie w drugim członie alternatywy liczby mnogiej, nie wiadomo bowiem, czy zostało tu określone uprawnienie sądu opiekuńczego jedynie do przełamania podwójnego sprzeciwu pacjenta i przedstawiciela ustawowego (opiekuna faktycznego), czy też użyto liczby mnogiej dlatego, by sąd opiekuńczy mógł skontrolować i ewentualnie przełamać każdy sprzeciw przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego – a to z uwagi na to, że istnieje potencjalne niebezpieczeństwo, iż sprzeciw ten nie wynika z dbałości o dobro pacjenta. Za tym drugim sposobem odczytywania przemawia logika: bezsensowne byłoby wyposażanie sądu opiekuńczego w narzędzie do przełamania sprzeciwu podwójnego, a pozbawienie go tego w przypadku, gdy przedstawiciel ustawowy (opiekun faktyczny) występuje w pojedynkę.

Dotychczasowy tok rozumowania prowadzi do następującego wniosku: **sąd opiekuńczy może interweniować w każdym przypadku niewyrażenia zgody przez przedstawiciela ustawowego (opiekuna faktycznego), a to oznacza dopuszczenie ewentualności pokonania sprzeciwu przedstawiciela ustawowego – konstatacja dotyczy braku**

zagrożenia dla życia czy powstania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, jako że przypadek istnienia takiego zagrożenia jest uregulowany odrębnie w art. 34 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza.

Posuwając się dalej w dążeniu do udzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczące ewentualności przełamывania przez lekarza sprzeciwu przedstawiciela ustawowego, trzeba przeprowadzić wykładnię art. 34 ustawy o zawodzie lekarza¹⁶, jako że jej art. 32 ust. 9 nakazuje odpowiednie stosowanie art. 34 ust. 7 do czynności opisanych w art. 32 ust. 1.

Przepisy zawarte w początkowych ustępach art. 34 ustawy o zawodzie lekarza odnoszą się do metod postępowania w zakresie diagnostyki lub leczenia stwarzających podwyższone ryzyko. Prawnik nie może wskazać, jakie metody postępowania tym się cechują, jest tu nieodzowne odwołanie do aktualnego stanu wiedzy medycznej. W toku postępowania

¹⁶ „Art. 34.

1. *Lekarz* może wykonać zabieg operacyjny albo zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta, po uzyskaniu jego pisemnej zgody.
2. Przed wyrażeniem zgody przez pacjenta w sytuacji, o której mowa w ust. 1, *lekarz* ma obowiązek udzielenia mu informacji zgodnie z art. 31.
3. *Lekarz* może wykonać zabieg lub zastosować metodę, o której mowa w ust. 1, wobec pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody, po uzyskaniu zgody jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe – po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego.
4. Jeżeli pacjent ukończył 16 lat, wymagana jest także jego pisemna zgoda.
5. W sytuacji, o której mowa w ust. 1, stosuje się odpowiednio przepis art. 32 ust. 6.
6. Jeżeli przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody nie zgadza się na wykonanie przez *lekarza* czynności wymienionych w ust. 1, a niezbędnych dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia, *lekarz* może wykonać takie czynności po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego.
7. *Lekarz* może wykonać czynności, o których mowa w ust. 1, bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta bądź zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. W takim przypadku *lekarz* ma obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego *lekarza*, w miarę możliwości tej samej specjalności. O wykonywanych czynnościach *lekarz* niezwłocznie zawiadamia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sąd opiekuńczy.
8. O okolicznościach, o których mowa w ust. 3–7, *lekarz* informuje pacjenta oraz jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo sąd opiekuńczy, a także dokonuje odpowiedniej adnotacji wraz z uzasadnieniem w dokumentacji medycznej”.

sądowego lub przed sądem lekarskim oznacza to konieczność zasięgnięcia opinii biegłego.

W ramach niniejszych rozważań wystarczy przyjęcie założenia, że lekarz staje wobec konieczności wykonania działania związanego z podwyższonym ryzykiem, a jest to zgodne ze standardem postępowania ukształtowanym przez osoby uznawane za autorytety w danych specjalnościach medycznych.

W art. 34 ust. 5 ustawy o zawodzie lekarza ma miejsce odesłanie do treści zawartych w art. 32 ust. 6 tej ustawy, zatem przedstawione wyżej problemy interpretacyjne dotyczące tego przepisu w równej mierze dotyczą sytuacji wymagającej podjęcia działania o podwyższonym ryzyku – toteż przywołać trzeba konkluzję czynionych tam ustaleń, odnoszącą się do postępowania bez zastosowania metod o podwyższonym ryzyku: sprzeciw przedstawiciela ustawowego wymaga kontroli ze strony sądu opiekuńczego, który władny jest wyrazić zgodę.

W art. 34 ust. 5 ustawy o zawodzie lekarza mowa o odesłaniu odpowiednim, co oznacza konieczność uwzględnienia treści jej art. 34 ust. 6, który to przepis zawiera odrębną regulację odnoszącą się do przelamywania sprzeciwu przedstawiciela ustawowego w obliczu konieczności zastosowania metody postępowania o podwyższonym ryzyku, w razie gdy jest to niezbędne „dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia”. W takiej sytuacji zasadą jest podejmowanie decyzji przez sąd opiekuńczy, który może przelamać sprzeciw przedstawiciela ustawowego.

W konsekwencji przyjąć trzeba, że odesłanie określone w art. 34 ust. 5 ustawy o zawodzie lekarza dotyczy przypadku współdecydowania pacjenta.

Niekiedy sprawa jest na tyle pilna, że nie jest możliwe wyczekiwanie na decyzję sądu opiekuńczego. Nagłący przypadek powoduje konieczność sięgnięcia po narzędzie z art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza, w którym to przepisie unormowano działanie lekarza „bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta bądź zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia”. Zatem idzie tu o tę samą

sytuację, której dotyczy art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, a to oznacza, że lekarz ma obowiązek działania po myśli przepisu art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza. Konieczne jest jednakże wprowadzenie do tego rozumowania korektury wynikającej z treści art. 34 ust. 6 tej ustawy. Przepis ten zawiera upoważnienie sądu opiekuńczego do przełamania sprzeciwu przedstawiciela ustawowego w sytuacji istnienia realnego niebezpieczeństwa dla życia bądź zaistnienia poważnego uszczerbku na zdrowiu. Skoro lekarz działa niejako w zastępstwie sądu (gdyż nagłość przypadku uniemożliwia uzyskanie zgody sądu), to może tyle, ile sąd.

W przepisie art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza mowa m.in. o działaniu „bez zgody sądu opiekuńczego”, zaś taka zgoda jest wymagana w przypadku, gdy przedstawiciel ustawowy nie zgadza się na zastosowanie metody o podwyższonym ryzyku (art. 34 ust. 6 tej ustawy). Uwzględnienie treści tych dwóch ustępów prowadzi do wniosku, że **w omawianej sytuacji (kiedy to niebezpieczeństwa dla życia czy zdrowia jeszcze nie ma, ale konieczne jest natychmiastowe podjęcie interwencji, gdyż zwłoka mogłaby spowodować jego wystąpienie) lekarz ma obowiązek przełamania sprzeciwu przedstawiciela ustawowego, przy czym wykorzystanie metody postępowania o podwyższonym ryzyku jest możliwe dopiero w razie wystąpienia realnego niebezpieczeństwa dla życia bądź zaistnienia poważnego uszczerbku na zdrowiu. W sytuacji mniej niebezpiecznej może sięgnąć jedynie po mniej niebezpieczne metody.**

Skoro zaś art. 32 ust. 9 ustawy o zawodzie lekarza odwołuje się do jej art. 34 ust. 7, to obowiązek działania z przełamaniem sprzeciwu przedstawiciela ustawowego dotyczy także metod postępowania nieobarczonych podwyższonym ryzykiem – o ile oczekiwanie na zgodę sądu opiekuńczego groziłoby wystąpieniem niebezpieczeństwa dla życia czy poważnym niebezpieczeństwem dla zdrowia. Tak więc także na tej drodze uzyskuje się potwierdzenie wcześniej wyprowadzonego wniosku.

Konkludując, trzeba podkreślić, że dla ustalenia, czy ustawa dopuszcza przełamywanie przez lekarza sprzeciwu przedstawiciela ustawowego, potrzebne było przeprowadzenie długiego prawniczego wywodu, przy czym poczynionym ustaleniom, zapewne, można przeciwstawić jakieś

argumenty. W takiej sytuacji brak gwarancji praw pacjenta, zaś dla lekarza oznacza ona funkcjonowanie w poczuciu zagrożenia odpowiedzialnością karną i, co najmniej, konieczność podważania stawianych zarzutów ze strony pacjenta (często reprezentowanego przez prawnika), organów ścigania i Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej. Niewykluczone jest nawet i to, że lekarz będzie musiał dochodzić sprawiedliwości dopiero przed sądem karnym. Niestety analogicznie rzecz się przedstawia w przypadku innych zagadnień regulowanych w prawie medycznym – mam na myśli m.in. przepisy ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi¹⁷, ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego¹⁸, ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów¹⁹. Potrzeb w tej mierze nie sposób omówić w ramach jednej publikacji.

Powyżej przedstawiłam próbę odpowiedzi na jedno z zasadniczych pytań stawianych przez lekarzy, pokazując, jak trudno jest im uzyskać obraz stanu prawnego sytuacji, w której muszą podejmować decyzje. Oznacza to ryzyko przeciwstawiania się zarzutom naruszenia prawa. W tej materii istotnego argumentu dostarczyć może judykat ETPCz w sprawie *C.R. przeciwko Wielkiej Brytanii*. Trybunał podkreśla, że bez względu na to „(...) jak przejrzyste przepis prawny może być sporządzony, w każdym systemie prawa, włącznie z prawem karnym, istnieje nieunikniony czynnik interpretacji sądowej. Zawsze będzie istniała potrzeba objaśnienia niejasnych elementów (regulacji prawnej) oraz adaptacji (regulacji) do zmieniających się okoliczności faktycznych”. Nadto powołuje się na konieczność spełnienia wymogu przewidywalności²⁰. Skoro więc stan prawa jest na tyle zagmatwany, że nawet wytrawny prawnik może mieć kłopot z uzyskaniem oceny rezultatu

¹⁷ Dz.U. 2019. t.j. z późn. zm.

¹⁸ Dz.U. 2020.685 (t.j.).

¹⁹ Dz.U. 2019.1405. z późn. zm.

²⁰ Wyrok z dnia 22 listopada 1995 r., skarga nr 20190/02, LEX 80358.

wykładni sądowej, to działanie oparte na odmiennej interpretacji stanowi usprawiedliwiony błąd co do prawa (art. 30 k.k.)²¹, który stanowi okoliczność wyłączającą winę.

W tym duchu wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach, stwierdzając: „Skoro oskarżony, posiadający niekontrowersyjną wiedzę menadżerską i medyczną, nie będąc prawnikiem, konsultował z zespołem prawnym funkcjonującym w ramach podmiotu, którym kierował i składającym się z osób należycie przygotowanych do wykonywania tego zawodu, którym miał prawo ufać, określony problem prawny (czy sprzedaż powierzchni reklamowej na rewersie elektronicznej karty ubezpieczenia zdrowotnego w drodze odrębnego przetargu, stanowi niedopuszczalną ustawowo dla Kasy Chorych działalność gospodarczą), uzyskując błędną, chociażby wyrażoną ustnie, opinię opartą na chybionej wykładni przepisu art. 4 ust. 7 ustawy z dnia 6.02.1997 roku o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, a nadto problem ten rozważał w trakcie rozmów z przedstawicielami organów centralnych i innych, podobnych jednostek organizacyjnych, którzy ugruntowali go w przekonaniu ukształtowanym przez radców prawnych, co miało determinujące znaczenie dla podjęcia późniejszych decyzji o charakterze gospodarczym, to niewątpliwie błąd co do prawa w jego zachowaniu, nie sposób uznać za nieusprawiedliwiony w rozumieniu art. 30 k.k., co uwalniało go tym samym od odpowiedzialności z art. 296 § 1 i 3 k.k.”²².

Niemniej jednak należy postulować doprowadzenie niejasnych, niekompatybilnych z innymi uregulowaniami, a także niefunkcjonalnych postanowień prawa medycznego do stanu, w którym lekarz z łatwością będzie mógł uzyskać odpowiedź na nurtujące go wątpliwości poprzez samodzielną lekturę ustaw. Przyczyni się to także do dobrostanu pacjenta.

²¹ Art. 30. Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

²² Wyrok z dnia 29 listopada 2006 r., II AKa 96/06, LEX 297315.

S u m m a r y

The author discusses and criticizes the modification of Article 37a of the Penal Code, which increases the repressiveness beyond measure. This change, combined with the one made in 2015, means that a court assessing a case of medical error will be forced to serve a prison sentence without suspending its execution.

The author is of the opinion that the legislator should focus on the amendment of those provisions of the medical law that are unclear or dysfunctional, since the current state of affairs makes it significantly difficult for a doctor to obtain an undoubted answer to his essential questions. This need is presented by the author on the example of a complicated process of interpretation necessary to determine whether a doctor can take action against the position of the statutory representative of a minor or incapacitated.

Udoskonalanie człowieka. Uwagi na marginesie przypadku udoskonalonego lekarza

Human Enhancement i techniki udoskonalania człowieka – wprowadzenie

Udoskonalanie człowieka (dalej: *HE* od ang. *human enhancement*) polega na wykorzystywaniu osiągnięć biologii, inżynierii genetycznej, bioinżynierii, nanotechnologii, cybernetyki czy farmakologii ukierunkowanym na zwiększenie ludzkich zdolności. Podejmujemy zagadnienie ulepszania z perspektywy filozoficznej i prawnej, ilustrując analizowane problemy na przykładzie medyka. Część rozważań, dotyczących zwłaszcza technik udoskonalania oraz koncepcji filozoficznych, ma charakter ogólny, odnoszący się do każdej dziedziny życia, w której udoskonalenie może być zastosowane. Problem udoskonalonego medyka natomiast traktujemy egzemplifikacyjnie. Analizę rozpoczynamy od ustalenia, jakie techniki udoskonalenia człowieka są obecnie dostępne i jak są one charakteryzowane w literaturze. Następnie przedstawiamy zarys najważniejszych problemów etycznych i propozycje wyznaczania granic wprowadzanych modyfikacji. Jako swego rodzaju podsumowanie, będące ilustracją zasadniczych dylematów moralnych i prawnych, traktujemy kwestię odpowiedzialności lekarza, który wobec siebie podjął działania udoskonalające.

Taka kolejność analizowania problemów posłuży nie tylko głębszemu zrozumieniu fenomenu *HE* i uporządkowaniu pojęć z nim związanych, lecz jest również niezbędna dla znalezienia właściwej odpowiedzi na pytanie o podstawy odpowiedzialności lekarza, który zastosował w stosunku

do siebie technikę lub środki zaliczane do HET (ang. *human enhancement technologies*). Zagadnienie to obejmuje szereg problemów wymagających szczegółowych badań. Niniejsze opracowanie stanowi jedynie wyznaczenie pola koniecznych rozważań, będąc punktem wyjścia do ewentualnych przyszłych analiz.

W literaturze przedmiotu funkcjonuje szereg konkurencyjnych ujęć HE, a do technik udoskonalania człowieka zaliczane są diametralnie różne metody i środki, biorąc pod uwagę ich oddziaływanie na człowieka oraz skutki, które można za ich pomocą osiągnąć¹. Jednocześnie nie istnieje żadna powszechnie akceptowana definicja HE, gdyż zastosowanie dowolnej technologii; wszystko to, co „udoskonala” właściwości człowieka – od wyglądu poprzez poprawienie funkcjonowania organów, po wyposażenie go w umiejętności wcześniej mu niedostępne, może być uznane za środek lub technikę prowadzącą do udoskonalania człowieka². Tak bowiem, jak w normalnych okolicznościach spożycie kofeiny prowadzi do większej koncentracji, podobnie działa ritalin czy inne środki farmakologiczne. Różnią się one jednak skalą i ewentualnymi skutkami ubocznymi. Podobnie można potraktować egzozkielet, środki dopingujące i mutację genową, które mają na celu zwiększenie wydolności organizmu – np. siły. Nie wdając się w ocenę funkcjonujących w literaturze definicji HE³, przyjmiemy, za Julianem Savulescu, definicję udoskonalania

¹ Do HET zalicza się bowiem tak stosowanie ginkgo-biloba czy kawy z jednej strony, jak i nootropy, genetyczne modyfikacje, egzozkielety czy sztuczne kończyny z drugiej. Zob. szerzej: *Cognitive Enhancement: An Interdisciplinary Perspective*, E. Hildt, A. Franke (red.), Dordrecht, Springer 2013; F. Allhoff, P. Lin, P. Steinberg, *Ethics of Human Enhancement: An Executive Summary*, „Science and Engineering Ethics”, 17 (2), 2011, L.F. Hogle, *Enhancement Technologies and the Body*, „Annual Review of Anthropology”, 34, 2005.

² J. Savulescu, N. Bostrom, *Introduction*, [w:] *Human Enhancement*, J. Savulescu, N. Bostrom (red.), 2009, Oxford: Oxford University Press, s. 2.

³ Zob. szerzej: J. Canton, *The impact of convergent technologies and the future of business and the economy*, [w:] *Converging Technologies for Improving Human Performance: Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science*, M.C. Roco, W.S. Bainbridge (red.), Dordrecht, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2003; N. Daniels, *Normal functioning and the treatment-enhancement distinction*, „Cambridge Quarterly” 9(3), 2000; E.T. Juengst, *What does enhancement mean?*, [w:] *Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications*, E. Parens (red.), Washington, D.C. Georgetown University Press, 1998; E.D. Pellegrino, *Biotechnology, Human Enhancement, and the Ends of Medicine*, The Center for Bioethics

człowieka osadzoną w ideologii *welfare state*, zgodnie z którą wszelkie zmiany w biologii lub psychologii człowieka, zwiększające szanse na dobre życie w pewnych okolicznościach, a więc dające człowiekowi większe zdolności, są jego udoskonalaniem⁴. Wybór takiej czy innej definicji *HE* będzie w każdym przypadku obarczony pewnym stopniem arbitralności. Naszym zdaniem proponowana przez Savulescu definicja ma największy potencjał eksplanacyjny i uniwersalny charakter. Tak rozumiane udoskonalanie obejmuje bowiem szeroki wachlarz technik i środków udoskonalania człowieka bez obciążania jej sporami ideologicznymi. Celem zobrazowania wspomnianej różnorodności *HET* przyjrzymy się najważniejszym rodzajom *HE*.

Rodzaje *HE*

W pierwszym rzędzie wyróżnić należy wzmocnienia określonych cech, które dzielą się na udoskonalenia cielesne, oznaczające ulepszenia ciała (które dalej dzielimy na ulepszenia fizyczne i kosmetyczne) oraz udoskonalenia mentalne/psychiczne człowieka (które z kolei dzielimy na ulepszenia poznawcze, emocjonalne i osobowościowe), będące poprawą kondycji umysłu i zachowań ludzkich⁵. Ulepszenia fizyczne zwiększają natomiast wydolność funkcjonalną organizmu; np. jego siłę, zwinność, wytrzymałość, precyzję czy odporność na temperaturę. Ulepszenia kosmetyczne polepszają zaś jedynie estetyczne właściwości organizmu; poprawiają przede wszystkim wygląd np. za pomocą zabiegów kosmetycznych czy mającej znacznie bardziej inwazyjny charakter chirurgii plastycznej. Do typowych metod ulepszania cielesnego należy także stosowanie różnego

and Human Dignity Website, 2004, <https://cbhd.org/content/biotechnology-human-enhancement-and-ends-medicine> (dostęp 16.10.2020).

⁴ „Any change in the biology or psychology of a person which increases the chances of leading a good life in circumstances C. On the Welfarist definition of enhancement, we can define an enhanced state as a capability”, J. Savulescu, *Justice, Fairness, and Enhancement*, “Annals of the New York Academy of Science”, 1093, 2007, s. 325.

⁵ P. Brey, *Human Enhancement and Personal Identity*, [w:] *New Waves in Philosophy of Technology*, J.K.B. Olsen, E. Selinger, S. Riis (red.), Palgrave Macmillan UK, 2009, s. 170–171.

typu akcesoriów, jak urządzenia protetyczne niemające charakteru leczniczego, środki farmakologiczne i inżynieria genetyczna⁶ (o czym szerzej za chwilę). Natomiast ulepszenia mentalne/psychiczne człowieka powodują zwiększenie takich jego zdolności jak postrzeganie zmysłowe, pamięć, szybkość, trafność podejmowanych decyzji, kojarzenie czy wyobrażenia. Prowadzić mogą także do zmian cech osobowości na bardziej społecznie pożądane, polegające na zmniejszeniu tendencji do nastrojów negatywnych, zwiększeniu poczucia pewności, uprzejmości, współczucia czy postaw altruistycznych⁷.

Po drugie, możemy rozróżnić ulepszenia protetyczne, farmakologiczne i genetyczne. Te pierwsze polegają na zastosowaniu sztucznych protez i tkanek. Ulepszenia farmakologiczne uzyskujemy zaś dzięki użyciu chemicznych substancji modyfikujących działania organów lub procesów zachodzących w organizmie ludzkim, powodujących ich znacznie lepsze funkcjonowanie. Jako przykład mogą posłużyć (niestety) dobrze znane we współczesnym sporcie środki dopingujące, w tym substancje hormonalne, takie jak sterydy anaboliczne czy ludzki hormon wzrostu⁸. Do szeroko rozpowszechnionych środków farmakologicznych zaliczają się również ritalin, modafinil oraz inne leki stosowane w leczeniu różnorodnych zaburzeń psychicznych (np. ADHD czy narkolepsji), które zastosowane w przypadku zdrowych osób wydatnie zwiększają sprawność normalnie funkcjonującego układu nerwowego. Wymienione środki składają się z substancji psychoaktywnych, które czasowo lub na stałe zmieniają działanie mózgu, powodując zmiany w percepcji, nastroju,

⁶ Przykładem może tu być edycja (a dokładniej „usunięcie” przy użyciu technologii edycji genomu CRISPR) kilku par zasad genu CCR5. Taka interwencja była praktykowana w 2018 r. u dwóch nieidentycznych bliźniaczków urodzonych w Chinach. [Bionews.org.uk. First Genome-edited Babies: A Very Different Perception of Ethics](https://www.bionews.org.uk/First-Genome-edited-Babies-A-Very-Different-Perception-of-Ethics), 2018. https://www.bionews.org.uk/page_140060. Metoda CRISPR pozwala na skuteczną „edycję” ludzkiego genomu, zarówno w embrionach, jak i osobach dorosłych.

⁷ Zob. szerzej: R. Berghmans, R. ter Meulen, A. Malizia, R. Vos, *Scientific, Ethical, and Social Issues in Mood Enhancement*, [w:] *Enhancing Human Capacities*, J. Savulescu, R. ter Meulen, G. Kahane (red.), Wiley-Blackwell, 2011.

⁸ H. Thompson, *Performance enhancement: Superhuman athletes*, „Nature”, 19 July, vol. 487, 2012. <http://www.nature.com/news/performance-enhancement-superhuman-athletes-1.11029>

cechach osobowości, a w konsekwencji także w zachowaniach ludzkich. Ulepszenia genetyczne są natomiast osiągane dzięki inżynierii genetycznej. Jeszcze nie tak dawno twierdzenia o możliwości modyfikacji genomu ludzkiego bądź transferach genów jako technikach genetycznego udoskonalania człowieka były uznawane za naukowo nieuzasadnione⁹, jednak osiągnięcia współczesnej biotechnologii zmuszają do zmiany stanowiska. Obecnie mówi się już bez oporów o możliwości „projektowania potomstwa”¹⁰ (np. w ramach procedury *in vitro*), zmianach genetycznych stosowanych przez nieuczciwych sportowców¹¹ czy klonowaniu ludzkich narządów¹². Ten rodzaj ulepszeń oznacza usprawnianie działania dobrze funkcjonujących genów lub zastępowanie ich „supergenami”, które zostały zmodyfikowane w celu wytworzenia pożądanego efektu wzmacniania – kognitywnego lub fizycznego¹³.

Po trzecie, możemy także ujmować *HE* jako nieterapeutyczne modyfikacje cech wcześniej posiadanych, które *HET* wyprowadzają poza stan normalny. Dzięki temu można rozróżnić ulepszenia mieszczące się w normie (*intranormal enhancements*), które polegają na udoskonaleniu pozostającym w granicach normy przewidzianej dla ludzi, oraz ulepszenia ponadnaturalne (*supernatural enhancements*), które są ulepszeniami wykraczającymi poza zakres normalnych ludzkich możliwości albo wytworzeniem dodatkowych, jakościowo nowych cech¹⁴, takich jak możliwość widzenia w nocy, postrzegania fal radiowych albo ultrafioletu. Jednakże

⁹ J. Gordon, *Gene Technology: Genetic Enhancement in Humans*, „Science” vol. 283, March 1999, s. 2023–2024.

¹⁰ A. Nicholas, *Designer Babies: Ethical Considerations*, <http://www.actionbioscience.org/biotechnology/agar.html>.

¹¹ Zob. szerzej: *Genetic Technology and Sport: Ethical Questions*, C. Tamburrini, T. Tännsjö (red.), London, New York, Routledge 2005; A. Miah, *Genetically Modified Athletes. Biomedical ethics, gene doping and sport*, London, New York, Routledge, 2004.

¹² Zob. szerzej: L. Hilmert, *Cloning Human Organs: Potential Sources and Property Implications*, *Indiana Law Journal*, 77 (2), 2002.

¹³ Zob. szerzej: W. Gardner, *Can Human Genetic Enhancement be Prohibited?*, *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 20, 1995.

¹⁴ P. Brey, *Human Enhancement...*, *op. cit.*, s. 172.

należy pamiętać, że pojęcie stanu normalnego nie jest zbyt precyzyjne i jednoznaczne, co może prowadzić do różnic dotyczących ustalenia granic normalności, a to z kolei pociąga za sobą rozmycie wyróżnianych na tej podstawie dwóch kategorii ulepszeń.

Przywołane rodzaje *HE* zostały wyodrębnione ze względu na sferę oddziaływania *HET* (podział ulepszeń na cielesne i mentalne/psychiczne), rodzaj technologii użytych celem udoskonalenia organizmu człowieka, tak w wymiarze fizycznym, jak i kognitywnym (podział ulepszeń na protetyczne, farmakologiczne i genetyczne) oraz stosunek rezultatów ulepszeń do stanu normalnego kondycji człowieka (ulepszenia intranormalne i ponadnaturalne). Nie są to jednak wszystkie pojawiające się w literaturze dystynkcje. Możliwe jest bowiem także przeprowadzenie podziału bezpośrednio w stosunku do *HET*, np. na naturalne i sztuczne techniki ulepszania¹⁵ albo na techniki zewnętrzne i wewnętrzne.

Pierwszy z wymienionych podziałów jako kryterium przyjmuje źródło ulepszenia. Jakieś źródło (środek) ma charakter naturalny, gdy występuje w naturze i nie wymaga specjalnej, bazującej na współczesnych osiągnięciach naukowych, interwencji człowieka (a jego użycie powoduje powstanie ulepszeń zwanych „naturalnymi”). Do takich środków należą m.in. kawa, *Ginkgo biloba* czy różnego typu ćwiczenia fizyczne i mentalne¹⁶. Te metody udoskonalania człowieka, rozumiane jako polepszanie jego zdolności, znane są i stosowane od wieków, nie wzbudzając kontrowersji. Sztuczne ulepszenia wymagają zaś ludzkiej inwencji, a ich powstanie zawdzięczamy rozwojowi nauk. Do sztucznych *HET* należą więc różnego rodzaju środki chemiczne, farmakologiczne czy specjalistyczna aparatura wykorzystywana do polepszenia zdolności człowieka.

¹⁵ F. Allhoff, P. Lin, P. Steinberg, *Ethics of Human Enhancement...*, *op. cit.*, s. 204.

¹⁶ Por: P. Lin, M. Mehlman, K. Abney, *Greenwall Report. Enhanced Warfighters: Risk, Ethics, and Policy*, 2013, http://ethics.calpoly.edu/greenwall_report.pdf, s. 17; F. Allhoff, P. Lin, J. Moor, J. Weckert, *Public Ethics, Ethics of Human Enhancement: 25 Questions & Answers*, „Studies in Ethics, Law and Technology”, vol. 4, 2010, s. 9.

Ludzie od zarania dziejów stosowali różne sposoby, by poprawić swoją wydolność, lepiej wyglądać, wydłużyć życie i poprawić jego jakość. Niektóre dostępne w naturze – jak teina występująca w herbacie czy kofeina w kawie – według większości autorów nie są moralnie problematyczne. Jednak gdy pojawia się pytanie o dopuszczalność użycia marihuany czy kokainy, które są również substancjami naturalnymi, odpowiedź nie jest już tak oczywista. Od wielu lat toczą się dyskusje nad moralną akceptowalnością legalizacji ich stosowania, nie tylko w celach leczniczych¹⁷.

Zewnętrzne HET zwiększają możliwości człowieka bez ingerencji i zmiany jego wewnętrznych systemów biologicznych, psychologicznych czy kognitywnych (jak np. komputery, egzoszkielety). Wewnętrzne HET zwiększają natomiast umiejętności już istniejące lub pozwalają na powstanie nowych, zmieniając istotę systemów już przez człowieka posiadanych, jak np. zwiększenie żywotności poprzez zmianę mechanizmu podziału komórkowego tak, aby następował przy mniejszym skracaniu telomerazy¹⁸. Jako inny przykład może służyć nanotechnologia i modyfikacje genetyczne. I tutaj, podobnie jak poprzednio, możemy zastanawiać się nad użytecznością proponowanego w literaturze rozróżnienia w kontekście analizy moralnej. Gdy bowiem zastanawiamy się nad użyciem specjalistycznego sprzętu pozwalającego np. widzieć w ciemności, to możliwość wykorzystania tych ulepszeń w codziennym życiu nie budzi naszych wątpliwości ani rozterek. Manipulacje genetyczne, które skutkują pojawieniem się cech dotąd niewystępujących u człowieka, jak np. zdolności do oddychania pod wodą, nie poddają się już jednak tak jednoznacznej ocenie. Nie jesteśmy bowiem na dzień dzisiejszy w stanie przewidzieć skutków tak daleko idących interwencji w ludzki organizm, możliwości ewentualnego powstania udoskonalonego „posthuman” i konsekwencji, jakie może to wywołać w skali globalnej.

¹⁷ Zob. szerzej: R.J. Gerber, *Legalizing Marijuana: Drug Policy Reform and Prohibition Politics*, Westport, Connecticut, London, 2004; P.A. Clark, *The Ethics of Medical Marijuana: Government Restrictions vs. Medical Necessity*, 21 (1), 2000.

¹⁸ T. Garcia, R. Sandler, *Enhancing Justice?*, “Nanoethics”, vol. 2, 2008, s. 3; Y.S. Cong, W.E. Wright, J.W. Shay, *Human telomerase and its regulation. Microbiology and Molecular Biology Reviews*, 66 (3), 2002.

Przedstawione rodzaje udoskonaleń oraz podziały *HET* unaoczniają szeroki wachlarz możliwości, z jakich może skorzystać człowiek, aby poprawić naturalne własności, w które wyposażyła go natura. Warto zauważyć, że dana technologia ulepszania zazwyczaj będzie należeć do kilku kategorii jednocześnie. Przykładowo, inżynieria genetyczna należy do kategorii sztucznej, a także wewnętrznej *HET*, mogącej jednocześnie poprawić fizyczne i kognitywne cechy człowieka. Wyraźnie widać również, że w zależności od zastosowanej metody ulepszania zakres zmian, wpływ na określony narząd, organ czy układ oraz długość ich trwania mogą się istotnie od siebie różnić w zależności od osobnika, wobec którego zastosowano daną technikę. Pojawia się zatem pytanie o to, czy przedstawione podziały przybliżają nas do rozstrzygnięcia pierwszorzędnej kwestii moralnej dopuszczalności stosowania *HET*, prowadzących do udoskonalenia człowieka, czy też raczej stanowią jedynie nieudolną próbę ich typologii niesłużącej rozwiązaniu żadnej istotnej kwestii.

Należy w tym miejscu przypomnieć, że *HET* i ustalanie konsekwencji ich stosowania stanowią nie tylko przedmiot badań nauk przyrodniczych – fizyki, chemii, biologii, neurologii, lecz także filozofii – czy już w niedługim czasie również prawa. Skutki stosowania *HET* są jedną z istotnych kwestii coraz częściej poddawanych analizie filozoficznej¹⁹. W kontekście rozwoju nauk przyrodniczych bowiem, jak podkreślają eksperci, zagadnieniem, którego nie można w badaniach nad *HET* pominąć, jest wpływ, jaki *HET* i *HE* wywierają na naturę człowieka²⁰. Warto zasygnalizować, że opisane zmiany, będące rezultatem zastosowania *HET*, nie mają wyłącznie biologicznego wymiaru (zresztą, nawet zmiany tylko w tym zakresie są przez niektórych filozofów uznawane za zmianę samej *HN*), ale mogą zmienić kluczowe cechy ludzkiej natury, do których zaliczają się tak różne jej elementy jak empatia, skłonności kooperacyjne, system

¹⁹ Zob. szerzej: A. Buchanan, *Human nature and enhancement*, "Bioethics", vol. 23. 2009; N. Bostrom, A. Sandberg, *The Wisdom of Nature: An Evolutionary Heuristic for Human Enhancement*, [w:] *Human Enhancement*, J. Savulescu. N. Bostrom (red.), Oxford: Oxford University Press, 2009.

²⁰ Zob. szerzej: A. Buchanan, *Human Nature And Enhancement*, "Bioethics", vol. 23 (3), 2009.

moralny, kognitywny; cechy, które ma człowiek i tylko człowiek²¹, a co według niektórych stanowi o jego człowieczeństwie. Zmiany te mogą, jak twierdzą niektórzy autorzy, prowadzić do tak niebezpiecznych skutków, jak powstanie „nadczołowieka”, który osobniki mniej doskonale czy też nieposiadające pożądanych cech będzie traktował jak podludzi czy nawet je eliminował²².

Naszym zdaniem przyjęcie adekwatnych podziałów *HET* jest niezbędne, stanowi bowiem naturalny punkt wyjścia dla dalszych analiz. Nie sposób dokonać zbiorczej, jednolitej oceny *HET* albo uniwersalnie rozważać kwestii ich dopuszczalności, właśnie z uwagi na ich ogromną różnorodność i to w odniesieniu do metod i skutków przez te technologie uzyskiwanych. Takie podziały są więc konieczne, ponieważ, po pierwsze, pozwalają nam uporządkować rozważania, po drugie zaś wskazują, jaki charakter ma ingerencja *HET* w zdolności człowieka, w które wyposażyla go natura.

Tak więc w celu znalezienia odpowiedzi na nurtujące nas pytanie o dopuszczalność *HET*, poprzedzające ustalenie zakresu odpowiedzialności udoskonalonego człowieka, analizę należy rozpocząć od wieloaspektowej charakterystyki danego środka lub techniki – określenia tego, do jakiej kategorii *HET* dany środek, metoda, należy. Następnie należy przeanalizować skutki zastosowania konkretnej techniki udoskonalania oraz zastanowić się nad celami użycia poszczególnych *HET*, ponieważ pominięcie aspektu teleologicznego mogłoby łatwo doprowadzić do nieuzasadnionych, pochopnych wniosków. Czy zadowalające byłoby bowiem twierdzenie, że środek X powoduje uzależnienie, a zatem niedopuszczalne jest jego użycie, jeśli właśnie dzięki zażyciu X pilot samolotu mógłby samodzielnie i bezpiecznie poprowadzić wielogodzinny lot w przypadku, gdy drugi pilot doznał ataku serca? Jak odpowiemy na pytanie o zgodę na zażycie środka Y, o którym wiemy, że jest niebezpieczny dla zdrowia (np. jego długotrwale zażywanie uszkadza wątrobę), jeśli jego zażycie pozwoli lekarzowi przeprowadzić

²¹ A. Buchanan, *Moral Status and Human Enhancement*, „Philosophy & Public Affairs”, vol. 37, 2009, s. 352.

²² G. Annas, *Cell Division*, „Boston Globe”, <http://geneticsand-society.org/resources/items/20020421/globeannas.html>, 2002 [dostęp: 17.09.2020].

z sukcesem skomplikowaną i wielogodziną operację ratującą życie?²³ Z drugiej strony, czy zgodzimy się, że dopuszczalne jest zażycie środka, który zwiększa wydolność kognitywną mózgu, bez powodowania negatywnych skutków ubocznych, w sytuacji przystępowania przez uczniów do konkursu matematycznego, w którym nagrodą jest lukratywne stypendium w MIT czy wygranie Konkursu Chopinowskiego, z którym wiązałoby się nie tylko sława i uznanie, lecz także recital w Carnegie Hall? W tych i wielu innych przypadkach samo ustalenie występowania negatywnych skutków ubocznych jest niewystarczające do stwierdzenia niedopuszczalności *HET*. Konieczne jest sięgnięcie do analizy teleologicznej i oceny celu, w jakim środek ma być użyty.

Konkludując, analizę *HET* należy naszym zdaniem rozpoczynać od charakterystyki konkretnej techniki udoskonalania i ustalenia jej skutków, w tym wpływu na naturę człowieka, a następnie określić warunki jej dopuszczalności (przy uwzględnieniu zidentyfikowanych wcześniej skutków, głównych i ubocznych, oraz celu zastosowania danej *HET*). Rezultaty tej analizy mogą zostać później wykorzystane w procesie ustalania zakresu odpowiedzialności moralnej i prawnej podmiotów decydujących się na jej użycie.

Skutki *HET* a dopuszczalność ich stosowania

Zidentyfikowanie pozytywnych i negatywnych skutków zastosowania *HET* oznacza nie tylko wskazanie realnych zmian, które następują w organizmie człowieka, lecz także może mieć implikacje konceptualne.

Z reguły skutki *HET* ustalane są na podstawie badań empirycznych, przeprowadzanych przez specjalistów z różnych dziedzin nauki: medycyny, farmakologii, biologii czy nauk kognitywnych. To właśnie badania prowadzone w ramach nauk empirycznych stanowią źródło informacji

²³ Dobrym przykładem wykorzystania *HET* „w służbie ludzkości” są siły zbrojne. Szczegółową analizę wykorzystania najnowszych osiągnięć technologicznych służących udoskonalaniu człowieka przez żołnierzy przedstawił Ł. Kamiński w monografii *Nowy wspaniały żołnierz. Rewolucja biotechnologiczna i wojna XXI wieku* (Kraków, WUJ 2014).

i wiedzy, umożliwiające prowadzenie analiz w odniesieniu do płaszczyzny realnej. Nauki te określają, jak dana technika udoskonalania zmienia ludzkie ciało i umysł. Ustalenie skutków działania *HET* oznacza nie tylko wskazanie osiąganych ulepszeń, lecz także skutków ubocznych, które bardzo często, choć nie zawsze, towarzyszą ich stosowaniu. W tym kontekście środki, które pozbawione są negatywnych skutków ubocznych, uznalibyśmy na tym wstępnym etapie analizy (a więc przed rozważeniem potencjalnych celów ich zastosowania przez ludzi) za dopuszczalne; jak chociażby oksytocynę²⁴ (stosowaną dla poprawy nastroju, zmniejszenia strachu czy zwiększenia empatii), β -blokery²⁵ (stosowane przez muzyków czy artystów przed występem), wszelkiego rodzaju ćwiczenia umysłu i ciała, sztuczne kończyny czy organy²⁶.

Podstawowym problemem podczas ustalania realnych skutków zastosowania *HET* jest to, że aktualnie możemy wskazać jedynie część niepożądanych skutków. Różne techniki udoskonalania zostały bowiem odkryte stosunkowo niedawno i trudno oszacować ich dalekosiężne konsekwencje. W naszym przekonaniu nie jest to jednak szczególnie mocny argument przeciwko nowoczesnym *HET*. Gdyby obawa przed przyszłymi, niewiadomymi skutkami miała być powodem zakazu ich stosowania, to nadal, jak pisze Nick Bostrom, „iskalibyśmy sobie nawzajem wszy z pleców”²⁷. Niewątpliwie pożądanym ulepszeniom często towarzyszą

²⁴ Zob. szerzej: O. Wudarczyk, B. Earp, A. Guastella, J. Savulescu, *Could intranasal oxytocin be used to enhance relationships? Research imperatives, clinical policy, and ethical considerations*, „Current Opinion in Psychiatry”, vol. 26, 2013; G. Domes, M. Heinrichs, A. Michel, C. Berger, S.C. Herpertz, *Oxytocin improves “mind-reading” in humans*, „Biological Psychiatry”, vol. 61, 2007.

²⁵ Zob. szerzej: C. Brantigan, T. Brantigan, N. Joseph, *Effect of beta blockade and beta stimulation on stage fright*, „American Journal of Medicine”, vol. 72, 1982; D. Harris, *Using [beta]-blockers to control stage fright: a dancer’s dilemma*, „Medical Problems of Performing Artists”, vol. 16, 2001, <http://go.galegroup.com/ps/anonymous?id=GALE|A173277102&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=fulltext&issn=08851158&p=AONE&sw=w&authCount=1&isAnonymousEntry=true>; T. Butryn, *Cyborg Horizons: Sport and the Ethics of Self-Technologization*, [w:] *Sport Technology: History, Philosophy and Policy*, A. Miah and S.B. Eassom (red.), Oxford, Elsevier Science, 2002; A.G. Franke, K. Lieb, *Pharmakologisches Neuroenhancement und „Hirndoping, Chancen und Risiken*, „Bundesgesundheitsblatt”, August, 2010.

²⁶ S. Camporesi, *Oscar Pistorius, enhancement and post-humans*, „Journal of Medical Ethics”, vol. 34, 2008.

²⁷ N. Bostrom, *In Defence of Posthuman Dignity*, „Bioethics”, vol. 19, 2005, s. 205.

niechciane skutki, lecz dopiero bilans potencjalnych zysków i strat stanowi jedno ze wstępnych kryteriów oceny dopuszczalności danej metody (z zastrzeżeniem, że negatywne skutki uboczne ustalamy na podstawie obecnego, często niepełnego stanu wiedzy). Jednakże nawet wtedy, gdy takie skutki uboczne przewyższają korzyści płynące z zastosowania danej HET, nie musi to jeszcze przesądzać o ostatecznym, definitywnym uznaniu niedopuszczalności danej techniki bądź środka.

Ważnym elementem analizy skutków zastosowania danej techniki udoskonalania człowieka jest również ustalenie skutków w odniesieniu do pojmowania natury człowieka. Jak bowiem twierdzi część przedstawicieli nauki, zastosowanie HET powoduje zmianę tego, co wchodzi w skład pojęcia natury ludzkiej²⁸. Stawiając jednak zarzut takiego właśnie skutku udoskonalania, zakłada się nie tylko pewne pojęcie natury ludzkiej, lecz także traktuje się zmiany biologiczne lub kognitywne jako ingerencje mające również skutki „pojęciowe”, to znaczy zmieniające nasz sposób rozumienia natury ludzkiej.

W ramach analizy pojęciowej zasadniczym problemem, wyprzedzającym pozostałe, jest brak jednolitego rozumienia pojęcia natury człowieka. Jak słusznie zauważa Ronald Cole Turner:

To przykre, że właśnie w tym momencie historii ludzkości, kiedy jesteśmy u progu możliwości technologicznych manipulacji naturą ludzką, tak bardzo mała zgoda panuje co do tego, co rozumiemy przez ludzką naturę. W istocie, mamy niewiele kandydujących teorii filozoficznych lub teologicznych natury ludzkiej, przez co jest całkiem prawdopodobne, że zmienimy coś, czego nawet nie udajemy, że rozumiemy. Może się okazać, że dzięki naszej własnej zmianie na drodze pewnego rodzaju eksperymentu naukowego

²⁸ Zob. szerzej: *Is human nature obsolete? Genetics, bioengineering, and the future of the human condition*, H. Baillic, T. Casey (red.), 2004, Cambridge, MA: MIT Press; L. Kass, *The Wisdom of Repugnance*, “The New Republic”, June 2, 1997; *The Human Cloning Debate*, G. McGee (red.), Berkeley, CA: Berkeley Hills Books, 1998; *Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications*, E. Parens (red.), Washington DC: Georgetown University Press, 2000.

przeprowadzonego na nas samych, przyjdzie moment, że w końcu zrozumiemy siebie o wiele jaśniej²⁹.

Tak więc fundamentalny spór dotyczy nie tyle tego, czy *HET* prowadzi do zmiany natury człowieka ani czy taka zmiana jest pożądana, lecz głównie – jaka jest natura ludzka. Dopóki ta kwestia nie zostanie rozstrzygnięta, trudno będzie stronom sporu ustalić jakieś wspólne stanowisko w kwestii oceny dopuszczalności poszczególnych *HET*. Oczywiście kwestią otwartą jest, czy taki filozoficzny spór w ogóle może być rozstrzygnięty. Pomimo tych wątpliwości zagadnienie pojęciowego ujęcia natury człowieka podejmowane było od stuleci, a w obliczu szybkiego rozwoju *HET* nabrało szczególnego znaczenia. Dotąd nie ustalono, jak należy rozumieć naturę ludzką, a obecnie prowadzone spory ujawniają, po raz kolejny, brak możliwości dojścia do porozumienia w zasadniczej kwestii akceptowalnego ujęcia tego pojęcia. Trudno nawet wskazać wspólne punkty proponowanych w filozofii ujęć³⁰.

Niewątpliwie jednak można przyjąć, że pojęcie natury ludzkiej podlega zmianom. Według Alasdaira MacIntyre'a każda forma praktyki społecznej i moralnej ma własny obraz natury ludzkiej. To, jak ją definiujemy, zależy od czasu i miejsca. Wydawać by się mogło, że brak zgody co do pojęcia natury ludzkiej powinien stanowić zasadniczą przeszkodę w stawianiu zarzutu ingerowania w nią. Nic bardziej mylnego. Biokonserwatyści, jak często nazywani są przeciwnicy udoskonalania człowieka, podkreślają, że skutkiem zastosowania *HET* jest wpływ na naturę ludzką, który to wpływ rozumieją jako zmianę tego, co nazywamy „istotą człowieczeństwa”. Zmiana ta pociąga za sobą tak daleko idące konsekwencje, jak przeobrażanie się systemu moralnego, zagrożenie dla autentyczności człowieka³¹,

²⁹ R. Cole-Turner, *Do means matter?*, [w:] *Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications*, E. Parens (red.), Washington D.C.: Georgetown University Press, 1998, s. 156 (tłum. własne).

³⁰ P. Ehrlich, *Human Natures: Genes, Cultures, and the Human Prospect*, Washington: Island Press, 2000, s. 12.

³¹ M. Sandel, *The Case against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, s. 26.

utrąę jego indywidualnej tożsamości³² i wiele innych potencjalnych zagrożeń, którym należy się jednoznacznie sprzeciwić³³. Biokonserwatyści ponadto podkreślają nieprzewidywalne i niebezpieczne konsekwencje HE, powodujące utratę człowieczeństwa³⁴ oraz wielce niebezpieczne dla całej ludzkości powstanie ludzi o wyższym, z uwagi na ich udoskonalenie, statusie moralnym. Ludzi, którzy z racji swej „wyższości” będą traktować ludzi nieudokonalonych jako swoistego rodzaju „podgatunek”, a nawet, jak ukazało to wiele filmów *science-fiction* – by wymienić jedynie *Equilibrium* czy *Gattaca* – przyjmować postawę nadludzi, arbitralnie decydujących o losach tych, którzy ulepszeni nie są³⁵.

Natomiast bioliberalni zwolennicy stosowania HET podkreślają, że udoskonalanie człowieka nie jest działaniem skierowanym przeciwko człowieczeństwu, nie jest ingerencją w naturę człowieka³⁶ i nie powoduje utraty tożsamości. Jak to ujmuje Nick Bostrom:

Transhumaniści, jak często się ich określa, widzą naturę ludzką jako work-in-progress, wpół zrealizowany projekt, który możemy nauczyć się modelować w pożądanym sposób. Aktualny stan rozwoju ludzkości nie musi być punktem końcowym ewolucji. Bioliberalowie mają nadzieję, że poprzez odpowiedzialne korzystanie z nauki, technologii i innych racjonalnych środków uda się w końcu uży-

³² M. Mehlman, *Transhumanist Dreams and Dystopian Nightmares*, Baltimore: Johns Hopkins University Press 2012, s. 16.

³³ Zob. szerzej: L. Kass, *Preventing A Brave New World*, TNR Online (The New Republic Online) June 21, 2001, <https://web.stanford.edu/~mvr2j/sfsu09/extra/Kass3.pdf>; idem, *The Wisdom of Repugnance*, “The New Republic”, June 2, 1997; idem, *Life Liberty & the Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*, (Encounter Broadside) Paperback – January 1, 2004; F. Fukuyama, *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*, New York: Picador Books 2002, i inni.

³⁴ „Klonowanie i dziedziczne zmiany genetyczne mogą być postrzegane jako zbrodnie przeciwko ludzkości będącej unikalną w swoim rodzaju: są technikami, które mogą zmienić istotę samej ludzkości.” – G. Annas, *American Bioethics: Crossing Human Rights and Health Law Boundaries*, Oxford: Oxford University Press 2005, s. 44.

³⁵ N. Agar, *Perfect Copy. Unravelling the Cloning Debate*, Duxford, Cambridge: Icon Books 2002, s. 114.

³⁶ N. Bostrom, J. Savulescu, *Introduction Human Enhancement Ethics: The State of the Debate*, [w:] *Human Enhancement*, N. Bostrom, J. Savulescu (red.), Oxford 2009, s. 17.

skąć post-humans, istoty o znacznie większych możliwościach niż obecnie posiadane przez ludzi.³⁷

Co więcej, dla bioliberalów jest to cel pożądaný. Człowiek bowiem od zarania dziejów dążył do doskonałości, choć samo pojęcie natury człowieka i określenie tego, czym jest ludzka doskonałość i jak ją osiągnąć, zmieniały się wraz z rozwojem cywilizacyjnym.

Jednakże, w naszym przekonaniu, to nie w braku wspólnej definicji natury ludzkiej leży istota problemu, lecz w odpowiedzi na pytanie, dlaczego interwencje w naturę ludzką biokonserwatyści tak jednoznacznie oceniają jako złe i niedopuszczalne, nazywając je „zabawą w Boga (lub Nature)”, „zagrożeniem dla człowieczeństwa” bądź „utrata tożsamości”³⁸. Sama ewolucja jest przecież właśnie przykładem procesu zmiany cech i zdolności człowieka, ich stałego ulepszania. Wydaje się, że dopóki rodzaj ludzki istnieje, proces ten ma charakter nieskończony i jest naturalną (sic!) dążnością człowieka. Dopóki człowiek egzystuje, jego ewolucja trwa. Podejmuje wszelkie działania, by zdolności, którymi obdarzyła go natura, nie tylko udoskonalać, ale nawet dążyć, by pojawiły się takie, które nie były nigdy człowiekowi dostępne. Należałoby zatem przyjąć, że to, o czym mówią przeciwnicy HET, oznacza po prostu brak zgody na wyręczanie natury, sztuczne jej poprawianie czy wyprzedzanie naturalnych zmian ewolucyjnych. Gdyby jednak zgodzić się z argumentacją głoszącą, że poprawianie natury, przyspieszanie pewnych procesów jest złe, a co za tym idzie, powinno być zakazane, spowodowałoby to w zasadzie zatrzymanie rozwoju człowieka, a także praktycznie wszystkich nauk zaangażowanych w tworzenie HET. Czyż bowiem stosowanie szczepionek, picie kawy, używanie protez, zażywanie leków i wiele innych czynności służących HE nie jest udoskonalaniem człowieka, a zatem ingerencją w naturalną kolej rzeczy? Biokonserwatyści argumentują, że jeśli człowiek ze swej natury nie jest odporny na wiele bakterii, to może należałoby

³⁷ N. Bostrom, *Human Genetic Enhancements: A Transhumanist Perspective*, „Journal of Value Inquiry”, vol. 37, 2003, s. 494.

³⁸ C. Elliott, *A Philosophical Disease: Bioethics, Culture and Identity*, New York: Routledge 1999, s. 28–29.

poczekać, aż taka odporność pojawi się w sposób naturalny, ewolucyjny. Skoro człowiek nie jest w stanie pracować w skupieniu przez dwadzieścia godzin, to może lepiej, żeby tak długo nie pracował, dopóki sama natura nie stworzy człowieka, który do regeneracji potrzebuje czterech godzin snu. Jeśli starość czy nieszczęśliwy wypadek oznacza trwale niedołęstwo lub inwalidztwo, to może należałoby to zostawić w rękach natury. Może powinniśmy się zawsze poddawać wyrokowi natury i z pokorą je przyjmować.

Jednak to, że obecnie długość życia kobiet wynosi około 80, a mężczyzn około 70 lat³⁹, jest przecież efektem rozwoju medycyny, farmakologii i wielu innych działań, mających niewątpliwie charakter udoskonalania. Gdyby nie szczepionki, witaminy, antybiotyki, dziś nadal średnia życia wynosiłaby, jak w wiekach średnich, około 30 lat. Czy to, pytają bioliberalowcy, że nie tylko chcemy żyć dłużej, ale i lepiej, jest moralnie złe? Przecież nie chodzi współczesnym ludziom tylko o to, by utrzymać się przy życiu, ale aby miało ono lepszą jakość. Taką właśnie jakość może nam dać zastosowanie technik udoskonalających. Wreszcie, czy poprzez zmiany powodujące lepszy komfort życia (jesteśmy silniejsi, rzadziej chorujemy itp.) stajemy się mniej ludzcy? Czy przez fakt farmakologicznego zwiększenia naszej odporności na choroby utraciliśmy istotę człowieczeństwa, a przez używanie bionicznej protezy zmieniamy naturę człowieka?

Udzielenie odpowiedzi na tak postawione, charakterystyczne pytania biokonserwatystów i bioliberalów nie jest łatwe. Skłonne jesteśmy jednak przyjąć, że prawdopodobnie gruntowej zmiany wymaga dotychczasowe, raczej statyczne niż dynamiczne, rozumienie natury człowieka oraz, w szczególności, konieczne jest precyzyjne określenie jej elementów składowych. Wydaje się ponadto, że niezależnie od tego, jaką definicję natury ludzkiej przyjmujemy, nie będzie to automatycznie oznaczać, że działania ludzkie w nią ingerujące (np. za pomocą *HET*) są złem samym w sobie. Większość bowiem działań podejmowanych w kontekście *HE* miała i nadal ma na celu polepszenie ludzkich szans na lepsze życie.

³⁹ http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Mortality_and_life_expectancy_statistics

Cele stosowania a dopuszczalność *HET*

Ostatnim, niezbędnym elementem analizy dopuszczalności stosowania *HET*, jest ocena celu, któremu ma służyć użycie danej techniki udoskonalającej. Na tym etapie należy odpowiedzieć na pytanie, w jakim celu człowiek sięga po „udoskonalacz” i czy cel ten jest akceptowany z moralnego punktu widzenia.

Do przeprowadzenia oceny celu zastosowania *HET* w różnych sferach aktywności człowieka wykorzystamy pojęcie praktyk, opracowane przez Alasdaira MacIntyre’a⁴⁰. Ten etap rozważań ma charakter *stricte* moralny, a zaproponowana przez szkockiego filozofa teoria etyczna, w ramach której rozważa on teorię praktyk społecznych, oferuje niezbędną aparaturę pojęciową do analizy ludzkich działań i pozwala dokonać moralnej oceny ich znaczenia. MacIntyre definiuje praktykę jako:

wszelką spójną i złożoną formę społecznie ustanowionej, kooperatywnej działalności ludzkiej, poprzez którą dobra wewnętrzne wobec tej działalności są realizowane w procesie dążenia do realizacji wzorców doskonałości, które są charakterystyczne dla tej formy działalności i które po części ją definiują. Dzięki tak pojętej praktyce społecznej możliwość osiągnięcia doskonałości przez człowieka oraz pojęcie celów i dóbr systematycznie się rozszerza⁴¹.

Praktyka obejmuje standardy doskonałości i posłuszeństwa zasadom w niej obowiązującym. Uczestniczenie w danej praktyce oznacza zaakceptowanie mocy tych standardów, podporządkowanie im własnej postawy, wyborów i preferencji. Nie ma jednak, według MacIntyre’a, pojęciowych czy apriorycznych sposobów, w jakich praktyki mogą być wykonywane. I chociaż standardy doskonałości obowiązują uczestników danej praktyki, to partycypując w niej, mają oni swój wkład w rozwój

⁴⁰ Zob. szerzej: A. MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Paris 1996.

⁴¹ *Ibidem*, s. 187.

tych standardów. Obowiązujące reguły praktyki mogą być w niektórych przypadkach zmienione bez szczególnej obawy, że istota praktyki zostanie utracona. Wspólnota uczestniczących może zgodzić się na te zmiany, uznając, że jest to dla danej praktyki korzystne⁴².

Zdaniem szkockiego filozofa istnieją dwa rodzaje dóbr możliwych do uzyskania dzięki jakiegokolwiek ludzkiej aktywności: dobra wewnętrzne i zewnętrzne. Dobra wewnętrzne obejmują formy rozumienia i zdolności fizyczne. Takimi dobrami są, np. umiejętność analitycznego czy strategicznego myślenia, przeprowadzenie skutecznej operacji, wyleczenie pacjenta, pokonanie dystansu 100 metrów w mniej niż 10 sekund. Umiejętności te uczestnik nabywa przede wszystkim treningiem, pracą nad sobą, systematyczną nauką, przestrzegając jednocześnie określonych wzorców ich osiągania – tzw. wzorców doskonałości (*standards of excellence*).

Dobra zewnętrzne są jedynie przygodne i zewnętrznie związane z praktyką, wskutek przypadkowej więzi wynikającej z okoliczności społecznych. Należą do nich, m.in. bogactwo, sława, prestiż i władza. Istnieje wiele sposobów, aby uzyskać dobra zewnętrzne. Są one przedmiotem rywalizacji, która ma nieuchronnie charakter gry o sumie zerowej. W wyścigu o te dobra zawsze są wygrani i przegrani. Zysk jednego uczestnika oznacza stratę innego⁴³. W odróżnieniu od dóbr wewnętrznych można je osiągnąć zarówno ciężką i wytrwałą pracą, jak i w drodze oszustwa (np. doping w sporcie).

MacIntyre ilustruje różnicę między dobrami wewnętrznymi a zewnętrznymi za pomocą przypowieści o nauczaniu dziecka gry w szachy. Inteligentne dziecko otrzymuje propozycję nauki gry w szachy, choć nie ma na to żadnej ochoty. Jednakże gracz przekupuje dziecko, proponując mu za

⁴² T. Clyton, *Political Philosophy of Alasdair MacIntyre*, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/p-macint/>

⁴³ „It is characteristic of what I have called external goods that when achieved they are always some individual's property and possession. Moreover characteristically they are such that the more someone has of them, the less there is for other people. This is sometimes necessarily the case, as with power and fame, and sometimes the case by reason of contingent circumstance as with money. External goods are therefore characteristically objects of competition in which there must be losers as well as winners”, Ibidem, s. 190.

wygraną słodczy. Dopóki celem, dla którego dziecko gra w szachy, jest ich otrzymanie, ma ono wszelkie powody, by sięgać po każdy dostępny środek pozwalający na wygraną. Ma zatem powody, by oszukiwać, bowiem w ten sposób może wygrać więcej cukierków. Gracz ma jednak nadzieję, że przyjdzie czas, gdy dziecko odkryje inne dobra związane z tą szlachetną grą – jak umiejętność myślenia analitycznego, wyobraźnię strategiczną, zapamiętywanie czy inne zdolności nierozzerwalnie związane z umiejętnością gry w szachy. By jednak osiąść te umiejętności, konieczny jest wytrwały trening, bowiem jedynym sposobem ich uzyskania są uczciwe ćwiczenia. Innymi słowy, drogą do perfekcji w tej grze jest nauka jej zasad i doskonalenie umiejętności. To właśnie one – jak np. umiejętność strategicznego myślenia – są wewnętrznymi dobrami praktyki, jaką jest gra w szachy. Kiedy to sobie uświadamiamy, to oczywiście staje się, że oszukiwanie jest w tej sytuacji irracjonalne. Nie nabędzie się bowiem tych umiejętności – dóbr wewnętrznych – grając nieuczciwie. Żadne oszustwo w grze nie pozwoli graczowi ich osiągnąć. Dobra zewnętrzne zaś, jak w przytoczonej przypowieści słodczy, często będące bardzo kuszącymi i pożądanymi (w przypadku innych praktyk – sława, pieniądze, prestiż) można uzyskać w sposób nieuczciwy, nie przestrzegając reguł danej praktyki, łamiąc zasady i sięgając po środki „niedozwolone”.

Ważne jest to, że dobra wewnętrzne są pożądane nie tylko dla jednostki podejmującej daną praktykę, lecz dla całej społeczności, która także partycypuje w danej praktyce. Ich uzyskiwanie ma bowiem pozytywny wpływ na wszystkich uczestników praktyki. Istota praktyk leży w osiąganiu dóbr wewnętrznych, szczególnych form doskonałości człowieka, które praktyki czynią możliwymi. To właśnie wewnętrzne standardy doskonałości decydują o ocenie praktyki. Najlepszy wynik sportowy nie jest identyczny z wygraną meczu, a wspinaczka górską nie jest tym samym co wjazd kolejką na szczyt góry. Jednocześnie sięgnięcie po środki niedozwolone, np. w sporcie poprzez doping, czy używanie zakazanego sprzętu, nie tylko jest złamaniem reguł danej praktyki, lecz także powoduje atrofie tego, co w sporcie najważniejsze – jak się to często określa, zniszczenie ducha sportu. Nie wygra bowiem ten, kto naprawdę

jest najlepszy w danej dyscyplinie, jak powiedziałby MacIntyre – osiągnął doskonałość, lecz ten, kto za pomocą dodatkowych, niezgodnych z regułami gry środków uzyskał najlepszy wynik. W ten sposób tracimy istotę rywalizacji sportowych – wygraną tych, którzy dzięki ciężkiemu treningowi są najlepsi i powinni uzyskać najwyższy wynik. Sport jest bowiem typem aktywności nakierowanej na praktykę (*practice-oriented activity*)⁴⁴, gdzie istotą tej praktyki jest osiągnięcie dobra wewnętrznego – doskonałości w danej dziedzinie, której przejawem jest najlepszy wynik. Na tym gruncie oszustwo jest niedopuszczalne, a reguły dotyczące sposobu przebiegu zawodów i zasad uczestnictwa muszą być przestrzegane, w innym bowiem przypadku istota takiej praktyki zostanie utracona. Należy jednak jeszcze raz podkreślić, że możliwa jest zmiana wzorców doskonałości; reguł osiągania dóbr wewnętrznych. Jeśli np. uczestnicy praktyki zgodzą się na zmianę reguł i ustalą, że pływacy mogą używać specjalnych kombinezonów, wtedy oczywiście praktyka nie zostanie pozbawiona swej istoty.

Przypadek lekarza

Nieco inaczej kwestia ta przedstawia się w przypadku medycyny. Jest ona niewątpliwie praktyką, a jeśli przyjrzymy się jej istocie, to w tym przypadku nie tylko techniczne umiejętności, jak przeprowadzanie operacji na sercu, ale dobre samopoczucie, wyleczenie czy ludzkie zdrowie należy zidentyfikować jako dobra wewnętrzne medycyny jako praktyki. Standardy zaś doskonałości – określony poziom umiejętności, wiedzy medycznej, jakkolwiek niezbędne i także należące do dóbr wewnętrznych, stanowią „jedynie” środek do celu, jakim jest korzyść zdrowotna pacjenta. Inaczej rzecz ujmując, im większy stopień perfekcji chirurga, tym większy stopień osiągania dobra wewnętrznego, jakim jest przywrócenie zdrowia pacjentowi czy uratowanie jego życia. To właśnie realizacja tego celu stanowi

⁴⁴ F. Santoni de Sio, P. Robichaud, Nicole A Vincent, *Who should enhance? Conceptual and normative dimensions of cognitive enhancement*, s. 7, http://ethicsandtechnology.eu/wp-content/uploads/Issue26_Paper_SantonideSio-libre.pdf

istotę medycyny. Można zatem przypisać ją do kategorii aktywności nakierowanych na cel (*goal-directed activity*) w rozumieniu MacIntyre'a.

Jak pojęcie praktyk przybliża nas do ustalenia kryteriów oceny dopuszczalności stosowania *HET*? By to zilustrować, sięgniemy po interesujący nas przypadek lekarza.

Traktujemy go jako przypadek szczególny, który jednak równocześnie pozwala na zwrócenie uwagi na pewne ogólne i uniwersalne kwestie związane z odpowiedzialnością za swoje działania bądź zaniechania. Jak już zaznaczyliśmy, medycyna jest praktyką w rozumieniu MacIntyre'a, lecz podobnie jak wiele praktyk ma charakter kompleksowy. Pozwala osiągnąć zarówno dobra wewnętrzne – doskonałą umiejętność przeprowadzania zabiegów medycznych, ratowanie życia i zdrowia pacjenta, jak i zewnętrzne – doskonali chirurdzy zdobywają przecież także prestiż, sławę i pieniądze. Jednak to, co odróżnia medycynę od sportu jako praktyki, to fakt, że jej istotą jest leczenie, ratowanie życia ludzkiego. Umiejętności i stopień perfekcjonizmu, który chirurg może osiągnąć w trakcie swojej praktyki, jest „jedynie” narzędziem, a nie celem samym w sobie. Im lepszy, doskonalszy lekarz, tym większe szanse na skuteczną operację. Im doskonalsza umiejętność w tym zakresie, tym wyższy stopień osiągania głównego dobra – ratowania życia i zdrowia pacjentów.

W medycynie, podobnie jak we wszystkich praktykach, obowiązują określone reguły ich wykonywania. Kiedy mówimy o lekarzu, są to standardy wykonywania tego zawodu, określane mianem „zasad sztuki lekarskiej”. Składa się na nie szereg reguł, które zostały określone przez daną wspólnotę w trakcie jej rozwoju. Praktyki nie są bowiem, jak pisze MacIntyre, odporne na krytykę i zmieniają się wraz z jej uczestnikami i rozwojem wspólnoty⁴⁵. W Polsce standardy dla uprawiania sztuki lekarskiej odnajdziemy m.in. w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁴⁶. Zgodnie z art. 4 tej ustawy lekarz:

⁴⁵ H.G. Blocker, *Introduction*, [w:] *The Nature of Virtues*, A. MacIntyre, s. 6, http://homepage.westmont.edu/~hoeckley/readings/Symposium/PDF/101_200/129.pdf

⁴⁶ Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty z dnia 5 grudnia 1996 r. (tekst jedn. Dz.U. 2020 poz. 514, ze zm.).

ma obowiązek wykonywania zawodu, uwzględniając wskazania aktualnej wiedzy medycznej, dostępne mu metody i środki zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, jednocześnie zachowując zasady etyki zawodowej oraz należyłą staranność.

To bardzo ogólne sformułowanie zasad wiążących lekarza, dające szeroki wachlarz możliwości interpretacyjnych. Przepis ten zawiera bowiem klauzule generalne, których znaczenie określa tak nauka prawa, jak i orzecznictwo. Zasady wyrażone w tym artykule są nie tylko dyrektywami postępowania, lecz stanowią „kluczowy punkt odniesienia przy ocenie ewentualnej odpowiedzialności cywilnoprawnej lub karnej lekarza”⁴⁷. Jak zauważył Sąd Apelacyjny we Wrocławiu: „cytowany przepis odnosi się do staranności zawodowej lekarza, która powinna być należyta, właściwie dobrana do kwalifikacji danego lekarza (zespołu lekarzy), jego doświadczenia i sytuacji, w której udzielana jest pomoc osobie tego potrzebującej. Postępowanie lekarza w danej sytuacji należy oceniać z uwzględnieniem całokształtu okoliczności istniejących w chwili dokonywania zabiegu medycznego, a zwłaszcza tych danych, którymi lekarz dysponował albo mógł dysponować, mając na uwadze wymagania aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej”⁴⁸. Od lekarza wymaga się wysokiego poziomu przeciętnej staranności jako staranności zawodowej (art. 355 § 2 k.c.) i według tej przeciętnej ocenia się konkretne zachowanie⁴⁹.

Klauzula zaś „aktualnego stanu wiedzy” odnosi się do standardów tworzonych przez renomowane wyspecjalizowane podmioty (zarówno krajowe, jak i zagraniczne). Takie standardy mogą być i bywają określone w drodze aktów prawnych. Prawodawca określa, na podstawie dostępnej wiedzy, dozwolone ramy przeprowadzania procedur terapeutycznych, które stanowią punkt odniesienia dla oceny prawidłowości przebiegu danego zabiegu.

⁴⁷ M. Kopeć (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Wolters Kluwer 2016.

⁴⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 24 stycznia 2014 r., I ACa 1370/13, LEX nr 1469481.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 287/09 LEX nr 786561.

Źródłem aktualnego stanu wiedzy pozostaje także literatura profesjonalna, w tym prace naukowe publikowane w renomowanych czasopismach. Pojęciu aktualnej wiedzy medycznej ustawodawca celowo nie przypisał jednego i precyzyjnego znaczenia. Pozwala to na szerszą ocenę działania lekarza pod kątem zgodności ze wskazaniami aktualnej wiedzy⁵⁰.

Należyta staranność wymieniona w art. 4 nakłada na lekarza nie tylko obowiązek posiadania wystarczającej wiedzy, ale także odpowiedniego poziomu zręczności i skupienia. Jak zauważa Sąd Najwyższy, brak zręczności i nieuwaga przy przeprowadzaniu zabiegu, jeżeli oceniając obiektywnie, nie powinny one wystąpić w konkretnych okolicznościach, może prowadzić do zawinienia lekarza i odpowiedzialności prawnokarnej⁵¹. Należy przy tym pamiętać, że lekarz jest wprawdzie zobowiązany uczynić wszystko, aby zamierzony efekt osiągnąć, ale nie może odpowiadać za brak pomyślnego efektu leczenia, który ze względu czy to na charakter, czy na stopień zaawansowania choroby lub nie zawsze przewidywalną reakcję organizmu, nie jest pewny⁵². Innymi słowy, posługując się pojęciami z zakresu prawa cywilnego, zobowiązanie lekarza nie jest zobowiązaniem rezultatu, ale zobowiązaniem starannego działania, dotyczącego diagnozowania i leczenia. Wzorzec ten ustala się na podstawie przepisów prawa (powszechnie obowiązującego⁵³ i korporacyjnego⁵⁴) oraz wiedzy i praktyki zawodowej. Istotne są także naturalne predyspozycje i możliwości człowieka – jego zdolność, wiedza, koncentracja i wytrzymałość.

⁵⁰ M. Kopeć, Art. 4, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz* [online], Wolters Kluwer, 2020-07-24 05:18 [dostęp: 13.08.2020]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587708476/505916>

⁵¹ F. Śmigieński, *Glosa do wyroku SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 287/09*, LEX/el. 2012.

⁵² T. Kaczmarek, J.T. Marcinkowski, *Odszkodowania za niepowodzenia lecznicze*, „Orzecznictwo Lekarskie” 2011, t. 8, nr 2, s. 82.

⁵³ Przykładowo art. 53 ustawy z dnia 9 grudnia 2009 o izbach lekarskich (Dz.U.2019.0.965 t.j.) stanowi: „Członkowie izb lekarskich podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki lekarskiej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza, zwane dalej przewinieniem zawodowym”.

⁵⁴ Art. 8 KEL stanowi, że lekarz powinien przeprowadzać wszelkie postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze z należytą starannością, poświęcając im niezbędny czas.

Z obowiązkiem starannego działania lekarza są skorelowane określone prawa pacjenta. W szczególności art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁵⁵ stanowi, że pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej⁵⁶.

Dodając do tego katalogu przysięgę składaną przez każdego lekarza, wyraźnie widzimy, że celem, dla którego lekarz podejmuje swoje obowiązki, jest ratowanie życia i zdrowia pacjenta. Cel ten ma realizować, stosując dostępne środki⁵⁷. Można zatem stwierdzić, że zgodnie z przyjętym rozumieniem medycyny, jako praktyki nakierowanej na cel, tak długo, jak ludzie będą leczeni, cel medycyny będzie osiągany. Dobra wewnętrzne, dla których ludzie podejmują się wykonywać zawód lekarza, będą osiągane. Czy zatem, aby osiągnąć ten cel, chirurg może sięgnąć po udoskonalczyk? W naszym przekonaniu lekarz może korzystać ze środków, które pozwolą udoskonalic jego zdolności, pod warunkiem że mamy do czynienia z wykształconym medykiem, któremu nie są obce tajniki sztuki medycznej oraz zasady obowiązujące w tym zawodzie. Lekarzem, który zna dokładnie metody przeprowadzania zabiegów medycznych, wymagane procedury oraz przewidywalny (zwykły, normalny) sposób działania

⁵⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 186 z późn. zm.

⁵⁶ Obowiązek działania zgodnie z wymogami aktualnej wiedzy podkreślany jest również w ustawach regulujących inne zawody medyczne (np. art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarzy i położnych, tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 1435 z późn. zm.); zob. M. Nesterowicz, *Głos do nymruku SN z dnia 1 grudnia 1998 r.*, III CKN 741/98, PiM 2000, nr 6–7, s. 163).

⁵⁷ Przysięczenie lekarskie (KEL): „Przyjmuję z szacunkiem i wdzięcznością dla moich Mistrzów nadany mi tytuł lekarza i w pełni świadomy związanych z nim obowiązków przysiękam:

- obowiązków te sumiennie spełniać;
- służyć życiu i zdrowiu ludzkiemu;
- według najlepszej mej wiedzy przeciwdziałać cierpieniu i zapobiegać chorobom, a chorym nieść pomoc bez żadnych różnic, takich jak: rasa, religia, narodowość, poglądy polityczne, stan majątkowy i inne, mając na celu wyłącznie ich dobro i okazując należyne im szacunek;
- nie nadużywać ich zaufania i dochować tajemnicy lekarskiej nawet po śmierci chorego;
- strzec godności stanu lekarskiego i niczym jej nie splamić, a do kolegów lekarzy odnosić się z należną im życzliwością, nie podważając zaufania do nich, jednak postępując bezstronnie i mając na względzie dobro chorych;
- stale poszerzać swą wiedzę lekarską i podawać do wiadomości świata lekarskiego wszystko to, co uda mi się wynaleźć i udoskonalić. Przysiękam to uroczyście!?”.

środków ulepszających, w szczególności ich wpływ na jego organizm, na jego stan psychofizyczny i ryzyko z tym związane.

Jako przykład dobrze ilustrujący taką sytuację sięgnijmy po kazus chirurga, który został wezwany na ostry dyżur do ratującego życie pacjenta zabiegu na otwartym sercu. Takie operacje przeprowadza w kraju tylko kilku specjalistów, a on do tej grupy nie należy. Wie, jak ją przeprowadzić, wiele o niej czytał, jednak jego umiejętności nie odpowiadają niezbędnemu dla tego zabiegu stopniowi precyzji i skupienia. Ma jednak do swej dyspozycji udoskonalacz, który zapewni mu odpowiedni stopień koncentracji i precyzji. Czy taka sytuacja uzasadnia skorzystanie z *HET*? Cel, dla którego miałby je zażyć – wyleczenie pacjenta, będące dobrem wewnętrznym – zostanie zrealizowany, standardy medyczne zostaną zachowane, a sama medycyna i wspólnota uczestników na tym nie ucierpi. Czy są zatem podstawy, by zakazać mu skorzystania z takiej możliwości? W naszym przekonaniu nie ma moralnych podstaw do ustanowienia takiego zakazu. Zgadzając się na dopuszczalność zastosowania przez chirurga środka udoskonalającego, nie spowodujemy braku realizacji dóbr wewnętrznych dla medycyny, jako praktyki zorientowanej na cel. Warto podkreślić, że takie postawienie kwestii dopuszczalności w żaden sposób nie prowadzi do wniosku, że „cel uświęca środki”. Nie oznacza to, że jeśli celem jest wyleczenie pacjenta, to każdy teoretycznie dostępny środek albo sposób (np. uśmiercenie innego pacjenta w celu przeszczepienia jego organów), by to uzyskać, jest dopuszczalny – lecz tylko taki środek, który lekarz dobrowolnie stosuje w stosunku do siebie samego. Standardy doskonałości dotyczą samego uczestnika, a te, według nas, nie zostaną naruszone w przedstawionym przypadku zastosowania *HET* przez lekarza.

Odpowiedź na pytanie o dopuszczalność stosowania *HET* jest podstawową i prymarną kwestią w analizie problematyki udoskonalania człowieka, w tym człowieka wykonującego określony zawód czy zajmującego określoną pozycję społeczną. Zagadnienie, na które należy przy tej okazji zwrócić uwagę, to kwestia moralnej i prawnej odpowiedzialności osoby, która sięga po *HET*. Problematyka ta, ze względu na stopień skomplikowania, wynikający z możliwych różnych stanów faktycznych oraz

trudności z właściwą kwalifikacją prawną, została tutaj jedynie zasygnalizowana. Odpowiedź na konkretne problemy związane z korzystaniem przez lekarza z możliwości technik udoskonalających, które zapewne już w niedalekiej przyszłości w związku z rozwojem HET będą się pojawiać, wymaga podjęcia dalszych badań.

Bibliografia

- N. Agar, *Perfect Copy. Unravelling the Cloning Debate*, Duxford, Cambridge: Icon Books 2002.
- F. Allhoff, P. Lin, P. Steinberg, *Ethics of Human Enhancement: An Executive Summary*, "Science and Engineering Ethics", 17 (2), 2011.
- F. Allhoff, P. Lin, J. Moor, J. Weckert, *Public Ethics, Ethics of Human Enhancement: 25 Questions & Answers*, "Studies in Ethics, Law and Technology", vol. 4, 2010.
- G. Annas, *American Bioethics: Crossing Human Rights and Health Law Boundaries*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- G. Annas, *Cell Division*, "Boston Globe", http://geneticsand-society.org/resources/items/20020421_globe_annas.html, 2002.
- R. Berghmans, R. ter Meulen, A. Malizia, R. Vos, *Scientific, Ethical, and Social Issues in Mood Enhancement*, [w:] *Enhancing Human Capacities*, J. Savulescu, R. ter Meulen, G. Kahane (red.), Wiley-Blackwell, 2011.
- H.G. Blocker, *Introduction*, w: *The Nature of Virtues*, A. MacIntyre, s. 6. http://homepage.westmont.edu/hoeckley/readings/Symposium/PDF/101_200/129.pdf.
- N. Bostrom, A. Sandberg, *The Wisdom of Nature: An Evolutionary Heuristic for Human Enhancement*, [w:] *Human Enhancement*, J. Savulescu. N. Bostrom (red.), Oxford: Oxford University Press, 2009.
- N. Bostrom, J. Savulescu, *Introduction Human Enhancement Ethics: The State of the Debate*, [w:] *Human Enhancement*, N. Bostrom, J. Savulescu (red.), Oxford 2009.
- N. Bostrom, *Human Genetic Enhancements: A Transhumanist Perspective*, "Journal of Value Inquiry", vol. 37, 2003.
- N. Bostrom, *In Defence of Posthuman Dignity*, "Bioethics", vol. 19, 2005.

- C. Brantigan, T. Brantigan, N. Joseph, *Effect of beta blockade and beta stimulation on stage fright*, "American Journal of Medicine", vol. 72, 1982.
- P. Brey, *Human Enhancement and Personal Identity*, [w:] *New Waves in Philosophy of Technology*, J.K.B. Olsen, E. Selinger, S. Riis (red.), Palgrave Macmillan UK, 2009.
- A. Buchanan, *Human nature and enhancement*, "Bioethics", vol. 23, 2009.
- A. Buchanan, *Moral Status and Human Enhancement*, "Philosophy & Public Affairs", vol. 37, 2009.
- T. Butryn, *Cyborg Horizons: Sport and the Ethics of Self-Technologization*, w: *Sport Technology: History, Philosophy and Policy*, A. Miah and S.B. Eassom (red.), Oxford, Elsevier Science, 2002.
- S. Camporesi, *Oscar Pistorius, enhancement and post-humans*, "Journal of Medical Ethics", vol. 34, 2008.
- J. Canton, *The impact of convergent technologies and the future of business and the economy*, [w:] *Converging Technologies for Improving Human Performance: Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science*, M.C. Roco, and W.S. Bainbridge (red.), Dordrecht, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2003.
- P.A. Clark, *The Ethics of Medical Marijuana: Government Restrictions vs. Medical Necessity*, 21 (1), 2000.
- T. Clyton, *Political Philosophy of Alasdair MacIntyre*, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/p-macint/>.
- Cognitive Enhancement: An Interdisciplinary Perspective*, E. Hildt, A. Franke (red.), Dordrecht, Springer 2013.
- R. Cole-Turner, *Do means matter?* [w:] *Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications*, E. Parens (red.), Washington D.C.: Georgetown University Press, 1998.
- Y.S. Cong, W.E. Wright, J. W. Shay, *Human telomerase and its regulation*. *Microbiology and Molecular Biology Reviews*, 66 (3), 2002.
- N. Daniels, *Normal functioning and the treatment-enhancement distinction*, "Cambridge Quarterly" 9(3), 2000.
- G. Domes, M. Heinrichs, A. Michel, C. Berger, S.C. Herpertz, *Oxytocin improves "mind-reading" in humans*, "Biological Psychiatry", vol. 61, 2007.
- C. Elliott, *A Philosophical Disease: Bioethics, Culture and Identity*, New York: Routledge, 1999.

- Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications*, E. Parens (red.), Washington DC: Georgetown University Press, 2000.
- P. Ehrlich, *Human Natures: Genes, Cultures, and the Human Prospect*, Washington: Island Press, 2000.
- A.G. Franke, K. Lieb *Pharmakologisches Neuroenhancement und „Hirndoping, Chancen und Risiken*, „Bundesgesundheitsblatt”, August, 2010.
- F. Fukuyama, *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*, New York: Picador Books, 2002.
- T. Garcia, R. Sandler, *Enhancing Justice?*, „Nanoethics”, vol. 2, 2008
- W. Gardner, *Can Human Genetic Enhancement be Prohibited?*, *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 20, 1995.
- Genetic Technology and Sport: Ethical Questions*, C. Tamburrini, T. Tännsjö (red.), London, New York, Routledge 2005.
- R.J. Gerber, *Legalizing Marijuana: Drug Policy Reform and Prohibition Politics*, Westport, Connecticut, London 2004.
- J. Gordon, *Gene Technology: Genetic Enhancement in Humans*, „Science” vol. 283, March 1999.
- D. Harris, *Using [beta]-blockers to control stage fright: a dancer's dilemma*, „Medical Problems of Performing Artists”, vol. 16, 2001.
- L. Hilmert, *Cloning Human Organs: Potential Sources and Property Implications*, *Indiana Law Journal*, 77 (2), 2002.
- L.F. Hogle, *Enhancement Technologies and the Body*, „Annual Review of Anthropology”, 34, 2005.
- Is human nature obsolete? Genetics, bioengineering, and the future of the human condition*, H. Baillie, T. Casey (red.), 2004, Cambridge, MA: MIT Press.
- E.T. Juengst, *What does enhancement mean?*, w: *Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications*, E. Parens (red.), Washington, D.C. Georgetown University Press, 1999.
- T. Kaczmarek, J.T. Marcinkowski, *Odszkodowania za niepowodzenia lecznicze*, „Orzecznictwo Lekarskie” 2011, t. 8, nr 2.
- L. Kass, *Life Liberty & the Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*, (Encounter Broadside) Paperback – January 1, 2004.
- L. Kass, *Preventing A Brave New World*, TNR Online (The New Republic Online) June 21, 2001.

- L. Kass, *The Wisdom of Repugnance*, "The New Republic", June 2, 1997.
- M. Kopeć (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Wolters Kluwer 2016.
- A. MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Paris 1996.
- P. Lin, M. Mehlman, K. Abney, *Greenwall Report. Enhanced Warfighters: Risk, Ethics, and Policy*, 2013, http://ethics.calpoly.edu/greenwall_report.pdf.
- M. Mehlman, *Transhumanist Dreams and Dystopian Nightmares*, Baltimore: Johns Hopkins University Press 2012.
- A. Miah, *Genetically Modified Athletes. Biomedical ethics, gene doping and sport*, London, New York, Routledge 2004.
- M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku SN z dnia 1 grudnia 1998 r., III CKN 741/98, "Prawo i Medycyna"* 6–7/2000.
- A. Nicholas, *Designer Babies: Ethical Considerations*, <http://www.actionbioscience.org/biotechnology/agar.html>.
- E.D. Pellegrino, *Biotechnology, Human Enhancement, and the Ends of Medicine*, The Center for Bioethics and Human Dignity Website, 2004.
- M. Sandel, *The Case against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering*, Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- F. Santoni de Sio, P. Robichaud, Nicole A. Vincent, *Who should enhance? Conceptual and normative dimensions of cognitive enhancement*, http://ethicsandtechnology.eu/wp-content/uploads/Issue26_Paper_SantonideSio-libre.pdf.
- J. Savulescu, N. Bostrom, *Introduction*, [w:] *Human Enhancement*, J. Savulescu, N. Bostrom (red.), 2009, Oxford: Oxford University Press.
- J. Savulescu, *Justice, Fairness, and Enhancement*, "Annals of the New York Academy of Science", 1093, 2007.
- F. Śmigielski, *Glosa do wyroku SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 287/09, LEX/el.* 2012.
- The Human Cloning Debate*, Glenn McGee (red.), Berkeley, CA: Berkeley Hills Books, 1998.
- H. Thompson, *Performance enhancement: Superhuman athletes*, "Nature", 19 July, vol. 487, 2012.
- O. Wudarczyk, B. Earp, A. Guastella, J. Savulescu, *Could intranasal oxytocin be used to enhance relationships? Research imperatives, clinical policy, and ethical considerations*, "Current Opinion in Psychiatry", vol. 26, 2013.

Summary

Human Enhancement. Notes on the margins of the case of an improved physician

The problem of human enhancement technologies (HET) is linked to Transhumanism, a trend which advocates the improvement of human beings and the possibility of taking control of ever larger areas of human activity. Using enhancers might appear desirable, but permitting (or perhaps making obligatory) the use of enhancers by certain professional groups raises important issues. Medical professionals in particular bear technical, moral and legal responsibilities for the lives and health of other people, and questions relating to the involvement of enhancers on the part of practitioners touch upon a number of concerns. Among them are agreement on the definition of ‘enhancement’ and ‘enhancers’, the motivations for which a physician has decided to use HET, and not least, the consequences for safeguarding patient rights. These issues must be decided under the applicable standards and regimes of civil, criminal or professional liability. These regimes do not at present refer directly to the responsibility of an ‘enhanced’ physician. They propose, however a ‘cautious’ approach to the problems of the use of enhancers, indicating that use of technologies (that are not already specifically prohibited) might be permitted where there is no exposure to the possibility of harm or any threat to human life or health. The *de lege ferenda* proposal is to introduce legislative changes which would specifically and unequivocally refer to the situations under consideration.

Przywilej produkcyjny (SPC MW) i jego wpływ na interes społeczny w zakresie zdrowia publicznego

Wstęp

Prawo patentowe stanowi podstawowy system ochrony innowacji farmaceutycznych, dostarczając w tym celu skutecznych instrumentów prawnych, takich jak patent oraz dodatkowe świadectwo ochronne (ang. *supplementary protection certificate*, dalej SPC). Jak podkreśla prawodawca unijny, w sektorze tak złożonym i wrażliwym jak sektor farmaceutyczny muszą być brane pod uwagę wszelkie wchodzące w grę interesy, w tym dotyczące zdrowia publicznego¹. Silna ochrona wynalazków farmaceutycznych stanowi swoistą zachętę do prowadzenia prac badawczych nad lekami innowacyjnymi, przyczyniając się tym samym do zwiększenia skuteczności leczenia, a przez to do podniesienia poziomu zdrowia publicznego poprzez dostarczanie rozwiązań innowacyjnych². W interesie społecznym w zakresie zdrowia publicznego leży również zmniejszenie prawdopodobieństwa wystąpienia działań niepożądanych leków stosowanych w farmakoterapii oraz zaspokojenie nowych potrzeb zdrowotnych pacjentów.

Z interesem społecznym związana jest również kwestia wysokości kosztów refundacji leczenia prowadzonego z zastosowaniem leków innowacyjnych. Każdy dzień trwania monopolu patentowego generuje koszty,

¹ Rozporządzenie 469/2009 dotyczące dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz. Urz. UE L Nr 152 z 16.06.2009 r., s. 1.

² M. Kępiński (red.), J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej. Tom IV*, Warszawa 2013, s. 37.

które mogłyby być obniżone, gdyby na rynku był już dostępny tańszy lek generyczny. Z uwagi na to ważne jest wyznaczenie ram czasowych ochrony prawnej innowacyjnych produktów leczniczych. Ustanowiony w ten sposób punkt równowagi powinien z jednej strony zapewniać opłacalność prac nad lekami innowacyjnymi, z drugiej zaś – uwzględniać interes społeczny stojący częściowo w opozycji do interesu przedsiębiorców farmaceutycznych, w szczególności pod względem celów ekonomicznych. Należy jednak pamiętać, że samo dostarczenie innowacji farmaceutycznych przez producentów farmaceutycznych leży w interesie społecznym. Pewne rozbieżności pojawiają się natomiast w kwestii cen leków i związane są z kosztami refundacji oraz barierami cenowymi dostępności leków innowacyjnych w przypadku nieobjęcia ich refundacją.

Cena jednostkowa innowacyjnego produktu leczniczego ustanowiona jest zazwyczaj na relatywnie wysokim poziomie. Związane jest to z eksploatacją monopolu patentowego. W początkowym okresie uzyskane przychody pozwalają na pokrycie kosztów związanych z prowadzeniem prac badawczo-rozwojowych oraz z brakiem zysku tym w czasie. W dalszej dopiero perspektywie przekładają się one na zysk przedsiębiorstwa farmaceutycznego³. W warunkach rynkowych zysk jest głównym czynnikiem przemawiającym za podjęciem decyzji o rozpoczęciu prac nad lekiem innowacyjnym, dlatego rzeczywisty czas trwania monopolu patentowego musi być na tyle długi, aby tego typu działania były opłacalne z ekonomicznego punktu widzenia producenta farmaceutycznego.

Maksymalny czas ochrony patentowej innowacyjnych produktów leczniczych stanowi punkt równowagi między interesem ekonomicznym przedsiębiorców farmaceutycznych a interesem społecznym w zakresie zdrowia publicznego. Z jednej strony powinien być na tyle długi, aby prace nad lekami innowacyjnymi były opłacalne, a jednocześnie na tyle krótki, żeby istniała możliwość względnie szybkiego wprowadzenia na rynek znacznie tańszych leków generycznych przy zmniejszeniu tym samym kosztów

³ B.M. Silber, *Driving Drug Discover: the Fundamental Role of Academic Labs*, „Science Translational Medicine” 2010, vol. 2, s. 16.

refundacji leczenia oraz zwiększeniu społecznej dostępności leków nierefundowanych z uwagi na niższą cenę.

Przyjmuje się, że wprowadzenie leku generycznego prowadzi do obniżenia ceny leku średnio o ponad 60%⁴. Pokazuje to, jak przedłużający się okres wyłączności prawnej wpływa ujemnie na interes społeczny w zakresie zdrowia publicznego poprzez generowanie wysokich kosztów refundacji leczenia⁵. Dlatego ważne jest, aby wyrażony w przepisach prawa maksymalny czas ochrony znajdował pełne odzwierciedlenie w rzeczywistości. W tym celu Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 20 maja 2019 r., Nr 2019/933 zmieniającym Rozporządzenie 469/2009 dotyczące dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych⁶ (dalej Rozporządzenie 2019/933) wprowadzono instytucję przywileju produkcyjnego (ang. *manufacturing waiver*, dalej SPC MW).

Społeczne skutki innowacji farmaceutycznych

Współczesna farmakoterapia opiera się na założeniu, że produkt leczniczy ma wywoływać pożądaný efekt terapeutyczny przy jednocześnie akceptowalnym poziomie ryzyka niesionego przez potencjalne skutki uboczne. Celem działań innowacyjnych w dziedzinie farmacji jest zwiększenie skuteczności leczenia oraz bezpieczeństwa stosowania dostępnych na rynku produktów leczniczych poprzez poszukiwanie nowych substancji aktywnych wykazujących większą skuteczność terapeutyczną oraz charakteryzujących się mniejszym ryzykiem wystąpienia działań niepożądanych. Ponadto rozwój nauk medycznych prowadzi do wyłonienia nowych obszarów potrzeb zdrowotnych pacjentów, które do tej pory nie zostały jeszcze zidentyfikowane.

⁴ M. Walachowska [w:] J. Haberko (red.), *Prawo farmaceutyczne. System Prawa Medycznego, Tom 4* (CH Beck), Warszawa 2019, s. 313.

⁵ A. Nowicka, *Dodatkowe prawo ochronne*, „Studia Prawa Prywatnego” 3/2009, s. 73.

⁶ Dz. Urz. UE L Nr 153/1 z 11.VI.2019 r.

Innowacyjne produkty lecznicze znajdują również zastosowanie w terapii eksperymentalnej. W przypadku znacznego stopnia zaawansowania choroby zagrażającej życiu po zakończeniu niepowodzeniem wszelkich dostępnych procedur terapeutycznych, przy rokowaniu wskazującym jednoznacznie na brak szansy na wyleczenie, może zostać wdrożona terapia eksperymentalna prowadzona z zastosowaniem innowacyjnych produktów leczniczych. W związku z tym innowacyjne produkty lecznicze dają pacjentom nadzieję na wyleczenie, jeżeli taka szansa w świetle nauki istnieje. Należy mieć przy tym na uwadze zasadę *primum non nocere* (łac. po pierwsze nie szkodzić), aby mająca zostać zastosowana terapia nie narażała pacjenta na zbyt wysokie ryzyko⁷.

Badania przedkliniczne i kliniczne

W czasie, jaki upływa od dokonania zgłoszenia do czasu uzyskania pozwolenia na pierwsze dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu, prowadzone są badania obejmujące badania podstawowe (laboratoryjne), badania przedkliniczne oraz badania kliniczne fazy I, fazy II i fazy III. Badania kliniczne trwają średnio 8 lat⁸, a czas rozwoju leku w latach 1990–2001 wynosił około 11,5 roku⁹. Biorąc pod uwagę praktykę patentowania produktów leczniczych na możliwie wczesnym etapie rozwoju produktu leczniczego, czyli na etapie typowania cząstek aktywnych mogących wywoływać pożądaną efekt terapeutyczny¹⁰, rzeczywisty okres wyłączności patentowej, wynoszący dla wynalazków z innych dziedzin techniki 20 lat, w przypadku produktów leczniczych ulega znacznemu skróceniu.

⁷ A. Wnukiewicz-Kozłowska [w:] L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *System Prawa Medycznego. Tom 2, Szczegółne świadczenia zdrowotne* (CH Beck), Warszawa 2018, s. 88.

⁸ K. Kaitini, *Deconstructing the drug development process: the new face of innovation*, „Clinical Pharmacology & Therapeutics” 2010, vol. 87, s. 356–361.

⁹ P. Soszyński, *Badania i rozwój produktów leczniczych*, [w:] *Badania kliniczne. Organizacja, nadzór i monitorowanie*, M. Walter (red.), Warszawa 2004, s. 38.

¹⁰ M. du Vall, E. Traple, P. Kostański, J. Ożegalska-Trybalska, P. Podrecki, *Prawo patentowe* (red. nauk. E. Traple), Warszawa 2017, s. 538.

Dodatkowe świadectwo ochronne (SPC)

W celu wyrównania dysproporcji w zakresie ochrony innowacji farmaceutycznych w stosunku do wynalazków z innych dziedzin techniki wprowadzono instytucję dodatkowego świadectwa ochronnego, SPC. Zgodnie z preambułą rozporządzenia 469/2009, mając na uwadze interes w zakresie zdrowia publicznego, wyznaczono okres ochrony przyznany SPC wynoszący maksymalnie 5 lat. Dzięki temu ograniczono czas trwania monopolu na korzyść interesu społecznego. Jednocześnie z uwagi na konieczność zapewnienia producentom leków innowacyjnych właściwej i skutecznej ochrony ustalono, że producent musi mieć możliwość korzystania z całego maksymalnego piętnastoletniego okresu wyłączności liczonego od chwili uzyskania pierwszego zezwolenia na obrót lekiem w Unii Europejskiej. W ten sposób została wyznaczona granica między dwoma interesami stojącymi wzajemnie w opozycji.

Dodatkowe świadectwo ochronne odnosi się do referencyjnych produktów leczniczych. Zgodnie z definicją przyjętą w ustawie z dnia 6 września 2009 r. – Prawo farmaceutyczne¹¹ (dalej PrFarm), produktem leczniczym jest substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne. Jest to definicja znacznie szersza¹² od przyjętej w Dyrektywie 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi¹³. Substancją natomiast w rozumieniu ustawy – Prawo farmaceutyczne jest każda materia, która może być pochodzenia ludzkiego (np. ludzka krew, elementy i składniki pochodzące z krwi ludzkiej), zwierzęcego (np. mikroorganizmy,

¹¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 499 ze zm.

¹² A. Sztoldman, *Korzystanie z chronionego wynalazku w celu rejestracji produktu leczniczego*, Warszawa 2018, s. 74.

¹³ Dz. Urz. UE L Nr 311, s. 67.

całe organizmy zwierzęce, fragmenty organów, wydzieliny zwierzęce, toksyny, wyciągi, elementy i składniki pochodzące z krwi zwierzęcej), roślinnego (np. mikroorganizmy, całe rośliny, części roślin, wydzieliny roślinne, wyciągi) oraz materia pochodzenia chemicznego (np. pierwiastki lub związki chemiczne naturalnie występujące w przyrodzie lub otrzymane w drodze przemian chemicznych lub syntezy). Referencyjnym produktem leczniczym (oryginalny, innowacyjny) jest produkt leczniczy dopuszczony do obrotu na podstawie pełnej dokumentacji, obejmującej wyniki badań przedklinicznych i badań klinicznych wraz z wynikami w zakresie jego bezpieczeństwa i skuteczności. Zgodnie z treścią art. 15 ust. 1 pkt 2 PrFarm można stwierdzić, że lekiem generycznym jest odpowiednik referencyjnego produktu leczniczego dla ludzi, który jest lub był dopuszczony do obrotu na terytorium RP lub innego państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA, a od daty wydania pierwszego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu referencyjnego produktu leczniczego w którymkolwiek z tych państw do dnia złożenia wniosku o dopuszczenie do obrotu odpowiednika referencyjnego produktu leczniczego na terytorium RP upłynął okres co najmniej 8 lat¹⁴. Natomiast zgodnie z art. 15 ust. 8 PrFarm odpowiednikiem referencyjnego produktu leczniczego jest produkt leczniczy mający taki sam skład jakościowy i ilościowy substancji czynnych, taką samą postać farmaceutyczną, jak referencyjny produkt leczniczy, i którego biorównoważność wobec referencyjnego produktu leczniczego została potwierdzona odpowiednimi badaniami biodostępności. Z uwagi na przedłużenie ochrony patentowej SPC jako instrument prawny wpływa bezpośrednio na system ochrony zdrowia, przekładając się np. na wzrost wydatków publicznych związanych z refundacją leków, a także na warunki konkurencji na rynku leków¹⁵.

¹⁴ A. Nowicka, M. Walachowska, *Leki generyczne* [w:] *Prawo farmaceutyczne. System Prawa Medycznego*, t. 4, red. J. Haberk, Warszawa 2019, s. 313.

¹⁵ R. Skubisz (red.), *Prawo własności przemysłowej, System Prawa Prywatnego, Tom 14A*, Warszawa 2017, s. 1142.

Rzeczywista granica czasu ochrony prawnej leku innowacyjnego

Zgodnie z treścią prawa z patentu jego posiadacz ma prawo wyłącznego wytwarzania, używania, oferowania, wprowadzania do obrotu lub importowania dla tych celów produktów będących przedmiotem wynalazku. Z uwagi na to przed ustaniem ochrony patentowej nie jest możliwe prowadzenie produkcji leku generycznego niezależnie od tego, czy finalnym przeznaczeniem ma być eksport do państw trzecich czy też produkcja w celu magazynowania i wprowadzenia do obrotu z chwilą ustania ochrony patentowej leku innowacyjnego.

W celu umożliwienia wcześniejszego wprowadzenia leków generycznych do obrotu w ustawodawstwie europejskim wprowadzono regulację prawną opartą na tzw. wyjątku Bolara, pozwalającą na korzystanie z cudzego wynalazku w celu rejestracji produktu leczniczego chronionego patentem. Rozwiązanie okazało się jednak niewystarczające. Z uwagi na to Rozporządzeniem 2019/933, które weszło w życie 1 lipca 2019 r., wprowadzono instytucję przywileju produkcyjnego SPC MW, który umożliwia produkcję leków generycznych na eksport do państw, gdzie dany produkt nie jest objęty ochroną patentową. Pozwala również na produkcję w celu magazynowania (tzw. *stockpiling*), nie wcześniej jednak niż na 6 miesięcy przed wygaśnięciem SPC. Dzięki temu generyczny produkt leczniczy może zostać wprowadzony na rynek bezpośrednio po wygaśnięciu ochrony patentowej leku innowacyjnego. Tym samym możliwe staje się urzeczywistnienie maksymalnego piętnastoletniego okresu ochrony wyznaczonego rozporządzeniem 469/2009. Dzięki temu maksymalny czas ochrony staje się sztywną granicą, po przekroczeniu której ochrona patentowa faktycznie wygasa, a monopol przechodzi w konkurencję rynkową pomiędzy lekiem innowacyjnym a lekami generycznymi.

Podmiot uprawniony do uzyskania SPC

Prawo do uzyskania SPC przysługuje podmiotowi uprawnionemu z patentu podstawowego lub jego następcy prawnemu. W celu uzyskania SPC

konieczne jest złożenie wniosku w ciągu sześciu miesięcy od daty wydania pierwszego zezwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu. W chwili wygaśnięcia ochrony przyznanej patentem podstawowym zaczyna obowiązywać SPC i trwa przez czas równy okresowi, jaki upłynął między datą dokonania zgłoszenia o przyznanie patentu podstawowego, a datą wydania pierwszego zezwolenia na wprowadzenie produktu do obrotu na terytorium Unii Europejskiej pomniejszonemu o pięć lat, z zastrzeżeniem, że maksymalny czas ochrony na przyznane SPC nie może być dłuższy niż 5 lat. Zgodnie z art. 5 Rozporządzenia 469/2009¹⁶ SPC nadaje takie same prawa jak patent podstawowy i podlega takim samym ograniczeniom. Oznacza to, że w czasie trwania SPC uprawniony może skutecznie sprzeciwić się wytwarzaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu lub importowaniu produktów leczniczych przez podmioty nieuprawnione. Podobne rozwiązania prawne funkcjonują również w USA i Japonii, przewidując analogiczny pięcioletni maksymalny okres ochrony.

Wyjątek Bolara

Obserwuje się praktykę produkcji leków generycznych w krajach, w których dana substancja aktywna nie jest chroniona patentem, a następnie eksport do państw UE z chwilą wygaśnięcia ochrony prawnej. Stawia to europejskich przedsiębiorców farmaceutycznych ukierunkowanych na produkcję leków generycznych w znacznie gorszym położeniu w stosunku do podmiotów mających siedzibę w państwach trzecich. Biorąc pod uwagę, że przewagę konkurencyjną na rynku leków generycznych wypracowuje się w pierwszych dniach ich dostępności na rynku, stwarza to niekorzystne warunki do rozwoju europejskiej branży leków generycznych. Pierwszym krokiem prowadzącym do wyrównania powyższej dysproporcji było wprowadzenie w 2004 r. na drodze nowelizacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r., Nr 2001/83/WE, w sprawie wspólnotowego kodeksu

¹⁶ Dz. Urz. UE L Nr 152, str. 1.

odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi¹⁷ oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r., Nr 2001/82/WE, w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych¹⁸ – regulacji prawnej opartej na tzw. wyjątku Bolara. Celem nowej regulacji stało się umożliwienie korzystania z cudzego wynalazku (leku innowacyjnego) w zakresie czynności niezbędnych do uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu przez producenta generycznego jeszcze w czasie trwania ochrony prawnej leku innowacyjnego. Wprowadzony wówczas art. 10 ust. 6 dyrektywy 2001/83 stanowi, że przeprowadzenia niezbędnych badań i prób w związku z zastosowaniem ust. 1, 2, 3 i 4 oraz wynikających z nich wymogów praktycznych nie uznaje się za sprzeczne z prawami z patentu lub z dodatkowymi świadectwami ochronnymi na produkty lecznicze (przepisy ust. 1, 2, 3 i 4 dotyczą uproszczonych wniosków o dopuszczenie do obrotu). Analogiczne postanowienie wyrażone zostało w art. 13 ust. 6 dyrektywy 2001/82¹⁹. W polskim prawie własności przemysłowej wyjątek Bolara został implementowany w art. 69 ust. 1 pkt 4 p.w.p., zgodnie z którym „korzystanie z wynalazku, w niezbędnym zakresie, dla wykonania czynności, jakie na podstawie przepisów prawa są wymagane dla uzyskania rejestracji bądź zezwolenia, stanowiących warunków dopuszczenia do obrotu niektórych wytworów ze względu na ich przeznaczenie, w szczególności produktów leczniczych”.

Sytuacja europejskich producentów farmaceutycznych

Nadal aktualny pozostawał jednak problem różnicy w czasie wprowadzenia do obrotu na rynku europejskim leków generycznych importowanych z państw trzecich w stosunku do leków generycznych produkowanych na terytorium UE. W tym zakresie mamy do czynienia z nieuzasadnioną przewagą konkurencyjną na korzyść producentów

¹⁷ Dz. Urz. UE L Nr 311, str. 67.

¹⁸ Dz. Urz. UE L Nr 311, str. 1.

¹⁹ A. Nowicka, *Dodatkowe prawo ochronne*, „STPP” 3/2009, s. 73.

spoza UE20. Producenci europejscy zgodnie z dotychczasową regulacją prawną mogli rozpocząć produkcję dopiero w chwili wygaśnięcia ochrony przyznanej przez SPC, natomiast producenci z państw trzecich, w których dany lek nie jest objęty ochroną patentową, są gotowi do eksportu na rynek europejski z chwilą wygaśnięcia SPC. Przy uwzględnieniu okoliczności, że pozycja rynkowa leków generycznych wypracowywana jest w pierwszych dniach wejścia generyków na rynek, sprawia to, iż producenci europejscy znajdują się w znacznie gorszej sytuacji. Należy zwrócić również uwagę na fakt, że unijni producenci leków generycznych nie mogą wytwarzać również leków generycznych na eksport do rynków pozaeuropejskich, dopóki referencyjny produkt leczniczy jest chroniony na zasadzie SPC, nawet jeśli ochrona produktu na danym rynku krajowym wygasła. Ponadto producenci z siedzibą w UE nie mogą również rozpocząć produkcji w okresie trwania SPC w celu wprowadzenia leku generycznego na rynek UE natychmiast po wygaśnięciu SPC.

Instytucja przywileju produkcyjnego (SPC MW)

Rozwiązanie powyższego problemu ma stanowić instytucja SPC MW, pozwalająca w czasie trwania ochrony prawnej na wytwarzanie produktów leczniczych w celu wywozu do państw trzecich, w których uprawniony nie ma ochrony patentowej²¹. Kolejnym działaniem dopuszczonym na podstawie SPC MW jest wytwarzanie produktów leczniczych w celu ich magazynowania (*stockpiling*), jednakże nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed wygaśnięciem świadectwa. Możliwe jest również podejmowanie w tym czasie działań niezbędnych do wytworzenia i magazynowania w celu wprowadzenia produktu do obrotu po ustaniu ochrony prawnej²².

²⁰ M. Vidal-Quadras, *Analysis of EU Regulation 2019/933 on the SPC Manufacturing Waiver Exception*, IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law 2019, nr 50, s. 976.

²¹ *SPC MW korzystne dla pacjentów i gospodarki UE*, 6.06.2018 r., <https://www.producencilekow.pl/spc-mw-korzystne-dla-pacjentow-i-gospodarki-ue> [dostęp: 6.12.2019].

²² A. Niewęglowski, *SPC manufacturing waiver, czyli przywilej wcześniejszej produkcji generycznej*, Rzeczpospolita, 17.07.2018, <https://www.rp.pl/Zdrowie-/180719549-SPC-manufacturing-waiver-czyli-przywilej-wczesniejszej-produkcji-generycznej.html> [dostęp: 4.12.2019].

Jednocześnie ustawodawca unijny nakłada na podmiot korzystający z SPC MW obowiązek informacyjny, w ramach którego producent generyczny w drodze odpowiednich i udokumentowanych środków musi powiadomić urząd patentowy państwa członkowskiego, w którym ma mieć miejsce wytwarzanie produktu, oraz przekazać posiadaczowi świadectwa informacje obejmujące nazwę oraz adres producenta, wskazanie celu wytwarzania, nazwy państwa członkowskiego, gdzie ma mieć miejsce wytwarzanie, nazwę państwa członkowskiego planowanego pierwszego działania powiązanego przed rozpoczęciem wytwarzania, numer świadectwa przyznanego w państwie członkowskim, w którym ma mieć miejsce wytwarzanie, oraz numer świadectwa przyznanego w państwie członkowskim ewentualnego pierwszego działania powiązanego przed rozpoczęciem wytwarzania. W przypadku produktów leczniczych przeznaczonych na wywóz do państw trzecich informacja, która ma zostać przekazana przez producenta, obejmuje numer referencyjny pozwolenia na dopuszczenie do obrotu lub równoważnego dokumentu w każdym państwie trzecim wywozu, niezwłocznie po jego opublikowaniu. Powyższe dane producent leków generycznych zobowiązany jest przekazać nie później niż na trzy miesiące przed datą rozpoczęcia wytwarzania w tym państwie członkowskim lub nie później niż trzy miesiące przed podjęciem pierwszego działania powiązanego przed rozpoczęciem wytwarzania, które to działanie byłoby w przeciwnym razie niedozwolone w związku z ochroną przyznaną świadectwem, w zależności od tego, co nastąpi wcześniej. Ponadto w przypadku produktów leczniczych, które są wytwarzane w celu wywozu do państw trzecich, producent ma obowiązek zapewnić, aby na opakowaniu znajdowało się logo według wzoru określonego w załączniku do rozporządzenia.

Zgodnie z art. 5 ust. 10 Rozporządzenia 469/2009 SPC MW ma zastosowanie do świadectw, o wydanie których złożono wnioski w dniu 1 lipca 2019 r. lub po tym dniu, oraz do świadectw, wnioski o wydanie których złożono przed dniem 1 lipca 2019 r. i których skutki powstały w tym dniu lub po tym dniu. Okres przejściowy określony w projekcie rozporządzenia stanowił przedmiot wielu dyskusji; z uwagi na liczne

głosy sprzeciwu ostatecznie zdecydowano się na skrócenie go i wprowadzenie obowiązywania SPC MW od dnia 2 lipca 2022.

Wpływ SPC MW na interes społeczny w zakresie zdrowia publicznego

Zgodnie z danymi Komisji Europejskiej oszczędności związane z wejściem na rynek leków generycznych szacowane są na blisko 50 mld euro²³. Samo natomiast skrócenie rzeczywistego czasu ochrony do ram przewidzianych w rozporządzeniu 469/2009 może według prognoz wskazanych przez Polski Związek Przemysłu Farmaceutycznego przynieść zysk rządu 3 mld euro. Znacząco wpłynie to na finanse sektora zdrowia publicznego. Według danych *PEX Pharma Sequence* oszczędności Narodowego Funduszu Zdrowia z tytułu obniżenia cen, spowodowane konkurencją cenową po wejściu na rynek generycznych produktów leczniczych, mogą wynieść około 500 mln zł rocznie. W analizie *QuintilesIMS* powoływanej przez Polski Związek Pracodawców Przemysłu Farmaceutycznego w dokumencie dotyczącym zmian legislacyjnych odnoszących się do rozporządzenia 469/2009²⁴ wskazano, że oszczędności wynikające z wprowadzenia na polski rynek leków biorównoważnych mogą wynieść od 427 do 854 mln zł, obniżając w ten sposób koszty leczenia o połowę²⁵.

Skrócenie rzeczywistego czasu ochrony prawnej do ram przewidzianych przepisami prawa związane jest ze znacznym obniżeniem kosztów refundacji leków z uwagi na to, że leki generyczne zastępują w obrocie

²³ Komunikat Komisji – Streszczenie sprawozdania z badania sektora farmaceutycznego, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/envi/dv/200/200911/20091130_envi_pharmaceutical_inquiry_pl.pdf [dostęp: 5.01.2020].

²⁴ <http://www.spcwaiver.com/files/analiza%20prawna%20do%20projektu%20SPC%20MW.pdf> [dostęp: 10.02.2020].

²⁵ SZCZEGÓŁOWA ANALIZA PRAWNA PROJEKTU ROZPORZĄDZENIA ZMIENIAJĄCEGO ROZPORZĄDZENIE NR 469/2009 WS. DODATKOWEGO ŚWIADECTWA OCHRONNEGO DLA PRODUKTÓW LECZNICZYCH – COM(2018) 317, <http://www.spcwaiver.com/filesanaliza%20prawna%20do%20projektu%20SPC%20MW.pdf> [dostęp: 12.01.2020].

leki innowacyjne²⁶. Jak prognozuje Polski Związek Pracodawców Przemysłu Farmaceutycznego, po wprowadzeniu SPC MW pacjenci będą mieli lepszy dostęp do nowoczesnych terapii, a ceny leków w efekcie skutecznej konkurencji znacznie się obniżą, prowadząc do wygenerowania oszczędności sektora zdrowia publicznego w wysokości 3,1 mld euro²⁷.

Z raportu „Assessing the economic impacts of changing exemption provision during patent and SPC protection in Europe”²⁸ sporządzonego przez *Charles River Associates* na zlecenie Komisji Europejskiej wynika, że wprowadzenie nowej regulacji prawnej przeloży się na wzrost obrotów netto w europejskim sektorze farmaceutycznym o około 9,5 mld euro oraz na stworzenie 25 tys. nowych miejsc pracy. Zgodnie z prognozą wprowadzenie instytucji SPC MW obniży znacząco koszty europejskiego systemu opieki zdrowotnej w zakresie refundacji produktów leczniczych.

Wnioski

W świetle powyższych rozważań instytucję SPC MW należy ocenić jako skuteczny środek przesunięcia punktu równowagi interesów na korzyść interesu społecznego w zakresie zdrowia publicznego, poprzez urzeczywistnienie maksymalnego 15-letniego okresu ochrony prawnej leków innowacyjnych, uwzględniając jednocześnie, że SCP nie może być udzielone na okres dłuższy niż 5 lat. Ograniczenie to wyrażone w rozporządzeniu 469/2009, mając na celu ochronę interesu społecznego w zakresie zdrowia publicznego, nie znajdowało dotychczas pełnego odzwierciedlenia w rzeczywistości. Zgodnie z dotychczasową regulacją prawną produkcja leku generycznego mogła rozpocząć się z chwilą wygaśnięcia SPC, co biorąc pod uwagę czasochłonność procesu produkcji, prowadziło do

²⁶ D. Jakoniuk, *Biorównoważność w ocenie skuteczności terapeutycznej leków generycznych*, „Farmacja Polska” 2009, 65(12), s. 834.

²⁷ SPC MW korzystne dla pacjentów i gospodarki UE, <https://www.producencilekow.pl/spc-mw-korzystne-dla-pacjentow-i-gospodarki-ue/> [dostęp: 15.12.2019].

²⁸ R. Fischer, G. Débarbat, E. Koustoumpardi, R. De Coninck, *Assessing the economic impacts of changing exemption provision during patent and SPC protection in Europe*, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6e4ce9f8-aa41-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en> [dostęp: 10.12.2019].

dalszego utrzymania pozycji monopolisty przez producenta leku innowacyjnego, działając na niekorzyść interesu społecznego w zakresie zdrowia publicznego. Skutkiem tego stanu jest utrzymywanie się relatywnie wysokich kosztów refundacji, a w przypadku jej braku – ograniczenie powszechnej dostępności leku z uwagi na cenę.

Rozpoczęcie produkcji leku generycznego w celu magazynowania na 6 miesięcy przed datą wygaśnięcia SPC umożliwia wprowadzenie leku generycznego na rynek z dniem wygaśnięcia ochrony prawnej wynikającej z SPC. Prowadzi to do urzeczywistnienia założeń odnoszących się do maksymalnego czasu ochrony leku innowacyjnego wyrażonych w rozporządzeniu 469/2009, mających na celu równoważenie interesów producenta leku innowacyjnego z interesem społecznym w zakresie zdrowia publicznego.

Jak jednoznacznie wskazano, omawiana instytucja przyniesie szereg korzyści. Przyczyni się do obniżenia kosztów refundacji leczenia, skróci okres występowania barier cenowych w dostępności leków nierefundowanych. Przełoży się na skuteczną konkurencję cenową producentów europejskich z podmiotami spoza Unii Europejskiej, generując tym samym oszczędności europejskiego sektora zdrowia publicznego szacowane na 3,1 mld euro²⁹. Jednocześnie SPC MW zwiększy prognozowane obroty sektora farmaceutycznego o 9,5 mld euro³⁰. Przyniesie również oszczędności Narodowego Funduszu Zdrowia z tytułu obniżenia cen leków, które szacowane są na 500 mln zł rocznie³¹. Wpłynie także na zwiększenie społecznej dostępności nierefundowanych produktów leczniczych z uwagi na wcześniejsze obniżenie ceny, co ma

²⁹ SPC MW korzystne dla pacjentów i gospodarki UE, 6.06.2018, <https://www.producencilekow.pl/spc-mw-korzystne-dla-pacjentow-i-gospodarki-ue> [dostęp: 6.12.2019].

³⁰ R. Fischer, G. Débarbat, E. Koustoumpardi, R. De Coninck, *Assessing the economic impacts of changing exemption provision during patent and SPC protection in Europe*, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6e4ce9f8-aa41-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en> [dostęp: 10.12.2019].

³¹ SZCZEGÓŁOWA ANALIZA PRAWNA PROJEKTU ROZPORZĄDZENIA ZMIENIAJĄCEGO ROZPORZĄDZENIE NR 469/2009 WS. DODATKOWEGO ŚWIADECTWA OCHRONNEGO DLA PRODUKTÓW LECZNICZYCH – COM(2018) 317, <http://www.spcwaiver.com/files/analiza%20prawna%20do%20projektu%20SPC%20MW.pdf> [dostęp: 12.01.2020].

szczególnie duże znaczenie w przypadku leków biologicznych, w przypadku których koszty leczenia mogą obniżyć się nawet o połowę. Jednakże z ostateczną oceną skutków społecznych SPC MW w zakresie zdrowia publicznego należy jeszcze poczekać do czasu wejścia w życie nowej instytucji prawnej.

Bibliografia

- M. Kępiński (red.), J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej. Tom IV*, Warszawa 2013
- B.M. Silber, *Driving Drug Discover: the Fundamental Role of Academic Labs*, „Science Translational Medicine” 2010, vol. 2.
- J. Haberko (red.), *Prawo farmaceutyczne. System Prawa Medycznego, Tom 4* (CH Beck), Warszawa 2019
- A. Nowicka, *Dodatkowe prawo ochronne*, „Studia Prawa Prywatnego” 3/2009
- L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Szczególne świadczenia zdrowotne. System Prawa Medycznego. Tom 2* (CH Beck), Warszawa 2018
- K. Kaitini, *Deconstructing the drug development process: the new face of innovation*, „Clinical Pharmacology & Therapeutics” 2010, vol. 87
- M. Walter (red.), *Badania kliniczne. Organizacja, nadzór i monitorowanie*, Warszawa 2004
- M. Du Vall, E. Traple, P. Kostański, J. Ożegalska-Trybalska, P. Podrecki., *Prawo patentowe* (red. nauk. E. Traple), Warszawa 2017.
- A. Sztoldman, *Korzystanie z chronionego wynalazku w celu rejestracji produktu leczniczego*, Warszawa 2018.
- R. Skubisz (red.), *Prawo własności przemysłowej, System Prawa Prywatnego, Tom 14A*, Warszawa 2017
- M. Vidal-Quadras, *Analysis of EU Regulation 2019/933 on the SPC Manufacturing Waiver Exception*, „IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2019, vol. 50
- D. Jakoniuk, *Biorównoważność w ocenie skuteczności terapeutycznej leków generycznych*, „Farmacja Polska” 2009, 65(12).

Źródła internetowe

SPC MW korzystne dla pacjentów i gospodarki UE, 6.06.2018, <https://www.producencilekow.pl/spc-mw-korzystne-dla-pacjentow-i-gospodarki-ue>

A. Niewęglowski, *SPC manufacturing waiver, czyli przywilej wcześniejszej produkcji generycznej*, Rzeczpospolita, 17.07.2018, <https://www.rp.pl/Zdrowie-/180719549-SPC-manufacturing-waiver-czyli-przywilej-wczesniejszej-produkcji-generycznej.html>

Komunikat Komisji – Streszczenie sprawozdania z badania sektora farmaceutycznego, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/envi/dv/200/200911/20091130_envi_pharmaceutical_inquiry_pl.pdf

<http://www.spcwaiver.com/files/analiza%20prawna%20do%20projektu%20SPC%20MW.pdf>

SZCZEGÓŁOWA ANALIZA PRAWNA PROJEKTU ROZPORZĄDZENIA ZMIENIAJĄCEGO ROZPORZĄDZENIE NR 469/2009 WS. DODATKOWEGO ŚWIADECTWA OCHRONNEGO DLA PRODUKTÓW LECZNICZYCH – COM(2018) 317, <http://www.spcwaiver.com/filesanaliza%20prawna%20do%20projektu%20SPC%20MW.pdf>

SPC MW korzystne dla pacjentów i gospodarki UE, <https://www.producencilekow.pl/spc-mw-korzystne-dla-pacjentow-i-gospodarki-ue/>

R. Fischer, G. Débarbat, E. Koustoumpardi, R. De Coninck, *Assessing the economic impacts of changing exemption provision during patent and SPC protection in Europe*, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6e4ce9f8-aa41-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en>

Summary

Manufacturing waiver (SPC MW) and its impact on the public interest in scope of public health

The length of innovative medicinal product protection time is related to the economic interest of the pharmaceutical companies and the interest in public health. To perform the tasks of patent protection of medicinal products, bearing in mind the interest in the field of public health, its maximum length must be determined by law. Due to the applicable

law, the actual term of protection of innovative medicinal products is extended to the benefit of producers of innovative drugs. Regulation (EU) 2019/933 of the European Parliament and of the council of 20 May 2019 amending Regulation (EC) No 469/2009 concerning the supplementary protection certificate for medicinal products introduces a legal instrument, supplementary protection certificate manufacturing waiver (SPC MW), implementing the limits of the maximum duration of legal protection granted based on the supplementary protection certificate (SPC). According to estimated data, SPC MW may bring savings of the European public health sector in the amount of EUR 3.1 billion and savings of the National Health Fund in the amount of PLN 500 million annually. However, a final assessment of the economic and social impact on public health will only be possible after the entry into force of the new legal instrument.

O tym, jak ustawodawca ujmuje bliskie relacje w polskim prawie medycznym¹

I. Znaczenie bliskości w procesie leczenia

Zasadniczo jednostki nie zostają pacjentami z własnej woli, ale do tej roli sprowadzają je określone problemy zdrowotne. Stając się pacjentem, jednostka równolegle pozostaje w relacjach związanych z procesem leczenia, czyli z personelem medycznym, oraz w relacjach niezwiązanych z tym procesem, czyli relacjach osobistych. Niektóre spośród relacji osobowych jednostki określają jako szczególnie istotne w ich życiu, nadając im przymiot bliskości. Bliskie relacje stanowią jeden z istotnych czynników wpływających na jakość życia jednostek, ich poziom szczęścia² oraz ich dobrostan psychiczny³. Z drugiej strony, bliskie osoby mogą wpływać na decyzje podejmowane przez pacjenta – przekonując go w dobrych intencjach, ale również manipulować nim i zmuszać do określonego zachowania.

¹ Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki na podstawie decyzji numer UMO-2018/29/N/HS5/00905. Omówione w artykule zagadnienia są analizowane z perspektywy formalnoprawnej i dogmatycznej; wydaje się, że uzasadnione jest przeprowadzenie badań empirycznych w tym zakresie, które dadzą bardziej miarodajny obraz opisanego zagadnienia.

² Tak: A. Crossley, D. Langdrige, *Perceived sources of happiness: A network analysis*, Journal of Happiness Studies 2005, 6, s. 107–135.

³ Tak przykładowo: R.B. Slatcher, E. Selcuk, *A social psychological perspective on the links between close relationships and health*, Current Directions in Psychological Science 2017, 26(1), s. 16–21. J.K. Kiecolt-Glaser, J.-P. Gouin, L. Hantsoo *Close Relationships, Inflammation, and Health*, Neuroscience & Biobehavioral Reviews 2010, 35(1), s. 33–38; T.F. Robles, R. Slatcher, J.M. Trombello, M. McGinn, *Marital Quality and Health: A Meta-Analytic Review*, Psychological Bulletin 2013, 140(1), s. 1–48; P.R. Pietromonaco, B.N. Uchino, C.D. Schetter, *Close Relationship Processes and Health: Implications of Attachment Theory for Health and Disease*, Health Psychology 2013, 32(5), s. 499–513.

Nierzadko zatem zachowanie granic pomiędzy troską a ingerencyjnością pacjentów nie będzie zadaniem łatwym dla personelu medycznego⁴. Zarówno obecność bliskich, jak i jej brak może wpłynąć na proces leczenia oraz kondycję psychofizyczną pacjenta – takie myślenie znajduje oparcie w holistycznym modelu zdrowia.

W tradycyjnym, biomedycznym ujęciu, zdrowie było badane z perspektywy czysto biologicznego funkcjonowania organizmu, ignorującej czynniki tzw. otoczenia chorobowego. Ciało było traktowane jak mechanizm, którego poprawność funkcjonowania jest określana przez pryzmat usterek biofizycznych, odchylenia od normy, odczuwania bólu lub jego braku⁵.

Natomiast w holistycznym modelu zdrowie nie jest określane jedynie przez czynniki biologiczne. Model ten zakłada, że optymalny stan zdrowia nie opiera się tylko na braku choroby, ale na równowadze życiowej „całej” osoby. Umysł, ciało, duch i emocje są traktowane jako nierozłączne i wzajemnie powiązane elementy istoty ludzkiej⁶. Takie podejście prezentuje również Światowa Organizacja Zdrowia (WHO), która definiuje zdrowie jako stan pełnego fizycznego, psychicznego i społecznego dobrostanu, a nie tylko brak choroby lub niepełnosprawności⁷. W tym

⁴ <https://journalofethics.ama-assn.org/article/whats-role-autonomy-patient-and-family-centered-care-when-patients-and-family-members-dont-agree/2016-01> [dostęp: 24.10.2020].

⁵ „Mechanistic view of the human body grew apace with subsequent discoveries in medicine which reinforced the idea that illnesses are a result of the failure of mechanical functions of various parts of the human body. Within this paradigm it is believed that medicine is a science that has concrete answers to everything that goes wrong with the body”. S. Hewa, R.W. Hetherington, *Specialists without spirit: Limitations of the mechanistic biomedical model*, Theoretical Medicine and Bioethics 1995, 16(2), s. 133; A. Ostrzyżek, J.T. Marcinkowski, *Biomedyczny versus holistyczny model zdrowia a teoria i praktyka kliniczna*, Problemy Higieny i Epidemiologii 2012, 93(4), s. 683.

⁶ M. Jasemi, L. Valizadeh, V. Zamanzadeh, B. Keogh, *A Concept Analysis of Holistic Care by Hybrid Model*, Indian Journal of Palliative Care 2017, 23 (1), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5294442/> [dostęp: 20.08.2020]; P. Szach, *Relacja lekarz-pacjent czyli o podejściu egzystencjalnym w przebiegu chorób o charakterze psychosomatycznym*, Sztuka Leczenia 3-4/2014, s. 72; T. Paszek, Z. Sienkiewicz, A. Leńczuk-Gruba, E. Kobos, M. Sulewska, *Zastosowanie holizmu w praktycznej działalności pielęgniarki*, [w:] *Wielowymiarowość współczesnej medycyny*, red. E. Krajewska-Kulak, C. Łukaszuk, J. Lewko, W. Kulak, Białystok 2012, s. 27–28.

⁷ Preamble to the Constitution of WHO as adopted by the International Health Conference, New York, 19 June – July 1946, https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf [dostęp: 19.08.2020].

modelu zwraca się uwagę na to, czy pacjent ma bliskie relacje oraz, jak te relacje wpływają na jego zdrowie. Bliscy pacjenta mogą być aktywnymi uczestnikami procesu leczenia, którego cel to odbudowanie zdrowia. Współpraca pomiędzy personelem medycznym a bliskimi osoby chorej daje różnorodne korzyści. Po pierwsze, lekarz może lepiej poznać pacjenta jako osobę oraz jego otoczenie, w tym relacje. Po drugie, bliscy pacjenta zyskują możliwość uzyskania wsparcia ze strony personelu medycznego. Po trzecie, synergiczna relacja pomiędzy pacjentem, jego bliskimi oraz lekarzem sprzyja budowaniu atmosfery przyjaźni i współpracy, co może wpłynąć pozytywnie na stan zdrowia pacjenta. Relacje budowane zarówno pomiędzy pacjentem i jego bliskimi, jak i bliskimi oraz personelem medycznym mogą zatem stanowić istotny czynnik pozytywnie oddziałujący na jakość leczenia⁸. Słusznie jednak zauważa Edzard Ernst, że „Holistic health care is an ideal that many clinicians subscribe to, but it does not work if patients do not want it”⁹. Wiele zależy zatem od osobistych potrzeb pacjenta i tego, jaką on sam ma wizję własnego zdrowia i jego odbudowy. Sam pacjent może przejawiać określoną wizję udziału bliskich w procesie leczenia. Po pierwsze, może chcieć, aby jego bliscy uczestniczyli w przebiegu procesu leczenia, stając się jego aktywnymi uczestnikami. Po drugie, przy równoczesnym utrzymywaniu relacji

⁸ Szczególnego znaczenia bliskość nabiera w przypadku choroby nowotworowej. Tak przykładowo: P. Zielazny, M. Zarzecka-Baran, A. Wojtecka, *System rodzinny a nowotwór – wybrane zagadnienia*, Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu, 4/2013, Tom 19, s. 439–444.; B.K. Budziszewska, R. Piusińska-Macocha, K. Sulek, A. Stępień, *Psychologiczne problemy rodziny pacjentów z chorobami nowotworowymi krwi w koncepcji systemowej*, Acta Haematologica Polonica 3/2005, s. 317–325. W literaturze podkreśla się również znaczenie bliskości dla osób w demencji starczej. Tak przykładowo: G.B. Rattinger, E.B. Fauth, S. Behrens, C. Sanders, S. Schwartz, M.C. Norton, C. Corcoran, C.D. Mullins, C.G. Lyketsos, J.T. Tschanz, *Closer Caregiver and Care-Recipient Relationships Predict Lower Informal Costs of Dementia Care. The Cache County Dementia Progression Study*, *Alzheimers Dementia* 2016, 12(8): 917–924; E.K. Vernon. B. Cooley, W. Rozum, G.B. Rattinger, S. Behrens, J. Matyi, E. Fauth, G. Lyketsos, J.T. Tschanz, *Caregiver-Care Recipient Relationship Closeness is Associated With Neuropsychiatric Symptoms in Dementia*, *The American Journal of Geriatric Psychiatry* 2019, 27(4), s. 349–359.

⁹ „Holistyczna koncepcja opieki zdrowotnej stanowi pewnego rodzaju ideał, z którym zgadza się wielu lekarzy praktyków, ale nie będzie on skutecznie działał, gdy pacjent nie będzie tego chciał” (tłum. własne). E. Ernst, *Holistic health care?*, *British Journal of General Practice* 2007, 57(535), s. 162–163, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2034187/> [dostęp: 19.08.2020].

z innymi osobami, nie chce, aby włączali się oni w proces leczenia. Po trzecie, pacjent wprost deklaruje, że nie chce udziału bliskich w leczeniu. Postawa pacjenta może ulegać zmianie, w zależności od przebiegu leczenia oraz rodzaju doświadczanego schorzenia. Obecność bliskich może się również okazać czymś niepożądanym i negatywnie wpływającym, stając się uciążliwością, zarówno dla pacjenta, jak i dla personelu medycznego (np. presja, emocjonalność, próby decydowania „za pacjenta”)¹⁰. Tęgo rodzaju problemy można nazwać „niemedycznymi bólami lekarzy” – z jednej strony muszą oni dbać o dobro pacjenta, a z drugiej strony radzić sobie z presją i oczekiwaniami bliskich¹¹. Nie zmienia to faktu, że jednostki potrzebują w życiu bliskości. Gdy ktoś staje się pacjentem, ta potrzeba nie zanika, a nabiera innego, szczególnego wymiaru. Co do zasady, w sytuacji choroby czy zagrożenia zdrowia to bliscy stanowią podstawowe środowisko osoby chorej, w tym podstawowe źródło wsparcia¹². Czasami bezrefleksyjnie zakłada się, że sam fakt posiadania relacji (w szczególności rodzinnych) pozytywnie wpływa na kondycję psychiczną pacjenta. Najistotniejsza jednak jest jakość relacji – ich głębia, zrozumienie, wzajemność, zażyłość. Należy również pamiętać o tym, że w obliczu trudnych sytuacji związanych z chorobą bliscy nierzadko sami

¹⁰ Dobrze obrazuje to opis stanu faktycznego zawartego w wyroku NSA z dnia 4.02.2020 r., II OSK 3503/19: „w przypadku odwiedzin szpitalnych prawa jednych pacjentów są ograniczone prawami innych pacjentów, którzy mają prawo do spokoju i wypoczynku. Gdy doda się do tego konieczność zapewnienia właściwej pracy szpitala, konieczność rzetelnego wykonywania obowiązków przez personel medyczny, może się okazać, że realizacja prawa do kontaktu wymaga wyważenia wielu, czasami sprzecznych praw i interesów”.

Warto przytoczyć w tym kontekście badania przeprowadzone przez grupę badaczy z Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, w którym badano wiedzę personelu medycznego na temat praw pacjenta. Badanie zostało przeprowadzone na grupie 100 lekarzy oraz 100 pielęgniarek. Wśród zadanych pytań pojawiło się jedno istotne z perspektyw poruszanego zagadnienia: Czy spotyka się Pani/Pan z roszczeniowością i nadużywaniem swoich praw przez pacjentów i ich rodziny? 47% lekarzy i 39% pielęgniarek odpowiedziało, że bardzo często spotyka się z taką sytuacją. J. Gotlib, G. Dykowska, Z. Sienkiewicz, E. Skanderowicz, *Ocena wiedzy i postaw personelu medycznego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego im. Prof. Orłowskiego w Warszawie wobec praw pacjenta*, *Annales Academiae Medicae Silesiensis*. 2014, 68(2), s. 89.

¹¹ M. Boratynska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, *PiM* 1/2014, s. 61.

¹² I. Taranowicz, *Rola rodziny w opiece nad człowiekiem przeżyającym chorobę*, *Rodzina w czasach szybkich przemian. Roczniki Socjologii Rodziny XIII*, Poznań 2011, s. 209–228.

doświadczają kryzysów psychicznych uniemożliwiających im efektywne wspieranie pacjenta. Dlatego tak ważne jest, aby pacjenci, w sytuacji gdy ich bliscy nie dają rady udzielić wsparcia, mogli skorzystać z pomocy wolontariuszy, szpitalnych psychologów czy profesjonalnych *caregivers*¹³.

Bliskość jako wartość urzeczywistniana w procesie leczenia, choć jawi się jako coś pozytywnego, nie ma jednoznacznego charakteru. To, jaką wartością będzie – wspierającą czy destrukcyjną – zależy od faktycznego układu relacji pacjenta i jego indywidualnych potrzeb. Sprawczość pacjenta w przedmiocie kształtowania przebiegu swojego leczenia może być w pewnych okolicznościach ograniczona ze względu na jego stan zdrowia. Jednak w wielu sytuacjach pacjent może chcieć świadomie kształtować przebieg tego procesu, w tym m.in. w zakresie obecności i uprawnień innych osób. Należy zatem rozważyć, na ile prawo umożliwia pacjentom wyrażenie ich woli w kształtowaniu przebiegu leczenia, w tym szczególnie w zakresie udziału innych osób w jego leczeniu oprócz personelu medycznego.

Ustawodawca zdaje się dostrzegać relacyjne uwarunkowanie procesu leczenia pacjenta, czemu daje wyraz w różnych definicjach osoby bliskiej występujących w prawie medycznym. Uznanie określonych osób za bliskie przekłada się na przyznanie im uprawnień w procesie leczenia i po jego zakończeniu. Ustawodawca w przepisach tych wymienił, kogo uważa za bliskiego dla pacjenta, oraz – nie używając określenia „osoba bliska” – wskazał określone osoby jako uprawnione do określonych czynności w procesie leczenia i po jego zakończeniu. W dalszej części artykułu zostanie podjęta krytyczna analiza obowiązujących formuł bliskości. Należy bowiem rozważyć to, na ile wybór określonej wizji bliskości w prawie medycznym koresponduje z rzeczywistymi uwarunkowaniami i potrzebami tej sfery życia. Ponadto istotne jest ustalenie kryteriów, na

¹³ N. Bolger, M. Foster, R. Ng, A.D. Vinokur, *Close Relationships and Adjustment to a Life Crisis: The Case of Breast Cancer*, Journal of Personality and Social Psychology 1996, 70 (2), s. 292. Co ciekawe, badania opisane w powyższym tekście nie wykazały, aby osoby bliskie zapewniały skuteczne wsparcie podczas sześciomiesięcznego okresu kryzysu raka piersi. Możliwe, że wynika to z tego, że osoby będące pod wpływem silnego stresu szukają dodatkowej pomocy poza bliskimi związkami. Ponadto badania potwierdziły tezę, że chorujący przeżywający rozmaite kryzysy zwracają się o pomoc do zewnętrznych grup wsparcia, nie do swoich bliskich.

podstawie których ustawodawca stawia granice między tym, co „bliskie”, a tym, co „obce” w relacjach międzyludzkich.

Następnie zostaną omówione niektóre uprawnienia oraz obowiązki, które mają osoby bliskie. W analizach w ograniczonym zakresie omówiono zagadnienie dostępu osób bliskich do tajemnicy lekarskiej po śmierci pacjenta. Jest to zagadnienie na tyle obszerne i specyficzne, że wymaga ono osobnego opracowania naukowego¹⁴.

W swoich analizach chciałabym również zwrócić uwagę na to, że nawet gdy ustawodawca wskazuje pewien krąg osób bliskich pacjentowi, to w praktyce krąg ten zostaje ustalony przez personel medyczny (np. lekarzy, pielęgniarki). Tutaj pojawiają się przynajmniej dwa pytania, które rozważyć. Po pierwsze, na ile personel medyczny kieruje się tym, co jest wskazane w ustawie, a na ile własnym uznaniem w ustalaniu bliskości. Taka uznaniowość może się uwidaczniać szczególnie w sytuacji ustalania istnienia relacji faktycznych (np. konkubinatu). Po drugie, czy definicje (katalogi) tworzone przez ustawodawcę stanowią przydatną wskazówkę dla personelu medycznego, czy wręcz przeciwnie (np. jak mają ustalać dalekie pokrewieństwo).

II. Pojęcie bliskości w prawie medycznym

a. Osoba bliska w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta

Ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹⁵ wprowadzono definicję osoby bliskiej. Ustawodawca za pomocą tego pojęcia określa krąg osób, które mogą być obecne i aktywne w procesie

¹⁴ W szczególności istotne byłoby dokonanie analizy tego zagadnienia z uwzględnieniem argumentów filozoficzno-prawnych, gdyż wątki te nie są wystarczająco podkreślane w dotychczasowej literaturze prawniczej, która raczej koncentruje się na kwestiach dogmatycznych.

Zob. cały numer tematyczny poświęcony tajemnicy lekarskiej; Białostockie Studia Prawnicze 2020, vol. 25 nr 2. Dostępne online: <http://bsp.uwb.edu.pl/bialostockie-studia-prawnicze-zeszyt-25-nr-2/> [dostęp: 7.09.2020].

R. Kubiak, *Komentarz do art. 14*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020.

J. Sobczak, *Tajemnica lekarska po ostatnich zmianach legislacyjnych*, Medycyna Wokanda 2018 (nr 11), s. 7–24.

¹⁵ Dz.U.2020.849 z późn. zm.; dalej u.p.p.

udzielania świadczeń zdrowotnych. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. „osoba bliska” oznacza małżonka, krewnego do drugiego stopnia lub powinowatego do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciela ustawowego, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu lub osobę wskazaną przez pacjenta. Pojęcie „krewny do drugiego stopnia” obejmuje: matkę, ojca, dzieci, dziadka, babcię, wnuki, rodzeństwo. Natomiast „powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej” obejmuje następujące osoby: macochę, ojczyma, pasierbów¹⁶, rodziców małżonka (teściów), zięcia, synową, ale także dziadków małżonka i małżonka wnuków. Bliskość jest zatem definiowana przez trzy kryteria: przez pryzmat relacji pokrewieństwa i powinowactwa (więzi rodzinne i więzy krwi), relacje faktyczne („wspólne pożycie”) oraz wolę pacjenta. Innymi słowy, katalog bliskich został ukształtowany szeroko, poprzez odwołanie się do stosunków prawnorodzinnych, stosunków faktycznych oraz woli pacjenta. Ustawodawca zbiorczo ujął bardzo różnorodną grupę podmiotów. Sytuacja prawna każdej osoby zaliczonej do katalogu osób bliskich jest identyczna (niezależnie od stopnia faktycznej bliskości), a skorzystanie z praw przysługujących jednej osobie nie pozbawia pozostałych realizacji swoich uprawnień.

Odkodowując znaczenie pojęcia „osoby bliskiej”, nie sposób pominąć kontekstu powstania tej regulacji. Materiały legislacyjne (HL) stanowią bowiem istotny dowód na intencję ustawodawcy. Przyjmuję, że interpretacja sprowadza się do ustalenia intencji prawodawcy¹⁷. Choć wykorzystanie materiałów legislacyjnych w procesie interpretacji prawa nie jest

¹⁶ Tak przykładowo Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z 14.03.2019 r., sygn. II SA/Bk 620/18, stwierdził, że „linia powinowactwa stanowi wierne odwzorowanie linii pokrewieństwa. Stopień powinowactwa, podobnie jak stopień pokrewieństwa, ustala się według liczby urodzeń i odpowiada on stopniowi pokrewieństwa małżonka powinowatego. Powinowactwo stopnia pierwszego odpowiada zatem zawsze pokrewieństwu pierwszego stopnia, w związku z czym dzieci współmałżonka niebędące wspólnymi dziećmi małżonków (tj. pasierbica i pasierb) są w stosunku do drugiego współmałżonka powinowatymi pierwszego stopnia w linii prostej.

Na gruncie pojęcia osoby najbliższej z art. 115 § 11 k.k.: Wyrok SN z 18 marca 2015 r., III KK 432/14, LEX nr 1663408: „Osobą najbliższą jest powinowaty, a za takiego uznaje się pasierba w stosunku do macochy”.

¹⁷ Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 224–225.

jednomyślnie akceptowalne w polskim dyskursie prawnym, to za ich zastosowaniem stoi szereg argumentów. Przede wszystkim, podobnie jak tekst prawny pochodzą bezpośrednio od ustawodawcy. Żadne inne narzędzie interpretacyjne nie ma tak silnego związku z tekstem prawnym¹⁸. Materiały legislacyjne nie mogą być przy tym traktowane jako zbiór gotowych rozstrzygnięć, ale stanowić źródło istotnych argumentów za przyjęciem określonej hipotezy interpretacyjnej. Produkty procesu legislacyjnego mają różną wartość i przydatność, stąd ich wykorzystaniu powinna towarzyszyć rzetelna analiza jakości¹⁹. Mogą być one zatem traktowane jako „instrukcja obsługi” tekstu prawnego, która może dostarczać istotnych wskazówek w zakresie rozstrzygania wątpliwości powstałych na gruncie jego interpretacji. W opisywanym w artykule przypadku przytoczone wypowiedzi padające podczas debat w komisjach sejmowych – czyli zasadniczo najbardziej merytorycznego etapu prac nad tekstem prawnym – obrazują wątpliwości co do określonej formuły definicji osoby bliskiej, które znajdują odzwierciedlenie w praktyce stosowania tego przepisu. Podczas posiedzenia Komisji Zdrowia z 15 października 2008 r.²⁰ podniesiono kilka istotnych uwag, które jednak nie zostały uwzględnione, a pozostają aktualne również obecnie²¹.

Po pierwsze, podnoszone wątpliwości odnosiły się do potrzeby definiowania osoby bliskiej. W szczególności Konstanty Radziwiłł, ówczesny prezes Naczelnej Rady Lekarskiej, podawał w wątpliwość taką definicję, skoro osobą bliską może być każda osoba wskazana przez pacjenta. Wskazywał jednak dalej, że „w tym kontekście definicja (...) jest wyjątkowo

¹⁸ A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Warszawa 2017, s. 313–314.

¹⁹ A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego...*, s. 551–552.

²⁰ Kancelaria Sejmu, Biuro Komisji Sejmowych Biuletyn z posiedzenia Komisji Zdrowia (nr 59) z dnia 15.10.2008 r., dostępny online: <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgsknr6/ZDR-59> [dostęp: 18.08.2020].

²¹ Jak wskazywał podsekretarz stanu w MZ: „To jest jedynie definicja. W tej sprawie toczyły się konsultacje ze stroną społeczną reprezentującą pacjentów. To ona wносиła o uszczegółowienie tego przepisu w takiej formie, jak to przedstawia poprawka”.

niebezpieczna, bo oznacza, że pojawić się przy pacjencie może tylko osoba przez niego wskazana, jeśli pacjent jest w stanie ją wyznaczyć. Jeśli ze względu na swój stan zdrowia nie może wskazać żadnej osoby, to krąg osób, które mogą się nim zajmować, zamykamy do bliskich krewnych, czyli nie może to być np. siostrzenica cioci, z którą nie wiąże go bliskie pokrewieństwo ani wspólne zamieszkanie. Nie może to być sąsiadka, a przecież takie sytuacje się zdarzają. Znamy je z codziennej praktyki. Proszę o rozważenie celowości definiowania osoby bliskiej w tej ustawie. Nie jest to potrzebne. Pojęcie to pojawia się tylko w art. 30 i 31, a zawężenie tej definicji jest wręcz szkodliwe. Ogranicza prawa pacjenta bycia pod opieką osób, które nie są z nim związane bliskim węzłem pokrewieństwa lub wspólnym zamieszkaniem”²².

Po drugie, sama treść definicji budziła zastrzeżenia. W szczególności podnoszono, że kategoria osoby wskazanej przez pacjenta niweczy sens definiowania osoby bliskiej. Skoro wola pacjenta ma decydujące znaczenie, to on (o ile będzie w stanie) wskaże osoby mu bliskie. Mogą to być osoby wskazane w definicji osoby bliskiej ale również spoza tego kręgu. Ponadto definicja uprawnia do domniemania, że w sytuacji niewskazania (niewynikającego z braku woli świadomego pacjenta) za osoby bliskie będziemy uważać jedynie podmioty wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.²³

²² Podobnie podnosili: poseł Marek Balicki: „Mam podobne wątpliwości (...). Na kim spoczywa tu jaki obowiązek i czy jest potrzeba definiowania, kto jest osobą bliską? Może zdarzyć się paradoksalna sytuacja, że pacjent nie będzie zdolny do wyrażania zgody, zgłosi się powinowaty drugiego stopnia z zupełnie innych powodów i będzie chciał opiekować się pacjentem. Jeśli pacjent jest zdolny do wskazania, to nie trzeba tego definiować, nie ma wtedy sporu. Na kim jednak spoczywa obowiązek?”. Poseł Beata Małecka-Libera: „Ja też mam wątpliwości, czy to pojęcie musimy doprecyzowywać. Pacjent tak naprawdę sam będzie decydować, kto jest dla niego osobą bliską. Może pan minister wyjaśni, z czego wynikało doprecyzowanie osoby bliskiej?”. Kancelaria Sejmu, Biuro Komisji Sejmowych Biuletyn z posiedzenia Komisji Zdrowia (nr 59) z dnia 15 października 2008 r., s. 21, <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgsknr6/ZDR-59> [dostęp: 17.08.2020].

²³ Wątpliwości te dobrze obrazuje wymiana zdań podczas Komisji Zdrowia: „Poseł Marek Balicki (SDPL-NL): Najpierw jest kategoria osób bliskich, a potem osoba wskazana przez pacjenta. Czy to znaczy, że powinowaty drugiego stopnia może zajmować się pielęgnacją, nawet jeśli pacjent tego nie chce? Podsekretarz stanu w MZ Marek Twardowski: Pacjent ma zawsze prawo oświadczyć, że nie życzy sobie czyjejś opieki. To jego wola. Poseł Marek Balicki (SDPL-NL): Czyli zawsze musi wskazać,

W literaturze podniesiono również wątpliwość natury legislacyjnej, która doczekała się reakcji ze strony ustawodawcy. Joanna Haberko zwróciła uwagę, że zastosowanie spójnika „lub” skutkuje zawężeniem stopnia i linii pokrewieństwa – gdyby przyjąć, że odnosi się do krewnych, wówczas do kręgu osób bliskich nie zaliczono brata lub siostry pacjenta. Prowadziłoby to przykładowo do sytuacji, w której osobą bliską będzie teściowa pacjenta, a nie jego siostra. Autorka wskazywała na potrzebę zastąpienia spójnika „lub” przecinkiem²⁴. W nowelizacji u.p.p. z 2018 r. dokonano modyfikacji polegającej na doprecyzowaniu, że chodzi zarówno „o krewnego do drugiego stopnia lub powinowatego do drugiego stopnia”, która poszerza krąg osób bliskich. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy: „projektowana ustawa nieznacznie rozszerza katalog osób bliskich, dołączając do tego grona rodzeństwo zmarłego pacjenta (rodzeństwo to drugi stopień pokrewieństwa, ale linia boczna). Dla wielu osób samotnych to właśnie brat lub siostra jest przez lata najbliższą żyjącą osobą, często jedyną bliską osobą”²⁵.

Kinga Bączyk-Rozwadowska wskazała, że poważne zastrzeżenie budzi wyróżnianie w katalogu osób bliskich przedstawiciela ustawowego oraz osoby upoważnionej przez pacjenta, gdyż każdy z tych podmiotów ma własne, niezależnie od bycia „osobą bliską” uprawnienia do uzyskania informacji o stanie zdrowia pacjenta²⁶. Autorka proponuje, aby definicję „osoby bliskiej” ograniczyć do krewnych, powinowatych oraz osób pozostających we wspólnym pożyciu, ponieważ są „to osoby, które zazwyczaj pozostają zainteresowane stanem chorego”²⁷.

a więc ta definicja jest zbędna. Podsekretarz stanu w MZ Marek Twardowski: Nie zawsze. Z mocy ustawy te osoby są wskazane jako bliskie, ale zawsze pacjent ma prawo daną osobę wykluczyć”.

²⁴ J. Haberko, *Pojęcie osoby bliskiej w prawie cywilnym*, Przegląd Sądowy 3/2011, s. 74–75.

²⁵ Uzasadnienie komisijnego projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, druk nr 1998, s. 4.

²⁶ Art. 31 ust. 1–2 u.z.l.d.; art. 9 ust. 2 u.p.p.

²⁷ K. Bączyk-Rozwadowska, *Prawo pacjenta do informacji według przepisów polskiego prawa medycznego*, Studia Iuridica Toruniensia 2011, vol. 9, s. 68–69.

Spore wątpliwości budzi również wyróżnienie w katalogu osób bliskich „powinowatych do drugiego stopnia w linii prostej”²⁸. Więż powinowactwa to relacja prawna powstała na skutek zawarcia małżeństwa, pomiędzy małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka²⁹. Jest to stosunek w pewien sposób „narzucony” przez zawarte małżeństwo. Choć relacje te mogą odznaczać się faktyczną bliskością, to nie wydaje się, aby była to relacja w sposób oczywisty oznaczana jako „bliska”. Nawet dobre relacje z powinowatymi nie oznaczają *a priori* tego, że chcemy, aby otrzymywali, często intymne, informacje na temat naszego stanu zdrowia, gdy jako pacjenci będziemy nieprzytomni. Podstawą w takim przypadku jest jedynie więź prawna, powstająca pomiędzy małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka, czyli stosunkowo luźne powiązanie. Powinowactwo nie jest relacją „z wyboru”, ale narzuconą przez prawo i odznaczającą się dużą potencjalnością co do faktycznego kształtu relacji. Oczywiście, świadomy pacjent może wskazać swoich powinowatych jako uprawnionych do uzyskania informacji na temat stanu zdrowia, ale jest to kwestia faktycznego układu relacji panującego w danej rodzinie. Możliwe, iż wyróżnienie powinowatych jako „bliskich” w niektórych kontekstach ustawodawczych jest uzasadnione np. w zakresie prawa do odmowy zeznań³⁰, ale biorąc pod uwagę charakter regulowanej materii w u.p.p., nie jest to wyróżnienie adekwatne. Więż powinowactwa odnosi się również do tzw. rodzin zrekonstruowanych – w skład której wchodzi ojczym lub macocha oraz pasierb. Jest to jedna z form życia rodzinnego mieszcząca się w szerokiej definicji rodziny. Wśród różnych typów życia rodzinnego przypomina ona najbardziej rodziny pełne, w których bliskość jest stanem zakładanym przez ustawodawcę, tj. opiera się na związku pary dorosłych ludzi, którzy wspólnie prowadzą

²⁸ Podobnie wskazuje Maria Boratyńska: „W odniesieniu do powinowatych krąg uprawnionych jest dziwnie szeroki. Można dyskutować, dlaczego powinowaci w ogóle zostali włączeni (...)”. (M. Boratyńska, *Wolny wybór: gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 142).

²⁹ B. Trębska, *Komentarz do art. 61⁸*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa, LexisNexis 2014.

³⁰ Zgodnie z art. 182 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, osoba najbliższa dla oskarżonego może odmówić zeznań.

gospodarstwo domowe i wychowują dzieci³¹. Bliskość powinowactwa w przypadku rodzin patchworkowych jest zatem uzasadniona tym, że wspólnoty te stanowią jeden z równoważnych typów życia rodzinnego, niewiele różniących się od „typowych” relacji w rodzinach pełnych, choć również zależy to od konkretnego układu relacyjnego. Ojczym lub macocha to zazwyczaj „dodatkowi” rodzice w stosunku do biologicznych albo osoby zupełnie zastępujące biologicznych rodziców w więzi z dzieckiem. Natomiast ta sama linia i stopień powinowactwa pomiędzy teściami a synową czy zięciem lub jeszcze dalej, współmałżonkiem wnuka – nie znajduje już takiego uzasadnienia. Powinowactwo obejmuje swoim zakresem szeroki katalog osób i nie sposób każdą z nich kwalifikować jako „bliską” wobec pacjenta, tylko ze względu na występowanie pewnej więzi prawnej. Tę dysfunkcjonalność normatywnej bliskości pozwala zniwelować odwołanie się do Kodeksu Etyki Lekarskiej, który niezależnie od formalnie wyznaczonej bliskości nakazuje lekarzowi każdorazowo upewniać się, czy działanie i obecność określonej „osoby bliskiej” rzeczywiście podyktowane jest dobrem chorego³².

Powstaje zatem pytanie, czy może dojść do sytuacji, w których pacjentem będzie zajmować się osoba spokrewniona, nawet jeżeli pacjent tego nie chce. Wydaje się, że taka sytuacja nie jest możliwa, ponieważ pacjent – o ile jest świadomy – ma zawsze prawo oświadczyć albo wyrazić swoim zachowaniem, że nie życzy sobie czyjejś opieki lub obecności. Wola pacjenta świadomego to najlepsze świadectwo, kogo chce uważać za osobę bliską, wobec czego nie ma potrzeby doprecyzowywania tego pojęcia. Fundamentalne znaczenie w ustaleniu kręgu osób bliskich ma zatem wola pacjenta. Jak wskazuje Dorota Karkowska, świadomy pacjent sam najlepiej potrafi określić, kto jest dla niego

³¹ K. Wałęcka-Matyja, *Polimorficzny obraz struktury rodziny w świetle współczesnej literatury psychologicznej*, Acta Universitatis Lodzensis. Folia Psychologica 2009, nr 13, s. 35. Szerzej: T. Szlendak, *Sociologia rodziny*, Warszawa 2010, s. 496–501.

³² Art. 16 ust. 1–2 Kodeksu Etyki Lekarskiej, dostępny online: https://nil.org.pl/uploaded_images/1574857770_kodeks-etyki-lekarskiej.pdf [dostęp: 28.08.2020].

bliski. Powinien w tym zakresie mieć możliwość subiektywnego, swobodnego określenia³³. Pojawia się jednak pytanie, jak należy postąpić w sytuacji, gdy pacjent nie może wyrazić woli w zakresie wskazania osoby bliskiej, a w szczególności czy definicja osoby bliskiej uprawnia do domniemania, że w sytuacji niewskazania (niewynikającego z braku woli świadomego pacjenta) – za bliskiego będziemy uważać jedynie podmioty wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. Co do zasady należy przyjąć, że personel medyczny nie ma prawa ingerować w wybory dokonywane przez pacjenta w tym zakresie i samodzielnie ustalać, kto jest dla niego bliski, a kto nie. Potrzeba takiego ustalenia może się natomiast pojawiać wówczas, gdy pacjent nie jest zdolny do wyrażania swojej woli i nie ma przedstawiciela ustawowego. W tych sytuacjach pomocą w dokonywanej przez personel medyczny ocenie ma być definicja osoby bliskiej (subsydiarne zastosowanie definicji).

Jak słusznie zauważa Agnieszka Bielska-Brodziak, posługiwanie się przez prawodawcę terminami zdefiniowanymi stwarza relatywnie wysoki komfort pracy interpretatora, a przy tym nie prowadzi do powstania żadnych poważniejszych dylematów w procesie interpretacji prawa³⁴. Ustawodawca wprowadza definicje legalne wtedy, gdy dane określenie jest wieloznaczne, nieostre i pożądane jest ograniczenie tej nieostrości oraz gdy nie jest powszechnie zrozumiałe. Ponadto gdy ze względu na dziedzinę regulowanych spraw istnieje potrzeba ustalenia nowego znaczenia danego określenia³⁵. Definicje legalne mają tekst prawny uprzystępnąć, w tym usunąć możliwe wątpliwości co do znaczenia określenia, jakim posługuje się ustawodawca. Postulaty te nabierają szczególnego znaczenia w kontekście regulacji prawnomedycznych, z których głównie korzysta personel medyczny.

³³ D. Karkowska, *Komentarz do art. 3 ust.1 pkt 2*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 106.

³⁴ A. Bielska-Brodziak, *Kłopoty z definicjami legalnymi*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. S. Czepi-
ta, O. Bogucki, Szczecin 2008, s. 159.

³⁵ § 146 ust. 1 pkt 1–4 – rozporządzenie PRM z 20 czerwca 2002 r. – *Zasady techniki prawodawczej* (Dz.U.2016.283 z późn. zm.).

Na pierwszy rzut oka wydaje się, że definicja osoby bliskiej spełnia wskazane cechy – jest to definicja zakresowa, w której enumeratywnie wskazano, kto jest uznawany za osobę bliską. Należy jednak spojrzeć na to, jak jest ukształtowany krąg wskazanych osób.

Po pierwsze, przepis ten należałoby czytać od końca, a nie od początku – bo to wola pacjenta ma decydujące znaczenie w wyznaczaniu kręgu bliskich. Umieszczenie jako ostatniej w kolejności „osoby wskazanej przez pacjenta” stwarza błędne wrażenie pierwszeństwa relacji rodzinoprawnych. Wydaje się, że uzasadnione jest większe uwypuklenie tego wątku, aby nie budził on wątpliwości.

Po drugie, definicja osoby bliskiej z u.p.p. powiela wzorce przyjęte na gruncie innych ustaw³⁶ w zakresie definiowania bliskości. Należy pamiętać o praktycznej funkcji, jaką ma spełnić wskazana definicja – ma służyć zarówno pacjentowi, jak i lekarzowi niemającemu co do zasady wiedzy prawniczej. Stąd nie wydaje się uzasadnione odwołanie do stopni pokrewieństwa i powinowactwa. Zwyczajnie mówiąc – można to napisać prościej, aby nikt z personelu medycznego nie miał wątpliwości, o kogo chodzi. Definicja osoby bliskiej z art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. przypomina definicję osoby najbliższej z art. 115 § 11 k.k.³⁷, choć jest nieco szersza – na co wskazuje stosunek zastosowanych słów „bliski-najbliższy”. Jednak o ile na gruncie prawa karnego definicja ta spełnia określone funkcje, o tyle

³⁶ Podobieństwo w zakresie przyjętej techniki legislacyjnej formowania definicji bliskości w formie enumeratywnie wymienianych określone osoby definicji zakresowych. Przykładowo: art. 4 pkt 13 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami: należy przez to rozumieć zstępnych, wstępnych, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, małżonka, osoby przysposabiające i przysposobione oraz osobę, która pozostaje ze zbywcą faktycznie we wspólnym pożyciu; art. 2 pkt 6 ustawy z 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego: „osoby bliskiej” – należy przez to rozumieć zstępnych, wstępnych, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, rodzeństwo rodziców, małżonka, osoby przysposabiające i przysposobione oraz pasierbów; art. 2 ust. 5 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych: osobą bliską w rozumieniu ustawy jest zstępny, wstępny, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, małżonek, osoba przysposabiająca i przysposobiona oraz osoba, która pozostaje faktycznie we wspólnym pożyciu.

³⁷ Zgodnie z art. 115 § 11 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U.2020 poz. 1444 z późn. zm.) osobą najbliższą jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu.

w prawie medycznym wydaje się nieprzemyślanym powielaniem rozwiązań innych ustaw. Definicja ta po pierwsze – stawia lekarzy w sytuacji trudnego wyboru już na etapie weryfikacji, kto osobą bliską faktycznie jest, a po drugie – której z osób (jeżeli jest ich więcej) przekazać określone informacje, a jakich nie przekazywać³⁸.

Po trzecie, definicja stwarza mylne wrażenie, jakoby każda ze wskazanych osób była „osobą bliską” w procesie leczenia, niezależnie od woli pacjenta. Wskazany w początkowej części przepisu krąg osób związanych z pacjentem więzami rodzinnoprawnymi czy faktycznymi nabywa określone uprawnienia dopiero wtedy, gdy pacjent nie ma możliwości wskazania osoby uprawnionej. Jako uzasadnienie rozszerzenia kręgu osób uprawnionych wskazuje się np. oczekiwania lekarzy oraz rodzin dorosłych pacjentów, którzy formalnie nie mogliby otrzymywać informacji o stanie zdrowia pacjenta, o ile ten nie udzielił stosownego upoważnienia, co było w praktyce rzadkie. Ustawodawca przyznał zatem pierwszeństwo prawu rodziny do informacji nad prywatnością pacjenta³⁹.

Po czwarte, bliskość oznacza więcej niż tylko wskazanie określonych osób. Ustawodawca wyróżnia pewne osoby jako bliskie, ale ich rola w życiu pacjenta czy w procesie leczenia może być zupełnie inna. Wydaje się, że legislator ze zbytnią łatwością nazywa określone relacje jako bliskie, bazując na powszechnych intuicjach. To, co jest postrzegane jako bliskie w indywidualnym doświadczeniu, może różnić się z tym, w jaki sposób ujmuje to ustawodawca. Oczywiście może on mieć własną wizję bliskości, ale musi ona pozostawać w związku z fragmentem rzeczywistości, który normuje. Bliskość w prawie medycznym może zatem oznaczać wartość, która nakazuje wspierać pacjentów w zakresie artykułowanych przez nich potrzeb relacyjnych – tak aby stan ich zdrowia, w tym ogólny dobrostan psychiczny, dzięki obecności innych osób wzrastał, a nie ulegał destrukcji.

³⁸ D. Karkowska, *Komentarz do art. 3 ust.1 pkt 2*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 107.

³⁹ M. Malczewska, *Komentarz do art. 31*, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, wyd. 2, LEX 2014 teza 8, wyd. papierowe Wolters Kluwer 2014, s. 581.

Rozsądnym rozwiązaniem jest przyjęcie następującego poglądu: decydujące znaczenie w zakresie wyznaczania kręgu osób bliskich ma wola pacjenta – wówczas może to być każdy, kogo pacjent wskaże. Dopiero wówczas, gdy pacjent nie ma możliwości wskazania, pomocniczo wolno sięgnąć do katalogu osób wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. Definicja osoby bliskiej z art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. powinna być stosowana subsydiarnie – dopiero w sytuacji, gdy pacjent nie uzewnętrznili woli (np. ze względu na faktyczną niemożność) co do tego, kto ma być uważany za osobę bliską. Ustalenie tego, kto jest bliski dla pacjenta, powinno być oceniane przede wszystkim z perspektywy jego dobra, a wszelkie rozstrzygnięcia w tym zakresie powinny być poprzedzone rzetelnym rozeznaniem sytuacji życiowej pacjenta, co nie zawsze leży w granicach możliwości personelu medycznego.

Możliwe, że bardziej pożądane byłoby zrezygnowanie z definicji osoby bliskiej, a sformułowanie przepisu, zgodnie z którym wola pacjenta ma decydujące znaczenie w zakresie wyznaczania osób uprawnionych do informacji o jego stanie zdrowia. W sytuacji zaś pacjenta poniżej 16. roku życia, pacjenta nieświadomego lub ubezwłasnowolnionego całkowicie, uprawnienie do informacji o stanie zdrowia pacjenta oraz udzielonych mu świadczeniach zdrowotnych uzyskuje wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu.

b. Inne definicje i katalogi wskazujące osoby pozostające w określonej relacji do pacjenta

Określenie pewnych osób jako „bliskich” wobec pacjenta występuje również w innych aktach prawnych z zakresu prawa medycznego.

W nieobowiązującej już ustawie o zakładach opieki zdrowotnej brak było definicji „osoby bliskiej”, ale pojęcie to występowało w formie niezdefiniowanej. W art. 19 ust. 3 w zakładach opieki zdrowotnej⁴⁰

⁴⁰ Dz.U.2007 nr 14 poz. 89 (akt nieobowiązujący).

przeznaczonych dla osób wymagających całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych pacjent miał prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej sprawowanej przez osobę bliską lub inną osobę wskazaną przez siebie.

Natomiast według art. 4a ust. 7 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, w konsultacjach przeprowadzanych przed zabiegiem przerywania ciąży, za zgodą kobiety „może wziąć udział jej partner, członkowie rodziny lub inna bliska osoba”⁴¹. Powstaje zatem pytanie, czy ustawodawca nawiązuje tym samym do definicji osoby bliskiej z u.p.p. Możliwe, iż przydatną regułą argumentacyjną w takich przypadkach jest reguła *eiusdem generis*, zgodnie z którą przy ocenie i kwalifikacji innych obiektów wskazanych w przepisie należy pomijać te, które nie wykazują istotnego podobieństwa do elementów wymienionych⁴². Zatem gdy ustawodawca wymienia określone klasy osób, a następnie odnosi się do nich ogólnie („inne osoby bliskie”), to należy uznać, że jest to odniesienie do tego samego rodzaju osób, które już zostały wyraźnie wymienione w przepisie (czyli partner i członkowie rodziny). Rekonstruując sformułowanie „inna osoba bliska”, należałoby zatem określić, czy pomiędzy wymienionymi kategoriami osób istnieje istotne podobieństwo, np. rodzaj więzi.

Definicję osoby bliskiej zawarto w rozporządzeniu MZ z 16 sierpnia 2018 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki okołoporodowej⁴³. Odpowiada ona poprzedniej wersji definicji osoby bliskiej zawartej w u.p.p.⁴⁴, stąd uzasadnione wydaje się dokonanie odpowiedniej korekty w celu ujednolicenia stanu prawnego.

⁴¹ Art. 4a ust. 7 ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U.1993 nr 17 poz. 78 z późn. zm.): „Celem konsultacji, o której mowa w ust. 6, jest w szczególności ustalenie sytuacji zdrowotnej i życiowej kobiety, pomoc w rozwiązaniu jej problemów(...). Za zgodą kobiety w konsultacji może wziąć udział jej partner, członkowie rodziny lub inna bliska osoba”.

⁴² A. Bielska-Brodziak, *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Warszawa 2009, s. 74–75.

⁴³ Dz.U.2018 poz. 1756 z późn. zm.

⁴⁴ Ust. 4 pkt 6 rozporządzenia MZ z dnia 16 sierpnia 2018 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki okołoporodowej: osoba bliska – małżonka, krewnego lub powinowatego do drugiego stopnia

Z kolei w ustawie z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁴⁵ zawarto regulację, w myśl której lekarz zobowiązany jest poinformować osobę podejrzaną o zachorowanie, chorą lub narażoną na zakażenie i jej osoby najbliższe (art. 35 ust. 4)⁴⁶. Ustawodawca posługuje się pojęciem osoby najbliższej bez dookreślenia, o jakie osoby chodzi, zatem czy jest to zabieg celowy, aby zawęzić krąg osób w stosunku szerokiego katalogu „osób bliskich” z u.p.p.?

Ponadto w ustawodawstwie można spotkać katalogi, w których ustawodawca wymienia określone osoby, ale nie określa ich wspólnym określeniem „osoba bliska”. Tak jest np. w ustawie z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich, w przypadku wskazania osób, które po śmierci pokrzywdzonego mogą wykonywać jego prawa w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy, w tym prawo dostępu do informacji medycznej oraz dokumentacji medycznej (art. 57 ust. 3)⁴⁷. Wskazany katalog osób odpowiada definicji osoby najbliższej zawartej w k.k.

c. Sposoby ustalania stosunku bliskości w praktyce

Jak pokazuje analiza aktów prawnych, ustawodawca stworzył uniwersalną na gruncie prawa medycznego definicję osoby bliskiej, a w niektórych kontekstach ustawodawczych zdecydował się zmodyfikować krąg osób bliskich wobec pacjenta. Na podstawie tych przepisów personel medyczny ma ustalić relacje, jakie zachodzą pomiędzy pacjentem a innymi osobami. Pojawiają się tutaj następujące zagadnienia. Po pierwsze, jaki jest dozwolony sposób weryfikacji stosunku bliskości

w linii prostej, przedstawiciela ustawowego, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu lub inną osobę wskazaną przez ciężarną lub rodzicą.

⁴⁵ Dz.U.2019 poz. 1239 z późn. zm.

⁴⁶ Art. 35 ust. 4: „Lekarz, o którym mowa w ust. 2, jest obowiązany poinformować osobę podejrzaną o zachorowanie, chorą lub narażoną na zakażenie i jej osoby najbliższe o przesłankach uzasadniających podjęte działania oraz dokonać odpowiedniego wpisu w dokumentacji medycznej”.

⁴⁷ Art. 57 ust. 3 ustawy z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U.2019 poz. 965 z późn. zm.): „W razie śmierci pokrzywdzonego jego prawa w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy, w tym prawo dostępu do informacji medycznej oraz dokumentacji medycznej, może wykonywać małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”.

pomiędzy osobami – czy ustawodawca pozostawia jakieś wskazówki w tym zakresie. Po drugie, przydatność definicji (katalogów) stworzonych przez ustawodawcę – na ile lekarze kierują się nimi, a na ile własnym uznaniem i intuicją.

Jeden z modeli postępowania proponuje Leszek Pawłowski. Autor zwraca uwagę na to, że lekarz nie może uzależnić udzielenia informacji o stanie zdrowia pacjenta od udowodnienia bądź uprawdopodobnienia tego, że dana osoba jest osobą bliską. Nie można też żądać przedłożenia dokumentu tożsamości ani innych dokumentów pozwalających na identyfikację osoby. Autor nie uzasadnia szerzej przyjętego poglądu⁴⁸. Zaproponowany model postępowania wiąże się z określonymi ryzykami. Po pierwsze, lekarz powinien przekazać niezbędne informacje osobom wskazanym w definicji osoby bliskiej. W odniesieniu do osoby wyznaczonej przez pacjenta musi dodatkowo ustalić na podstawie dokumentacji medycznej lub rozmowy z innymi osobami z personelu medycznego, czy tego rodzaju wskazanie faktycznie zostało dokonane. W sytuacji, gdy osoba zwracająca się z prośbą o udzielenie informacji nie przedstawi się, lekarz powinien przed udzieleniem odpowiedzi zapytać, czy należy do jednej z wyżej wymienionych kategorii osób bliskich. W razie odpowiedzi twierdzącej ma obowiązek przekazać tej osobie informacje dotyczące pacjenta w pełnym zakresie⁴⁹. Wskazany model postępowania opiera się na zasadzie pełnego zaufania w prawdomówność osób zainteresowanych. Tymczasem bardziej uzasadnione wydaje się zastosowanie zasady ograniczonego zaufania, co pozostaje w interesie zarówno lekarza, jak i pacjenta. Ustawodawca nie wskazał żadnych kryteriów, które umożliwiłyby weryfikację pokrewieństwa czy powinowactwa, np. jakich dokumentów może żądać personel medyczny w celu uprawdopodobnienia istnienia takiej relacji. Trudno wymagać od lekarza, aby podejmował działania „dowodowe” i poświęcał czas (którego zazwyczaj nie ma), na udokumentowanie stosunków bliskości pacjenta.

⁴⁸ L. Pawłowski, *Osoba bliska w aspekcie przekazywania informacji o stanie zdrowia pacjenta (część 2)*, Forum Medycyny Rodzinnej 2014, 8 (4), s. 198.

⁴⁹ L. Pawłowski, *Osoba bliska w aspekcie przekazywania informacji o stanie zdrowia pacjenta...*, s. 198.

Ustalenie „bliskości” nie jest bezwzględny obowiązkem prawnym, ale podyktowanym należytą starannością. Jest również obowiązkiem etycznym, bo nakłada na lekarza konieczność „wniknięcia” w relacje pacjenta i rozpoznanie tych, którzy działają w jego interesie. Dlatego należy uznać, że w sytuacjach np. przedstawienia odpisu aktu stanu cywilnego albo innego dokumentu poświadczającego relacje wskazane w definicji osoby bliskiej, dla lekarza powinno być to wystarczające. Podobnie w sytuacji, gdy dziecko zwraca się do określonej osoby słowami „tato”, „mamo” albo gdy ktoś oznajmia, że jest partnerem pacjenta, lekarzowi powinno wystarczyć takie oświadczenie. W wyjątkowych sytuacjach, jeżeli lekarz ma niedające się rozstrzygnąć wątpliwości i chce uzyskać pewność co do „bliskości” określonych osób, wówczas może zażądać przedstawienia odpowiedniego odpisu aktu stanu cywilnego. Zgodnie z art. 3 ustawy z 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym⁵⁰.

W praktyce funkcjonowania podmiotów medycznych pacjenta co do zasady prosi się o uzupełnienie oświadczenia w rejestracji⁵¹, w którym wskazuje osobę uprawnioną do uzyskiwania informacji o stanie zdrowia oraz udzielonych świadczeniach zdrowotnych⁵², które następnie umieszczane jest w dokumentacji medycznej⁵³. Za prawidłowe należy również uznać określenie osoby bliskiej w innej formie niż pisemna, bez umieszczania adnotacji w dokumentacji medycznej (np.

⁵⁰ Ustawa z 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U.2020 poz. 463 z późn. zm.). W sytuacji dalszego pokrewieństwa/powinowactwa sytuacja ta jest dodatkowo skomplikowana, bo osoba taka musi przedstawić kilka aktów stanu cywilnego.

⁵¹ Choć jak wskazuje Teresa Dukiet-Nagórska, nie jest prawidłową praktyką powierzanie tego zadania personelowi pomocniczemu, jakim są np. rejestratorzy. (T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 48).

⁵² Przykładowo takie oświadczenie: <https://www.nzozkolmed.pl/oswiadczenie.pdf> [dostęp: 20.08.2020].

⁵³ Tak: L. Pawłowski za R. Kubiakiem: L. Pawłowski, *Osoba bliska w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych a obowiązki lekarza – aspekty prawne (część 1)*, Forum Medycyny Rodzinnej 2014, 8(3), s. 154.

Tak również: § 8 rozporządzenia MZ z 6 kwietnia 2020 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania.

gestem, brakiem sprzeciwu wobec obecności określonej osoby podczas udzielania informacji o stanie zdrowia)⁵⁴. W miarę możliwości, póki pacjent jest świadomy, należy odebrać od niego instrukcję wskazującą, kogo, w jakiej kolejności i zakresie można informować o stanie jego zdrowia⁵⁵. Pewnym ułatwieniem praktycznym byłoby wprowadzenie instytucji „osoby zaufanej”⁵⁶ – tylko w ten sposób można by informować o stanie zdrowia pacjenta „niekompetentnego” bez potrzeby wykazywania stosunku bliskości. Istnienie takiego upoważnienia powinno rozwiewać wszelkie wątpliwości⁵⁷.

Ponadto niewykluczone są sytuacje, w których personel medyczny będzie dokonywał oceny relacji, w jakich pozostaje pacjent, na podstawie osobistych przesłanek światopoglądowych. W szczególności dotyczy to pacjentów LGBT+. Choć w definicji osoby bliskiej wskazano „osobę pozostającą we wspólnym pożyciu”, w praktyce prawa takich osób jako bliskich mogą nie być respektowane. Jedną z przyczyn takiego stanu może być brak wiedzy o tym, że określenie „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” odnosi się również do osób pozostających w związku tej samej płci⁵⁸. Możliwe są bowiem sytuacje, w których jako

⁵⁴ L. Pawłowski, *Osoba bliska w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych a obowiązki lekarza – aspekty prawne (część 1)*, s. 151–157.

⁵⁵ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 48.

⁵⁶ Szerzej: M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007.

M. Syska, *Zgoda na zabieg medyczny oraz oświadczenia pro futuro w ustawodawstwie i orzecznictwie francuskim i belgijskim. Część I*, *Prawo i Medycyna* 1/2011, s. 69–70.

⁵⁷ M. Boratyńska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, s. 72.

⁵⁸ Choć należy podkreślić, że nie jest to jednolite stanowisko. Wedle jednego z poglądów „wspólne pożycie” odnosi się jedynie do heteroseksualnego konkubinatu, tj. pozbawionego formalnego węzła małżeńskiego związku osób odmiennej płci, który cechuje istnienie więzi psychicznej, fizycznej i gospodarczej. (Przykładowo: Wyrok SO w Toruniu z 27 listopada 2013 r., VIII Ca 533/13, LEX nr 1720706; Wyrok SA w Katowicach z 15 marca 2007 r., II AKa 24/07, LEX nr 312525).

Na gruncie definicji osoby najbliższej z art. 115 § 11 k.k. wykładnia ta została ujednolicona na rzecz stanowiska rozszerzającego interpretację terminu „wspólne pożycie”. Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów wskazał, że „odmienność płci osób pozostających w takiej relacji nie jest warunkiem uznania ich za pozostających we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.”. Uchwała SN(7) z 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, OSNKW 2016, nr 3, poz. 19. Należy jednak wskazać, że na gruncie szeroko rozumianego prawa cywilnego, kwestia ta nadal pozostaje przedmiotem rozbieżności, choć tendencje orzecznicze zmiierają ku objęciu osób pozostających w związkach jednopłciowych

osoby bliskie będą traktowani jedynie członkowie rodziny (rozumiani jako osoby spokrewnione lub spowinowacone ze sobą)⁵⁹. Rzecznik Praw Obywatelskich opisywał w raporcie z 2014 r. sytuacje, w których partnerzy/-ki nie mogli uczestniczyć w udzielaniu świadczeń zdrowotnych, nie mieli dostępu do informacji o stanie zdrowia pacjenta czy dokumentacji medycznej nawet wówczas, gdy zostali wskazani jako osoby upoważnione⁶⁰. Osoby nieheteronormatywne wskazują w badaniach, że boją się ujawniać swoją orientację seksualną w obawie przed odmową czy niechęcią ze strony personelu medycznego⁶¹. Ponadto alarmująca jest sytuacja tzw. rodziców społecznych, którzy nie są powiązani z dzieckiem więzią biologiczną, ale faktycznie je wychowują. W świetle prawa osoby te są obce, zarówno wobec dziecka, jak i drugiego rodzica (najczęściej biologicznego), stąd bez wyraźnego upoważ-

terminem „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”, co szczególnie uwidacznia orzecznictwo do art. 691 k.c. (Przykładowo: Uchwała SN z 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12, OSNC 2013/5, poz. 57; Wyrok SA w Warszawie z 26 czerwca 2014 r., I ACa 40/14, LEX nr 1496122).

⁵⁹ Jak wskazano w raporcie Rzecznika Praw Obywatelskich: „Głównym problemem jest przede wszystkim naleganie pracowników służby zdrowia, by upoważniani do informacji o stanie zdrowia pacjenta i do dostępu do dokumentacji medycznej byli tylko członkowie rodziny (rozumianej jako osoby spokrewnione lub spowinowacone ze sobą), a nie partnerzy tej samej płci. Personel medyczny wprowadza więc w błąd pacjentów wymagając upoważnień wyłącznie dla członków rodziny spokrewnionych z pacjentem”. (*Równe traktowanie pacjentów – osoby nieheteroseksualne w opiece zdrowotnej analiza i zalecenia*, Warszawa 2014, s. 33, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Rowne%20traktowanie%20pacjentow%2C%202014.pdf>).

Podobnie wskazywali respondenci w badaniu „Rodziny z wyboru”. Przykładowo: „W szpitalu gdy chciałam, żeby to właśnie partnerkę informowano o moim stanie zdrowia, nie chcieli tego wpisać, bo nie jest rodziną. (s. 74).

⁶⁰ „Kilkoro z nich [respondentów, dop. MDG] opisało sytuacje, w których personel medyczny ograniczał kontakty między partnerami tej samej płci, gdy jeden z nich był pacjentem szpitala – jedna z respondentek oczekiwała na możliwość kontaktu ze swoją partnerką przez kilkanaście godzin w szpitalnym oddziale ratunkowym, inna nie mogła odwiedzić swojej partnerki, choć inni pacjenci przyjmowali nie tylko członków rodziny, ale i znajomych z pracy” (*Równe traktowanie pacjentów – osoby nieheteroseksualne w opiece zdrowotnej analiza i zalecenia*, s. 30–34).

⁶¹ „Niekiedy osoby nieheteroseksualne podają nieprawdziwe informacje o łączącej je z partnerem relacji (np. rodzeństwo). Taki zabieg jest możliwy np. w wypadku lesbijek lub kobiet biseksualnych będących w związku z kobietą, gdyż posiadanie innego nazwiska może być wyjaśniane byciem przez jedną z siostr w związku małżeńskim” (*Równe traktowanie pacjentów – osoby nieheteroseksualne w opiece zdrowotnej analiza i zalecenia*, s. 34).

nienia nie mają uprawnienia do informacji o stanie zdrowia dziecka czy do jego odwiedzin⁶².

Wątpliwości wywołuje również weryfikacja tego, czy dana osoba należy do kategorii „pozostających we wspólnym pożyciu”⁶³. Ponadto po śmierci pacjenta personel medyczny będzie miał bardzo ograniczoną możliwość ustalenia istnienia tej relacji. Obawy te potwierdza uzasadnienie komisijnego projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, w którym m.in. wskazano, że „aktualne brzmienie przepisów, ze względu na swoją niejednoznaczność, wywołuje duże obawy wśród osób wykonujących zawód medyczny. Dostrzegają one ogromne ryzyko nieświadomego naruszenia przepisów ustawy poprzez udostępnienie informacji o zmarłym pacjencie osobie nieuprawnionej”⁶⁴.

Trudność decyzji w zakresie ustalenia bliskości ujawnia się szczególnie w sytuacji, gdy pacjent jest nieprzytomny i nie może zająć stanowiska, a ciężar decyzji spoczywa na lekarzu. Pacjent nie może wyrazić swojej woli, a lekarz pełni funkcję pośrednika pomiędzy „nieobecnym” pacjentem a „obecną” rodziną. Przy określaniu kręgu „bliskich” lekarz nigdy nie może mieć stuprocentowej pewności. Możliwe, że będzie musiał zaufać deklaracjom określonych osób i przez to narazić się na odpowiedzialność, że przekazał informacje osobie nieuprawnionej albo nie zrobi tego i narazi się na odpowiedzialność, że nie udzielił informacji uprawnionemu⁶⁵.

⁶² J. Mizielińska, M. Abramowicz, A. Stasińska, *Rodziny z wyboru w Polsce. Życie rodzinne osób nieheteroseksualnych*, Warszawa 2014, s. 75.

⁶³ Kinga Bączyk-Rozwadowska postuluje: „*De lege ferenda* warto byłoby również rozważyć potrzebę wskazania ogólnych ustawowych kryteriów weryfikacji przesłanki wspólnego pożycia, aby uwolnić lekarza od obowiązku dokonywania niejednokrotnie trudnych i uciążliwych ustaleń, czy osoba zainteresowana stanem pacjenta rzeczywiście w takim pożyciu pozostaje i tym samym jest *ex lege* upoważniona do otrzymania informacji” (K. Bączyk-Rozwadowska, *Prawo pacjenta do informacji według przepisów polskiego prawa medycznego*, s. 69).

⁶⁴ Uzasadnienie komisijnego projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, druk nr 1998, s. 6.

⁶⁵ Wywiad z prof. dr hab. Jackiem Sobczakiem *Początek końca tajemnicy lekarskiej*, dostępny online: <http://gazetalekarska.pl/?p=32039> [dostęp: 17.08.2020].

Zgodnie z art. 4 u.z.l.l.d., jednym z obowiązków lekarza jest wykonywanie jego zawodu zgodnie z zasadami etyki zawodowej. W przypadku, o który chodzi, zasady etyczne i deontologiczne stawiają lekarzom wyższe wymagania niż regulacja ustawowa. Podwyższony rygor ochrony pacjenta uzasadnia zatem kierowanie się wskazaniem etycznymi⁶⁶. Dlatego uzasadnione wydaje się sięgnięcie do art. 16 ust. 1 i 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej⁶⁷, zgodnie z którym informowanie rodziny, o ile to jest możliwe, powinno być uzgodnione z chorym. W przypadku chorego nieprzytomnego lekarz może udzielić niezbędnych informacji osobie, co do której jest przekonany, że działa ona w interesie chorego. Przepis ten zawiera zatem istotne uzupełnienie przepisów o obowiązek staranności podyktowanej dobrem pacjenta. Lekarz musi rozpoznać sytuację chorego, tak aby zyskać przekonanie o tym, co będzie stanowiło działanie w jego interesie. Możliwe są bowiem sytuacje, w których osoba formalnie wymieniona jako bliska w art. 3 ust. 2 u.p.p. nie będzie działała w interesie chorego, ale będzie tak czynił np. przyjaciel. Kierując się dobrem pacjenta, lekarz może odmówić udzielenia informacji także w sytuacji, gdy nabierze przekonania o negatywnym nastawieniu osób trzecich względem pacjenta lub gdy osoby te niekorzystnie wpływają na stan jego zdrowia⁶⁸. Kodeks Etyki Lekarskiej pozwala uwzględnić takie sytuacje. W podobnym tonie wypowiada się Arnold Gubiński, który wskazuje, że należałoby wymagać od lekarza weryfikacji, czy

⁶⁶ E. Zielińska, *Komentarz do art. 38, [w:] Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, red. E. Zielińska, LEX 2014, teza 7 i 8; wydanie papierowe s. 679–680.

⁶⁷ Kodeks Etyki Lekarskiej, dostępny online: https://nil.org.pl/uploaded_images/1574857770_kodeks-etyki-lekarskiej.pdf [dostęp: 28.08.2020].

⁶⁸ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Kraków 2008, s. 49.

Autorka wskazuje na art. 31 ust. 4 u.z.l.l.d., zgodnie z którym można ograniczyć informowanie pacjenta o stanie jego zdrowia ze względu na jego dobro. Z tożsamyh względów można pozbawić informacji inne osoby, np. rodzinę.

Art. 31 ust 4: „W sytuacjach wyjątkowych, jeżeli rokowanie jest niepomyślne dla pacjenta, lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i o rokowaniu, jeżeli według oceny lekarza przemawia za tym dobro pacjenta. W takich przypadkach lekarz informuje przedstawiciela ustawowego pacjenta lub osobę upoważnioną przez pacjenta. Na żądanie pacjenta lekarz ma jednak obowiązek udzielić mu żądanej informacji”.

łączą pacjenta z osobą trzecią „stosunki bliskie: miłość, oddanie, przyjaźń i czy uzyskane informacje nie zostaną wykorzystane niezgodnie z interesem pacjenta”⁶⁹.

Pewną wadą, ale w pewnych sytuacjach zaletą może okazać się ocena przesłanek zawartych w art. 16 KEL. W literaturze zwraca się uwagę na nieostrość i paternalistyczny wydźwięk tej regulacji. Uzasadnieniem ujawnienia danych ma być dobro chorego, nie wskazano jednak kryteriów oceny tego dobra. Czy rozumienie pojęcia rodziny powinno być interpretowane przez pryzmat składu osobowego zawartego w definicji osoby bliskiej z u.p.p.? Definicja ta opiera się na założeniu o pewnej wizji rodziny, tymczasem współczesne rodziny wychodzą daleko poza ramy definicji. Rodziny nie są stałym bytem, ale procesem, „strumieniem zdarzeń”, a przede wszystkim – wspólnotą wyboru. Sami do pewnego stopnia wybieramy, kogo uznajemy za rodzinę. Lekarz, ustalając skład rodziny pacjenta, może natomiast kierować się subiektywną oceną poszczególnych osób przez pryzmat ich działania w interesie chorego⁷⁰. Subiektywna percepcja bliskości może stanowić pewne ograniczenie w postrzeganiu różnych, innych od własnych relacji rodzinnych, ale nie jest to problem, który dotyka tylko lekarzy, lecz każdą osobę, która staje w obliczu formalnego ustalenia stosunku bliskości (w tym szczególnie prawników). Dlatego tak ważne jest, aby w profesjach uznawanych za zawody zaufania publicznego osoby je wykonujące kierowały się elementarną wrażliwością i starannością, zdając sobie sprawę z wpływu własnych decyzji na los innych osób. Dobro pacjenta w tym kontekście powinno mieć pierwszoplanowe znaczenie dla personelu medycznego. Na miarę swoich możliwości lekarze powinni stosować wszelkie środki ostrożności, które ochronią (często) bezbronnego pacjenta.

Należy przy tym podkreślić, że zadaniem lekarza nie jest „tropienie” relacji pacjenta i arbitralne ustalanie kręgu bliskich. Prawo powinno mu to zadanie ułatwić, choć wydaje się, że nie bez znaczenia pozostaje w tym

⁶⁹ A. Gubiński, *Kodeks etyki lekarskiej. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 77.

⁷⁰ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2017, s. 234–236.

zakresie ostrożność oraz pewna intuicja i doświadczenie życiowe ukształtowane w praktyce lekarskiej. Dodatkowym czynnikiem utrudniającym pracę lekarza jest to, że większość decyzji musi podejmować pod presją czasu. Stąd nie wydaje się specjalnie uzasadnione doprecyzowanie kryteriów weryfikacji bliskich relacji – zachowanie elementarnej wrażliwości i delikatności w obserwacji ludzkich relacji powinno być wystarczającym czynnikiem umożliwiającym dostrzeżenie bliskości. Istotne w tym zakresie jest również przeprowadzenie stosownych akcji informacyjnych oraz szkoleń dla personelu medycznego, tak aby mógł, bez wątpliwości co do obowiązującego stanu prawnego, określić krąg osób bliskich.

III. Do czego uprawnia „bliskość” w prawie medycznym – o niektórych uprawnieniach osób bliskich

a. Udział bliskich w zabiegach, operacjach, udzielaniu świadczeń zdrowotnych

Bliskość objawiająca się w aktywnym towarzyszeniu czy obecności innych osób ma szczególne znaczenie nie tylko dla pacjenta, ale również dla samych osób bliskich. Pandemia wirusa COVID-19 znacznie zredukowała możliwość uczestniczenia innych osób poza pacjentem w udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Udział bliskich w udzielaniu świadczeń zdrowotnych najczęściej będzie obecnością fizyczną (przy pacjencie). Jednak biorąc pod uwagę popularyzację różnego rodzaju środków porozumiewania się na odległość, prawo do obecności osoby bliskiej może być realizowane również i w ten sposób (np. WhatsApp, Skype i innego rodzaju komunikatory internetowe), o ile nie zakłócałoby to przebiegu czynności medycznych. Ustawodawca dostrzega znaczenie wartości, jaką jest bliskość, i zgodnie z art. 21 ust.1 u.p.p. osoba bliska może być obecna przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Jest to uprawnienie pacjenta, a nie osób bliskich⁷¹. Jeżeli pacjent chce z takiego uprawnienia skorzystać, personel medyczny nie powinien co do zasady tworzyć utrudnień w jego

⁷¹ M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Dziecko – pacjent i świadczeniobiorca*, ABC 2015, LEX nr 263143.

realizacji. Uprawnienie to wiąże się jednak z pewnymi ograniczeniami. Po pierwsze, pacjent może zdecydować o tym, że nie chce, aby osoba bliska była obecna podczas udzielania świadczenia. Po drugie, zgodnie z art. 21 ust. 2 u.p.p., osoba wykonująca świadczenie zdrowotne może odmówić obecności osoby bliskiej w przypadku prawdopodobieństwa wystąpienia zagrożenia epidemiologicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne pacjenta. W praktyce może wystąpić sytuacja, w której pacjent nie ujawnił swojej woli co do towarzyszenia osoby bliskiej albo nie zdążył jej ujawnić, a stracił taką możliwość poprzez utratę świadomości, przez co nie można poznać jego woli. Lekarz może się tylko domyślać, że skoro dana osoba przyszła z pacjentem na określony zabieg, to pacjent wyrażał zgodę na jej obecność. W wielu sytuacjach bazowanie na domysłach może jednak okazać się niewłaściwe. Ustawa nie reguluje postępowania w takich sytuacjach. Z jednej strony osoba wykonująca świadczenie zdrowotne jest związana formalizmem uzyskania zgody pacjenta, obowiązkiem poszanowania intymności pacjenta, a z drugiej – potrzebą rozpatrywania każdej sytuacji indywidualnie, przy minimalnym zapoznaniu się z sytuacją życiową pacjenta.

Ponadto należy zwrócić uwagę na art. 33 ust. 1 u.p.p., zgodnie z którym pacjent podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych (w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej) ma prawo do kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego z innymi osobami. Pacjent ma prawo do utrzymywania i pielęgnowania więzi z innymi osobami. Sformułowanie „z innymi osobami” jest kategorią szerszą niż „osoby bliskie”. „Inna osoba” to każda osoba, z którą pacjent chce mieć kontakt, czyli właściwie odpowiada to pojęciu osoby wskazanej przez pacjenta z definicji osoby bliskiej w u.p.p.

Zgodnie z art. 5 u.p.p.⁷², istnieje możliwość ograniczenia praw pacjenta – w przypadku wystąpienia zagrożenia epidemicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne oraz ze względu na możliwości organizacyjne

⁷² Art. 5 u.p.p.: „Kierownik podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważniony przez niego lekarz może ograniczyć korzystanie z praw pacjenta w przypadku wystąpienia zagrożenia

podmiotu. Regulacja ta nabrała szczególnego znaczenia w dobie pandemii wirusa COVID-19, która wymusiła wprowadzenie ograniczeń zarówno w zakresie odwiedzin, jak i obecności bliskich osób podczas wykonywania świadczeń zdrowotnych. Szczególną uwagę zwracają w tym zakresie wprowadzane w niektórych placówkach medycznych ograniczenia odwiedzin na oddziałach dziecięcych (w tym noworodkowych)⁷³ czy geriatrycznych. Znajdują się w nich pacjenci, którzy wyjątkowo potrzebują obecności innej osoby, w tym regularności kontaktu. Ponadto w niektórych placówkach medycznych istotnie ograniczono możliwość przeprowadzania tzw. porodów rodzinnych⁷⁴.

b. Informacja o stanie zdrowia pacjenta

Tak jak wskazano wcześniej, decydujące znaczenie w zakresie wyznaczenia tego, kto jest „osobą bliską”, ma wola pacjenta. W przypadku, gdy pacjent nie może wskazać osoby bliskiej, lekarz na podstawie własnej oceny musi określić, kogo za taką osobę uznać. Pozycja osoby bliskiej nie ma charakteru autonomicznego, lecz jest ściśle powiązana z prawami i wolą pacjenta. Osoby bliskie nie mogą samowolnie kształtować sytuacji pacjenta, ale także nie są uprawnione do kształtowania własnej, wbrew woli pacjenta⁷⁵.

epidemicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów, a w przypadku praw, o których mowa w art. 33 ust. 1, także ze względu na możliwości organizacyjne podmiotu.

⁷³ Na niektórych oddziałach neonatologii odwiedziny są wstrzymane i matki mogą jedynie podawać noworodkom odciągnięte mleko za pośrednictwem personelu medycznego, <https://www.prawo.pl/zdrowie/odwiedziny-w-szpitalu-w-czasie-epidemii,502512.html> [dostęp: 20.08.2020].

⁷⁴ Jak podaje Rzecznik Praw Obywatelskich, „część szpitali uzależnia udział w porodzie osoby bliskiej od posiadania aktualnego wyniku testu na koronawirusa – z okresu maksymalnie 5 dni przed porodem”. Ponadto, pacjentki i środowisko związane z opieką zdrowotną wskazują na chaos i dezinformację co do możliwości udziału osoby towarzyszącej w porodzie – praktyka w szpitalach jest rozbieżna:

<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-ponowna-interwencja-rpo-do-mz-nfz-ws-porodow-rodzinnych>;

<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/mz-rpo-test-na-covid-nie-jest-warunkiem-udzialu-w-porodzie-rodzinnym>.

⁷⁵ L. Pawłowski, *Osoba bliska w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych a obowiązki lekarza – aspekty prawne (część 2)*, s. 196.

Na początku podkreślenia wymaga, że z woli ustawodawcy osoby bliskie nie są uprawnione do informacji o stanie zdrowia pacjenta za jego życia z mocy samej ustawy. W sytuacji, gdy pacjent jest świadomy, sprawny umysłowo i dojrzały, jest on głównym dysponentem informacji na temat stanu swojego zdrowia. Może zdecydować, że nie chce, aby informacje na temat stanu jego zdrowia uzyskiwały osoby trzecie, w tym najbliższa rodzina. Co do zasady personel medyczny nie powinien udzielać informacji na temat tego, że określony pacjent przebywa w określonej placówce i z opieki którego z lekarzy korzysta⁷⁶. Udzielanie jakichkolwiek informacji o stanie zdrowia może nastąpić wyłącznie w oparciu o zgodę (upoważnienie) pacjenta; dotyczy to również informacji niepomysłnych co do rokowań dla pacjenta. Pacjent ma pełną swobodę w określeniu kręgu osób uprawnionych. Może wskazać każdą osobę, niekoniecznie z kręgu najbliższej rodziny, ma również swobodę w określeniu zakresu udzielanych informacji (np. udzieli zgody na informowanie o wykonanym zabiegu, ale już nie o rokowaniach). Pacjent wyraża zgodę na przekazywanie informacji, zarówno gdy chodzi o osoby bliskie, jak i osoby obce⁷⁷. W literaturze są dostrzegane nieprawidłowości w tym zakresie, związane z prowadzeniem rozmów z rodziną pacjenta bez jego uprzedniej zgody na taki stan rzeczy, w tym również sytuacje pozyskiwania przez personel medyczny informacji pozwalających przyjąć, że zgłaszająca się osoba jest osobą bliską, niezależnie od woli pacjenta⁷⁸. Dla wyznaczenia określonej osoby jako uprawnionej do informacji wystarczające jest zaimanifestowanie aprobaty w jakimkolwiek sposób gestem, a nawet milczeniem. Jeśli np. rozmowa z pacjentem na temat jego stanu zdrowia jest prowadzona w obecności pewnych osób i pacjent się temu nie sprzeciwia, to można przyjąć istnienie jego zgody na informowanie tych osób.

⁷⁶ M. Boratyńska, *Wolny wybór. gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, s. 142.

⁷⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z 25 kwietnia 2016 r., druk n 451, s. 12, dostępny online: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki-8ka.nsf/0/DBD9E9635C718980C1257FA2002E7085/%24File/451.pdf> [dostęp: 8.09.2020].

⁷⁸ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 48.

Osoby bliskie nie są uprawnione do dostępu do tych informacji z samego tytułu bycia takimi osobami. Musi istnieć jednoznaczna zgoda na ich udostępnienie, udzielona przez pacjenta⁷⁹. Potwierdza to również art. 24 KEL⁸⁰, który dodatkowo wskazuje, że „śmierć chorego nie zwalnia z obowiązku dochowania tajemnicy”. Jedynie w przypadku pacjenta małoletniego lub gdy pacjent jest nieprzytomny, bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji, lekarz udziela informacji osobie bliskiej (art. 31 ust. 6 u.z.l.l.d.)⁸¹. Tylko w takim przypadku można mówić o „prawie do informacji osób bliskich”. Pacjent sam nie może przyjąć albo pojąć informacji na temat stanu swojego zdrowia, więc udziela się jej zastępczo osobom z nim związanym⁸². Ustawa nie wskazuje kolejności, która powinna być zachowana przy udzielaniu informacji osobom bliskim, należałoby zatem przyjąć, że wszystkie te podmioty są równouprawnione do informacji. Takie rozwiązanie wydaje się jednak sprzeczne z literalnym brzmieniem przepisu, zgodnie z którym „lekarz udziela informacji osobie bliskiej”, co sugeruje, że należy udzielić informacji jednej osobie bliskiej. Nie wydaje się jednak, aby takie dosłowne odczytanie przepisów prawa miało w tej sytuacji uzasadnienie⁸³. Ponadto nie wskazano granicy wiekowej osób bliskich, którym informacje mają być udzielone, mogą to być zatem małoletnie dzieci pacjenta.

⁷⁹ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Oficyna 2009, s. 451–452.

⁸⁰ Art. 24 KEL: „Wiadomości o pacjencie i jego otoczeniu uzyskane przez lekarza w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi są objęte tajemnicą lekarską. Śmierć chorego nie zwalnia z obowiązku dochowania tajemnicy. Lekarz ma jednak prawo, zgodnie ze swym sumieniem, do ujawnienia zauważonych faktów łamania praw człowieka”.

⁸¹ Art. 31 ust. 6 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (Dz.U.2020.514 z późn. zm, dalej: u.z.l.l.d.): „Jeżeli pacjent nie ukończył 16 lat lub jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji, lekarz udziela informacji osobie bliskiej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2019 r. poz. 1127, 1128, 1590, 1655 i 1696)”.

⁸² M. Boratyńska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, s. 71.

⁸³ M. Boratyńska, *Wolny wybór. gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, s. 143.

b.1. Dostęp do tajemnicy lekarskiej po śmierci pacjenta

Przed 5 sierpnia 2016 r., jeśli pacjent nie upoważnił innej osoby do uzyskiwania informacji o jego stanie zdrowia, to taka osoba nie miała do niej dostępu także po jego śmierci. Nowelizacja z dnia 10 czerwca 2016 r. zliberalizowała dotychczasowy model ochrony prywatności pacjenta po jego śmierci. Osoby wykonujące zawód medyczny są związane tajemnicą po śmierci pacjenta, chyba że zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazi osoba bliska. Zgodnie z art. 14 ust. 3 i 4 u.p.p. osoby wykonujące zawód medyczny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w ust. 2 pkt 1–3 i ust. 2a, są związane tajemnicą również po śmierci pacjenta, chyba że zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazi osoba bliska (ust. 3). Zwolnienia z tajemnicy, o którym mowa w ust. 3, nie stosuje się, jeśli ujawnieniu tajemnicy sprzeciwi się inna osoba bliska (ust. 4). Ponadto, zgodnie z art. 40 § 3 u.z.l.l.d. lekarz, z zastrzeżeniem sytuacji, o których mowa w ust. 2 pkt 1–5, jest związany tajemnicą również po śmierci pacjenta, chyba że zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazi osoba bliska w rozumieniu u.p.p. Osoba bliska wyrażająca zgodę na ujawnienie tajemnicy może określić zakres jej ujawnienia, o którym mowa w ust. 2a. W uzasadnieniu do projektowanych zmian wskazywano na zbyt ścisły charakter tajemnicy lekarskiej, co mogło uniemożliwiać osobom bliskim pacjenta „dochodzenie roszczeń lub odpowiedzialności wobec osób, które mogły przyczynić się do śmierci pacjenta. W efekcie tajemnica lekarska może być w jednostkowych przypadkach wykorzystywana do ukrywania błędów w leczeniu wbrew interesowi pacjenta. Ujawnienie obiektywnych przyczyn śmierci pacjenta może również leżeć w interesie społecznym”⁸⁴. Rozwiązania te spotkały się z szeroką krytyką środowisk lekarskich i prawniczych. Nie zostały poparte badaniami empirycznymi oraz spotkały się z dezaprobatą Naczelnej Rady Lekarskiej⁸⁵ oraz

⁸⁴ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 246–247.

⁸⁵ Stanowisko nr 27/16/P-VII Prezydium NRL z dnia 20.05.2016 r.: „Ustawowe uprawnienie wszystkich osób bliskich do poznania informacji chronionych tajemnicą lekarską może być w takich przypadkach działaniem godzącym w dobre imię zmarłego. Powyższe uwagi są tym bardziej zasadne, że projektodawca nie przewidział w ogóle sytuacji, w której pacjent wyraża za życia wolę, aby żadna z jego osób bliskich nie

Sądu Najwyższego⁸⁶. Jak trafnie wskazano w opinii SN, zmiany w zakresie poszerzania tajemnicy lekarskiej wynikają z niezrozumienia istoty tajemnicy i jej gwarancyjnego charakteru. Nie można bowiem przelać woli pacjenta również po jego śmierci. Biorąc pod uwagę wcześniej wskazane problemy w praktycznym ustalaniu kręgu osób bliskich, takie rozwiązanie ustawodawcze tym bardziej dziwi. W uzasadnieniu projektu wskazano, że „dysponentem tej tajemnicy po śmierci pacjenta powinny być osoby najbliższe pacjentowi, które łączyły z pacjentem węzeł szczególnego zaufania”⁸⁷. Jest to jednak zbyt idealistyczne założenie. Nie zawsze bowiem z samego faktu bycia „osobą bliską” wynikają szczególne, bliskie więzi świadczące o zaufaniu⁸⁸. Pacjent niejednokrotnie powierza lekarzowi intymne informacje, traktując go jako swojego powiernika, co wiąże się z oczekiwaniem, iż zachowa on dyskrecję. Zaufanie jest podstawą stosunku łączącego pacjenta i lekarza i tylko ono warunkuje pomyślność tej relacji. Poufność, stanowiąc fun-

otrzymała dostępu do informacji dotyczących jego stanu zdrowia. Projektowane rozwiązanie, które zakłada uprawnienie każdej z osób bliskich do wyrażenia zgody na ujawnienie tajemnicy lekarskiej, z jednoczesnym zastrzeżeniem możliwości zablokowania tego ujawnienia jednym głosem sprzeciwu oznaczałoby w praktyce, że decydować będzie pierwsza osoba, z kręgu osób bliskich, która znajdzie się w szpitalu (niekoniecznie najbliższa spośród osób bliskich czy szczególnie emocjonalnie związana ze zmarłym)”, <https://nil.org.pl/aktualnosci/948-stanowiska-prezydium-nrl-podjete-20-maja-2016-r> [dostęp: 22.08.2018].

⁸⁶ Uwagi SN do projektu ustawy projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 10 czerwca 2016 r., znak: BSA II-021-183/16, dostępne online: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=3118D696244FF001C1257FD5003BA756> [dostęp: 22.08.2020].

⁸⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z 25 kwietnia 2016 r., druk nr 451, s. 13, dostępne online: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/DBD9E9635C718980C1257FA2002E7085/%24File/451.pdf> [dostęp: 22.08.2020].

⁸⁸ Interesujące w tym kontekście jest spostrzeżenie Jacka Sobczaka: „Lekarze zdają się nie dostrzegać tego, że zadaniem tajemnicy lekarskiej jest wytworzenie atmosfery wzajemnego zaufania między pacjentem a lekarzem. Cóż się zresztą dziwić, skoro korzystający z pomocy lekarza w jego oczach dawno temu przestał już być pacjentem, a stał się «przypadkiem». Lekarz coraz rzadziej widzi w pacjencie człowieka. Coraz częściej jest to dla niego zepsuty organizm, a nawet mechanizm, który musi zreperować. Gotów jest się jedynie zdziwić, że tak powszechnie znana postać cierpi na tak banalną lub rzadką chorobę. Interesuje go, jak organizm zareaguje na przepisane leki. Gotów jest się przy tym dzielić nie tylko z kolegami po fachu, ale z ludźmi dość przypadkowymi, wiadomością o tym, kim był jego pacjent, z jakimi chorobami walczył”. (J. Sobczak, *Tajemnica lekarska po ostatnich zmianach legislacyjnych*, Medyczna Wokanda 2018, nr 11, s. 9).

damentalną wartość w relacji lekarz-pacjent, pozwala w niej stworzyć określoną swobodę, otwartość, szczerość, a także obniżyć poczucie wstydu pacjenta. Samo ujawnienie przez pacjenta określonych okoliczności związanych ze stanem zdrowia, a także wyrażenie zgody za życia na informowanie określonych osób w przedmiocie jego stanu zdrowia nie oznacza, że informacje te mogą stanowić przedmiot rozpowszechnienia po śmierci pacjenta⁸⁹. Motywy zachowania w tajemnicy określonych informacji mogą być różne (np. prywatność, uczucie wstydu, konflikt), niemniej obojętne, jakie one będą – nie powinny unicestwiać prawa do zachowania ich w tajemnicy. Należy zwrócić również uwagę na to, że katalog osób bliskich wskazany w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. jest bardzo szeroki i nie wydaje się zasadne jego stosowanie w kontekście rozszerzania tajemnicy lekarskiej⁹⁰. Trudno uznać, że z każdą z tych osób pacjenta łączy więź zaufania⁹¹. Pojęciem osoby bliskiej mogą być również objęte osoby, które zostały np. uznane przez pacjenta za niegodne dziedziczenia lub uporczywie nie dopełniały względem niego obowiązków rodzinnych⁹². Wszelkie rozszerzenia tajemnicy lekarskiej należy interpretować rygorystycznie, a jej uchybienie może być dokonane jedynie wyjątkowo z zachowaniem zasady proporcjonalności⁹³. Obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej jest nieograniczony w czasie i nie ustaje z momentem śmierci pacjenta, stąd wyjątki od tej zasady powinny być

⁸⁹ M. Jabłońska, *Tajemnica medyczna a prawo osoby bliskiej pacjenta do informacji medycznej – przyczynek do dyskusji*, Białostockie Studia Prawnicze 2020, vol. 25, nr 2, s. 277–278.

⁹⁰ R. Kubiak, *Komentarz do art. 14*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, Legalis.

⁹¹ Uwagi SN do projektu ustawy projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 10 czerwca 2016 r., s. 14–15.

⁹² Przykładowo – tylko z powodu pokrewieństwa osoba niemająca żadnych związków emocjonalnych z pacjentem mogła pozbawić dostępu do dokumentacji medycznej osobę bliską *de facto*, która przez lata sprawowała nad pacjentem opiekę i która za życia była upoważniona przez niego do dostępu do tej dokumentacji.

⁹³ R. Kubiak, *Komentarz do art. 14*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, Legalis.

traktowane z ogromną ostrożnością⁹⁴. Słusznie Rafał Kubiak stawia pytanie o to, czy osoby bliskie muszą mieć dostęp do pełnych danych medycznych zmarłego oraz czy dotychczas obowiązujące przepisy nie zapewniały dostatecznie takiego dostępu.⁹⁵

Regulacja ta budziła istotne zastrzeżenia – konstytucyjne i praktyczne⁹⁶, które zostały w pewnym zakresie wysłuchane przez ustawodawcę. Ustawą z dnia 6 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz niektórych innych ustaw⁹⁷ wprowadzono istotne zmiany w zakresie udostępniania dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta. W nowelizacji zachowano prawo dostępu osób bliskich do informacji objętych tajemnicą lekarską, jednakże za zgodą sądu, wydaną na wniosek, w postępowaniu nieprocesowym. Zachowano rozwiązanie, zgodnie z którym zwolnienia z tajemnicy nie stosuje się, gdy sprzeciwi się temu inna osoba bliska, do art. 14 ust. 4 u.p.p. wprowadzono jednak istotną modyfikację. Pacjent może wyrazić za życia sprzeciw co do udostępniania informacji objętych tajemnicą lekarską⁹⁸. Sąd może jednak wyra-

⁹⁴ Ustawodawca nowelizacją z 2018 r. wprowadził do art. 14 ust. 2b u.p.p. odpowiednią zmianę „W sytuacjach, o których mowa w ust. 2, ujawnienie tajemnicy może nastąpić wyłącznie w niezbędnym zakresie”.

Ł. Caban, *Komentarz do art. 40 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry*, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. M. Kopeć, WK 2016, s. 716.

J. Sobczak, *Tajemnica lekarska po ostatnich zmianach legislacyjnych*, Medyczna Wokanda 2018, s. 21–23.

⁹⁵ Taką możliwość stwarza art. 180 § 1–2 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U.2020 poz. 20 z późn. zm.).

⁹⁶ 28 października 2016 r. Naczelna Rada Lekarska złożyła wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności wprowadzonych zmian w zakresie dostępu do tajemnicy lekarskiej, <https://izba-lekarska.pl/monitor-lekarski/aktualnosci-2016/na-wniosek-nrl-trybunal-konstytucyjny-zajmie-sie-tajemnica-lekarska/> [dostęp: 23.10.2020].

Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 20 kwietnia 2017 r. wydanym na posiedzeniu niejawnym, w składzie jednoosobowym, postanowił odmówić dalszego biegu wnioskowi.

⁹⁷ Ustawa z dnia 6 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2019 poz. 150). Ustawa weszła w życie 9 lutego 2019 r.

⁹⁸ Art. 40 ust. 3a u.z.l.l.d.: „Zwolnienia z tajemnicy lekarskiej, o którym mowa w ust. 3, nie stosuje się, jeśli ujawnieniu tajemnicy sprzeciwi się inna osoba bliska w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta lub sprzeciwił się temu, zgodnie z art. 14 ust. 4 tej ustawy, pacjent za życia, z zastrzeżeniem ust. 3b i 3c. Sprzeciw dołącza się do dokumentacji medycznej pacjenta”.

zić zgodę na przełamanie sprzeciwu pacjenta, wtedy gdy może wyrazić zgodę na ujawnienie tajemnicy i określić zakres jej ujawnienia, jeżeli jest to niezbędne:

(1) w celu dochodzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia, z tytułu śmierci pacjenta; (2) dla ochrony życia lub zdrowia osoby bliskiej. W tym celu sąd weryfikuje następujące kryteria:

- 1) interes uczestników postępowania;
- 2) **rzeczywistą więź osoby bliskiej ze zmarłym pacjentem;**
- 3) **wolę zmarłego pacjenta;**
- 4) okoliczności wyrażenia sprzeciwu⁹⁹.

Ponadto to sąd, a nie personel medyczny będzie wyrażał zgodę na ujawnienie tajemnicy lekarskiej w sytuacji sporu pomiędzy osobami bliskimi o ujawnienie tajemnicy lub o zakres jej ujawnienia¹⁰⁰.

Nowelizacja w pewnym stopniu niweluje wątpliwości powstałe na gruncie nowelizacji z 2016 r., choć nie rozwiązuje ich ostatecznie. W trakcie prac legislacyjnych podnoszono, że taka regulacja ma ułatwić dochodzenie roszczeń związanych ze śmiercią pacjenta, w tym umożliwić zapoznanie się „z rzeczywistymi okolicznościami leczenia danej osoby”. Podejmowanie tych działań przez osoby bliskie ma stanowić gwarancję rzetelności – „biorąc pod uwagę fakt, że decyzję mogą podejmować osoby bliskie w rozumieniu ustawy o prawach pacjenta, zabezpieczy, że będzie to decyzja podjęta w interesie zainteresowanej danej osoby”¹⁰¹. Generalnie nie zgłaszano sprzeciwu wobec proponowanych zmian, jedynie jeden

⁹⁹ Art. 40 ust. 3d u.z.l.l.d.

¹⁰⁰ Art. 14 ust. 6 u.p.p.: „W przypadku sporu między osobami bliskimi o ujawnienie tajemnicy lub o zakres jej ujawnienia, zgodę na ujawnienie tajemnicy wyraża sąd, o którym mowa w art. 628 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1360, z późn. zm.), w postępowaniu nieprocesowym na wniosek osoby bliskiej lub osoby wykonującej zawód medyczny. Osoba wykonująca zawód medyczny może wystąpić z wnioskiem do sądu także w przypadku uzasadnionych wątpliwości, czy osoba występująca o ujawnienie tajemnicy lub sprzeciwiająca się jej ujawnieniu jest osobą bliską. Sąd, wyrażając zgodę na ujawnienie tajemnicy, może określić zakres jej ujawnienia, o którym mowa w ust. 2b”.

¹⁰¹ Starszy specjalista w MS Piotr Rogoziński podczas Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach /nr 19/ z dnia 9 czerwca 2016 r., s. 12, <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/2804915A-A4B043A1C1257FD300450B2C/%24File/0071208.pdf> [dostęp: 24.10.2020].

z posłów zaproponował powrót do starego brzmienia ustawy (sprzed 2016 r.)¹⁰².

Zatem osoby bliskie po śmierci pacjenta, o ile nie wyraził sprzeciwu, stają się dysponentami informacji objętych tajemnicą lekarską, czyli sfery ścisłej prywatności i intymności pacjenta. Poza sytuacjami uzasadnionymi wysokim prawdopodobieństwem tego, że śmierć pacjenta została spowodowana, np. w wyniku czynu zabronionego, przepisy umożliwiające uchylenie tajemnicy lekarskiej mogą stanowić źródło wieloletnich sporów sądowych mających na celu dochodzenie roszczeń z tytułu śmierci pacjenta¹⁰³. Ponadto stwarzają one możliwość wystąpienia sytuacji konfliktowych pomiędzy samymi bliskimi – co do samego faktu ujawnienia tajemnicy lekarskiej oraz zakresu jej ujawnienia¹⁰⁴. Do występowania w tych postępowaniach jest uprawniony szeroki krąg osób bliskich – zatem może dochodzić do sytuacji, w której o uchylenie tajemnicy lekarskiej będą występowały osoby, których nie łączyła z pacjentem więź bliskości. Co więcej, ustalenie stosunku bliskości po śmierci pacjenta może być problematyczne, w tym szczególnie w przypadku osób pozostających we wspólnym pożyciu. Pewnym zabezpieczeniem uzasadnionego wykorzystywania uprawnień przez osoby bliskie i weryfikacji rzeczywistego wymiaru więzi pomiędzy bliskimi a pacjentem jest wprowadzenie kontroli sądowej.

Prawo do zachowania w poufności informacji objętych tajemnicą lekarską jest emanacją stosunku zaufania łączącego lekarza i pacjenta, a także wyrazem szacunku dla pacjenta i jego intymności¹⁰⁵. Obowiązek

¹⁰² Jerzy Jachnik podczas Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach /nr 19/ z dnia 9 czerwca 2016 r., s. 12, <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/2804915AA4B043A1C1257FD300450B2C/%24File/0071208.pdf>.

¹⁰³ Jak słusznie podnosi Małgorzata Świdarska: „ulatwienie sytuacji osoby bliskiej w postępowaniu odszkodowawczym (...) jako pośrednio poszkodowanej wskutek śmierci pacjenta nie jest wystarczającym uzasadnieniem dla naruszenia istoty wolności decyzyjnej pacjenta”. (M. Świdarska, *Zgoda osoby bliskiej na ujawnienie tajemnicy lekarskiej po śmierci pacjenta (po nowelizacji)*, PPMed 1/2019, s. 13.

¹⁰⁴ M. Świdarska, *Zgoda osoby bliskiej na ujawnienie tajemnicy lekarskiej po śmierci pacjenta...*, s. 11.

¹⁰⁵ K. Bagan-Kurluta, U. Drozdowska, *Tajemnica medyczna po śmierci pacjenta w wybranych systemach civil i common law*, Białostockie Studia Prawnicze 2/2020 (vol. 25), s. 200.

lekarza do poufności zawarto również w treści przyrzeczenia lekarskiego, zgodnie z którym nie może on nadużywać zaufania pacjenta i powinien dochować tajemnicy lekarskiej nawet po jego śmierci¹⁰⁶. Potwierdza to również art. 23 Kodeksu Etyki Lekarskiej, zgodnie z którym: „Lekarz ma obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej. Tajemnicą są objęte wiadomości o pacjencie i jego otoczeniu uzyskane przez lekarza w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi. Śmierć chorego nie zwalnia od obowiązku dochowania tajemnicy lekarskiej”¹⁰⁷. Zatem, podobnie jak wskazywałam w poprzednich częściach artykułu, po raz kolejny zasady etyczne stawiają wyższe wymagania niż regulacja ustawowa – a dzięki temu stanowią lepszą gwarancję ochrony tajemnicy lekarskiej.

IV. Podsumowanie

Wizja relacyjności w ujęciu ustawodawcy zawsze będzie czymś uproszczonym – ustawodawca nie ma bowiem narzędzi do wyrażania złożoności i zmienności układów relacyjnych jednostek. Nie można od prawodawcy wymagać sprawczości, która jest poza zasięgiem jego możliwości. Prawna regulacja bliskości co do zasady zawsze będzie wynikiem pewnego uogólnienia, które może okazać się dyskryminujące dla określonych rodzajów relacji. Można jednak wymagać od prawodawcy, aby normując określony fragment rzeczywistości, czynił to w sposób adekwatny do jego charakterystyki, tak aby tworzone prawo stanowiło wsparcie, a nie barierę – zarówno dla stosujących to prawo lekarzy, jak i pacjentów.

Świadomy pacjent najlepiej wie, kto jest jego „bliskim” – z kim chce dzielić informacje na temat przebiegu leczenia, choroby, a także czyjej obecności potrzebuje. Wydaje się, że katalog osób wskazany w art. 3 ust. 2 pkt 1 u.p.p. jest w tym kontekście nieprzydatny. Bliskość w procesie

¹⁰⁶ https://nil.org.pl/uploaded_images/1574857770_kodeks-etyki-lekarskiej.pdf [dostęp: 23.10.2020].

¹⁰⁷ https://nil.org.pl/uploaded_images/1574857770_kodeks-etyki-lekarskiej.pdf [dostęp: 23.10.2020].

leczenia może być wsparciem – psychicznym, profesjonalnym, fizyczną obecnością – to zależy od okoliczności konkretnego przypadku i układu relacji, do którego ustawodawca nie ma dostępu.

Definicja bliskości nabiera znaczenia dopiero wtedy, gdy pacjent nie może wyrazić swej woli – wówczas do informacji o stanie pacjenta jest uprawniony bardzo szeroki krąg osób. Definicja osoby bliskiej z u.p.p. jest bowiem jedną z najszerszych definicji bliskości w polskim ustawodawstwie – tego rodzaju rozwiązanie legislacyjne należy ocenić krytycznie. Tak szeroki zakres bliskości sprawia, że staje się ona rozwiązaniem dysfunkcyjnym – w warstwie literalnej przepisu ustawodawca uznał za „bliskie” bardzo różniące się między sobą relacje, które mogą mieć niewiele wspólnego z faktyczną więzią bliskości. Istniejąca definicja bliskości nie spełnia bowiem jednej z podstawowych zasad prawidłowej legislacji, która nakazuje redagować przepisy prawa tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy. Ustawodawca, powielając rozwiązania przyjęte na gruncie innych ustaw, zapomniał o kontekście, w jakim znajdują zastosowanie przepisy prawa. Najczęściej jest to kontekst dynamiczny – gdy w placówce medycznej pojawia się nieprzytomny pacjent, a wraz z nim określone osoby trzecie. Pewnym rozwiązaniem tej sytuacji jest odwołanie się do Kodeksu Etyki Lekarskiej, który niezależnie od formalnie wyznaczonej bliskości nakazuje lekarzowi każdorazowo upewniać się, czy zainteresowanie określonej osoby bliskiej faktycznie podyktowane jest dobrem chorego.

Lekarz musi ustalić, kim są te osoby w stosunku do pacjenta – żadna definicja mu w tym nie pomoże, a może stanowić tylko dodatkową przeszkodę. Trudno wymagać od lekarza staranności właściwej notariuszowi, który w oparciu o dokumenty urzędowe musi ustalać określone relacje prawne i rodzinne pomiędzy osobami. Nie jest to zadanie lekarza. Jego zadaniem w tej kwestii jest zachowanie należytej staranności, w tym również wrażliwości i delikatności, tak aby był to wybór podyktowany najwyższym dobrem pacjenta. W relacji lekarz-pacjent najwyższą wartością jest zaufanie, w tym dotyczące tego, jak lekarz rozpozna sytuację osobistą pacjenta, gdy z tym będzie utrudniony kontakt. Lekarz musi

ocenić układ relacyjny „dookoła” pacjenta – kto jest jego bliskim i jak określone osoby wpływają na pacjenta, a także uszanować jego wybór. W przepisach prawa należałoby z całą mocą podkreślić znaczenie woli pacjenta w zakresie wyboru osób uznawanych za bliskie – czyli odczytywać obowiązującą definicję osoby bliskiej „od końca”. Obecnie, „deską ratunku” dla lekarza stanowią postanowienia Kodeksu Etyki Lekarskiej, które nakazując wzgląd na dobro pacjenta, stawiają wyższe wymagania niż przepisy prawa i dzięki temu lepiej chronią pacjenta – zarówno za jego życia, jak i po śmierci.

Prowokacyjnie można zapytać: czy w jakimś stopniu „należymy” do innych osób? Definicja bliskości zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. jest niespójna – literalnie stwarza wrażenie pierwszeństwa więzi rodzinnych, co stanowi wyraz uznania ważności tych relacji przez ustawodawcę oraz ich odpowiedniego zabezpieczenia. Lekarz, działając w oparciu o zasady etyki zawodowej czy własną intuicję, może określić „bliskość” nie tak, jak życzy sobie tego niebliska, ale obecna rodzina. To są relacje pewne, weryfikowalne. Osoby pozostające w relacjach faktycznych, choć wskazane w przepisie, muszą liczyć na życzliwe przyjęcie – ich status nie jest pewny i zależy od wielu czynników, w tym relacji z prawną rodziną pacjenta. W przepisie słabo wyartykułowane jest znaczenie woli pacjenta w określaniu tego, kogo chce uznawać za bliskiego. Dlatego tak ważne jest przesunięcie akcentów, ale również to, aby pacjent, póki mogą, sporządzali stosowne upoważnienia wskazujące osoby uprawnione do obecności oraz informacji o stanie ich zdrowia. Mogą to być osoby bliskie, ale też niebliskie, to kwestia osobistych ustaleń pacjenta. Wystarczy wyobrazić sobie chaos (opisany w tym tekście), w sytuacji braku takiego wskazania. Pacjent budzi się po okresie nieprzytomności, możliwe, że przez moment potrzebuje „dojść do siebie”, ale po chwili spostrzega, że w jego pokoju znajduje się grupa osób, jak okazuje się, jego bliskich, o których nie miał pojęcia.

Bibliografia

- K. Bagan-Kurluta, U. Drozdowska, *Tajemnica medyczna po śmierci pacjenta w wybranych systemach civil i common law*, Białostockie Studia Prawnicze 2/2020 (vol. 25).
- K. Bączyk-Rozwadowska, *Prawo pacjenta do informacji według przepisów polskiego prawa medycznego*, Studia Iuridica Toruniensia 2011, vol. 9.
- A. Bielska-Brodziak, *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Warszawa 2009.
- A. Bielska-Brodziak, *Kłopoty z definicjami legalnymi*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. S. Czepita, O. Bogucki, Szczecin 2008.
- A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Warszawa 2017.
- N. Bolger, M. Foster, A.D. Vinokur, R. Ng, *Close Relationships and Adjustment to a Life Crisis: The Case of Breast Cancer*, Journal of Personality and Social Psychology 1996, 70 (2).
- M. Boratyńska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, Prawo i Medycyna 1/2014.
- M. Boratyńska, *Wolny wybór: gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012.
- B.K. Budziszewska, R. Piusińska-Macocha, K. Sulek, A. Stępień, *Psychologiczne problemy rodziny pacjentów z chorobami nowotworowymi krwi w koncepcji systemowej*, Acta Haematologica Polonica 3/2005.
- A. Crossley, D. Langdridge, *Perceived sources of happiness: A network analysis*, Journal of Happiness Studies 2005, 6.
- M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Dziecko – pacjent i świadczeniobiorca*, ABC 2015, LEX nr 263143.
- T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008.
- T. Dukiet-Nagórska, *Ocena prawnokarna niektórych decyzji lekarskich powodowanych względami pozamedycznymi*, Prawo i Medycyna 1/2011.
- E. Ernst, *Holistic health care?*, British Journal of General Practice 2007, 57(535), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2034187/>.
- J. Gotlib, G. Dykowska, Z. Sienkiewicz, E. Skanderowicz, *Ocena wiedzy i postaw personelu medycznego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego im. Prof. Orłowskiego w Warszawie wobec praw pacjenta*, Annales Academiae Medicae Silesiensis 2014, 68(2).

- J. Haberko, *Pojęcie osoby bliskiej w prawie cywilnym*, Przegląd Sądowy 3/2011.
- S. Hewa, R.W. Hetherington, *Specialists without spirit: Limitations of the mechanistic biomedical model*, Theoretical Medicine and Bioethics 1995, 16(2).
- J.K. Kiecolt-Glaser, J-P. Gouin, L. Hantsoo, *Close Relationships, Inflammation, and Health*, Neuroscience & Biobehavioral Reviews 2010, 35(1).
- M. Jabłońska, *Tajemnica medyczna a prawo osoby bliskiej pacjenta do informacji medycznej – przyczynek do dyskusji*, Białostockie Studia Prawnicze 2/2020 (vol. 25).
- M. Jasemi, L. Valizadeh, V. Zamanzadeh, B. Keogh, *A Concept Analysis of Holistic Care by Hybrid Model*, Indian Journal of Palliative Care 2017, 23 (1), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5294442/>.
- D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Oficyna 2009.
- D. Karkowska, *Komentarz do art. 3 ust.1 pkt 2*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016.
- R. Kubiak, *Komentarz do art. 14*, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, Legalis.
- R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2017.
- M. Malczewska, *Komentarz do art. 31*, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, LEX 2014.
- J. Mizielińska, M. Abramowicz, A. Stasińska, *Rodziny z wyboru w Polsce. Życie rodzinne osób nieheteroseksualnych*, Warszawa 2014.
- A. Ostrzyżek, J.T. Marcinkowski, *Biomedyczny versus holistyczny model zdrowia a teoria i praktyka kliniczna*, Problemy Higieny i Epidemiologii 2012, 93(4).
- T. Paszek, Z. Sienkiewicz, A. Leńczuk-Gruba, E. Kobos, M. Sulewska, *Zastosowanie holizmu w praktycznej działalności pielęgniarki*, [w:] *Wielowymiarowość współczesnej medycyny*, red. E. Krajewska-Kulak, C. Łukaszuk, J. Lewko, W. Kulak, Białystok 2012.
- L. Pawłowski, *Osoba bliska w aspekcie przekazywania informacji o stanie zdrowia pacjenta (część 2)*, Forum Medycyny Rodzinnej 2014, 8 (4).
- L. Pawłowski, *Osoba bliska w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych a obowiązki lekarza – aspekty prawne (część 1)*, Forum Medycyny Rodzinnej 2014, 8(3).
- P.R. Pietromonaco, B.N. Uchino, C.D. Schetter, *Close Relationship Processes and Health: Implications of Attachment Theory for Health and Disease*, Health Psychology 2013, 32(5).
- G.B. Rattinger, E.B. Fauth, S. Behrens, C. Sanders, S. Schwartz, M.C. Norton, C. Corcoran, C.D. Mullins, C.G. Lyketsos, J.T. Tschanz, *Closer Caregiver*

- and Care-Recipient Relationships Predict Lower Informal Costs of Dementia Care. The Cache County Dementia Progression Study*, *Alzheimers Dementia* 2016, 12(8).
- T.F. Robles, R. Slatcher, J.M.M. Trombello, M. McGinn, *Marital Quality and Health: A Meta-Analytic Review*, *Psychological Bulletin* 2013, 140(1).
- Rzecznik Praw Obywatelskich, *Równe traktowanie pacjentów – osoby nieheteroseksualne w opiece zdrowotnej analiza i zalecenia*, Warszawa 2014, [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Równne%20traktowanie%20pacjentów%20C%202014.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Rowne%20traktowanie%20pacjentow%20C%202014.pdf).
- R.B. Slatcher, E. Selcuk, *A social psychological perspective on the links between close relationships and health*, *Current Directions in Psychological Science* 2017, 26(1).
- J. Sobczak, *Tajemnica lekarska po ostatnich zmianach legislacyjnych*, *Medyczna Wokanda* 2018, nr 11.
- M. Syska, *Zgoda na zabieg medyczny oraz oświadczenia pro futuro w ustawodawstwie i orzecznictwie francuskim i belgijskim. Część I*, *Prawo i Medycyna* 1/2011.
- P. Szach, *Relacja lekarz-pacjent czyli o podejściu egzystencjalnym w przebiegu chorób o charakterze psychosomatycznym*, *Sztuka Leczenia* 3-4/2014.
- T. Szlendak, *Sociologia rodziny*, Warszawa 2010.
- M. Świderska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007.
- M. Świderska, *Zgoda osoby bliskiej na ujawnienie tajemnicy lekarskiej po śmierci pacjenta (po nowelizacji)*, *Przegląd Prawa Medycznego* 1/2019.

Summary

On how the legislator includes close relations in Polish medical law

Individuals remain in a variety of relationships throughout their lives, some of them giving special value by calling them close ones. What constitutes closeness in an individual experience difficult to put into a uniform scheme – the personal feeling of bonds formed in specific

relationships is decisive here. Staying in positive close relationships can significantly affect the quality of life of individuals, the level of perceived happiness and health. On the other hand, close ones can influence the decisions made by the patient – convincing with good intentions, but also manipulating and forcing to behave in certain way. When an individual becomes a patient, (as a rule) he or she remains in these various relationships. Relationality, as a rule, triggers in individuals the need to surround their close ones with care and support, but also the mutual need for the presence and information about the patient's health. It is an easy task for medical staff to maintain the boundaries between care and interference of close person's of patients. Individuals know best who is close to them and who they need when they become patients. However, it is not always that simple, the patient may be unconscious or have difficult contact with him. Then, a very wide catalog of relatives recognized as such by the legislator (e.g. the spouse's grandparents, grandchildren's spouses, in-laws) is entitled to information on the patient's health condition. The legislator gave closeness a specific meaning, e.g. within the legal definition of a „close person” in the Act on Patient Rights and Patient's Rights Ombudsman and another legal acts in the field of medical law. Interestingly, under other European legislation, legal definitions of „close person” or „family” are not used for the purposes of legal acts in the field of medical law (e.g. Spain, Czech Republic, Germany). The catalog of relatives distinguished by the Polish legislator raises a number of legal and ethical doubts – due to its structure, scope and practical usefulness. If closeness is a value worth realizing in the treatment process, then what vision is to be adopted – static, created in isolation from the social context to which it relates, or dynamic, allowing to establish specific relationships from the perspective of actually existing relationships? Determining who is close to the patient is of great practical importance – for the patient, respect for his autonomy and also for the medical staff. The article presents a critical reflection on the importance of closeness in medical law, in particular on who is considered to be close and what rights are associated with closeness. It should be considered whether the definition of closeness

is necessary on the basis of Polish medical law, and whether such a normative approach to closeness translates into effective support for the patient and people who are actually close to him.

Keywords: close person, legal interpretation, value of close relationships, legal definition.

Kontraktowe i pozakontraktowe elementy opieki medycznej w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego

Wstęp

Za inspirację do napisania tego artykułu posłużyły pojawiające się w doktrynie prawa cywilnego poglądy zaliczające relację prawną między pacjentem a podmiotem leczniczym do stosunków cywilnoprawnych o charakterze obligacyjnym (zobowiązaniowym), określanym niekiedy wprost jako kontraktowy. Lekarzom natrafiającym na tego rodzaju rozważania mogą one bądź wydać się niezrozumiałym konstruktem myślowym prawników, bądź wywołać dezorientację co do własnej pozycji prawnej. Prowadzone dyskusje mają na horyzoncie poważne konsekwencje dla potencjalnej odpowiedzialności za doznane szkody, a ich rezultat może rzutować na układ praw i obowiązków. Grozi to zakłóceniem równowagi ukształtowanej między stronami przez przepisy szczególne oddające specyficzny charakter wspomnianej relacji. Potrzeba zatem analiz prawnych i rozstrzygnięć, które czytelnie przedstawia zakres obowiązków wobec pacjentów, by przeciwdziałać obarczaniu przedstawicieli zawodów medycznych (nazywanych zbiorczo i skrótowo medykami) odpowiedzialnością niewspółmierną do rangi popełnionych uchybień. Obecnie to nie-sporne, że powinni oni odpowiadać za błędy zawinione. Nie jest natomiast oczywiste, że zwłaszcza w stosunkach między osobami fizycznymi odpowiedzialność za szkody medyczne należy zaostrzać, więc i nieobojętne będzie rozmieszczenie ciężaru dowodu, domniemania wzmacniające pozycję jednej strony ewentualnego sporu czy tendencja do obiektywizacji winy. Prawo cywilne, operujące sankcją odszkodowawczą, nie jest

może dla medyków tak groźne jak represja karna, jednak przydanie tym osobom statusu strony nieoczekiwanie zawartej umowy narzuca rygory, które w razie konfliktu wymagają, inaczej niż w prawie karnym, dowodzenia własnej niewinności¹.

Opracowanie, oprócz przypomnienia znanych powszechnie różnic między reżimami odpowiedzialności kontraktowym i deliktowym oraz ich praktycznych konsekwencji dla stron nawiązanego stosunku prawnego, ma na celu analizę powiązań ustawodawstwa medycznego z zawartymi w kodeksach prawa cywilnego² unormowaniami ogólnymi. Powiązania te mają kluczowe znaczenie dla określenia pozycji pacjenta i podmiotu leczniczego, zaś samodzielność niektórych regulacji szczególnych istotnie modyfikuje treść obowiązków powstałych bądź wskutek oddania się pacjenta pod opiekę, bądź dopiero w rezultacie wyrządzenia mu szkody podlegającej obowiązkowi naprawienia. Będzie tutaj zatem mowa o charakterze prawnym owej relacji, o jej nawiązaniu, prawach i obowiązkach zaangażowanych podmiotów, a także o kwestii bezpośredniego stosowania norm prawa cywilnego, które praktykowane jest domyślnie przez cywilistów, ale wzbudza wątpliwości natury systemowej.

Stosunek opieki medycznej i jego możliwy kształt prawny

Poddawany analizie stosunek prawny bywa w doktrynie nazywany różnie: stosunkiem opieki zdrowotnej, prywatnym stosunkiem prawa medycznego albo stosunkiem opieki medycznej. Mimo użycia słów o podobnym znaczeniu każde z tych wyrażen akcentuje inne cechy omawianego pojęcia.

Punkt wyjścia do rozważań stanowią bazowe opracowania Jana Jończyka³ oraz dokonane tam zastrzeżenie wstępne, iż podział na gałęzie

¹ Uwolnienie się od odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wymaga w myśl art. 471 w zw. z art. 472 k.c. wykazania, iż nastąpiło to wskutek okoliczności, za które dłużnik (lekarz) nie odpowiada. Ekskulpacja polega na dowiedzeniu, że została dochowana należyta staranność.

² Chodzi o ustawy – Kodeks cywilny oraz Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

³ J. Jończyk, *Stosunek opieki zdrowotnej*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne nr 3/2007; tegoż, *Zasady i modele ochrony zdrowia*, PiP nr 8/2010 oraz *Strony i stosunki powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego*, PiM nr 1/2005.

prawa i zaliczenie określonej materii do tej lub innej z nich ma charakter względny i nie narusza zasady jedności systemu prawa. Jedną z konsekwencji tego założenia jest metoda kombinacji instytucji prawnych za pomocą elementów należących systemowo do różnych gałęzi⁴. Prawo medyczne dostarcza licznych tego przykładów, ale jego stopniowa autonomizacja nakazuje upewnić się, w jakich granicach kontaminowanie jest uzasadnione, ponieważ niektóre instytucje doczekały się unormowania samodzielnego. Jeśli zatem da się stwierdzić prawnomedyczną regulację szczególną, normatywnie samowystarczającą i do tego obwarowaną własnymi gwarancjami ochrony zaangażowanych dóbr prawnych, to ma ona pierwszeństwo przed regulacjami ogólnymi prawa cywilnego, karnego czy administracyjnego i pozwala na stosowanie ich tylko posilkowo⁵ oraz w sposób niesprzeczny z aksjologią norm priorytetowych. Przykładowo, obok instytucji zgody pacjenta unormowane są w sposób specjalny dopuszczalne od niej odstępstwa: rozszerzenie pola zabiegowego (art. 35 uzl), a także ratowanie w stanach nagłych zarówno pacjentów z wyłączonym kontaktem logicznym, jak i osób niesamodzielnych prawnie bez czekania na zgodę ich przedstawicieli ustawowych (art. 33 ust. 1 i art. 34 ust. 7 uzl). Na tle art. 35 uzl zapadł w 2007 r. wyrok Sądu Najwyższego, znaczący przez to, że wyłączał stosowanie ogólnej instytucji prawa karnego – stanu wyższej konieczności: „Nie jest dopuszczalne uwolnienie lekarza od odpowiedzialności za zmianę zakresu zabiegu operacyjnego bez zgody pacjenta na podstawie art. 26 § 1 lub § 5 k.k., w sytuacji niespełnienia warunków określonych w art. 35 ust. 1 i 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (...), gdyż oznaczałoby to zignorowanie, mających charakter gwarancyjny ograniczeń wynikających z tego samego przepisu”⁶. Teza ta ma wymiar uniwersalny dla relacji między normami prawa medycznego a przepisami ogólnymi i powinna stanowić podstawową

⁴ J. Jończyk, *Strony i stosunki powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego*, s. 25.

⁵ Stwierdzenie to w odniesieniu do prawa karnego stanowi niemal truizm, ponieważ z założenia ma ono być stosowane tylko posilkowo (jako *ultima ratio*).

⁶ Wyrok SN z 28 listopada 2007 r., V KK 81/07, OSNKW nr 2/2008, poz. 14 z gl. J. Kuleszy, PiM nr 35 (2/2009), s. 133–142.

dyrektywę wykładni. Interpretacja przeciwna, pozwalająca na ograniczanie nadanych normami prawnomedycznymi gwarancji poszanowania praw, dóbr oraz interesów pacjenta przez dopuszczenie zastosowania kolidujących z nimi reguł ogólnych, byłaby naznaczona wewnętrzną sprzecznością.

1. Stosunek opieki zdrowotnej. Typ relacji między medykami i placówkami opieki zdrowotnej a pacjentami wyznaczają opisane przez J. Jończyka ustrojowe zasady ochrony zdrowia. Jest więc zasada ochrony zdrowia publicznego, która uzasadnia ingerencje władcze. Druga – zasada ubezpieczenia zdrowotnego – determinuje sytuację pacjentów jako beneficjentów ubezpieczenia: lekarze i placówki medyczne są w warunkach polskich bądź niezależnymi kontrahentami prywatnego ubezpieczyciela, bądź podmiotów pośredniczących między nimi a pacjentami: dawniej kas chorych, obecnie – Narodowego Funduszu Zdrowia. Z kolei trzecia – zasada zaopatrzenia zdrowotnego – implikuje tzw. służbę zdrowia, gdzie personel medyczny zatrudniony jest jako funkcjonariusze tej służby⁷. Obecnie w Polsce dominuje zasada (społecznego) ubezpieczenia zdrowotnego, zaś zasada ochrony zdrowia publicznego funkcjonuje w określonych ustawowo sferach szczególnych, przy nadaniu wykonawcom zawodów medycznych statusu prywatnoprawnego. Jest to kombinacja mieszana i niespójna, ale znamienita dla współczesnych systemów ochrony zdrowia⁸.

Pojęcie stosunku opieki zdrowotnej mieści w sobie relacje w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego⁹. Konstrukcja powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego składa się z trzech współzależnych stosunków prawnych o różnym charakterze i przeznaczeniu, łączących osobę ubezpieczoną z NFZ, tenże Fundusz z podmiotem leczniczym oraz uprawnionego do opieki zdrowotnej pacjenta z podmiotem leczniczym. Pierwszy z nich to stosunek podlegania obowiązkowemu albo dobrowolnemu ubezpieczeniu zdrowotnemu. Drugi jest stosunkiem organizowania

⁷ J. Jończyk, *Stosunek...*, s. 8.

⁸ J. Jończyk, *Stosunek...*, *in*.

⁹ J. Jończyk, *Stosunek...*, *passim*.

i finansowania świadczeń opieki zdrowotnej. Trzeci – między pacjentem a podmiotem leczniczym – jest właściwym stosunkiem opieki zdrowotnej. Wszystkie one stanowią konstrukcyjnie pewną całość, bo pozostają w więzi prawnej i funkcjonalnej. Każdy z nich ma znaczenie dla dwóch pozostałych, ale powiązanie nie jest na tyle silne, by uznać je za jeden stosunek prawny trójstronny. Różnią się co do podmiotów, każdy ma odrębny przedmiot, różnice zaznaczają się w zakresie treści – czyli uprawnień i obowiązków stron, a z tego wynikają dalsze konsekwencje co do odpowiedzialności oraz ochrony procesowej. Społeczne ubezpieczenie zdrowotne stanowi warunek gromadzenia w NFZ publicznych środków na finansowanie świadczeń i realizowanie w ten sposób ubezpieczeniowej gwarancji zdrowotnej. Środki te zostają następnie przeznaczone na wynagrodzenie podmiotów leczniczych będących stronami zawieranych w tym celu umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a to z kolei jest warunkiem spełniania ich na rzecz uprawnionych jako beneficjentów¹⁰.

W doktrynie powszechnie przyjęte jest zapatrywanie, iż kontrakt podmiotu leczniczego z NFZ ma cywilnoprawny charakter umowy na korzyść osoby trzeciej¹¹, gdzie NFZ występuje jako strona zastrzegająca, zaś podmiot leczniczy – jako przyrzekający. Obecnie o cywilnoprawnym statusie tego typu kontraktów przesądza art. 155 ustawy o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych¹². Fundusz realizuje jednak w ten sposób swój ustawowy obowiązek publicznoprawny,

¹⁰ J. Jończyk, *Stosunek...*, s. 2–3.

¹¹ Jako pierwszy dokonał takiej kwalifikacji prawnej jeszcze pod rządem przepisów poprzednio obowiązującej ustawy z 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (przewidującej Kasy Chorych) M. Nesterowicz w kolejnych wydaniach opracowania *Prawo medyczne* (w wyd. V, Toruń 2001 – s. 284); zob. tegoż, *Odpowiedzialność NFZ za pozazumowne (ponadlimitowe) świadczenia zdrowotne*, PiP nr 2/2006, s. 5. Zapatrywanie to zostało podchwyczone przez późniejszą doktrynę oraz przyjęte w orzecznictwie. Zob. w szczególności wyrok SN z 16 lutego 2005 r., sygn. IV CK 541/04, Legalis; uchwała SN z 27 kwietnia 2001 r., III CZP 5/01 (OSNC nr 11/2001, poz. 161); wyrok SN z 7 sierpnia 2003 r., IV CKN 393/01, Legalis.

¹² Art. 155. 1. Do umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. (Ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 24 lipca 2019 r., poz. 1373).

a przy tym gospodaruje składkami uiszczanymi przez ubezpieczonych. Prowadzi to do wniosku, że kontraktowe zastrzeżenie opieki medycznej na rzecz pacjentów ma, odmiennie niż na zasadach kodeksu cywilnego, charakter nieodwołalny¹³. Pacjent, czyli osoba trzecia, jest w tej konfiguracji uprawnionym do otrzymania świadczenia beneficjentem. Przy takiej konstrukcji prawnej realizacja uprawnień wymaga tylko jednostronnego oświadczenia o woli skorzystania, kierowanego do strony przyrzekającej. Jako beneficjent pacjent nie jest stroną umowy i nie bierze w niej udziału¹⁴, pozostaje więc nie tylko poza umową, ale i poza wynikającym z niej stosunkiem obligacyjnym¹⁵. Podmiotowi medycznemu jako przyrzekającemu przysługują jednak na podstawie art. 393 § 3 k.c. zarzuty wynikające z umowy (np. niezakontraktowania określonych świadczeń albo wyczerpania ich limitu), które może podnieść także wobec beneficjenta. Na zakres obowiązków wobec niego wpływają ponadto z mocy samych ustaw medycznych zawarte tam regulacje szczególne o charakterze *ius cogens*.

Zakwalifikowanie relacji między pacjentem a podmiotem udzielającym świadczeń medycznych lub poszczególnymi profesjonalistami medycznymi jako cywilnoprawnego stosunku obligacyjnego stosownie do art. 353 k.c. zostało przez J. Jończyka przyjęte w kontekście nowej interpretacji stosunku opieki zdrowotnej, uwarunkowanej powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym¹⁶. Źródłem uprawnienia pacjenta jest w nim ubezpieczenie zdrowotne, a uprawnienie powstaje z chwilą zgłoszenia do NFZ ubezpieczonego i członków jego rodziny. Powstaje wówczas abstrakcyjny (potencjalny) stosunek opieki zdrowotnej między uprawnionym a kwalifikowanym wykonawcą, konkretyzujący się w momencie zgłoszenia potrzeby zdrowotnej wybranemu podmiotowi

¹³ Tak Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego – założenia ogólne i metodologiczne*, Studia Prawa Prywatnego nr 1/2015, s. 42.

¹⁴ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne* (wyd. V), s. 284.

¹⁵ Zob. M. Bednarek, *Umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej*, [w:] E. Łętowska, P. Drapala, M. Bednarek, *Umowy odnoszące się do osób trzecich*, Warszawa 2006, s. 120.

¹⁶ Zob. J. Jończyk, *Stosunek...*, s. 3.

lecniczemu i nadający beneficjentowi status pacjenta żądającego spełnienia świadczenia. Autor wyraził zapatrywanie, że status wierzyciela wzmacnia pozycję pacjenta¹⁷.

2. Prywatnoprawny stosunek medyczny. Nazwanie opisywanej relacji prywatnym stosunkiem prawa medycznego, należącym do prawa zobowiązań z wszystkimi tego konsekwencjami, zostało dokonane później przez Zbigniewa Banaszczyka¹⁸. Referowane podejście operuje tradycyjną siatką pojęciową prawa cywilnego: podmioty (strony) – dłużnik (podmiot medyczny) i wierzyciel (pacjent), przedmiot (czyli określone świadczenie) oraz treść: prawa i obowiązki stron¹⁹. Bywa ona dobrą bazą dla analiz, ale nie stanowi narzędzia uniwersalnego i tutaj tylko przeszkadza, bo nie pozwala uchwycić znaczących różnic co do istoty unormowania. W klasycznym stosunku zobowiązaniowym wierzyciel ma na zasadach ogólnych wobec dłużnika obowiązki lojalności i współdziałania, w przeciwnym bowiem razie popadnie w zwłokę z możliwymi konsekwencjami odszkodowawczymi. Według Z. Banaszczyka obowiązek współdziałania z dłużnikiem w wykonaniu zobowiązania (art. 354 § 2 kc) miałby polegać na zachowaniu umożliwiającym zorganizowanie i przeprowadzenie leczenia²⁰, a także na powinności współpracy w minimalizowaniu odniesionych szkód zdrowotnych. Wśród obowiązków pacjenta jako wierzyciela we współdziałaniu z dłużnikiem autor wymienia stosowanie się do zaleceń lekarskich oraz stawianie się w terminie na ustalone badania i konsultacje²¹. Jako zaś możliwe uchybienia – „bezpodstawne zwlekanie z wyrażeniem zgody na przeprowadzenie zabiegu”, odmowę wykonania koniecznych badań diagnostycznych czy odmowę przyjmowania leków²².

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego...*, s. 31.

¹⁹ Według klasycznego ujęcia A. Kleina: zob. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 29.

²⁰ Jak ujmują to Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy...*, s. 36, za M. Nesterowiczem [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W. Katner, Warszawa 2010, s. 345.

²¹ Z. Banaszczyk, *op. cit.*, s. 41.

²² Z. Banaszczyk, *op. cit.*, s. 41.

Jednocześnie przyznaje, że wymuszenie na pacjencie takich zachowań nie jest możliwe w stosunku prywatnoprawnym, a ich konsekwencje przybiorą formę pośrednią: lekarz będzie mógł podnieść zarzut, że pacjent przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody oraz że „w pewnych okolicznościach” jego zachowanie może być zakwalifikowane jako zwłoka wierzyciela (art. 486 § 2 k.c.)²³. To ostatnie, jak wolno wnioskować, otwierałoby na podstawie przywołanego przepisu drogę do żądania naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Relacja prawnomedyczna ma jednak charakter odrębny od klasycznych stosunków cywilnoprawnych, czego formalnym przejawem jest oparta na specyficznych założeniach samodzielna regulacja praw i obowiązków w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Jako naczelną zasada rządzi tam proklamowana na każdym kroku autonomia pacjenta i związany z nią wymóg uzyskiwania jego uświadomionej zgody na każdą czynność medyczną²⁴. W przypadku czynności sekwencyjnych (wieloletapowych) lub powtarzalnych zgoda ta obejmuje w istocie każde działanie z osobna. Pacjent zawsze może więc uchylić się np. od przyjęcia kolejnej dawki leku mimo wcześniejszej zgody na jego podawanie. W każdym czasie ma on prawo do nowej oceny korzyści płynących dlań z leczenia i może mu odmówić *a priori* albo w toku. Jakiegokolwiek ograniczanie wolności osobistej i zdrowotnej pacjenta, wywodzone z instytucji prawa zobowiązań, negatywnie rzutuje na generalny obowiązek poszanowania autonomii i wypacza jego charakter, stoi bowiem w jawnej sprzeczności z celem ochrony. Jest nim gwarantowane przez liczne przepisy prawa medycznego respektowanie samodzielności

²³ Ibidem.

²⁴ Zasada poszanowania autonomii pacjenta, przejawiająca się przede wszystkim w obowiązku uzyskania uświadomionej i niczym nieskrępowanej zgody na każdą czynność medyczną, roztrząsana jest od dawna i odmieniana przez wszystkie przypadki zarówno w doktrynie prawa medycznego, jak w bioetyce. Znalazła jednoznaczne określenie we współczesnej ustawie lekarskiej (z 1996 r.) i potwierdzenie w ustawie o prawach pacjenta (2008 r.), a obrosła bogatym piśmiennictwem i judykaturą. (Zob. *System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, Wolters Kluwer 2019, zwł. t. 2 cz. 1 rozdz. *Zasady prawa medycznego. Podstawy i przesłanki legalności czynności medycznych*, s. 49 i n. oraz tam powołane źródła).

i swobody decyzyjnej pacjenta w sprawach zdrowotnych. Stosowanie się do zaleceń lekarskich w rodzaju przestrzegania diety, przyjmowania leków czy zgłaszania się na wizyty kontrolne zależy wyłącznie od jego woli i może w każdej chwili zostać zaprzestane na tzw. własną odpowiedzialność. Konsekwencją będzie pogorszenie sytuacji zdrowotnej; rzecz jasna bez możliwości obarczenia odpowiedzialnością strony świadczącej opiekę medyczną.

W prawie medycznym i jego regulacjach ustawowych nie istnieje, bo nie może istnieć, pojęcie „bezpodstawnego zwlekania z wyrażeniem zgody na przeprowadzenie zabiegu” – choćby z tej przyczyny, że podjęcie decyzji w tak ważkiej sprawie osobistej wymaga spokojnego zastanowienia²⁵. Pacjentowi wolno wahać się, zmieniać zdanie, wątpić w powodzenie zabiegu, a także żywić najrozmaitsze obawy. Osobiste rozterki w sprawie zadysponowania dobrem zdrowotnym stanowią naturalne i typowe zjawisko psychologiczne, zaś zarzut bezpodstawnego zwlekania (albo „nieuzasadnionej” odmowy, bo i taki daje się odnotować w doktrynie i orzecznictwie²⁶) jest równoznaczny z programowym ich ignorowaniem. Nie bez powodu w nowoczesnej bioetyce i doktrynie prawa medycznego podkreśla się, że wszechstronne informowanie obowiązkowo poprzedzające decyzję pacjenta powinno być procesem opartym na dialogu i dającym czas do namysłu oraz możliwość zadawania pytań, bo w przeciwnym razie nie będzie to decyzja w pełni uświadomiona ani dobrowolna²⁷.

²⁵ Zob. M. Boratyńska, *Mieszany charakter prawny relacji między pacjentem a podmiotem leczniczym. Stosunek opieki medycznej*, [w:] *System Prawa Medycznego* (wyd. Wolters Kluwer), Warszawa 2019, t. 2, cz. 1 s. 193–194.

²⁶ Zob. wyroki SN: z 28 sierpnia 1973 r., ICR 441/73 (OSNC 7-8/1974 poz. 131); z 11 stycznia 1974 r., II CK 732/73 (OSP nr 1/1975 poz. 6); z 9 listopada 2007 r., VCSK 220/07 (LEX nr 494157) – w których padły następujące twierdzenia: „bezpodstawną odmową zgody na dokonanie zabiegu”; „nieuzasadniona odmowa poddania się zabiegowi medycznemu”, „powódka nie mogła nie poddać się operacji”. Wprawdzie żadne z przytoczonych wyrażań i zwrotów nie rzutowało bezpośrednio na rozstrzygnięcie, znamieną jest jednak ich warstwa psycholingwistyczna zdradzająca paternalistyczny stosunek do pacjenta. Zob. też obszernie uwagi w dalszej części opracowania, zwl. w przyp. 28.

²⁷ Zob. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV (tłum. W. Jacórzyski), Warszawa 1996, s. 162–163; D. Franklin, *Pacjent prawie poinformowany*, Świat Nauki (*Scientific American*)

Nie ma również miejsca na naganną ocenę wobec odmowy wykonania koniecznych badań diagnostycznych – ponieważ zgoda na każdą z osobna czynność medyczną powinna zawsze stanowić przedmiot swobodnej i dobrowolnej decyzji. Taka odmowa co najwyżej uniemożliwia kontynuowanie leczenia i uzasadnia odstąpienie od czynności (art. 38 uzl) po lojalnym uprzedzeniu pacjenta o konsekwencjach zdrowotnych.

Podobne wymagania mogą być stawiane co najwyżej na płaszczyźnie kontraktowej, gdy umowa została już zawarta, zgoda pacjenta – udzielona i nic nie wskazuje na jej cofnięcie, strona medyczna w uzasadnionym zaufaniu poczyniła przygotowania, a pacjent z niezrozumiałych względów postępuje wbrew wcześniejszym deklaracjom. Sankcja kontraktowa może jednak polegać tylko na zwrocie poniesionych na próżno kosztów – np. specjalnie sprowadzonego leku do kilkakrotnego podania dożylnego, gdy po pierwszej dawce pacjent zrezygnował, a napoczęte opakowanie zostanie zmarnowane.

Profesjonalista medyczny ma za zadanie szanować autonomię pacjenta i jednocześnie wykonywać opiekę z należytą starannością, nie wolno mu więc podejmować działań bez prawidłowo udzielonej zgody pacjenta, nawet gdyby to było działanie staranne w sensie technicznym. Wyjąwszy otrzymanie wynagrodzenia, interes strony medycznej w udzieleniu przez pacjenta zgody na leczenie aktualizuje się tylko, gdy dojdzie do zawinionego zdarzenia szkodzącego przy czynnościach już wykonanych, a pacjent odmawia przyzwolenia na korektę, która miałaby szanse usunąć skutki szkody albo zmniejszyć jej rozmiar. Korekta stanowi jednak osobną czynność, która podobnie jak poprzednia wymaga swobodnie wyrażonej zgody. Ta swoboda w każdych okolicznościach chroniona jest przed naciskami i uchybienie medyczne nic tutaj nie zmienia. Nie znajduje zatem zastosowania nawet postulowana „sankcja pośrednia” w postaci przyczynienia się do powstania lub zwiększenia szkody (art. 362 k.c.), bo takie rozumowanie prowadziłoby do nałożenia na pacjenta w pewnych

nr 4/2011, s. 24–24; M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 126–128.

sytuacjach obowiązku udzielenia zgody na leczenie, do czego w prawie medycznym nie ma podstaw²⁸ z wyjątkiem ściśle reglamentowanych

²⁸ Źródło nieporozumień stanowi tutaj pewien etap ewolucji orzecznictwa i doktryny. W wyroku z 15 marca 1961 r., 2 CR 867/59, OSPIKA nr 1/1962, poz. 24, z głosem M. Sośniaka, Sąd Najwyższy uznał, iż decyzja poszkodowanego co do poddania się operacji należy wyłącznie do niego i nie może on być w tej sprawie do niczego zmuszany. Zatem odmowa nie może prowadzić do zmniejszenia odszkodowania i być traktowana jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, a w wyroku SN z 7 maja 1962 r., CR 504/41, OSP nr 10/1963, poz. 248 – że nawet pomyślnie rokowanie co do wyniku nie może decydować o obowiązku poddania się operacji. M. Sośniak słusznie podniósł, że jest tylko jeden pierwotnie poszkodowany, a strona odpowiedzialna za szkodę nie ma prawa uzależniać swego obowiązku od zdarzeń narażających go na dodatkowe przykrości i ryzyko nowej szkody. Dostatecznie już poszkodowany ma prawo do tego, by zostawiono go w spokoju, nawet gdy chodzi o zabiegi przedstawiające ryzyko „normalne i przewidywalne oraz niełączące się z niebezpieczeństwem i bolesnością” (M. Sośniak, *Jeszcze o „obowiązku” poddania się operacji*, NP 1964/6, s. 610). Trafnie zakwestionował dalej tę normalność i przewidywalność, ponieważ w medycynie mało kiedy da się przewidzieć efekt z pewnością, a faktyczne ryzyko niepowodzenia spada zawsze na pacjenta. Przytoczył polemicznie kryteria określające rzekomy obowiązek poddania się operacji, sformułowane przez A. Szpunara: gdy operacja jest prosta, bezbolesna, rokująca dobre wyniki i niepołączona z niebezpieczeństwem dla życia oraz najlepiej wykonywana pod znieczuleniem miejscowym (A. Szpunar, *Głosa do orzeczenia SN z 3.10.1962 r.*, 3 CR 250/62 NP nr 9/1963), po czym każde kolejno skutecznie podważył. Bezbolesnych operacji nie ma, bo każde znieczulenie w końcu przestaje działać i ból staje się odczuwalny. Przy nieostrożnych ruchach szwy mogą puścić, laparoscopia natomiast stworzyła osobną kategorię ryzyka powikłań. Co do znieczulenia miejscowego, to według anesteziologów wcale nie jest z zasady mniej ryzykowne od ogólnego – a tylko narkozy pacjenci bardziej się boją. Trudno stwierdzić, co znaczy, że zabieg jest prosty. „Zwykle” zeszyte rozcięcie skóry jest na ogół łatwe technicznie, ale dla pacjenta bywa szokujące samo w sobie. Proponowane kryteria są więc zupełnie oderwane od realiów medycznych. W formułowaniu obowiązku poddania się leczeniu M. Sośniak słusznie dostrzegł zamach na wolną wolę i swobodę decydowania przez pacjenta o własnym ciele. Tymczasem SN w wyroku z 11 października 1978 r., III PR 183/77, OSP nr 1/1979, poz. 17, z gl. M. Sośniaka, wrócił do punktu wyjścia: „Odmowa poszkodowanego poddania się wypróbowanemu i powszechnie stosowanemu zabiegowi lekarskiemu, przynoszącemu z reguły pomyślne wyniki i poprawę stanu zdrowia oraz zdolność do samodzielnego utrzymania się, powinna opierać się na motywacji zrozumiałej przynajmniej dla specjalistów i znajdującej oparcie w rzeczywistości występujących reakcjach organizmu ludzkiego, jeżeli ma wywrzeć wpływ na ocenę zakresu odpowiedzialności sprawcy szkody”. Pacjent odmawiał zgody na zabieg, a jednocześnie wystąpił o podwyższenie renty. W efekcie został *de facto* posadzony o „dobrowolne inwalidztwo”, a sprawę przekazano do ponownego rozpoznania. M. Sośniak w głosie do wyroku zmienił zaś zapatrywanie i uznał stanowisko pacjenta w tej sprawie za „odmowę dla samej odmowy”, zgadzając się z podejrzeniami Sądu, że poszkodowanemu chodzi tylko o rentę. Zaaprobował też podane przez Sąd kryteria warunkujące obowiązek: gdy zabieg jest „wypróbowany”, „powszechnie stosowany” oraz „przynoszący z reguły pomyślne wyniki”. Z punktu widzenia poszanowania autonomii jest to klasyczny przypadek „dobrowolnego przymusu”. Tak jak w poprzedniej sprawie M. Sośniak nie dostrzegł prawnych źródeł obowiązku poddania się leczeniu, tak nie ma ich w tym przypadku. Może i poszkodowany pielęgnuje swe kalectwo, ale faktem jest, że sam sobie szkody nie wyrządził. Każdy ma prawo decydować za siebie, a konstruowanie obowiązku poszkodowanego na korzyść podmiotu odpowiedzialnego za szkodę

przypadków leczenia przymusowego²⁹. Szkodę powoduje choroba, a uchybienie lecznicze może ją tylko zwiększyć albo utrzymać zamiast zmniejszyć. Celowe zaprzestanie współdziałania po stronie pacjenta jest równoznaczne z wycofaniem zgody na poddawanie się danej czynności i konotuje co najwyżej podyktowaną należytą starannością (art. 4 uzł i art. 8 upp) obowiązek uświadomienia mu konsekwencji.

Zupełnie nietrafione jest również powoływanie się na zwłokę wierzyciela (art. 486 § 2 k.c.), ponieważ w zwykłych okolicznościach możliwość i powinność świadczenia w postaci wykonania czynności medycznej powstaje dopiero po udzieleniu przez pacjenta zgody. Dopóki to nie nastąpi, podmiot leczniczy jest obowiązany co najwyżej do gotowości świadczenia, którego jednak pacjent nie ma powinności przyjąć tylko z tego powodu, że zostało mu prawidłowo zaoferowane. Kodeks cywilny określa zwłokę wierzyciela jako uchylenie się bądź odmowę przyjęcia świadczenia pozbawioną uzasadnionego powodu. W prawie medycznym pacjent dysponuje jednak całkowitą i nieskrępowaną swobodą decyzji co do poddania się danej czynności. („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 upp). Mało tego: swoboda owa została wprost nazwana *prawem* (choć u jego podłoża znajduje się ochrona wolności). Jest nadana

stanowi odwrócenie wartości. Niegojenie się rany stanowi normalne następstwo wypadku. Sama odmowa poddania się dodatkowym zabiegom może wydawać się podejrzana, ale bierne zachowanie pacjenta, który odmawia leczenia, sprawia tylko tyle, iż proces chorobowy idzie swoim trybem. Lecząc się i poddając rehabilitacji, pacjent działa w pełni dobrowolnie, na własne konto i dla własnego dobra. Zgoda na leczenie nie może być w żaden sposób wymuszana, a odmowa nie potrzebuje uzasadnienia. Wprawdzie Sąd Najwyższy nie wspominał ani o obowiązku, ani o przyczynieniu się, lecz o rozsądnym umotywowaniu odmowy, jednak stanowi to również rodzaj presji wywieranej na pacjenta, który nie otrzyma wyższej renty dlatego, że nie chce się leczyć. W rezultacie zabiegu pacjentowi jednak równie dobrze może się nie polepszyć, a pogorszyć i pozostanie na tym stratny fizycznie. Ryzyko w medycynie zachodzi zawsze i nawet jeśli jest skrajnie niewielkie, nie wolno w żaden sposób naciskać na pacjenta, by je ponosił. (Na podst. M. Boratyńska, *Wolny wybór*, s. 177–180).

²⁹ Ściśle biorąc na leczenie przymusowe zgoda pacjenta w ogóle nie jest potrzebna, ale ustawa o ochronie zdrowia psychicznego nakazuje mimo wszystko spróbować ją wyjednać, żeby w ten sposób zyskać rokowanie współpracy pacjenta, bez której większość czynności terapeutycznych w tej gałęzi medycyny jest z góry skazana na niepowodzenie.

unormowaniem szczególnym, którego pierwszeństwo nad ogólną regulacją zwłoki wierzyciela nakazuje interpretować normy ogólne z jego uwzględnieniem. Prowadzi to do wniosku, iż wystarczająco „uzasadnionym powodem” jest korzystanie z pełni swobody, która nie może doznawać ograniczeń. Pacjent ma prawo długo się namyślać, ponieważ w sprawach własnego zdrowia jest to jego dobrym prawem. Jeśli namyśla się w nieskończoność albo rezygnuje w trakcie, podmiot leczniczy w ogóle nie może być traktowany jako dłużnik, bo leczenie bez zgody jest z mocy prawa niedopuszczalne. (Nie oznacza to rzecz jasna, że cały szpital ma stać i czekać: pacjenta wolno uprzedzić, że nie podjąwszy decyzji najpóźniej do terminu zabiegu, straci miejsce w grafiku na najbliższy okres).

Swoboda osobistych decyzji zdrowotnych jest gwarantowana przez ustawy medyczne, więc k.c. jako *lex generalis* nie może być stosowany wprost, a w pewnych kwestiach jego normy powinny być w ogóle wyłączone. Zgoda pacjenta stanowi sama w sobie instytucję prawa medycznego. Została obwarowana wieloma rygorami, od których dochowania zależy jej prawidłowość i skuteczność prawna. Jest ściśle osobistym prawem pacjenta, ustanowionym jako zabezpieczenie ochrony jego najbardziej żywotnych interesów i jednocześnie najsilniejszą gwarancją poszanowania autonomii³⁰. Postrzeganie pacjenta jako zobowiązanego wobec strony medycznej byłoby równoznaczne z zakwestionowaniem jego wolności osobistej i samostanowienia oraz postawieniem zarzutu, że odmawiając „współpracy”, nie rozporządza sobą tak, jak się od niego oczekuje. Jest to perspektywa zorientowana obligacyjnie i sprowadza się do przyjęcia, że pacjent ma w tej mierze jakieś obowiązki, w ramach których powinien dać się leczyć, bo inaczej nadużywa swej pozycji i przysparza kłopotów. W prawie medycznym nie ma to podstawy. Wręcz przeciwnie: ustanowione zostały mocne gwarancje poszanowania autonomii, zapewniające pełną swobodę podjęcia i odwołania decyzji, które o tym prawie rozstrzygają w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Układają się one w spójną regulację, dzięki czemu nie ma potrzeby posilkowania się przepisami pokrewnych

³⁰ M. Boratyńska, *Mieszany charakter prawny...*, s. 188.

gałęzi prawa. Narzucanie zewnętrznych zależności, w tym obowiązków prawnych bądź moralnych – np. wykonania umowy, dotrzymania przyrzeczenia, niesprawienia zawodu, dochowania zaufania, minimalizowania szkody, a także zarzuty: stawiania oporu niewspółmiernego do błahości proponowanego zabiegu bądź „obarczania” innych własną śmiercią lub kalectwem – nakładałoby ograniczenia zaprzeczające prawnomedycznej istocie zgody na leczenie. Należy więc uznać je za nieuprawnione³¹.

Prywatnoprawna kwalifikacja relacji prawnomedycznych nie upoważnia wobec tego do konstruowania po stronie pacjenta obowiązków obligacyjnych (oprócz zapłaty wynagrodzenia), a mechaniczne nałożenie kliszy stosunku obligacyjnego pociąga za sobą zniekształcenie ich istoty. Nietrafne jest porównanie do zobowiązania wzajemnego z umowy dwustronnie zobowiązującej, gdzie strony są wobec siebie nawzajem wierzycielami i dłużnikami³². Broni się ono tylko w odniesieniu do intencjonalnie zawartej przez podmiot leczniczy i pacjenta umowy o takim kształcie, która i tak podlega ocenie z punktu widzenia przepisów gwarantujących poszanowanie praw pacjenta. Jak wiadomo, umowa jest jednak tylko jednym z kilku sposobów uzyskania przez pacjenta świadczenia medycznego, obok dominującego w naszym systemie prawnym ubezpieczenia społecznego oraz opartego na tym samym mechanizmie ubezpieczenia komercyjnego. Poza stosunkiem umownym o „powinnościach” pacjenta można mówić tylko w sensie pozaprawnym – prakseologicznym. Uchybienie im jest co najwyżej irracjonalnym i potencjalnie szkodliwym postępowaniem w sprawach własnych. Kto nie przestrzega zaleceń lekarskich albo zwleka ze zgodą na leczenie, szkodzi tylko sam sobie, a nie innym, nie stając się przez to ani dłużnikiem, ani nawet „krnąbrnym” (niewspółdziałającym) wierzycielem.

Z całokształtu norm zawartych w ustawach medycznych wynika, że pacjent nie ma obowiązków, tylko układające się w długą listę uprawnień, unormowane od 2008 r. ustawą o prawach pacjenta, a wcześniej

³¹ *Ibidem*, s. 188.

³² Tak kwalifikuje Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy...*, s. 38.

wynikające z ustawy lekarskiej (z 1996 r.), ustawy o zakładach opieki zdrowotnej (z 1991 r.), zaś jeszcze wcześniej – w braku szczególnych unormowań wywodzone wprost z Konstytucji. Jedyne jego powinności mogą wynikać z władztwa zakładowego (administracyjnego) na terenie placówki medycznej, przede wszystkim szpitalnej, i z organizacyjnej konieczności uwarunkowanej rytmem pracy oraz poszanowaniem praw innych osób (przestrzeganie higieny, zakaz palenia i picia, cisza nocna, pory posiłków etc.). Samodzielny prawnie pacjent nie ma w szczególności obowiązku posłuszeństwa decyzjom fachowym i może w każdej chwili opuścić miejsce leczenia. Wolno mu zrezygnować z opieki medycznej, natomiast to drugiej stronie nie wolno bez powodu pozbawić jej pacjenta, dopóki ten przejawia chęć. Jedyne wyjątek, przewidziany w ustawie o działalności leczniczej dla placówki stacjonarnej, stanowi przymusowe „wypisanie” i wydalenie stamtąd jako sankcja za rażące zakłócanie porządku lub procesu leczenia (np. za uporczywe palenie papierosów na sali chorych i to w pobliżu butli z otwartym dopływem tlenu – historia autentyczna zaczerpnięta z orzeczenia OSL w Warszawie)³³. Tylko jednak wówczas jest to dopuszczalne, gdy nie zachodzi obawa, że nieudzielenie świadczeń mogłoby spowodować bezpośrednie niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia samego pacjenta albo innych osób (art. 29 ust. 1 pkt 3 udl).

Pacjent znajduje się na pozycji słabszego faktycznie, ale wyposażonego w szczególne prawa, po stronie personelu medycznego znajdują się zaś głównie obowiązki, a w najlepszym razie wolność zaniechań; nie ma natomiast wymienionych uprawnień w sensie prawnej możliwości zaspokajania interesów własnych³⁴. Realizuje się to także na poziomie techniki legislacyjnej – ustawodawstwo medyczne pisane jest od strony pacjenta językiem praw, a od strony podmiotów leczniczych i personelu

³³ Orzeczenie z 10 maja 2012 r., sygn. OSL-35/11. Niedawno prasa opisywała pożar, który wybuchł na oddziale zakaźnym z tego samego powodu.

³⁴ Pozorny wyjątek stanowi art. 35 udl o „prawie” do rozszerzenia pola zabiegowego, ale przyczyną jest tylko niefortunne sformułowanie oznaczające w istocie upoważnienie do działania w najlepszym interesie pacjenta, uchylającego poważne i wymagające niezwłocznej interwencji niebezpieczeństwo zdrowotne. Zob. R. Kubiak, *Prawo medyczne* (wyd. 3), Warszawa 2017, s. 332–337; M. Boratyńska, *Rozszerzenie pola zabiegowego*, [w:] *System Prawa Medycznego* (Wolters Kluwer 2019), t. 2 cz. 1, s. 620–621.

medycznego – językiem obowiązków. Przykłady z ustawy lekarskiej są liczne: lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi sobie metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością (art. 4). Oprócz tego ma obowiązek świadczyć pomoc lekarską w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo... (art. 30); powinien udzielać pacjentowi przystępnej informacji... (art. 31 ust. 1); obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem... (art. 40 ust. 1), a także powinność poszanowania intymności i godności osobistej pacjenta podczas wykonywania świadczeń zdrowotnych (art. 36 ust. 1).

Powstanie potencjalnego obowiązku wobec pacjentów zależy od swobodnej woli strony medycznej tylko na etapie zawierania kontraktu z NFZ, zaś wobec konkretnej osoby aktualizuje się w razie zgłoszonej potrzeby zdrowotnej, przy spełnieniu przesłanek szczegółowych o charakterze mieszanym (ubezpieczenie, zawarty kontrakt z NFZ, limit świadczeń, ewentualna rejonizacja, przypadek niecierpiący zwłoki, niepubliczny charakter placówki i in.). Niezależnie od istnienia i zakresu kontraktu istnieje ponadto ustawowy obowiązek pomocy medycznej w sytuacjach niecierpiących zwłoki³⁵ (art. 30 uzł). Uchylić się od niego wolno tylko w wyjątkowych okolicznościach, które zbiorczo dadzą się streścić jako wynikająca z różnych przyczyn niemożliwość. Odmowa pomocy w sytuacjach nienaglących jest ograniczona (art. 38 i 39 uzł w zw. z art. 7 KEL) i nie powinna mieć miejsca na zasadzie „bo nie”³⁶.

³⁵ Kategoria przypadku niecierpiącego zwłoki została przejęta do ustawy lekarskiej z Kodeksu Etyki Lekarskiej, gdzie jest trwale obecna, a *expressis verbis* wymieniona w art. 7 i art. 69. Ostatnia nowelizacja uzł usunęła ją z art. 30, ale niezależnie od tego pozostaje ona częścią etycznego i podyktowanego należytą starannością lekarską obowiązku niesienia pomocy.

³⁶ W stanach nienaglących możliwość odmowy jest wg art. 7 KEL ograniczona do „szczególnie uzasadnionych wypadków”. Na temat słuszności interpretowania art. 38 uzł przez pryzmat art. 7 KEL trafnie E. Zielińska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska (wyd. 2, 2014), s. 682. Szerzej zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Obowiązek udzielenia pomocy i odstąpienie od leczenia*, [w:] *System Prawa Medycznego* (Wolters Kluwer 2019), t. 2 cz. 1, s. 598–611.

Ta relacja ma charakter z zasady asymetryczny.

W doktrynie bywa akcentowana autonomia woli obu jej stron³⁷. Po stronie podmiotu medycznego ogranicza się ona jednak do zakontraktowania świadczeń z NFZ, a w stosunkach z pacjentami – do zawierania umów na warunkach rynkowych (o ile przypadek nie zalicza się do niecierpiących zwłoki). Pełna autonomia przysługuje tylko pacjentowi, natomiast na lekarzy i innych medyków zostały nałożone liczne ustawowe powinności fachowej pomocy niezależne od obowiązującego między nimi a pacjentem reżimu prawnego, w tym również umowy. Relacje prawnomedyczne nie opierają się zatem na autonomii woli obu stron. Całe ustawodawstwo medyczne, z nielicznymi tylko odstępstwami na rzecz przymusu leczenia, stanowi dowód na to, że autonomia służy pacjentowi, ale nie stronie medycznej.

U podstaw przekonania co do autonomii woli obu stron legło, jak się wydaje, przeświadczenie o typowo cywilnoprawnym charakterze relacji między pacjentem a podmiotem medycznym. Jednakże autonomia decyzyjna tylko po stronie pacjenta ani równorzędność stron w razie sporów o naprawienie szkody jeszcze o tym nie przesądza. Czynnikiem jest więcej, a ich obecność wymaga przyjęcia kwalifikacji prawnej nie tak uproszczonej jak obligacyjna (będzie o tym mowa w dalszej części opracowania).

3. Umowa o świadczenie zdrowotne. Dalej jeszcze idącą koncepcją co do natury prawnej relacji między podmiotem medycznym a pacjentem jest przydanie jej charakteru umownego, ilekroć zostanie zapoczątkowana przez pacjenta zgłaszającego się po pomoc medyczną. Takie przekonanie wyraził ostatnio Grzegorz Glanowski: relacja świadczeniodawcy i pacjenta nawiązywana „na podstawie autonomii woli” ma jego zdaniem charakter umowny „niezależnie od tego, czy zachodzi w ramach publicznego systemu ochrony zdrowia, czy poza nim”³⁸.

Od razu należy zaznaczyć, że najistotniejszą konsekwencją przyjęcia takiego zapatrywania byłoby przejście na kontraktowy reżim

³⁷ Zob. m.in. Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy...*, s. 32, 33.

³⁸ G. Glanowski, *Umowa o świadczenie zdrowotne*, Warszawa 2019, s. 190.

odpowiedzialności za wyrządzenie pacjentowi szkód, co oznacza przede wszystkim przerzucenie na stronę medyczną ciężaru dowodu w sprawie dochowania należytej staranności (art. 471 w zw. z art. 472 k.c.). Drugą, równie ważką – iż za czynności wszystkich podmiotów, z których pomocą będzie wykonywana umowa, oraz tych, którym wykonywanie umowy zostanie powierzone – strona medyczna odpowiada „jak za siebie” (art. 474 k.c.), czyli według mechanizmu określanego w doktrynie jako zasada ryzyka. Chodzić może m.in. o odrębne laboratorium analiz, zewnętrzną pracownię patomorfologii, techników medycznych, protetyków, ale także o przywołanych zewnętrznych konsultantów czy specjalistów zatrudnianych jako tzw. niezależni kontrahenci. W stosunku do dotychczasowej linii rozstrzygania sporów byłaby to różnica uderzająca, ponieważ obecnie w sprawach medycznych przyjmowany jest powszechnie – i akceptowany przez doktrynę – deliktowy reżim odpowiedzialności, zaś dokooptowane osoby trzecie uznawane są w większości za podwładnych. W konsekwencji odpowiedzialność ponoszona jest przez zwierzchnika tylko w razie ich zawinienia (art. 430 k.c.)³⁹, natomiast za samodzielnego wykonawcę – na zasadzie domniemanej winy własnej w wyborze niewłaściwego podmiotu (art. 429 k.c.). W tym drugim przypadku odpowiedzialność powierzającego jest jednak wyłączona w zasadzie automatycznie, jeśli czynność została zlecona profesjonalście, co w stosunkach między przedstawicielami zawodów medycznych stanowi regułę praktycznie bezwyjątkową. Odpowiedzialność za uchybienie ponosi wówczas tylko wykonawca. Takie rozdzielenie odpowiedzialności według zasady „każdy za siebie” jest rzecz jasna mniej korzystne dla pacjenta, ale w reżimie deliktowym odpowiada poczuciu słuszności.

Kontraktowa odpowiedzialność profesjonalistów medycznych za wspomagające osoby trzecie opiera się na przyłożeniu do nich miary należytej staranności własnej (dosł. „odpowiedzialny jak za własne działanie lub zaniechanie” – art. 474 k.c.). Brzmi to groźnie, aczkolwiek

³⁹ Orzecznictwo na ten temat jest tak obfite, że nie ma sensu przytaczać przykładów: w doktrynie prawa jest to fakt powszechnie znany.

w wielu przypadkach zastosowanie owej reguły okazuje się nierealne z powodu zróżnicowania kompetencji zawodowych. Zasada owa może działać tylko wtedy, gdy wykonawca reprezentuje tę samą specjalność co powierzający albo gdy powierzający świadomie zlecił wykonawcy czynność, do której ten nie ma kompetencji (np. lekarz nakazał pielęgniarkę wykonanie zabiegu chirurgicznego). Nie przystaje natomiast i prowadziłaby do absurdów tam, gdzie wykonawcą albo konsultantem jest specjalista z zupełnie innej dziedziny. W tej drugiej kategorii przypadków nie pozostaje nic innego, jak posłużyć się w ocenie miarą staranności profesjonalnej wykonawcy – np. gdy chodzi o anestezjologa. (Dla porównania – w reżimie deliktowym odpowiedzialności za podwładnego jest to niewątpliwe). „Jak za siebie” nie oznacza więc zawsze „według tych samych miar”, ale że strona umowy ponosi skutki działań wszystkich swoich pomocników⁴⁰. Ciężar dowodu, iż wykonawca działał starannie, obarcza jednak w reżimie kontraktowym dłużnika, czyli stronę medyczną.

Według G. Głanowskiego reżim kontraktowy najpełniej odzwierciedla autonomię stron tej relacji: strony składają zgodne oświadczenia woli, decydując o kształcie i przebiegu procesu udzielenia świadczenia zdrowotnego, a ocena dopuszczalności ułożenia treści stosunku jest prowadzona z perspektywy przepisów prawa cywilnego i ustaw branżowych⁴¹. Jako argumenty przemawiające za taką kwalifikacją podawane są także: właściwa prawu cywilnemu równość stron, jednakowy w każdych okolicznościach status formalny strony medycznej (występującej jako strona zawartej umowy) oraz możliwe współfinansowanie ze strony pacjenta (np. wyrobu medycznego – korekcyjnej soczewki implantowanej podczas operacji zaćmy), które w przeciwnym razie wprowadzałoby „trudny do zrozumienia dualizm”⁴².

⁴⁰ M. Boratyńska, *Odpowiedzialność kontraktowa za osoby trzecie posiadające fachowe kwalifikacje – na przykładzie lekarza i umowy o leczenie*, [w:] *Prawo kontraktów*, red. Z. Kuniewicz, D. Sokołowska. Warszawa 2017, s. 16–17.

⁴¹ G. Głanowski, *Umowa...*, s. 191.

⁴² G. Głanowski, *Umowa...*, s. 191–192.

Jako jedną z zalet takiego rozwiązania autor wskazuje, że niezależnie od okoliczności nawiązania opisywanej relacji ocena niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków świadczeniodawcy będzie prowadzona na podstawie tych samych reguł prawa cywilnego, w tym prawa zobowiązań⁴³. W interesie obu autonomicznych stron pozostaje według autora, żeby możliwość rozliczenia nie była oderwana od dokonywanych uzgodnień (np. przyrzeczenia rezultatu). W przeciwnym razie wyegzekwowanie ustaleń, których naruszenie nie stanowiło czynu niedozwolonego, nie będzie dla pacjenta możliwe⁴⁴. Do powinności pacjenta ma należeć uiszczenie wynagrodzenia (w przypadku ubezpieczenia społecznego przejmowane przez NFZ) oraz współdziałanie przy odbiorze świadczenia zdrowotnego⁴⁵.

W oczach autora powszechny porządek umowny przynosiłby i tę korzyść, że pozwalałby bardziej elastycznie kształtować przez strony treść zobowiązania, w szczególności wykroczyć ponad ustawową powinność należytej staranności medycznej i tam, gdzie to możliwe, przyrzekać pacjentowi określony rezultat terapii, a to z kolei – uznać czynność w pewnych przypadkach za „dzieło medyczne” i przyjąć odpowiedzialność obiektywną za wady⁴⁶.

Zdaniem autora umowa o świadczenie zdrowotne, jako generalne źródło stosunku prawa medycznego, zostaje zawarta w trybie ofertowym. Oferentem jest z reguły podmiot medyczny, który składa ją poprzez publiczne oferowanie swoich usług⁴⁷ (Teza ta została notabene powtórzona za opracowaniem z 1949 r.⁴⁸, gdy prawne uwarunkowania opieki zdrowotnej zdecydowanie różniły się od współczesnych). Przyjęcie oferty i zawarcie umowy następuje w sposób dorozumiany w momencie zarejestrowania terminu wizyty albo w razie zgłoszenia się pacjenta bez uprzedniej

⁴³ G. Glanowski, *Umowa...*, s. 192.

⁴⁴ G. Glanowski, *Umowa...*, s. 193.

⁴⁵ G. Glanowski, *Umowa...*, s. 192.

⁴⁶ G. Glanowski, *Umowa...*, s. 193, 207–209.

⁴⁷ G. Glanowski, *Umowa...*, s. 259.

⁴⁸ T. Cyprian, R. Aslanowicz, *Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*, Kraków 1949, s. 165–166 i 170.

rejestracji bądź wystąpienia po stronie pacjenta innej okoliczności wskazującej na zamiar skorzystania z usług⁴⁹.

Opieka medyczna a prawo umów

Zaprezentowany wyżej pogląd odbiega znacznie od cywilistycznego rozumienia oświadczenia woli, jak również od definicji ustawowej regulującej konieczną zawartość oferty. Wyjaśnienie nieporozumienia wymaga odwołania się do podstaw prawa umów i teorii oświadczeń woli. Na umowę składają się zgodne oświadczenia woli umawiających się stron. Po stronie każdego podmiotu musi przede wszystkim istnieć jednoznaczna i dostatecznie ujawniona wola wywołania określonego skutku prawnego. Przepisy prawa cywilnego zawierają szereg reguł interpretacyjnych, które pozwalają przyjąć istnienie zamiaru na podstawie jego przejawów. Reguły te każą o pewnych zachowaniach wnioskować, że te stanowią komunikaty powiązane z wolą wywołania skutków prawnych. Zgodnie z nimi zamiar zawarcia umowy da się przypisać również podmiotowi leczniczemu, ale tylko gdy świadczy usługi na zasadach rynkowych. Skutkiem prawnym miałby być jednak w ujęciu G. Glanowskiego stan związania ofertą. Oferta jest zaś stanowczą, precyzyjną, kompletną i gotową do przyjęcia propozycją zawarcia umowy⁵⁰. Tymczasem usługi medyczne przede wszystkim nie mają tak prostej natury, by dawało się określić istotne postanowienia przyszłej umowy w sposób gotowy dla pacjenta do przyjęcia⁵¹ metodą „lustrzanego odbicia”⁵² – chyba żeby chodziło o czynności takie jak

⁴⁹ G. Glanowski, *Umowa...*, s. 259.

⁵⁰ Art. 66 § 1 k.c.: Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

⁵¹ O przyjęciu oferty zob. B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego* (art. 66–72 k.c.), Kraków 1977, s. 6.

⁵² Doktryna anglosaska sformułowała w oparciu o *common law* klasyczną wersję ofertowego systemu zawierania umów, opartą na „zasadzie lustrzanego odbicia” (*mirror image rule*). Stosownie do niej umowa zostaje zawarta wtedy i tylko wtedy, gdy jasna i niedwuznaczna oferta jednego podmiotu spotka się z równie jasnym i niedwuznacznym przyjęciem o sensie identycznym – niczym lustrzane odbicie. Odpowiedź zawierająca jakąkolwiek różnicę nie jest już przyjęciem oferty, lecz kontrofertą, ponieważ adresat nie jest władny ofertę modyfikować (m.in. E. Mc Kendrick, *Contract Law*, London 1994).

analiza moczu, wykonanie zastrzyku, zdjęcie szwów czy pobranie krwi. Szczegóły świadczeń na ogół wymagają doprecyzowania, zatem tryb ofertowy w większości przypadków nie może być stosowany. Jeśli już miałoby rzeczywiście dojść do zawarcia umowy, to w trybie negocjacji (art. 72. § 1 k.c.: „Jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji”). Dlatego na ogół jest niemożliwe, by pacjent zyskał status wierzyciela kontraktowego już z chwilą zgłoszenia potrzeby zdrowotnej. Jeden podmiot leczniczy może być adresatem roszczeń tylko w granicach kompetencji fachowych zatrudnianego personelu medycznego i możliwości organizacyjnych placówki, a rzadko który świadczy kompleksową obsługę, poczynając od lekarzy pierwszego kontaktu po anatomopatologów⁵³. Praktyczny sens przyjmowania oferty o niedoprecyzowanej treści jest więc żaden.

Nawet jednak w trybie negocjacji dojście do skutku umowy wymagałoby najpierw istnienia uchwytnych podstaw do przypisania obu stronom zamiaru jej zawarcia (*animus contrahendi*). Zamiar taki pacjent rozważa bądź na prywatnym rynku usług medycznych, bądź – leczony na podstawie kontraktu z NFZ – w sprawie poniesienia kosztów tzw. świadczenia ponadstandardowego⁵⁴. Wystarczy chwila zastanowienia i znajomość codziennej praktyki, by skonstatować, że w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego pacjent przejawia postawę zgłaszającego się po leczenie, które „należy mu się” z tegoż ubezpieczenia właśnie. Dotyczy to w równym stopniu poważnej operacji kardiologicznej, co przedłużenia recepty. Tym bardziej zatem nie do obrony jest teza, iż zawarcie rzekomej umowy następuje w sposób konkludentny. Wprawdzie kontraktowy skutek

Teoria ta pasuje w całej rozciągłości do modelu podstawowego w prawie polskim (art. 68 k.c.), możemy zatem ujmować przyjęcie jako „lustrzane odbicie złożonej oferty” z niewielkim tylko odstępstwem przy handlowej tzw. ofercie do wyczerpania zapasów towaru.

⁵³ W tym kontekście mam na myśli badanie histopatologiczne pobranych wycinków.

⁵⁴ M. Nesterowicz, *Umowy o świadczenie usług medycznych*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane* (red. W. Katner), wyd. 2, Warszawa 2015, s. 399.

określonych zachowań faktycznych mógłby zostać narzucony ustawą jako reguła interpretacyjna, jednak *de lege lata* takich reguł nie ma, skoro analizowana relacja prawna obejmuje jakoby również stosunki wynikające z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego oparte na kontraktowaniu świadczeń *in favorem tertii*. Pacjent jako beneficjent korzysta tam wprawdzie z ochrony obligacyjnej, ale nie ma ona charakteru kontraktowego. W braku obustronnej i jednoznacznej deklaracji zamiar kontraktowania musiałby więc zostać przypisany wyraźną normą prawną. Wobec tego podmiot leczniczy (ani lekarz osobiście) i pacjent nie mogą być niespodziewanie dla siebie uznawani za strony umowy. Byłaby to interpretacja co najmniej *praeter*, jeśli nie *contra voluntatem*. Po pierwsze zatem i zarazem ostatnie – nikt w relacji prawnomedycznej wynikającej z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego nie ma generalnego zamiaru kontraktowania, chyba że w przedmiocie świadczeń ponadstandardowych.

Publiczny albo niepubliczny podmiot leczniczy, który oferuje świadczenia uprzednio zakontraktowane z NFZ, wypełnia w ten sposób w stosunku do pacjentów swoje obowiązki przyrzekającego na korzyść osób trzecich, wynikłe ze zobowiązania zaciągniętego wobec zastrzegającego Funduszu – czyli *solvendi causa*, a nie jako oferent: jedną umowę już przecież zawarł, więc kolejnych nie potrzebuje. Równie niepotrzebny jest ten stosunek kontraktowy pacjentowi: on już jest beneficjentem umowy „na Fundusz”, dzięki czemu jako wierzyciel, tyle że pozakontraktowy, zyskał czyste uprawnienia bez żadnych obowiązków i może z nich skorzystać. Zgłaszając się po pomoc medyczną do jednej z takich placówek, deklaruje wolę skorzystania.

Współfinansowanie przez pacjenta niektórych świadczeń jest akurat łatwe do pojęcia: stanowi umowę akcesoryjną, której właściwość zależy od charakteru świadczenia (implant seryjnej produkcji, proteza na miarę, szczepionka skojarzona, dodatkowe znieczulenie). Jeśli jest to przedmiot materialny, odpowiedzialność za jego wady ponosi na zasadach ogólnych wytwórca. Nie dostrzegam słuszych racji, by czynniki obiektywne (np. wadliwość wykonania protezy, toksyczność implantu, zacinanie się pompy), na które podmiot świadczący czynność główną pozostaje bez wpływu, miałyby go obciążać w stopniu przekraczającym własne

zawinienie. Według G. Glanowskiego wystarczającym argumentem do odpowiedniego stosowania przepisów o rękojmi za wady jest „względ na ochronę interesów pacjenta w przypadkach, gdy do udzielenia świadczenia zdrowotnego nieodzowne są materiały implantowane do jego ciała” oraz że „pominięcie rękojmi prowadziłoby do pozbawienia pacjenta relewantnych uprawnień ochronnych”⁵⁵. Gdyby jednak pójść tym tropem, równie „słuszne” musiałoby być obciążenie lekarza za nieprzewidywalne dlań szkodliwe skutki uboczne podanego leku, a to wykazuje już wyraźne znamiona jurydycznego i aksjologicznego absurdu. Wbrew pozorom paralela jest uzasadniona, bo w obu wypadkach niemożliwe jest uprzednie stwierdzenie ukrytych szkodliwych właściwości aplikowanego czy to wyrobu medycznego, czy produktu leczniczego. Obciążanie ryzykiem ekonomicznym za sam skutek, niemożliwy do uniknięcia nawet przy dochowaniu najwyższej staranności profesjonalnej (która notabene nie może być *de lege lata* wymagana w żadnym zawodzie medycznym)⁵⁶ przedstawia się jako z gruntu niesprawiedliwe, bo nieadekwatne do właściwości świadczonej czynności medycznej. Zrównywanie obowiązków lekarza z obowiązkami sprzedawcy, choćby w najlepszym interesie pacjenta, jest nieuprawnione,

⁵⁵ G. Glanowski, *op. cit.*, s. 209.

⁵⁶ Najkrócej rzecz ujmując: lekarz (podobnie jak przedstawiciele innych profesji medycznych) ma zapisany w ustawie zawodowej obowiązek wykonywania zawodu z **należyłą** starannością (art. 4 uzł). Powinnością dochowania staranności podwyższonej („szczegółnej”) ustawodawca obarczył inne zawody – np. notariuszy (art. 49 prawa o notariacie) i dziennikarzy (art. 12.1 prawa prasowego). Oznacza to, że rozróżnienie ma charakter celowy i między starannością należyłą a podwyższoną istnieje różnica w kryteriach. Wobec tego nieuzasadnione prawnie byłoby wymaganie od medyków staranności wyższej niż należyta. Możliwe jest natomiast konstruowanie reguł staranności czy ostrożności należytej przez dodawanie słusznych prakseologicznie wymagań o charakterze kontrolnym – jak np. dwukrotne liczenie przez różne osoby użytych do zabiegu materiałów i narzędzi, dwukrotne sprawdzanie (najpierw przez podającą pielęgniarkę, a potem przez kierownika zespołu operującego) zgodności opisu narządu przeznaczonego do przeszczepienia pacjentowi z jego kartą typowania czy prześwietlenie rtg. sprawdzające prawidłowość wklucia centralnego. (Więcej na ten temat: M. Boratyńska, *Odpowiedzialność kontraktowa za osoby trzecie posiadające fachowe kwalifikacje*, s. 23–24; też: *Odpowiedzialność cywilna w zespole z udziałem pielęgniarek*, [w:] *Zagadnienia prawa medycznego*, (red. A. Górski, E. Sarnacka), Warszawa 2018, s. 15–17 oraz: *Biegłość manualna jako czynnik należytej staranności lekarskiej. O wkluciu centralnym, torakotomii i położniku, który nie używał kleszczy*, PPM nr 1/2019, s. 83–86).

ponieważ posługiwanie się wyrobem medycznym w zwykłych okolicznościach nie ma celu gospodarczego, chyba że chodzi o działalność w całości komercyjną. (Warto przy tym przypomnieć, że zgodnie z art. 46 uzł lekarzowi nie wolno – z wyjątkiem pomocy doraźnej – sprzedawać ani leków, ani wyrobów medycznych – w tym aktywnych wyrobów medycznych do implantacji – z wyjątkiem wyrobów wykonanych na zamówienie), Dla pacjenta rzecz jasna najlepiej, żeby wszystkie podmioty zaangażowane w terapię ponosiły odpowiedzialność obiektywną i solidarnie, jednak to, że ryzykuje on własnym zdrowiem, nie jest moim zdaniem wystarczające, by lekarza czy podmiot leczniczy obarczać odpowiedzialnością za skutek, na który nie ma żadnego wpływu (chyba żeby zawinił w wytypowaniu wyrobu medycznego albo na własną rękę majstrował przy nim, aż uszkodził). Rozwiązaniem nie jest wprowadzanie odpowiedzialności obiektywnej, lecz formułowanie w miarę potrzeby odpowiednio rygorystycznych zasad ostrożności (np. żeby zamawiać dla pacjentów implanty tylko ze sprawdzonych i godnych zaufania źródeł) – które jednak nie powinny przybierać kształtu wymagań niemożliwych do spełnienia. Nie ma też powodów dla uznawania reguły, że im silniejsza ochrona interesów majątkowych pacjenta, tym lepiej.

Jeśli by mimo wszystko podążyć torem „powszechnego kontraktu medycznego”, napotkamy nie tylko nieusuwalne wewnętrzne sprzeczności, ale i implikacje z gatunku niedorzecznych. Kontrakt zakłada dotrzymanie go, czyli niezmienność decyzji. Prawo medyczne – przeciwnie – pozwala pacjentowi wycofać się w każdej chwili. Literalne przyjęcie sankcji kontraktowych przeistoczyłoby pacjenta w dłużnika, zobowiązanego do poddania się rygorom, w sprawie których ma prawnie gwarantowaną wolną wolę. Odwołanie konsultacji albo niestawiennictwo na badanie wolno byłoby potraktować jako naruszenie zawartej umowy z domniemaniem winy, względnie jako *culpa in contrahendo* z obowiązkiem odszkodowawczym w granicach ujemnego interesu umowy. Dostarczenie do analizy moczu przykutej do łóżka matki wymagałoby ustalenia, czy strona umowy jest prawidłowo reprezentowana (i skąd wiadomo, czyj to materiał biologiczny), kto

zawiera umowę i czy wolno tego dokonać przez pełnomocnika⁵⁷ albo *in favorem tertii*.

Przede wszystkim jednak pacjent, jako rzekomy wierzyciel, wystawia na szwank swoje dobra osobiste. Przykładowo – obnaża pośladek do zastrzyku, znosi ból i naraża się na skutki uboczne. Tym bardziej – gdy daje zezwolenie na otwarcie jamy brzusznej. Zbyt duży to wysilek w zadysponowaniu dobrami chronionymi, by wolno było nazwać go *współdziałaniem* w wykonaniu zobowiązania i z zaniechań wywodzić skutki kontraktowe. Ewentualne kary umowne (gdyby komuś wpadło do głowy zastrzegać je za „niesubordynację”) stanowiłyby w tych okolicznościach nadużycie i liczyłyby się za niedozwolone klauzule umowne naruszające chronioną prawnie autonomię. Trzon przepisów prawa medycznego, regulujący powinności lekarskie i niepodważalne prawa pacjenta, nie może być bowiem modyfikowany umownie⁵⁸.

Jeśli zaś chodzi o tryb ofertowy, to spełnia on swoje zadanie doprowadzenia do szybkiego konsensu tam, gdzie obie strony są jednoznacznie zdecydowane co do kształtu przyszłego kontraktu. Była już mowa o tym, że w przedmiocie leczenia takie sytuacje występują stosunkowo rzadko i na ogół wiele kwestii wymaga doprecyzowania w toku. Oferta niekompletna nie nadaje się zaś do prostego przyjęcia. Nawet więc jeśli wyjściowo określa świadczenie lecznicze w sposób umożliwiający uznanie go za *essentiale negotii* zlecenia, to nie zaspokaja w dostatecznym stopniu interesu pacjenta, ponieważ nie pozwala sformułować konkretnych roszczeń. Wreszcie, poza wszystkim, co dotychczas zostało powiedziane, niepodanie wysokości należnego wynagrodzenia od razu dyskwalifikuje

⁵⁷ Domyślne nastawienie na powszechny reżim umowny wymaga uprzedniego rozwiązania również takich kwestii, podczas gdy w polskim prawie medycznym pozostaje nierozstrzygnięty coraz bardziej palący problem pełnomocnictwa zdrowotnego – którego dopuszczalność jest zasadniczo kwestionowana ze względu na osobisty charakter czynności. W systemie powszechnego ubezpieczenia wolno, jak się zdaje, pozwolić sobie na mniejszy rygoryzm, gdy oświadczenia woli przeważnie nie są składane, więc nie trzeba nikogo rozliczać z ich ważności, a syn z próbką moczu matki może być potraktowany jako *negotiorum gestor*.

⁵⁸ Nie można np. zawrzeć ważnej umowy o leczenie nienależyte, wyłączyć odpowiedzialności za szkody nawet nieumyślne, uczynić zgody na leczenie nieodwołalną czy nieodwołalnie zrzec się informacji.

propozycję jako ofertę. To, że faktycznie zapłaci NFZ, nie ma znaczenia, bo istotne postanowienia umowy muszą być znane stronom, a nie komuś innemu.

Bezspornie umowa o opiekę medyczną znajduje zastosowanie w stosunkach czysto komercyjnych, ale tam obustronny zamiar kontraktowania nie budzi wątpliwości i jest łatwy do uchwycenia, podobnie jak konsekwencje składanych oświadczeń woli. Zakres czynności podlega negocjacom we właściwy dla nich sposób, a wysokość wynagrodzenia jest uprzednio podawana do wiadomości przynajmniej pod postacią cennika usług.

W stosunkach zdominowanych przez powszechne ubezpieczenie zdrowotne funkcjonuje zaś model opieki medycznej na zasadzie *pactum in favorem tertii*, w którym stroną przyrzekającą jest przeważnie placówka medyczna (szpital, przychodnia, zakład opiekuńczo-leczniczy, spółka lekarska) jako osoba prawna i adresat aktualizujących się roszczeń pacjenta o wykonywanie opieki zdrowotnej.

Kluczowe znaczenie dla zaspokajania interesów pacjenta mają jednak powinności ujęte w medycznych ustawach zawodowych.

Prawnomedyczna ochrona interesów pacjenta

Status wierzyciela służy pacjentowi i jest mu potrzebny jedynie w kontekście dostępu do świadczeń określonych w sposób ogólny. Pozostałe czynniki ochrony jego interesów w relacjach z podmiotami leczniczymi unormowane są w ustawach medycznych przez przepisy bezwzględnie obowiązujące, ukształtowane jako prawa pacjenta i obowiązki podmiotów medycznych. Ochrona ta działa z mocy prawa i niezależnie od źródła powstania stosunku opieki medycznej. Relacja kontraktowa może działać tylko w kierunku (odpłatnego) polepszenia sposobu opieki, ale nie kosztem uszczuplenia praw i swobód objętych gwarancjami ustawowymi. Co więcej – przepisy o lekarskim obowiązku udzielenia pomocy oraz o ratowaniu pacjentów z wyłączoną kompetencją decyzyjną pozwalają na nawiązanie relacji prawnomedycznej bez udziału czynnika woli pacjenta. Jak było już wspomniane, sposób sprawowania opieki medycznej w przytłaczającej

większości wymaga konkretyzacji przy udziale pacjenta, z zachowaniem zasad wynikających z przepisów. Ani zatem zgłoszenie od pacjenta, ani przyjęcie go pod opiekę jeszcze na taką konkretyzację nie pozwala. W punkcie wyjścia stan kliniczny pacjenta jest często w ogóle nieznany (tylko niektóre zewnętrzne obrażenia są widoczne od razu – np. otwarte złamanie) i wiadomo jedynie, że ten czuje potrzebę kontaktu z lekarzem. W takich warunkach mało co da się przyrzec z góry, później zaś sytuacja może zależnie od przebiegu diagnostyki rozwijać się różnie, dynamicznie i wielokierunkowo. Załóżmy przykładowo, że pacjent zgłasza się z dolegliwościami trawiennymi, które po zebraniu odeń wywiadu i po przeprowadzeniu potrzebnych badań okazują się objawami kamicy żółciowej. Wskazania do cholecystektomii zachodzą, ale mają charakter względny i potrzeba operacji nie jest nagląca. Pacjentowi trzeba przedstawić wady i zalety wykonania zabiegu zaraz i w razie odłożenia go na później. Technika zabiegowa (a preferowana przez pacjentów jest laparoscopia) także wymaga rozważenia pod kątem wskazań i przeciwwskazań oraz zwiększonego ryzyka szkód zdrowotnych. Pytanie, co takiego dawałaby umowa na wstępie, co byłoby lepsze od modelu przyjętego w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego i wynikającego z przepisów branżowych, a nie naruszało tam przyjętych zasad (np. przestrzegania kolejności dostępu).

Nie wszystko, co potrzebuje uzgodnienia przez strony, musi przybierać od razu generalną postać umowy. Jako przykłady podaję te elementy relacji, na które pacjent z zachowanym kontaktem logicznym ma z mocy ustawy realny wpływ i do których ochrony nie potrzebuje instrumentów umownych. Chodzi przede wszystkim o poprzedzającą decyzję pacjenta należną mu informację i to uporządkowaną wariantowo. („Lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, **proponowanych oraz możliwych** metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć **następstwach ich zastosowania albo zaniechania**, wynikach leczenia oraz rokowaniu” – art. 31 ust. 1 uzl i analogiczny art. 9 upp). Ponadto – prawo pacjenta do zrzeczenia się informacji (art. 31 ust. 3 uzl i art. 9 ust. 4 upp). Dalej – o stwierdzenie wskazań i przeciwwskazań

do leczenia (art. 4 uzl), które mogą zostać prawidłowo ustalone dopiero w trakcie sprawowanej opieki, po zebraniu szczegółowego wywiadu, wykonaniu badania fizykalnego, a często także w świetle wyniku badań dodatkowych. Wymagają one sporządzenia bilansu zdrowotnego na potrzeby wyboru leczenia i z uwzględnieniem zadeklarowanych preferencji pacjenta uwarunkowanych jego sytuacją życiową. Wreszcie – zgoda (jeśli finalnie pacjent jej udzieli) na czynność **uprzednio zaproponowaną** (art. 32 ust. 1 i 7 uzl i art. 17 ust. 4 upp), która obejmuje jednocześnie dokonanie spośród tych propozycji wyboru czynności bądź techniki zabiegowej, o ile mieści się we wskazaniach i jest dostępna.

Z punktu widzenia interesów pacjenta chronionych przepisami typu *ius cogens* kreowanie po jego stronie obowiązków kontraktowych – powtórzmy – zaprzecza mechanizmowi ochrony ukształtowanemu w ustawach medycznych, wypaczając jego główny sens polegający na poszanowaniu pełnej autonomii decyzyjnej pacjenta w sprawie podjęcia i kontynuowania leczenia. Zamiast więc polepszyć pozycję – działa na niekorzyść. Całkowicie chybiające jest konstruowanie po jego stronie obligacyjnego „obowiązku współdziałania w wykonaniu zobowiązania”, a już zwłaszcza „powinności poddawania się działaniom świadczeniodawcy”, czyli znoszenia działań medycznych, których suma tworzy świadczenie zdrowotne: przychodzenia na termin wizyty, stawiania się w kondycji umożliwiającej udzielenie świadczenia, a także poszanowania dóbr osobistych personelu medycznego oraz mienia placówki⁵⁹. Nonsens polega na nałożeniu z wykorzystaniem metody kontraktowej obowiązków, które albo już wynikają z innego źródła (tzw. władztwo zakładowe, administracyjne; ochrona dóbr osobistych na zasadach ogólnych; deliktowy obowiązek naprawienia wyrządzonych szkód), albo zaprzeczają dobremu prawu pacjenta do swobodnej rezygnacji z leczenia. W typowych okolicznościach pacjent przestrzega zaleceń lekarskich we własnym interesie, a nie ze względu na interes rzekomego kontrahenta. Doświadczenie pokazuje wprawdzie, że zdarzają się pacjenci niczym istne utrapienie: a to niemyjący się z zasady,

⁵⁹ G. Glanowski, *op. cit.*, s. 430.

a to palący papierosy nawet na sali chorych, a to stale nadużywający trunków, nie mówiąc już o awanturnikach, agresywnych gburach i zwykłych chuliganach oraz chronicznych niedowiarkach kontestujących zalecenia. Opuszczając bez uprzedzenia terminy wizyt, zgłaszając się w stanie uniemożliwiającym wykonanie uzgodnionej czynności czy niszcząc wyposażenie, narażają stronę medyczną na szkody, które podlegają obowiązkowi naprawienia na zasadach ogólnych, czyli w reżimie deliktowym. Przejście na porządek kontraktowy niewiele by zmieniło, ponieważ ciężar dowodu ma w zwykłych okolicznościach charakter kontekstowy i uchybienie wcześniejszym ustaleniom stwarza po stronie pacjenta domniemanie faktyczne zawinienia⁶⁰. Ponadto niektóre przejawy „niesubordynacji” – te polegające na naruszaniu dóbr osobistych personelu – w ogóle nie są objęte kontraktowym obowiązkiem odszkodowawczym, ponieważ na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego ustawa nie przewiduje naprawienia krzywdy ze źródła kontraktowego, zaś zasady szczególne są sporne i problematyczne⁶¹. Można tylko bronić poglądu, że zawinione naruszenie praw pacjenta prowadzi do obowiązku zadośćuczynienia krzywdzie niezależnie od obowiązującego między stronami reżimu odpowiedzialności, więc także w stosunkach kontraktowych – a to dzięki przepisowi szczególnemu art. 4 upp odsyłającemu do art. 448 k.c.⁶² Już jednak agresja ze strony pacjenta wobec członków personelu medycznego nie ma

⁶⁰ Nie należy lekceważyć znaczenia domniemań faktycznych. W pewnych okolicznościach działają równie skutecznie jak formalne przerzucenie ciężaru dowodu – za przykład można podać oparty na nich dowód *prima facie*. W każdej sferze stosunków da się stwierdzić sytuację, gdy jedna ze stron wzbudziła u drugiej uzasadnione zaufanie i następnie je naruszyła – np. umówiła się na spotkanie, a potem nie przyszła ani nie uprzedziła – i to pozwala faktycznie domniemywać po jej stronie winę.

⁶¹ Zob. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 444; B. Gneta, *Problem naprawienia szkody niemajątkowej w ramach reżimu kontraktowego*, [w:] *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25–27.IX.2008)*, red. E. Gniewek, K. Górka i P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 105–114.

⁶² M. Nesterowicz, *Prawa pacjenta i zadośćuczynienie pieniężne za ich naruszenie w prawie medycznym i cywilnym*, PiM nr 2/2005, s. 9; tenże: *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”*, PiP nr 3/2005, s. 16; tenże: *Zadośćuczynienie pieniężne ex contractu i przy zbiegu odpowiedzialności ex delicto*, PiP nr 1/2007, s. 5 i n.; M. Safjan, *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, PiM nr 1/2005, s. 5 i n.; Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy...*, s. 52–53; M. Ciemiński, *Odpowiedzialność za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności ex contractu*,

sankcji w przepisach szczególnych, więc jej konsekwencje są tylko deliktowe, a zawarta umowa wykluczyłaby dochodzenie naprawienia doznanych krzywd.

Traktowanie stosunków pacjenta z medykami jako kontraktu nie jest więc aż tak bardzo potrzebne ani jednej, ani drugiej stronie. „Obowiązek poddania się działaniom świadczeniodawcy” niepokojąco przy tym zatraća paternalizmem medycznym, czyli podejściem zdecydowanie odrzuconym przez współczesną bioetykę i nowoczesne prawodawstwo, w tym przez polską ustawę lekarską z 1996 r. oraz później uchwalone akty prawa medycznego – przez co idzie w kierunku przeciwnym niż przyjmowane tam wartości systemowe. Podawane przykłady niestosowania się do zaleceń lekarskich same w sobie brzmią rozsądnie, bo takie zachowania pacjentów podważają sens leczenia. Nie uzasadnia to jednak konstruowania kontraktowych środków nacisku, które ograniczałyby korzystanie z gwarantowanych wolności. Ochrona uzasadnionego zaufania drugiej strony nakazuje tylko niezwłocznie zawiadomić o zmianie decyzji, by nie fatygować na próżno i nie narażać na koszty, które trzeba będzie pokryć. Można tutaj wymienić niezgłoszenie się bez uprzedzenia na umówioną wizytę, badanie czy zabieg, które w pewnych okolicznościach pozwala przyjąć zawinione wyrządzenie szkody. Od rezygnującego pacjenta wolno jednak wymagać tylko lojalnego powiadomienia⁶³.

Problem przyrzeczenia rezultatu w opiece zdrowotnej

Warto zatrzymać się przez chwilę nad generalnym obowiązkiem starannego działania przy wykonywaniu czynności medycznych i możliwością jego modyfikacji przez przyjęcie przez stronę medyczną odpowiedzialności za

Warszawa 2015 oraz wyrok SN z 9 sierpnia 2005 r., IV CK 69/05 (baza internetowa Portal Orzeczeń SN) i wyrok SN z 29 maja 2007 r., V CSK 76/07, OSNC nr 7–8/2008, poz. 91.

⁶³ W istocie chodzi jednak nie tyle o pokrycie szkód wyrządzonych, ile o niewyrządzanie ich i nieblokowanie miejsca w planie zabiegów albo konsultacji, z którego mógłby skorzystać ktoś inny. Zadanie prewencyjne powinna spełnić informacja ostrzegająca, iż w razie niezawiadomienia we właściwym czasie o rezygnacji ze świadczenia pacjent będzie obowiązany pokryć „wynikle stąd koszty”.

rezultat, której dopuszczalność bywa podawana w wątpliwość. Przy rozważaniu tej kwestii trzeba będzie najpierw wyjaśnić pewne wątpliwości. Ustawa lekarska (oraz odpowiednio inne medyczne ustawy zawodowe) wprowadziła zasadę, że na lekarzu ciąży obowiązek staranności, można natomiast rozważać, czy i w jakim zakresie stosunki lekarza z pacjentem mogłyby zostać ukształtowane na zasadzie rezultatu, w granicach swobody umów. Przepis art. 353¹ k.c. pozwala stronom umowy dowolnie ukształtować stosunek prawny, byle tylko „jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”.

Skonstruowanie zobowiązania medycznego według kryterium rezultatu nie jest samo w sobie przeciwne ustawie ani zasadom współżycia społecznego, a tylko rzetelność fachowa nie pozwala zapewniać pacjenta o skuteczności i bezpieczeństwie proponowanej metody, jeśli nie znajduje to potwierdzenia w aktualnym stanie wiedzy. O możliwości porażki trzeba uczciwie informować, co jednak nie stanowi przeszkody, by w warstwie cywilnoprawnej, czyli w sferze stosunków majątkowych, „gwarantować” rezultat – z tym że tylko w sensie wzięcia na siebie ryzyka niepowodzenia. Zobowiązanie rezultatu nie polega na obietnicy, że rezultat nastąpi, lecz na umownym przesunięciu ryzyka jego nienastąpienia. Dentysta nie może zatem zagwarantować, że założona plombą nie wypadnie przed upływem umówionego terminu, może jednak przyrzec, że w razie gdy to nastąpi, bezpłatnie wstawi nową⁶⁴. Przyrzekany umownie rezultat wymaga jednak dokładnego określenia, co nie w każdym przypadku jest możliwe. Działania medyczne zawsze podejmuje się z myślą o jakimś celu, przeważnie leczniczym, ale tylko niektóre z tych celów mogą być jednocześnie ujmowane jako rezultat obiecywany w umowie. Przykładowo ekstrakcja zęba, amputacja palca albo wywołanie innej prostej zmiany anatomicznej dadzą się określić całkiem jednoznacznie, a ich urzeczywistnienie jest możliwe do stwierdzenia w sposób niesporny. Są też jednak takie, których realizacja nie nadaje się do rozliczenia według kryterium rezultatu, bo wtedy

⁶⁴ P. Konieczniak, M. Boratyńska, *Staranność a rezultat w leczeniu*, [w:] *System Prawa Medycznego* (wyd. Wolters Kluwer) Warszawa 2019, t. 2 cz. 1, s. 285 i n.

spełnienie świadczenia zależałoby od subiektywnych ocen pacjenta (np. uśmierzanie bólu, obniżenie poziomu lęków, poprawienie sprawności ruchowej)⁶⁵ albo w ogóle byłoby niemożliwe do ustalenia. Rezultat może być więc ujęty w umowie np. jako uzyskanie trwałego usztywnienia stawu u pacjenta z paluchem sztywnym, ale nie jako poprawienie subiektywnego komfortu chodzenia, mimo że w istocie taki jest właściwy cel zabiegu.

Jako przeszkoda do zawierania umów rezultatu nie może być natomiast traktowana niepewność metod stosowanych w medycynie, bo żadna dziedzina działalności praktycznej nie charakteryzuje się zupełną skutecznością i bezpieczeństwem. Zawodne są nawet sposoby wykonywania czynności tak prostych jak rąbanie drewna, budowa muru czy przewóz węgla⁶⁶, a przy wykonywaniu czynności złożonych, z którymi mamy do czynienia w medycynie, częściej można spodziewać się przeszkód o charakterze siły wyższej. W konsekwencji trafnie zostało wykazane, że różnicowanie zobowiązań według kryteriów staranności i rezultatu jest nieostre⁶⁷. Prawo wiąże zresztą niekiedy odpowiedzialność cywilną także z działaniami, których efekt jest w ograniczonym tylko stopniu zależny od wiedzy i woli⁶⁸, nie wydaje się więc, by umowne przyjęcie na siebie takiej odpowiedzialności uchybiało naturze stosunku zobowiązaniowego.

Istnieją ponadto specyficzne sytuacje prawnomedyczne, gdy staranne działanie ocenia się na podstawie wystąpienia określonego rezultatu, mimo że formalnie podlegają kryterium starannego działania. Mowa w szczególności o protetyce, w tym zwłaszcza stomatologicznej. Faktyczne właściwości niektórych rezultatów pozwalają tam wnioskować, że u podłoża musiało leżeć działanie wadliwe. Proteza powinna być właściwie wykonana w sensie obiektywnym: pasować i spełniać swoje

⁶⁵ Ogólnie chodzi o zdarzenia lub stany, które w kontekście badań naukowych nazywane są miękkimi punktami końcowymi (ang. *soft endpoints*).

⁶⁶ Za: Z.K. Nowakowski, *Zobowiązanie rezultatu i starannego działania*, RPEiS nr 2/1959, s. 97.

⁶⁷ T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna* (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 183.

⁶⁸ Odpowiedzialność obiektywna, odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, a także kategoria *obligation de sécurité-résultat* w prawie francuskim; zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne* (wyd. XI), Toruń 2016, s. 91–92.

zadanie. W razie potrzeby staranność wymaga dokonywania poprawek, przy czym „w zasadzie tylko dobre uzupełnienie protetyczne może być uznane za zakończenie leczenia”⁶⁹. W przypadkach, gdy staranne wykonanie stwierdza się na podstawie wystąpienia określonego rezultatu, działanie strony lekarskiej faktycznie więc przypomina wykonanie dzieła. Jest to kategoria pośrednia w podziale zobowiązań na zobowiązania starannego działania i zobowiązania rezultatu: **staranność oceniana na podstawie efektów, ze względu na właściwość czynności**. W kategoriach rezultatu można jednak pojmować tylko uzyskanie protezy o właściwych parametrach mechanicznych, a nie subiektywne zadowolenie pacjenta⁷⁰. Metodyczny przegląd poszczególnych gałęzi medycyny z pewnością pozwoli wykryć więcej przypadków staranności mierzonej przez pryzmat rezultatu. Jest to możliwe przy spełnieniu dwóch warunków: 1) jakości świadczenia dającej się *ex post* ocenić według fizycznych i mierzalnych właściwości; 2) ocierającej się o pewność skuteczności użytej metody lub wysokiego poziomu jej bezpieczeństwa, przy czym warunek ten spełnia tylko sposób postępowania

⁶⁹ Zdanie to pochodzi z opinii biegłego w postępowaniu przed Okręgowym Sądem Lekarskim w Warszawie. Biegły dodał jeszcze: „Nie zawsze proteza pasuje idealnie od pierwszej przymiarki. Jednak poprawki muszą być przeprowadzane aż do uzyskania właściwego efektu, a w razie potrzeby [...] pracę należy powtórzyć”, przy czym „lekarz nie może przerzucać tego kosztu na pacjenta, jeśli za pierwszym razem nie zdołał poprawnie wykonać uzupełnień”. Sąd uznał w tej sprawie za przewinienie zawodowe zaniechanie dalszego leczenia przed uzyskaniem zadowalającego rezultatu. (Bliższy opis przypadku zob. M. Boratyńska, *Wolny wybór...*, s. 266–267). W innej sprawie (OSL 48/02), uniewinniając lekarza, ten sam OSL stwierdził, że „staranne postępowanie stomatologa-protetyka polega nie tyle na tym, aby sporządzić «od pierwszego zamachu» idealnie dopasowane uzupełnienia. Taki efekt byłby oczywiście ze wszech miar pożądany. Jeżeli jednak się to nie uda ze względu na błędy kliniczne lub laboratoryjne, należyta staranność polega na tym, aby protezę korygować, albo [...] sporządzić ponownie, gdy poprawki nie rokują żadnych szans powodzenia”; (zob. M. Boratyńska, *Wolny...*, s. 268). Przy ponownym rozpoznaniu tego stanu faktycznego (OSL 23/04) OSL skazał obwinionego, dodał jednak: „pacjent ma prawo oczekiwać, że uzupełnienie protetyczne zostanie wykonane w rozsądnym czasie, bez niepotrzebnego powtarzania jakichkolwiek czynności” oraz w sposób możliwie „niekłopotliwy, niebolesny i niekosztowny”. Tymczasem obwiniony sporządził protezę, która z powodu nadmiernej wysokości zwarcia nie tylko była obiektywnie wadliwa, lecz także nie nadawała się do korekty. Mimo to jeszcze na trzech wizytach podejmował próby jej naprawienia, co świadczy o tym, że nie zdawał sobie sprawy z wadliwości wykonanej pracy i to zdaniem sądu przesądzało o przewinieniu zawodowym.

⁷⁰ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 146.

systematycznie dający wyniki powtarzalne. Przykładowo ortodoncja jest specjalnością równie „inżynierską” co protetyka, ale pozostawia istotnie wyższy stopień niepewności co do efektów, tj. doprowadzenia do pożądaney zmiany anatomicznej (prawidłowego ustawienia zębów w łuku). Nieosiągnięcie rezultatu nie pozwala automatycznie wnioskować o niestaranności; natomiast może być w tych kategoriach oceniane sporządzenie wadliwego aparatu ortodontycznego⁷¹.

Zawieranie umów rezultatu bywa więc na gruncie praktyki lekarskiej możliwe. Decydując się na taki sposób kontraktowania, lekarz konsekwentnie przyjmuje ryzyko nieosiągnięcia uzgodnionego wyniku bez względu na to, jak dalece starannie działanie zostało wykonane. Sprowadza się to jednak wyłącznie do cywilnej odpowiedzialności majątkowej, podczas gdy wszelkie inne oceny prawne są niezmiennie dokonywane na podstawie kryteriów staranności. Nawet wówczas jednak brak poprawy lub wywołanie powikłań przypadkowych (takich, które nie były wynikiem nieostrożności) nie prowadzi do odpowiedzialności ani do abstrakcyjnej oceny działania jako nieprawidłowego (bezprawnego)⁷².

W ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego przesunięcie akcentu w kierunku określonego rezultatu leczenia jest możliwe w drodze jednostronnego przyrzeczenia gwarancyjnego stanowiącego część umowy akcesoryjnej, której dodatkowa odpłatność będzie zależeć od wyceny zaangażowanych środków.

Podsumowanie

Dotychczasowe wywody można zreasumować następująco. Postulowana na zasadach kontraktowych ochrona interesów stron zdecydowanie faworyzuje pacjenta co do jakości należnych mu świadczeń i zaostrezenia odpowiedzialności lekarskiej. W zamian kreśli przed stroną medyczną

⁷¹ Przykład ten pokazuje, że czynność medyczna może podlegać ocenom cząstkowym w ten sposób, że pewne jej aspekty będą oceniane ze względu na rezultat, a pozostałe – ze względu na samo staranie.

⁷² Szerzej P. Konieczniak, M. Boratyńska, *Staranność a rezultat w leczeniu*, [w:] *System Prawa Medycznego* (wyd. Wolters Kluwer), Warszawa 2019, t. 2 cz. 1, s. 285 i n.

iluzję kontrolowania jego zachowań, obwarowaną wysoce wątpliwymi sankcjami. Bezzasadnie przypisuje przy tym stronom generalny zamiar kontraktowania poprzez dorozumiane przyjęcie przez pacjenta oferty, złożonej jakoby przez podmiot leczniczy. Tymczasem większość umów medycznych wymaga uprzednich negocjacji, sam zaś zamiar kontraktowania o tak przedstawionych skutkach powinien zostać przejawiony w sposób niewątpliwy. Nie każda propozycja świadczenia jest równa ofercie, a już zwłaszcza nie wtedy, gdy niesie ze sobą skutki niezamierzone. Umowne ograniczanie autonomii pacjenta należy natomiast uznać za prawnie bezskuteczne.

W relacjach prawnomedycznych między stronami zachodzi formalna równość stron, ale w sprawach leczenia podmiot medyczny nie ma autonomii woli, tylko prawne obowiązki. Stosunki obligacyjne nie ograniczają się zaś do kontraktowych i deliktowych. W ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego pacjent ma obligacyjne uprawnienia wynikające z pactum *in favorem tertii* między NFZ a podmiotem leczniczym. Dotyczą one jednak tylko dostępu do zakontraktowanych świadczeń. Bliższe określenie czynności, zwłaszcza zabiegowej, wymaga uzgodnienia w oparciu o zebrany wywiad i wyniki badań. Bezwzględnie obowiązującym źródłem powinności personelu medycznego i praw pacjenta są ustawy szczególne, co daje im pierwszeństwo stosowania przed regulami ogólnymi, działają więc niezależnie od obowiązującego między stronami reżimu prawnego. Wyznaczają one zasady i wspólny mianownik owej relacji. Nakładanie na pacjenta obowiązków „współdziałania” jest nieporozumieniem, bo przeczy właściwości relacji prawnomedycznej, opartej na pełnej autonomii decyzyjnej pacjenta w sprawie własnego zdrowia. Wyjątek stanowi niezależny od tej relacji obowiązek zapłaty wynagrodzenia.

Nie każde zobowiązanie nadające uprawnienia musi mieć źródło umowne. Przy zawarciu umowy nieodzowny jest zamiar kontraktowania po obu stronach, który wprawdzie może być przejawiony w sposób dorozumiany, ale nie mniej jednoznacznie niż deklaracja zwerbalizowana. W obecnym stanie prawnym nie ma podstaw, by dopatrywać się go w relacji „na Fundusz”, której źródłem jest powszechne ubezpieczenie

zdrowotne⁷³. W jej ramach świadczenia finansowane indywidualnie przez pacjenta mają status ponadstandardowych i tutaj rzeczywiście dochodzi do zawarcia umowy, bo strona medyczna proponuje nabycie konkretnego dodatkowego dobra, a pacjent decyduje się je zamówić i ponieść znany sobie koszt. Jest to umowa akcesoryjna w stosunku do świadczenia objętego ubezpieczeniem. W tych granicach możliwe jest również pośrednie zapewnienie określonego rezultatu terapii, zwłaszcza że staranność niektórych świadczeń w praktyce ocenia się przez pryzmat rezultatu (np. protezy zębowej, którą należyta staranność nakazuje nieodpłatnie poprawiać do skutku, tzn. aż będzie pasowała i funkcjonowała prawidłowo). Właściwa niektórym umowom nazwanym odpowiedzialność obiektywna za wady przedmiotu jest zaś w odniesieniu do lekarza i implantowanego wyrobu medycznego niesłuszna ze względu na niemożliwość wcześniejszego upewnienia się, że wyrób jest niewadliwy. Tego rodzaju „ryzyko gospodarcze” nie znajduje uzasadnienia w naturze prowadzonej przez medyków działalności zawodowej, chyba że w wariancie czysto komercyjnym. Z punktu widzenia ochrony dobra zdrowotnego pacjenta wystarczające jest, że taką odpowiedzialność ponoszą producenci, importerzy i sprzedający.

Doszukiwanie się umowy tam, gdzie nie było zamiaru jej zawarcia, stanowi w świetle podanych argumentów wysiłek jałowy i niepotrzebny z punktu widzenia ochrony interesów stron, więc przedstawia się jako mnożenie bytów ponad potrzebę. Z punktu widzenia prawa materialnego sytuacja pacjenta jako strony umowy nie jest w żaden sposób lepsza niż pozycja beneficjenta umowy na korzyść trzeciego. Może być tylko wygodniejsza procesowo.

⁷³ Żadnych elementów kontraktowych nie daloby się dopatrzeć w czasach, kiedy jednostki organizacyjne „państwowej służby zdrowia” funkcjonowały jako *stationes fisci*, a lekarze i inni wykonawcy działań medycznych pozostawali z nimi w zwykłym stosunku zatrudnienia. Pacjent nie miał wówczas nawet pozycji beneficjenta umowy, a jego uprawnienia do uzyskania świadczenia wynikały wprost z prawa publicznego. O pewnego rodzaju relacji prawnomedycznej z wykonawcami i organizatorami świadczeń można byłoby mówić także w tamtych czasach, jest natomiast poza dyskusją, że nie dalaby się ona opisać i wyjaśnić w pojęciach stosunków cywilnoprawnych, a już zwłaszcza umownych.

Zakończenie. Opiekuńczy charakter relacji między pacjentem a podmiotem leczniczym

Dla relacji pacjenta z wykonawcą lub organizatorem świadczeń leczniczych podstawową jest warstwa prawnomedyczna, obecna zawsze i niezależnie, jaka byłaby szczegółowa podstawa dostępu do świadczenia zdrowotnego (powszechne ubezpieczenie zdrowotne, ubezpieczenie prywatne, umowa wprost z wykonawcą czy wreszcie szczególny przepis ustawy, jak art. 7 ustawy o prawach pacjenta). Warstwa ta wykazuje pewne powinowactwa z prawem cywilnym, a aparat pojęciowy cywilistyki znajduje w analizie ograniczoną użyteczność, pozwalając np. zaklasyfikować poszczególne uprawnienia pacjenta jako prawa podmiotowe, prawa bezpośrednie, prawa kształtujące albo roszczenia. Nie znaczy to jednak, że stosunki podlegające prawu medycznemu są zwykłymi stosunkami cywilnoprawnymi, powstającymi na tle uprawiania medycyny. Tym bardziej zaś brak podstaw do podciągania ich *a priori* pod pojęcie stosunków kontraktowych.

Od strony dokonującej czynności prawnej prawo cywilne wymaga pewnej mobilizacji sił mentalnych w celu złożenia niewadliwego oświadczenia woli, a także – i przede wszystkim – zdecydowania. Nie powinien zawierać umowy ten, kto nie wie, czy zechce albo czy będzie w stanie jej dotrzymać. Pacjent w potrzebie doznaje osłabienia tych sił przez mniejsze albo większe cierpienie, po drugie zaś – nie ma wyboru, bo jego zdrowie wymaga ochrony, więc potrzebuje pomocy medycznej. A może ją uzyskać tylko od dysponujących konieczną wiedzą specjalistyczną i wymaganymi uprawnieniami fachowców. Na gruncie przepisów prawa medycznego wolno mu jednak w każdym momencie zrezygnować z leczenia, a jego przejściowe albo trwałe opory przed dalszymi czynnościami zasługują na poszanowanie ze względu na prawną swobodę dysponowania własnymi dobrami osobistymi oraz stale obecne i nieuniknione ryzyko medyczne, że leczenie przyniesie szkodę zamiast korzyści.

W tych relacjach warstwa umowna pojawia się jako dodatkowa i tylko wtedy, gdy pacjent (albo osoba trzecia działająca na jego rzecz) zawrze

z właściwym podmiotem umowę o świadczenie zdrowotne⁷⁴. Główną, a zwykle jedyną funkcją takiej umowy jest uzyskanie usług medycznych, na które pacjent nie może liczyć na innej podstawie (ponadstandardowych, ponadlimitowych, nierefundowanych), a ewentualnie – także „świadczeń okołozdrowotnych”, jak zakwaterowanie i wyżywienie w prywatnym zakładzie typu szpitalnego. Najpierw jednak umowa musi naprawdę zostać przez strony zawarta, a nie wmawiana im w drodze naciąganych interpretacji. Klauzule umowne nie powinny przy tym przenikać w obręb warstwy pierwotnej (prawnomedycznej). Zjawisko takie nie jest ani potrzebne (bo ochrona praw pacjenta tego nie wymaga), ani pożądaną (bo penetracja zasad prawa umów w tym obszarze może ochronę tę wręcz zniweczyć, tworząc stan związania pacjenta obowiązkami, które z ustawy nijak nie wynikają).

Opisane wcześniej koncepcje kontraktowe mają charakter akademicki. Ich dodatkową wadą jest brak powiązania z decydującymi unormowaniami w przepisach szczególnych, a przy tym oderwanie od realiów medycznych. *De lege lata* stanowią więc nierzeczywisty fantazmat.

Poza zainteresowaniem zwolenników kontraktowej relacji obligacyjnej znalazła się opieka nad wymagającymi natychmiastowej pomocy pacjentami bez kontaktu logicznego: przywiezionymi przez opiekunów faktycznych albo zebranych przez pogotowie ratunkowe wprost z ulicy. W „hipotezie umownej” nie znajdzie się dla nich miejsce, co zresztą zostało wyraźnie przyznane. Dla samej koncepcji nie ma to znaczenia, jednak pozostawia niedosyt klasyfikacji prawnej, zwłaszcza przy zadeklarowanym zamiarze „ujednoczenia” stosunku prawnego łączącego strony, czemu miałyby służyć powszechna kwalifikacja umowna.⁷⁵

Stosunek prywatnoprawny, z którego wynikają prawa i obowiązki, nie musi być stosunkiem obligacyjnym. Prawo medyczne wykazuje wiele

⁷⁴ Jest to uproszczenie, bo umowa może objąć i takie działanie medyczne, które nie jest świadczeniem zdrowotnym, ale jest dozwolone przez prawo (np. czynność z zakresu medycyny kosmetycznej, podjęta w celu czysto estetycznym). Działaniom tego rodzaju można poddać się *de lege lata* tylko na podstawie umowy.

⁷⁵ G. Glanowski, *op. cit.*, s. 190–193.

związków z prawem cywilnym, ponieważ odnosi się do sfery decyzji zdrowotnych o charakterze ściśle osobistym i nacechowanych autonomią. Podobne relacje można odnaleźć w prawie osobowym i w prawie rodzinnym. Właściwej natury prawnej opieki medycznej jako całości stosunków warto poszukiwać choćby po to, żeby wyjaśnić wszystkie niuanse i rysujące się wątpliwości oraz ustalić powiązania norm ogólnych z profesjonalnymi.

Doktryna i orzecznictwo zgodnie przyjmują, iż naczelną powinnością strony medycznej jest zapewnienie pacjentowi bezpieczeństwa. Wynika ona z całokształtu ustaw medycznych i zawartych tam instytucjonalnych gwarancji minimalizujących naruszenie dóbr osobistych pacjenta do granic niezbędnych z punktu widzenia ochrony jego zdrowia⁷⁶. Twierdzi się słusznie, że ma charakter pierwszoplanowy i nadrzędny jako baza dla wykonywania pozostałych⁷⁷. Jest to obowiązek o treści typowo opiekuńczej: pod pojęciem opieki rozumie się dbałość, troskę i ochronę dla osoby potrzebującej pomocy⁷⁸. Podobnie opiekuńczy charakter ma obowiązek udzielenia pomocy medycznej w sytuacjach nagłych oraz dopuszczalność ratowania pacjentów w stanie wyłączonej zdolności decyzyjnej albo niesamodzielnych prawnie. Są one niezależne od posiadanych przez pacjenta uprawnień do leczenia, wynikających z ubezpieczenia bądź z zawartej wcześniej umowy. Powinności medyczne charakteryzują się właściwą dla relacji opiekuńczej jednokierunkowością obowiązków, obarczających tylko opiekuna wobec podopiecznego. Interesy medyków stanowią przedmiot ochrony tylko fragmentarycznie: ochrona ich dóbr

⁷⁶ Zob. wyrok SN z 19 listopada 1969 r., II CR 294/69, OSPIKA nr 12/1970, poz. 249, z gl. E. Łętowskiej; M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa (unagi de lege ferenda i o stosowaniu prawa)*, PiP nr 1/1999, s. 40, tenże, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, red. W. Katner, s. 344 oraz *Glosa do wyroku SA w Łodzi z 18.03.2013 r., I ACa 852/12*, PiM nr 4/2015, s. 118 i n.; Z. Banaszczyk, *O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych*, PiM nr 4/2015, s. 63; podobnie M. Boratyńska, *Postępowanie z pacjentem w stanie pozabiegowych zaburzeń psychicznych. Analiza przypadku*, PiM nr 1/2016, s. 112–114.

⁷⁷ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku SA w Łodzi z 18.03.2013 r., I ACa 852/12*, PiM nr 4/2015, s. 118 i n.

⁷⁸ J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1995, s. 324, T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003, s. 758.

prawnych przybiera postać ściśle reglamentowanych wyjątków uchylających obowiązek troski i niesienia pomocy. Zależności te są charakterystyczne dla wykonywania opieki, gdzie zawsze na pierwszym miejscu znajduje się dobro podopiecznego, a interesy opiekunów mają znaczenie dalszoplanowe. Chodzi tu jednak nie o wzorzec opieki prawnorodzinnej, lecz raczej o paralele do opieki czasowej, jak przedszkolna czy wakacyjna. Takiej, którą cechuje podporządkowanie władztwu organizacyjnemu związanemu z jej celem, a przy zachowaniu samodzielności decyzyjnej podopiecznego.

Opieka nie stanowi prawa podmiotowego opiekuna, bo ten, wykonując ją, działa w interesie innej osoby⁷⁹. Stanowi jego prawo swoiste, należące do kategorii praw upoważniających do działań w cudzym interesie⁸⁰ (z wyjątkiem prawa własnego *sensu stricto* – do wynagrodzenia). Opieka jest natomiast źródłem praw podmiotowych dla podopiecznego i stosunkiem prawnym, więc stosują się do niej odpowiednio zasady i przepisy o ochronie praw podmiotowych⁸¹.

Opieka medyczna ma charakter odrębny, czego dowodzi treść autonomicznej regulacji ustawowej. Jest sprawowana na podstawie tytułu prawnego, obejmuje fachową pieczę faktyczną nad osobą i polega na wykonywaniu czynności w celu ochrony zdrowia, którym podopieczny nie ma obowiązku podporządkowania. Do właściwości stosunku opiekuńczego należy także pewien margines wyrozumiałości dla osoby wymagającej opieki, spowodowany taką czy inną słabością jej kondycji. W stosunku do pacjenta oznacza to m.in. cierpliwość dla wahań, aktywne wspieranie w odzyskiwaniu nadwątlonej autonomii decyzyjnej⁸², nienatrętne perswa-

⁷⁹ T. Smoczyński, [w:] *System... Prawo rodzinne i opiekuńcze*, s. 761.

⁸⁰ L. Kociucki, *Opieka nad małoletnim*, Warszawa 1993, s. 325–326; J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne...*, s. 326.

⁸¹ L. Kociucki, *Opieka...*, s. 325–326.

⁸² O bioetycznej powinności aktywnego wspierania piszą Beauchamp i Childress w *Zasadach etyki medycznej* (s. 136–138). W polskim prawie medycznym powinność tę wymusza ustawowe wyróżnienie jedynie zupełnej niezdolności do świadomego wyrażenia zgody jako kryterium usprawiedliwiającego pominięcie uświadomionej zgody pacjenta na czynność medyczną. W każdych innych warunkach wymagane jest upewnienie się, że pacjent zrozumiał przekaz i działa własnowolnie – co wynika z ustawowego uregulowania przesłanek prawidłowo udzielonej zgody.

dowanie, empatię wobec doznawanego cierpienia i zrozumienie gorszych nastrojów.

Natura instytucji opieki jest cywilnoprawna, ale wzbogacona o cechy publicznoprawne: opiekun obowiązany jest wykonywać swe czynności z należytą starannością, jak tego wymagają dobro pozostającego pod opieką i interes społeczny (art. 154, 175 kro). Zbliżone zasady obowiązują w prawie i etyce medycznej: są to należyta staranność oraz dobro pacjenta jako „najwyższe prawo” Kodeksu Etyki Lekarskiej. Interes społeczny przejawia się w czynnościach z zakresu ochrony zdrowia publicznego. Może być też upatrywany tam, gdzie stworzone zostały podstawy dla roztaczania pieczy nad osobami niedołężnymi, umierającymi czy nad pacjentami z wyłączoną kompetencją decyzyjną albo niesamodzielnymi, a bez zgody przedstawicieli ustawowych. Obrazu dopełnia przyznanie właściwości sądu opiekuńczego w decyzjach konfliktowych bądź wątpliwych (zgoda zastępcza na leczenie pacjenta niekompetentnego; zgoda przełamująca sprzeciw przedstawiciela ustawowego i in.).

Tę relację prawną można określić jako **unormowany przepisami medycznych ustaw zawodowych stosunek opiekuńczy prawa osobowego oparty na modelu odpłatnej opieki fachowej podyktowanej potrzebą zdrowotną**. Opieka ta sprawowana jest drogą czynności faktycznych, a bez możliwości reprezentacji prawnej. Nawiązanie jej następuje przez oddanie się pod opiekę w wyniku zgłoszenia podmiotowi medycznemu potrzeby zdrowotnej i przez przyjęcie opieki, polegające na wyrażeniu gotowości lub na faktycznym rozpoczęciu udzielania pomocy medycznej: przyjęciu zgłoszenia, wyznaczeniu wizyty, zebraniu wywiadu lekarskiego czy podjęciu czynności ratunkowych. Jednostronna wola opiekuna wystarcza, gdy pacjent w naglącej potrzebie zdrowotnej jest niekompetentny formalnie albo materialnie. Czynności mają postać zachowań faktycznych, ale kreują stosunek prawny. Należy je zatem uznać za konkludentne oświadczenia woli: w tej części zamiar stron jest wyraźny i jednoznaczny. Zgłoszenie się pod opiekę nie jest jednak równoznaczne ze zgodą na objęcie nią czynności medyczne.

Powinność ratowania pacjenta w sytuacjach krytycznych ma przewagę nad uwarunkowaniami wynikającymi ze źródła obowiązku opieki.

Swoboda odmowy zgody na leczenie się nie daje możliwości negatywnej oceny zachowań postrzeganych jako „niesubordynacja” i zastosowania sankcji obligacyjnych (wyjątek stanowi zawinione wyrządzenie przez pacjenta szkód). Relacja opiekuńcza ma charakter formalnie równorzędny, jednak przy wyraźnej podrzędności faktycznej pacjenta, uwarunkowanej stanem potrzeby zdrowotnej i fachowym wyszkoleniem opiekuna⁸³. Klasyfikacja jako stosunku opieki pozwala spójnie i bez popadania w sprzeczności wyjaśnić zależność między prawem medycznym a prawem cywilnym i dopasować do siebie wszystkie elementy relacji.

Bibliografia

- T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV (tłum. W. Jacó-rzyński), Warszawa 1996.
- Z. Banaszczyk, *O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych*, „Prawo i Medycyna” nr 4/2015.
- Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego – założenia ogólne i metodologiczne*, „Studia Prawa Prywatnego” nr 1/2015.
- M. Bednarek, *Umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej*, [w:] E. Łętowska, P. Drapała, M. Bednarek, *Umowy odnoszące się do osób trzecich*, Warszawa 2006.
- M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001.
- M. Boratyńska, *Odpowiedzialność kontraktowa za osoby trzecie posiadające fachowe kwalifikacje – na przykładzie lekarza i umowy o leczenie*, [w:] *Prawo kontraktów*, red. Z. Kuniewicz, D. Sokółowska, Warszawa 2017.
- M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012.
- T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna* (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, 2012, 2019.
- B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego (art. 66–72 kc)*, Kraków 1977.
- G. Glanowski, *Umowa o świadczenie zdrowotne*, Warszawa 2019.

⁸³ M. Boratyńska, *Mieszany charakter prawny...*, s. 205.

- J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1995 (i wydania późniejsze).
- J. Jończyk, *Stosunek opieki zdrowotnej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” nr 3/2007.
- J. Jończyk, *Strony i stosunki powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego*, „Prawo i Medycyna” nr 1/2005.
- J. Jończyk, *Zasady i modele ochrony zdrowia*, „Państwo i Prawo” nr 8/2010.
- A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1964, 2005.
- L. Kociucki, *Opieka nad małoletnim*, Warszawa 1993.
- R. Kubiak, *Prawo medyczne* (wyd. 3), Warszawa 2017.
- M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa (uwagi de lege ferenda i o stosowaniu prawa)*, „Państwo i Prawo” nr 1/1999.
- M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku SA w Łodzi z 18.03.2013 r., I ACa 852/12*, „Prawo i Medycyna” nr 4/2015.
- M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność NFZ za pozaumowne (ponadlimitowe) świadczenia zdrowotne*, „Państwo i Prawo” nr 2/2006.
- M. Nesterowicz, *Umony o świadczenie usług medycznych*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umony nienazwane*, red. W. Katner, Warszawa 2010, 2015, 2018.
- M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2001, wyd. V i następne.
- Z.K. Nowakowski, *Zobowiązanie rezultatu i starannego działania*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” nr 2/1959.
- T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003, 2011, 2014.
- System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, Wolters Kluwer 2019, t. 2 cz. 1.
- Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, wyd. 2, Warszawa 2014.

Summary

Contractual and non-contractual elements of medical care

The aim of the study is to highlight the differences between contractual and tort liability regimes and their practical consequences for the parties and to analyse the relationship between medical legislation and the general rules contained in the civil law codes. The thesis is that this link is crucial for determining the position of the patient and the medical subject, and the independence of some specific regulations significantly modifies the content of obligations arising either as a result of the patient's consent to be taken care, or only as a result of causing him damage subject to the obligation to make good. The article analyzes the legal nature of the medical care relationship, its establishment, the rights and obligations of the entities involved and the issue of direct application of civil law norms, which raises systemic doubts. The basic directive of interpretation can be summarized in such a way that, when these relationships are regulated in an autonomous and self-sufficient way, the application of the general norms is not allowed, because it would mean ignoring the established priorities which are of a guarantee for the respect of the rights of the patient. The most important rights of the patient and the obligations of the medical party are defined by professional regulations, and the agreement of the parties may modify them to a very limited extent and in such a way that it does not contradict their essence and jurisdiction based on the full autonomy of the patient to decide on his own health. Therefore, it is a misunderstanding to impose on the patient the obligation to „co-operate”. There is formal equality between the parties, but the therapist has no autonomy of will, only legal obligations. Under the general health insurance, the patient has been given the bond entitlements resulting from the *pactum in favorem tertii* between the NFZ and the healthcare unit, except that they only concern access to contracted services. A more detailed definition of a medical activity, especially a surgical one, needs to be agreed on the basis of the

collected history and test results. A critical review of the contractual and bond concepts leads to the conclusion that the parties' agreement is not a solution that would ensure an optimal balance of interests. There is no basis for it to be seen in relation to a patient who is covered by public health insurance, because for this purpose a consensual intention to contract (*animus contrahendi*) would have to be established at the outset. It can only be established in the area of above-standard services, because there the medical party offers to purchase a particular good and the patient consciously decides to bear its cost. It is an accessory contract to the insured benefit. Within its limits, it is also possible to indirectly ensure a certain effect of the therapy, especially as the diligence of certain activities is assessed in terms of the result. The hypothetical objective responsibility of the physician for defects of the medical device used is wrong, because it is disproportionate. Seeking a contract where there was no intention to conclude it is, in the light of the arguments given, an idle effort and unnecessary in terms of protecting the interests of the parties. From a material law perspective, the situation of the patient as a party to the contract is in no way better than the position of the beneficiary of the contract in favor of the third party. The factual and legal specificity of the relationship between the patient and the healthcare units allows the conclusion that it is a relationship of a caring nature.

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. IV CSK 126/13¹

Ze względu na wymaganie ustawowe (art. 46 ust. 2 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego), że podstawę ustaleń sądu musi stanowić, m.in. dowód z opinii lekarzy psychiatrów, w sprawach tego rodzaju szczególne znaczenie ma umiejętne rozróżnienie między kompetencją biegłego do udzielenia informacji i wiadomości specjalnych niezbędnych do ustalenia i oceny okoliczności sprawy a kompetencją sądu, jako wyłącznie uprawnionego do ustalania faktów i ocen (także hipotetycznych) na podstawie tej opinii oraz innych dowodów. Jak wiadomo, sąd nie może opierać ustaleń na podstawie konkluzji opinii, lecz obowiązany jest zweryfikować poprawność poszczególnych elementów, prowadzących do wniosków końcowych, i to sąd powinien wykazać okoliczności uzasadniające przymusowe leczenie szpitalne. Właściwym kluczem jest tu konkretnie, czyli wykazanie określonych faktów stanowiących podstawę wnioskowania, tak przez biegłego, jak i przez sąd.

J.J. jest bezdzietnym kawalerem, mieszkającym z utrzymującymi go rodzicami, nie potrafi samodzielnie zaspokajać podstawowych potrzeb życiowych, pomimo ukończenia studiów prawniczych i dodatkowych kursów nie pracuje. Od ok. 2005 r. cierpi na chorobę psychiczną w postaci uporczywych zaburzeń urojeniowych, manifestujących się urojeniami prześladowczymi (konieczność ukrywania się, poczucie zagrożenia przez mafijne struktury obcego państwa), posłanniczych (chorobowe przeświadczenie

¹ LEX nr 1360288.

o misji oczyszczenia wymiaru sprawiedliwości z osób chorych psychicznie, a także nieuczciwych), wielkościowych (chorobowe przeświadczenie o swojej wysokiej pozycji oraz wiedzy o działaniach służb specjalnych), a także cechami rozkojarzenia i zaburzonego myślenia. Jest on skoncentrowany na tropieniu spisków w instytucjach władzy, a wraz z zaostrzeniem się psychozy powiększa krąg osób posadzanych o działalność przestępczą, agenturalną, zarzucając to wszystkim, z którymi się styka. Ustalono, że wskutek procesu chorobowego jego zachowania rażąco odbiegają od społecznych oczekiwań, nadto stanowią zagrożenie dla interesu społecznego i noszą znamiona przestępstw. Nie był leczony psychiatrycznie, nie ma poczucia swojej choroby, co skutkuje brakiem motywacji do leczenia, również jego rodzice nie widzą takiej potrzeby. Na podstawie opinii biegłego psychiatry ustalono, że nieprzyjęcie uczestnika do szpitala psychiatrycznego spowoduje znaczne pogorszenie jego stanu zdrowia, co zostało oparte na wcześniejszym systematycznym pogarszaniu się jego zdrowia psychicznego, na co wskazują jego zachowania, a długotrwały okres nieleczenia choroby może spowodować całkowite wycofanie się z życia społecznego oraz eskalację zachowań agresywnych i autoagresywnych. Jednocześnie wskazano, że im dłużej nie leczy się tych schorzeń, tym gorsze są rokowania na przyszłość. Podzielając wnioski opinii, Sąd uznał, że zostały spełnione materialnoprawne przesłanki przymusowego umieszczenia J.J. w szpitalu psychiatrycznym na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego².

Rozpoznając skargę kasacyjną uczestnika Sąd Najwyższy, odwołując się do swego wcześniejszego orzecznictwa, przypomniał, że umieszczenie bez zgody w szpitalu psychiatrycznym stanowi odstępstwo od zasady dobrowolności leczenia, a także jest drastyczną ingerencją w sferę wolności i nietykalności człowieka, powoduje to obowiązek restrykcyjnej wykładni przepisów stanowiących podstawę tego przymusowego umieszczenia³.

² Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1878 ze zm., dalej ustawa lub u.o.z.p.

³ Postanowienia: z dnia 12 lipca 1996 r., sygn. II CRN 81/96 (OSNC 1996/12/164), z dnia 12 lutego 1997 r., sygn. II CKU 72/96 (OSNC 1997/6-7/84).

Przyjęcie w trybie określonym w art. 29 ust. 1 pkt 1 u.o.z.p. dopuszczalne jest wobec osoby, której dotychczasowe zachowanie wskazuje, że nieprzyjęcie jej do szpitala psychiatrycznego spowoduje znaczne pogorszenie jej stanu zdrowia psychicznego. Przesłanka „znacznego pogorszenia” zdrowia wymaga również ścisłej wykładni⁴. Sąd II instancji przyjął taką, jednakże nie dość wyraźnie zdystansował się do poglądów wyrażonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, iż o potrzebie hospitalizacji uczestnika świadczy także jego zachowanie rażąco odbiegające od społecznych oczekiwań, „a wręcz stanowi zagrożenie interesu społecznego”. Sąd Najwyższy podkreślił, że celem przymusowej hospitalizacji nie jest ochrona innych przed uciążliwym zachowaniem chorego. Ustawa wprowadza bardzo rygorystyczne przesłanki umieszczenia bez zgody w szpitalu psychiatrycznym w trybie wnioskowym. Nie stanowi jej ustalenie potrzeby leczenia psychiatrycznego ani korzystny wpływ tego leczenia na zdrowie psychiczne, ani też okoliczność, iż zaniechanie leczenia spowoduje pogorszenie się stanu zdrowia tej osoby. W rozpoznawanej sprawie zachodzą wszystkie wyżej wskazane okoliczności, jednakże nie są one wystarczające dla stwierdzenia, że kryteria ustawowe zostały spełnione.

Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że dodatkową trudnością w takich sprawach jest fakt, iż orzeczenie sądu opiera się na prognozie: ocena ta ma charakter hipotetyczny. Przewidywanie znacznego pogorszenia się stanu chorego zgodnie z ustawą ma być oparte na dotychczasowym zachowaniu uczestnika postępowania. Podstawę ustaleń sądu w tym zakresie zgodnie z art. 46 ust. 2 u.o.z.p. musi stanowić m.in. opinia lekarzy psychiatrów. Rozróżnić trzeba kompetencję biegłego do udzielania informacji i wiadomości specjalnych niezbędnych do ustalenia i oceny okoliczności sprawy, od wyłącznej kompetencji sądu do ustalania faktów i ich oceny (również hipotetycznej) na podstawie tej opinii oraz pozostałego materiału dowodowego. Sąd nie może oprzeć ustaleń na konkluzji opinii, a jest zobowiązany do weryfikacji poprawności poszczególnych

⁴ Postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 402/08 (niepubl.), z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. V CSK 384/09 (niepubl.), z dnia 22 lipca 2010 r., sygn. I CSK 234/10 (niepubl.).

elementów, prowadzących do wniosków końcowych. I to sąd musi wykazać istnienie przesłanek uzasadniających psychiatryczne leczenie szpitalne. W głosowanym orzeczeniu podkreślono, że sąd orzekający musi wskazać konkretne okoliczności, które stanowiły podstawę wnioskowania zarówno przez biegłego, jak i przez sąd. Powyższego zabrakło w zaskarżonym postanowieniu, nie wskazano bowiem, jakie konkretne zachowania świadczą o pogarszaniu się stanu zdrowia uczestnika postępowania. Za takie nie można uznać rosnącej uciążliwości J.J. dla otoczenia, która nie jest tożsama z pogorszeniem się jego stanu zdrowia psychicznego. Z kolei z wiedzy potocznej wiadomo, że brak leczenia choroby prowadzi zazwyczaj do jej zaostrzenia, jednakże nie stanowi to samodzielnej przesłanki umieszczenia osoby w szpitalu psychiatrycznym art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy i poddaniu jej leczeniu bez zgody.

Sąd Najwyższy uznał, że poważne znaczenie w rozstrzyganej sprawie miałoby stwierdzenie obawy podjęcia przez uczestnika postępowania próby samobójczej czy agresywnych zachowań wobec innych osób. Te okoliczności powinny być badane zdaniem Sądu – w przeciwieństwie do art. 23 u.o.z.p. – w aspekcie zagrożenia znacznym pogorszeniem zdrowia uczestnika. Jednakże nie zostały sformułowane konkretne podstawy tej hipotezy, a Sąd orzekający poprzestał wyłącznie na wnioskach opinii. Jednocześnie wyjaśniono, że zagrażanie własnemu życiu dotyczy myśli, tendencji i czynów autoagresywnych i samobójczych, a życiu innych – aktów przemocy skierowanym przeciwko nim. W takich przypadkach chodzi o prognozowanie danego zachowania, o istnienie potencjalnej możliwości, dzięki czemu można zapobiec realizacji tychże działań. Takich prognoz nie należy bagatelizować, a w określonych sytuacjach nie do przyjęcia byłoby niezatrzymanie chorego w szpitalu. Natomiast nie wypełnia przesłanek ustawowych stwierdzenie u niego trudności funkcjonowania w szeroko rozumianym życiu społecznym, zwłaszcza że Sąd orzekający oceniał stan faktyczny w oparciu o art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy, nie zaś pod kątem niezdolności do samodzielnego zaspokajania potrzeb życiowych w oparciu o art. 29 ust. 1 pkt 2 tej ustawy. Z uwagi na powyższe Sąd Najwyższy uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Głosowane postanowienie Sądu Najwyższego zasługuje na komentarz z kilku powodów. Po pierwsze – niezwykle istotne jest twierdzenie o konieczności restryktywnego interpretowania przepisów umożliwiających umieszczenie osoby chorej psychicznie bez jej zgody w szpitalu psychiatrycznym. Po drugie – trafnie wskazano na różnice pomiędzy trybami nagłymi przyjęcia do tego szpitala (art. 23 i 24 u.o.z.p.) a trybem wnioskowym (art. 29 u.o.z.p.). Po trzecie, słusznie podniesiono wagę opinii psychiatrycznej oraz jej rolę w orzekaniu przez sąd o przymusowej hospitalizacji. Nadto istotne jest wskazanie na rozumienie przesłanek przyjęcia w trybie art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zasadą jest dobrowolność podejmowania leczenia, a w konsekwencji również poddania się hospitalizacji. Powyższe dotyczy także leczenia psychiatrycznego, na co wskazuje przepis art. 22 ust. 1 ustawy. Znajduje to mocne aksjologiczne oparcie w ochronie autonomii człowieka przewidzianej w art. 41 ust. 1 Konstytucji RP⁵. W celu jak najszerzego uwzględnienia autonomii osoby z zaburzeniami psychicznymi w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego specyficznie określono zgodę tej osoby. Oderwano bowiem jej ważność od zaburzenia psychicznego, na które cierpi osoba ją wyrażająca, a uzależniono od możliwości zrozumienia przekazywanych w przystępny sposób informacji. W piśmiennictwie wskazuje się, że w przypadku kolizji między art. 82 k.c. a art. 3 pkt 4 u.o.z.p. należy przyjąć pierwszeństwo tego ostatniego przepisu⁶. W orzecznictwie zaś trafnie podnosi się relację *lex specialis* ustawy w stosunku do obowiązku wyrażenia zgody przewidzianego

⁵ Dal temu również wyraz Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 października 2011 r., sygn. K 16/10 (OTK-A 2011/8/80).

⁶ A. Golonka, *Problematyka zgody na leczenie wyrażonej przez osobę z tzw. zaburzeniami psychicznymi*, „WPP” 2/2013. Uważam, że stanowisko to jest niezasadne, albowiem interpretacja powołanych przepisów prowadzi do wniosku, iż ich zakresy są rozłączne, tym samym przyjąć należy, że niewyłączona jest kolizja pomiędzy zakresami tych unormowań. Zauważyć należy, że przesłanki stwierdzenia nieważności przewidziane w powołanym przepisie k.c. uniemożliwiają również uznanie ważności tej zgody w rozumieniu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Tym samym przy ocenie istnienia prawnie relewantnej zgody nie jest konieczne odwoływanie się do przepisów kodeksowych.

w przepisach ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁷. Dodać należy, że taki też stosunek zachodzi w zakresie zgody między przepisami ustawy o ochronie zdrowia psychicznego a przepisami ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁸. Wszystko to ma na celu jak najszersze uwzględnianie woli osoby z zaburzeniami psychicznymi. Z tej perspektywy krytycznie ocenić należy stanowisko zaprezentowane przez Sąd Apelacyjny w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r.⁹, w którym ten wskazał, że przepis art. 22 ust. 1 ustawy wprowadza bezwzględny wymóg pisemności zgody osoby przyjmowanej do szpitala psychiatrycznego¹⁰. Stanowisko to nie jest trafne, albowiem ustawa ta nie przewiduje żadnych konsekwencji za niedochowanie powyższego obowiązku, co z kolei uzasadnia zastosowanie art. 74 k.c., według którego zastrzeżenie formy pisemnej bez rygoru nieważności oznacza zastrzeżenie *ad probationem*¹¹. Wprawdzie podzielić należy twierdzenie wyrażone w powołanym wyroku, iż zamknięte leczenie psychiatryczne stanowi co najmniej ograniczenie wolności pacjenta, lecz z istotnym zastrzeżeniem: dotyczy to leczenia bez zgody. W konsekwencji wszystkie wyjątki od zasady dobrowolności hospitalizacji oraz leczenia należy wyklądać ściśle, co wynika z dyrektywy interpretacyjnej *exceptiones non sunt excendendae*, a po drugie i istotniejsze – z zasady konieczności, wchodzącej w skład konstytucyjnej zasady proporcjonalności ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 marca 2017 r., sygn. VII SA/Wa 786/16 (LEX 2374217).

⁸ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r., Dz.U. Nr 28/1997 poz. 125 ze zm.

⁹ Sygn. I ACa 361/13 (LEX nr 1342253).

¹⁰ Sąd Apelacyjny stwierdził tam: „Ustawodawca w sposób wyraźny przewidział obowiązek uzyskania pisemnej zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego, co wyłącza możliwość przyjęcia zgody dorozumianej jedynie potwierdzanej na piśmie. Ustawodawca, wprowadzając tego rodzaju obostrzenia, niewątpliwie miał na uwadze z jednej strony dobro osób chorych, z uwzględnieniem ich specyficznej kondycji psychicznej, a z drugiej – dolegliwość leczenia w szpitalu psychiatrycznym, polegającą w istocie na ograniczeniu wolności, a zatem godzenie w bardzo cenne dobro osobiste każdego człowieka”.

¹¹ Szerzej J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r.*, I ACa 361/13, „OSP” 4/2015.

Porównując przesłanki umieszczenia bez zgody w trybie wnioskowym z przesłankami trybu nagłego już *prima vista* widać, iż w pierwszym przypadku ustawodawca wskazał wśród przesłanek behawioralnych zarówno takie, które jako dobro chronione mają życie osoby przyjmowanej bez zgody, jak i te, których celem jest ochrona zdrowia i życia innych osób. Świadczy o tym wprost odniesienie się w przepisach art. 23 ust. 1 i 24 ust. 1 u.o.z.p. nie tylko do zagrożenia stwarzanego dla swego życia przez osobę przyjmowaną, ale także wskazanie na zagrożenie dla życia lub zdrowia innych osób. Tym samym przyjęcie na podstawie wskazanych przepisów pełni również funkcję ochronną zapewniającą bezpieczeństwo innych osób, innymi słowy następuje ono również w interesie ogólnym¹². W piśmiennictwie trafnie podnosi się, że „Państwo zobowiązane jest do zapewnienia ochrony przed niebezpiecznymi zachowaniami osób z zaburzeniami psychicznymi”¹³, jedną z metod zapewnienia tego bezpieczeństwa jest przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego. Niewątpliwie jest to najdrastyczniejszy sposób zapewnienia bezpieczeństwa ogółu społeczeństwa przed niebezpiecznymi działaniami osób z zaburzeniami psychicznymi, niemniej jednak w niektórych przypadkach nieodzowny. Natomiast w przypadkach przyjęcia na podstawie art. 29 u.o.z.p. przesłanki dotyczą wyłącznie zagrożenia istniejącego dla osoby, która ma być w tym trybie hospitalizowana. Odpada tym samym wzgląd na ochronę dobra ogólnego w postaci bezpieczeństwa dla życia i zdrowia innych osób. Do takiego wniosku prowadzi analiza przesłanek z art. 29 ust. 1 ustawy. Pierwsza z nich wskazuje na znaczne pogorszenie stanu zdrowia psychicznego jako konsekwencję nieprzyjęcia do szpitala psychiatrycznego, druga zaś dotyczy osoby niezdolnej do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie, że przyjęcie do tego szpitala przyniesie poprawę jej stanu zdrowia.

¹² Por. J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. I ACa 1681/14*, „OSP” 2/2016, tenże, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2012 r., sygn. IV CSK 373/11*, „PiM” 1/2016.

¹³ T. Pawłowski, A. Kiejna, J. Rymaszewska, *Hospitalizacja bez zgody jako źródło odczuwania przymusu*, „Psychiatria Polska” 1/2005, s. 152.

Przesłanki przyjęcia do szpitala psychiatrycznego w trybie wnioskowym wskazują, iż przyjęcie to następuje wyłącznie w interesie osoby przyjmowanej, wyłącznie dla jej dobra: nie pogarszanie stanu zdrowia (pkt 1) oraz poprawę stanu zdrowia (pkt 2).

Kolejną różnicą między tymi trybami jest konieczność niezwłocznej reakcji w przypadkach określonych w powołanych przepisach art. 23 i 24 ustawy. Skutkuje to przyznaniem lekarzowi psychiatrze kompetencji do zastosowania prawa i przyjęcia osoby chorej psychicznie (lub z zaburzeniami psychicznymi) bez zgody do szpitala psychiatrycznego. Wydaje się, iż lekarze psychiatrzy podejmujący decyzję o przymusowej hospitalizacji nie są świadomi, iż w tym zakresie wykonują imperium przysługujące władzy publicznej¹⁴. Właśnie z uwagi na tę bezpośredniość zagrożenia dla życia osoby przyjmowanej albo dla życia lub zdrowia innych osób ustawodawca umożliwił dokonanie przymusowej hospitalizacji bez poprzedzającej ją decyzji sądu. W tym przypadku sąd opiekuńczy sprawuje następczą kontrolę przyjęcia bez zgody.

Niewątpliwie przepisy art. 29 ust. 1 u.o.z.p. nie opisują sytuacji nagłych, w których konieczna jest natychmiastowa reakcja ze względu na zagrożenie życia osoby, której to przyjęcie ma dotyczyć. Użyte przez ustawodawcę sformułowania wskazują na określony proces, zachodzący u osoby mającej być przyjętą w trybie wnioskowym. Znajduje to wprost potwierdzenie w przepisie art. 31 ustawy, który umożliwia przyjęcie tej osoby, wobec której toczy się postępowanie o umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym w tym trybie, jeżeli wskutek choroby psychicznej zagraża ona swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, może zostać przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez zgody w trybie art. 23 u.o.z.p. Słusznie Sąd Najwyższy wskazał, że w rozpoznawanej sprawie nie można uwzględnić wniosku o przymusowe przyjęcie do szpitala psychiatrycznego ze

¹⁴ Szerzej o przyjęciu bez zgody w trybie nagłym jako wykonywaniu władzy publicznej J. Ciechorski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza szpitala psychiatrycznego za działania władcze na podstawie art. 417 k.c.*, „PiM” 2/2015. Podobnie B. Janiszewska, A. Wnukiewicz-Kozłowska, *O odszkodowawczych aspektach przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej*, „PiM” 2/2016, N. Karczewska-Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne*, Warszawa 2018, s. 378–379. Odmienne – według mnie nietrafnie – Z. Banaszczyk, *O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych*, „PiM” 4/2015.

względem na zachowanie rażąco odbiegające od oczekiwań społecznych, a także z uwagi na zagrożenie interesu społecznego przez zachowanie uczestnika postępowania. Jak wyżej wskazano, żadna z przesłanek uzasadniających przyjęcie w trybie wnioskowym nie została w sprawie wykazana. Na gruncie analizowanych przepisów przesłanki te są ściśle powiązane z indywidualną sytuacją osoby, której przyjęcie na podstawie art. 29 ust. 1 ma nastąpić. W pkt. 1 bowiem wskazuje się na znaczne pogorszenie stanu zdrowia psychicznego, a w pkt. 2 poprawę jej stanu zdrowia¹⁵. Jeszcze raz należy podkreślić, iż poprzez odwołanie się do stanu zdrowia psychicznego osoby mającej zostać przyjętą jako przesłanki podstawowej nastąpiła najdalej idąca jej indywidualizacja, co wyłącza możliwość posłużenia się argumentem „interesu społecznego” przy decydowaniu przez sąd opiekuńczy o zasadności tego przyjęcia. Na uwzględnianie interesu i dobra osoby przyjmowanej na podstawie art. 29 u.o.z.p. wskazuje się w orzecznictwie¹⁶.

Jak wcześniej wskazałem, przesłanki umożliwiające przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego muszą być interpretowane w sposób ścisły. Powyższe oczywiście dotyczy również przesłanki „znacznego pogorszenia stanu zdrowia psychicznego”, tym samym nie będzie uzasadniało przyjęcia w tym trybie „zwykłe” pogorszenie stanu zdrowia; przewidywane pogorszenie zdrowia musi zatem być poważne. Jednocześnie pogorszenie to powinno wynikać z klinicznego przebiegu danej choroby psychicznej, bowiem przemawia za tym możliwość przewidzenia takiego rozwoju zaburzenia psychotycznego przez biegłego psychiatrę. Niewątpliwie powinno ono zagrażać podstawowym aspektem funkcjonowania osoby przyjmowanej, a w szczególności móc powodować stany nieodwracalne lub trudne do leczenia. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, które

¹⁵ Pomimo iż ustawodawca wskazał ogólnie na poprawę zdrowia, nie powinno ulegać wątpliwości, iż dotyczy to zdrowia psychicznego. Wynika to ze specyfiki świadczeń zdrowotnych udzielanych przez szpital psychiatryczny. Konieczność udzielenia świadczeń zdrowotnych z zakresu zdrowia somatycznego jest unormowana w przepisach ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

¹⁶ Np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. II CSK 575/11 (LEX nr 1168539).

będą, prowadzić do sytuacji zagrażających życiu chorego, aczkolwiek nie wyczerpujących dyspozycji art. 23 ust. 1 ustawy. Takie rozumienie istotności przesłanki zagrożenia znacznym pogorszeniem stanu zdrowia znajduje również oparcie w porównaniu tego przepisu z art. 29 ust. 1 pkt 2 u.o.z.p., w którym wskazano na niezaspokajanie podstawowych potrzeb życiowych, co oznacza takie potrzeby, które są konieczne dla życia fizycznego człowieka. W konsekwencji pierwsza z przesłanek przymusowego przyjęcia do szpitala psychiatrycznego również powinna mieć podobny „ciężar gatunkowy”, cechować się podobną istotnością dla funkcjonowania osoby chorej psychicznie.

W postępowaniu przed sądem opiekuńczym w sprawie przyjęcia bez zgody osoby do szpitala psychiatrycznego (zarówno w trybie wnioskowym, jak i nagłym) opinia biegłego lekarza psychiatrii odgrywa kluczową rolę. Zgodnie z art. 46 ust. 2 ustawy opinię lekarza psychiatrii należy traktować jako dowód z jednej strony konieczny, z drugiej zaś niezastępowalny żadnym innym środkiem dowodowym. Taka normatywna kwalifikacja tego środka dowodowego znajduje całkowite uzasadnienie w jego specyfice oraz wadze dla merytorycznego rozstrzygnięcia sądu opiekuńczego. Na bezwzględny obowiązek orzekania po przeprowadzeniu tegoż dowodu wskazuje się w orzecznictwie¹⁷. Z uwagi na zakres wiadomości specjalnych, jakimi dysponuje lekarz psychiatrii, jego opinia w postępowaniach w sprawach toczonych na podstawie przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego nie może być zastąpiona żadnym innym dowodem¹⁸. Dotyczy to zarówno dokumentów, np. dokumentacji medycznej, jak i osobowych źródeł dowodowych: zeznań świadków. Odrębną kwestią jest zagadnienie tzw. opinii prywatnych lekarzy psychiatrów przedstawianych w czasie postępowania. Dowód ten powinien na zasadach ogólnych zostać wzięty pod rozważenie przez sąd orzekający, jednakże nie może zastępować opinii biegłego, bowiem prywatna opinia nie ma

¹⁷ Por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 24 listopada 2016 r., sygn. III CSK 35/16 (LEX nr 2191462), z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. IV CSK 126/13 (LEX nr 1360288).

¹⁸ J. Ciechorski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2014 r.*, sygn. V CSK 145/14, „Glosa” 2/2016.

waloru opinii sądowej (nie została zlecona przez sąd)¹⁹. Powyższe wnioski uzasadniają tezę o niezastępowalności opinii sądowej wydanej przez biegłego psychiatrę innym dowodem w sprawie. Twierdzenie to znajduje oparcie w orzecznictwie sądowym, wskazać tu można wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 6 września 2017 r.²⁰, w którym stwierdzono: „Dowód z opinii biegłych sądowych jest dowodem szczególnego rodzaju, który nie może być zastąpiony innymi dowodami, w tym zeznaniami świadków, którzy nie dysponując specjalistyczną wiedzą, polegają tylko na swoich spostrzeżeniach. Nie da się też dokonać rzetelnej oceny stanu zdrowia strony polegając tylko na dokumentacji medycznej, gdyż do jej zrozumienia i wyciągnięcia z niej należytych wniosków niezbędna jest specjalistyczna wiedza medyczna”.

Ocena stanu psychicznego uczestnika postępowania jest kluczową kwestią dla merytorycznego rozstrzygnięcia wydawanego przez sąd opiekuńczy. Można stwierdzić, że jest to najistotniejszy dowód w sprawie. Jednakże pomimo wskazanej wagi i niezastępowalności tego dowodu podlega on ocenie sądu w oparciu o kryteria zawarte w art. 233 k.p.c. Ocena ta z istoty dowodu z opinii biegłego nie jest możliwa w oparciu o kryterium wiarygodności, zgodności ze stanem rzeczywistym. Słusznie podnosi się, iż ocena ta może zostać przeprowadzona w oparciu o następujące kryteria: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne, umotywowanie wyrażonego w opinii stanowiska, kompletność, stanowczość wyrażonych

¹⁹ Jak trafnie stwierdził Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 28 września 2017 r., sygn. I ACa 413/17, (LEX nr 2376938): „Jeśli strona dołącza do pisma procesowego ekspertyzę pozasądową i powołuje się na zawarte w niej twierdzenia i wnioski, opinię tę należy traktować jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez stronę. Jeżeli strona składa taką ekspertyzę z intencją uznania jej przez sąd za dowód w sprawie, istnieją podstawy do przypisania jej znaczenia dowodu z dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 k.p.c. Ekspertyza nie jest więc dowodem z opinii biegłego w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego, ale stanowi element materiału procesowego. Ekspertyza opracowana na zlecenie strony przed wszczęciem procesu czy w jego toku jest wyjaśnieniem jej stanowiska z uwzględnieniem wiadomości specjalnych. Może natomiast przemawiać za koniecznością dopuszczenia przez sąd dowodu z opinii biegłego”. Podobnie Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 28 września 2017 r., sygn. I ACa 413/17 (LEX nr 2376938).

²⁰ Sygn. I ACa 891/15, (LEX nr 2369647).

w niej ocen oraz zasadami logiki i wiedzy powszechnej²¹. Specyfika opinii sądowej polega również na tym, że sąd orzekający nie może poczynić odmiennych ocen aniżeli wynikające z dopuszczonej opinii, bez przeprowadzenia dowodu z opinii uzupełniającej tych samych biegłych lub z opinii innego biegłego. Bez przeprowadzenia tych dowodów sąd nie może uzupełniać twierdzeń opinii ani dokonywać odmiennych ocen od w niej wyrażonych²². Reasumując powyższe, przyjąć trzeba, że opinia biegłego psychiatry ma zasadnicze znaczenie dla oceny zasadności przyjęcia bez zgody osoby chorej psychicznie (czy też z zaburzeniami psychicznymi w przypadku art. 24) do szpitala psychiatrycznego. Oczywista waga opinii o stanie zdrowia psychicznego może uzasadniać twierdzenie, iż w przypadku nieprzeprowadzenia tego dowodu sąd opiekuńczy nie rozpoznał istoty sprawy.

W konsekwencji należy podzielić stanowisko Sądu Najwyższego prezentowane w glosowanym orzeczeniu.

Bibliografia

- Z. Banaszczyk, *O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych*, „Prawo i Medycyna” 4/2015.
- J. Ciechorski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza szpitala psychiatrycznego za działania władcze na podstawie art. 417 k.c.*, „Prawo i Medycyna” 2/2015.
- J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r., I ACa 361/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 4/2015.
- J. Ciechorski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2012 r., IV CSK 373/11*, „Prawo i Medycyna” 1/2015.

²¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 czerwca 2016 r., sygn. V ACa 723/15 (LEX nr 2081572), podobnie np. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 9 sierpnia 2017 r., sygn. I ACa 158/17 (LEX nr 2369656) Sąd Apelacyjny w Szczecinie z dnia 10 maja 2017 r., sygn. I ACa 989/16, (LEX nr 2335189).

²² Por. np. wyroki: Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 27 września 2017 r., sygn. III AUa 803/16, LEX nr 2379185 oraz z dnia 10 sierpnia 201 r., sygn. III AUa 777/16 (LEX nr 2369724), Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 sierpnia 2017 r., sygn. I ACa 158/17 (LEX nr 2369656), Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. I ACa 483/16 (LEX nr 2343472).

- J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 lutego 2015 r., I ACa 1681/14*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2/2016.
- J. Ciechorski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2014 r., V CSK 145/14*, „Glosa” 2/2016.
- A. Golonka, *Problematyka zgody na leczenie wyrażonej przez osobę z tzw. zaburzeniami psychicznymi*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2/2013.
- B. Janiszewska, A. Wnukiewicz–Kozłowska, *O odszkodowawczych aspektach przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej*, „Prawo i Medycyna” 4/2015.
- N. Karczewska–Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne*, Warszawa 2018.
- T. Pawłowski A., Kiejna J., Rymaszewska, *Hospitalizacja bez zgody jako źródło odczuwania przymusu*, „Psychiatria Polska” 1/2005.

Summary

Forced admission to a psychiatric hospital constitutes a very profound interference with fundamental human rights. This necessitates a strict interpretation of the provisions authorizing it. The court adjudicating on the placement of a mentally ill person pursuant to Art. 29 sec. 1 of the Mental Health Protection Act is obliged to take evidence from an expert psychiatrist's opinion, however, it cannot rely solely on it, it is also necessary to make one's own findings regarding the factual grounds for such admission. However, the failure to take evidence based on the opinion of an expert psychiatrist justifies the allegation that the court did not recognize the essence of the case. The Mental Health Act comprehensively regulates admission to a psychiatric hospital (also without consent), which excludes other regulations on the basis of *lex specialis derogat legi generali*. Contrary to urgent admission, the reasons for admission on application concern only the good of the mentally ill. The basis for admission pursuant to Art. 29 sec. 1 point 1 of the act constitutes a significant deterioration of mental health, not only „ordinary”. This deterioration must endanger the patient's life in the long run.

