

Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 2/2020 (4)



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 Świdorska, 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 Machala

Redaktorzy naukowci

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

Redaktor językowy

Maciej Ganczar

Dział promocji

dr Antonina Doroszevska

Redaktor statystyczny

mgr inż. Krzysztof Krasuski

Redaktor techniczny

mgr Wojciech Rożdżeński

Adres redakcji

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

Wydawca

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

Projekt okładki

CORNERIA

Opracowanie graficzne Global Scientific Platform/www.pandawer.pl

Nakład 500 egz.

ISSN 2657-8573 e-ISSN 2719-3748

Tytuł dofinansowany przez Śląską Izbę Lekarską

Spis treści

Dr hab. Rafał Kubiak, prof. UŁ

Uniwersytet Łódzki

Uniwersytet Medyczny w Łodzi

Odpowiedzialność karna biegłego lekarza za przedstawienie fałszywej opinii	5
---	----------

Maria Boratyńska

Uniwersytet Warszawski

Warszawski Uniwersytet Medyczny

Staranność badań prenatalnych i jej konsekwencje dla zdrowia przyszłego dziecka	37
--	-----------

Mgr Marta Puścion

Uniwersytet Warszawski

Koniec klauzuli sumienia? Sprawa Steen p. Szwecji oraz Grimmark p. Szwecji	79
---	-----------

Mgr Julianna Ambroziak

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Istota i charakter prawny zasad deontologii zawodowej lekarza	99
--	-----------

Patryk Kościelny, student V roku

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Analiza polskiej regulacji wspomaganego samobójstwa w kontekście orzeczenia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lutego 2020 r.	119
---	------------

ORZECZNICTWO

Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2017 r., II CSK 69/17	139
--	------------

Dr Jan Ciechorski

Wyższa Szkoła Humanistyczna w Sosnowcu

Głos do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 czerwca 2015 r., sygn. I ACa 336/15.....	147
---	------------

Odpowiedzialność karna biegłego lekarza za przedstawienie fałszywej opinii

Wprowadzenie

Potrzebę skorzystania z fachowej wiedzy medycznej w sprawach sądowych dostrzeżono już w średniowieczu. Początkowo lekarze występowali w charakterze „kwalifikowanych” świadków, którzy byli wzywani do udziału przy ustalaniu przyczyny śmierci. Ze względu na szczególną wiedzę, którą posiadali, ich zeznania były traktowane jako bardziej wiarygodne i miarodajne. Z biegiem czasu uzyskali status stałego biegłego sądowego (*medici fasci*). Rozwiązania takie pojawiły się we Francji i Anglii w XIII w. Konieczność skorzystania z opinii biegłych lekarzy wynikała także ze stygmatyzowania przestępstwa „błędu medycznego”. Czyn taki po raz pierwszy był inkryminowany w niemieckim kodeksie karnym z 1532 r. *Constitutio Criminalis Carolina*. W akcie tym użyto określenia „Unkunst”, które można przetłumaczyć jako błąd sztuki. Przypisanie takiego błędu wymagało zasięgnięcia opinii specjalistów w zakresie medycyny. Sąd zatem musiał powołać odpowiednich biegłych¹. Współcześnie nie można przecenić roli biegłego lekarza. Skorzystanie z jego opinii jest nieodzowne zarówno w sprawach cywilnych, jak i karnych. W tych pierwszych dotyczy głównie roszczeń z tytułu uszkodzenia ciała i rozstroju zdrowia powstałego na skutek błędu medycznego². Aczkolwiek wypowiedź biegłego

¹ Z. Marek, *Błąd medyczny*, Kraków 1999, s. 23.

² W literaturze można spotkać pogląd, że w procesie o błędy medyczne opinia biegłego lekarza „jest szczególnym środkiem dowodowym”. Wynika to z jej przedmiotu i celu oraz kwalifikacji lekarza. Ustalenia poczynione w takiej opinii wymagają bowiem uprzednio przeprowadzenia odpowiednich

może być konieczna także w sytuacji poniesienia takich obrażeń w wyniku innych zdarzeń, np. wypadku komunikacyjnego. Ponadto zasięgnięcie opinii będzie niekiedy niezbędne w sprawach rodzinnych (np. w zakresie ustalenia ojcostwa) i spadkowych (np. dla stwierdzenia, czy testator był zdolny do skutecznego złożenia oświadczenia swej woli). Z kolei w sprawach karnych opinia taka będzie wykorzystywana głównie w przypadku przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu (w tym popełnionych na skutek błędu medycznego), przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (np. zgwałcenie – art. 197 k.k., seksualne nadużycie osoby małoletniej – art. 200 k.k.), przestępstw przeciwko rodzinie i opiece (np. znęcanie się – art. 207 k.k.) oraz przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji (np. spowodowanie wypadku komunikacyjnego – art. 177 k.k.). Biegły będzie też musiał wypowiedzieć się na temat stanu psychicznego sprawcy, jeśli zachodzą wątpliwości co do jego poczytalności³. Z tego krótkiego przeglądu jasno wynika, że rola biegłego lekarza jest bardzo istotna. Jej doniosłość wynika nie tylko z rozległego zastosowania tego typu opinii w postępowaniach, ale również ich specyfiki. Ze względu na często wyrafinowaną metodykę badań, które legły u podstaw opinii, i oparcie jej na wysoko specjalistycznej wiedzy wypowiedzi takie mogą mieć decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia. Niezwykle ważne jest zatem, by opinie

badan medycznych, a następnie wysnucia wniosków opartych na metodyce stosowanej w medycynie i zgodnie z aktualną wiedzą medyczną. Uwarunkowania te są zaś kluczowe do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a w następstwie sprawiedliwego wyrokowania. Por. I. Wrzeźniewska-Wal, *Specyfika opinii biegłego w cywilnych procesach medycznych w aktualnym orzecznictwie i badaniach własnych* [w:] B. Lewandowski (red.), *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2016, s. 105.

³ W myśl art. 202 § 1 k.p.k. w celu wydania opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, powołuje co najmniej dwóch biegłych lekarzy psychiatrów. W orzecznictwie wyjaśnia się, że skorzystanie z tego unormowania jest konieczne, „gdy co do stanu poczytalności oskarżonego istnieją uzasadnione wątpliwości” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 VII 1972 r., sygn. akt: I KR 125/72, OSNKW 1972/12/196). Z kolei komentatorzy tego przepisu wskazują, że potrzeba taka może wystąpić w dwóch sytuacjach: dla ustalenia stanu niepoczytalności albo ograniczonej poczytalności w rozumieniu art. 31 § 1 i 2 k.k., gdy zachodzą wątpliwości, czy osoba mogła w chwili czynu rozpoznać jego znaczenie lub pokierować swym postępowaniem, oraz dla stwierdzenia, czy stan psychiczny oskarżonego (podejrzanego) pozwala mu na „udział w postępowaniu i na prowadzenie obrony w sposób samodzielny i rozsądny”. M. Kurowski [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2017, s. 757.

biegłych były rzetelne, naukowo prawidłowo sporządzone, a zawarte w nich wnioski były wyprowadzone w oparciu o właściwą metodykę. Tak doniosłe znaczenie opinii (w tym lekarskich) znalazło swe odzwierciedlenie w przepisach karnych, w których przewidziano odpowiedzialność za „przedstawienie fałszywej opinii”. W obecnie obowiązującym kodeksie karnym czyn ten został zamieszczony w art. 233. W uzasadnieniu do projektu kodeksu karnego wyjaśniono, że wprowadzenie omawianego przepisu było podyktowane chęcią przeciwdziałania coraz częstszej praktyce składania fałszywych opinii w postępowaniu sądowym⁴. Przy czym w pierwotnym brzmieniu był on opisany w § 4, w którym spenalizowano jego odmianę umyślną. W wyniku nowelizacji kodeksu dokonanej z dniem 15 IV 2016 r.⁵ został dodany § 4a, w którym ujęto nieumyślną postać tego występk. Posunięcie to znacząco rozszerzyło pole kryminalizacji i w doktrynie jest kontestowane.

Ponadto przedstawienie fałszywej opinii może wyczerpywać znamiona również innych przestępstw, pozostających w kumulatywnym zbiegu z czynem stypizowanym w art. 233 § 4 i 4a k.k. W szczególności biegły może odpowiadać za tzw. poświadczenie nieprawdy, czyli na podstawie art. 271 k.k. Obecna regulacja jest dość rozbudowana i przewiduje relatywnie surowe sankcje dla biegłego (w tym lekarza). Warto zatem przybliżyć te unormowania.

Umyślne przedstawienie fałszywej opinii przez biegłego lekarza

Występek przedstawienia fałszywej opinii został zamieszczony w rozdziale XXX k.k. pt. „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”. Z intytulacji tej można wywnioskować, że rodzajowym przedmiotem ochrony tego przestępstwa jest dobro wymiaru sprawiedliwości *sensu largo*, rozumiane w tym wypadku jako prawidłowość postępowania

⁴ Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego [w:] *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 201.

⁵ Nowela dokonana ustawą z dnia 11 III 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437).

dowodowego, zapewnienie wiarygodnego materiału dowodowego, niezbędnego do podejmowania trafnych rozstrzygnięć sądowych⁶. Pierwoszoplanowo chronione są zatem wartości ogólne, związane z funkcjonowaniem ważnego segmentu życia społecznego, którym jest skuteczne rozstrzyganie sporów przez kompetentne instytucje. Jednakże przepis ten stoi na straży również interesów prywatnych stron postępowania. Jak bowiem wyjaśnił Sąd Najwyższy, „dopuszczalne jest przyznanie legitymacji pokrzywdzonego podmiotowi występującemu jako strona w postępowaniu określonym w § 1 art. 233 k.k., tzn. w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy również wtedy, gdy przedstawienie fałszywej opinii «bezpośrednio» dobro prawne tego podmiotu narusza lub mu zagraża, choćby nie naruszało to równocześnie innej normy karnej”⁷. Sąd zauważył, że celem postępowania jest najczęściej ustalenie lub ukształtowanie praw tych stron. W uzasadnieniu do tego postanowienia podkreślił więc, że: „w każdym konkretnym postępowaniu możliwe jest ustalenie relacji pomiędzy dobrem prawnym uczestniczących w tym postępowaniu osób a działaniem sprawcy czynu. Faktu, że przedstawienie fałszywej opinii może bezpośrednio naruszać interesy strony wymienionej w § 1 art. 233 k.k. postępowania lub zagrażać tym interesom, nie sposób więc negować”. Stanowisko to koresponduje z wytycznymi wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie wzmoczenia ochrony interesów pokrzywdzonego w postępowaniu sądowym w sprawach karnych, zawartymi w uchwale Sądu Najwyższego Izba Karna oraz Wojskowa z dnia 26 XI 1976 r.⁸, w których wyjaśniono, że „o tym, kto jest osobą pokrzywdzoną w konkretnej sprawie, decyduje dobro prawne tej osoby naruszone lub zagrożone przez sprawcę czynu, i to w sposób bezpośredni [...], choćby nie wynikało to wprost z opisu tego czynu i jego kwalifikacji prawnej. Owa bezpośredniość wchodzi w grę także wtedy, gdy przedmiotem ochrony prawnej jest wprawdzie

⁶ Por. W. Wróbel, A. Wojtaszczyk, W. Zontek [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego*, t. 8, *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013, s. 623.

⁷ Postanowienie z dnia 23 IV 2002 r., sygn. akt: I KZP 10/02, Prok.i Pr.-wkl. 2002/7-8/1.

⁸ Sygn. akt: VI KZP 11/75, OSNKW 1977/1/1.

dobro ogólniejszej natury, ale zagrożenie tego dobra powoduje również bezpośrednie pokrzywdzenie indywidualnej osoby”. Jeśli zatem w następstwie złożenia fałszywej opinii doszłoby do narażenia albo naruszenia interesów strony postępowania, w którym opinia ta stanowiła dowód, należy – w ocenie Sądu Najwyższego – przyznać takiemu podmiotowi legitymację pokrzywdzonego, w postępowaniu o czyn stypizowany w art. 233 § 4 k.k. (oraz obecnie również o przestępstwo opisane w art. 233 § 4a k.k.). Ustalenia te, choć mają wymiar bardziej procesowy, są istotne również na gruncie prawa karnego materialnego. W szczególności w kontekście możliwości orzeczenia środka kompensacyjnego, o którym mowa w art. 46 k.k. Zagadnienie to będzie przybliżone w dalszej części opracowania.

Pod względem czynnościowym omawiany występki polega na przedstawieniu fałszywej opinii w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustaw, w którym ma stanowić ona dowód. W kodeksie nie zostało zdefiniowane pojęcie „fałszywa opinia”. W ujęciu językowym „fałszywy” oznacza „podrobiony, imitowany, nieprawdziwy, sztuczny”, „niezgodny z prawdą, błędny”, a fałszować to „sporządzać imitację czegoś, podając za oryginał (zwykle z chęci zysku) [...] przedstawić coś niezgodnie z prawdą, zniekształcać”⁹. W literaturze karnistycznej wskazuje się, że opinia jest fałszywa:

1. „gdy ocena będzie wyraźnie sprzeczna z aktualnym stanem wiedzy w dziedzinie, której opinia dotyczy,
2. gdy ocena będzie wyraźnie sprzeczna z rzeczywistym stanem faktycznym,
3. gdy ocena będzie oparta o przyjęcie wyraźnie błędnej metody”¹⁰.

Z takiego ujęcia można wywieść, że ocena „prawdziwości” opinii dotyczy zarówno warstwy faktograficznej (np. przebiegu czynności wykonanych przez biegłego), jak i intelektualnej – ocennej (np. czy wyprowadzone wnioski były sformułowane zgodnie z uznaną metodyką i oparte

⁹ S. Dubisz (red.), *Wielki Słownik Języka Polskiego PWN*, t. a–g, Warszawa 2018, s. 921.

¹⁰ B. Kunicka-Michalska [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz*, Warszawa 2004, s. 134.

na aktualnej wiedzy medycznej). Sfera penalizacji omawianego występku jest zatem szersza niż czynu stypizowanego w art. 271 k.k., o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części opracowania.

Omawiane znamię może być zrealizowane zarówno przez działanie (gdy biegły lekarz zamieszcza w opinii stwierdzenia o czymś, co nie miało miejsca w rzeczywistości, np. iż przeprowadził określone badania, zdiagnozował daną chorobę), jak i przez zaniechanie (w tym wypadku biegły pomija w opinii pewne fakty i poczynione ustalenia, np. zataja, że sprawca w chwili czynu był niepoczytalny)¹¹.

Dla bytu omawianego występku niezbędne jest, by opinia miała służyć w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy. Czyn ten może być zatem popełniony, jeśli biegły lekarz przedstawia swą opinię zarówno w procedurze cywilnej, karnej, jak i administracyjnej. Ponadto jeśli była wykorzystywana w innych postępowaniach, np. przygotowawczym, przed sądem korporacyjnym, organem administracji publicznej itd.

Sprawca ma „przedstawić” organowi sfalszowaną opinię. To znamię czasownikowe w doktrynie prowadzi do sporów o charakter omawianego występku: czy jest to przestępstwo materialne czy formalne. Autorzy opowiadający się za skutkowym charakterem tego czynu uzasadniają, że owym skutkiem jest zapoznanie się przez organ procesowy z treścią opinii. Tezę tę argumentują wynikami wykładni systemowej, uwzględniającej dyspozycję art. 233 § 1, 2 i 6 k.k. W myśl art. 233 § 2 k.k. warunkiem odpowiedzialności jest bowiem, aby „przyjmujący zeznanie” uprzedził zeznającego o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie lub „odebrał” od niego przyrzeczenie. Z określeń tych można wywieść pewien intelektualny proces, który musi zająć po stronie podmiotu, który przyjmuje zeznanie albo odbiera oświadczenie. Mianowicie konieczne jest, by treść tych wypowiedzi dotarła do jego świadomości. Innymi słowy, zmiana w świecie zewnętrznym stanowiąca skutek tych występków polegałaby na tym, że przed zachowaniem sprawcy osoba nie była uświadomiona o treści

¹¹ Por. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie*, Warszawa 1975, s. 71.

zeznań albo oświadczenia, a w następstwie postępowania sprawcy uzyskalaby taką informację. Zwolennicy skutkowości czynu stypizowanego w art. 233 § 4 k.k. wywodzą zatem, że skoro wspomniane przestępstwa mają taki charakter, to również przedstawienie fałszywej opinii jest występkiem materialnym. „Brak byłoby bowiem podstaw do szerszego penalizowania akurat w tym zakresie przedstawienia nieprawdziwych informacji”¹². Opowiedzenie się zaś za bezskutkowością tego czynu rozszerza pole odpowiedzialności. Samo bowiem przedłożenie opinii byłoby wystarczające do dokonania tego czynu. Z kolei zwolennicy formalnego charakteru prezentowanego czynu wskazują, że nie ma znaczenia, czy organ oparł swe rozstrzygnięcie na ustaleniach zawartych w opinii ani nawet czy „konkretnie powstało niebezpieczeństwo ustalenia przez sąd (lub inny organ) niezgodnego z rzeczywistością stanu faktycznego”¹³. W tym kontekście przywołuje się wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 IV 2008 r.¹⁴ Sąd orzekł w nim, że „odpowiedzialność na podstawie art. 233 § 4 k.k. nie zależy od tego, czy fałszywe ustalenie faktyczne zawarte w opinii mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy”. W literaturze wyjaśnia się więc, że okoliczność, iż opinia miała znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, wpływa jedynie na zakres karalności¹⁵ (w świetle art. 233 § 5 pkt 1 k.k.). Wydaje się, że rozbieżności te są następstwem różnego rozumienia pojęcia skutku i pochodną braku jednoznacznego jego wypowiedzenia w dyspozycji analizowanego przepisu. Bezsporne jest, że ustawodawca nie wymaga, by organ orzekający oparł się na opinii i w szczególności by jej treść następnie determinowała podjęte rozstrzygnięcie. Jednakże teza ta nie przesądza charakteru czynu, jeśli rozważyć go przez pryzmat znamienia „przedstawia”. Innymi słowy, czy do dokonania tego występków konieczne jest „skuteczne” przedstawienie, czy też wystarczy przedłożenie opinii w taki

¹² W. Wróbel, A. Wojtaszczyk, W. Zontek [w:] L. Gardocki (red.), *System...*, s. 631.

¹³ B. Kunicka-Michalska [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, Warszawa 2004, s. 137–138, por. także A. Herzog [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1526.

¹⁴ Sygn. akt: IV KK 501/07, OSNwSK 2008/1/853.

¹⁵ I. Zgoliński [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1039.

sposób, by organ jedynie mógł zapoznać się z jej treścią. Odpowiedzi na to pytanie można poszukiwać w wykładni językowej. W ujęciu semantycznym czasownik „przedstawić” oznacza „zapoznać (zapoznawać) kogoś z czymś, dać (dawać) komuś do obejrzenia, do akceptacji itp., pokazać (pokazywać) w celu zapoznania kogoś z czymś, podać (podawać) do wiadomości, okazać (okazywać), przedłożyć (przedkładać), zaprezentować (prezentować)” i w kontekście opinii „opisać (opisywać), ukazać (ukazywać) coś, kogoś, wyrazić (wyrażać) coś w swojej wypowiedzi”¹⁶. Można z tego wnioskować, że przedstawienie jest czynnością polegającą na udostępnieniu swego stanowiska (zawartego w opinii), ukazaniu go, przedłożeniu, stworzeniu możliwości poznania wypowiedzi. Nie jest natomiast niezbędne, by adresat z jej treścią się faktycznie zapoznał. Transponując te ustalenia na grunt omawianego przestępstwa, można przyjąć, że dla jego dokonania wystarczające jest przekazanie opinii uprawnionemu organowi we właściwej procedurze. Jeśli opinia jest sformułowana na piśmie, czyn będzie więc dokonany w chwili doręczenia opinii, a gdy biegły wypowiada ją ustnie – w momencie wygłoszenia stanowiska w toku posiedzenia organu. Czynności poprzedzające można potraktować jako usiłowanie (np. sporządzenie opinii, ale nienadanie jej pocztą).

Dla bytu omawianego występkę nie ma też znaczenia, czy cała opinia jest fałszywa, czy też tylko pewne jej fragmenty (np. lekarz zgodnie z prawdą opisał przebieg wykonanych czynności, badań, zabiegów, ale zamieścił w opinii wniosek nieodpowiadający poczynionym ustaleniom). Jednakże skala „fałszu” ma znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, a tym samym sędziowskiego wymiaru kary. Ponadto, jeśli zniekształcenie rzeczywistości będzie subminimalne, całkowicie nierzucające na rozstrzygnięcie (np. lekarz określi, że obrażenia wskazywały na rozstrój zdrowia trwający 10 dni, a w rzeczywistości było to 12 dni), można uznać, że czyn cechował się znikomym stopniem społecznej szkodliwości, a tym samym sprawca nie popełnił przestępstwa (art. 1 § 2 k.k.). Dla ustalenia zakresu odpowiedzialności (i karalności – por. art. 233 § 5

¹⁶ S. Dubisz (red.), *Wielki Słownik...*, t. o–q, s. 1026.

pkt 1 k.k., o czym będzie mowa dalej) ma jednak znaczenie nie tylko „ilość” fałszu, ale również jego „jakość”. Może bowiem zdarzyć się, że nieprawdziwe będą jedynie niewielkie fragmenty opinii, ale zawierające kluczowe informacje dla rozstrzygnięcia sprawy (np. kategorię wniosek o niepoczytalności sprawcy). *A contrario* możliwe jest zafalszowanie dużych partii opinii, ale w zakresie dotyczącym kwestii procesowo mało ważnych. Ocena stopnia zafalszowania opinii musi być zatem wielopłaszczyznowa i obejmować zarówno jej warstwę faktograficzną, jak i sformułowane wnioski; zarówno nagromadzenie fałszywych informacji, jak i ich znaczenie procesowe¹⁷.

W myśl art. 233 § 2 k.k. warunkiem odpowiedzialności jest, aby przyjmujący zeznanie, działając w zakresie swoich uprawnień, uprzedził zeznającego o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie lub odebrał od niego przyrzeczenie. Jednakże unormowanie to adresowane jest do osób, które składają zeznanie. Regulacja ta nawiązuje do art. 233 § 1 k.k., który dotyczy składania fałszywych zeznań. W literaturze przyjmuje się więc, że wymogu tego nie stosuje się wobec biegłego, który przedstawia opinię służącą za dowód w postępowaniu sądowym. Dotyczy to zarówno opinii sporządzonej pisemnie, jak i wyrażonej ustnie podczas rozprawy sądowej (na zasadach art. 200 § 3 k.p.k.)¹⁸. Wyłączenie tego warunku uzasadnia się tezą, że biegli składają uprzednio (przed ustanowieniem w tym charakterze) stosowne przyrzeczenie, w którym zobowiązują się wykonywać swe obowiązki „z całą sumiennością i bezstronnością” oraz oświadczają, iż są świadomi odpowiedzialności przed prawem (art. 197 § 1 k.p.k., a w procedurze cywilnej – art. 282 § 1 k.p.c.). W piśmiennictwie można jednak spotkać pogląd, że w przypadku, gdy biegły jest przesłuchiwany w trakcie rozprawy i składa zeznanie, omawiany wymóg uprzedzenia o odpowiedzialności karnej powinien być spełniony¹⁹. Wówczas bowiem, zgodnie z art. 197 § 3 k.p.k., do przesłuchania biegłego stosuje się przepisy

¹⁷ Por. Z. Młynarczyk, *Fałszywe zeznania w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 57 i n., zob. także: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 XII 2005 r., II AKa 68/05, KZS 2006/4/64.

¹⁸ W. Wróbel, A. Wojtaszczyk, W. Zontek [w:] L. Gardocki (red.), *System...*, s. 629–630.

¹⁹ Por. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 610.

dotyczące przesłuchań świadków. Wydaje się jednak, że powołane unormowania procesowe są niewystarczającą podstawą do rozszerzania omawianego wymogu także na biegłych przesłuchiowanych ustnie na okoliczność przedłożonej opinii.

Omawiane przestępstwo ma charakter indywidualny, gdyż jego sprawcą może być wyłącznie taka osoba, która została powołana w charakterze biegłego, rzeczoznawcy lub tłumacza. Na gruncie procedury karnej powołanie biegłego następuje na zasadach opisanych w art. 193 k.p.k., natomiast w postępowaniu cywilnym kwestie te regulują art. 278 i nast. k.p.c. Osoba, w tym lekarz, może być powołana w charakterze biegłego z listy biegłych sądowych bądź też *ad hoc* (do danej sprawy), jeśli sąd uzna, iż posiada wiedzę specjalistyczną niezbędną do rozstrzygnięcia sprawy²⁰.

Przestępstwo to może być popełnione w sprawczych i niesprawczych postaciach zjawiskowych. W szczególności możliwe jest współsprawstwo (art. 18 § 1 k.k.). Będzie ono miało miejsce, gdy dwu lub więcej biegłych, działając wspólnie i w porozumieniu, sporządzi fałszywą opinię. Sytuacja taka jest do wyobrażenia, gdyż przepisy proceduralne dopuszczają wydanie jednej wspólnej opinii (art. 193 § 3 k.p.k.). Z praktycznego punktu widzenia istotne jest również podżeganie (art. 18 § 2 k.k.). Nakłaniającym może być strona postępowania (np. poszkodowany pacjent), której zależy na określonej (korzystnej dla niego) treści opinii. Może ona wówczas nakłaniać biegłego lekarza do sporządzenia jej w tym kierunku. Warto jednak zauważyć, że skoro jest to przestępstwo indywidualne, to do osób nieposiadających cech decydujących o jego karalności, współdziałających w jego popełnieniu (tzw. *extraneus*), stosuje się art. 21 § 2 i 3 k.k. Podżegacz może zatem ponieść odpowiedzialność, jeśli wie o cesze sprawcy, która decyduje o karalności omawianego występk. Innymi słowy, zdaje sobie sprawę, że osoba, którą nakłania do sporządzenia fałszywej opinii w danej sprawie, występuje w charakterze biegłego. Można jednak założyć, że strona postępowania,

²⁰ Zdaniem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z dnia 5 II 1974 r. (sygn. akt: III KR 371/73, OSNKW 1974/6/117), „nie ma żadnej różnicy w traktowaniu i ocenie opinii biegłego złożonej przez biegłego sądowego lub przez innego biegłego powołanego w określonej sprawie przez organ procesowy”.

np. pacjent, właśnie dlatego zwraca się do danego lekarza, że zna jego procesową rolę. W praktyce więc warunek ten będzie najczęściej spełniony. Wówczas podzégacz może odpowiadać w granicach kary przewidzianej za omawiane przestępstwo, aczkolwiek na mocy art. 21 § 3 k.k. sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

W art. 233 § 4 k.k. stypizowano występki umyślne, przy czym dopuszcza się obie postaci zamiaru. Stanowisko takie jest prezentowane również w orzecznictwie. W wyroku z dnia 15 I 1999 r. Sąd Najwyższy²¹ wskazał bowiem, że „umyślność może w tym wypadku przejawiać się zamiarem bezpośrednim albo wynikowym. Minimalnym warunkiem spełnienia znamion strony podmiotowej w odniesieniu do omawianego przestępstwa jest przewidywanie przez sprawcę nieprawdziwości jego oświadczeń o posiadanych wiadomościach na temat faktów badanych w postępowaniu i zarazem godzenie się z tym stanem, wyrażające się złożeniem takich zeznań w formie przewidzianej przez prawo procesowe [...]”. Judykat ten, choć dotyczący przestępstwa składania fałszywych zeznań, odpowiednio odnosi się także do występkę spenalizowanego w art. 233 § 4 k.k. Element intelektualny wyraża się w tym, że sprawca obejmuje swą świadomością, iż przedstawia w opinii nieprawdziwe informacje (zarówno w części dotyczącej faktów, jak i swych wniosków), oraz że opinia ta posłuży jako dowód w postępowaniu sądowym lub innym prowadzonym na podstawie ustawy. Z kolei w warstwie woluntatywnej biegły lekarz chce tego, ewentualnie przewidując taką możliwość, na to się godzi. Oznacza to, że dla przypisania umyślności nie jest konieczne, by biegły lekarz miał pewność co do fałszu, lecz wystarczy, że jedynie akceptuje fakt, iż nieprawdziwe dane mogą być ujęte w jego opinii.

W kontekście strony podmiotowej warto rozważyć dwie sytuacje:

1. Biegły lekarz jest przeświadczony, że zamieszczone w opinii informacje są prawdziwe, w rzeczywistości są zaś niezgodne ze stanem faktycznym. Wówczas zostaje zdekompletowana strona podmiotowa w części intelektualnej, co wyklucza przypisanie umyślności. Do 2016 r., tj. do

²¹ Sygn. akt: II KKN 129/97, Prok.i Pr.-wkl. 1999/9/1.

nowelizacji kodeksu karnego, w takim przypadku biegły lekarz pozostawał bezkarny, gdyż ustawodawca nie przewidział nieumyślnego odpowiednika tego czynu. Na gruncie obowiązującego stanu prawnego zachowanie biegłego można jednak rozważyć przez pryzmat art. 233 § 4a k.k., w którym – jak już wspomniano – został stypizowany czyn nieumyślny (kwestie te będą poruszone w dalszej części opracowania).

2. Biegły lekarz jest przekonany, że podane w opinii informacje są nieprawdziwe, gdy w rzeczywistości odpowiadają one stanowi faktycznemu. W takim wypadku nie jest możliwe dokonanie tego przestępstwa. Aczkolwiek można uznać, że zachodzi wówczas usiłowanie nieudolne.

Nieumyślne przedstawienie fałszywej opinii

Jak wspomniano na wstępie, w pierwotnym brzmieniu kodeksu penalizowane było jedynie umyślne przestępstwo przedstawienia fałszywej opinii. W wyniku noweli z 2016 r. dodano do art. 233 § 4a, w którym stypizowano nieumyślną odmianę tego czynu. Trudno jednak rozpoznać umotywowanie tego posunięcia, gdyż w rządowym projekcie nowelizacji tego przepisu nie przewidziano, tym samym też w uzasadnieniu do projektu nie było argumentacji ukazującej potrzebę wprowadzenia takiego przepisu. Można jedynie domyślać się, że intencją ustawodawcy było silniejsze zabezpieczenie wymiaru sprawiedliwości przed niestarynnymi, nierzetelnymi opiniami, które mogą poskutkować nieprawidłowymi rozstrzygnięciami. W piśmiennictwie wskazuje się na takie zagrożenia. Wymienia się tzw. błąd opiniodawczy. Jego przyczyną jest w szczególności nieprawidłowe wnioskowanie przyczynowo-skutkowe, wysnuwanie wniosków bez posiadania niezbędnych informacji, nieprawidłowe rozpoznanie oraz przeoczenie następstw²². Bez wątpienia sporządzenie wadliwej, w sensie procesowym, opinii może być niekorzystne dla prawidłowego wyrokowania. Jednakże

²² Z. Marek, *Błąd...*, s. 113.

wyduje się, że należy odróżnić uchybienia opinii od przestępstwa przedstawienia fałszywej opinii. Już z semantycznego punktu widzenia „nieumyślne fałszowanie” jest wątpliwe. W pojęciu fałszowania mieści się bowiem pewna intencjonalność zachowania sprawcy, a co najmniej jego umyślność²³. Choć więc wśród znamion omawianego występku nie ma celowości postępowania, to trudno sobie wyobrazić, by osoba „fałszująca” opinię nie miała tego świadomości i co najmniej nie godziłaby się na popełnienie takiego czynu. W doktrynie podnosi się również, że „rozróżnienie między opinią błędną, niejasną, bądź niepełną a nieumyślnie fałszywą może być trudne. Rodzić też może obawy o możliwość ścigania biegłych, których opinie nie odpowiadają oczekiwaniom organów prowadzących postępowanie”²⁴. Wątpliwości takie są łatwo dostrzegalne w przypadku, gdy w nauce istnieją różne szkoły i zapatrywania. Powstaje wówczas pytanie, czy biegły lekarz, który oparł swe wnioski na koncepcji mniej znanej i niedominującej w doktrynie, może mieć postawiony zarzut nieumyślnego sfalszowania opinii.

Dla przypisania odpowiedzialności za ten występki konieczne jest przeanalizowanie zachowania sprawcy przez pryzmat warunków nieumyślności, o których mowa w art. 9 § 2 k.k. Nie referując ich szczegółowo, warto zasygnalizować, że w myśl tego przepisu do popełnienia czynu musi dojść na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Kluczowe jest zatem ustalenie, jakie reguły ostrożności znajdują zastosowanie do postępowania biegłego. Dla rozstrzygnięcia tej kwestii pomocne jest skorzystanie z modelu tzw. dobrego fachowca²⁵. Jednakże w przypadku biegłych należy uwzględnić ich przewagę informacyjną oraz ekspercki status. Wzorzec ten będzie zatem zawierał dość wygórowane wymagania. Odstępstwo od nich *in minus* pozwoli na stwierdzenie,

²³ Por. K. Wiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1178.

²⁴ A. Herzog [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...*, s. 1525.

²⁵ Zob. np. K. Schmoller, *Standardowe postacie w prawie karnym jako pomocniczy punkt odniesienia w ocenach prawnych*, Przegląd Prawa Karnego, 5/1992, s. 44–45; J. Kochanowski, *Standard rozsądnego człowieka w prawie karnym*, Studia Iuridica, 20/1991, s. 133–134; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 126–127.

że doszło do naruszenia owych reguł. Cechy poprawnie sporządzonej opinii przez biegłego zostały określone w judykaturze. Na przykład Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyjaśnił, że „integralnymi elementami treści każdej prawidłowo sporządzonej opinii winny być: sprawozdanie z dokonanych czynności i spostrzeżeń, odpowiedzi na postawione biegłemu pytania, udzielone w sposób kategoryczny i jego wnioski oraz uzasadnienie pozwalające na sprawdzenie przez sąd logicznego toku rozumowania. Opinia powinna być także wyczerpująca, a zatem odnosić się do wszystkich kwestii zawartych w tezie dowodowej postanowienia sądu, zawierać uzasadnienie sformułowane w sposób przystępny i zrozumiały także dla osób nieposiadających wiadomości specjalnych”²⁶. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 3 IV 2013 r. Uznał w nim bowiem, że „dowód z opinii biegłego jest prawidłowo przeprowadzony wówczas, gdy opinia zawiera uzasadnienie ostatecznych wniosków, sformułowane w sposób przystępny i zrozumiały dla osób nieposiadających wiadomości specjalnych. Ocena dowodu z opinii biegłego sądowego wymaga ustosunkowania się do mocy przekonywającej rozumowania biegłego i logicznej poprawności wyciągniętych przez niego wniosków”²⁷.

Konstruując wzorzec „dobrego biegłego”, sąd powinien więc w szczególności rozważyć, jaka jest metodyka badań w danej dziedzinie, którą powinien posłużyć się biegły. Następnie zastanowić się, czy wykonał on wszelkie czynności, które pozwoliłyby mu na wyprowadzenie uzasadnionych wniosków. Dalej, czy zapoznał się szczegółowo z aktami sprawy i czy skorzystał z niezbędnych dowodów, np. dokumentacji medycznej. Czy z odpowiednim dystansem podszedł do deklaracji osoby badanej (zachowując niezbędny stopień nieufności)? Następnie, czy rozumowanie biegłego, które doprowadziło go do finalnych wniosków, było oparte na aktualnej wiedzy w danej dziedzinie i poprawne w sensie logicznym. Warto jednak podkreślić, że w odniesieniu do przyjętej metodyki postępowania biegłego oraz wiedzy medycznej, która legła u podstaw jego czynności

²⁶ Wyrok z dnia 28 V 2013 r., sygn. akt: III AUa 1524/11, LEX nr 1322431.

²⁷ Sygn. akt: I ACa 148/13, LEX nr 1313335.

i wniosków, należy stosować ocenę *ex ante*²⁸, a zatem z chwili sporządzania opinii, a nie z momentu ewentualnego rozstrzygnięcia o odpowiedzialności biegłego. Teza ta ma doniosłe znaczenie z dwóch powodów. Po pierwsze sąd powinien dociec, jaki obowiązywał w tamtym momencie stan wiedzy medycznej. Bezsporne jest bowiem, że medycyna cechuje się bardzo dynamicznym postępem. Koncepcje naukowe szybko się dezaktualizują. Zachodzi więc niebezpieczeństwo, że w chwili oceny będą przyjęte już zupełnie inne zapatrywania. Zagrożenie to potęguje się w związku z długimi okresami, w których przeprowadzane są postępowania karne. Nie jest zatem wykluczone, że proces taki wobec oskarżonego biegłego będzie miał miejsce wiele lat po sporządzeniu opinii. Oparcie się na wzorcu obowiązującym w chwili orzekania byłoby więc niesprawiedliwe. Trzeba też uwzględnić drugą okoliczność – mianowicie, jaką wiedzę o faktach miał (powinien mieć) biegły w momencie opracowywania opinii, a nie jaką posiada sąd orzekający w jego sprawie. Może bowiem okazać się, że w tym czasie wyjdą na jaw nowe okoliczności, o których biegły nie był w stanie dowiedzieć się, sporządzając opinię.

Nie zmienia to jednak faktu, że zakres odpowiedzialności biegłego lekarza za nieumyślne przedstawienie opinii może być bardzo szeroki. Zarzut może być bowiem postawiony choćby w sytuacji, gdy biegły sporządzi zbyt lakoniczną opinię, co będzie wskazywało, że niezbyt dogłębnie zapoznał się z aktami lub przestudiował literaturę przedmiotu.

W dyspozycji art. 233 § 4a k.k. zamieszczono jednak znamię zawężające pole penalizacji. Biegły w wyniku przedstawienia fałszywej opinii ma narazić „na istotną szkodę interes publiczny”. Taka konstrukcja powoduje, że jest to występki z narażenia konkretnego, a zatem skutkowy. W toku postępowania należy zatem dowodowo wykazać biegłemu, że faktycznie stworzył taki stan zagrożenia.

Dla interpretacji pojęcia „interes publiczny” można skorzystać z piśmiennictwa i orzecznictwa dotyczącego w szczególności przestępstwa stypizowanego w art. 231 § 1 k.k. W literaturze wyjaśnia się, że interes

²⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 IX 1973 r., sygn. akt: I KR 116/72, OSNKW 1974/2/26.

publiczny to „interes ogółu obywateli, pewnych grup społecznych, interes zrzeszeń prawa publicznego, władz i urzędów państwowych, samorządowych”²⁹. Mając na względzie przedmiot ochrony analizowanego występkę, można założyć, że interesem tym będzie prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości i innych instytucji, na rzecz których została sporządzona opinia. W szczególności więc do zagrożenia tego interesu może dojść, jeśli w następstwie takiej opinii powstanie ryzyko wydania niesprawiedliwego orzeczenia. Biegły ma narazić ów interes na „istotną szkodę”. W judykaturze przyjmuje się, że wspomniana szkoda może mieć zarówno charakter majątkowy, jak i niemajątkowy³⁰. W tym pierwszym aspekcie może ona zatem polegać na dodatkowych kosztach, które musi ponieść Skarb Państwa w związku ze sfalszowaną opinią. Przykładowo mogą one być wynikiem konieczności uzyskania opinii uzupełniającej albo sporządzenia kolejnej opinii przez innego biegłego. W ujęciu majątkowym „istotność” szkody można rozważyć przez pryzmat art. 115 § 5 w zw. z art. 115 § 7 k.k., a zatem wartość tej szkody powinna przekroczyć 200 000 zł. Należy jednak przypomnieć, że omawiany czyn jest dokonany nie w momencie wyrządzenia takiej szkody, lecz jedynie powstania jej niebezpieczeństwa, co znacząco poszerza pole kryminalizacji. Ponadto jest ono zwiększone drugim wariantem szkody, tj. niemajątkowej. W tym ujęciu pojęcie to jest bardzo niedookreślone. Kierując się przedmiotem ochrony omawianego czynu, można przyjąć, że dobro wymiaru sprawiedliwości zostanie wystawione na taką szkodę, jeśli organy orzekające stracą zaufanie u obywateli, nie będą darzone szacunkiem, a ich rozstrzygnięcia poważane. Skutki takie mogą być następstwem przedstawienia fałszywej opinii. Strony postępowania oraz opinia publiczna mogą być zniechęcone do organów orzekających, uznając, że rozstrzygnięcia przez nie wydawane są niesprawiedliwe i zależne od biegłych, którzy są nierzetelni. Ponadto konieczność uzyskania kolejnej opinii, powodująca wydłużenie postępowania, może kształtować negatywny

²⁹ A. Barczak-Oplustil [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, t. II, Warszawa 2017, s. 1208.

³⁰ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 23 VI 1992 r., sygn. akt: I KZP 21/92, OSNKW 1992/9-10/63.

wizerunek organów orzekających, jako niewydolnych, nierealizujących postulatu szybkiego i sprawnego wymierzenia sprawiedliwości. Uwarunkowania te są jednak bardzo trudno mieralne, co bez wątpienia skomplikuje proces dowodzenia, tym bardziej że należy wykazać, iż owa szkoda ma być „istotna”. Dookreślenie to jest jednak potrzebne, gdyż w innym przypadku każde przedstawienie fałszywej opinii, jako godzące w prawidłowość postępowania, mogłoby zostać uznane za powodujące narażenie na taką szkodę³¹.

Mimo tych ograniczeń sfera odpowiedzialności biegłego może być bardzo rozległa, a organy powołane do ścigania przestępstw mogą z łatwością uzasadnić wszczęcie postępowania przeciwko biegłemu, w tym lekarzowi. Stąd też w doktrynie dostrzega się niebezpieczeństwa związane z tą regulacją. Wskazuje się na tzw. efekt mrozący, polegający na tym, że biegli będą uchylać się od sporządzania opinii³². Wydaje się, że te obawy są zasadne, co uwiadcza praktyka przejawiająca się choćby w bardzo długim okresie oczekiwania na wydanie opinii (spowodowanym niewielką grupą biegłych i nadmiernym obłożeniem ich pracą). Można zatem wyrazić zaniepokojenie, że regulacja ta była przeciwnie skuteczna. Jej efektem jest bowiem utrudnienie w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości, a zatem postępowanie ustawodawcy było sprzeczne z *ratio* przepisów zawartych w rozdziale XXX k.k. Przed zagrożeniem tym może uchronić jedynie racjonalna praktyka karania, oparta na zasadzie *ultima ratio* i wąskim interpretowaniu znamion opisywanego czynu. Należy zatem zgłosić postulat do organów powołanych do ścigania przestępstw i następnie wymiaru sprawiedliwości, by sięgały po omawiany przepis tylko wówczas, gdy jest to faktycznie konieczne, w przypadkach rażących, gdy interes publiczny jest realnie i poważnie zagrożony.

³¹ Por. M. Budyn-Kulik, *Kilka uwag o przestępstwie z art. 233 k.k. (składanie fałszywnych zeznań) po nowelizacji z 11 marca 2016 r.*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia*, vol. LXIII, 1, 2016, s. 36–37.

³² I. Zgoliński [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny...*, s. 1041.

Karalność

Występek stypizowany w art. 233 § 4 k.k. jest zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do lat 10. Warto zauważyć, że taki ustawowy wymiar kary został określony w wyniku wspomnianej nowelizacji kodeksu, dokonanej w 2016 r. Upřednio za to przestępstwo groziła kara pozbawienia wolności od 1 miesiąca do 3 lat. Z porównania tych sankcji widać wyraźnie, że obecnie kara została znacząco zaostrzona. W uzasadnieniu do projektu noweli nie wyjaśniono, dlaczego następuje aż tak drastyczne podwyższenie dolnej i górnej granicy ustawowego zagrożenia, a w szczególności czy posunięcie to jest zgodne z zasadą *ultima ratio* prawa karnego. Wydaje się, że posunięcie to nie jest umotywowane względami polityki karnej, a kara jest nadmiernie surowa. Warto bowiem zwrócić uwagę, że opisywany występek ma charakter czynu z narażenia abstrakcyjnego. Karanie następuje zatem na dalekim przedpolu naruszenia dobra. Ponadto taki wymiar kary zaburza proporcjonalność sankcji w porównaniu do innych typów rodzajowych przestępstw. Przykładowo można choćby podać, że kara w takim wymiarze grozi za spowodowanie zdarzenia, które zagraża życiu lub zdrowiu wielu osób albo mieniu w wielkich rozmiarach, mającego postać np. pożaru, zawalenia się budowli lub eksplozji materiałów wybuchowych (art. 163 § 1 k.k.). Z kolei zabójstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności od lat 8. Nieco demagogicznie można zatem wskazać, że za umyślne pozbawienie człowieka życia sąd może wymierzyć łagodniejszą karę niż za przedstawienie fałszywej opinii (która, jak już wyjaśniono, nie musi stanowić podstawy rozstrzygnięcia organu). Krytycznie trzeba więc ocenić tę nowelę.

Ponadto jeśli sprawca dopuści się tego czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął, sąd kumulatywnie może orzec grzywnę (art. 33 § 2 k.k.). Konstrukcja ta znajdzie zastosowanie np. wówczas, gdy biegły lekarz zostanie skorumpowany przez stronę postępowania (np. pacjenta występującego z roszczeniami cywilnymi z tytułu rzekomego błędu medycznego), która zapłaci kwotę pieniężną za sporządzenie fałszywej opinii, ale odpowiadającej jej oczekiwaniom. Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 115 § 4 k.k. korzyścią majątkową

lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogoś innego. Ze sformułowania tego można zatem wywieść, że beneficjentem korzyści nie musi być biegły lekarz, ale również inny podmiot (zarówno osoba fizyczna, prawna, jak i inna jednostka organizacyjna)³³. Egzemplifikując, podmiotem, który otrzyma taką korzyść, może być strona postępowania, która wskutek sfalszowanej opinii uzyska dla siebie korzystny wyrok zasądający odszkodowanie. Ponadto działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej powinno być uwzględnione przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu. W myśl art. 115 § 2 k.k. w tym zakresie bierze się pod uwagę m.in. wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków oraz motywację sprawcy. Można zaś przyjąć, że zachowanie biegłego lekarza byłoby wysoce niepożądane i uderzające w zaufanie do tej instytucji, w konsekwencji w interes wymiaru sprawiedliwości. Od biegłego wymaga się bowiem nie tylko rzetelności, ale też odpowiedniej postawy moralnej. Jak bowiem podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie: „osoba biegłego sądowego nie może nasuwać jakichkolwiek podejrzeń, co do stronnictwa, nierzetelności czy braku obiektywizmu”³⁴. Sporządzenie sfalszowanej opinii w zamian za korzyść majątkową jawi się więc jako rażące pogwałcenie obowiązków biegłego i wskazuje na niskie jego kwalifikacje moralne. Jego motywacja zasługuje na szczególne potępienie. Ostatecznie sąd powinien uwzględnić te uwarunkowania w ramach sędziowskiego wymiaru kary i potraktować jako okoliczności obciążające.

Z kolei za nieumyślne przedstawienie fałszywej opinii (art. 233 § 4a k.k.) grozi kara pozbawienia wolności do lat 3. Możliwe jest więc orzeczenie zamiast tej kary – grzywny albo kary ograniczenia wolności (na zasadach art. 37a k.k.). Sąd może również warunkowo umorzyć postępowanie albo odstąpić od wymierzenia kary.

Oprócz wymienionych kar możliwe jest również orzeczenie środków karnych i środków kompensacyjnych.

³³ J. Majewski [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz*, t. I, Warszawa 2012, s. 1366.

³⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 IV 2008 r., sygn. akt: VI SA/Wa 140/08, LEX nr 498390.

Mając na względzie specyfikę tego czynu, możliwe jest zastosowanie w szczególności środka opisanego w art. 41 § 1 k.k., czyli zakazu zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu. W myśl tego przepisu sąd może orzec omawiany środek, jeśli sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Owo nadużycie polega na umyślnym przekroczeniu przez sprawcę swych uprawnień albo niedopełnieniu swych obowiązków i wykorzystaniu wykonywania zawodu lub zajmowanego stanowiska do popełnienia przestępstwa³⁵. O nadużyciu może też świadczyć postępowanie wysoce nieetyczne, sprzeczne z etycznymi kanonami danej profesji³⁶. Jeśli więc opinia biegłego lekarza będzie wskazywała na jego niekompetencję w sprawach medycznych, niezajomość aktualnej wiedzy medycznej, metodyki przeprowadzania określonych badań itd., może być uzasadnione przekonanie, że dalsze wykonywanie przez niego zawodu, a więc udzielanie świadczeń zdrowotnych, może być groźne dla zdrowia i życia jego pacjentów. W efekcie sąd może zdecydować o orzeczeniu omawianego środka. Dla porządku warto zauważyć, że jego zastosowanie prowadzi do zakazu wszelkich czynności zawodowych i nie może być ograniczone w jakikolwiek sposób³⁷. Oznacza to, że lekarz nie tylko nie będzie mógł dalej pełnić funkcji biegłego, ale również wykonywać swych czynności zawodowych, czyli udzielać świadczeń zdrowotnych.

Środek ten jest orzekany terminowo, na okres od 1 roku do 15 lat.

Na marginesie należy zaznaczyć, że nawet jeśli sąd karny nie zdecyduje się na zastosowanie prezentowanego środka, to skazanie biegłego sądowego za omawiane przestępstwo implikuje konsekwencje dla dalszego pełnienia przez niego swej funkcji. W myśl bowiem § 12 ust. 1 rozporządzenia

³⁵ W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 II 1989 r. (sygn. akt: V KRN 300/88, OSP 1990/7/277). Orzekł w nim, że „nadużycie zawodu (odpowiednio stanowiska) w rozumieniu art. 42 § 1 k.k. wyraża się w popełnieniu umyślnego przestępstwa świadczącego, że sprawca wykorzystał wykonywany zawód dla popełnienia owego przestępstwa”.

³⁶ Por. uzasadnienie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 VI 1982 r., sygn. akt: Rw 422/82, OSNKW 1982/10-11/73.

³⁷ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 18 IX 2001 r., sygn. akt: I KZP 18/01, OSNKW 2001/11-12/89.

Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 I 2005 r. w sprawie biegłych sądowych³⁸ biegłym sądowym może być ustanowiona osoba, która m.in. korzysta z pełni praw cywilnych i obywatelskich oraz daje rękojmię należytego wykonywania obowiązków biegłego. Jeśli w trakcie wykonywania funkcji zajdą okoliczności, które wykluczają możliwość ustanowienia biegłym (np. osoba taka przestanie dawać rękojmię należytego wykonywania swych obowiązków), w myśl § 6 ust. 1 pkt 2 powołanego rozporządzenia prezes sądu okręgowego, przy którym biegły był ustanowiony, jest zobligowany do zwolnienia go z tej funkcji. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym wyjaśnia się, że podstawą do uznania, iż biegły nie daje rękojmi należytego wykonywania swych obowiązków, są m.in. uchybienia w terminowości opracowania opinii oraz zastrzeżenia co do rzetelności jej sporządzenia³⁹. Skazanie za przestępstwo przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, a więc w sferze, w której biegły powinien odznaczać się najwyższym standardem profesjonalnych działań, niewątpliwie uzasadnia odwołanie go z tej funkcji. Na zagadnienie to dobitnie zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, który w wyroku z dnia 30 III 2007 r.⁴⁰ orzekł, że „skazanie biegłego prawomocnym wyrokiem sądu za popełnienie przestępstwa uprawnia do przyjęcia, że nie spełnia on podstawowego warunku do wykonywania tej funkcji – rękojmi należytego wykonywania obowiązków biegłego”. Sąd dodał ponadto, że „mimo zatarcia skazania popełnienie przez stronę wnioskującą przestępstwa nie może pozostać bez wpływu na ocenę rękojmi należytego wykonywania obowiązków”. Oznacza to, że nawet jeśli doszło do zatarcia skazania, ponowne ustanowienie takiej osoby jako biegłego wymaga wzięcia pod uwagę uprzedniego skazania.

Możliwe jest również orzeczenie środka karnego opisanego w art. 43b k.k., tj. podanie wyroku do publicznej wiadomości. *Ratio* tego środka wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Katowicach, który w wyroku z dnia 8 VI 2007 r.⁴¹

³⁸ Dz.U. Nr 15, poz. 133.

³⁹ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 VI 2008 r., sygn. akt: VI SA/Wa 695/08, LEX nr 522683.

⁴⁰ Sygn. akt: VI SA/Wa 119/07, LEX nr 335193.

⁴¹ Sygn. akt: II AKa 190/07, KZS 2008/2/58.

wskazał, że „podanie wyroku do publicznej wiadomości powinno mieć miejsce przede wszystkim w takich przypadkach, które wzbudziły szczególne zainteresowanie społeczne, wywołały powszechne oburzenie czy też niepokój. Celowe jest również sięganie do tego środka w przypadku przestępstw nagminnie popełnianych na danym terenie lub w określonym środowisku”. W literaturze zauważa się, że celem tego środka jest zarówno prewencja ogólna w postaci kształtowania świadomości prawnej i oddziaływania kary, jak i negatywnej poprzez odwiedzenie potencjalnego sprawcy od popełnienia przestępstwa⁴². Wydaje się, że w przypadku biegłego lekarza środek ten może pełnić jeszcze inną funkcję, mianowicie represyjną. Bezspornie bowiem rozpowszechnienie informacji o skazaniu lekarza spowoduje negatywny jego odbiór w środowisku zawodowym i wśród pacjentów. Może to zaś doprowadzić w skrajnym przypadku do eliminacji z zawodu. W efekcie zastosowanie omawianego środka może być bardzo dolegliwe. Jego orzeczenie może jednak nastąpić tylko wówczas, gdy „nie narusza to interesu pokrzywdzonego”. Mając na względzie, że – jak już podano – pokrzywdzonym w sprawie o występki stypizowany w art. 233 § 4 albo 4a k.k. może być konkretny podmiot, choćby strona postępowania, może dla niej nie być korzystne upublicznienie informacji o postępowaniu, w którym występował skazany biegły. Sąd powinien więc zważyć na interes pokrzywdzonego i poniechać zastosowania prezentowanego środka, gdy dla pokrzywdzonego byłoby to szkodliwe⁴³.

W przypadku skazania za przedstawienie fałszywej opinii możliwe jest również zastosowanie środka kompensacyjnego, o którym mowa w art. 46 k.k. Z aktualnej redakcji tego przepisu wynika bowiem, że jego orzeczenie jest dopuszczalne przy skazaniu za jakiekolwiek przestępstwo, w tym za umyślne i nieumyślne. W kontekście tego środka warto przypomnieć, że mimo iż opisywany czyn godzi w dobro ogólne – wymiar

⁴² A. Ziółkowska [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, s. 311.

⁴³ Na zagadnienie to zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 czerwca 1971 r. (sygn. akt: II KR 89/71, OSNPG 1971/11/198). Choć orzeczenie to zostało wydane na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu karnego, zachowuje aktualność. Sąd podkreślił w nim zatem, że „o podaniu wyroku do publicznej wiadomości decyduje także wzgląd na interes pokrzywdzonego”.

sprawiedliwości, to, jak ustalono, pokrzywdzonym może być również strona postępowania, która w jej wyniku uzyskała negatywne rozstrzygnięcie sprawy i przez to poniosła szkodę. Może ona więc wystąpić z wnioskiem o zastosowanie wspomnianego środka. Należy zauważyć, że w sytuacji złożenia takiego wniosku sąd jest zobligowany go rozpatrzyć. Naturalnie jednak orzeczenie naprawienia szkody następuje tylko wówczas, gdy zostanie ona faktycznie stwierdzona. W judykaturze można spotkać stanowisko, że szkoda na gruncie tego przepisu rozumiana jest w sensie cywilistycznym i oznacza zarówno *damnum emergens* (szkodę rzeczywistą), jak i *lucrum cessans* (utracone korzyści)⁴⁴. Z kolei przez krzywdę należy rozumieć uszczerbek niemajątkowy, cierpienia moralne, fizyczne, które zostały spowodowane przestępstwem. Ustalanie zakresu krzywdy następuje na zasadach określonych w doktrynie i judykaturze prawa cywilnego. W piśmiennictwie postuluje się, by przy omawianym wartościowaniu wykorzystywać zobiektywizowany model pokrzywdzonego i w oparciu o niego zbadać zakres potencjalnych cierpień. Sąd powinien więc skorzystać z wzorca osoby „o normalnym emocjonalnym życiu wewnętrznym”⁴⁵. Przykładowo więc pokrzywdzony mógłby domagać się zadośćuczynienia, jeśli w wyniku fałszywej opinii biegłego doznał przykrości z tytułu długo trwającego postępowania sądowego, szkalujących informacji zawartych w opinii, zwłaszcza podważających jego kwalifikacje (choćby w sprawie o błąd medyczny, którego w rzeczywistości oskarżony nie popełnił). Na marginesie warto jednak wskazać, że skoro omawiany środek ma cywilistyczne konotacje, to możliwe jest również skorzystanie z konstrukcji *compensatio lucri cum damno*. Oznacza to, że skazany biegły nie będzie zobowiązany do wypłaty odszkodowania, jeśli szkoda została już naprawiona przez podmiot trzeci, np. ubezpieczyciela⁴⁶. Biegli lekarze

⁴⁴ Por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 VI 1995 r., sygn. akt: I KZP 22/95, OSNKW 1995/9-10/58; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 III 2013 r., sygn. akt: II AKa 486/12, Prok.i Pr.-wkl. 2013/10/22. R.A. Stefański [w:] R.A. Stefański, *Kodeks...*, s. 356; D. Szeleszczuk [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks...*, s. 423.

⁴⁵ J. Matys, *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010, s. 287.

⁴⁶ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 479.

mogą zatem rozważyć zawarcie umowy ubezpieczeniowej OC obejmującej tego typu ryzyko.

Nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpienie od jej wymierzenia

W myśl art. 233 § 5 k.k. sąd może (fakultatywnie) nadzwyczajnie złagodzić karę, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Rozwiązania te mogą znaleźć zastosowanie w dwóch sytuacjach, a mianowicie, gdy:

1. Falszywa opinia dotyczy okoliczności niemogących mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. Mając na względzie przedmiot ochrony omawianego występkę – dobro wymiaru sprawiedliwości – można przyjąć, że w takim przypadku odpada *ratio* karania, ewentualnie sankcja może być złagodzona. Ustawodawca nie zdecydował się jednak na całkowite wyłączenie karalności. Sam bowiem fakt przedstawienia fałszywej opinii wskazuje na negatywną postawę biegłego, która powinna spotkać się z reakcją karnoprawną. W literaturze wyjaśnia się, że dla stwierdzenia omawianej przesłanki nie można formułować jakichś ogólnych, abstrakcyjnych zasad interpretacyjnych, lecz ocena musi być dokonana przez sąd *in concreto*. Jako pewną dyrektywę podaje się jednak pozostawianie danej okoliczności w związku z przedmiotem postępowania. Jeśli powiązanie takie nie występuje, można przyjąć, że dana okoliczność nie ma wpływu na orzeczenie⁴⁷. Ponadto sąd powinien dokonać oceny *ex ante*, a nie *ex post*⁴⁸, a więc z chwili czynu, a nie z chwili oceny.
2. Sprawca dobrowolnie sprostuje fałszywą opinię, zanim nastąpi, chociażby nieprawomocne, rozstrzygnięcie sprawy. Jest to konstrukcja zbliżona do tzw. czynnego żalu, uregulowanego w art. 15 k.k., który dotyczy odstąpienia od usiłowania. Stąd ma analogiczne uzasadnienie. Celem prawa karnego jest ochrona dóbr prawnych. Jeśli

⁴⁷ B. Kunicka-Michalska [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks...*, s. 162.

⁴⁸ L. Tyszkiewicz [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 701.

więc sprawca co prawda narazi dane dobro, ale następnie zażegna stan zagrożenia, to zostanie zrealizowany ów cel, a sprawca powinien zostać w pewien sposób nagrodzony (co ma go zmotywować do takich działań zaradczych). Różnica w stosunku do czynnego żalu występującego przy usiłowaniu polega jednak na tym, że w przypadku przedstawienia fałszywej opinii sprawca już dokonał tego czynu. Jednakże może „naprawić swój błąd” i tym samym uchronić wymiar sprawiedliwości przed niewłaściwym postępowaniem i rozstrzygnięciem. Ustawodawca zachęca go więc do takich działań. Biegły może jednak skorzystać z tego dobrodziejstwa, jeśli wykaże, że dokonał sprostowania dobrowolnie. Warunek ten jest zatem spełniony, gdy sprawca uświadamia sobie obiektywną możliwość utrzymania stanu bezprawnego, ale rezygnuje z niego i bez nacisków zewnętrznych postanawia przywrócić stan do zgodnego z prawem⁴⁹. W doktrynie wyjaśnia się, że nie mają znaczenia pobudki zachowania sprawcy, nie musi on zatem kierować się pozytywną motywacją (np. wyrzutami sumienia, chęcią zadbania o korzystny wizerunek wymiaru sprawiedliwości i kształtowania zaufania do niego stron postępowania). Biegły może więc podjąć decyzję o sprostowaniu w wyniku obawy o odpowiedzialność karną⁵⁰, na skutek prośb osoby trzeciej itd. Istotne jest jednak, by działał z własnej woli (choć niekoniecznie z własnej inicjatywy), a *contrario* jego postępowanie nie może być wymuszone⁵¹. W doktrynie podkreśla się, że dla zrealizowania analizowanej przesłanki konieczne jest, by biegły sprostował wszelkie okoliczności, które zostały nieprawdziwie podane w opinii. Nie ma

⁴⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 VI 1987 r., sygn. akt: II KR 135/87, OSNKW 1987/11-12/108.

⁵⁰ Nie wyklucza „dobrowolności” wszczęcie postępowania przeciwko biegłemu. Jednakże mając na względzie, że skorzystanie z omawianych dobrodziejstw jest dla sądu fakultatywne, sąd powinien dokonać oceny całokształtu okoliczności, w których doszło do sprostowania. Przykładowo więc wziąć pod uwagę stan zaawansowania postępowania, wagę i zakres okoliczności, które zostały sprostowane. Por. W. Wróbel, A. Wójtaszczyk, W. Zontek [w:] L. Gardocki (red.), *System...*, s. 663; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 XII 1992 r., sygn. akt: WR 174/92, OSNKW 1993/7-8/47.

⁵¹ V. Konarska-Wrzošek [w:] V. Konarska-Wrzošek, *Kodeks...*, s. 118–119 i orzecznictwo tam podane.

jednak znaczenia forma takiego sprostowania⁵². Biegły musi dokonać sprostowania najpóźniej do wydania rozstrzygnięcia w danej sprawie, chociażby nieprawomocnego.

Zbieg przepisów

Omawiany występpek może pozostawać w zbiegu z innymi przepisami typizującymi, w szczególności z przestępstwami przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, m.in. z poplecznictwem – art. 239 k.k. W kontekście składania fałszywych zeznań na zbieg taki zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 V 1982 r.⁵³ Odnosząc to orzeczenie do zbiegu art. 233 § 4 k.k. i 239 k.k., można przyjąć, że będzie on występował w sytuacji, gdy biegły lekarz przedstawi fałszywą opinię, dążąc w ten sposób do utrudnienia postępowania i uchronienia sprawcy przed odpowiedzialnością. Opierając się na wspomnianym judykacie, można jednak przyjąć, że byłby to zbieg pozorny, a wielość ocen zostałaby wyłączona na zasadzie specjalności, gdzie *lex specialis* stanowiłby art. 233 § 4 k.k. Wydaje się natomiast, że nie jest możliwy zbieg typu nieumyślnego przedstawienia fałszywej opinii (art. 233 § 4a k.k.) z poplecznictwem. Nieumyślność tego pierwszego przestępstwa wyklucza bowiem ukierunkowanie na utrudnianie postępowania poprzez przedstawienie takiej opinii.

Możliwy jest też zbieg czynów stypizowanych w art. 233 § 4 i art. 271 k.k. Ma on miejsce, gdy osoba uprawniona do wystawienia dokumentu (opinii) – biegły lekarz – poświadcza w nim nieprawdę, a następnie przedstawia ten dokument jako dowód w postępowaniu sądowym. Zagadnienie to poddał szerszej analizie Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z 23 IX 2008 r.⁵⁴ orzekł, że „między przepisami art. 271 § 1 k.k. oraz art. 233 § 4 k.k. może zachodzić tzw. stosunek krzyżowania, prowadzący do kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy – art. 11 § 2 k.k.”. W uzasadnieniu do tego rozstrzygnięcia Sąd wyjaśnił, że inny jest rodzajowy

⁵² R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2002, s. 378.

⁵³ Sygn. akt: II KR 162/82, OSNKW 1983/1/9.

⁵⁴ Sygn. akt: I KZP 18/08, OSNKW 2008/10/79.

przedmiot ochrony czynów stypizowanych w tych przepisach. Art. 271 § 1 k.k. chroni bowiem wiarygodność dokumentu, a art. 233 § 4 k.k. poprawność postępowania sądowego, w którym dokument taki, w postaci opinii, jest używany. Sąd wywodził, że każde poświadczenie nieprawdy co do okoliczności mających znaczenie prawne w sporządzanej przez biegłego opinii (a więc dokumencie) mającej służyć za dowód w postępowaniu sądowym będzie jednocześnie „przedstawieniem fałszywej opinii”. Jednakże relacja odwrotna już nie zachodzi. Pojęcie fałszywej opinii jest bowiem szersze niż „poświadczenie nieprawdy co do okoliczności mającej znaczenie prawne”. W tym pierwszym wypadku przedmiotem wartościowania mogą być nie tylko fakty, ale również metody badawcze i wnioski. Natomiast w sytuacji fałszu intelektualnego ocena odnosi się jedynie do warstwy faktograficznej. Ponadto relacja krzyżowania jest widoczna w przypadku, gdy biegły przedstawia swą opinię ustnie, nie zostaje zaś ona zamieszczona w dokumencie. Wówczas czynu takiego nie można kwalifikować jako poświadczenia nieprawdy, czyli na podstawie art. 271 k.k. Ostatecznie zatem Sąd doszedł do wniosku, że między tymi przepisami nie zachodzi zbieg pozorny, gdyż nie można zastosować żadnej z reguł redukcji ocen karnoprawnych. Stąd też dla oddania pełnej zawartości bezprawia konieczne jest sięgnięcie po instytucję kwalifikacji kumulatywnej, na zasadzie art. 11 § 2 k.k.

W piśmiennictwie dodaje się jeszcze, że w przypadku, gdy oba zachowania sprawcy były objęte z góry powziętym zamiarem (biegły, przystępując do sporządzenia opinii, zakładał, że poświadczy w niej nieprawdę i następnie przedstawi swą opinię w danym postępowaniu sądowym), należy zastosować konstrukcję czynu ciągłego, o której mowa w art. 12 k.k.⁵⁵

Treści zawarte w opinii mogą być szkalujące, poniżające daną osobę w opinii publicznej, i mogą narażać na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności (np. jeśli z opinii będzie wynikało, że lekarz dopuścił się rażącego błędu medycznego). Wówczas mogą zostać wyczerpane znamiona przestępstwa zniesławienia

⁵⁵ W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, t. II, s. 1566.

(art. 212 k.k.). W takim wypadku nastąpi realny zbieg przepisów na zasadzie art. 11 § 2 i 3 k.k. (warto jednak zwrócić uwagę, że przestępstwo zniesławienia jest ścigane z oskarżenia publicznego, zbieg taki będzie więc miał miejsce, gdy pokrzywdzony wystąpi z prywatnym aktem oskarżenia).

Podsumowanie

Opinie biegłych, w tym lekarzy, stanowią fundamentalny materiał dowodowy w sprawach różnego typu, zarówno w postępowaniu cywilnym, jak i karnym. Powinny więc cechować je profesjonalizm, rzetelność i staranność. Słusznie zatem wartości te zostały zabezpieczone sankcjami karnymi. Jednakże wydaje się, że ich obecny kształt nie jest właściwy. Odpowiedzialność biegłego, w tym lekarza, jest bowiem bardzo surowa. Wynika to nie tylko ze znaczącego podwyższenia ustawowych granic zagrożenia karą za umyślne przedstawienie fałszywej opinii, ale również z wprowadzenia nieumyślnego odpowiednika tego czynu. Jego znamiona są wysoce niedookreślone, co stawia pod znakiem zapytania zgodność tego przepisu z podstawową zasadą prawa karnego *nullum crimen sine lege certa*. Można też mieć wątpliwości co do zasadności tego unormowania w kontekście funkcji prawa karnego jako ostatecznego środka. Z punktu widzenia polityki kryminalnej regulacja ta też jest kontrowersyjna. Może bowiem powodować niechęć ekspertów, w tym lekarzy, do podejmowania się sporządzania opinii. W efekcie ucierpi dobro wymiaru sprawiedliwości, który będzie jeszcze bardziej niewydolny. Zjawisko to jest zaś zaprzeczeniem istoty przepisów zawartych w rozdziale XXX k.k. *De lege ferenda*. Należy zatem postulować uchylene art. 233 § 4a k.k., a przynajmniej złagodzenie grożących za ten czyn sankcji. Jeśli zaś to nie nastąpi, trzeba apelować do organów powołanych do ścigania przestępstw, by z dużą wagą i jedynie w ostateczności sięgały po tę regulację.

Bibliografia

- M. Budyn-Kulik, *Kilka uwag o przestępstwie z art. 233 k.k. (składanie fałszywych zeznań) po nowelizacji z 11 marca 2016 r.*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia, vol. LXIII, 1, 2016
- R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2002
- O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004
- A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018
- M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014
- J. Kochanowski, *Standard rozsądnego człowieka w prawie karnym*, Studia Iuridica, 20/1991
- V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016
- L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie*, Warszawa 1975
- A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001
- Z. Marek, *Błąd medyczny*, Kraków 1999
- J. Matys, *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010
- Z. Młynarczyk, *Fałszywe zeznania w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971
- M. Rodzynkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998
- K. Schmoller, *Standardowe postacie w prawie karnym jako pomocniczy punkt odniesienia w ocenach prawnych*, Przegląd Prawa Karnego, 5/1992
- R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017
- D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2017
- Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego [w:] Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997
- A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz*, Warszawa 2004
- W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2017
- W. Wróbel, A. Wojtaszczyk, W. Zontek [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego*, t. 8, *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013
- I. Wrześniewska-Wal, *Specyfika opinii biegłego w cywilnych procesach medycznych w aktualnym orzecznictwie i badaniach własnych [w:] B. Lewandowski (red.), *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym**, Warszawa 2016
- A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz*, t. I, Warszawa 2012

Summary

Criminal liability of an expert doctor for providing a false opinion

Since the Middle Ages, the need to appoint expert doctors to assist the courts in dealing with cases was recognised. Nowadays, the participation of experts is indispensable in many cases. Procedural regulations require that they be consulted in all cases where specialist knowledge is needed, including in the field of medicine. Such a necessity arises both in civil proceedings, mainly to determine the health condition of the injured party, who claims compensation, and in criminal proceedings. In this area, experts speak primarily in cases of acts that result in bodily harm, as well as if there is a need to establish the state of health of the perpetrator. Their expert assessments are an important signpost for procedural authorities and may have a decisive influence on the decision. Opinions must therefore be reliable, prepared conscientiously and based on the current state of knowledge. These requirements have been secured by criminal sanctions. Presenting a false opinion is a crime described in Article 233 § 4 and 4a of the *Criminal Code*. The shape of this provision is a result of the amendment to the Code which took place in 2016. However, the current editorial office raises many doubts. Therefore, the article presents the subject and subjective side of this offence, its punishability and coincidence with other regulations typifying prohibited acts. In particular, the controversy concerning the „presents” character is discussed. This issue is used to answer the question about the formal nature of this crime. The responsibility for the unintentional type of crime is also discussed in more detail, especially rules that established whether an expert has violated the precautionary principles required for drawing up an opinion. The section on punishment indicates the penalties and compensatory measures that may be imposed for the offence under consideration. The next part focuses on cumulative concurrence of penal law provisions and the attestation of an untruth. The statutory level of

punishment for an intentional act is also undermined. The discussion is concluded with proposals to revoke or modify the regulations in question, and with *de lege lata* appeal to the procedural bodies for the correct application of these provisions.

Key words: expert, false opinion, attestation of an untruth, criminal liability of the expert

Staranność badań prenatalnych i jej konsekwencje dla zdrowia przyszłego dziecka

Wstęp

Diagnostyka prenatalna służy wczesnemu wykrywaniu wad zdrowotnych w okresie płodowym. Jej rozwój prowadzi do postępu nauki o tego rodzaju wadach i przyczynia się do opracowywania coraz to nowych metod leczniczych. Dzięki niej można stwierdzić i rozpoznać choroby genetyczne płodu i wady wrodzone nawet we wczesnym okresie ciąży¹. W sposób niepozostawiający wątpliwości ma to na celu dobro przyszłego dziecka²: służy uzyskaniu wiedzy w sprawie możliwej kwalifikacji do leczenia³. Leczenie jest trudne i obarczone dużym ryzykiem niepowodzenia, ale postęp wiedzy, uzyskany dzięki wykonywaniu i stałemu doskonaleniu diagnostyki prenatalnej, umożliwia efektywny ratunek dla coraz większej liczby dzieci, którym dawniej medycyna nie dawała najmniejszych szans na przeżycie.

Rozważania prawnicze i bioetyczne ogniskowały się dotychczas wokół skutków braku informacji o badaniach prenatalnych, odmowy wystawienia na nie skierowania, uchybień w poinformowaniu o wynikach oraz ich wpływu na decyzje co do utrzymania ciąży. Opracowania lekarskie

¹ M.in. hemofilię, dystrofię mięśniową Duchenne'a, fenyloketonurię, mukowiscydozę, zespół Downa, zespół Turnera, zespół Edwardsa, zespół Patau, otwarte wady cewy nerwowej, wady serca oraz wady układu moczowego. (E. Wojtowicz, U. Rychlik, A. Marszałek, J. Palka, *Diagnostyka prenatalna – terażniejszość i przyszłość*, Diagnostyka Laboratoryjna, 2014, 50(1), s. 71).

² R. Dębski, *Diagnostyka płodu*, Ogólnopolski Przegląd Medyczny 7/2007, s. 32.

³ Zob. *Położnictwo i ginekologia*, t. 1, red. G. Bręborowicz, Warszawa 2010, s. 472 i n.

akcentują poznawczy walor tych badań i otwierające się dzięki nim możliwości terapeutyczne. W wyrokowaniu sądów obecny jest także niepokojący wątek badań prenatalnych wykonanych, zdawałoby się, w dobrej wierze, ale dotkniętych błędem⁴. Brak odpowiedniej informacji o stanie zdrowia płodu skutkuje niesłusznym optymizmem przyszłej matki i niemożnością podjęcia decyzji w sprawie leczenia płodu oraz pociąga za sobą utratę szansy na poprawę zdrowia u narodzonego później dziecka. Artykuł podejmuje tę właśnie problematykę, a w szczególności: zagadnienie swobody decyzyjnej kobiety w sprawie leczenia, w tym ocenę odmowy zgody na zabieg *in utero*; charakter prawny leczenia płodu *in utero* w świetle ryzyka dla zdrowia przyszłej matki; kryteria zawinienia przy ocenie badań obrazowych; krąg osób podejrzanych o zawinione błędy medyczne; związek przyczynowy w przypadku utraty szans leczniczych oraz znaczenie czynnika eksperymentalnego. Analiza przywołanych spraw odszkodowawczych, dyscyplinarnych oraz dochodzeń prokuratorskich prowadzi do wniosku, że w wielu przypadkach kluczowe dla określenia stanu płodu badania USG przeprowadzone były pobieżnie i bez zainteresowania lekarza miarodajnym wynikiem. Takie podejście godzi w dobro zdrowotne płodu i wydaje się nieracjonalne, chyba żeby uznać je za podyktowane własną wygodą unikanie udziału w późniejszych decyzjach o kontynuowaniu bądź terminacji ciąży.

I. Cel i funkcje diagnostyki prenatalnej

Do terapii w okresie płodowym kwalifikuje się coraz więcej schorzeń i zwiększa ona szanse narodzin z mniejszymi obciążeniami zdrowotnymi. Jako jedno z możliwych do leczenia wymienia się przepuklinę przeponową⁵, oponowo-rdzeniową, chorobę hemolityczną wywołaną konfliktem

⁴ Zob. często przywoływany wyrok SN z 6 V 2010 r., II CSK 580/09, OSP 2/2011.

⁵ W bardzo zaawansowanych przypadkach tego schorzenia 90% dzieci umiera od razu po porodzie. Zastosowanie terapii prenatalnej (fetoskopowa okluzja tchawicy płodu) przyczynia się do około dwukrotnego zwiększenia ich szans na przeżycie (normalnie wynoszą 10–20%, a więc dzięki działaniom lekarzy mogą wzrosnąć do 20–40%); *Wztyczne Grupy Roboczej Europejskiego Towarzystwa Kardiologicznego (ESC) do spraw postępowania w chorobach sercowo-naczyniowych u kobiet w ciąży*, Kardiologia Polska 2011: 69 (supl. 7): 341–400).

serologicznym⁶ czy niektóre wady serca albo nerek. Odpowiednio wczesna diagnostyka pozwala również ukierunkować prowadzenie ciąży, w tym zaplanować sposób jej rozwiązania i przekazać noworodka od razu w ręce przygotowanego dzięki historii choroby specjalisty, który fachowo się nim zaopiekuje i wdroży leczenie bez opóźnień. Zapobiega to sytuacjom, w których stan dziecka ulegnie niespodziewanemu pogorszeniu już w domu, podczas gdy właściwe leczenie można było podjąć od razu po porodzie⁷. Część spośród zdiagnozowanych dzięki badaniu prenatalnemu wad, wliczając w to niektóre wady genetyczne, wymaga podjęcia decyzji w sprawie rozwiązania porodu przez planowe cesarskie cięcie⁸.

Najwięcej informacji o stanie płodu da się uzyskać dzięki ultrasonografii⁹, która jest badaniem nieinwazyjnym i powinna być rutynowo wykonywana trzykrotnie w czasie ciąży niepowiklanej¹⁰, natomiast częściej przy ciąży podwyższonego ryzyka. O terminach tych badań decydują przede wszystkim kryteria medyczne i stan zaawansowania ciąży umożliwiające wykrycie określonych wad. Oprócz badań obrazowych stosowane są badania laboratoryjne, w tym genetyczne. Według stanu na

⁶ Zaawansowane postaci konfliktu serologicznego prowadzą u płodu do znacznego stopnia anemii, obrzęku oraz wewnątrzmacicznego obumarcia. Metodą ratującą są transfuzje w łonie matki. Po zastosowaniu tej terapii znaczna większość dzieci przeżywa: ryzyko wystąpienia zaburzeń rytmu serca płodu, wywołania czynności skurczowej macicy oraz porodu przedwczesnego lub nawet wewnątrzmacicznego obumarcia płodu wynosi około 5%. Niezastosowanie leczenia wewnątrzmacicznego w zaawansowanych przypadkach anemii płodu wywołanej konfliktem serologicznym prowadzi natomiast nieuchronnie do wewnątrzmacicznego obumarcia płodu (*Stanowisko Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego w sprawie debaty publicznej dotyczącej postulowanych zmian w zakresie prawnej dopuszczalności wykonywania zabiegu przerywania ciąży*, Ginekologia i Perinatologia Praktyczna 2016, t. 1, nr 3, s. 97).

⁷ Chodzi o wady tzw. nieme klinicznie. Noworodek z ciężką wadą serca jest najczęściej dużym, donoszonym chłopcem, urodzonym o czasie, z maksymalną punktacją (10) według skali Apgar, często bez szmeru nad sercem. Jego stan zaczyna pogarszać się w pierwszych dobach życia, a **objawy niejednokrotnie imitują uogólnione zakażenia**. W przypadkach noworodków z przewodowodzależnym krążeniem systemowym ich stan pogarsza się później, czasami już po wypisaniu do domu (J. Dangel, *Diagnostyka prenatalna – mity i rzeczywistość*, Nauka 3/2007, s. 41).

⁸ J. Dangel, *Diagnostyka prenatalna...*, s. 45 i tam przywołane: B. Goc, Z. Walencka, A. Wloch et al., *Trisomy 18 in neonates: prenatal diagnosis, clinical features, therapeutic dilemmas and outcome*, J. Appl. Genet. 2006; 47(2): 165–70.

⁹ J. Dangel, *Diagnostyka prenatalna...*, s. 32.

¹⁰ *Ibidem*.

chwile obecną większość diagnozowanych wad genetycznych nie poddaje się leczeniu, a terapia genowa znajduje się w fazie eksperymentów¹¹, niemniej wiedza stopniowo posuwa się naprzód. Ponadto stwierdzenie wady genetycznej umożliwia wdrożenie diagnostyki pod kątem wad towarzyszących, w tym wad serca i układu moczowego.

Interes przyszłego dziecka przejawia się w wykonaniu badań przedurodzeniowych w celu wykrycia ewentualnych wad i rozważenia ich leczenia od razu po porodzie lub wewnątrzmacicznie. W najlepiej pojętym interesie dziecka leży przyjście na świat w możliwie dobrym stanie zdrowia i w konsekwencji – odpowiednio wczesne zdiagnozowanie tych wad, które nadają się do leczenia, bądź chociaż poprawa stanu przez ograniczenie niekorzystnych skutków zdrowotnych. W najlepszym interesie przyszłych rodziców leży to samo: by ich dziecko urodziło się jak najzdrowsze. Taka analiza interesów może mieć dalsze konsekwencje z punktu widzenia odpowiedzialności deliktowej z art. 4461 k.c. za szkody prenatalne, gdy badanie zostało przeprowadzone niestaranie, a brak właściwego rozpoznania uniemożliwił podjęcie leczenia.

Prawo do badań prenatalnych (przewidziane w dwóch ustawach: o planowaniu rodziny¹² oraz o wsparciu kobiet w ciąży i rodzin „Za życiem”¹³) spełnia różnorakie funkcje informacyjne, które stanowią pochodną innych praw pacjenta. Jego realizacja daje następujące możliwości:

1. Umożliwia wykrycie oraz zdiagnozowanie wad płodu, w tym chorób możliwych do leczenia. Pozwala to zaproponować i zaplanować sposoby terapii *in utero*, a także natychmiast po porodzie, czasem zanim jeszcze wystąpią niebezpieczne objawy. **Funkcja ta wynika wprost z wiedzy medycznej i należy ją uznać za pierwotną oraz najważniejszą.**

¹¹ E. Syweński i in., *Plód jako pacjent – rys historyczny*, Perinatologia, Neonatologia i Ginekologia 4/2008, s. 316.

¹² Ustawa z 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r. Nr 17 poz. 78 ze zm.) – art. 2 ust. 2a.

¹³ Ustawa z 4 XI 2016 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 473) – art. 6 pkt 1.

2. Dostarcza informacji o stanie zdrowia. Prawo do informacji jest samoistnym prawem każdego pacjenta, pozwalającym na uzyskanie wiedzy o własnym organizmie, choć najczęściej postrzeganym jako warunek konieczny poszanowania autonomii decyzyjnej. Nierozrwalny związek płodu z ciałem noszącej go kobiety sprawia, że stan zdrowia płodu odnosi się bezpośrednio lub pośrednio do zdrowia przyszłej matki. Naturalna w okresie ciąży troska o przyszłe dziecko przejawia się także w zainteresowaniu stanem jego zdrowia.
3. Przygotowuje na narodziny chorego dziecka, pozwala oswoić się z myślą i ogranicza traumę. Mimo że jest to wiedza tragiczna, ma dla starających się o dziecko znaczenie fundamentalne¹⁴. Decyzje podejmowane z tą świadomością dodają sił psychicznych do podolania trudnościom opieki nad chorym lub niepełnosprawnym. Ta funkcja powiązana jest m.in. z ustawą o wsparciu kobiet w ciąży i ich rodzin.
4. W razie stwierdzonych poważnych wad płodu pozwala kobiecie podjąć rozebraną decyzję w sprawie utrzymania albo terminacji ciąży. To prawo wyboru wynika z uznanego przez sądownictwo za dobro osobiste prawa do planowania rodziny¹⁵ i znajduje potwierdzenie w ustawach o planowaniu rodziny i o wsparciu kobiet w ciąży i ich rodzin.
5. Niepomyślny wynik może dostarczyć podstawy faktycznej do zgodnej z prawem terminacji ciąży¹⁶.

W tym miejscu warto podkreślić, że spotykane w doktrynie prawa redukcowanie badania prenatalnego do podstawy dla przerwania ciąży stanowi błąd w założeniu, ponieważ diagnostyka ta służy przede wszystkim dobru przyszłego dziecka, a uprawnienie do terminacji ciąży na podstawie

¹⁴ J. Różyńska, *Etyka i diagnostyka przedurodzeniowa* [w:] *Bioetyka*, red. W. Chańska, J. Różyńska, Warszawa 2013, s. 347.

¹⁵ Takie stanowisko Sąd Najwyższy przyjął w wyrokach z 21 XI 2003 r., V CK 16/03 (OSNC nr 6, poz. 104), z 12 VI 2008 r., III CSKL 16/08 (OSNC z 2009 r., nr 3, poz. 48), w uchwale z 13 X 2005 r., IV CK 161/05 (OSP z 2006 r., nr 6, poz. 71). Zob. też wyrok SN z 6 V 2010 r., II CSK 580/09, OSP nr 2/2011.

¹⁶ M. Boratyńska, *Badania prenatalne i przedimplantacyjne* [w:] *System prawa medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, t. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, cz. 2, Wolters Kluwer 2019, s. 239–240.

tych badań stanowi tylko skutek uboczny, a nie cel badań samych w sobie¹⁷. W sprawie RR przeciwko Polsce ETPCz zauważył, że „prenatalne badania genetyczne służą do różnych celów i nie powinny być utożsamiane z zachęcaniem kobiet w ciąży do starania się o aborcję. Po pierwsze, mogą one przede wszystkim rozwiązać podejrzenie, że płód jest dotknięty pewnego rodzaju wadą. Po drugie, kobieta w ciąży może również zdecydować o donoszeniu ciąży i urodzeniu dziecka. Po trzecie, w niektórych przypadkach (...) diagnoza prenatalna schorzenia może umożliwić podjęcie leczenia prenatalnego. Po czwarte, nawet w przypadku negatywnej diagnozy daje ona kobiecie i jej rodzinie czas na przygotowanie na urodzenie dziecka dotkniętego schorzeniem pod względem poradnictwa i radzenia sobie ze stresem wywołanym przez taką diagnozę”¹⁸.

Celem badania jest uzyskanie informacji, a jak owa informacja zostanie przez uprawnione osoby wykorzystana, zależy tylko od nich samych. Brak informacji uniemożliwia legalne przerwanie ciąży, ale uniemożliwia też podjęcie leczenia.

II. Autonomia decyzyjna przyszłej matki. Ocena ryzyka zdrowotnego i szans leczniczych

Medyczna ochrona płodu lub dziecka¹⁹ zawsze odbywa się kosztem zdrowia kobiety, z wyjątkiem może doustnego podawania witamin. W trosce o przyszłe dziecko pacjentki na ogół nie odmawiają przyjmowania leków, ale i do tego mogą je zniechęcać dolegliwości skutków ubocznych. Przykładów dostarcza szpitalne podtrzymywanie ciąży zagrożonej, gdy kobiety otrzymują wysokie dawki specyfików, które mogą prowadzić do trwałego uszczerbku na ich zdrowiu. Przeprowadzenie zabiegów na płodzie *in utero*

¹⁷ M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie operacyjne płodu* [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016, s. 816.

¹⁸ Teza nr 71.

¹⁹ Chodzi o operacyjne rozwiązanie porodu ze względu na zagrożenie dziecka. Na etapie porodu albo przed jego rozpoczęciem w odpowiednio donoszonej ciąży można już mówić nie o płodzie, lecz o dziecku zdolnym do samodzielnego życia.

wymaga z kolei ciężkiego uszkodzenia ciała kobiety. W celu zmniejszenia obciążeń zdrowotnych przy niektórych zabiegach stosuje się metodę fetoskopową²⁰. Ze względu na rodzaj zabiegu może jednak zaistnieć potrzeba laparotomii i rozcięcia macicy²¹. Nie trzeba tłumaczyć, że dla kobiety czynności te są pozbawione jakiegokolwiek celu leczniczego²², a przy tym zwiększają późniejsze ryzyko porodowe. Dobrowolne poświęcenie jest tutaj społecznie akceptowane i uzasadniane celem leczniczym w stosunku do płodu, ale odmowa służy zachowaniu własnego zdrowia i z tego powodu też powinna być szanowana. Narażanie przez kobietę zdrowia i życia dla dobra nienarodzonego ma charakter czysto altruistyczny²³, podobnie jak dawstwo do przeszczepu²⁴. Dlatego powinno być tak samo kwalifikowane od strony etycznej: jako akt poświęcenia, a nie obowiązek²⁵.

Warto przy tym sobie uzmysłować, że zabiegi medyczne na płodach, mimo iż stanowią wybitne osiągnięcie współczesnej medycyny, wciąż obciążone są dużym ryzykiem niepowodzenia. Oszacowanie szans ma w znacznej mierze charakter statystyczny i w konkretnym przypadku zabieg może pociągać za sobą znacznie poważniejsze, niż pierwotnie sądzono, komplikacje zarówno dla płodu, jak i dla poświęcającej się przyszłej matki²⁶. Wobec niepewności rokowań tym istotniejsze jest uświadomienie ich pacjentce przed podjęciem decyzji, skonfrontowanie

²⁰ Fetoskop jest długą i cienką igłą wyposażoną w tor wizyjny i narzędzia chirurgiczne. Urządzenie wprowadza się do macicy przez małe (ok. 3 mm) nacięcie w brzuchu ciężarnej. Zmniejsza to stopień interwencji i tym samym ryzyko zgonu płodu oraz matki. (Za: J. Jońca, *Nienarodzeni pacjenci*, Wiedza i Życie, marzec 2019, s. 19).

²¹ *Zabiegi wewnątrzmaciczne*, Rozmowa z dr n. med. Marzeną Dębską, specjalistką w zakresie położnictwa i ginekologii, ultrasonografii i diagnostyki prenatalnej, ze Szpitala Bielańskiego w Warszawie, <http://ginekologiapolsce.pl/zabiegi-wewnatrzmaciczne> [13 II 2020].

²² Podobnie M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie...*, s. 823.

²³ K. Szewczyk, *Bioetyka*, t. 1, *Medycyna na granicach życia*, Warszawa 2009, s. 277.

²⁴ M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie...*, s. 823; K. Szewczyk, *Czy płód jest pacjentem? Medyczne modele relacji kobieta brzemienna – dziecko nienarodzone*, *Diametros* 2012/32, s. 114.

²⁵ Zob. M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie...*, gdzie została przeprowadzona metodyczna polemika z poglądami przyznającymi podmiotom trzecim (przyszłemu ojcu, sądowi, kuratorowi) kompetencje decyzyjne mające na celu przełamanie negatywnej woli kobiety.

²⁶ Zob. K. Szewczyk, *Bioetyka...*, t. 1, s. 276.

jej oczekiwań z realiami medycznymi²⁷ i pozostawienie pełnej swobody wyboru.

Otwarcie brzucha przyszłej matki może być usprawiedliwione przez leczniczy cel działania na korzyść płodu, tylko gdy legalizuje je dobrowolna i uświadomiona zgoda pacjentki, dokonującej w ten sposób wartościowania dóbr osobistych²⁸: spełnionego rodzicielstwa, cieszenia się niezakłóconym życiem rodzinnym (któremu na przeszkodzie stoi choroba płodu i późniejsza niepełnosprawność dziecka) i dobra zdrowotnego przyszłego dziecka – kosztem uszkodzenia ciała i narażenia życia. Na potrzeby analizy płód można tutaj określić mianem pacjenta *sui generis*, tzn. jako do pewnego czasu nierozdzielnie z organizmem kobiety związane i rozwijające się tam dobro, chronione w zakresie wyznaczonym ustawą i wymagające wsparcia medycznego na tyle, na ile nie koliduje to z dobrami prawnymi kobiety, w tym z jej nietykalnością i integralnością cielesną. Kluczowe znaczenie dla dopuszczalności interwencji medycznej ma uświadomiona zgoda kobiety, udzielona w akcie poświęcenia własnych dóbr prawnych. Dotyczy to w równym stopniu każdego zabiegu niezależnie od stopnia jego komplikacji: trudnych operacji płodowych, jak cesarskiego cięcia, które należy wprowadzić do zabiegów rutynowych i wypraktykowanych, ale zawsze obarczonych ryzykiem śmierci.

²⁷ Zob. K. Dąbrowska, J. Gadzinowski, *Czy operacje wewnątrzmaciczne są uzasadnione? – perspektywa neonatologa*, cz. II, *Przepuklina oponowo-rdzeniowa, uropatia zaporowa, wysięk opłucnowy*, Ginekologia Polska 2011, 82, s. 463. Przykładowo: wyniki randomizowanego badania klinicznego dla przepukliny oponowo-rdzeniowej MOMS (*Management of Myelomeningocele Study*), opublikowane w *New England Journal of Medicine* (NEJM 2011, 364: 993-1004) są następujące. Naukowcy z trzech ośrodków amerykańskich porównywali częstość implantowania do główki dziecka układu zastawkowego, rozwój psychomotoryczny oraz funkcje neurologiczne u dzieci z przepukliną oponowo-rdzeniową operowanych *in utero* i po porodzie. Stwierdzono m.in., że implantacja zestawu zastawkowego była konieczna w wieku 12 miesięcy u 40 proc. dzieci operowanych podczas życia płodowego i u 82 proc. operowanych po urodzeniu. W wieku 30 miesięcy rozwój psychomotoryczny był znacznie lepszy w grupie dzieci operowanych *in utero*, a część z nich samodzielnie chodziła. (Za: M. Koton-Czarnecka, *Operacje w łonie matki*, Puls Medycyny, wyd. elektroniczne, <https://pulsmedycyny.pl/operacje-w-lonie-matki-884378>, 21 II 2020).

²⁸ Zob. M. Boratyńska, *Opieka okołoporodowa, Cesarskie cięcie i zabiegi na płodzie in utero...* [w:] *System prawa medycznego*, red. nac. E. Zielińska, t. 2, cz. 2, Wolters Kluwer 2019, s. 480–483.

Zgoda ta powinna być jednak wydana z pełnym rozeznaniem zarówno co do rysujących się możliwości ratowania zdrowia lub życia przyszłego dziecka, jak i zwłaszcza co do zagrożeń zdrowotnych dla siebie. Nic nie ujmując wspaniałości osiągnięć wiedzy medycznej na tym polu oraz umiejętności w technice zabiegowej – operacje tego rodzaju niosą ze sobą poważne ryzyko zdrowotne. Fotografie uśmiechniętych pacjentek z dużym brzuchem i jeszcze szerzej uśmiechających się towarzyszących im lekarzy²⁹ świadczą tylko o tym, że po zabiegu ciąża się utrzymała, a pacjentka jest w dobrym stanie. Nie wiadomo natomiast, jak przebiegnie poród, w jakim zdrowiu kobieta opuści oddział położniczy i na ile zabieg poprawi kondycję urodzonego dziecka. Prawidłowa i odpowiednio wczesna diagnoza stanowi informację niezbędną dla sporządzenia swoistego bilansu korzyści i obciążeń związanych z leczeniem płodu *in utero*, a z drugiej strony – ryzyka dla własnego organizmu. Przykładowo: wewnątrzmaciczne operacje zamknięcia przepukliny oponowo-rdzeniowej mogą istotnie zmniejszyć stopień przyszłej niepełnosprawności dziecka, ale obarczone są sporym ryzykiem powikłań anestezyjologicznych, infekcji wewnątrzmacicznej, odklejenia łożyska i przedwczesnego porodu. Wykonywane na otwartej macicy, należą do wysoce inwazyjnych³⁰. Dla własnego dobra zdrowotnego pacjentka powinna zostać szczegółowo poinformowana o technice zabiegowej i ryzyku śmiertelnych powikłań. Podobne operacje wykonywane już po urodzeniu dziecka są wprawdzie znacznie łatwiejsze i nie obciążają organizmu matki, ale za cenę większej niepełnosprawności u dziecka³¹.

²⁹ Zob. J. Jońca, *Nienarodzeni pacjenci*, s. 21.

³⁰ Zabieg wykonuje się w okresie między 22. a 27. tygodniem ciąży, bo macica jest wtedy mniej reaktywna, co z kolei zmniejsza ryzyko przedwczesnego porodu. Lekarze rozcinają powłoki brzuszne i wytaczają macicę, odcinając przy tym płyn owodniowy do specjalnych pojemników. Konieczne jest przy tym zachowanie odpowiedniej wilgotności i temperatury wytoczonej macicy. Rozcięcie macicy powoduje odsłonięcie przepukliny płodu i wtedy można przystąpić do zamknięcia rozszczępu kręgosłupa, w ten sam sposób jak u dzieci po urodzeniu. Ostatnim etapem jest zszywanie macicy, poprzedzone uzupełnieniem płynu owodniowego, oraz zszywanie powłok brzusznych. Podczas całego zabiegu stan płodu monitorowany jest za pomocą USG. (Za: M. Koton-Czarnecka, *Operacje w łonie matki*).

³¹ Operacyjne zamknięcie przepukliny jeszcze przed narodzinami zmniejsza ryzyko wodogłowa. Sprawia także, iż późniejsza rehabilitacja ruchowa kończyn dolnych jest skuteczniejsza, a dziecko ma

Kobieta ciężarna nie może być postrzegana jako prawnie zobowiązana do poddania się zabiegowi w interesie nienarodzonego. Matka jest traktowana na gruncie prawa karnego jako gwarant ochrony dóbr prawnych dziecka dopiero od chwili jego urodzenia³² – w nawiązaniu do art. 95 § 1 k.r.o.. Nawet jednak gdyby obowiązki gwaranta rozciągać na okres prenatalny, to ich przedmiotem nie jest poddanie się zabiegowi medycznemu: art. 162 § 2 k.k. wyłącza odpowiedzialność karną za nieudzielenie pomocy człowiekowi w niebezpieczeństwie, gdy w celu udzielenia tej pomocy niezbędne byłoby poddanie się zabiegowi lekarskiemu³³. Analiza prawnokarna prowadzi więc do wniosku, że tym bardziej kobiecie ciężarnej wolno zdecydować o niepoddaniu się czynności leczniczej mającej na celu dobro płodu i to niezależnie od przyczyn, choćby irracjonalnych. Ponadto sprzeciwiając się ingerencji w swój organizm, kobieta korzysta z własnych praw jako pacjenta, gwarantowanych przez Konstytucję RP i ustawy. Bez względu zatem na motywację i konsekwencje nie można twierdzić, żeby takie zachowanie było bezprawne³⁴.

Jest to argumentacja przywołana w odpowiedzi³⁵ na postulat, aby samostanowienie ciężarnej w imię ochrony interesów zdrowotnych nienarodzonego ograniczyć w drodze rozszerzającej interpretacji okoliczności i stanów decydujących o niekompetencji materialnej, a co za tym idzie – by uznać kobietę w tej kondycji za niezdolną do wyrażenia rozeznanej zgody³⁶. Ten drugi kierunek rozumowania zmierza do pozbawienia autonomii pewnej grupy osób ze względu na stan fizjologiczny,

większe szanse na samodzielne chodzenie i prawidłowy rozwój intelektualny. (Za: M. Koton-Czarnecka, *Operacje w łonie matki...*).

³² J. Majewski, *O pożytkach i szkodach dotyczących dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta*, KPP 4/2004, s. 125.

³³ A. Zoll, *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, PiM 1(13)/2003, s. 23.

³⁴ E. Plebanek, *Autonomia ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznych. Prawnokarna ocena sprzeciwu ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznej ratującej życie i zdrowie pacjentki lub dziecka nienarodzonego* (cz. 1), PiM 2(59)/2015, s. 45.

³⁵ E. Plebanek, *Autonomia ciężarnej...*, s. 46–47; M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie...*, s. 819 i n.

³⁶ J. Haberk, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego*, Warszawa 2010, s. 397 i n.

który z medycznego punktu widzenia nie rzutuje na kompetencje intelektualne³⁷.

Przełamanie braku zgody kobiety na leczenie płodu nie mogłoby być też usprawiedliwione stanem wyższej konieczności³⁸, ponieważ art. 26 k.k. depenalizuje czyn (w tym wypadku leczenie bez zgody) tylko wówczas, gdy dobro poświęcone przedstawia wartość niższą bądź nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. Wartościowanie dóbr prawnych kobiety i nienarodzonego wymaga umieszczenia po stronie kobiety zarówno integralności cielesnej, tj. uszkodzenia ciała (przeważnie w stopniu znacznym), jak i wolności (autonomii decyzyjnej) oraz krzywdy w postaci podeptania godności i spowodowania cierpienia. Zgodnie z powszechnym stanowiskiem doktryny prawo pacjenta do samostanowienia ma źródło w godności ludzkiej i jest uważane za stojące wyżej w hierarchii konstytucyjnie chronionych dóbr niż zdrowie i życie³⁹. Nawet jednak gdyby z takim zapatrywaniem się nie zgodzić – dla ochrony życia nienarodzonego trzeba byłoby poświęcić nie jedno, lecz kilka dóbr prawnych kobiety, włącznie z jej narażanym życiem. Problem decyzji zezwalającej na naruszenie integralności cielesnej kobiety w celu ratowania płodu lub rodzącego się dziecka dotyka bezpośrednio jej prawa do samostanowienia i nie może być splycany do poziomu tylko ryzyka zdrowotnego⁴⁰. Ewentualna realizacja wymagałaby zaś użycia przymusu, czyli zadania

³⁷ M. Boratyńska, *Problem przymusu zabiegowego w ciąży* [w:] *System prawa medycznego*, t. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, cz. 2, Wolters Kluwer 2019, s. 492.

³⁸ Którego zastosowanie na gruncie prawa medycznego jest skądinąd uważane za systemowo niedopuszczalne ze względu na gwarantującą poszanowanie autonomii pacjenta funkcję przepisów prawa medycznego i ich charakter *lex specialis* wobec regulacji prawnokarnych. (Zob. syntetycznie M. Boratyńska, *Zasady prawa medycznego, Pozasystemowe klauzule genaralne* [w:] *System prawa medycznego*, t. 2, cz. 1, s. 205 i n. oraz tam przywołane piśmiennictwo).

³⁹ A. Zoll, *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, PiM 2000/1(5), s. 35; A. Zoll, *Granice legalności zabiegu leczniczego*, PiM 1999/1(1), s. 29; E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, PiM 2000/1(5), s. 73; P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, PS 2005/10, s. 55; E. Plebanek, *Autonomia ciężarnej...*, s. 34–35; M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie...*, s. 821.

⁴⁰ Zob. M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 227–228; M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie...*, s. 821.

gwałtu na osobie połączonego z ciężkim uszkodzeniem ciała, usprawiedliwianego ochroną cudzego życia. Nie spełnia to prawnego i jednocześnie etycznego kryterium nieoczywiście wyższej wartości poświęcanego dobra, zwłaszcza że w związku z operacją wewnątrzmaciczną – podobnie jak przy cesarskim cięciu – skutek śmiertelny musi być poważnie brany pod uwagę. W najgorszym możliwym wariantcie zdarzeń wymaganie poświęcenia sprowadzałoby się zatem do wymiany: życie za życie⁴¹. W ciągu ubiegłego roku odnotowany został przynajmniej jeden przypadek śmierci ciężarnej podczas zabiegu operacyjnego mającego na celu korekcję wady wrodzonej płodu⁴².

Bilans ten jest niezależny od pozbawionego dostatecznego oparcia normatywnego i nacechowanego światopoglądowo uznania nienarodzonego za odrębny niż kobieta podmiot praw⁴³.

Uwagi te mogą sprawić wrażenie formułowanych na wyrost, ale poruszane zagadnienia są ze sobą powiązane, a ich uwarunkowania prawne – podobne. Operacja płodowa, nawet jeśli wydaje się komuś egzotycznym pomysłem, jest decyzją pacjentki równorzędną z innymi – w tym z rozwiązaniem ciąży przez cesarskie cięcie. Nikt wprawdzie nie naciska na kobiety, by poddawały się leczeniu *in utero*, ale już jak najbardziej czynione są zakusy na wymuszanie cesarskiego cięcia. Tymczasem oba te rodzaje zabiegów są poważnymi operacjami brzuszными, obciążonymi ryzykiem zgonu. Nie ma przy tym rzeczywistego wyboru bez odpowiedniej wiedzy potrzebnej do podjęcia decyzji, a dostarczyć jej mogą tylko rzetelnie przeprowadzone badania. Jeśli celowo zostaną wykonane „nieporządnie”⁴⁴ – odcinają w ten sposób od wiedzy: na tym także może polegać lekarski paternalizm, tym razem w wymiarze diagnostycznym.

⁴¹ M. Boratyńska, *Problem przymusu zabiegowego w ciąży*, s. 493.

⁴² Informacja ustna uzyskana od anatomopatologa kierującego zakładem medycyny sądowej w dużym mieście.

⁴³ Zob. przegląd zapatrywań: M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie operacyjne płodu*, s. 813–819; J. Różyńska [w:] *System prawa medycznego*, Wolters Kluwer, t. 2, cz. 2, s. 267–272 i 275–280 oraz tam przywołane źródła.

⁴⁴ Tak to określa cytowana już Joanna Szymkiewicz-Dangel i konstatuje, że pod jej opiekę często trafiają pacjentki ze zbyt zaawansowaną wadą płodu, by operacja prenatalna dawała realne szanse powodzenia.

III. Niewykryte wady wrodzone i konsekwencje odszkodowawcze. Kryteria staranności diagnostycznej

Polska znajduje się w światowej czołówce, gdy chodzi o liczbę prenatalnych wykonanych zabiegów na sercach płodów. Zabiegi te wykonuje się od pięciu lat, a ich liczba niedługo dojdzie do stu i zbliży nas tym do znajdującego się w Bostonie największego ośrodka na świecie, który przeprowadza je od lat piętnastu. Technika zabiegowa stoi u nas na podobnym poziomie, a rocznie odbywa się nawet więcej operacji niż w szpitalu bostońskim⁴⁵. Operacje wewnątrzmacicznego zamknięcia przepukliny oponowo-rdzeniowej wykonuje tylko kilka ośrodków na świecie, w tym od 2005 r. klinika w Bytomiu. Prenatalnie operuje się również przepuklinę przeponową oraz zespół przetoczenia krwi między płodami⁴⁶. Przede wszystkim jest to zasługa diagnostyki prenatalnej, bez której terapia *in utero* byłaby w ogóle niemożliwa. Kluczowe znaczenie ma jednak, by lekarze wykrywali wady u płodów odpowiednio wcześniej⁴⁷.

Podstawowy nacisk kładzie się na proste objawy ultrasonograficzne, które mogą być wskaźnikami ciężkich anomalii, a w rutynowych badaniach USG są stosunkowo łatwe do oceny. Należy do nich w szczególności badanie przesiewowe przezierności karku⁴⁸. Im wyższa wartość przezierności karku, tym większe ryzyko ciężkiej choroby płodu.

⁴⁵ Na chwilę obecną informacja ta może okazać się nieaktualna, ponieważ od kwietnia 2020 r. przestał je wykonywać jeden z wiodących ośrodków w Szpitalu Bielańskim w Warszawie. Przyczyny leżą po stronie dyrekcji szpitala. Fundacja Serce Dziecka zaalarmowała w tej sprawie m.in. Rzecznika Praw Pacjenta. (Na podst. K. Sulowski, *Ataki proliferów i śmierć dziecka*, GW 5–6 IX 2020, Gazeta Stołeczna, s. 1).

⁴⁶ Celem zabiegu jest rozdzielenie krwioobiegu płodów z ciąży bliźniaczej jednokosmówkowej, tj. ze wspólnym łożyskiem (zob. J. Jońca, *Nienarodzeni pacjenci*, s. 19).

⁴⁷ *Zabiegi wewnątrzmaciczne*, Rozmowa z dr n. med. Marzeną Dębską, specjalistką w zakresie położnictwa i ginekologii, ultrasonografii i diagnostyki prenatalnej, ze Szpitala Bielańskiego w Warszawie, <http://ginekologiapolsce.pl/zabiegi-wewnatrzmaciczne> [13 II 2020].

⁴⁸ Tak nazywa się mały zbiornik płynu w okolicy karku płodu, którego poszerzenie może wskazywać na aberracje chromosomowe, wady serca albo innych narządów. Na podst. J. Dangel, *Zasady podejmowania decyzji na podstawie diagnozy prenatalnej ze szczególnym uwzględnieniem postępowania okołoporodowego w przypadkach prenatalnego rozpoznania nieuleczalnej choroby płodu*, Standardy Medyczne. Pediatria, t. 8 (2011), s. 61.

W przypadku wad serca jest bardzo ważne, żeby lekarz neonatolog dokładnie zapoznał się z rodzajem zdiagnozowanej wady, a kardiolog prenatalny precyzyjnie zaplanował miejsce porodu oraz sposób postępowania okołoporodowego w zależności od rozpoznanej patologii⁴⁹.

Kliniczne znaczenie prenatalnej diagnostyki ultrasonograficznej nie zawsze jest w pełni doceniane. Jak twierdzi jednak uznana specjalistka Joanna Szymkiewicz-Dangel, „Skończyła się era jedynie podejrzewania wady płodu. Rodzaj patologii oraz stan płodu można rozpoznać bardzo precyzyjnie”⁵⁰. Oznacza to, że dobro zdrowotne przyszłego dziecka leży w rękach ultrasonologa, który w odpowiednim czasie przeprowadzi badanie, wykryje ewentualne wady płodu i poinformuje przyszłą matkę o dalszych możliwościach diagnostyki i leczenia. Niewykrycie wady dostatecznie wcześniej pozbawia wszystkich tych szans.

Narodziny dziecka dotkniętego wadami wrodzonymi kierują żal zrozpaczonych rodziców w stronę lekarzy, którzy przeprowadzali diagnostykę prenatalną. Niewykonanie, tamowanie dostępu do niej bądź udzielanie fałszywie pomyślniej informacji prowadzi do krzywd emocjonalnych u rodziców, zwiększonego uszczerbku zdrowotnego u źle zdiagnozowanych dzieci, zaś w przypadkach nieoczekiwanej śmierci okołoporodowej – do niesłusznych oskarżeń pod adresem lekarzy przyjmujących poród i opiekujących się noworodkiem. Staranność ultrasonologa ma więc znaczenie decydujące i z tego względu **na lekarzu wykonującym badanie spoczywa ogromna odpowiedzialność moralna**.

Miary staranności ultrasonologicznej są jednak po części trudno uchwytnie. Ultrasonograf to komputer, który przetwarza dane dźwiękowe na obraz i ten utrwała. Czynniki ludzkie polega na przyłożeniu sondy w odpowiednim miejscu i pod odpowiednim kątem, dlatego wyniki u dwóch badających (np. pomiar grubości endometrium) mogą bez zawińienia poważnie się różnić. W każdym razie błędny odczyt nie musi sam w sobie świadczyć o niestaranności, ponieważ sposób prawidłowego

⁴⁹ Ibidem, s. 67.

⁵⁰ Jw. s. 66.

działania nie zawsze da się zalgorytmizować. O niestaranności może natomiast świadczyć np. niewykonanie określonych czynności we właściwym czasie, świadome posługiwanie się sprzętem niesprawnym i przez to niewiarygodnym czy niedostrzeżenie anomalii widocznych w sposób wyraźny. Oprócz elementu obiektywnego, staranność (bądź jej prawno-karny odpowiednik – ostrożność) mieści w sobie czynnik wewnętrzny, by tak rzec – psychologiczny. Odpowiednio – stwierdzenie niestaranności (nieostrożności) może opierać się na niedostatkach sfery podmiotowej działania: koncentracji uwagi, strategii decyzyjnych, a także procesów poprzedzających decyzję – wnioskowań, formułowania diagnoz i przewidywań⁵¹. Przy konkretnych rodzajach działań medycznych jeden z tych czynników – subiektywistyczny bądź obiektywistyczny – może przeważać albo nawet występować jako jedyny⁵².

W szczególności odnosi się to do praktyk, które opierają się na umiejętnościach percepcyjnych lub manualnych⁵³. Stosowane tam reguły ostrożności są raczej odizolowane i nie układają się w dobrze określony schemat właściwego postępowania⁵⁴. Badanie obrazowe podlega pewnym regułom obiektywnym – np. że radiolog powinien omieść wzrokiem całą powierzchnię obrazu – ale kluczowy element czynności, czyli interpretacja wzrokowa sama w sobie, nie zna takich reguł. Chodzi bowiem o proces prowadzący do **dostrzeżenia** oznak istotnych diagnostycznie. Natomiast ich interpretacja logiczna rzecz jasna podlega regułom i w niektórych sytuacjach daje się ująć w postać algorytmu⁵⁵.

Spostrzegawczość i zręczność można wyćwiczyć, ale polega to na powtarzaniu czynności, a nie na zapamiętywaniu i zrozumieniu wiedzy. Dlatego ani w medycynie, ani w żadnej innej dziedzinie ludzkiej

⁵¹ Tak P. Konieczniak, *Zasady (reguły) ostrożności* [w:] *System prawa medycznego*, t. 3, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Wolters Kluwer (w druku).

⁵² Ibidem.

⁵³ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 159–160, 182–186.

⁵⁴ P. Konieczniak, *Zasady (reguły) ostrożności...* Zob. też M. Boratyńska, *Biegłość manualna jako czynnik należytej staranności lekarskiej. O wkluciu centralnym, torakotomii i położniku, który nie używał kleszczy*, PPM 1/2019.

⁵⁵ Ibidem.

praktyki nie ma „reguł spostrzegawczości” ani „reguł zręczności”⁵⁶. Jeśli na obrazie zostaną przeoczone cechy patologiczne (albo przeciwnie – dostrzeżone nieistniejące), pojawia się *ex post* pytanie, czy doszło do tego pomimo zachowania ostrożności, czy też w wyniku jej niezachowania – i nie można tego ocenić przez odniesienie do reguł, bo tych nie ma.

W tej grupie przypadków oceny prawne mogą być dokonywane tylko przez odwołanie do kategorii ostrożności wewnętrznej i posłużenie się wzorcami osobowymi „modelowego człowieka ostrożnego”⁵⁷. W medycynie będzie to „ostrożny i staranny” lekarz⁵⁸. Trzeba więc szukać odpowiedzi, czy wzorcowy lekarz ultrasonolog, mając do czynienia z identycznym obrazem, trafnie dostrzegłby na nim obiekty kluczowe dla postawienia rozpoznania, czy może przeciwnie: „miałby prawo” je przeoczyć, bo obraz był trudny w interpretacji. Wzorzec taki da się rozważać jako model, ale wolno podejrzewać, że w praktyce jest to po prostu myślowy koncept lekarza idealnego, jakiego chciałby widzieć oceniający⁵⁹.

Z tymi zastrzeżeniami można poddać ocenie poniższe przykłady.

1. Pierwszy pochodzi z roku 2005 (data zdarzenia)⁶⁰. W dokumentacji z badania USG w 22. tygodniu ciąży lekarz odnotował wymiar dwuciemieniowy czaszki płodu, długość kości udowej i obwód brzucha, które uznał za prawidłowe. Na podstawie tych danych wyliczył wiek ciąży na 22. tydzień i 5 dni oraz oszacował wagę płodu na 630 g. Poza tym badał serce, narządy wewnętrzne, głowę, kończyny, kręgosłup oraz kości klatki piersiowej, ale już bez odnotowania wyników. W tym samym dniu, aparatem udostępnionym przez pracownię radiologiczną, wykonano drugie

⁵⁶ Jw.

⁵⁷ Jw.

⁵⁸ Nie chodzi przy tym o jednolity wzorzec „dobrego lekarza w ogólności”, ale dobrego lekarza w stosunkach danego rodzaju, tj. w pewnym kontekście sytuacyjnym, uwzględniającym rodzaj wykonywanych czynności zawodowych, rodzaj i poziom specjalizacji oraz podobne czynniki (B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w leczeniu*, PiM 1/1999, s. 128).

⁵⁹ P. Konieczniak, *Zasady (reguły) ostrożności...*

⁶⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12 V 2015 r., I ACa 204/15, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych [14 II 2020].

zdjęcie płodu, na którym powołana później w sprawie odszkodowawczej biegła dostrzegła zmiany w obrębie kręgosłupa oraz splaszczenie kości czaszki. Nie zostały one zauważone przez żadnego z lekarzy przeprowadzających badanie ani na jednym aparacie, ani na drugim. Drugie zdjęcie w ogóle nie było poddane ocenie lekarskiej, a po wykonaniu zostało wręczone pacjentce. Wady u płodu stwierdził lekarz dopiero przy kolejnym badaniu, w 32. tygodniu ciąży, i skierował pacjentkę do szpitala o wyższym stopniu referencji. W ocenie sądu nie ulega zatem wątpliwości, że krytycznego dnia (czyli w 22. tygodniu) lekarz, wykonując badanie, uchybił wymogom ustawowym należytej staranności lekarskiej oraz prawu do otrzymania przez pacjenta świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej. Badanie przeprowadził niezgodnie z przyjętymi standardami w tym znaczeniu, że nie dostrzegł wad, które były widoczne, przez co dopuścił się błędu w ocenie stanu płodu. Błąd ten jest zawiniony i ma postać co najmniej niedbalstwa. Naruszenie praw pacjentki było następstwem braku staranności przy wykonywaniu badania USG oraz niesprawdzenia zdjęcia z wykonanego badania. Opisane wady okazały się symptomami przepukliny oponowo-rdzeniowej (rozszczepu kręgosłupa). Dziewczynka przyszła na świat z wodogłowie, otwartą przepukliną oponowo-rdzeniową odcinka piersiowo-lędźwiowego, z porażeniem i zniekształceniem kończyn dolnych (stopy końsko-szpotałe) oraz poszerzeniem układu komorowego mózgu i wadami nerek. Wkrótce po urodzeniu była kilkakrotnie leczona operacyjnie, ale znaczącej poprawy zdrowia nie udało się osiągnąć. Obecnie nie jest w stanie nawet sama odwrócić się na drugi bok.

Początkowo pacjentka dochodziła od szpitala zadośćuczynienia za krzywdę własną oraz doznaną przez córkę. Podstawą żądań było twierdzenie, że wskutek zaniedbania oraz wadliwej diagnozy i prognozy polegających na nierozpoznanie schorzeń w okresie płodowym została pozbawiona możliwości podjęcia środków zaradczych, tj. wdrożenia odpowiedniego leczenia, w szczególności poddania się operacji na płodzie przed urodzeniem. Zabiegi wykonane po narodzinach były spóźnione i nie przywróciły sprawności. Powództwo zostało oddalone w całości wyrokiem Sądu Okręgowego w Kielcach (sygn. I C 1951/06). Drugim

pozwem pacjentka wniosła o zadośćuczynienie dla siebie i tym razem sprawę wygrała, a powołała się na niepoinformowanie o wadach płodu, co uniemożliwiło jej rozważenie decyzji o przerwaniu ciąży. Zasądzona kwota wyniosła 250 000 zł. Uzasadnienie pochodzi z tego drugiego, opublikowanego wyroku.

Na podstawie przedłożonego wyniku ocenianego badania USG biegła stwierdziła u płodu obrzęk w okolicy kręgosłupa. Na drugim zdjęciu dostrzegła spłaszczenie kości czaszki i poszerzenie komór bocznych mózgu. Równocześnie uznała, że opisane przez nią wady powinny zostać zauważone przez lekarza z pewnym doświadczeniem zawodowym. Zeznała, iż „**będąc na miejscu lekarza**” zleciłaby dodatkowe badanie kontrolne USG z przepływem naczyń krwionośnych, które miałyby potwierdzić lub wykluczyć istnienie wad. Poinformowałaby pacjentkę, że podejrzewa nieprawidłowości w rozwoju płodu, ale dopiero po wcześniejszym badaniu kontrolnym; ewentualnie skierowałaby ją do ośrodka, który zajmuje się wyłącznie diagnozowaniem wad płodu. Wskazała ponadto, że nieprawidłowe było niewykonanie badania przezierności karku, które według niej należy do równie podstawowych jak pomiary płodu i oszacowanie jego wagi⁶¹.

Rozpoznawana sprawa została ostatecznie sprowadzona do kwestii przerwania ciąży, aczkolwiek pierwotnym zamierzeniem pacjentki było uzyskanie zadośćuczynienia za niemożność podjęcia decyzji o operacyjnym leczeniu płodu. Jak wiadomo ze źródeł lekarskich, takie leczenie było już podówczas dostępne także w Polsce. W dalszym następstwie urodziło się dziecko z bardzo poważnym kalectwem, u którego zaspokojenie potrzeb życiowych jest znacznie bardziej kosztowne niż u dziecka zdrowego. Z ustaleń faktycznych wynika, że badanie płodu zostało wykonane przy użyciu jednego aparatu, natomiast na drugim wykonano zdjęcie chyba tylko na pamiątkę (co jest praktykowane), bo bez analizowania ani opisu. Biegła dostrzegła jednak zmiany patologiczne na obu obrazach. Wykonujący badanie lekarz oglądał zaś tylko obraz na pierwszym

⁶¹ Była to, jak należy się domyślać, uwaga dotycząca całościowej opieki nad pacjentką, ponieważ badanie wykonywane jest w pierwszym trymestrze ciąży.

aparacie i nie zauważył nic niepokojącego. Słuchany na rozprawie jako świadek przyznał, że wprawdzie wykonał zdjęcie płodu aparatem udostępnionym przez pracownię radiologiczną, ale go nie oglądał. Natomiast gdy okazano mu je w trakcie zeznań, dostrzegł „jakąś przestrzeń w okolicach kręgosłupa”. Przyczyna sporządzenia drugiego zdjęcia pozostaje zagadką; w każdym razie nie postępuje się tak rutynowo. Z okoliczności nie wynika, czy miało to charakter kontrolny, ale jeśli tak, uchybienie jest ewidentne. Biegła wytknęła przy tym niewykonanie przesiewowego badania przezierności karku, które, jak należy domniemywać, mogło naprowadzić na dalszą pogłębioną diagnostykę.

Błąd diagnostyczny został spowodowany przez sumę tych zaniechań, a lekarzowi sąd przypisał „co najmniej” niedbalstwo. Nie uwzględnił przy tym podniesionego przez pozwanego szpitala zarzutu przedawnienia, uznając, że w zaistniałych okolicznościach (zaabsorbowania matki opieką nad niepełnosprawnym dzieckiem, usilnymi próbami jego leczenia, zbiórką pieniędzy na operację za granicą, podróżą z córką do USA oraz pierwszą bezskuteczną próbą uzyskania odszkodowania) byłoby to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

2. Druga sprawa, znacznie późniejsza – z 2012 r., również dotyczy przepukliny oponowo-rdzeniowej, wodogłowia i deformacji kończyn płodu⁶². Wada została rozpoznana dopiero w 37. tygodniu ciąży, gdy pacjentkę zbadał inny lekarz niż lekarka prowadząca. Przez cały okres ciąży kobieta była informowana o prawidłowym rozwoju płodu, co jeszcze bardziej spotęgowało jej szok wywołany wykryciem poważnych wad rozwojowych w okresie, gdy podjęcie jakichkolwiek działań zaradczych było już niewykonalne. Żądanie pozwu obejmowało zadośćuczynienie za krzywdę matki i syna oraz rentę dla chłopca. Sąd przyznał zadośćuczynienie tylko matce, uzasadniając to jej dramatycznymi doznaniem, cierpieniami moralnymi i wstrząsem psychicznym po nieoczekiwanym wykryciu wady oraz **niemożnością podjęcia decyzji o operacji wewnątrzmacicznej.**

⁶² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 19 II 2018 r., I ACa 379/16, POSP BIP.

Oddalił zaś w całości roszczenia dziecka, powołując się na brak adekwatnego związku przyczynowego między aktualnym stanem chłopca a uchybieniami diagnostycznymi.

Jako punkt wyjścia Sąd przyjął zawinione uchybienie w diagnostyce prenatalnej. Oparł się na opinii biegłego, według której lekarz posiadający stosowną wiedzę medyczną, dysponujący odpowiedniej jakości sprzętem oraz ściśle przestrzegający obowiązujących standardów przeprowadzania badań prenatalnych, mógł ujawnić przepuklinę w II trymestrze ciąży. Badanie USG w 20. tygodniu zostało przeprowadzone niezgodnie ze standardami, skoro nie objęło wymaganej tam oceny struktur anatomicznych płodu⁶³. Biegły stwierdził, że opis badania zawiera informacje niekompletne⁶⁴, w szczególności brak danych dotyczących łożyska i płynu owodniowego. **Ze względu na te braki opis badania ocenił jako niewłaściwy.**

Z opinii wynika dalej, że nierozpoznanie pewnych nieprawidłowości anatomicznych płodu może być spowodowane: trudnymi warunkami technicznymi badania (nadmierna grubość tkanki podskórnej ciężarnej, niekorzystne ułożenie płodu, zmniejszona objętość płynu owodniowego), słabą jakością sprzętu, brakiem umiejętności i doświadczenia osoby wykonującej badanie, brakiem staranności i dokładności badającego, charakterem nieprawidłowości anatomicznych oraz okresem badania. W sprawie ustalono, że użyty aparat był odpowiedniej jakości, ale zdjęcia – niewyraźne.

⁶³ Biegły podał, że celem badania USG w 18.–22. oraz 28.–32. tygodniu ciąży jest szczegółowa ocena narządów płodu pod kątem występowania wad wrodzonych (ocena anatomii płodu). Wymienił następnie szczegółowo, odwołując się do zaleceń, co powinno obejmować badanie USG w tym okresie ciąży: szacunkową masę ciąży i wiek ciążowy, ocenę struktur i narządów płodu: tj. ocenę czaszki, ośrodkowego układu nerwowego płodu – co najmniej w trzech płaszczyznach, twarz, szyję, klatkę piersiową, serce, jamę brzuszną płodu, kręgosłup płodu – co najmniej w płaszczyźnie strzałkowej oraz poprzecznej, kończyny płodu, ocenę łożyska, badanie szyjki macicy, przydatków, ocenę płynu owodniowego, badanie płci płodu. W części dotyczącej dokumentowania wyniku badania USG zaleca się szczegółową ocenę i opis prawidłowości poszczególnych struktur anatomicznych.

⁶⁴ Dotyczące oceny tylko niektórych cech biometrii płodu: (wymiar dwuciemienny główki), AC (obwód brzucha dziecka) i HC (obwód główki dziecka).

Biegły uznał, że nie może jednoznacznie ustalić, czy nierozpoznanie przepukliny oponowo-rdzeniowej było wyłącznie następstwem niestaranności lekarki, czy też wpływ na przeoczenie miały inne czynniki. W opinii uzupełniającej zaznaczył jednak, że w razie niemożności wykonania kompletnego badania z powodu m.in. niekorzystnego ułożenia płodu zaleca się odnotowanie tego faktu i wskazanie możliwości dalszego postępowania (powtórzenie badania). **Brak adnotacji może być wyrazem uznania ocenianych struktur za prawidłowe.**

Z tego wszystkiego Sąd wywnioskował, że niestaranność lekarki jednak miała miejsce. W okolicznościach sprawy nie dopatrzył się bowiem podstaw do przyjęcia, żeby istniała trudność techniczna spowodowana ułożeniem płodu, skoro ten fakt nie został odnotowany i nie zalecono kolejnego badania. Trudność owa mogłaby mieć tylko takie znaczenie, że zwiększałaby skalę uchybienia, bo wówczas na badaniu nie można było polegać i należałoby je powtórzyć, a lekarka tego nie zleciła.

O braku staranności i dokładności lekarki świadczy też zdaniem Sądu brak opisu badania. [W istocie jest to opis niekompletny, a nie jego brak – MB]. Stąd wniosek Sądu, że gdyby badanie zostało przeprowadzone prawidłowo, to lekarka dokonałaby jego opisu z uwzględnieniem wszystkich, podlegających ocenie, struktur płodu. Dopiero wtedy można byłoby dowodzić, że wady rozwojowe, obejmujące m.in. przestrzeń pięciu kręgów kręgosłupa, w tym konkretnym wypadku w ogóle nie były widoczne. Postępowanie lekarki prowadzącej ciążę odbiegało od ustalonego wzorca i dało Sądowi podstawy, by uznać, że „powinna była i mogła zrobić więcej i lepiej”, a mianowicie przeprowadzić i opisać badanie USG zgodnie ze standardami. Zaniedbania te pozostawały z adekwatnym związkiem przyczynowym z naruszeniem praw powódki jako pacjentki: do uzyskania informacji o wadach rozwojowych płodu oraz do zadecydowania o leczeniu wewnątrzłonowym, i za to należy się zadośćuczynienie.

Zgłoszone w imieniu dziecka roszczenia o zadośćuczynienie, rentę i ustalenie odpowiedzialności na przyszłość opierały się na założeniu, że szkoda na jego osobie została wywołana zaniedbaniami lekarza i niewykryciem we właściwym czasie wady rozwojowej, pogłębiającej się w okresie życia płodowego, a w konsekwencji – niewykonaniem operacji w okresie

prenatalnym. Gdyby wadę ujawniono we właściwym czasie i zabieg został przeprowadzony, to skutki wady wrodzonej nie wystąpiłyby lub byłyby znacznie mniejsze. Zdaniem Sądu zgłoszone roszczenia nie zasługiwały jednak na uwzględnienie, bo prawidłowość tej tezy nie znalazła w materiale dowodowym sprawy dostatecznego potwierdzenia. Sąd podzielił w tej części rozważań opinię instytutu – zespołu biegłych w K. Wynika z niej, że obowiązującym podówczas (tj. w 2013 r.) na całym świecie standardem w przypadku takiej wady rozwojowej było przeprowadzenie operacji dopiero po urodzeniu dziecka oraz że operacje prenatalne oferowane są w nielicznych ośrodkach w Europie i mają status eksperymentu medycznego, a nie świadczenia zdrowotnego [P – MB]. W Polsce wykonano ich 71 (od 2005 r. do kwietnia 2015 r.). Płodowa operacja przepukliny oponowo-rdzeniowej zmniejsza częstość występowania wodogłowia o 30% i poprawia stan motoryczny dziecka, nie daje jednak szans na całkowite wyleczenie. Może zapobiec tylko drugiemu etapowi powstawania wady, tj. wtórnym uszkodzeniom rdzenia na skutek niekorzystnego działania płynu owodniowego i obijania się odsłoniętego rdzenia o ścianę macicy. Chirurgia płodu wciąż pozostaje na etapie badań klinicznych i nie wiadomo, czy stanie się standardem terapeutycznym. W przypadku tej pacjentki zachodziły ponadto względne przeciwwskazania do operacji: wcześniejsze cesarskie cięcie oraz cukrzyca, które zwiększają ryzyko powikłań. Zachodziły też przeciwwskazania względne u płodu: deformacja stóp i słaba ruchomość kończyn dolnych, które rokują gorszy wynik leczenia⁶⁵. Wszystkie wskazania i przeciwwskazania oraz związane z operacją zagrożenia można poznać dopiero po dokładnej diagnostyce celowanej, której nie przeprowadzono. Operacja prenatalna mogłaby z trudnym do określenia prawdopodobieństwem zmniejszyć ryzyko wodogłowia i konieczność zakładania zastawki oraz być może zmniejszyć stopień zaburzeń neurologicznych. Trudno jednak ocenić, na ile rozwój dziecka byłby odmienny. Prawdopodobieństwo zakwalifikowania pacjentki do zabiegu biegłe oceniły na 50%. Z takim samym stopniem

⁶⁵ Aczkolwiek deformacja stóp została stwierdzona już po urodzeniu i nie wiadomo, czy miała miejsce we właściwym dla ewentualnego zabiegu w okresie prenatalnym.

prawdopodobieństwa wypowiedziały się o skutku w postaci poprawy stanu dziecka, ale też o jego zgonie. Nie dawały także żadnych gwarancji, że zabieg usunąłby skutki wady. Zaznaczały, że przy ówczesnym stanie wiedzy operacje prenatalne stanowiły eksperyment medyczny, a nie typową procedurę medyczną. Taki eksperyment prenatalny cechuje zaś wysokie ryzyko i trudne do przewidzenia skutki.

W sprawie została ponadto przedłożona prywatna opinia prof. A.O. (kierującej jedynym w Polsce zespołem przeprowadzającym tego rodzaju operacje), z której wynika, że okoliczność, iż powódka była po cięciu cesarskim, jest z reguły dyskwalifikująca ze względu na ryzyko powikłań.

Z opinii biegłych Sąd wysnuł wniosek, że prawdopodobieństwo istotnego złagodzenia skutków wady rozwojowej w wyniku leczenia prenatalnego było niskie (matematycznie wyliczone – niższe niż 25%). Nie znalazł podstaw do przyjęcia, żeby obecny stan chłopca pozostawał w normalnym, typowym związku przyczynowym z nieprzeprowadzeniem operacji. Stan ten nie jest też zdaniem Sądu adekwatnym, normalnym następstwem zachowania lekarki prowadzącej ciążę.

Sąd zasądził zgodnie z żądaniem pozwu kwotę 100 000 zł na rzecz matki, podkreślając przy tym, że zadośćuczynienie należy się niezależnie od tego, jaka byłaby ostatecznie decyzja pacjentki w sprawie utrzymania ciąży.

Wnioskowanie Sądu wymaga kilku uwag dodatkowych. Z pewnością istniały dobre podstawy, by uznać postępowanie lekarki za niestaranne w odniesieniu zarówno do pacjentki, jak i do płodu (a później – małoletniego dziecka), i tak też Sąd przyjął. Co do szkody natomiast, dostrzegł jedynie naruszenie dóbr osobistych powódki, stanowiące przy tym naruszenie praw pacjenta, jednak nie dopatrzył się adekwatnego związku między nietrafną diagnozą (nierozpoznanie wady rozwojowej) a końcową szkodą po stronie dziecka. Uznał, że niedoszłe leczenie operacyjne miałoby charakter eksperymentalny⁶⁶, przez co jego wynik byłby niepewny. Kwestia ta nie powinna była w ogóle wpływać na rozumowanie, ponieważ

⁶⁶ Eksperymentalny charakter tego rodzaju leczenia wolno uznać za dyskusyjny, ponieważ chodziło o metodę dobrze już osadzoną w praktyce medycznej i w przeszłości stosowaną wielokrotnie. Sam

niepewne są również wyniki leczenia rutynowego⁶⁷. Skoro zaś operacje tego rodzaju podejmowano wcześniej dziesiątki razy⁶⁸, można było stawiać prognozy co do szans powodzenia leczenia i w tym wypadku.

Ponieważ wad rozwojowych płodu nie rozpoznano, zakwalifikowanie ciężarnej do operacji jest oczywiście kwestią tylko hipotetyczną. Trudno jednak zrozumieć, dlaczego Sąd ujął ją w kategoriach rachunku prawdopodobieństwa (na 50%)⁶⁹. Właściwym przedmiotem oceny powinno być przecież to, czy stan kliniczny ciężarnej stanowił wskazanie do leczenia operacyjnego (i wtedy należałoby jej leczenie zaproponować), czy nie (i wówczas sprawa leczenia byłaby bezprzedmiotowa)⁷⁰. Nie ma to nic wspólnego z probabilistyką⁷¹. O ile wskazania do leczenia istniały, w kolejnym etapie rozumowania należałoby ustalić lub odrzucić powiązanie przyczynowe⁷² między niepodjęciem operacji a szkodą zdrowotną dziecka (rosnącą w wyniku samoistnego rozwoju wady) oraz szkodą rodziców (w postaci zwiększonych kosztów utrzymania dziecka niepełnosprawnego). W takich wypadkach ustala się związek o charakterze hipotetycznym – czy leczenie, gdyby w ogóle zostało podjęte, prawdopodobnie zapobiegłoby szkodzie (nie musi to więc być zapobieżenie gwarantowane

fakt, że ośrodek w którym te operacje wykonywano, wystąpił wcześniej o opinię komisji bioetycznej, nie nadaje im automatycznie statusu eksperymentu.

⁶⁷ Za rozumowaniem Sądu stoi fałszywa dychotomia, według której działania eksperymentalne są w przeciwieństwie do rutynowych nieprzewidywalne w skutkach. Margines niepewności istnieje jednak także w przypadku czynności rutynowych i może być równie szeroki. (Zob. P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013, *passim*).

⁶⁸ W skali świata liczba podobnych operacji była wtedy z pewnością jeszcze większa, a w krajach o bardziej rozwiniętej medycynie nikt już w 2011 r. nie nazwałby ich eksperymentalnymi.

⁶⁹ Oczywistym wyjaśnieniem zdaje się bezrefleksyjne poleganie na biegłych.

⁷⁰ Przy opiniowaniu wniosku komisje bioetyczne wymagają przedłożenia tzw. protokołu eksperymentu, który zawiera kryteria włączenia i wyłączenia uczestników. Na podstawie tego dokumentu powinno być zostało rozważone, czy powódka, będąc w ciąży, kryteria te spełniała.

⁷¹ Statystyka i rachunek prawdopodobieństwa stosują się do populacji (grup) pacjentów, a ich odnośnienie do poszczególnych (konkretnych) przypadków jest uzasadnione tak długo, dopóki o takim przypadku nic nie wiadomo.

⁷² Ścisłe biorąc, nie chodzi o związek przyczynowy, bo w przypadku tym istotą sprawy nie było działanie, tj. jatrogenna szkoda zdrowotna, lecz zaniechanie, tj. niezapobieżenie pogorszeniu stanu zdrowia.

„ponad wątpliwość”)⁷³. W omawianej sprawie Sąd doszedł do wniosku, że takiego związku nie było, bo hipotetyczna operacja raczej nie doprowadziłaby do „istotnego złagodzenia skutków wady rozwojowej” (ma za tym jakoby przemawiać zbyt niskie „matematycznie wyliczone prawdopodobieństwo” takiego sukcesu).

Gdyby wniosek był odmienny, należałoby jeszcze ustalić rozmiar szkody. W przypadku deliktu z zaniechania jest to trudne, bo chodzi o szkodę powstałą z przyczyn naturalnych. Zobowiązany ma ją naprawić w tej tylko części, w jakiej powinien był i mógł jej zapobiec. Dla ustalenia, o jaką konkretnie część chodzi, potrzebne byłoby porównanie skuteczności operacji wewnątrzmacicznych u płodów z wadami cewy nerwowej w zestawieniu z analogiczną „grupą kontrolną” nieleczoną⁷⁴. Ponieważ jednak skuteczność leczenia może być zróżnicowana, należałoby ostatecznie porównać stan konkretnego poszkodowanego z dominantą (ujmując to językiem statystyki) uczestników operacji zakończonych sukcesem – zatem z „typowym stanem pacjenta po udanej operacji”, a nie z jakimiś sukcesami wyjątkowymi. Efektem końcowym byłaby kompensacja nie wszystkich skutków niepełnosprawności, lecz tylko tych, którym zapobieżenie leżało w mocy zobowiązanego (bądź osoby, za którą ponosi odpowiedzialność). **Szkodą dziecka jest gorszy stan zdrowia, niż gdyby powiodła się operacja płodowa**, zaś szkodą rodziców – zwiększone koszty utrzymania dziecka z poważniejszą niepełnosprawnością niż w razie pomyślnego wyniku leczenia. Jest to nadzwyczaj trudne do oszacowania, ale wykonalne przez porównanie z kosztami ponoszonymi na dzieci, u których leczenie się powiodło.

Problem medyczny polega na **niezapobieżeniu pogorszeniu stanu zdrowia**. U dziecka zaraz po urodzeniu był on konsekwencją wrodzonej

⁷³ *Mutatis mutandis* znajduje tu zastosowanie sposób rozumowania dla oceny zasadności roszczeń z tytułu *wrongful birth* i *wrongful life*. Zob. J. Różyńska, *Związek przyczynowy w sprawach z tytułu wrongful life*, PiM 1/2014, s. 39 i n. Został tam w szczególności poddany analizie każdorazowy wzrost prawdopodobieństwa wystąpienia danego zjawiska (tu: poddanie się operacji prenatalnej i poprawa zdrowia) w sytuacji istnienia czynnika sprawczego (tu: informacja o diagnozie).

⁷⁴ Takie badania zostały przeprowadzone za granicą i opublikowane w 2011 r.: zob. przypis 24.

otwartej wady cewy nerwowej (rozszczep kręgosłupa typu *myelomeningocele* – MMC), która pogłębiła się w okresie płodowym, przybrała postać przepukliny oponowo-rdzeniowej i spowodowała dalsze uszkodzenia neurologiczne. Medycynie dostępny jest sposób powstrzymania rozwoju wady drogą wysoce inwazyjnej operacji wewnątrzmacicznej. Ustalenie powiązania przyczynowego między zaniechaniem diagnostycznym a jego szkodliwymi następstwami u dziecka wymaga stwierdzenia nieprzerwanego ciągu zdarzeń pośredniczących. W przypadku zaniechania trzeba ustalić metodą dedukcyjną, czy efekt oddziaływania przeniósł się z jednego ogniwa na następne. Zaniechanie w istocie nie ma charakteru przyczynowego, ponieważ chodzi o brak ingerencji w naturalny przebieg zdarzeń. Operacja myślowa polega na stworzeniu konstruktu rzeczywistości alternatywnej, w której wymagane działanie zostało podjęte. Od lekarki wolno było wymagać starannej diagnozy. Założywszy więc, że taka została postawiona, pacjentka otrzymałaby stosowną informację. Z tą informacją szukałaby pomocy medycznej i trafiłaby na konsultację do szpitala w Bytomiu. Tam poddałaby się kwalifikacji do zabiegu. Według biegłej (która kieruje też tamtejszym zespołem) uprzednie cesarskie cięcie zdyskwalifikowałoby ją „na 50%”, czyli samo w sobie nie stanowiło kryterium wykluczenia⁷⁵. Po zapoznaniu ze szczegółami planowanych czynności (o wytoczeniu macicy, możliwych powikłaniach etc.) pacjentka przeraziłaby się i wycofała albo wręcz przeciwnie, utwierdziła w zamiarze – ale taka alternatywa zachodzi w związku z każdą zgodą na leczenie. W razie więc prawdopodobnego zakwalifikowania do operacji i wyrażenia na nią zgody – operacja zostałaby wykonana. Dominanta wyników pozwala przyjąć, że w przypadku udanej operacji (nie udać się może każda, więc to o niczym nie świadczy, chyba że przy tym rozpoznaniu statystyki byłyby znacząco złe) stan zdrowia dziecka byłby lepszy (mniejsze wodogłowie i uszkodzenia neurologiczne, być może zachowana zdolność samodzielnego poruszania się), a koszty jego utrzymania odpowiednio

⁷⁵ Jak należy się domyślać, zależałoby to od oceny blizny, podobnie jak przy kwalifikowaniu do porodu „siłami natury”.

niższe. Wyeliminowałoby to także krzywdę pogłębianego przez zaniebdanie diagnostyczne rozstroju zdrowia.

Pacjentka deklarowała, że była gotowa zaryzykować. Ten łańcuch powiązań może przerwać tylko hipotetyczne istnienie kryterium eliminującego ją z udziału w eksperymencie, zawartego w protokole eksperymentu. Przy jego braku kwestia sprowadza się do tego, że dziecko przyszło na świat w gorszym stanie zdrowia, niż gdyby powiodła się operacja prenatalna. Niewykonanie zabiegu spowodowało utratę realnej szansy na zahamowanie postępu wady. Część doktryny ujmuje tego typu zjawiska w kategoriach utraty szansy na wyleczenie, gdy pacjent stracił ją wskutek m.in. błędu diagnostycznego bądź niedopełnienia obowiązku informacyjnego⁷⁶. Uszczerbek związany z utratą szansy wolno traktować jako szkodę, która może podlegać kompensacji⁷⁷. W dyskusji nad adekwatnością tego rodzaju powiązania przyczynowego istotną rolę powinna odgrywać nie tyle przeważająca w społeczeństwie postawa przyszłych matek wobec stwierdzenia u płodu określonych wad, ile udowodnione nastawienie konkretnej pacjentki.

3. Trzecia, najnowsza sprawa, jest znana z etapu dochodzenia. Dziecko zmarło wkrótce po narodzinach, a matka domagała się ukarania osób, które nie rozpoznały wrodzonej wady serca na takim etapie, by pozwalało to dziecku na przeżycie. Sama zawnioskowała o przeprowadzenie sekcji zwłok. Dokumentację medyczną zdarzenia opiniował na zlecenie prokuratora zespół biegłych z zakładu medycyny sądowej⁷⁸.

Poród miał miejsce w 2014 r. Ciąży była donoszona i wedle słów lekarzy przebiegała bez powikłań. Ze względu na wiek (39 lat) pacjentka otrzymała od lekarza prowadzącego skierowanie na badania prenatalne

⁷⁶ Tak M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”*, PiP 3/2005, s. 10.

⁷⁷ P. Grzebyk, *Rekompensata utraty szansy* [w:] *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, red. J. Jastrzębski, Warszawa 2007, s. 35 i n.

⁷⁸ Sygnatura akt prokuratorskich nie została podana. Opinia udostępniona autorce grzecznościowo i pod warunkiem zachowania anonimowości.

USG do ośrodka akademickiego w większym mieście. Zgłosiła się na nie dwukrotnie, w I trymestrze oraz w 20. tygodniu. Obydwa wyniki zostały odczytane przez lekarzy jako prawidłowe. W późniejszym okresie ciąży pacjentka miała wykonywane jeszcze cztery kontrolne badania USG w przychodni miejsca zamieszkania. Urodziła przez cesarskie cięcie ze wskazań położniczych – miednicowego ułożenia dziecka. Chłopczyk otrzymał 10 punktów w skali Apgar. Jego stan zdrowia pogorszył się od razu nazajutrz, ale ustalanie przyczyn potrwało dłużej, bo objawy były nieswoiste. Dopiero w trzeciej dobie życia dziecka odbyła się konsultacja specjalistyczna z kardiolog dziecięcą, która stwierdziła jego bardzo zły stan ogólny⁷⁹ i zaalarmowana głośnym szmerem skurczowym nad sercem wykonała echo serca (czyli specjalistyczne USG)⁸⁰. Badanie pozwoliło stwierdzić wrodzoną wadę pod postacią ciasnego zwężenia zastawki aortalnej i bardzo obniżoną kurczliwość lewej komory, dwupłatkowość zastawki aortalnej oraz fibroelastozę lewej komory.

Chłopiec został przewieziony karetką do wyspecjalizowanego szpitala w dużym mieście, gdzie przebywał przez tydzień, a następnie helikopterem podróżował do jeszcze innego dużego miasta, na operację kardiologiczną. Został do niej zakwalifikowany, ale operację odroczono z powodu silnych przeciwwskazań: wylewów krwawych w mózgu. Po trzech tygodniach od narodzin dziecko zmarło, nie doczekawszy zabiegu. Sekcja zwłok wykazała wrodzoną wadę serca HLHS – ewolucyjny niedorozwój lewej części serca, niedorozwój aorty wstępującej oraz zastawek aortalnej i mitralnej.

Podczas przesłuchania prokuratorskiego świadków kardiolog dziecięcą, która wykryła wadę badaniem echa serca, wyjaśniła, że wada ta jest bardzo ciężka, a szanse przeżycia często niewielkie. Przeprowadzane pod tym kątem u kobiety w czasie ciąży **badanie często trwa bardzo długo**, żeby wykryć wady albo upewnić się, że wszystko jest

⁷⁹ Było blade, z saturacją obwodową tlenu poniżej normy, niewydolne krążeniowo i oddechowo; miało też kwasicę, której nie udawało się wyrównać. Powiększona wątroba sięgała do talerza biodrowego.

⁸⁰ Była już mowa wcześniej, że u noworodków wady serca bywają nieme klinicznie i dopiero inne, nieswoiste objawy naprowadzają na odpowiednią diagnostykę.

w porządku. Jeśli chodzi o leczenie, to próbuje się go także w życiu płodowym. Gdy wiadomo, że dziecko urodzi się z taką wadą, zawieszany zawczasu kardiolog dziecięcy czeka w pogotowiu, bo konsultacja kardiologiczna jest potrzebna od razu, podobnie jak *zabezpieczenie kardiologiczne*. Czas gra tutaj rolę, ponieważ dzieci z wadami serca tego typu powinny być jak najszybciej poddane specjalistycznemu leczeniu, a rodzić się w odpowiednio przygotowanych na to ośrodkach o wyższym stopniu referencyjności.

Na pytania prokuratora lekarz, który przeprowadzał badanie USG w 20. tygodniu ciąży, oznajmił, że sprzęt, na którym je wykonuje, jest wysokiej jakości, a badanie ma na celu wykrycie także wad serca płodu i **trwa ok. 10–30 minut**. Stanowczo utrzymywał, iż nie stwierdził żadnych nieprawidłowości oraz że gdyby widział wadę serca w obrazie USG, to wpisałby ją do dokumentacji.

Zastrzeżenia biegłych wzbudził wynik tego właśnie badania, gdzie klatkę piersiową, serce i pnie tętnicze oceniono jako „prawidłowe”. Wada mogła nie być ich zdaniem widoczna ani rozpoznawalna w rutynowych badaniach USG, czyli bez funkcji oceny przepływów krwi przez zastawkę. Zwężenie aorty na tym etapie rozwoju płodu może być słabo widoczne, ale w badaniu Doppler (badanie przepływów) zawsze widać nieprawidłowy przepływ przez zastawkę, co powinno zostać stwierdzone podczas badania. (**Opis badania z niewiadomych przyczyn nie zawierał oceny przepływów.**) Obserwowane około 20. tygodnia ciąży zmiany są stosunkowo niewielkie, ale bez zabiegowego poszerzenia zastawki prowadzą w dosyć krótkim czasie do ewolucyjnego zespołu niedorozwoju lewej części serca. Rozpoznanie wady we właściwym czasie winno skutkować skierowaniem do ośrodka kardiologii prenatalnej. Dostatecznie wczesne rozpoznanie i prenatalne przeprowadzenie zabiegu poszerzenia zastawki aortalnej zmienia naturalny przebieg rozwoju wady, jednak jest obarczone ryzykiem i nie zawsze pozwala na uratowanie życia płodu. Zabiegi takie wykonywane są w okresie od 21. do 30. tygodnia ciąży. Terapia wewnątrznaczyniowa nie gwarantuje w pełni sukcesu i jest obciążona dla płodu pewnym ryzykiem, jednak stanowi obecnie optymalny sposób postępowania leczniczego w przypadku właściwego zdiagnozowania tego typu wady

serca, poprawiając rokowanie dotyczące nie tylko przeżycia noworodka, ale również jakości jego późniejszego życia.

Prowadzenie ciąży u pacjentki zostało poza tym ocenione jako prawidłowe. Biegli podkreślili nawet wysoki profesjonalizm i sumienność lokalnych lekarzy, zwłaszcza skierowanie do ośrodka o wyższym stopniu referencji celem wykonania badań, gdy placówka nie dysponowała sprzętem o porównywalnych możliwościach diagnostycznych. Również postępowania położnicze i neonatologiczne, w tym czynności diagnostyczne i terapeutyczne, zostały ocenione jako właściwe, uzasadnione stanem klinicznym matki i noworodka. Przed przewiezieniem do wyspecjalizowanej placówki kardiologicznej dziecko wymagało ustabilizowania parametrów życiowych w warunkach intensywnej terapii. Odroczenie zabiegu operacyjnego było właściwe, a wymusiło je bardzo wysokie ryzyko kolejnego krwawienia śródczaszkowego: planowana operacja wymagałaby wykonania w krążeniu pozaustrojowym, z koniecznością stosowania leków obniżających krzepliwość krwi.

Jedyne uchybienie polegało zatem na niewłaściwej interpretacji badania USG w 20. tygodniu ciąży przez lekarza, który dysponował wysokiej klasy i odpowiedniej jakości sprzętem diagnostycznym (m-ki *Voluson E6*).

IV. Konsekwencje karne i dyscyplinarne

Wynik dochodzenia nie jest znany, ale biegli wyraźnie wskazali na uchybienie po stronie lekarza, który wykonywał „połówkowe” badanie USG. Z powołanej w opinii dokumentacji wynika zaś, iż wezwanie do prokuratury dostali wszyscy lekarze, którzy zajmowali się pacjentką w okresie ciąży i porodu oraz dzieckiem do chwili przetransportowania go na intensywną terapię – czyli razem sześcioro. Każde z nich mogłoby w postępowaniu karnym otrzymać status podejrzanego, a to za sprawą ultrasonologa, który źle przeprowadził badanie.

Dzieci z HLHS powinny być przyjmowane na świat w sposób dokładnie zaplanowany, a operowane zaraz po urodzeniu, do czego niezbędna jest uprzednia diagnoza. Operacja prenatalna jest jeszcze lepsza, podobnie jak przy MMC, bo powstrzymuje pogorszenie. Gdy śmierć

plodu nastąpiła przed porodem, umyślne zaniechanie w diagnostyce prenatalnej może zostać zakwalifikowane jako „spowodowanie śmierci dziecka poczętego” (art. 157a §1 k.k.), jeśli z okoliczności wynika, że to dlatego ratunek nadszedł za późno. Z typów przestępstw nieumyślnych przeciwko życiu i zdrowiu można wywodzić podstawę skazania w razie niezapobieżenia niebezpieczeństwu powstałemu w okresie płodowym, zanim człowiek się urodził. Specyfika czynu (zaniechania) wymierzonego w dobro zdrowotne najpierw płodu, a potem narodzonego dziecka, polega na nieumyślnym albo umyślnym uniemożliwieniu leczenia we właściwym czasie. Zamach polega na zignorowaniu, a tym bardziej na przemilczeniu symptomów rozwijającej się choroby. Jeżeli wada wrodzona:

- 1) pogłębia się wraz z rozwojem ciąży (MMC) lub płodu (HLHS);
- 2) wymaga interwencji zabiegowej zaraz po porodzie albo wcześniej – *in utero*;
- 3) w szczególności potrzebne jest zaplanowanie porodu w warunkach specjalnych, a zwłaszcza rozwiązanie ciąży przez planowe cesarskie cięcie

– zlekceważenie albo zatajenie wczesnych objawów jest równoznaczne co najmniej z zawinionym narażeniem na rozstrój zdrowia, a nawet na śmierć.

Badanie połówkowe USG w 20.–22. tygodniu ciąży ma, jak widać, kapitalne znaczenie, bo pozwala wykryć ewentualne wady u płodu odpowiednio wcześnie. Informacja o nich może zostać wykorzystana na trzy sposoby: do zaplanowania leczenia przed lub po narodzinach, do przerwania ciąży albo – przy chorobie letalnej – do skorzystania z usług hospicjum perinatalnego⁸¹. Jest dość powszechnie wiadome, że popelniane uchybienia diagnostyczne mają na względzie niedopuszczenie do przerwania takiej ciąży. **Zatajenie wiedzy przed przyszłą matką prowadzi do dramatycznych konsekwencji także u dziecka, więc kojarzenie niepomyślnej informacji wyłącznie z podstawą do przerwania ciąży stanowi paternalistyczne nadużycie.**

⁸¹ Zob. kazus Madzi Ślubiak: *Dyskusja: O racjonalne decyzje w opiece neonatalnej 15.09* -, <http://www.ptb.org.pl>, https://perinatalne.pl/pliki/Artykul/1025_lethaldefectsinfoetusesandneonatespalliativecareasalternativetoegenicabortionpdfdangelneonatalna3.pdf [22 II 2020].

4. Biegli od razu znaleźli właściwą przyczynę śmierci i trafnie wskazali uchybienie, ale nie zawsze tak bywa, o czym świadczą dwie sprawy karne i dyscyplinarne z 2014 i 2015 r., opisane przez Agnieszkę Bielską-Brodziak i Tadeusza Urbana w artykule pod znamienym tytułem „Ile waży słowo?”⁸². U zdrowych pacjentek i przy prawidłowym przebiegu ciąży doszło do okołoporodowej wewnątrzmacicznej śmierci dzieci. W obu przypadkach sekcje zwłok noworodków wykazały **przedwczesne zamknięcie otworu owalnego w sercu**. U noworodka, który zaczął oddychać, jest to prawidłowość, ale u płodu – ciężka patologia. Według doniesień naukowych wewnątrzmaciczne zamknięcie otworu owalnego kończy się obumarciem płodu lub zgonem okołoporodowym⁸³. W protokołach obu sekcji stwierdzone zostało ponadto przekrwienie i poszerzenie części rdzennej nadnerczy, odpowiedzialnej za produkcję amin katecholowych, głównie adrenaliny, wydzielanej w odpowiedzi na stres. **Wskazuje to na przewlekłość stresu, któremu poddany był płód**⁸⁴.

Prokuratura przedstawiła lekarzom prowadzącym porody zarzut „nieumyślnego spowodowania śmierci dziecka poczętego”. Postępowania zostały umorzone tylko dzięki wnikliwości kolejnych biegłych opiniujących w sprawach. W pierwszym przypadku była to opinia prywatna sporządzona przez kierownika katedry uniwersyteckiej zajmującej się diagnostyką wad wrodzonych płodu, przedłożona w obronie własnej przez oskarżonego. W drugim – przez zespół powołany przez Okręgowego Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej (postępowania dyscyplinarne toczyły się równolegle do karnych), w którego skład wchodził m.in. kardiolog dziecięcy, wyspecjalizowany w diagnostyce prenatalnej układu sercowo-naczyniowego. Zespoły biegłych z zakładów medycyny sądowej powołane przez prokuratora (w pierwszej sprawie nawet dwa; dopiero

⁸² A. Bielska-Brodziak, T. Urban, *Ile waży słowo? O kosztach złego doboru biegłych sądowych i sposobach ich minimalizowania*, PPM 1/2019.

⁸³ Za: A. Bielska-Brodziak, T. Urban, *Ile waży słowo?*, s. 35.

⁸⁴ Ibidem.

trzeci poparł opinię prywatną) wydały opinie niekorzystne dla lekarzy położników. Obaj o mały włos uniknęli więc poważnych kłopotów.

Istotne z punktu widzenia tutaj prowadzonych analiz jest, dlaczego w żadnym z dwóch przypadków wada letalna płodu nie została wcześniej zdiagnozowana. Gdyby to nastąpiło, pacjentki wiedziałyby, czego się spodziewać, nie miałyby powodów do podejrzeń o niewłaściwą opiekę porodową, a położnicy nie musieliby tłumaczyć, że nie są wielbładami.

5. Ostatnią sprawę, o której mowa, również dyscyplinarną, rozpoznawał Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie⁸⁵. Równolegle prowadziła dochodzenie prokuratura. Lekarz ginekolog został ukarany upomnieniem za zawiniony błąd diagnostyczny polegający na nierozpoznananiu badaniem USG (w 2006 r.) bardzo poważnych wad wrodzonych płodu (masywne wodogłowie, podejrzenie ciężkiej wady serca, całkowity obustronny rozszczep wargi i podniebienia, stopa końsko-szpotawa, przy podejrzeniu wad strukturalnych tkanki nerwowej). Dopiero pod koniec ciąży (ok. 36. tygodnia) jedno badanie zostało efektywnie wykonane na innym aparacie w tym samym szpitalu, ale piętro wyżej, i wtedy pacjentkę skierowano na dodatkowe badania. Kordocenteza diagnostyczna (pobranie i analiza krwi z naczynia pępowinowego płodu) wykazała poważne wady genetyczne.

Obwiniony zajmował się pacjentką w ramach praktyki prywatnej. Prowadzenie ciąży było zasadniczo prawidłowe. Badania USG lekarz wykonywał w szpitalu, bo nie miał własnego aparatu. Korzystał przy tym z trzynastoletniego urządzenia zużytego do tego stopnia, że struktury anatomiczne płodu w ogóle nie były na nim widoczne. Według opinii biegłego wady tego rodzaju są w badaniu USG zauważalne ok. 20.–22. tygodnia ciąży i powinny zostać rozpoznane. Lekarz wykonujący USG nie ma obowiązku dokładnego określenia rodzaju wady, ale powinien wysunąć takie podejrzenie i przekierować pacjentkę do ośrodka o wyższym

⁸⁵ Orzeczenie z 9 IV 2009 r., sygn. 69/08. Zob. M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 250–251, M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza* [w:] *System prawa medycznego*, t. 2, cz. 1, Wolters Kluwer, s. 314.

stopniu referencyjności. Nierozpoznanie wad obiektywnie uniemożliwiło pacjentce podjęcie decyzji odnośnie do kontynuowania, względnie przerwania ciąży. Obwiniony nie poinformował o rozpoznaniu, ponieważ sam go nie znalazł, ale nie przeszkodziło mu to zapewnić pacjentkę, że „wszystko jest w porządku”. (Wydana na świat dziewczynka umarła po siedmiu miesiącach mimo dwóch operacji serca oraz założenia zastawek z powodu wodogłowia. Według biegłego zestaw wad nie dawał jej szans na przeżycie.) W wyjaśnieniach lekarz sam potwierdził, że do tamtego ultrasonografu nie można mieć zaufania, ponieważ jest przestarzały, on sam nie miał zaufania i inni lekarze też nie mieli, niemniej w szpitalu wszyscy z niego korzystają. Przewinienie polegało więc nie na samym użyciu sprzętu o słabych możliwościach technicznych, lecz na zawinionym błędzie diagnostycznym: nadinterpretacji uzyskanego obrazu USG oraz niespójności w rozumowaniu; lekarz ogólnie zdawał sobie sprawę ze złej jakości aparatu, a jednak w tym wypadku potraktował wynik jako wairygodny. Według Sądu „niezależnie od daty produkcji i marki aparatu albo struktury anatomiczne płodu są widoczne, albo ich nie widać i wtedy żadnych opinii w oparciu o takie badanie wydawać nie wolno”. Pacjentka nie otrzymywała opisów badań, tylko same zdjęcia – czyli odbywało się to tak, jakby w ogóle nie wydano jej wyników. Sąd przypisał obwinionemu niedołożenie należytej staranności, ale moim zdaniem wmawianie pacjentce, że wszystko jest w porządku, mimo iż badanie obrazowe nie pozwala w ogóle dostrzec struktur anatomicznych płodu, świadczy co najmniej o niedbalstwie rażącym, jeśli nie o sabotowaniu diagnostyki prenatalnej.

Zakończenie

Operacje prenatalne postrzegane są w ocenie perspektywicznej jako rozwiązanie mało typowe, a w wyrokowaniu sądów powszechnych – nie są jak dotąd brane pod uwagę w ciągu przyczynowym prowadzącym do zapobieżenia szkodom u dziecka. Zaznacza się tu jednak luka w rozumowaniu i istnieje szansa, że sądownictwo z czasem ją dostrzeże. Zarysowała się natomiast linia, by traktować je jako przedmiot realnych

decyzji przyszłych matek. Wniosek taki można też wyciągnąć z doniesień prasy medycznej: zabiegów stale przybywa, bo pacjentki dopominają się o nie, a jednocześnie zapewnione jest finansowanie⁸⁶. W jednym z wyroków Sąd Apelacyjny⁸⁷ przywołał aprobowaną opinię biegłych, że rozpoznanie u płodu w odpowiednim czasie przepukliny oponowo-rdzeniowej jest *właściwe* dla podjęcia następujących decyzji: 1) kontynuacji ciąży, zakończenia jej w drodze cesarskiego cięcia i operacji noworodka w pierwszych 48 godzinach życia, 2) terminacji ciąży zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem, 3) wykonania operacji prenatalnej między 21. a 26. tygodniem ciąży.

Lekarze na ogół w pełni zdają sobie sprawę z ciężaru stawianych diagnoz i żywo zachęcają pacjentów do ich potwierdzenia bądź wykluczenia przez badanie specjalistyczne. W tej sferze, o której mowa, zdarza się natomiast zadziwiająca beztroska. W czterech z omawianych przypadków badania prenatalne sprawiają wrażenie, jakby zostały wykonane tylko na pokaz, bez żadnego zainteresowania miarodajnym wynikiem. W dwóch pozostałych brakuje danych, czy w ogóle były przeprowadzone. Łatwo jest „nie zauważyć” wady, żeby uchylić się od ciężaru powiadomienia pacjentki. Szkodliwość społeczna takiego zachowania polega na manipulowaniu informacją: na zatajeniu prawdy dla własnej wygody i spokoju ducha. Taki wniosek nasuwa się sam, skoro alarmujący symptom jest albo dobrze widoczny, albo obraz na tyle niewyraźny, że badanie powinno zostać powtórzone. Sąd Lekarski zaznaczył przy tym trafnie, że nie chodzi o to, by samemu dokładnie określić rodzaj wady. Dla dochowania należytej staranności wystarczy wysunąć uzasadnione podejrzenie i przekierować pacjentkę do ośrodka dysponującego możliwościami weryfikacji. Niepokojący wynik (np. podwyższony wymiar przezierności karku

⁸⁶ Zob. Program polityki zdrowotnej Ministra Zdrowia: *Program kompleksowej terapii wewnątrzmacicznej w profilaktyce następstw i powikłań wad rozwojowych i chorób dziecka nienarodzonego – jako element poprawy stanu zdrowia dzieci nienarodzonych i noworodków na lata 2018–2020*, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/program-kompleksowej-diagnostyki-i-terapii-wewnatrzmacicznej-w-profilaktyce-nastepstw-i-powiklan-wad-rozwojowych-i-chorob-plodu-jako-element-poprawy-stanu-zdrowia-plodow-i-noworodkow-na-lata-2014-2017> [21 II 2020].

⁸⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 19 II 2018 r., I ACa 379/16.

albo „jakaś przestrzeń przy kręgosłupie”) wymaga skierowania na bardziej zaawansowaną diagnostykę, w tym zwłaszcza na amniopunkcję genetyczną i to możliwie szybko, bo oczekiwanie na rezultat hodowli komórek odwirowanych z płynu owodniowego trwa około dwóch tygodni. Rozszczep kręgosłupa to otwarta wada cewy nerwowej, o której świadczy obecność komórek nerwowych płodu w płynie. Wadom genetycznym często towarzyszą dysfunkcje narządów, co wymaga ukierunkowania dalszej diagnostyki i na tej podstawie planowania porodu oraz leczenia przed lub po nim. „Nieporządne” wykonanie badania w wielu przypadkach bezpośrednio szkodzi dobru zdrowotnemu urodzonego dziecka.

Pacjentce służy wybór co do dalszych decyzji. W braku stosownej informacji nie ma jednak żadnych możliwości działania. W ostatnich tygodniach ciąży co najwyżej dowie się o potrzebie cesarskiego cięcia. Jest zatem sparaliżowana decyzyjnie z powodu braku kluczowych danych.

Uchybienie diagnostyczne bywa trudne do oceny pod kątem zawinienia, za to konsekwencje rozchodzą się szerokimi kręgami. Jeśli prawdą jest przytoczona opinia wytrawnego lekarza, że ultrasonografia stoi już na tak wysokim poziomie, że przy dochowaniu staranności określone anomalie dadzą się dostrzec bez większego trudu⁸⁸ – wolno ich niezauważenie potraktować jako zawiniony błąd diagnostyczny. Pewne uchybienia świadczą same przez się o nieudolności profesjonalnej albo o świadomym zatajaniu informacji. Ich popełnienie powinno prowadzić do odpowiedzialności niezależnie od powiązania z uszczerbkiem w dobrach prawnych – a więc przynajmniej do ukarania dyscyplinarnego przez sąd lekarski.

Ocena staranności będzie jednak dokonywana według kryteriów pośrednich: czy badanie wykonano we właściwym czasie; czy obraz był poddawany analizie; czy opis jest kompletny; czy wynik został pacjentce wydany; czy odnotowano trudności techniczne i w związku z tym zlecono powtórzenie badania albo pacjentkę przekierowano gdzie indziej; czy badaniu towarzyszyła odpowiednia informacja (umieszczona w karcie

⁸⁸ Wymianie doświadczeń i dobrej praktyce służą bogato ilustrowane opracowania fachowe, np. w kwartalniku „Ultrasonografia” – zob. http://www.usg.com.pl/ptu/dat/attach/35_ultrasonografia46small.pdf.

informacyjnej) o potrzebie dalszej diagnostyki albo możliwościach działania; czy wystawiono stosowne skierowania; jaka jest jakość wykonanych obrazów i co na nich dobrze widać; w jakim stanie technicznym był aparat i czy jego klasa odpowiadała rodzajowi badania. Inaczej mówiąc – potrzebne jest sporządzenie listy kontrolnej.

Diagnostujący prenatalnie niesolidny ultrasonolog może źle przysłużyć się nie tylko pacjentce i jej dziecku, ale też sobie, a ponadto kolegom lekarzom zaangażowanym w opiekę okołoporodową.

Bibliografia

- A. Bielska-Brodziak, T. Urban, *Ile waży słowo? O kosztach złego doboru biegłych sądowych i sposobach ich minimalizowania*, Przegląd Prawa Medycznego 1/2019
- M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001
- M. Boratyńska, *Biegłość manualna jako czynnik należytej staranności lekarskiej. O wkluciu centralnym, torakotomii i położniku, który nie używał kleszczy*, Przegląd Prawa Medycznego 1/2019
- M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012
- J. Dangel, *Diagnostyka prenatalna – mity i rzeczywistość*, Nauka nr 3/2007
- K. Dąbrowska, J. Gadzinowski, *Czy operacje wewnątrzmaciczne są uzasadnione? – perspektywa neonatologa cz. II. Przepuklina oponowo-rdzeniowa, uropatia żaporowa, wysięk opłucnowy*, Ginekologia Polska 2011, 82
- R. Dębski, *Diagnostyka płodu*, Ogólnopolski Przegląd Medyczny 7/2007
- P. Grzebyk, *Rekompensata utraty szansy [w:] Odpowiedzialność odszkodowawcza*, red. J. Jastrzębski, Warszawa 2007
- J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego*, Warszawa 2010
- P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za nienależyte obowiązków zapobiegania skutkowi*, Przegląd Sądowy 10/2005
- P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013

- M. Koton-Czarnecka, *Operacje w łonie matki*, Puls Medycyny, wyd. elektroniczne, <https://pulsmedycyny.pl/operacje-w-lonie-matki-884378>
- B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w leczeniu*, Prawo i Medycyna 1/1999
- J. Majewski, *O pożytkach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta*, Kwartalnik Prawa Publicznego nr 4/2004
- M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”*, Państwo i Prawo 3/2005
- E. Plebanek, *Autonomia ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznych. Prawno-karna ocena sprzeciwu ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznej ratującej życie i zdrowie pacjentki lub dziecka nienarodzonego (cz. 1)*, Prawo i Medycyna 2 (59)/2015
- Położnictwo i ginekologia*, t. 1, red. G. Bręborowicz, Warszawa 2010
- J. Różyńska, *Etyka i diagnostyka przedurodzeniowa* [w:] *Bioetyka*, red. W. Chańska, J. Różyńska, Warszawa 2013
- J. Różyńska, *Związek przyczynowy w sprawach z tytułu wrongful life*, Prawo i Medycyna 1/2014
- Stanowisko Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego w sprawie debaty publicznej dotyczącej postulowanych zmian w zakresie prawnej dopuszczalności wykonywania zabiegu przerywania ciąży*, Ginekologia i Perinatologia Praktyczna 2016, t. 1, nr 3
- System prawa medycznego*, red. nac. E. Zielińska, t. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, cz. 2, Wolters Kluwer 2019
- E. Syweński i in., *Płód jako pacjent – rys historyczny*, Perinatologia, Neonatologia i Ginekologia 4/2008
- M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie operacyjne płodu* [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016
- K. Szewczyk, *Bioetyka*, t. 1, *Medycyna na granicach życia*, Warszawa 2009
- K. Szewczyk, *Czy płód jest pacjentem? Medyczne modele relacji kobieta brzemienna – dziecko nienarodzone*, Diametros 2012/32

- M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007
- E. Wojtowicz, U. Rychlik, A. Marszałek, J. Palka, *Diagnostyka prenatalna – terażniejszość i przyszłość*, Diagnostyka Laboratoryjna 50(1) 2014
- Wytyczne Grupy Roboczej Europejskiego Towarzystwa Kardiologicznego (ESC) do spraw postępowania w chorobach sercowo-naczyniowych u kobiet w ciąży, *Kardiologia Polska* 69 (2011) (supl. 7)
- E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, *Prawo i Medycyna* 1(5)/2000
- A. Zoll, *Granice legalności zabiegu leczniczego*, *Prawo i Medycyna* 1(1)/1999
- A. Zoll, *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, *Prawo i Medycyna* 1(13)/2003
- A. Zoll, *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, *Prawo i Medycyna* 1(5)/2000

Summary

Diligence of prenatal tests and their consequences for the health of the future child

Performing prenatal tests and intrauterine treatment are closely related, because the lack of the former excludes the latter. It is also indirectly related to the termination of pregnancy by a planned caesarean section, when the fetus shows defects that require such a decision. In Poland prenatal surgeries are not a common practice, however, they are successfully performed in specialised centres and with guaranteed reimbursement. This makes them more and more commonly considered by patients. The success of the procedure in most diseases does not lead to the reversal of the defect, only to the inhibition of its development, which is still considered as a success. Children are born in a better condition and have a chance to survive or to live a better life than compared to when they were untreated. Operations of this kind are technically difficult and dangerous for a woman's health. As for the fetus, there is a risk of failure. As with every surgery, there are medical indications for them: fetal, positive factors on the mother's side and more or less strong contraindications. If the treatment has a formal status of an experiment, this should be reflected in the inclusion and exclusion criteria formulated in the protocol of the experiment, which is a document submitted to the bioethics committee giving its opinion on the project. The qualification for treatment should be based on the said criteria. The information provided prior to the withdrawal of consent should order the issues of the expected effectiveness of the treatment, the prognosis of the improvement of the child's health condition, but most of all – the health burden for the woman. Surgery does not constitute a therapeutic activity for a woman and it is only verified by fully voluntary consent once the adequate information is provided. The surgery is an act of sacrifice on the part of the woman, so it cannot be required nor enforced, just like a caesarean section from the fetal indications. Any chance of success, however, is cancelled out by not

detecting the defect during the proper period of pregnancy. Therefore, doctors performing prenatal examinations have a great moral responsibility for the further course of events. Imprudently performed diagnostics leads to false positive results and makes it impossible to take any remedial measures. With the current state of knowledge and sensitivity of the diagnostic equipment, such care may be required and evaluated according to objective criteria that can be arranged in a checklist. Subjective perceptiveness retains its importance, but certain deficiencies are in themselves evidence of culpable professional incompetence or deliberate concealment of information. The analysis of the cited compensation, disciplinary and prosecutorial cases leads to the conclusion that in many cases USG examinations, which are crucial for determination of the condition of the fetus, were carried out superficially and without the doctor's interest in a reliable result. Patients who were kept in the illusion that their children would be born healthy did not seek prenatal medical help. The children were born with more damage than they would have been treated at the right time. Some of them died right after the birth. These women, who were completely unaware of the situation, wrongly blame the obstetricians. The judiciary recognises the harm resulting from the mother's lack of information and a violation of the right to an informed decision, but refuses to accept an adequate causal link between the negligence of information and the prenatal uninformed impediment to the deterioration of the health of the born child and rejects the claim for compensation for the damage caused.

Key words: prenatal tests, intrauterine surgery, fetal treatment, due diligence, right to information, patient's autonomy, prenatal damage, non-preventional damage, misinformation harm, criteria of medical perceptive care

Koniec klauzuli sumienia? Sprawa Steen p. Szwecji¹ oraz Grimmark p. Szwecji²

W dniu 11 II 2020 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka³ wydał dwie decyzje dotyczące klauzuli sumienia położnych. Trybunał wypowiedział się w dwóch oddzielnych sprawach pielęgniarek, którym odmówiono zatrudnienia, ponieważ nie chciały uczestniczyć w zabiegach przerywania ciąży przeprowadzanych w placówkach medycznych. Sędziowie uznali za oczywiście bezzasadne twierdzenia kobiet, które zarzuciły naruszenie przez szpitale wolności religijnej i dyskryminację, polegającą na odmowie zatrudnienia na stanowisku położnej kandydatki, która z góry odmawia asystowania przy zabiegach przerywania ciąży. Zarówno w Europie, jak i w Polsce decyzje wywołały falę komentarzy, pochlebnych⁴ – wskazujących na to, że personel medyczny nie będzie mógł powoływać się na klauzulę sumienia, odmawiając udzielania kontrowersyjnych świadczeń zdrowotnych, z drugiej zaś strony bardzo negatywnych, które akcentowały fakt, że Trybunał podważył prawo do sprzeciwu sumienia lekarzy i pielęgniarek⁵.

¹ Decyzja ETPCz z 11 II 2020 r., 62309/17, *Steen p. Szwecji*.

² Decyzja ETPCz z 11 II 2020 r., 43726/17, *Grimmark p. Szwecji*.

³ Dalej zwany „ETPCz” lub „Trybunałem”.

⁴ *Lekarze nie mogą zastanawiać się klauzulą sumienia. Przełomowy wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, GW z 18 III 2020, <https://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/7,163229,25799484,lekarze-nie-moga-zaslaniac-sie-klauzula-sumienia-przelomowy.html> [dostęp: 10 VII 2020 r.], *Nie wykonujesz obowiązków służbowych? Klauzula sumienia ci nie pomoże*, Krytyka Polityczna z 17 III 2020 r., <https://krytyka-polityczna.pl/swiat/ue/klauzula-sumienia-europejski-trybunal-praw-czlowieka> [dostęp: 10 VII 2020 r.].

⁵ *Skandaliczny wyrok w sprawie położnych przeciw Szwecji. Europejski Trybunał Praw Człowieka podważył prawo do sprzeciwu sumienia*, 16 III 2020 r., <https://www.pch24.pl/skandaliczny-wyrok-w-sprawie-polozonych-przeciw-szwecji-europejskiego-trybunal-praw-czlowieka-podwazyl-prawo-do-sprzeciwu-sumienia,74658,i.html#ixzz6RzTiV5Ao> [dostęp: 10 VII 2020 r.]; *ETPC uderza w wolność sumienia*.

Artykuł skupi się na analizie decyzji ETPCz oraz argumentów powołanych przez Trybunał. Zostanie również omówiona kwestia klauzuli sumienia pielęgniarek i położnych w polskim porządku prawnym. Na koniec zostanie podniesiona kwestia, czy rzeczywiście można uznać decyzje Trybunału za przełomowe w kwestii klauzuli sumienia i czy mają one jakiś wpływ na sytuację prawną pielęgniarek i położnych w Polsce.

Stan faktyczny

Ellinor Grimmark oraz Linda Steen są czynnymi pielęgniarkami pracującymi w Szwecji, które postanowiły ukończyć studia położnicze.

Podczas studiów położniczych skarżąca Grimmark otrzymywała comiesięczne stypendium pokrywane ze środków publicznych. W związku ze studiami kobieta miała podjąć pracę wakacyjną w Hogland Women's Clinic. Przed jej rozpoczęciem poinformowała swojego pracodawcę, że nie będzie asystować podczas zabiegów przerywania ciąży z powodu swoich przekonań i wyznawanej religii. Po kilku dniach skarżąca otrzymała wiadomość, że nie będzie mogła podjąć pracy w szpitalu podczas wakacji ani w późniejszym terminie. Wtedy też dowiedziała się, że w związku z zaistniałą sytuacją stypendium nie będzie jej przysługiwało podczas ostatniego semestru studiów. Sytuacja powtórzyła się, gdy Ellinor Grimmark starała się o pracę w Ryhov Women's Clinic, gdzie również odmówiono jej posady ze względu na odmowę uczestnictwa w zabiegach przerywania ciąży. Po raz kolejny miało to miejsce, gdy ubiegała się o pracę w klinice Varnamo, gdzie również poinformowała o swoich przekonaniach dotyczących aborcji. W międzyczasie pani Grimmark wniosła skargę do Rzecznika Antydyskryminacyjnego. Sprawa przedostała się do publicznej wiadomości, a lokalna gazeta przeprowadziła ze skarżącą wywiad. Kiedy artykuł prasowy został opublikowany, kobieta została poinformowana przez rekruterów ze szpitala Varnamo, że nie będzie mogła zostać

Można przymuszać położne do przeprowadzania aborcji, 26 III 2020 r., <https://ordoiuris.pl/wolnosc-sumienia/etpc-uderza-w-wolnosc-sumienia-mozna-przymuszac-polozne-do-przeprowadzania-aborcji> [dostęp: 10 VII 2020 r.].

zatrudniona. W późniejszym czasie, na etapie sądowym, Ellinor Grimmark twierdziła, że z powodu wywiadu udzielonego gazecie, w którym opisała swoją sprawę i poglądy dotyczące przerywania ciąży, była szykanowana i nie mogła dostać pracy. Ostatecznie mimo wszystko kobieta uzyskała licencję położnej.

W 2014 r. zapadła decyzja Rzecznika Antydyskryminacyjnego, w której wskazał, że nie doszło do dyskryminacji w sposobie, w jaki Ellinor Grimmark została potraktowana przez szpitale. Dodatkowo Rzecznik podkreślił, że częścią profesji położnej jest uczestniczenie w zabiegach aborcji. Wskazał, że skarżąca nie była w porównywalnej sytuacji do tych położnych, które mogły wykonywać wszystkie świadczenia zdrowotne. Rzecznik podkreślił również, że w przedstawionej sytuacji faktycznej nie doszło do dyskryminacji pośredniej. Zauważono, że wolność wyznania skarżącej była chroniona przez art. 9 Konwencji⁶, jednakże zgodnie ze szwedzkim prawem pracodawca może wymagać od pracownika wykonywania wszystkich obowiązków służbowych, które standardowo wchodzi w zakres obowiązków konkretnego zawodu. Wymaganie uczestnictwa w procedurze przerywania ciąży było więc uzasadnione przepisami prawa oraz konieczne ze względu na ochronę zdrowia, ponieważ gwarantowało efektywny dostęp do procedury aborcyjnej w Szwecji. Rzecznik wskazał również, że ograniczenie wolności wyznania było proporcjonalne i uzasadnione.

Skarżąca nie zgodziła się z opinią wyrażoną przez Rzecznika Antydyskryminacyjnego i dochodziła przed sądami szwedzkimi odszkodowania na podstawie Konwencji. Sąd rejonowy Jonkoping oraz sąd pracy podzieliły argumentację przedstawioną przez Rzecznika. Jednocześnie zwróciły uwagę na fakt, że każda położna odmawiająca wykonania jakiegokolwiek innego obowiązku zostałaby potraktowana w taki sam sposób jak skarżąca.

Skarżąca Linda Steen, podobnie jak Ellinor Grimmark, rozpoczęła studia finansowane ze środków publicznych przygotowujące ją do pracy

⁶ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 XI 1950 r. zwana dalej „Konwencją”.

w charakterze położnej. Podczas szkolenia pobierała również finansowane ze środków publicznych stypendium oraz zobowiązała się, że w ciągu dwóch lat po zakończeniu studiów podejmie zatrudnienie w Nyköping Women's Clinic. W trakcie szkolenia skarżąca podpisała umowę z oddziałem położniczym kliniki i poinformowała pracodawcę, że nie będzie mogła uczestniczyć w zabiegach przerywania ciąży. Wówczas zawiadomiono ją, że nie będzie mogła podjąć pracy w klinice, jeżeli nie zgodzi się asystować w zabiegach aborcji. Pani Steen została wbrew swojej woli przeniesiona na poprzednią pozycję – pielęgniarki, w klinice Malmköping. Pomimo zaistniałej sytuacji skarżąca ukończyła studia położnicze. Ona również wniosła sprawę do sądu, domagając się odszkodowania na podstawie Konwencji.

Sąd rejonowy oraz sąd pracy, podobnie jak w sprawie Grimmark, nie zgodziły się z zarzutami dyskryminacji i odrzuciły skargi, na podstawie analogicznych argumentów.

Panie Grimmark i Steen w związku z zapadnięciem niekorzystnych dla nich rozstrzygnięć sądowych wniosły skargi do ETPCz, w których zarzuciły szpitalom naruszenie wolności myśli, sumienia i wyznania. Skarżące podnosiły, że ograniczenie ich praw było bezprawne, bezcelowe i doszło do niego w dyskrecjonalny oraz arbitralny sposób. Ponadto wskazały, że ingerencja w ich prawa była nieproporcjonalna i nieuzasadniona w demokratycznym społeczeństwie. Dodatkowo podkreśliły w swych skargach, że doszło do dyskryminacji oraz naruszenia ich wolności wypowiedzi.

Uzasadnienie prawne ETPCz

Zarówno w sprawie *Grimmark*, jak i *Steen* Trybunał jednoznacznie uznał skargi za oczywiście bezzasadne i niedopuszczalne oraz podzielił argumentację sądów szwedzkich.

Odnosząc się do zarzutów o naruszenie prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania, Trybunał wskazał, że rzeczywiście odmowa uczestnictwa w zabiegach przerywania ciąży ze względu na wiarę i przekonania bez wątpienia stanowiła wyraz manifestacji religijnej, chronionej przez art. 9 Konwencji. ETPCz wyraźnie stwierdził, że doszło do ingerencji w wolność wyznania kobiet. Jednakże podniósł, że ograniczenie

wolności wynikało z przepisów prawa szwedzkiego, które jednoznacznie stanowią, że pracownik musi wykonywać wszystkie obowiązki określone przez pracodawcę. Ingerencja w wolność wyznania pielęgniarek była poza tym uzasadniona ochroną zdrowia kobiet chcących poddać się zabiegowi przerywania ciąży. Trybunał wskazał również, że ograniczenie było konieczne w demokratycznym społeczeństwie i proporcjonalne. Jak podnieśli sędziowie, na Szwecji zapewniającej ogólnokrajowy dostęp do zabiegów przerywania ciąży spoczywa pozytywny obowiązek organizacji systemu ochrony zdrowia w taki sposób, aby realizacja wolności wyznania personelu medycznego nie miała wpływu na możliwość uzyskania świadczeń zdrowotnych przez pacjentki. Z tego względu warunek nałożony na wszystkie położne – wykonywania wszystkich świadczeń zdrowotnych – nie był nieproporcjonalny ani nieuzasadniony. W wyroku podkreślono, że pracodawcy szwedzcy mają dużą swobodę w sposobie organizacji pracy oraz prawo do wymagania wykonywania wszystkich obowiązków zawodowych przez pracownika, który zawierając umowę, godzi się na to. Zarówno w sprawie *Grimmark*, jak i *Steen* każda z pań świadomie zdecydowała o wykonywaniu profesji położnej i ubieganiu się o pracę. Oznacza to, że musiały zdawać sobie sprawę, iż praca położnej wiąże się z uczestnictwem w zabiegach przerywania ciąży. Co istotne, pomimo odmowy zatrudnienia przez szpitale skarżące nie zostały pozbawione pracy.

Trybunał w obu decyzjach rozważył również kwestię naruszenia wolności wypowiedzi oraz dyskryminacji. Skarżące podnosiły, że doszło do ograniczenia ich wolności wypowiedzi w taki sposób, że ze względu na swoją opinię na temat aborcji utraciły możliwość zatrudnienia. Trybunał podzielił argumentację sądów w tym zakresie, że to nie poglądy na temat aborcji stanowiły przyczynę niezatrudnienia, ale odmowa wykonywania wszystkich obowiązków służbowych. Trybunał stwierdził, że do naruszenia nie doszło, ponieważ nie udowodniono, żeby opinie skarżących miały negatywny wpływ na ich życie, poza utratą oferty pracy. W orzeczeniu zapadłym na kanwie sprawy *Grimmark* Trybunał podkreślił, że kluczowy jest fakt, iż w momencie publikacji wywiadu między skarżącą a kliniką Varnamo nie była zawarta żadna wiążąca umowa. Sędziowie wskazali, że zgadzają się z ustaleniami szwedzkiego sądu w tym zakresie, że to

nie wywiad był przyczyną utraty możliwości zatrudnienia w szpitalu, ale odmowa wykonywania wszystkich obowiązków służbowych.

Na koniec Trybunał w obu sprawach odniósł się do podniesionych przez kobiety zarzutów dyskryminacji. W sprawie *Grimmark* skarżąca wskazała, że była traktowana mniej przychylnie od innych położnych, ze względu na swoje antyaborcyjne poglądy. Trybunał argumentował, że sytuacja jej i innych położnych, które były skłonne wykonywać wszystkie obowiązki, była niedostatecznie podobna. Skarżąca nie mogła powoływać się na to, że była w porównywalnej sytuacji jak położne niepodzielające jej poglądów.

W sprawie *Steen* Trybunał nie odniósł się merytorycznie do zarzutu dyskryminacji, ponieważ skarżąca nie wyczerpała w tym zakresie możliwości krajowych.

Ocena

Decyzje w sprawach *Grimmark* i *Steen* przez liberalnych komentatorów zostały okrzyknięte początkiem końca klauzuli sumienia u przedstawicieli zawodów medycznych, a przez konserwatywnych – atakiem na sumienie lekarzy i pielęgniarek. Analizując opisywane decyzje, nietrudno odnieść wrażenie, że Trybunał nie zdecydował się odejść od klauzuli sumienia, tylko w wyważony sposób wziął pod uwagę wszystkie okoliczności konkretnych spraw.

Należy podkreślić, że w przeszłości Trybunał wielokrotnie wypowiadał się na temat sprzeciwu sumienia, ale w innym kontekście – służby wojskowej. Pierwsza sprawa z 1966 r., która trafiła do Europejskiej Komisji Praw Człowieka, dotyczyła niemieckiego świadka Jehowy, który chciał zostać całkowicie zwolniony z obowiązku służby wojskowej ze względu na swoje wyznanie⁷. W tej sprawie zadecydowano, że nie doszło do naruszenia wolności mężczyzny z tego względu, że państwo nie zadecydowało o możliwości powołania się na sprzeciw sumienia w kwestii służby

⁷ Grandrath p. RFN, skarga 2299/64.

wojskowej. Komitet Ministrów Rady Europy swego czasu wskazał, że każde państwo może wprowadzić prawo dające możliwość odmowy służby wojskowej ze względu na przekonania⁸. Obecnie klauzula sumienia w kontekście służby wojskowej jest powszechna w prawie wszystkich krajach będących stronami Konwencji. W 2011 r. w wyroku Trybunał zadecydował, że prawo do sprzeciwu sumienia w kwestii służby wojskowej wynika wprost z art. 9 Konwencji⁹.

Analizując przywołane orzeczenia, można zaobserwować, że Trybunał stara się rozszerzać możliwość powoływania się na klauzulę sumienia w niektórych aspektach, szczególnie gdy chodzi o służbę wojskową. Jednocześnie w wyrokach podkreśla się, że państwa powinny zapewniać możliwość spełniania obowiązku obrony kraju w innej formie¹⁰. Należy zauważyć, że rozszerzanie możliwości powoływania się na sprzeciw sumienia w kontekście służby wojskowej łączy się z zawężającą interpretacją wolności sumienia i wyznania w przestrzeni profesjonalnej czy zawodowej¹¹.

Przykładowo, w 2001 r. Trybunał w precedensowej sprawie zadecydował o tym, że odmowa sprzedaży pigulek antykoncepcyjnych przez właścicieli apteki, ze względu na własne przekonania religijne, nie jest chroniona przez art. 9 Konwencji¹². W orzeczeniu zostało podkreślone, że farmaceuci nie mogli dać pierwszeństwa swoim prywatnym poglądom nad zawodowymi obowiązkami tak długo, jak sprzedaż leków antykoncepcyjnych jest legalna we Francji i możliwa tylko w aptece.

Wracając do klauzuli sumienia przysługującej położnym, warto podkreślić, że Szwecja ma jedno z najbardziej liberalnych rozwiązań prawnych dotyczących przerywania ciąży na świecie. Każda kobieta do 18. tygodnia ciąży albo w wyjątkowych przypadkach do 22. tygodnia – kiedy np. istnieje prawdopodobieństwo, że płód cierpi na poważną chorobę – może

⁸ Rezolucja Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 29 VI 1967 r.

⁹ Wyrok ETPCz z 20 VII 2011 r., 23459/03, *Bayatyan* p. Armenii.

¹⁰ V., Wyrok z 10 XII 2017 r., 75604/11, *Adyan i inni* p. Armenii.

¹¹ V., Wyrok ETPCz z 15 I 2013 r., 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida i inni* p. Wielkiej Brytanii, Wyrok z 2 X 2001 r., 49853/99, *Pichon i Sajous* p. Francji.

¹² *Pichon i Sajous* p. Francji, *op. cit.*

poddać się zabiegowi przerywania ciąży całkowicie za darmo¹³. Niezwykle istotny jest fakt, który nie został podkreślony w decyzjach Trybunału, że szwedzkie prawo w ogóle nie przewiduje możliwości powołania się na klauzulę sumienia przez osoby wykonujące zawody medyczne¹⁴. Oznacza to, że prawo szwedzkie nie przyznaje wolności odmowy wykonania jakiegось świadczenia medycznego m.in. lekarzom czy pielęgniarkom, w sytuacji gdy jest ono sprzeczne z ich poglądami czy też wyznaniem. Nie ma znaczenia tutaj charakter świadczenia – zabieg przerywania ciąży, przepisanie leków antykoncepcyjnych czy przetoczenie krwi – jak również irrelevantny jest powód takiej odmowy.

Decyzje, które zapadły w sprawach Grimmark i Steen, należy ocenić pozytywnie, jako przykład właściwego rozstrzygnięcia konfliktu między wolnością sumienia położnych a prawem do uzyskania świadczeń zdrowotnych pacjentek w kontekście przedstawionych stanów faktycznych.

Bez wątpienia w omawianych sprawach doszło do naruszenia wolności wyznania położnych, jednak było to uzasadnione przepisami prawa w celu ochrony zdrowia kobiet szukających dostępu do zabiegów przerywania ciąży. Ograniczenie wolności było uzasadnione w demokratycznym społeczeństwie i proporcjonalne. W szczególności warto zauważyć, że kobiety, wybierając pracę jako położne, musiały dokładnie zdawać sobie sprawę z ograniczeń, które nakłada na nie prawo w Szwecji w odniesieniu do możliwości manifestowania swoich przekonań religijnych w zawodzie położnej. Trudno uwierzyć, aby kobiety były nieświadome tego, że praca położnej wiąże się m.in. z uczestnictwem w zabiegach przerywania ciąży. Warto też zwrócić uwagę na kontekst krajowy, w jakim zostały wydane oba rozstrzygnięcia. Omawiane sprawy dotyczyły bowiem stanów faktycznych, które miały miejsce w realiach prawnych Szwecji. W zupełnie inny sposób mogłyby zostać rozstrzygnięte przez Trybunał, gdyby państwo – strona Konwencji przyznawało przedstawicielom zawodów medycznych prawo do sprzeciwu sumienia.

¹³ Ust. 1 Ustawy aborcyjnej, SFS 1974:595 (ze zm.).

¹⁴ Ch. Munthe, *Conscientious refusal in health care: the Swedish solution*, Journal of Medical Ethics, vol. 42 2016, <https://jme.bmj.com/content/43/4/257> [dostęp: 10 VII 2020 r.].

Każdy kraj będący stroną Konwencji posiada margines uznania (ang. *margin of appreciation*) w ustalaniu ograniczeń w kontekście wolności wyznania i przekonań, które są konieczne w demokratycznym społeczeństwie. Takie obostrzenia dotyczące wolności jednostki muszą posiadać uzasadnienie aksjologiczne i być nałożone w celu ochrony innej porównywalnie ważnej wartości. Oznacza to, iż zasadą jest wolność manifestowania swoich przekonań religijnych, jednak państwo może uznać, że w pewnych okolicznościach może dojść do ograniczenia tej wolności w celu ochrony innej, równie istotnej wartości. W przypadku lekarzy czy pielęgniarek państwo może, w ramach swojego marginesu uznania, ograniczyć wolność wyznania tej grupie zawodowej, po to, aby zapewnić dostęp pacjentom do wszystkich świadczeń zdrowotnych.

Państwo może również przyznać prawo przedstawicielom zawodów medycznych do powołania na klauzulę sumienia, jeśli świadczenie zdrowotne, którego mają udzielić, jest sprzeczne z ich przekonaniami. Jednak w takiej sytuacji kraj musi zapewnić wszystkim osobom równy dostęp do wszystkich gwarantowanych świadczeń opieki zdrowotnej, które mogą być świadczone w tym państwie, nawet do tych, które są uważane za kontrowersyjne, jak np. aborcja czy eutanazja (o ile są zgodne z prawem krajowym). Rozpatrując sprawę, która dotyczyłaby właśnie takiej sytuacji, Trybunał musiałby rozważyć, czy w sposób wystarczający został zapewniony pacjentom dostęp do świadczeń medycznych na wypadek odmowy udzielenia ich przez lekarza lub pielęgniarkę. Potencjalnie istotną kwestią byłoby również rozważenie, w zależności od okoliczności sprawy, ewentualnego ograniczenia kręgu osób mogących powołać się na sprzeciw sumienia.

Gdyby podobna sprawa trafiła do Trybunału na gruncie prawa polskiego, istnieją uzasadnione wątpliwości, czy zostałaby ona rozstrzygnięta w podobny sposób jak sprawy szwedzkie. Po pierwsze, w przeciwieństwie do Szwecji, w Polsce przerywanie ciąży jest niezgodne z prawem oprócz konkretnych sytuacji przewidzianych przepisami prawa¹⁵. Po drugie, przepisy odnoszące się do zawodu lekarza i pielęgniarki (oraz położnej)

¹⁵ Art. 4a ustawy z dnia 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 2001 r. Nr 154, poz. 1792).

wprost umożliwiają powołanie się na klauzulę sumienia przez te grupy zawodowe podczas udzielania świadczeń medycznych. Oznacza to, że w obecnym stanie prawnym położna mogłaby odmówić uczestnictwa w zabiegu przerywania ciąży, jednakże musiałaby podać powód swojej decyzji, a odmowa musiałaby zostać odnotowana na piśmie¹⁶. Poza tym położna nie mogłaby powołać się na klauzulę sumienia, gdyby zwłoka w udzieleniu świadczenia mogłaby spowodować stan nagłego zagrożenia zdrowotnego dla pacjenta¹⁷. Położna powinna również poinformować pacjentkę o odmowie oraz wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innej pielęgniarki, położnej lub w innym podmiocie leczniczym¹⁸. Istotne jest, że położna obowiązana jest uprzedzić pacjenta o odmowie udzielenia jakiegoś świadczenia, aby ten mógł uzyskać świadczenie w innym miejscu. Unormowania dotyczące klauzuli sumienia pielęgniarek i położnych zawarte są również w Kodeksie Etyki Zawodowej Pielęgniarki i Położnej Rzeczypospolitej Polskiej¹⁹, gdzie mowa jest o tym, że przedstawiciele tych zawodów mają prawo odmówić uczestniczenia w zabiegach i eksperymentach biomedycznych, które są sprzeczne z wyznawanymi przez nich normami etycznymi²⁰.

Analogiczne przepisy²¹ obowiązują lekarzy chcących odmówić udzielenia świadczenia zdrowotnego stojącego w sprzeczności z ich sumieniem. Podobnie jak położne czy pielęgniarki, lekarze mogą powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych, które są niezgodne z ich sumieniem, z zastrzeżeniem przypadków, gdy zwłoka w udzieleniu pomocy mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała

¹⁶ Art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 15 VII 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. 2011 Nr 174 poz. 1039 ze zm.).

¹⁷ *Ibid.*, art. 12 ust. 1.

¹⁸ *Ibid.*, art. 12 ust. 3.

¹⁹ Uchwała nr 9 z 9 XII 2003 r. przyjęta przez IV Krajowy Zjazd Pielęgniarek i Położnych.

²⁰ *Ibid.*, cz. II, pkt 6.

²¹ Art. 39 ustawy z dnia 5 XII 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2020 r. poz. 567) (dalej „ustawa lekarska”). Ustawa lekarska została znowelizowana ustawą z dnia 16 VII 2020 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 1291).

lub ciężkiego rozstroju zdrowia²². Przepis nakładający na lekarza obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia zdrowotnego, którego wykonania lekarz odmówił, u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym oraz wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki” został uznany za niezgodny z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej²³ wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 2015 r.²⁴ TK podkreślił wówczas, że prawo do sprzeciwu sumienia wypływa bezpośrednio z konstytucyjnej wolności sumienia i religii, której źródłem jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka. Prawo do sprzeciwu sumienia, jak zostało wskazane, przysługuje niezależnie od tego, czy istnieją pozytywne przepisy prawa je wprowadzające, co oznacza, że lekarz, nawet gdyby art. 39 ustawy lekarskiej nie istniał, miałby prawo odmówić udzielenia świadczenia sprzecznego z jego sumieniem.

TK zgodził się w wyroku z tą częścią doktryny, która stoi na stanowisku, że klauzula sumienia zawarta w art. 39 w zw. z art. 30 ustawy lekarskiej wyznacza granice zgodnego z prawem korzystania przez lekarza z wolności sumienia w kontaktach z pacjentem²⁵.

Sprzeciw sumienia z ustawy lekarskiej stanowi ograniczenie wolności sumienia, ustanawiając pozytywne i negatywne warunki korzystania z niej. Przeciwnicy poglądu wyrażonego w wyroku TK stoją na stanowisku, że klauzula sumienia daje lekarzom możliwość zachowania się w zgodzie z ich przekonaniami moralnymi i religijnymi, pomimo że ciążą na nich obowiązki zawodowe, na które świadomie się zgodzili, wybierając określony zawód i specjalizację. Z obowiązkami lekarzy ściśle połączone jest

²² Art. 30 ustawy lekarskiej.

²³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r.

²⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 X 2015 r. Sygn. akt K 12/14 (dalej „wyrok TK”).

²⁵ V., m.in. O. Nawrot, *Glosa do wyroku TK z 7.10.2015 r., K 12/14*, Prz. Sejm. 2016/4, s. 146; A. Zoll, *Klauzula sumienia* [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne*, red. P. Stanisławski, J. Pawlikowski et al., Sopot 2015, s. 120; L. Bosek, *Klauzula sumienia – czy ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry jest zgodna z konstytucją?*, *Medycyna Praktyczna* 2014/1, s. 105–107.

prawo pacjenta do uzyskania świadczeń zdrowotnych²⁶. W zdaniu odrębnym do wyroku TK sędzia S. Wronkowska-Jaśkiewicz podkreśliła, że „gwarancyjny charakter [klauzuli sumienia – przypis autorki] wyraża się w tym, że w razie konfliktu między nakazem wyznaczonym lekarzowi przez obowiązujące normy prawne a głosem sumienia wzywającym go do niewykonania obowiązkowego czynu upoważnia go, by obowiązku nie wypełnił. Sama klauzula ma więc usunąć ograniczenie wolności sumienia, które powstało ze względu na obowiązujące normy prawne, a czyniąc z niej użytek, lekarz nie uwzględnia dobra pacjenta, lecz daje wyraz swoim głębokim osobistym przekonaniom”²⁷.

W odniesieniu do obowiązku wskazania realnej możliwości uzyskania świadczenia zdrowotnego, który został uznany za niekonstytucyjny przez TK, sędziowie podkreślili, że obowiązek ten jest nieproporcjonalny. Wymóg ten został uznany za nadmiernie ograniczający wolność sumienia, ponieważ przepis prawa w takim kształcie nie chroni jednostki przed postępowaniem niezgodnym z sumieniem, gdyż pośrednio prowadzi do nieakceptowalnego skutku moralnego²⁸.

Największą różnicą w konstrukcji klauzuli sumienia lekarzy i pielęgniarek jest jej zakres przedmiotowy. Lekarze mogą odmówić wykonania ogólnie określonych świadczeń zdrowotnych. Pielęgniarki i położne natomiast mogą odmówić wykonania zlecenia lekarskiego, udzielenia innego świadczenia lub takiego świadczenia, które pozostaje poza zakresem ich kwalifikacji. Zróżnicowanie takie wynika z odmiennego charakteru pracy pielęgniarek i lekarzy, ponieważ pielęgniarki z jednej strony są podległe nadzorującemu je lekarzowi, jednocześnie posiadając pewną swobodę działania. Dodatkowo pielęgniarka, chcąc powołać się na klauzulę sumienia, musi niezwłocznie uprzedzić pacjenta o swojej decyzji. Taki obowiązek nie ciąży *explicite* na lekarzu. Różnica objawia się również,

²⁶ J. Różyńska, *Klauzula sumienia* [w:] *System prawa medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, M. Boratyńska, P. Konieczniak (red.), tom II, część 1, s. 653.

²⁷ Zdanie odrębne S. Wronkowskiej-Jaśkiewicz do wyroku TK, s. 68.

²⁸ Uzasadnienie do wyroku TK, cz. III pkt 6.2.1., *cf.*, M. Świeca, *Klauzula sumienia – jako rozwiązanie kolizji norm prawa stanowionego z normami światopoglądowymi*, PiM 2013, 3–4, s. 52–53.

kiedy odmowa wykonania świadczenia nie jest możliwa. Pielęgniarka nie może powołać się na klauzulę sumienia w sytuacji stanu nagłego zagrożenia zdrowotnego. Lekarz natomiast nie może tego zrobić w sytuacji niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała, ciężkiego rozstroju zdrowia pacjenta. Kluczową kwestią jest fakt, że pomimo tego, iż wyrokiem TK uchylony został lekarski obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia, to na pielęgniarkach i położnych taki obowiązek ciąży cały czas²⁹.

Istniejące obecnie unormowania dotyczące klauzuli sumienia w odniesieniu do lekarzy i pielęgniarek wprowadzają systemową niekonsekwencję i rozbieżności. Z jednej strony bowiem przepis nakładający lekarski obowiązek wskazania realnej możliwości uzyskania świadczenia został uznany przez TK za niekonstytucyjny. Z drugiej strony natomiast analogiczny przepis nadal obowiązuje pielęgniarki i położne. Taka sytuacja może rodzić ogromne wątpliwości i trudności praktyczne. Zgodnie z art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży³⁰ tylko lekarz może wykonać zabieg przerywania ciąży. Położna, która uczestniczy w farmakologicznym albo operacyjnym zabiegu aborcji, stanowi część zespołu terapeutycznego, wobec którego, jak zostało wskazane przez Sąd Najwyższy, kompetencje nadzorcze posiada lekarz³¹. Moim zdaniem pomimo takiej konstrukcji przepisów obowiązujących pielęgniarki i położne w ramach sprawowanego nadzoru mają one jednak pewną większą lub mniejszą swobodę w zależności od sytuacji, udzielanych świadczeń zdrowotnych lub doświadczenia³². Położna, która otrzymałaby polecenie podania produktu leczniczego mającego na celu wywołanie aborcji farmakologicznej, mogłaby powołać się na klauzulę sumienia, odmawia-

²⁹ Można przypuszczać, że gdyby w przyszłości podobna sprawa trafiła do Trybunału Konstytucyjnego, przepisy we wskazanym zakresie zostałyby uznane za niekonstytucyjne.

³⁰ Ustawa z dnia 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży.

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 III 2000 r., I PKN 150/99, OSNPC 2001, nr 16, poz 505.

³² V., A. Sieńko, *Klauzula sumienia a samodzielność wykonywania zawodu pielęgniarki – refleksja prawna*, Piel. Zdr. Publ. 2018, 8(4): s. 319–323 – temat samodzielności pielęgniarek i położnych w kontekście klauzuli sumienia.

jąc uczestnictwa w procedurze. Podobnie położna mogłaby odmówić asystowania przy zabiegu ginekologicznym przerywania ciąży. Nie wiadomo jednak, jak formalnie miałyby wyglądać wskazanie przez położną realnej możliwości uzyskania świadczenia w takiej sytuacji³³. Jeżeli położna podjęłaby decyzję o powołaniu się na klauzulę sumienia, musiałaby powiadomić o tym fakcie swojego przełożonego lub zlecającego, w zależności od sytuacji lekarza lub pielęgniarkę nadzorującą. Następnie taka położna musiałaby wskazać inną położną lub podmiot leczniczy, gdzie pacjentka mogłaby uzyskać świadczenie. Pielęgniarki i położne nie mają obowiązku posiadania wiedzy na temat przekonań moralnych innych osób pracujących na oddziale, co oznacza, że wskazana przez nią położna również mogłaby odmówić wykonania świadczenia ze względu na swoje przekonania. W razie powołania się przez wszystkie położne i pielęgniarki na oddziale na klauzulę sumienia mogłoby dojść do sytuacji, w której świadczenie nie mogłoby zostać praktycznie udzielone, nawet gdy lekarz nie odmówiłby osobiście udzielenia tego świadczenia. Pacjentka w takiej sytuacji praktycznie zostałaby pozbawiona realnej możliwości uzyskania takiego świadczenia.

Jak w takiej sytuacji kształtowałyby się kwestia ewentualnej odpowiedzialności zawodowej i cywilnej położnej i lekarza – czy lekarz odpowiadałby jako podmiot nadzorujący, czy też każda położna odpowiadałaby samodzielnie. W związku z konstrukcją przepisów przyznających konkretne uprawnienia lekarzom i pielęgniarkom wydaje się, że położna odpowiadałaby za swoje ewentualne zaniedbania osobiście³⁴. Odwracając sytuację, kiedy to lekarz odmówiłby wykonania zabiegu przerywania ciąży, pytanie, czy w takiej sytuacji położna, która nie podzielałaby jego poglądów, mogłaby samodzielnie pomóc kobiecie – powołując się na swoją pewną niezależność od lekarza i doświadczenie zawodowe. Odniesienie przedstawionych rozważań do obecnie obowiązującego art. 4 ustawy o pla-

³³ Zwraca na to uwagę m.in.: M. Sadowska, *Komentarz do art. 12* [w:] W. Lis, M. Sadowska, *Ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej. Komentarz*, Warszawa 2019; D. Karkowska, *Wskazanie możliwości uzyskania świadczenia zdrowotnego u innego podmiotu* [w:] D. Karkowska, C. Włodarczyk, *Prawo medyczne dla pielęgniarek*, Warszawa 2013.

³⁴ V., A. Sieńko, *op. cit.*

nowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży – powinno implikować odpowiedź negatywną. Biorąc pod uwagę powyższe, pielęgniarki i położne, chcąc powołać się na klauzulę sumienia, stają przed wyzwaniem rozstrzygnięcia konfliktu moralnego dotyczącego podwójnej lojalności – z jednej strony wobec poszukującej pomocy pacjentki, a z drugiej – wobec przełożonego lekarza³⁵.

Analizując hipotetyczną sprawę dotyczącą odmowy uczestniczenia w zabiegu przerywania ciąży przez polską położną powołującą się na klauzulę sumienia, która mogłaby trafić do Trybunału, sędziowie musieliby wziąć pod uwagę przedstawione powyżej przepisy polskie. Przez odmówienie położnej prawa do powołania się na klauzulę sumienia bezsprzecznie doszłoby do naruszenia jej wolności sumienia i wyznania. Ograniczenie nałożone na położną mogłoby jednak zostać uznane za niedopuszczalne przez prawo, które wprost w ustawie gwarantuje możliwość powołania się na klauzulę sumienia. Wątpliwości mogłyby pojawić się jednak przy rozważaniu kwestii, czy klauzula sumienia nie ogranicza możliwości uzyskania przez pacjentów wszystkich świadczeń zdrowotnych, które są gwarantowane przez państwo. Analiza musiałaby skoncentrować się na wyważeniu dwóch przeciwstawnych praw – do sprzeciwu sumienia położnej oraz do uzyskania gwarantowanego świadczenia zdrowotnego przez pacjentki. Analiza orzeczeń wydanych przez Trybunał w przeszłości pozwala stwierdzić, że ETPCz mógłby orzec, iż przyznając lekarzom, pielęgniarkom i położnym prawo do powołania się na klauzulę sumienia, państwo działa w granicach swobody przyznanej mu przez Konwencję. Jednak bez wątpienia Trybunał, podobnie jak w sprawach *P. i S. p. Polsce*³⁶ oraz *R.R. p. Polsce*³⁷, mógłby też podkreślić, że w sytuacji odmowy udzielenia świadczenia państwo ma obowiązek zapewnić realną możliwość uzyskania świadczenia przez pacjenta. Jak zaznaczył ETPCz

³⁵ Na tę kwestię zwrócili uwagę B. Dobrowolska i P. Cegielko, *Instytucja klauzuli sumienia w zawodzie pielęgniarki i położnej*, http://www.ptb.org.pl/pdf/dobrowolska_cegielko_klauzula_1.pdf [dostęp: 10 VII 2020 r.]

³⁶ Wyrok ETPCz z 9 X 2012 r., 57375/08, *P i S. p. Polsce*.

³⁷ Wyrok ETPCz z 26 V 2011 r., 27617/04, *R.R. p. Polsce*.

we wskazanych orzeczeniach, na państwach – stronach Konwencji ciąży powinność organizacji swojego systemu opieki zdrowotnej w taki sposób, aby efektywnie umożliwić dostęp pacjentom do świadczeń, do których są uprawnieni w sytuacji, gdy personel medyczny korzysta z prawa do wolności sumienia³⁸. Oznacza to, że kluczowe dla hipotetycznej sprawy byłoby rozstrzygnięcie, czy pomimo powołania się na klauzulę sumienia pacjentka miała realną możliwość uzyskania kontrowersyjnego świadczenia.

Polski wyrok Trybunału Konstytucyjnego niestety tylko dodatkowo przyczynił się do skomplikowania sytuacji kobiet chcących uzyskać kontrowersyjne świadczenia zdrowotne. Odpowiedzialność za wskazanie realnej możliwości uzyskania świadczenia została przerzucona na pielęgniarki i położne, które nie mają obowiązku posiadać koniecznej wiedzy w tym zakresie. Jednocześnie całkowicie niejasna pozostaje kwestia ich ewentualnej odpowiedzialności wobec pacjentów, przełożonych i zlecających świadczenie. To na państwie powinien ciążyć jednoznaczny obowiązek udzielania informacji na temat realnych szans uzyskania wszystkich świadczeń zdrowotnych, które są finansowane ze środków publicznych. Pomimo jednak upływu lat od wydania wyroków we wskazanych powyżej sprawach żadne wsparcie dla pacjentów w tym zakresie w Polsce nie powstało.

Dodatkowo, analizując historyczne orzeczenia, można pokusić się o stwierdzenie, że Trybunał mógłby zastosować podmiotowo zawężającą interpretację klauzuli sumienia. Podobnie jak w sprawie francuskich farmaceutów³⁹, Trybunał mógłby uznać, że przyznanie możliwości odmowy wykonania świadczenia ze względu na przekonania moralne w sytuacjach zawodowych powinno zostać ograniczone np. tylko do lekarzy, pielęgniarek i położnych, a nie rozszerzone na przedstawicieli innych zawodów medycznych, takich jak ratownicy medyczni czy fizjoterapeuci.

³⁸ P. i S. p. Polsce, *op. cit.*, pkt 106 oraz R.R. p. Polsce, *op. cit.*, pkt 49.

³⁹ *Pichon i Sajous* p. Francji, *op. cit.*

Podsumowanie

Decyzje Trybunału w sprawach Grimmark i Steen należy ocenić pozytywnie. Sędziowie we właściwy sposób ocenili, że ograniczenie wolności wyznania położnych wynikało z ustawy oraz miało na celu ochronę zdrowia kobiet chcących uzyskać dostęp do legalnego zabiegu przerywania ciąży. Wymóg, aby położne wykonywały wszystkie obowiązki zawodowe, jest proporcjonalnym i uzasadnionym ograniczeniem ich wolności sumienia.

Należy podkreślić, że Trybunał orzekł na podstawie określonego stanu faktycznego, który miał miejsce w Szwecji. Oznacza to, że gdyby podobna sprawa trafiła na wokandę na gruncie prawa polskiego, Trybunał mógłby uznać, że zapewniając klauzulę sumienia lekarzom, pielęgniarkom i położnym, Polska działała w ramach swojego marginesu uznania. ETPCz bez wątpienia jednak zwróciłby uwagę na to, czy realne było uzyskanie świadczenia zdrowotnego w sytuacji powołania się przez członka personelu medycznego na sprzeciw sumienia.

Biorąc to wszystko pod uwagę, należy wskazać, że przedwczesne są głosy publicystów mówiące o tym, że orzeczenia w sprawach *Grimmark* i *Steen* są początkiem końca klauzuli sumienia. Wyrok zapadł na kanwie konkretnego stanu faktycznego w Szwecji, w kraju, który odmówił personelowi medycznemu prawa do sprzeciwu sumienia oraz gdzie istnieją jedne z najbardziej liberalnych przepisów dotyczących przerywania ciąży. Gdyby sprawa miała miejsce w Polsce, biorąc pod uwagę kontekst prawny i kulturowy, wynik mógłby być zupełnie inny.

Bibliografia

- B. Dobrowolska i P. Cegielko, *Instytucja klauzuli sumienia w zawodzie pielęgniarki i położnej*, http://www.ptb.org.pl/pdf/dobrowolska_cegielko_klauzula_1.pdf
- D. Karkowska, *Wskazanie możliwości uzyskania świadczenia zdrowotnego u innego podmiotu* [w:] D. Karkowska, C. Włodarczyk, *Prawo medyczne dla pielęgniarek*, Warszawa 2013

- Ch. Munthe, *Conscientious refusal in health care: the Swedish solution*, Journal of Medical Ethics, vol. 42, 2016
- J. Różyńska, *Klauzula sumienia* [w:] *System prawa medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, t. II, cz. 1, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Wolters Kluwer 2019
- M. Sadowska, *Komentarz do art. 12* [w:] W. Lis, M. Sadowska, *Ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej. Komentarz*, Warszawa 2019
- A. Sieńko, *Klauzula sumienia a samodzielność wykonywania zawodu pielęgniarki – refleksja prawna*, Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne, 8(4)/2018
- M. Świeca, *Klauzula sumienia – jako rozwiązanie kolizji norm prawa stanowionego z normami światopoglądowymi*, Prawo i Medycyna, 3–4/2013

Summary

End of the conscience clause? – Steen v. Sweden and Grimmark v. Sweden

The gloss concerns the decisions issued by the European Court of Human Rights in February 2020. The cases concerned midwives who were denied employment because they refused to participate in abortion procedures. The women accused potential employers – hospitals – of violation of religious freedom and discrimination. The European Court of Human Rights decided that there was a restriction of the midwives' freedom of thought, conscience and religion, but this was justified by Swedish law, which clearly states that the employee must perform all the duties specified by the employer. The interference with the nurses' freedom of religion was also justified by the protection of the health of women wishing to undergo termination of pregnancy. The Court held that there was also no discrimination against midwives. The author is of the opinion that the decision and its justification deserve approval. Taking into account the circumstances of the case and Swedish regulations, which are liberal concerning abortion law and does not provide the possibility for nurses and midwives to invoke the conscientious objection clause, the decision should be positively assessed. However, the Court's decision cannot be read as a breakthrough, because if the case concerned a different state of affairs, e.g. from Poland, the outcome might be completely different. It was emphasised that the situation in Poland after the judgment of the Constitutional Tribunal in 2015 concerning the doctors' conscience clause introduced legal confusion and unclear situation of nurses and midwives, who were not affected by this judgment.

Istota i charakter prawny zasad deontologii zawodowej lekarza

I. Istota i geneza zasad deontologii zawodowej

Rozważania na temat istoty i charakteru prawnego zasad deontologii zawodowej lekarza wypada rozpocząć od wyjaśnienia pojęcia deontologii. Wywodzi się ono od greckich słów *déon*, czyli obowiązek, oraz *lógos*, oznaczającego naukę, teorię. Deontologię należy rozumieć jako dział etyki traktujący o powinnościach moralnych.

Początki deontologii sięgają czasów antycznych. Pierwotnie deontologia była silnie związana z pragmatyką wojskową, a dopiero z biegiem czasu ideę formalizowania zasad postępowania przyjmowały kolejne grupy społeczne¹. W środowisku lekarskim o szczególnym stosunku lekarza do wykonywanego przez niego zawodu mówiono już w czasach starożytnych. Z tego okresu pochodzi bowiem przysięga Hipokratesa, greckiego lekarza, zwanego również ojcem medycyny. Przysięga ta składowana jest do dnia dzisiejszego przez absolwentów wydziałów lekarskich i, obok przepisów prawa, kształtuje postawę lekarzy wobec wykonywanego zawodu. Oznacza to, że lekarze powinni kierować się w swoich działaniach nie tylko obowiązującymi ich regulacjami prawnymi; istotne jest także przestrzeganie zasad etycznych. Już w czasach starożytnych odróżniano reguły deontologiczne od zasad prawnych, np. od Kodeksu Hamurabiego. W kodeksie tym znajdowało się dziewięć przepisów dotyczących zawodu lekarskiego, przy czym opierały się one na zasadzie talionu

¹ K. Zacharzewski, *Znaczenie kodeksów deontologicznych w dziedzinnie prawa prywatnego*, Przegląd Prawa Handlowego 6/2011, s. 35.

(prawa odwetu, tj. oko za oko, ząb za ząb). Istniała możliwość stosowania wobec lekarzy systemu kar i nagród, które uzależnione były od statusu społecznego chorego (sankcje za wyrządzenie szkody niewolnikowi były mniej dotkliwe)².

Treść składanej przysięgi lekarskiej ulegała modyfikacjom w ciągu wieków. Zmianę jej brzmienia w Polsce można zaobserwować już w XV w. na Akademii Krakowskiej. W porównaniu do przysięgi Hipokratesa jej treść była niemal identyczna. Różniła się jedynie początkowym fragmentem. Zamiast przysięgania Apollinowi lekarzowi i Asklepiosowi, Hygei i Panakei oraz wszystkim bogom, jak też boginiom, odniesiono się do Boga Ojca, Syna i Ducha Świętego. Kolejna modyfikacja, dokonana już w XIX w., pomijała aspekty chrześcijańskie. Akademia Medykochirurgiczna oraz Szkoła Główna Warszawska drukowały wówczas na odwrocie dyplomów lekarskich tzw. obietnicę fakultetową. Pojawiło się również nawiązanie do przestrzegania prawa poprzez ślubowanie respektowania prawem nałożonych obowiązków w składanym przyrzeczeniu lekarskim³.

II. Problem prawnego charakteru zasad deontologii zawodowej

Etykę lekarską należy odróżnić od kodeksów etyki lekarskiej. Pierwsza z nich stanowi całość norm, zaleceń, wytycznych, regul, sugestii oraz podobnych wypowiedzi dyrektywnych, które dotyczą wykonywania zawodu lekarza. Kodeks natomiast to akt o charakterze normatywnym, wydany przez uprawniony do tego organ korporacji zawodowej, który zawiera te normy, zalecenia, wytyczne, reguły, sugestie oraz podobne wypowiedzi dyrektywne, które dotyczą wykonywania zawodu lekarza, w sposób spójny, a także w miarę uporządkowany⁴. W odniesieniu do obecnego Kodeksu

² *Ibidem*, s. 21–22.

³ https://www.mp.pl/etyka/podstawy_etyki_lekarskiej/29470,kodeks-etyki-lekarskiej, dostęp 16 VII 2020 r.

⁴ R. Sarkowicz, *Uwagi o kodeksie etyki lekarskiej*, Konferencja pt. „Filozoficzne i prawne aspekty kodeksów etyki lekarskiej”, Kraków 25–27 maja 2007 r., <https://www.diametros.iphils.uj.edu.pl>, dostęp 24 VIII 2020 r.

Etyki Lekarskiej wyrażone zostały uwagi krytyczne, że dobry kodeks nie powinien składać się z oczywistych ogólników, być enumeracją trudnych przypadków z gotowymi rozwiązaniami, zwalniać lekarzy z odpowiedzialności w przypadku ich postępowania zgodnie z kodeksem czy też być deklaratywnym pustosłowiem⁵.

Uchwalenie KEL poprzedziła ustawa o izbach lekarskich⁶, która po licznych sporach⁷ weszła w życie dnia 26 V 1989 r. i na mocy której zrekonstruowano samorząd lekarzy (rozwiązany w 1950 r.). Zgodnie z treścią jej art. 4 ust. 2 do zadań samorządu należało przede wszystkim ustanawianie obowiązujących wszystkich lekarzy zasad etyki i deontologii zawodowej oraz dbałość o ich przestrzeganie. Najwyższą władzę samorządu stanowi od tej pory Krajowy Zjazd Lekarzy, a do jego zadań należy w szczególności uchwalenie zasad etyki i deontologii zawodowej, stosownie do treści ówczesnego art. 33 pkt 1 UIL 1989. Konsekwentnie, na II Nadzwyczajnym Zjeździe Lekarzy, który odbył się w 1991 r., został przyjęty Kodeks Etyki Lekarskiej. Nie była to jednak jeszcze jego ostateczna wersja – został on bowiem dwukrotnie znowelizowany. Pierwszy raz podjęto decyzję o zmianie treści Kodeksu podczas III Krajowego Zjazdu Lekarskiego w 1993 r., natomiast drugi raz zmieniono go w 2003 r. podczas VII Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Lekarzy. W tej wersji obowiązuje on do dnia dzisiejszego. Dnia 1 I 2010 r. weszła natomiast w życie nowa ustawa o izbach lekarskich⁸, w której również przewidziana została powinność ustanawiania przez samorząd lekarski zasad etyki zawodowej oraz dbania o ich przestrzeganie jako jedno z zadań samorządu lekarzy, stosownie do treści art. 5 ust. 1 wspomnianej ustawy. Charakter prawny Kodeksu Etyki Lekarskiej (dalej KEL lub Kodeks) od początku budził

⁵ J. Hartman, *Uwagi o Kodeksie Etyki Lekarskiej* [w:] W. Chańska, J. Hartman (red.), *Bioetyka w zawodzie lekarza*, Warszawa 2009, s. 135.

⁶ Ustawa o izbach lekarskich z dnia 17 V 1989 r., Dz.U. z 1989 r., Nr 30, poz. 158 (cyt. dalej jako UIL 1989).

⁷ Zob. szerzej T. Brzeziński, *op. cit.*, s. 28–41.

⁸ Ustawa o izbach lekarskich z dnia 2 XII 2009 r., z późn. zm., Dz.U. z 2009 r., Nr 219, poz. 1708 (cyt. dalej jako UIL 2009).

wątpliwości, podobnie jak możliwość ponoszenia odpowiedzialności przez lekarza, który dopuścił się naruszenia jego regul. Rozważania na ten temat należałoby rozpocząć od zastanowienia się nad tym, czy KEL stanowi źródło prawa.

W polskim porządku prawnym przyjęty został dychotomiczny podział źródeł prawa. Zawarty bowiem w art. 87 Konstytucji RP z dnia 2 IV 1997 r.⁹ katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego ma charakter zamknięty. Oznacza to, że poza Konstytucją, ustawami, ratyfikowanymi przez Polskę umowami międzynarodowymi oraz rozporządzeniami, a na obszarze działania organów, które je ustanowiły – również aktami prawa miejscowego, żaden inny akt nie może stanowić źródła prawa. Podmiotowy aspekt zamkniętego katalogu źródeł prawa wyraża się tym, że mogą je stanowić jedynie organy wyraźnie do tego uprawnione na mocy Konstytucji¹⁰.

W uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 VI 2000 r. (K 25/99) *expressis verbis* stwierdzono, że ustawodawca w sposób w pełni zamierzony i wyrażony jednoznacznie przyjął w Konstytucji przedmiotowo i podmiotowo zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego¹¹. Postępowanie w tej sprawie zostało zainicjowane przez prezesa Najwyższej Izby Kontroli, który podnosił m.in., że akty wykonawcze wydawane przez organy NBP na podstawie ustawy o NBP są adresowane do podmiotów imiennie i licznie nieokreślonych, w tym również do takich, które nie stanowią jednostek wewnętrznych NBP (np. banki komercyjne), a z tego względu zyskują walor aktów prawa powszechnie obowiązującego. Ponadto akty te mają formę uchwały, która nie została przewidziana przez Konstytucję dla aktów prawa powszechnie obowiązującego. Trybunał Konstytucyjny zajął stanowisko, że w zakresie

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r., Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 (cyt. dalej jako Konstytucja).

¹⁰ P. Radziejewicz, *Komentarz do art. 87 Konstytucji* [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, WKP 2019, LEX, dostęp 17 VII 2020 r.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 VI 2000 r., K 25/99, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 29 III 2020 r.

tworzenia prawa powszechnie obowiązującego kompetencje opierają się jedynie na zasadach wynikających z art. 87 i 92 Konstytucji. Jednakże w doktrynie wyrażane są również krytyczne poglądy w odniesieniu do zamkniętego systemu źródeł prawa. Powołani w sprawie biegli podkreślali, że założony przez legislatora wzorzec „zamkniętego” systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego nie został przez niego wyrażony ani jednolicie, ani też w sposób niebudzący wątpliwości (S. Wronkowska)¹². Eksperti dostrzegają nieracjonalność, a nawet – powtarzając wypowiedź P. Winczorka – „dysfunkcjonalność” obowiązujących rozwiązań odnoszących się do zamkniętego systemu źródeł prawa¹³. Podsumowując ten wątek, wyrok z dnia 25 VI 2000 r. (K 25/99) ma takie znaczenie dla samorządu lekarzy, że wydawane przez niego uchwały nie stanowią prawa powszechnie obowiązującego.

Natomiast w odniesieniu do aktów prawa o charakterze wewnętrznym wskazać należy, że art. 93 Konstytucji nie zawiera katalogu zamkniętego ani pod względem przedmiotowym, ani podmiotowym. Zasadność powyższej tezy odnaleźć można w uzasadnieniu wyroku Trybunału z dnia 1 XII 1998 r. (K 21/98). Wyrok ten został wydany na wniosek Prezydenta RP. Wnioskodawca zwrócił uwagę, że celem ustawy o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli¹⁴ jest dostosowanie zmienianej ustawy do postanowień Konstytucji. Na mocy ustawy przesłanej prezydentowi do podpisu marszałek Sejmu ma prawo do nadawania NIK statutu w drodze zarządzenia, co narusza zasadę demokratycznego państwa prawnego. Zdaniem wnioskodawcy marszałek Sejmu nie może posłużyć się w tym celu zarządzeniem ze względu na jego charakter wewnętrzny, obowiązuje ono tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu ten akt. W wyroku tym wskazuje się, że uznanie, iż akty wewnętrzne mogą być wydawane tylko w formach przewidzianych w art. 93 i tylko przez

¹² Zob. pkt II Uzasadnienia faktycznego wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 VI 2000 r., K 25/99.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ustawa z dnia 8 V 1998 r. o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz.U. z 1998 r., Nr 148, poz. 966.

podmioty wymienione w tym przepisie, oznaczałoby pozbawienie pozostałych organów możliwości wydawania jakichkolwiek regulacji prawnych. Z tego względu należy uznać, że system aktów prawa wewnętrznego ma – w przeciwieństwie do systemu aktów będących źródłami prawa powszechnie obowiązującego – charakter systemu otwartego¹⁵.

Wskazać należy, że podstawę prawną utworzenia samorządu zawodowego lekarzy, jak również zakres jego kompetencji, stanowi art. 17 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z nim w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Przytoczona treść przepisu prawnego bez wątpienia wyposaża w pewne uprawnienia władcze samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego. Przepis ten jednak w żadnej mierze nie uzupełnia katalogu form stanowienia przepisów powszechnie obowiązujących¹⁶. Przy uwzględnieniu zatem także wyjaśnienia poczynionego w niniejszym artykule na temat zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego kodeksy etyczne nie mogą być zaliczane do tychże źródeł prawa.

Możliwość uznania KEL za jedno ze źródeł aktów prawa wewnętrznego budzi z kolei wątpliwości z uwagi na charakterystyczne immanentne cechy tych aktów. Biorąc pod uwagę określony model aktu o charakterze wewnętrznym, wskazany we wspomnianym orzeczeniu Trybunału z 1998 r., każdy akt prawa wewnętrznego może obowiązywać tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty, może być wydawany tylko na podstawie ustawy oraz nie może stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych ani innych podmiotów. Ponadto każdy akt wewnętrzny podlega kontroli co do jego zgodności z powszechnie obowiązującym prawem.

¹⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 XII 1998 r., K 21/98, System Informacji Prawnej LEX [dostęp 29 III 2020 r.].

¹⁶ M. Zubik, *Głos do wyroku TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07*, Przegląd Sejmowy 6(89)/2008, s. 238.

Do charakteru prawnego KEL, a także innych kwestii z nim związanych wielokrotnie odnosił się Trybunał Konstytucyjny. Na uwagę zasługuje w szczególności orzeczenie TK z dnia 7 X 1992 r. (U 1/92)¹⁷. Postępowanie zostało zainicjowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej – RPO), który wniósł o stwierdzenie, czy konkretne artykuły KEL są zgodne z Konstytucją oraz ustawami szczególnymi. Zdaniem RPO Trybunał był właściwy do przeprowadzenia tego rodzaju kontroli z uwagi na posiadanie przez KEL charakteru aktu normatywnego z zakresu administracji państwowej. Ponadto Rzecznik wskazał m.in. na wprowadzanie przez normy KEL większych ograniczeń aniżeli ustanawiane przez przepisy prawne (w odniesieniu do sytuacji, w których dopuszczalne jest przerywanie ciąży), a także na wzajemne wykluczanie się przepisu Kodeksu zakazującego lekarzowi uczestnictwa w „akcie pozbawienia życia” z kodeksem karnym wykonawczym, wymagającym przy wykonywaniu kary śmierci obecności m.in. lekarza. Poglądy RPO podzielił minister zdrowia i opieki społecznej.

Trybunał Konstytucyjny nie zgodził się ze zdaniem RPO, jakoby normy KEL należały do zakresu administracji państwowej. Stwierdził bowiem, że normy te mają charakter norm deontologicznych. Określił przy tym jednoznacznie ich charakter, podkreślając, że normy deontologiczne same przez się charakteru prawnego nie posiadają; należą bowiem do niezależnego od prawa zbioru norm etycznych. Trybunał zaznaczył również, że zawarte w UIL 2009 upoważnienie do uchwalenia przez zjazd lekarzy norm deontologicznych jest jedynie ustawowym potwierdzeniem powszechnie uznawanego prawa korporacji lekarskiej do określania wiążących lekarzy zasad deontologicznych. Upoważnienie to nie powinno być zatem traktowane jako scedowanie funkcji, które należą do organów administracji państwowej, na samorząd lekarski. Należy zatem przyjąć, że organy państwowe nie mogą ani stanowić norm deontologicznych (jest to bowiem przywilej korporacji zawodowych), ani też zlecać ich ustanowienia.

¹⁷ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 X 1992, U 1/92, System Informacji Prawnej LEX [dostęp 29 III 2020 r.].

W odniesieniu do stwierdzenia zgodności norm KEL z ustawą zasadniczą oraz innymi aktami rangi ustawowej Trybunał nie uznał się właściwym do dokonania oceny norm etycznych. Przyjęte jednak zostało, że normy Kodeksu zostały inkorporowane do obowiązującego prawa przez ustawę o izbach lekarskich. Normy prawne zostały zatem dookreślone przez normy etyczne, a zaprezentowane w taki sposób mogą stanowić przedmiot kontroli Trybunału.

Odnosząc się do relacji pomiędzy normami etycznymi a normami prawnymi, Trybunał dopuścił możliwość występowania między nimi sprzeczności. Wskazał przy tym jednak, że zbiory norm prawnych i etycznych nie pokrywają się i tworzą dwa względnie niezależne od siebie systemy („kręgi”). Nieuprawnione jest więc w ocenie TK twierdzenie, że norma etyczna musi być zgodna z normą prawną. Twierdzenie takie zakładałoby bowiem priorytet norm prawnych nad normami etycznymi w sytuacji, gdy to raczej prawu przysługiwać powinna legitymacja etyczna. W sposób wyraźny została zatem zaznaczona konieczność rozróżnienia norm prawnych i norm etycznych. Co istotne, Trybunał zwrócił uwagę także na prymat norm etycznych pod względem zgodności z nimi norm prawnych, nie zaś na odwrót, jak sugerował Rzecznik Praw Obywatelskich.

Do autonomiczności norm etycznych w stosunku do norm prawnych TK odniósł się również w uchwale z dnia 17 III 1993 r. (W 16/92)¹⁸. Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się w tej sprawie do TK o ustalenie powszechnie obowiązującej wykładni m.in. art. 41 UIL 1989, traktującego o podleganiu odpowiedzialności zawodowej przez członków samorządu lekarzy w zw. z art. 15 pkt 1 UIL 1989, zobowiązującego członków samorządu lekarzy do przestrzegania zasad etyki o deontologii oraz innych przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza. RPO domagał się wyjaśnienia, czy postępowanie lekarza zgodne z powszechnie obowiązującym prawem, a sprzeczne z normami KEL uzasadnia ponoszenie odpowiedzialności zawodowej lekarza w granicach sankcji ustawowo przewidzianych. W szczególności RPO domagał się wyjaśnienia, czy

¹⁸ Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 III 1993 r., W 16/92, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 29 III 2020 r.

ponoszenie odpowiedzialności zawodowej przez lekarza na podstawie art. 41 UIL 1989 uzasadnia jego postępowanie z zachowaniem warunków określonych w art. 1 ust. 2 i 3 ustawy o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, lecz w okolicznościach niedopuszczonych przez art. 37 KEL i postępowanie lekarza dopełniającego ustawowy obowiązek zawiadomienia władz o każdym przypadku zabójstwa, ciężkiego uszkodzenia ciała, samobójstwa lub zatrucia oraz lekkiego uszkodzenia ciała powstającego w związku z przestępstwem, jeżeli koliduje to z art. 25 lub art. 26 KEL. Ponadto wątpliwość pojawiła się na gruncie postępowania lekarza przeprowadzającego eksperyment badawczy z zachowaniem warunków ustawowych, lecz bez zachowania warunków określonych w art. 46 KEL. Polemika RPO z Prokuratorem Generalnym w tej sprawie dotyczyła głównie charakteru prawnego norm KEL.

W uchwale TK z dnia 17 III 1993 r. przyjęto podobne stanowisko, jak we wspomnianym już postanowieniu Trybunału z dnia 7 X 1992 r. (U 1/92), w odniesieniu do możliwości występowania różnic pomiędzy normami etycznymi a normami prawnymi. Trybunał podkreślił bowiem, że ustawodawca nie mógł zakładać zgodności tych norm. W uchwale przyjęto również, że prawo pozytywne, szczególnie w systemie pluralistycznym, jest zawsze wynikiem kompromisu różnych sił politycznych i społecznych, odgrywających istotną rolę w życiu publicznym. Prawo nie może być pełnym odbiciem moralności. Stąd zatem pochodzą różnice zakresów pomiędzy obowiązującym systemem prawa a występującymi w społeczeństwie systemami norm etycznych.

W zbliżony sposób naturę norm KEL rozumiał Prokurator Generalny, będący uczestnikiem postępowania w sprawie W 16/92. Twierdził on, że Kodeks jest aktem o charakterze moralno-etycznym z uwagi na brak podstaw do traktowania go przez ustawodawcę jako aktu wykonawczego do ustawy. Jednakże, zdaniem Prokuratora, KEL nie powinien podlegać kontroli Trybunału z uwagi na fakt, że Krajowy Zjazd Lekarzy nie jest uprawniony do wydawania aktów normatywnych ani też nie został upoważniony do wydawania norm w imieniu Państwa.

Do postanowienia z dnia 7 X 1992 r. czterech sędziów zgłosiło zdania odrębne. W pierwszym z nich sędzia Cz. Bakalarski nie podzielił poglądu

Trybunału co do tego, że normy Kodeksu są jedynie normami etycznymi. Uzasadnił swój odrębny pogląd m.in. w ten sposób, że samorząd lekarzy został upoważniony przez ustawodawcę do ustanowienia zasad etyki i deontologii zawodowej, a przez ustanowienie surowych sankcji (np. pozbawienia prawa wykonywania zawodu) za zachowanie z nimi sprzeczne przepisy te zyskały z mocy ustawy charakter norm prawnych. Poza tym sędzia ten wskazał, że ustawodawca wprowadził swobodę uchwalenia tych zasad, jednak z zastrzeżeniem, że będą one zgodne z obowiązującym prawem.

Z kolei w drugim zdaniu odrębnym sędzia K. Działocha wskazał, że prawo należy rozumieć jako system reguł postępowania ustanowionych przez Państwo lub z jego poruczenia przez podmioty społeczne spoza organów Państwa. Konsekwentnie, do systemu prawa należą reguły postępowania uznane przez Państwo w postaci prawa zwyczajowego, obowiązujące w Państwie ze względu na wyznaczony przez prawo sposób tworzenia. KEL należy jego zdaniem do tak rozumianego systemu prawa. Od spontanicznie tworzonych norm *stricte* etycznych odróżnia go jednak ustanowienie na podstawie normy kompetencyjnej udzielonej przez Państwo. W zdaniu odrębnym wskazano także na to, że lekarze ponoszą odpowiedzialność zarówno za zachowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii zawodowej, jak i za niezgodne z przepisami (np. dotyczącymi wykonywania zawodu). Poglądy K. Działochy są zatem częściowo zbieżne ze stanowiskiem Cz. Bakalarskiego w kwestii uznania charakteru normatywnego Kodeksu z uwagi na możliwość nałożenia sankcji, np. pozbawienia prawa wykonywania zawodu.

Zdanie odrębne sędziego H. Groszyka zakładało z kolei, że akt prawotwórczy powinien być rozumiany szeroko. Konsekwentnie, KEL może być traktowany jako akt ustanawiający normy prawne wiążące lekarzy wykonujących swój zawód.

Z uznaniem norm Kodeksu za wyłącznie etyczne nie zgodził się również w ostatnim zdaniu odrębnym sędzia R. Orzechowski. Przyjął on, iż KEL stanowi akt wykonawczy do ustawy (UIL – podkreśl. J.A.), uchwalony w ramach powierzenia samorządowi lekarskiemu funkcji z zakresu administracji państwowej. Charakter norm KEL jako powszechnie

obowiązujących wynika zdaniem R. Orzechowskiego z kierowania ich treści nie tylko do lekarzy, ale również do pacjentów. Norma etyczna zachowuje swój charakter do czasu, kiedy pozostaje poza systemem norm prawnych, zaś traci ten charakter z chwilą jej inkorporowania do zespołu norm prawnych przez organ uprawniony do stanowienia prawa. W zdaniu odrębnym zwrócono również uwagę na ustawowy nakaz postrzegania zasad etyki lekarskiej z uwzględnieniem sankcji przewidzianych w przypadku ich naruszenia.

Wydaje się, że nie jest trafny pogląd, iż normy KEL nie są jedynie normami etycznymi. Ani podleganie przez członków izb lekarskich odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki lekarskiej, ani kierowanie treści tych norm do innych niż lekarze adresatów nie uzasadnia uwzględnienia charakteru prawnego norm KEL, chociażby ze względu na poczynione wcześniej uwagi na temat źródeł prawa. Zasadne z kolei wydaje się wskazanie Trybunału, że prawo nie może być pełnym odbiciem moralności. Gdyby rzeczywiście było, to zarówno przestrzeganie norm etycznych, jak i samo ich istnienie nie byłoby uzasadnione. Ustawodawca nie mógł także zakładać zgodności norm etycznych z normami prawnymi. Pragnę jednak wskazać, że po ponad piętnastu latach obowiązywania KEL o niezmienionej treści wymaga on wprowadzenia zmian. Konieczność ta jest zasadna z uwagi na wyeliminowanie sytuacji, w których lekarze nie mają pewności co do tego, jak powinni postępować, aby nie zaktualizowały się przesłanki uzasadniające ponoszenie przez nich odpowiedzialności zawodowej. Normy etyczne powinny bowiem uzupełniać normy prawne w sposób przejrzysty.

Przyjęte przez Trybunał stanowisko zostało jednak potwierdzone w wyroku z dnia 23 IV 2008 r. (SK 16/07)¹⁹. Skarżąca w publikacji prasowej wyraziła swoje zastrzeżenia co do zasadności punkcji lędźwiowych przeprowadzanych u dzieci, które przeszły zapalenie opon mózgowych, wdawszy się wcześniej w polemikę z kierownikiem katedry Akademii Medycznej, gdzie była zatrudniona. Okręgowy Sąd Lekarski Dolnośląskiej

¹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 IV 2008 r., SK 16/07, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 29 III 2020 r.

Izby Lekarskiej wymierzył jej karę nagany za wyrażanie swojego protestu w publikacji prasowej, kwalifikując to jako naruszenie art. 52 ust. 2 KEL, czyli publiczne dyskredytowanie innego lekarza. Skarżąca odwołała się do Naczelnego Sądu Lekarskiego, który zmienił karę nagany na karę upomnienia, jednak oddalił zarzut naruszenia prawa materialnego (art. 52 ust. 2 KEL) poprzez jego błędną wykładnię. Skarżąca w skardze konstytucyjnej wniosła o stwierdzenie, że art. 15 pkt 1, art. 41 i art. 42 ust. 1 UIL 1989, dookreślone przez art. 52 ust. 2 KEL i w związku z treścią przyrzeczenia lekarskiego w części: „nie podważając zaufania do nich” (kolegów lekarzy), są niezgodne z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 17 ust. 1 i art. 63 Konstytucji oraz art. 10 EKPC w zakresie, w jakim ograniczają konstytucyjną zasadę wolności słowa i prawa do krytyki. W wydanym wyroku Trybunał przyznał jej rację i stwierdził przy tym, że postanowienia KEL, ujęte w izolacji od właściwych przepisów ustawowych, należą do odrębnego porządku normatywnego (deontologicznego) i uzyskują walor prawny w obszarze prawa powszechnie obowiązującego właśnie ze względu na ustawę o izbach lekarskich i w zakresie określonym przez jej przepisy.

Na niezmiennosć stanowiska Trybunału w przedmiocie charakteru jurydycznego norm deontologicznych KEL wskazuje wyrok z dnia 13 X 2015 r. (K 12/14). Trybunał Konstytucyjny podkreślił w nim, że KEL nie należy do aktów prawa powszechnie obowiązującego, tylko stanowi odrębny zbiór norm etycznych. Natomiast inkorporowanie tych norm do systemu prawa wskazuje lekarzom obowiązujące ich normy postępowania²⁰. Na podstawie zgodnego poglądu Trybunału co do charakteru prawnego postanowień Kodeksu w ciągu kilkunastu lat można wskazać *de lege lata* na ugruntowaną pozycję norm etycznych w odróżnieniu od norm prawnych.

Po dokonanej powyżej analizie oraz konkluzji, że same normy KEL nie należą do powszechnie obowiązującego prawa, nasuwa się pytanie, na jakiej podstawie jego postanowienia wiążą lekarzy. W pierwszej kolejności wskazać należy na regulacje ustawowe przewidujące obowiązek

²⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 X 2015 r., K 12/14, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 29 III 2020 r.

postępowania lekarzy zgodnie z zasadami etyki lekarskiej. Jak stanowi art. 8 pkt 1 UIL 2009, członkowie izby lekarskiej są obowiązani przestrzegać zasad etyki lekarskiej. Ponadto zakres odpowiedzialności zawodowej lekarzy wyznaczają również zasady etyki lekarskiej, a w razie ich naruszenia członkowie izb lekarskich podlegają odpowiedzialności zawodowej, stosownie do treści art. 53 UIL 2009. Natomiast jedną z kompetencji przyznanych przez UIL 2009 Naczelnej Izbie Lekarskiej jest upowszechnianie zasad etyki lekarskiej oraz dbanie o ich przestrzeganie.

Nadto podstawowym obowiązkiem lekarza przewidzianym w ustawie o zawodzie lekarza i lekarza dentystry²¹ jest wykonywanie zawodu zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, z wykorzystaniem dostępnych mu metod i środków zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, w sposób odpowiadający zasadom etyki zawodowej oraz z należytą starannością. Można stąd wywnioskować, że we wspomnianej ustawie zostało zawarte odesłanie w zakresie wykonywania zawodu (zgodnie z zasadami etyki) do KEL.

Trafny wydaje się pogląd, zgodnie z którym lekarze są związani normami korporacyjnymi, które sami przyjmują w ramach samorządu, zobowiązując się jednocześnie do ich przestrzegania (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 X 2015 r., K 12/14)²². Przed uzyskaniem dyplomu uprawniającego do wykonywania zawodu lekarza absolwenci uczelni medycznych składają przysięgę, której treść zawarta jest w KEL.

Wobec związania lekarzy zasadami etyki oraz zasadności powoływania się przy orzekaniu przez sądy lekarskie na normy KEL, które dookreślają przepisy rangi ustawowej, mogą pojawić się pewne wątpliwości. Jedną z nich jest wspomniana już możliwość występowania niezgodności pomiędzy normami etycznymi a normami prawnymi. Pojawia się w szczególności pytanie o to, co dzieje się w sytuacji, gdy działanie lekarza jest zgodne z prawem, zaś sprzeczne z postanowieniami Kodeksu Etyki

²¹ Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry z dnia 5 XII 1996 r., Dz.U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152, tekst jedn. (cyt. dalej jako ustawa lekarska).

²² Zob. wspomniany już wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 X 2015 r., K 12/14, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 30 III 2020 r.

Lekarskiej. Przepisy UIL 1989, będące podstawą do zastosowania wobec lekarza sankcji, nie mają bowiem zastosowania w przypadku, gdy jego zachowanie jest zgodne z nakazem, zakazem lub upoważnieniem obowiązującej ustawy (uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 III 1993 r., W 16/19)²³. Wobec tego należy przyjąć, że jeśli działanie lekarza jest sprzeczne z postanowieniami KEL, jednakże jest jednocześnie zgodne z prawem, to ustawodawca nie może obejmować sankcjami tychże działań. Przepisów UIL 2009, które stanowią podstawę do stosowania sankcji wobec lekarzy, nie stosuje się w przypadku, gdy ich zachowanie jest zgodne z zakazem, nakazem lub upoważnieniem obowiązującej ustawy²⁴.

III. Występowanie sprzeczności pomiędzy normami KEL a normami prawa powszechnie obowiązującego

Niezależnie od problemu dotyczącego *stricte* charakteru prawnego zasad deontologii zawodowej, uwagi wymaga jeszcze jeden problem, który został zasygnalizowany powyżej, a jest powiązany ze zrozumieniem wątpliwości występujących w kontekście prawnego charakteru norm. Dotyczy on mianowicie występowania rozbieżności między treścią norm zawartych w KEL a regulacjami rangi ustawowej. Do dnia dzisiejszego występują liczne sprzeczności pomiędzy normami KEL a normami ustawowymi. Tytułem przykładu można wskazać na art. 15 ust. 1 KEL oraz art. 32 ust. 3 ustawy lekarskiej. Zgodnie z pierwszym z nich postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze wymaga zgody pacjenta. Jeżeli pacjent nie jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody, powinien ją wyrazić jego przedstawiciel ustawowy lub osoba faktycznie opiekująca się pacjentem. Przepis prawa zaś pozwala poprzestać na zgodzie opiekuna faktycznego jedynie w przypadku badania, jeśli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody. Poza tym ust. 2 art. 32

²³ Zob. wspomnianą już uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 III 1993 r., W 16/92, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 30 III 2020 r.

²⁴ Zob. uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 III 1993 r., W 16/92, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 16 VII 2020 r.

ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty wprowadza wymóg uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego, jeżeli pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego bądź porozumiewanie się z nim jest niemożliwe, czego nie wymaga KEL.

Inny przykład może stanowić art. 16 ust. 2 KEL, który pozwala lekarzowi dla dobra nieprzytomnego chorego udzielić informacji osobie, co do której jest przekonany, że działa ona w interesie chorego. Artykuł 31 ust. 6 ustawy lekarskiej pozwala natomiast na udzielenie informacji osobie bliskiej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta²⁵ (małżonkowi, krewnemu do drugiego stopnia lub powinowatemu do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawicielowi ustawowemu, osobie pozostającej we wspólnym pożyciu lub osobie wskazanej przez pacjenta).

Poza tym w normach KEL można dostrzec występowanie zbyt wielu zwrotów językowych, które mają na celu ustanowienie obowiązku działania lekarza, a powodują niepotrzebne wątpliwości co do ich odbioru i interpretacji, jak np. „lekarz powinien”, „lekarz winien”, „lekarz musi”, „lekarz jest obowiązany”²⁶. Zwroty te dla laika mogą wydawać się identyczne, jednak dla prawnika różnią się w odbiorze pod względem różnicowania konieczności zastosowania się adresata do tychże norm. Można również dostrzec niekonsekwencję używanych zwrotów, takich jak np. korzyść materialna i korzyść majątkowa, albo występowanie słów budzących wątpliwości znaczeniowe (np. niepełnoletni i dziecko)²⁷.

W pewnej mierze można jednak zrozumieć użyte niepotrzebne zabiegi stylistyczne czy też brak konsekwencji, ponieważ trudno wymagać od lekarza, aby znał się na dyrektywach wykładni językowej stosowanych przy tworzeniu aktów normatywnych bądź na technikach legislacyjnych, tak samo jak trudno wymagać od prawnika, aby posiadał wiedzę,

²⁵ Ustawa z dnia 6 XI 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, z późn. zm., Dz.U. z 2009 r., Nr 52, poz. 417.

²⁶ P. Konieczniak, *Nieformalne źródła prawa na przykładzie Kodeksu Etyki Lekarskiej* [w:] T. Giaro (red.), *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, Warszawa 2016, s. 136–137.

²⁷ *Ibidem*, s. 139.

jaką posiada lekarz. Obecny stan rzeczy nie powinien jednak występować w dzisiejszych czasach. Wydaje się, że przy odpowiedniej inicjatywie nie powinno stanowić problemu wprowadzenie zmian w treści KEL, np. przy współpracy zespołu prawników z samorządem zawodowym lekarzy.

Możemy wyróżnić, jak słusznie zauważa P. Konieczniak, cztery poglądy odnoszące się do sprzeczności pomiędzy normami KEL a ustawami. Zgodnie z pierwszym poglądem przyjmuje się, że kodeksy etyki zawodowej zawierają normy etyczne absolutne, które mają prymat nad ustawą w przypadku wystąpienia pomiędzy nimi kolizji. Drugi pogląd zakłada, że normy KEL są normami prawnymi (a nie jedynie moralnymi), ponieważ powstają z mocy ustawy i są opatrzone sankcją państwa (z tego względu mogą podlegać również kontroli zgodności z ustawami i Konstytucją). Po trzecie – normy KEL są normami prawa wewnętrznego, które podlegają kontroli zgodności z powszechnie obowiązującym prawem. Można przyjąć także, że normy KEL nie są normami prawnymi, tylko normami etycznymi inkorporowanymi do systemu prawa, dookreślając treść norm prawnych²⁸. Problem nie występuje, jeśli norma etyczna nie jest sprzeczna z normą prawną. Jednakże, jeżeli normy KEL zezwalają na zachowanie lekarza, które jest zabronione przez ustawę, albo zwalniają lekarza z obowiązku, który wynika z ustawy, to należy mieć na uwadze fakt, że lekarz jest związany prawem na równi z etyką zawodową, jak i niezależnie od niej, wobec czego powinien zastosować się do prawnych standardów postępowania²⁹.

Bez względu na postulowane rozwiązania w zakresie stosowania norm KEL oraz norm zawartych w ustawach należy przede wszystkim zastanowić się, czy kolizje przy ich stosowaniu powinny w ogóle występować. Z jednej strony można przyjąć za TK (W 16/92), że prawo nie może być pełnym odbiciem moralności, a nawet stwierdzić, że ustawodawca nie mógł w pełni zakładać zgodności tych norm. Z drugiej strony jednak można zapoznać się z prezentowanymi stanowiskami, zgodnie z którymi

²⁸ *Ibidem*, s. 131.

²⁹ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza* [w:] M. Boratyńska, P. Konieczniak, *System prawa medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, red. nacz. E. Zielińska, tom II, cz. 1, Warszawa 2019, s. 327.

stwierdza się, że kodeksy etyczne powinny być formułowane nie tylko w oparciu o tradycję moralną zawodu, lecz także powinny być zgodne z obowiązującym prawem³⁰. KEL nie powinien zatem stać w sprzeczności z prawem powszechnym ani powtarzać zapisów tego prawa. Mogą występować różnice w postaci nakładania na lekarzy przez KEL nieco większych obowiązków, niż nakładają na nich przepisy ustawy, jednak rozbieżności nie mogą być zbyt daleko idące³¹.

IV. Uwagi końcowe

Przeprowadzona analiza dowodzi, że stanowiska doktryny i orzecznictwa na temat zamkniętego systemu źródeł prawa nie są zgodne. Powyższe rozważania podsumować należy jednak stwierdzeniem, iż niezależnie od poglądów na temat charakteru prawnego norm Kodeksu Etyki Lekarskiej oraz przytaczanych argumentów na uzasadnienie ich słuszności w obecnym stanie prawnym KEL nie stanowi źródła prawa. Jednakże jego postanowienia w sposób istotny dookreślają treść norm prawnych. Uwzględnienia wymaga cel, dla którego normy Kodeksu Etyki Lekarskiej zostały przyjęte. Wobec tego należy odróżnić przestrzeganie obowiązujących norm prawnych od przestrzegania zasad deontologii zawodowej. Biorąc pod uwagę doniosłość obu z nich oraz ich wzajemne uzupełnianie się, dla osoby wykonującej zawód zaufania publicznego nie powinna budzić wątpliwości konieczność przestrzegania obowiązujących regulacji prawnych i zasad deontologicznych jednocześnie.

Od wielu lat dostrzega się potrzebę istnienia zasad deontologii lekarskiej, bowiem pomiędzy prawem a moralnością nie można postawić znaku równości. Nieodłącznym elementem wykonywania zawodu zaufania publicznego jest obowiązek (moralny) przestrzegania zasad prawidłowego postępowania. Ideą funkcjonowania zasad powinno być wzajemne uzupełnianie się ich z normami prawnymi, wskazując zachowanie adekwatne do

³⁰ A. Przyłuska-Fišzer, *Etyka zawodowa – pomiędzy moralnością a prawem*, <https://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=cnf4&m=44&ih=75>, dostęp 24 VIII 2020 r.

³¹ J. Hartman, *op. cit.*, s. 134.

wykonywanego zawodu zaufania publicznego. Konkludując, normy KEL obowiązują lekarzy, ponieważ – w dużym uproszczeniu wskazując – sami zobowiązali się do ich przestrzegania. Nie powinny one jednak pozostawać w sprzeczności z normami prawa powszechnie obowiązującego. Poza tym należy zwrócić uwagę na fakt, że treść KEL obowiązuje w niezmienionej wersji od 2003 r. Naturalnym stanem rzeczy są zmiany zachodzące w społeczeństwie, w nauce czy też w prawie, które spowodowane są postępem ludzkości. Jeśli KEL od wielu lat budzi liczne wątpliwości, a nadto wskazuje się na jego sprzeczności z prawem, uważam, że wymaga on wprowadzenia zmian w jego treści w taki sposób, aby odpowiadał on przepisom prawa powszechnie obowiązującego. Zawód lekarza jest bowiem zawodem zaufania publicznego, zatem chociażby z tego względu lekarze nie powinni mieć wątpliwości co do tego, których norm powinni przestrzegać, czy też wątpliwości co do pożądanego zachowania.

Bibliografia

- M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza* [w:] *System prawa medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, red. nacz. E. Zielińska, tom II, cz. 1, Wolters Kluwer 2019
- T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2011 (wyd. II)
- J. Hartman, *Uwagi o Kodeksie Etyki Lekarskiej* [w:] W. Chańska, J. Hartman (red.), *Bioetyka w zawodzie lekarza*, Warszawa 2009
- P. Konieczniak, *Nieformalne źródła prawa na przykładzie Kodeksu Etyki Lekarskiej* [w:] T. Giaro (red.), *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, Warszawa 2016
- A. Przyłuska-Fischer, *Etyka zawodowa – pomiędzy moralnością a prawem*, <https://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=cnf4&m=44&ih=75>
- P. Radzewicz, *Komentarz do art. 87 Konstytucji* [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, WKP 2019, System Informacji Prawnej LEX
- R. Sarkowicz, *Uwagi o kodeksie etyki lekarskiej*, Konferencja pt. „Filozoficzne i prawne aspekty kodeksów etyki lekarskiej”, Kraków 25–27 maja 2007 r., <https://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=cnf4&m=44&jh=1&ih=78>

- A. Sikora, *Pojęcie, rozwój i struktura polskich kodeksów etyki lekarskiej na tle etyki zawodowej*, Poznańskie Studia Teologiczne 2002, t. 13
- K. Zacharzewski, *Znaczenie kodeksów deontologicznych w dziedzinie prawa prywatnego*, Przegląd Prawa Handlowego 6/2011
- M. Zubik, *Glosa do wyroku TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07*, Przegląd Sejmowy 6(89)/2008

Summary

Legal nature and substance principles of professional deontology of a doctor

Rules of deontology has a special meaning to professions of public trust. This issue was presented in ancient times. Over time deontology becomes relevant also for the medical community. This article explains the meaning of deontology and presents the historical aspect of development of medical ethics. The article refers to the legal nature of ethical rules, especially for medical professions. Moreover, it concerns explanations of differences between rules of law and ethics.

Key words: medical law, rules of deontology of the medical professions, medical ethics, legal nature of ethical rules

Analiza polskiej regulacji wspomaganego samobójstwa w kontekście orzeczenia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lutego 2020 r.¹

I. Wstęp

W dniu 26 II 2020 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny (dalej także jako FTK) – organ właściwy w Niemczech do przeprowadzania kontroli zgodności wydawanych aktów prawnych z Ustawą Zasadniczą Republiki Federalnej Niemiec, wydał przełomowe orzeczenie depenalizujące oferowanie pomocy do samobójstwa w ramach profesjonalnych usług przez przedsiębiorców, skutkujące *de facto* legalizacją wspomaganego samobójstwa w tym państwie. Niniejsze opracowanie ma na celu przybliżenie głównych tez zawartych w orzeczeniu FTK oraz zbadanie, czy wskazane w nim przesłanki niekonstytucyjności co do penalizacji samobójstwa wspomaganego można by dostrzec także w polskim porządku prawnym. Problematyka dotycząca samobójstwa wspomaganego nie jest prosta, jako że budzi spore kontrowersje natury nie tylko prawnej, ale również etycznej. W kontekście postępujących zmian kulturowych w Europie i na świecie spór co do racji przemawiających za lub przeciw penalizacji samobójstwa wspomaganego zdaje się przybierać na sile i ma bez wątpienia charakter międzynarodowy. W związku z powyższym w niedalekiej przyszłości może dojść do konieczności ponownego pochylenia się przez polskiego ustawodawcę nad wskazaną problematyką. Z tego powodu warto przyrzeć się bliżej

¹ Sygn. 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16.

tezom zaprezentowanym w rozpatrywanym orzeczeniu, szczególnie że niekonstytucyjność penalizacji samobójstwa wspomaganego niemiecki FTK wyprowadza z wykładni takich pojęć jak godność człowieka czy prawo jednostki do samostanowienia, do których nawiązują przecież regulacje każdego (w tym polskiego) demokratycznego systemu prawnego. W końcowej części artykułu zostaną przedstawione ponadto propozycje *de lege ferenda* w obrębie rozpatrywanej materii w polskim porządku prawnym oraz racje przemawiające za koniecznością ich wprowadzenia.

II. Wspomagane samobójstwo a eutanazja

Pojęcie wspomaganego samobójstwa nie jest jednoznacznie rozumiane w literaturze ze względu na wieloaspektowy charakter zjawiska, a także na zgoła odmienne do niego podejście w poszczególnych ustawodawstwach. Wspomaganym samobójstwem w znaczeniu potocznym można określić udzielenie człowiekowi pomocy w dokonaniu samobójstwa przez osobę trzecią, najczęściej poprzez dostarczenie środków lub informacji pozwalających samobójcy na realizację swojego zamiaru. Znaczenie tego terminu w języku prawnym przedstawia się jednak odmienne. W Polsce za wspomagane samobójstwo uważa się przestępstwo z art. 151 k.k., określające ingerencję w samobójczą śmierć człowieka poprzez udzielenie mu pomocy lub namowę do tego czynu². Dla porównania warto zestawzić polskie rozwiązanie z definicjami przyjętymi w kilku państwach, które dopuszczają, pod pewnymi warunkami, samobójstwo wspomagane jako legalny sposób na zakończenie życia ludzkiego. Ustawodawstwo holenderskie wspomagane samobójstwo rozumie jako pomoc do samobójstwa lub dostarczenie w tym celu środków, a tamtejsza doktryna dookreśla je jako „zamierzony akt udzielenia pomocy na życzenie danej osoby w czynie kończącym jej życie i przez nią dokonanym”³. Podobne uregulowanie tej kwestii znaleźć możemy w ustawodawstwie Luksemburga, które definiuje je jako

² U.K. Ćwiklicz, *Eutanazja a wspomagane samobójstwo*, Przegląd Policyjny 3 (95)/2009, s. 142.

³ P. Gensikowski, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo w Holandii (w obliczu zmian)*, Prokuratura i Prawo 4/2002, s. 81. Szerzej o rozwiązaniu holenderskim zob. J. Legemante, *Twenty-Five Years of Dutch*

„świadomą pomoc lekarza w popełnieniu samobójstwa lub dostarczenie w tym celu środków, na dobrowolne i wyraźne żądanie”⁴. W Niemczech natomiast za wspomagane samobójstwo uznawano od 2015 r. oferowanie lub udzielenie pomocy do samobójstwa, ale dokonywane jedynie w ramach usługi profesjonalnej przez przedsiębiorców⁵, jednak przepis ten na skutek rozpatrywanego orzeczenia FTK utracił moc obowiązującą. Ustawowe ujęcie wspomaganego samobójstwa w polskim kodeksie karnym jest więc stosunkowo szerokie, bo obejmujące także namowę do czynu samobójczego. Namowa ta przejawia się w wywołaniu woli popełnienia samobójstwa w umyśle osoby namawianej. Oznacza to, iż namawiać do samobójstwa w rozumieniu art. 151 k.k. można jedynie osobę, która uprzednio nie powzięła samodzielnie zamiaru jego popełnienia. W przypadku namawiania osoby już zdecydowanej na targnięcie się na swoje życie zachowanie sprawcy będzie kwalifikowane jako intelektualna pomoc do samobójstwa⁶. Można więc uznać, iż regulacja art. 151 k.k. obejmuje swoim zakresem wspomagane samobójstwo w znaczeniu przyjętym powszechnie (jako pomoc do samobójstwa), przewidując także możliwość jego popełnienia w postaci namowy, jako pewną odmienność w stosunku do niektórych ustawodawstw. Wskazanie na tę różnicę jest niezwykle istotne, gdyż przy późniejszej próbie rozważenia możliwego przełożenia też FTK na grunt polskiego porządku prawnego wspomagane samobójstwo w postaci namowy nie będzie objęte zakresem tych rozważań, jako że rodzi ono bardziej złożone problemy aksjologiczne (szczególnie chodzi o przypadki namowy, które ze względu na samolubne motywacje sprawcy lub pewne cechy pokrzywdzonego niosą

Experience and Policy on Euthanasia and Assisted Suicide: An Overview [w:] *Asking to Die: Inside the Dutch Debate about Euthanasia*, red. D.C. Thomasma, Dordrecht 1998.

⁴ *Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide* (ustawa nr 46/2009), <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2009/03/16/n2/jo>.

⁵ O zasadności tego uregulowania zob. G. Marckmann, *Verbot der „geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ in Deutschland: Eine gute Lösung für alle Beteiligten?*, 6. Österreichischer Interdisziplinärer Palliativkongress Festspielhaus Bregenz 27. bis 29. April 2017.

⁶ P. Góralski, *Pomoc i namowa do samobójstwa (art. 151 k.k.) w poglądach doktryny oraz danych statystycznych, Nowa kodyfikacja prawa karnego. Tom III*, Wrocław 2003, s. 40.

ze sobą szczególny ładunek winy i stopnia społecznej szkodliwości, w związku z czym powinny skutkować reakcją prawnokarną niezależnie od generalnego opowiedzenia się za lub przeciw penalizacji pomocy do samobójstwa).

Przed przystąpieniem do szerszego omówienia problemu wspomaganego samobójstwa należy odróżnić je od często z nim mylonej eutanazji. Doktryna wskazuje, iż podobnie jak w przypadku wspomaganego samobójstwa, nie dostrzega się jednolitego zjawiska eutanazji, lecz można wyodrębnić pewne jego odmiany⁷. Dla potrzeb niniejszego opracowania warto wskazać jedynie podstawowy podział na eutanazję czynną i bierną. Eutanazja czynna jest zachowaniem polegającym na aktywnym działaniu zabójcy zmierzającym do uruchomienia procesu prowadzącego do śmierci innej osoby, natomiast eutanazja bierna jest swoistym przyzwoleniem na śmierć innej osoby dokonany w formie zaniechania przez sprawcę, na którym ciążył prawny szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi⁸. Kodeks karny zabójstwo eutanatyczne z art. 150 ujmuje bardzo wąsko w porównaniu do większości krajów europejskich⁹, wymagając jednoczesnego spełnienia dwóch warunków: żądania przyszłej ofiary pozbawienia jej życia oraz współczucia¹⁰. Inne ustawodawstwa przeważnie ograniczają je jedynie do żądania przyszłej ofiary zabójstwa¹¹. Eutanazję odróżnia więc od wspomaganego samobójstwa istota zachowania sprawczego. W związku z tym eutanazja jest w istocie postacią zabijania innej osoby (w takiej też formie jest skodyfikowana w polskim kodeksie

⁷ J. Giezek, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014.

⁸ Tamże.

⁹ Przykładowo w Niemczech zabójstwo eutanatyczne skodyfikowane jest w § 216 tamtejszego kodeksu karnego i sprowadza się do zabicia innej osoby na jej poważne i wyraźne żądanie, link: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf>. Podobne ujęcie występuje chociażby w Holandii (w art. 293 tamtejszego kodeksu karnego, który przewiduje jednak wyjątek dla lekarza działającego z należytą starannością, link: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2020-07-25>).

¹⁰ A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 312.

¹¹ Szerzej co do regulacji w zakresie eutanazji obowiązujących na świecie zob. M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, s. 190–200.

karnym w art. 150, jako typ uprzywilejowany zabójstwa), natomiast przy wspomaganym samobójstwie mamy do czynienia ze śmiercią, która następuje bezpośrednio w wyniku zachowania samego pokrzywdzonego, przy wsparciu osoby trzeciej. Przy samobójstwie wspomaganym nie ma więc mowy o zabijaniu (czy to w formie działania, czy zaniechania), stąd decyzja o skodyfikowaniu zjawiska przy pomocy odrębnego typu w art. 151 k.k. Mimo iż ustawodawca polski traktuje oba czyny jako przestępstwa, ponadto podobne pod względem ładunku społecznej szkodliwości, co przejawia się w identycznym zagrożeniu sankcją karną, to jak pokazują powyższe argumenty, istota obu zjawisk różni się w sposób znaczący. Nie sposób jednak omawiać konstrukcji wspomaganego samobójstwa w całkowitym oderwaniu od eutanazji, ze względu na podobne dla obu racje kryminalizacji lub dekryminalizacji, podnoszone w ogólnym dyskursie na temat znaczenia i granic ochrony życia ludzkiego.

III. Orzeczenie FTK jako przykład liberalnego podejścia do istoty ochrony życia i prawa człowieka do samostanowienia

Przechodząc do analizy orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, należy poprzedzić ją jeszcze wskazaniem problemu, przed którym rozwiązaniem został on postawiony. Przedmiotem sprawy zawisłej przed FTK była ocena zgodności § 217 niemieckiego kodeksu karnego z Ustawą Zasadniczą Republiki Federalnej Niemiec. Przepis ten, wprowadzony do niemieckiego kodeksu karnego z dniem 10 XII 2015 r., nakłada odpowiedzialność karną na każdego, kto z zamiarem udzielenia pomocy innej osobie w popełnieniu samobójstwa zapewnia, zamawia lub organizuje taką możliwość w charakterze profesjonalnej usługi.

Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał przywołany przepis za naruszający prawo człowieka do samostanowienia, obejmujące w jego ocenie także prawo jednostki do determinowania swojej śmierci (jej sposobu, momentu, pobudek etc.). Prawo to w ocenie FTK pociąga za sobą nie tylko swobodę odebrania sobie życia przez człowieka, ale chroni także wolność poszukiwania i skorzystania w tym celu z pomocy osób trzecich. FTK wyprowadza je z ochrony ludzkiej godności oraz wolności jako

podstawowych zasad konstytucyjnego porządku, zakorzenionych w przekonaniu o zdolności człowieka do samostanowienia i osobistej odpowiedzialności za swoje decyzje.

Ponadto, prawo do determinowania swojej śmierci przez człowieka nie może być zdaniem FTK interpretowane jako ograniczone jedynie do prawa do odmowy leczenia podtrzymującego życie, lecz rozciąga się ono także na sytuacje, w których jednostka decyduje się na aktywne odebranie sobie życia.

Zważenie przez FTK istoty ochrony życia i prawa do samostanowienia w zaprezentowany sposób jest więc odmienne w stosunku do głosu dominującego w polskiej doktrynie. Jacek Malczewski twierdzi, iż „aksjologia wyrażana w rodzimej doktrynie prawniczej zdecydowanie stawia na pierwszym miejscu abstrakcyjnie ujęte ludzkie życie, wartość którego przeważa w każdej sytuacji konfliktu dóbr”¹². Moim jednak zdaniem zarówno polski ustawodawca, jak i przedstawiciele doktryny, mimo iż umieszczają życie ludzkie na piedestale w hierarchii dóbr, nie czynią tego w sposób bezwzględny. Należy się oczywiście zgodzić, iż życie ludzkie jest dla polskiego systemu prawnego wartością najważniejszą, jednakże system ten przewiduje sytuacje, gdy w razie kolizji ustąpi ono pierwszeństwa innym dobrom. Przypadek taki zachodzi chociażby w momencie kolizji życia człowieka z jego prawem do samostanowienia, której rezultat wynika z treści art. 32 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (i art. 15 Kodeksu Etyki Lekarskiej), uzależniającego udzielenie świadczeń zdrowotnych od zgody pacjenta. Przepis ten obejmuje swoim zakresem także sytuacje skrajne, w których udzielenie świadczenia byłoby jedyną drogą ratującą pacjentowi życie. Wyrażnie więc ustawodawca kolizję wspomnianych dóbr w tym przypadku rozstrzyga na korzyść prawa pacjenta do samostanowienia¹³. Łatwo byłoby także podobne rezultaty kolizji życia człowieka z innym dobrem, skutkujące przyznaniem pierwszeństwa

¹² J. Malczewski, *Problemy z prawną kwalifikacją lekarskiej pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, Prokuratura i Prawo 11/2018, s. 34.

¹³ Zob. A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw wobec podjęcia działań ratujących życie wyrażony względem gwaranta niebędącego lekarzem. Zarys problemu*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, rok XV: 2011, z. 4, s. 62.

drugiemu z nich, odnaleźć przy rozpatrywaniu konkretnych przypadków chociażby obrony koniecznej.

Odmienność podejścia polskiego ustawodawcy do kwestii życia człowieka oraz jego prawa do samostanowienia, różniąca się od wykładni zaprezentowanej przez FTK w odniesieniu do zjawiska wspomaganego samobójstwa, nie leży więc w umiejscowieniu wspomnianych dóbr w ich hierarchii czy w bezwzględnym prymacie któregośkolwiek w sytuacji kolizji, a raczej w pojmowaniu ich zakresu. FTK znacznie szerzej rozumie prawo do samostanowienia, podczas gdy polski legislator generalnie bardzo kompleksowo traktuje ochronę życia.

Pogląd Federalnego Trybunału Konstytucyjnego na zakres prawa człowieka do samostanowienia został już wcześniej przedstawiony. Zwraca on uwagę w szczególności na wypływające z niego prawo jednostki do determinowania swojej śmierci, a więc uznaje w ten sposób jednostkę za swobodnego dysponenta własnym życiem. Nie pomija on jednak ważnego celu państwa, jakim jest ochrona życia ludzkiego. FTK, obstając jednoznacznie za pełną legalnością samobójstwa wspomaganego, wskazuje w treści analizowanego orzeczenia, iż ustawodawca może podejmować chociażby działania mające na celu zapobiegnięcie uznaniu wspomaganego samobójstwa w społeczeństwie za normalny sposób na zakończenie życia. Tak więc wskazuje on ustawodawcy ścieżkę, jaką może podążać w realizacji celu państwa w zakresie ochrony życia, wykluczając jednak stanowczo penalizację wspomaganego samobójstwa. FTK rozumie zatem ochronę życia dwójako, bo uwzględniając wartość życia zarówno w aspekcie indywidualnym (jako prawo poszczegółnej jednostki), jak i społecznym (jako wartość obiektywną dla społeczeństwa), zdecydowany prymat przyznaje temu pierwszemu, co związane jest z szerokim rozumieniem przez FTK prawa człowieka do samostanowienia, z którego wypływa jego zdaniem uprawnienie do w zasadzie swobodnego dysponowania swoim życiem przez jednostkę. Odrzucenie przez FTK możliwości penalizacji samobójstwa wspomaganego stoi w sprzeczności z dotychczasową linią orzecniczą prezentowaną przez Europejski

Trybunał Praw Człowieka¹⁴. ETPC zajmuje znacznie bardziej ostrożne stanowisko w kwestii prawnego uregulowania dostępu do metod pozwalających na zakończenie życia. W żadnym z dotychczasowych orzeczeń nie padła teza o niedopuszczalności penalizacji samobójstwa wspomaganego. Przeciwnie, ETPC generalnie uznaje, iż z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (przyznającego każdemu prawo do poszanowania jego życia prywatnego) nie wypływa dla państw żaden pozytywny obowiązek w zakresie pomocy obywatelom pragnącym odebrać sobie życie, nawet z powodu nieuleczalnej choroby czy nieznośnego cierpienia¹⁵. W wyroku ws. *Pretty v. Wielka Brytania* ETPC stwierdził istnienie jedynie obowiązku negatywnego po stronie państwa, polegającego na poszanowaniu prawa jednostki do odmowy leczenia. W związku z tym państwa nie są zdaniem ETPC zobowiązane do depenalizacji wspomaganego samobójstwa¹⁶.

Polski ustawodawca ochronę życia reguluje w sposób generalny w art. 38 Konstytucji. Szczegółowego zakresu pojmowania tej ochrony należy szukać szczególnie w poglądach doktryny. Zdaniem Andrzeja Zolla udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy ochronie podlega podmiotowe prawo jednostki do życia, czy też życie jako wartość obiektywna, niezależna od stosunku do niej dzierżyciela tego dobra, jest fundamentalne dla ustalenia zakresu karalności typów czynów zabronionych określonych w art. 150 i 151 (zabójstwa eutanatycznego i wspomaganego samobójstwa). Stwierdza on jednoznacznie, iż ochrona ta obejmuje oba aspekty – indywidualny i społeczny¹⁷. Należy jednak stwierdzić, iż ustawodawca polski stanął generalnie na stanowisku przeciwnym względem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, nie przyznając prymatu aspektowi indywidualnemu (nie przyznaje go w zasadzie jedno-

¹⁴ Por. chociażby wyrok ETPC ws. *Pretty v. Wielka Brytania* z dnia 29 IV 2002 r., LEX nr 75647, oraz ws. *Haas v. Szwajcaria* z dnia 20 I 2011 r., link: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102940%22%5D%7D>.

¹⁵ J. Malczewski [w:] *System prawa medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, tom. II, cz. 2, Wolters Kluwer 2019, s. 668–669.

¹⁶ Zob. A. Śledzińska-Simon, *Rola Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kształtowaniu standardów w zakresie bioetyki i biotechnologii* [w:] *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, Wolters Kluwer 2013, s. 93–94.

¹⁷ A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz...*, s. 253.

znacznie jakimkolwiek z nich), związanemu ściśle z prawem jednostki do samostanowienia, na co wskazuje decyzja o zawarciu w kodeksie karnym właśnie wspomnianych regulacji art. 150 i 151. Nie oznacza to jednak, iż prawo człowieka do stanowienia o swoim życiu i zdrowiu zostało przez polskiego legislatora pominięte. Jak wskazuje Agnieszka Barczak-Oplustil, zarówno ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry (art. 32–35), jak i ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, a także Kodeks Etyki Lekarskiej (art. 15) zawierają regulacje pozwalające uznać człowieka za decydenta o swoim życiu i zdrowiu (choćby przez wprowadzenie wymogu zgody pacjenta na udzielenie mu świadczeń medycznych). Człowiek został w ten sposób uznany nie tylko za dzierżyciela dobra prawnego, jakim jest życie, ale również za jego dysponenta¹⁸. Natomiast w żadnym razie nie można uznać go za dysponenta swobodnego, bowiem dalej jest on ograniczony wspomnianym aspektem społecznym ochrony życia, traktującym życie jako wartość samą w sobie. Należy więc stwierdzić, iż polski ustawodawca stanął na bardziej zbalansowanym stanowisku niż FTK, nie przyznając jednoznacznie pierwszeństwa jakimkolwiek z aspektów prawa do życia.

IV. Godność człowieka jako podstawa prawa do samostanowienia dla jednostki

Federalny Trybunał Konstytucyjny w treści orzeczenia odniósł się także do stosunku konstrukcji wspomaganego samobójstwa względem godności człowieka. Zdaniem FTK nie można jednostce odmówić prawa do popełnienia samobójstwa (także przy uzyskaniu pomocy osób trzecich) na tej podstawie, że akt odebrania sobie życia stoi w sprzeczności z pojmowaniem przez system prawny godności człowieka. FTK uznaje decyzję samobójczą za bezpośredni, aczkolwiek ostateczny wyraz dążenia jednostki do osobistej autonomii nieodłącznie związanej z godnością

¹⁸ A. Barczak-Oplustil, *Sprzecim...*, s. 59.

człowieka. Akt ten nie sprzeniewierza się zatem ludzkiej godności, przeciwnie – stanowi raczej jej potwierdzenie.

Również polski ustawodawca i doktryna wskazują na pochodzenie prawa do stanowienia o życiu i zdrowiu przez jednostkę od godności człowieka, podlegającej konstytucyjnej ochronie mocą art. 30 ustawy zasadniczej. Stanowi ona generalnie źródło wszelkich wolności i praw człowieka i obywatela, jak mówi treść przywołanego przepisu. O prawie człowieka do stanowienia o swoim zdrowiu, mającym podstawy w przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, pisze chociażby Agnieszka Barczak-Oplustil, wskazując, iż istotą tej godności w znaczeniu osobowym jest autonomia człowieka, zakorzeniona w przekonaniu o człowieku jako istocie zdolnej do samodzielnego rozumowania i działania, które pozwalają mu stanowić o własnym losie¹⁹. Podobnie należałoby wywodzić także prawo jednostki do stanowienia o swoim życiu. Jeśliby uznać zatem autonomię człowieka, a więc jego prawo do samostanowienia, za nieodłączny aspekt godności człowieka, to podlegać będzie ono ochronie konstytucyjnej właściwej dla tejże godności na podstawie art. 30 Konstytucji. W związku z tym pojawia się ciekawe zagadnienie zgodności uregulowania art. 151 k.k. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a więc z zasadą proporcjonalności. Teza postawiona przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny wskazana w poprzednim akapicie wyraźnie traktuje samobójstwo (również przy uzyskaniu pomocy osób trzecich) jako realizację osobistej autonomii jednostki, a więc istoty godności w znaczeniu osobowym. Jeśliby uznać ten pogląd za uzasadniony, to art. 31 ust. 3 Konstytucji wymagać będzie od ograniczeń prawa do samostanowienia jednostki (autonomii człowieka) zawartych w art. 151 k.k. konieczności ochrony jednej z naczelnych wartości wymienionych we wspomnianym przepisie Konstytucji, przy zachowaniu istoty tego prawa. W tym miejscu należy rozważyć, jaka jest *ratio legis* przywołanego przepisu ustawy karnej. Doktryna nie jest w tym zakresie zgodna. Jeden z poglądów wskazuje sens karalności zachowania z art. 151 k.k. w ochronie życia jako wartości obiektywnej, społecznej,

¹⁹ A. Barczak-Oplustil, *Sprzężym...*, s. 64 i n.

drugi natomiast za *ratio legis* tej regulacji uważa chęć likwidacji wpływu osób trzecich na samobójcę. Bez potrzeby jednoznacznego rozstrzygnięcia tej kwestii, bezsporne wydaje się, iż sama penalizacja wspomaganego samobójstwa z art. 151 k.k. dotyczy zachowania sprawcy osoby trzeciej, a nie samego samobójcy. Moim zdaniem więc polski ustawodawca kierował się jednak w głównej mierze nie samą w sobie chęcią ograniczenia prawa jednostki do samostanowienia, która to chęć miałaby źródło w przekonaniu o życiu człowieka jako wartości obiektywnej, a raczej miał on na celu ograniczenie negatywnych wpływów na decyzję człowieka, wynikających z zachowań osób trzecich. Problem pogłębia niefortunne ujęcie w art. 151 k.k. zarówno namowy, jak i pomocy do samobójstwa. Obie te postaci mogą przecież dotyczyć całkowicie odmiennych sytuacji motywacyjnych sprawcy (zwłaszcza przypadki namowy mogą obejmować nakłanianie do samobójstwa motywowane niecnymi pobudkami, takimi jak chociażby osobista niechęć do samobójcy czy też chęć uzyskania korzyści finansowej²⁰). Jak wskazano na początku opracowania, to wszystko powoduje więc znaczną trudność w ocenie polskiego uregulowania wspomaganego samobójstwa na tle standardów przewidzianych przez FTK w rozpatrywanym orzeczeniu. Uznając jednak, iż generalnie celem polskiego ustawodawcy było ograniczenie negatywnego wpływu osób trzecich na potencjalnych samobójców²¹, należy wskazać na korespondujące z nim stwierdzenie FTK, traktujące o konieczności ograniczania przez legislatora takich działań wspomagających samobójstwo, przy których wolna wola i swobodny proces decyzyjny jednostki nie są wystarczająco zapewnione. Konkludując, należałoby uznać uregulowanie zawarte w art. 151 k.k. za zgodne z konstytucyjną zasadą proporcjonalności w tym zakresie, w jakim ma ono na celu ochronę życia człowieka przed niekorzystnym dla niego wpływem osób trzecich. Jednakże uznając za zasadne twierdzenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, jakoby całkowita penalizacja wspomaganego samobójstwa była

²⁰ Podobnie J. Malczewski, *Problemy...*, s. 34. Por. A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 65.

²¹ Zob. P. Konieczniak, *W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa*, Państwo i Prawo 1999, nr 5, s. 75.

w istocie sprzeczna z prawem jednostki do samostanowienia, bo niwelująca całkowicie zgodne z prawem możliwości zakończenia życia przy pomocy osób trzecich, to art. 151 k.k. należałoby uznać przynajmniej w części odnoszącej się do pomocy do samobójstwa za naruszający istotę prawa do samostanowienia, a więc i osobowego aspektu godności człowieka. Zdaniem FTK prawo karne wykracza bowiem poza to, co stanowi uzasadniony środek ochrony osobistej autonomii w decyzji o zakończeniu życia, gdy nie chroni już wolnych decyzji jednostki, ale takie decyzje uniemożliwia. Co do drugiej postaci wspomaganego samobójstwa z art. 151 k.k., to jak już wcześniej wspomniano, forma namowy zdaje się być w pewien sposób poza sporem, gdyż jako szczególnie groźna i społecznie bardziej szkodliwa wydaje się zasługiwać na penalizację bez większych wątpliwości.

V. Granice dopuszczalności ograniczenia prawa do samostanowienia w odniesieniu do wspomaganego samobójstwa

W treści orzeczenia Federalny Trybunał Konstytucyjny odrzuca możliwość ograniczania prawa człowieka do samostanowienia poprzez sprowadzenie legalności wspomaganego samobójstwa do konkretnych przyczyn lub motywów, wskazując, iż merytoryczna ocena motywacji potencjalnego samobójcy „byłaby obca idei prawa podstawowego”. Jego zdaniem jednostka nie jest zobowiązana do wyjaśnienia swojej decyzji w przedmiocie zakończenia życia, a decyzja ta winna być uszanowana zarówno przez państwo, jak i społeczeństwo jako akt autonomii jednostki²². FTK opowiada się w ten sposób jednoznacznie za legalnością wspomaganego samobójstwa bez względu na powody skorzystania z niego przez jednostkę. Taka wykładnia nie pozwala więc chociażby na wprowadzenie wymogu przedstawienia dokumentacji medycznej wskazującej na ciężką, nieuleczalną chorobę osoby chcącej skorzystać z pomocy instytucji oferującej usługi wspomaganego samobójstwa. Pogląd wyrażony przez FTK na zakres

²² Por. J. Harris, *The Value of Life*, London 1989, s. 79–80.

prawa jednostki do samostanowienia, a tym samym zakres uprawnienia do samookreślenia jej śmierci, stoi w związku z tym w sprzeczności nie tylko z ustawodawstwami zdecydowanie odrzucającymi zarówno wspomagane samobójstwo, jak i eutanazję, ale nawet z większością ustawodawstw dopuszczających obie instytucje, które ograniczają jednak realizację tych praw do ściśle określonych (głównie terminalnych) przypadków medycznych oraz wymagają udziału w nich lekarza. Sam FTK w innym miejscu rozpatrywanego orzeczenia wskazuje na kompetencję państwa do ograniczenia prawa do samostanowienia jednostki, przy uwzględnieniu jednak konieczności pozostawienia jego istoty i swobody. Rezygnacja z wymogu czy to medycznego, czy jakiegokolwiek uzasadnienia, a więc wykazania racjonalnego powodu chęci zakończenia życia przez jednostkę, byłaby nie do pogodzenia z polskim porządkiem prawnym, gdyż będąc w zasadzie przyzwoleniem na całkowitą dowolność w realizacji prawa człowieka do samostanowienia, sprowadziłaby tym samym prawo do życia jedynie do jego aspektu indywidualnego. Pomińcie charakteru abstrakcyjnego prawa do życia uniemożliwiałoby natomiast państwu realizację ochrony życia i stanowiło zarazem naruszenie art. 38 Konstytucji RP. Jak zauważa bowiem Andrzej Zoll: „indywidualne prawo do życia nie wyczerpuje uzasadnienia ochrony życia”, wskazując przy tym na niezmiernie ważny aspekt tej ochrony wynikający z wartości życia jako dobra społecznego, którym sam dzierżyciel nie ma jednak prawa swobodnie rozporządzać²³, co zostało już szerzej zarysowane we wcześniejszych rozważaniach dotyczących rozumienia ochrony życia przez polskiego ustawodawcę. Tezę FTK o niemożności ograniczania regulacji wspomaganego samobójstwa przez motywy kierujące jednostką należałoby więc jednoznacznie odrzucić w odniesieniu do polskiego porządku prawnego, jako rozwiązanie niekonstytucyjne, bo pomijające całkowicie jeden z aspektów celu państwa w zakresie ochrony życia.

²³ A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz...*, s. 319.

VI. Wpływ uwarunkowań kulturowych na prawne uregulowanie wspomaganego samobójstwa

Ustawodawca polski, nie wypowiadając się jednoznacznie w art. 38 Konstytucji na temat rozumienia zakresu ochrony życia w Polsce, pozostawił sobie furtkę do doprecyzowania go w akcie rangi ustawowej. Za część skonkretyzowanej już wypowiedzi w tej kwestii należy uznać regulacje art. 150 i 151 kodeksu karnego, ograniczające znacząco zakres prawa człowieka w dysponowaniu swoim życiem, co niewątpliwie jest ukłonem w stronę pojmowania życia człowieka jako dobra społecznego. Pamiętać należy, iż rozumienie prawa do życia i jego zakresu, a także ściśle związanego z nim prawa do samostanowienia przez człowieka są uzależnione w każdym ustawodawstwie w szczególności od uwarunkowań kulturowych, a także religijnych czy historycznych dominujących w danym państwie. Niemiecki FTK mógł pozwolić sobie na tak liberalne w swej treści orzeczenie w porównaniu do rozwiązań przyjętych w naszym ustawodawstwie ze względu na różnice w tychże uwarunkowaniach występujące między oboma państwami. Mimo iż aspekt obiektywny (społeczny) życia ludzkiego nie dotyczy tego, jak społeczeństwo to życie postrzega, a jedynie tego, że w interesie tegoż społeczeństwa leży jego ochrona²⁴, to trudno oprzeć się wrażeniu, iż spojrzenie opinii publicznej na istotę prawa do życia, jego znaczenie oraz zakres jest i będzie niezwykle istotnym aspektem w procesie tworzenia przez legislatora prawa dotyczącego instytucji samobójstwa wspomaganego. Obecnie brakuje niestety wymiernych badań, które pozwoliłyby na przedstawienie rzetelnych wniosków co do podejścia Polaków do idei wspomaganego samobójstwa. Ostatnie badania na ten temat przeprowadzone przez CBOS odbyły się w 2009 r. i obejmowały raczej kwestię eutanazji²⁵. Jednakże na zadane w przywołanym badaniu pytanie: „Czy w przypadku nieuleczalnie chorego, którego cierpieniem nie można ulżyć, prawo powinno zezwalać na to, aby na prośbę jego i jego

²⁴ A. Barczak-Oplustil, *Sprzecim...*, s. 68–69.

²⁵ Komunikat z badań CBOS BS/142/2009 link:https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2009/K_142_09.PDF.

rodziny lekarz mógł skrócić życie pacjenta za pomocą bezbolesnych środków?”, większość badanych, bo 61 % uznało, iż prawo powinno dopuścić taką możliwość. Należałoby przypuszczać, iż podobny odsetek respondentów wypowiedziałby się w identyczny sposób w kwestii zezwolenia na samobójstwo wspomagane przy udziale lekarza. W związku ze wzrostem poziomu życia Polaków w ostatnich kilkunastu latach wypada oczekiwać także proporcjonalnego wzrostu ich oczekiwań względem życia (jego standardów) w nadchodzącym czasie. Prowadzić to będzie prawdopodobnie do większej świadomości i chęci posiadania zwiększonego wpływu na stanowienie o sobie (w tym o swoim życiu i zdrowiu), co jest charakterystyczne dla rozwiniętych społeczeństw konsumpcyjnych. Moim zdaniem koncepcja ochrony życia rozumianego w sensie dobra społecznego, jako *ratio legis* dla penalizacji wspomaganego samobójstwa, nie wytrzyma próby czasu w zderzeniu z rosnącym poziomem samoświadomości społeczeństwa. Idąc więc bardziej w kierunku likwidacji szkodliwego wpływu osób trzecich jako racji właściwej dla art. 151 k.k., w kontekście nieuchronnych zmian społecznych oraz tez postawionych przez niemiecki FTK o niemożności tak drastycznego ograniczania prawa jednostki do samostanowienia, jakim jest całkowita penalizacja wspomaganego samobójstwa, może warto byłoby ponownie pochylić się nad wskazaną regulacją.

VII. Uwagi końcowe

Jak wykazano w powyższym opracowaniu, przesłanki niekonstytucyjności penalizacji wspomaganego samobójstwa wskazane w rozpatrywanym orzeczeniu nie mogłyby raczej zostać zauważone na tle polskiego porządku prawnego z uwagi na pozostawienie znacznej swobody w zakresie regulacji granic ochrony życia dla ustawodawcy w drodze klauzuli generalnej z art. 38 Konstytucji. Nie oznacza to jednak, iż części też FTK zarówno polski ustawodawca, jak i doktryna nie mogą potraktować jako swego rodzaju wskazówek co do kierunku, w jakim będzie zmierzać polska legislacja w tym zakresie w nadchodzących latach. FTK prezentuje bowiem podejście zdobywające coraz większe uznanie w pozostałych rozwiniętych krajach europejskich (orzeczenie w podobnym tonie wydał

choćby jesienią zeszłego roku włoski Sąd Konstytucyjny²⁶). Stawiają one człowieka jako jednostkę i jego prawo do stanowienia o swoim życiu i zdrowiu w miejscu szczególnym w hierarchii dóbr. Prawo człowieka do decydowania o swojej śmierci, także przy (na jego żądanie) współudziale osób trzecich, zdobywa i prawdopodobnie zdobywać będzie coraz szersze uznanie w Europie i na świecie²⁷. Decyzja o zmianie prawa w Polsce nie mogłaby jednak – z przyczyn prawnych i społecznych, być tak diametralna, jak stanowisko niemieckiego sądu konstytucyjnego. Oczywiście byłaby, nie do końca w zgodzie z twierdzeniem FTK (jak wskazano już powyżej w opracowaniu) – konieczność znacznego ustawowego ograniczenia ewentualnej legalności samobójstwa wspomaganego. Szczególnie w drodze zarezerwowania możliwości legalnego udzielenia pomocy do samobójstwa jedynie dla lekarza i wyłącznie wobec osoby nieuleczalnie chorej, wyrażającej w pełni swobodną i wyraźną decyzję. Na ewentualne rozważenie w związku z tym zasługuje w mojej ocenie jedynie koncepcja dopuszczalności samobójstwa medycznie wspomaganego, ograniczonego ponadto do wskazanych ustawowo przesłanek²⁸. Korekty wymagałyby więc także (wraz z ustawą karną) regulacje ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty czy Kodeksu Etyki Lekarskiej. Przedstawione wyżej rozwiązanie stosowane jest w większości krajów dopuszczających pod pewnymi warunkami samobójstwo wspomagane (choćby Luksemburg czy Holandia²⁹). W takim wypadku niezwykle ważne byłoby także wypracowanie przez ustawodawcę konkretnych zasad lub standardów postępowania, które miałyby służyć lekarzom za wytyczne przy dokonywaniu kwalifikacji danej osoby do możliwości skorzystania z medycznej pomocy

²⁶ Judgment No. 24 Year 2019 Corte Costituzionale, dostępny na stronie www.cortecostituzionale.it.

²⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; link: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>.

²⁸ O konieczności bardzo ścisłego ujęcia przez ustawodawcę norm prawnych dot. zakresu uprawnienia do uzyskania lekarskiej pomocy do samobójstwa zob. K. Warecka, *Strasburg: warunki szwajcarskiego „wspomaganego samobójstwa” nienystarczająco precyzyjne. Gross przeciwko Szwajcarii – wyrok ETPC z dnia 14 maja 2013 r., skarga nr 67810/10*.

²⁹ O kształtującym się z biegiem lat pod wpływem tamtejszej doktryny i orzecznictwa rozwiązaniu holenderskim zob. J. Legemante, *Twenty-Five Years...*, s. 19–34.

do samobójstwa. (Brak wyraźnych wytycznych w tym zakresie w Szwajcarii został uznany przez Europejski Trybunał Praw Człowieka za naruszenie przez to państwo art. 8 EKPC³⁰.) Z zaproponowanym powyżej, szczegółowym odstępstwem, typ czynu zabronionego z art. 151 k.k. mógłby w dalszym ciągu funkcjonować.

W doktrynie rozważano także inne rozwiązania legislacyjne dotyczące wspomaganego samobójstwa, jak chociażby uzupełnienie art. 151 k.k. o § 2 – w sposób analogiczny do art. 150 k.k, który pozwoliłby sądowi na zastosowanie wobec sprawcy, w wyjątkowych wypadkach, nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia. Obecnie do art. 151 k.k. zastosowanie znajduje wszakże art. 60 § 2 k.k., lecz nie przewiduje on możliwości odstąpienia od wymierzenia sprawcy kary. Wskazane rozwiązanie nie likwiduje jednak problemu, gdyż wprowadza jedynie fakultatywność rezygnacji z karania, w dodatku w odniesieniu do pewnej nieściśle określonej kategorii przypadków, utrzymując kryminalizację wszelkich postaci wspomaganego samobójstwa (także przy udziale lekarza³¹).

Ciekawe rozwiązanie przewiduje też szwajcarski kodeks karny, zgodnie z którym karze podlega jedynie zachowanie sprawcy podjęte z pobudek egoistycznych³². Słusznie wskazuje Jacek Malczewski, iż takie ujęcie przepisu automatycznie wyłącza jego zastosowanie w stosunku do przypadków pomocy udzielanej osobom nieuleczalnie chorym przez sprawcę powodowanego współczuciem³³. Z podobną do szwajcarskiego uregulowania propozycją wystąpił swego czasu Andrzej Wąsek³⁴.

Zastanawiając się nad wyborem któregośkolwiek z zaprezentowanych rozwiązań, należy pamiętać, iż pozostawienie karalności pomocy i namowy

³⁰ 67810/10, Gross v. Szwajcaria – Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 V 2013 r.

³¹ Podobnie J. Malczewski, *Problemy...*, s. 34–35.

³² Art. 115 Swiss Criminal Code, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/202007010000/311.0.pdf>.

³³ J. Malczewski [w:] *System...*, s. 672.

³⁴ A. Wąsek, *Prawnokarna...*, s. 66 i 114. Autor proponował dekryminalizację ocenianych moralnie dodatnio przypadków wspomaganego samobójstwa.

do samobójstwa (oprócz zaproponowanych odstępstw) jest konieczne dla zapewnienia likwidacji szkodliwego wpływu osób trzecich na decyzję samobójcy jako *ratio legis* typu z art. 151 k.k., a także dla ochrony przed zagrożeniami, jakie niesłaby ze sobą pełna legalizacja wspomaganego samobójstwa. Nie sposób nie wziąć pod uwagę niebezpieczeństw wskazanych przecież przez sam FTK, polegających na możliwości nadmiernej popularyzacji samobójstwa wspomaganego jako racjonalnej metody zakończenia życia pośród społeczeństwa czy masowej rezygnacji z opieki paliatywnej przez chore terminalnie osoby starsze, przekonane o byciu ciężarem dla swoich rodzin. Pamiętać należy, iż samobójstwo wspomagane w swoim założeniu ma być jedynie opcją zarezerwowaną dla szczególnych sytuacji, a nie powszednim sposobem na zakończenie życia ludzkiego.

Niezależnie od decyzji polskiego ustawodawcy, jakie podjęcie w przyszłości w odniesieniu do koncepcji samobójstwa wspomaganego, orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wyznaczyło nową jakość przede wszystkim w rozumieniu prawa do samostanowienia jednostki, obejmującego także prawo do decydowania o swojej śmierci, oraz wskazało, iż całkowita penalizacja nie zawsze jest właściwą drogą do wypowiedzenia się przez ustawodawcę w tak kluczowych i kontrowersyjnych zarazem kwestiach legislacyjnych.

Bibliografia

- A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw wobec podjęcia działań ratujących życie wyrażony względem gwaranta niebędącego lekarzem. Zarys problemu*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych rok XV: 2011
- U.K. Ćwiklicz, *Eutanazja a wspomagane samobójstwo*, Przegląd Policyjny 3 (95) 2009
- P. Gensikowski, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo w Holandii (w obliczu zmian)*, Prokuratura i Prawo 4/2002
- J. Giezek, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014

- P. Góralski, *Pomoc i namowa do samobójstwa (art. 151 k.k.) w poglądach doktryny oraz danych statystycznych*, Nowa kodyfikacja prawa karnego. Tom III, Wrocław 2003
- J. Harris, *The Value of Life*, London 1989
- Komunikat z badań CBOS BS/142/2009
- P. Konieczniak, *W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa*, Państwo i Prawo 5/1999
- J. Legemante, *Twenty-Five Years of Dutch Experience and Policy on Euthanasia and Assisted Suicide: An Overview* [w:] *Asking to Die: Inside the Dutch Debate about Euthanasia*, red. D.C. Thomasma, Dordrecht 1998
- J. Malczewski, *Problemy z prawną kwalifikacją lekarskiej pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, Prokuratura i Prawo 11/2018
- J. Malczewski [w:] *System prawa medycznego*, red. nac. E. Zielińska, tom II, cz. 2, Wolters Kluwer 2019
- G. Marckmann, *Verbot der „geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ in Deutschland: Eine gute Lösung für alle Beteiligten?*, 6. Österreichischer Interdisziplinärer Palliativkongress Festspielhaus Bregenz 27. bis 29. April 2017
- M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie. Studium porównawcze*, Kraków 2004
- A. Śledzińska-Simon, *Rola Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kształtowaniu standardów w zakresie bioetyki i biotechnologii* [w:] *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, Wolters Kluwer 2013
- K. Warecka, *Strasburg: warunki szwajcarskiego „wspomaganego samobójstwa” niewystarczająco precyzyjne. Gross przeciwko Szwajcarii – wyrok ETPC z dnia 14 maja 2013 r., skarga nr 67810/10*
- A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Warszawa 1982
- A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. A. Zoll, Warszawa 2008

Summary

The analysis of Polish regulation of assisted suicide in the context of the judgment of the German Federal Constitutional Court of February 26, 2020

This publication aims to examine the Polish regulation of assisted suicide in terms of its constitutionality. The starting point is an analysis of the judgment of the German Federal Constitutional Court, which resulted in the depenalization of the offer of suicide assistance under professional services by entrepreneurs in Germany and, consequently, the complete legalisation of assisted suicide in this country. The theses contained in the cited judgment, however, refer to much broader issues, such as: ratio legis of assisted suicide penalization, understanding the right to life and tasks of the state within its protection, the right of the individual to decide about his death as part of exercising the right to self-determination and its bond with human dignity. The study attempts to transfer the legitimacy of these theses to the Polish legal order, introducing Polish regulations of assisted suicide found in the Penal Code and the provisions of the Constitution. The text also attempts to indicate the complexity of the assisted suicide problem, briefly referring to the very different approaches to it by selected European legislation and to the social controversy that this phenomenon raises. Moreover, *de lege ferenda* proposals were presented within the scope of the matter under consideration in the Polish legal order and the reasons for the necessity to introduce them, resulting from the influence of cultural conditions.

Key words: assisted suicide, Federal Constitutional Court, the right to self-determination, human dignity, life protection

Wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2017 r., II CSK 69/17¹

1. Błąd w terapii po stronie lekarza i położnych polegający na podstawnym wyborze środka przyspieszającego poród bez wskazań medycznych oraz nieprawidłowym sposobie dalszego jego prowadzenia, w szczególności zaniechania ciągłego monitorowania kardiokograficznego, połączonego z rejestracją zapisu KTG, stanowi winę personelu medycznego, co prowadzi do odpowiedzialności szpitala za szkodę wyrządzoną narodzonemu dziecku (art. 430 w zw. z art. 415 k.c.).
2. Braki w dokumentacji medycznej nie mogą być interpretowane na korzyść lekarza (szpitala); na nim ciąży obowiązek wykazania, że czynności medyczne były prawidłowe, zgodne z najnowszą wiedzą i sztuką medyczną oraz nastąpiły przy wykorzystaniu wszelkiego dostępnego sprzętu medycznego.

Glosa

Jest to jedna z kolejnych spraw wyrządzenia szkody dziecku przy porodzie², czego można by uniknąć, gdyby lekarz i położne dołożyli należytej

¹ LEX nr 2342153. Tezy odautorskie wynikające z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego.

² Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 526 i n.

staranności. Gdy jednak często chodzi o nieprzestrzeganie standardów³, wadliwą organizację oddziału ginekologiczno-polożniczego, niezakończenie porodu za pomocą cesarskiego cięcia, a kontynuowanie go siłami natury, opóźnienie porodu, brak staranności, przezorności czy kwalifikacji⁴, to tu – o przyspieszenie porodu bez wskazań medycznych i zaniechanie monitorowania przebiegu porodu, który początkowo przebiegał bez powikłań. Jednak z urodzeniem dziecka zawsze łączy się pewne ryzyko, mogą też występować wady genetyczne i wrodzone oraz nieprzewidywalne komplikacje. Jeżeli czynności lekarzy i położnych w postępowaniu diagnostyczno-leczniczym są prawidłowe, to nie ma podstaw do odpowiedzialności za szkodę, której doznaje dziecko i matka. W takich przypadkach nie ma winy po stronie lekarzy (położnych) i związku przyczynowego pomiędzy szkodą, której doznaje poszkodowany, a ich postępowaniem⁵.

W tej sprawie sądy nie miały żadnych wątpliwości co do winy lekarzy, choć nie wszystkie okoliczności porodu są jasne z uwagi na braki odpowiednich zapisów w dokumentacji medycznej (o czym dalej). Sąd ustalił, że powódka wobec rozpoczęcia akcji porodowej w dniu 28 XI 2008 r. o godz. 20:25 została przyjęta na oddział ginekologiczno-polożniczy pozwanego szpitala. Początkowo poród przebiegał bez powikłań, nie istniały wskazania medyczne do operacyjnego rozwiązywania ciąży ani do zastosowania

³ Obowiązującego w tym czasie rozporządzenia Ministra Zdrowia z 20 IX 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki okołoporodowej sprawowanej nad kobietą w okresie fizjologicznej ciąży, fizjologicznego porodu, porodu oraz opieki na noworodkiem (Dz.U. z 2016 r., poz. 1132 z późn. zm.).

⁴ Np. w wyroku z 23 II 2017 r. (I A Ca 1024/16, LEX nr 2282454) Sąd Apelacyjny w Łodzi stwierdził, że lekarka prowadząca poród nie miała specjalizacji ginekologiczno-polożniczej i nie skonsultowała porodu z lekarzem nadzorującym (ordynatorem). Na skutek braku, jak można sądzić, wiedzy i umiejętności nie dołożyła należytej staranności, co stało się przyczyną niedotlenienia wewnątrzmacicznego i urodzenia noworodka w stanie ciężkim – zamartwicy, a w konsekwencji naraziło dziecko na poważny uszczerbek na zdrowiu.

⁵ Z ostatnich orzeczeń dotyczących szkód, których doznało dziecko przy porodzie – zob. wyrok SN z 23 VI 2017 r. (I CSK 627/16, LEX nr 2333045); wyrok SN z 24 V 2017 r. (III CSK 167/16, LEX nr 2329438); wyrok SA w Krakowie z 18 I 2017 r. (I ACa 870/16, LEX nr 2304366); wyrok SA w Szczecinie z 16 II 2017 r. (I ACa 774/16, LEX nr 2306282); wyrok SA w Katowicach z 21 III 2017 r. (I ACa 970/16, LEX nr 2284761).

oksytocyny. Jest to lek przeznaczony do wznecania (indukcji) porodu bądź nasilenia osłabionej akcji skurczowej. Ze względu na problemy z wyparciem dziecka odbierająca poród lekarz ginekolog, uciskając brzuch rodzącej, mocnym ruchem wypchnęła dziecko, które urodziło się sine i nie płakało. Zdaniem Sądu nie wykazano zastosowania wówczas zabiegu Kristellera, zabronionego we współczesnym położnictwie. Powódka urodziła się o godzinie 22:35, uzyskała 8/10 pkt w skali Apgar. W karcie porodu nie odnotowano powikłań czy zastosowanych procedur, leków, rękoczynów w drugim okresie porodu. Po porodzie matce podano zawinięte dziecko, informując, że jest w stanie dobrym. Następnego dnia matka zauważyła, że jego prawa rączka zwisa bezwładnie. Pielęgniarka poinformowała ją, że mogło dojść do złamania obojczyka i należy kończynę usztywnić. U powódki nastąpiło okołoporodowe uszkodzenie splotu ramienia typu Erba, skutkujące jego porażeniem, zbliżeniowym zlepieniem nerwu i nerwiakiem, a w następstwie niedowładem wiotkim tej kończyny. Trwały uszczerbek na zdrowiu wynosi 25%. Zabieg operacyjny rekonstrukcyjny przyniósł tylko niewielką poprawę i powódka wymaga stałej rehabilitacji. Będzie ona osobą niepełnosprawną do końca życia.

Sąd Okręgowy stwierdził, że matka powódki była wieloródką, a wymiary dziecka nie zwiększały ryzyka wystąpienia dystocji barkowej. Czynnikiem ryzyka było podanie oksytocyny. W karcie położniczej nie ujawniono jej zastosowania ani powstania dystocji barkowej, podczas gdy w prawidłowo prowadzonej dokumentacji fakty te powinny być odnotowane w opisie przebiegu porodu, w epikryzie oraz w karcie wypisowej ze szpitala, ponadto zawierać opis wszystkich okoliczności zdarzenia (w tym wezwania do pomocy obecnych i najbardziej doświadczonych członków personelu medycznego), wdrożonych procedur medycznych i rodzaju pomocy, jakiej udzielono rodzącej (zastosowanych sposobów uwolnienia barków), a także czas trwania drugiego okresu porodu. W dokumentacji medycznej nie podano wskazań podania oksytocyny oraz ewentualnych działań towarzyszących. Brak zapisów dotyczących monitorowania za pomocą KTG stanu pacjentki i płodu po podaniu tego leku. Został on podany bez dokładnego poinformowania rodzącej, w jakim celu go zastosowano, i bez jej zgody. Winą lekarza i położnych było zastosowanie

oksytocyny przyspieszającej poród bez wskazań medycznych, bez poinformowania rodzącej o celu podania tego leku i bez uzyskania jej zgody (co narusza art. 32 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, art. 16 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta i art. 15 ust. 1 KEL). Podanie tego leku nie mieściło się w ogólnej zgodzie na zabieg medyczny (w danej sprawie – na przeprowadzenie porodu), gdyż lek ten nie jest obojętny dla organizmu, może wywołać skutki pozytywne, lecz także negatywne, niepożądane. Można powiedzieć, że nie ma leków całkowicie bezpiecznych⁶. Nie zachodziło tu żadne zagrożenie dla życia lub zdrowia pacjentki, które wymagałoby podania tego leku, i nie było wskazań medycznych⁷.

Winą personelu medycznego było również zaniechanie ciągłego monitorowania kardiokograficznego porodu, połączonego z rejestracją zapisu KTG⁸.

W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął odpowiedzialność szpitala za szkodę wyrządzoną powódce (dysfunkcja kończyny górnej, co będzie sprzyjać przyspieszeniu zmian zwyrodnieniowych w obrębie tej kończyny i kręgosłupa) i zasądził na jej rzecz zadośćuczynienie w kwocie 200 000 zł (art. 445 § 1 k.c.), rentę z tytułu zwiększonych potrzeb w wysokości zmiennej (art. 444 § 2 k.c.) oraz ustalił odpowiedzialność pozwanego szpitala za szkody mogące u powódki powstać w przyszłości.

⁶ Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XI, Toruń 2016, s. 512 i n.; tenże, *Odpowiedzialność cywilna lekarza, szpitala, apteki, producenta i państwa za szkody wyrządzone przez leki*, PiM 14/2004.

⁷ Dla porównania – zob. wyrok SA w Krakowie z 21 XII 2015 r. (I ACa 973/13, Legalis nr 14096/97), w której podano rodzącej kobiecie bez jej zgody doszyjkowo lek prostaglandynę, który wywołał powikłania i odklejenie łożyska. Sąd zasądził na jej rzecz zadośćuczynienie za naruszenie praw pacjenta (art. 4 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta); zob. też wyrok SA w Krakowie z 8 VII 2016 r. (I ACa 360/16), w którym Sąd uznał również, że stanowi naruszenie praw pacjenta podanie małoletniej pacjentce leku – antybiotyku o silnym działaniu ototoksycznym bez „poinformowanej” zgody rodziców, na skutek czego pacjentka straciła słuch. Sąd uwzględnił jej roszczenia odszkodowawcze.

⁸ Por. cyt. wyżej wyrok SA w Krakowie z 21 XII 2015 r. (I ACa 973/13), gdzie Sąd stwierdził, że nastąpiło naruszenie praw pacjenta na skutek niedostatecznego nadzoru okołoporodowego (braku monitorowania akcji serca płodu).

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne i prawne Sądu Okręgowego i skargę apelacyjną szpitala oddalił. Wiele uwagi poświęcił przy tym dokumentacji medycznej, która stanowi szczególnie ważny środek dowodowy w „procesach lekarskich”⁹. Dokumentacja medyczna ma duże znaczenie dla postępowania leczniczego, które może być prowadzone nie tylko w jednym, ale i w kolejnych zakładach leczniczych. Dokumentacja niekompletna utrudnia lub uniemożliwia ocenę i udowodnienie nieprawidłowości postępowania medycznego, informacji udzielonych pacjentom co do ryzyka i skutków zabiegu medycznego, możliwych powikłań, alternatywnych metod leczenia i dowodu „świadomej” zgody pacjenta. Braki i niezupełność dokumentacji utrudnia także biegłym wydanie opinii, a sądowi – wyroku. Uważa się, że wadliwie i nieprawidłowo prowadzona dokumentacja medyczna pacjenta (naruszająca wymogi formalne, pełna luk i braków, zawierająca zapisy lakoniczne i niepełne lub dokonane *ex post* po dłuższym czasie, niezgodna z dokumentacją zbiorczą itp., a tym bardziej sfalszowana) utrudnia i przedłuża postępowanie dowodowe oraz pogarsza sytuację prawną lekarza i zakładu leczniczego w procesach sądowych¹⁰.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że „braki w dokumentacji medycznej, które tu były liczne, nie mogą być interpretowane na korzyść pozwanego szpitala, a na nim ciążył obowiązek wykazania, że czynności medyczne były prawidłowe, zgodne z najnowszą wiedzą i sztuką medyczną oraz nastąpiły przy wykorzystaniu wszelkiego dostępnego sprzętu”. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 15 X 1997 r. (III CKN 226/97, LEX nr 1110924) i Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 17 VI 2009 r. (I ACa 771/08, OSA 7/2011, poz. 18). Natomiast Sąd Apelacyjny w Lublinie

⁹ Zob. M. Śliwka (red.), *Prawne i zarządcze aspekty prowadzenia dokumentacji medycznej*, Warszawa 2015; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 821 i n.; E. Faure [w:] *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspectives*, red. M. Faure, W. Koziol, Wiedeń–Nowy Jork 2001, s. 285 i n.

¹⁰ Por. K. Kordel, *Prowadzenie dokumentacji medycznej – implikacje dowodowe*, PiM 3/2006, s. 100 i n.; zob. też wyrok SA w Białymstoku z 16 III 2017 r. (I ACa 621/16, LEX nr 2300232) w sprawie, w której braki w dokumentacji medycznej uniemożliwiały ustalenie, kiedy i z jakich przyczyn doszło u powódki do uszkodzenia nerwów krtaniowych podczas operacji tarczycy.

w wyroku z 8 I 2013 r. (I ACa 624/12, PS 3/2016, z głosem M. Nesterowicza) przyjął, że braki w dokumentacji medycznej opisu działań i procedur dotyczących postępowania związanego z porodem obciążają pozwanego szpital, i stwierdził, że: „jeżeli powódka wykazała wystąpienie faktów przemawiających za słusnością dochodzonych roszczeń, to wówczas pozwanego obciąża ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających jego zdaniem oddalenie powództwa”.

Sąd nawiązał tu do przyjmowanego w orzecznictwie wielu krajów tzw. odwróconego ciężaru dowodu (*reversal of the burden of proof*), gdzie następuje podział dowodu pomiędzy powodem a pozwanym¹¹. W Polsce można w ciągu ostatnich kilkunastu lat spotkać również takie orzeczenia, w których sądy odwołują się do domniemań faktycznych z art. 231 k.p.c. lub dowodu *prima facie*, przyjmując w istocie „odwrócony”, czy „podzielony” ciężar dowodu¹².

* * *

Skargę kasacyjną szpitala Sąd Najwyższy oddalił jako bezzasadną, zarówno ze względów formalnych, gdyż rażąco naruszała wymóg art. 3984 § 1 pkt 2 k.p.c. w części odnoszącej się do motywacji podstaw kasacyjnych, jak i merytorycznych w zakresie zarzucającym naruszenie art. 415 k.c. i art. 430 k.c. poprzez przyjęcie winy personelu medycznego. Jednocześnie zaakceptował ustalenia biegłych, że dokumentacja medyczna prowadzona była nieprawidłowo, zapisy są niepełne, nie obejmują danych dotyczących podstawowych okoliczności istotnych dla oceny postępowania

¹¹ Zob. I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015, s. 159 i n.; E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnoporównawcze*, Toruń 2013, s. 78 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 105 i n.

¹² Sąd Najwyższy w wyroku z 17 XII 2004 r. (II CK 303/04, OSP 11/2005, poz. 131, z głosem M. Świderskiej oraz PS 6/2006, z głosem M. Nesterowicza) orzekł, że lekarz musi udowodnić, że udzielone przez niego informacje o ryzyku i skutkach zabiegów lekarskich lub badań diagnostycznych stanowiły podstawę zgody pacjenta na ich dokonanie lub odmowy zgody. Zob. również wyrok SA w Lublinie z 4 III 2009 r. (I ACa 12/09, PiM 2/2011, z głosem M. Nesterowicza); wyrok SA w Białymstoku z 29 IX 2014 r. (I ACa 233/14, PiM 3/2015, z głosem M. Nesterowicza).

lekarza i położnych uczestniczących w porodzie powódki. Zwrócił uwagę, że „dokumentacja medyczna, sporządzona w sposób zgodny z przepisami prawa, stanowi środek dowodowy służący ustaleniu przebiegu i wyników leczenia (...). Odpowiednio stosuje się do niej przepisy o dowodzie z dokumentów ewentualnie innych środków dowodowych (art. 309 k.p.c.). Treść zapisów dokumentacji medycznej została poddana ocenie i wzruszona w wyniku wykorzystania innych środków dowodowych, w tym opinii biegłych i zeznań świadków”.

Bibliografia

- I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015
- E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnoporównawcze*, Toruń 2013
- E. Faure [w:] *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspectives*, red. M. Faure, W. Koziol, Wiedeń–Nowy Jork 2001
- K. Kordel, *Prowadzenie dokumentacji medycznej – implikacje dowodowe*, Prawo i Medycyna 3/2006
- M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza, szpitala, apteki, producenta i państwa za szkody wyrządzone przez leki*, Prawo i Medycyna 14/2004
- M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XI, Toruń 2016
- M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 3, Warszawa 2017
- M. Śliwka (red.), *Prawne i zarządcze aspekty prowadzenia dokumentacji medycznej*, Warszawa 2015

S u m m a r y

Judgment of the Supreme Court of 27 June 2017, II CSK 69/17

The error in therapy on the part of the doctor and midwives consisting in an unjustified choice of a means of accelerating childbirth without any medical indications and an incorrect way of its further conduct, in particular the failure to continuously monitor the cardiotocography, combined with the registration of the KTG record, is the fault of the medical personnel, which leads to the hospital's liability for damage caused to the unborn child (Article 430 in connection with Article 415 of the Civil Code).

The lack of medical records cannot be interpreted in favor of the doctor (hospital); he is obliged to prove that the medical activities were correct, in accordance with the latest knowledge and medical art and were performed using all available medical equipment.

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 czerwca 2015 r., sygn. I ACa 336/15¹

Działalność usługowa w zakresie służby zdrowia nie jest działalnością z zakresu *imperium*, jeśli jest ona wykonywana przez specjalnie powołany do tego celu zakład opieki zdrowotnej, posiadający osobowość prawną. Prowadzi to do wniosku, że kwestię odpowiedzialności rozstrzygnąć należy na zasadach ogólnych, określonych w art. 430 k.c. w związku z art. 415 k.c. Odpowiedzialność szpitala oparta jest zatem na zasadzie ryzyka, niemniej jednak też konieczną przesłanką jest wina podwładnego.

Glosowany wyrok został wydany w następujących okolicznościach faktycznych: powód M.M. domagał się od pozwanego szpitala zapłaty kwoty 200 000 zł z tytułu zadośćuczynienia oraz renty w wysokości 700 zł miesięcznie. Sąd Okręgowy ustalił, że powód przebywał na leczeniu w pozwanym szpitalu od 25 V 1994 r. do 29 VI 1994 r. Został on przyjęty do pozwanego szpitala z powodu prób samobójczych (wieszanie się, trucie), gróźb samobójczych, nadpobudliwości i agresji, rozpoznano u niego zespół urojeniowy. Po tej hospitalizacji leczył się on w poradni, uzyskał z powyższych przyczyn rentę. W ocenie Sądu pierwszej instancji powód nie udowodnił przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, w szczególności nie wykazał postępowania szkodzącego szpitala,

¹ LEX nr 1770665.

jednocześnie stwierdzono, że jego roszczenie na zasadzie art. 4421 § 1 k.c. uległo przedawnieniu.

Rozpoznając apelację powoda, Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny i przyjął go za własny, również za prawidłową uznano ocenę prawną. W głosowanym orzeczeniu wskazano, że czynności z zakresu służby zdrowia nie są wykonywaniem *imperium* państwa, jeżeli są realizowane przez specjalnie do tego powołany zakład opieki zdrowotnej posiadający osobowość prawną. W konsekwencji Sąd drugiej instancji przyjął, że ewentualną odpowiedzialność odszkodowawczą pozwanego szpitala należy rozpatrywać w oparciu o przepisy art. 430 k.c. w zw. z art. 415 k.c. Odnosząc się do tej podstawy prawnej, wskazano, iż odpowiedzialność pozwanego szpitala opiera się na zasadzie ryzyka, jednakże przesłanką konieczną dla ponoszenia tej odpowiedzialności jest wina podwładnego.

W głosowanym wyroku podzielono również zapatrywanie Sądu pierwszej instancji dotyczące przedawnienia roszczenia dochodzonego przez powoda, jednakże nie na podstawie art. 4421 k.c., ale w oparciu o poprzednio obowiązujący art. 442 k.c. Sąd Apelacyjny podniósł, iż zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 16 II 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ze względu na okoliczność, że już wówczas – według przepisów dotychczasowych – roszczenie było przedawnione, to do oceny zgłoszonego zarzutu przedawnienia należało zastosować przepis art. 442 § 1 k.c. w brzmieniu sprzed dnia 9 VIII 2007 r. Zgodnie z poprzednio obowiązującym przepisem roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym przedawniało się z upływem trzech lat od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie zobowiązanej do jej naprawienia. W każdym zaś razie ulegało przedawnieniu z upływem 10 lat od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wyrządzające szkodę. Zdaniem Sądu jeżeli krzywdą jest rozstrój zdrowia, którego powód miał doznać w pozwanym szpitalu, to musiał o tej krzywdzie wiedzieć od razu po opuszczeniu tego szpitala, skoro – jak twierdzi – objawiły się te skutki po wypisaniu ze szpitala. Nadto od daty hospitalizacji powoda upłynął już okres dziesięcioletni wskazany w tym przepisie. Reasumując, Sąd Apelacyjny w Katowicach oddalił apelację powoda jako niezasadną.

Głosowany wyrok zasługuje na omówienie z kilku przyczyn. Przede wszystkim razi w nim bardzo lakoniczne i pobieżne odniesienie się Sądu do kwestii przyjęcia pacjenta do szpitala psychiatrycznego. Brak jakiegokolwiek refleksji nad wówczas obowiązującymi przepisami dotyczącymi udzielania świadczeń zdrowotnych, a psychiatrycznych w szczególności. Nie mówiąc już o charakterze tychże świadczeń.

Już na wstępie zaznaczyć należy, iż do ustalonego stanu faktycznego nie będą miały zastosowania przepisy ustawy z dnia 19 VIII 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego², albowiem regulacja ta weszła w życie z dniem 21 I 1995 r. Z ustalonego przez Sady orzekające stanu faktycznego nie sposób wywnioskować, czy powód został przyjęty do pozwanego szpitala przymusowo, czy też za zgodą. A miało to rudymentarne znaczenie dla prawidłowej kwalifikacji prawnej postępowania szpitala. Nadto dokonano swoistej kompilacji przepisów i wynikających z nich twierdzeń: z jednej bowiem strony zastosowano przepisy o przedawnieniu właściwe dla czasu zdarzenia, z drugiej zaś – twierdzenia dotyczące specyfiki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej właściwe dla obecnego stanu prawnego.

Należy podkreślić, że powództwo powinno ulec oddaleniu od pozwanego szpitala, jednakże nie z tych przyczyn, jakie wskazał Sąd Apelacyjny. Głosowane orzeczenie zostało uzasadnione bez uwzględnienia zmiany, jaka została dokonana w opiece zdrowotnej i zaszła od połowy lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku. Zmiana statusu samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej nastąpiła w wyniku wejścia w życie ustaw wprowadzających zmiany ustrojowe³. Na podstawie art. 47 ustawy z dnia 13 X 1998 r. Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną poszczególnym jednostkom samorządu terytorialnego przekazano z dniem 1 I 1999 r., uprawnienia organów administracji rządowej,

² Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1265 ze zm.

³ Reformy ustrojowe wprowadzono m.in. następującymi ustawami: z dnia 5 VI 1998 r. o samorządzie województwa, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 596 ze zm., z 5 VI 1998 r. o administracji rządowej w województwie, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 80, poz. 872 ze zm., z dnia 5 VI 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 595 ze zm., z dnia 28 VII 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa, Dz.U. Nr 96, poz. 603 ze zm.

który utworzył zakład opieki zdrowotnej. Powyższe przekazanie uprawnień zostało połączone z uzyskaniem przez te zakłady osobowości prawnej⁴. Ustawodawca uregulował również kwestię ponoszenia odpowiedzialności deliktowej za szkody wyrządzone działaniem zakładu opieki zdrowotnej w okresie sprzed uzyskania osobowości prawnej. Zgodnie z art. 80 ust. 1 powołanej ustawy odpowiedzialność tę ponosi Skarb Państwa reprezentowany przez właściwego miejscowo wojewodę. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 XI 2001 r.⁵: „Do istoty publicznego zakładu opieki zdrowotnej jako jednostki budżetowej przekształconej w samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej należy to, że nie tylko powstaje nowa osoba prawna, lecz dotychczasowa osoba prawna tj. Skarb Państwa, nie ulega likwidacji. Istnieje on nadal, a likwidacji ulega tylko jego jednostka organizacyjna, tj. zakład opieki zdrowotnej jako jednostka budżetowa. Jeśli zatem Skarb Państwa istnieje nadal po powstaniu Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej jako odrębnej osoby prawnej to przy braku odrębnej regulacji obowiązuje zasada, według której Skarb Państwa nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania innych osób prawnych, a osoby te, nawet jeśli są to państwowe osoby prawne, nie ponoszą odpowiedzialności Skarbu Państwa (art. 40 § 1 k.c.). Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez pracownika zakładu opieki zdrowotnej – jako funkcjonariusza państwowego przed przekształceniem zakładu – ponosi Skarb Państwa reprezentowany przez Wojewodę”⁶. Powyższe można z pewnością uznać za utrwaloną już linię orzecniczą⁷. Innymi słowy można stwierdzić, że pod-

⁴ Zgodnie z art. 35b ustawy o zakładach opieki zdrowotnej zakład ten uzyskał osobowość prawną z chwilą wpisania go do Krajowego Rejestru Sądowego.

⁵ Sygn. I CKN 561/99, LEX nr 52693.

⁶ Podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 XI 2001 r., sygn. I CKN 407/99, LEX 1169068; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 VI 2007 r., sygn. I ACa 394/07, LEX nr 370807; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 IV 2008 r., sygn. II CSK 611/07, LEX nr 515701.

⁷ Można przytoczyć tu wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 XII 1999 r., sygn. I ACa 448/98, OSA 2000/1/3, w którym stwierdzono: „Nowo utworzone samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej nie przejęły odpowiedzialności za zobowiązania deliktowe powstałe przed ich utworzeniem, a zatem odpowiada za nie Skarb Państwa”. Z kolei Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 9 VI 1999 r., sygn. III CZP 11/99, OSNC 2000/1/2, wskazał, iż „Samodzielny publiczny zakład

miot leczniczy – posługując się terminologią ustawy z dnia 15 IV 2011 r. o działalności leczniczej⁸ – nie przejął zobowiązań deliktowych obciążających Skarb Państwa, a związanych z działalnością zlikwidowanej *stationis fisci*. W konsekwencji pozwanym w postępowaniu powinien być Skarb Państwa reprezentowany przez wojewodę śląskiego.

Rację ma Sąd Apelacyjny, podnosząc, że w swej istocie udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest wykonywaniem usług, nie zaś wykonywaniem władzy publicznej. Twierdzenie to należy traktować jako zasadę, która przewiduje istotne wyjątki, o czym będzie mowa w dalszej części glosy. Jednakże – co uszło uwadze Sądu drugiej instancji – w przypadku, gdy mają zastosowanie przepisy ustanawiające odpowiedzialność deliktową Skarbu Państwa sprzed nowelizacji kodeksu cywilnego z 2004 r., a także wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 XII 2001 r., należy mieć na uwadze również rozumienie tych przepisów wypracowane w doktrynie i orzecznictwie. Nie można pomijać, iż odpowiedzialność Skarbu Państwa od Wytycznych Sądu Najwyższego z 15 IV 1971 r.⁹ była rozumiana jednolicie jako obejmująca zarówno sferę *imperium*, jak i *dominium*. Nie sposób pomijać okoliczności, iż na podstawie art. 417 w brzmieniu sprzed wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4 XII 2001 r.¹⁰ Skarb Państwa ponosił odpowiedzialność zarówno za działalność usługową, jak i z zakresu władztwa publicznego. Tak szeroka odpowiedzialność w oparciu o ten przepis nie była kwestionowana ani w judykaturze¹¹,

opieki zdrowotnej, powstały w wyniku przekształcenia publicznego zakładu opieki zdrowotnej prowadzonego w formie jednostki budżetowej, nie jest obowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej przed dokonaniem przekształcenia przez funkcjonariusza państwowego będącego pracownikiem przekształconego zakładu”.

⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 2190 ze zm.

⁹ Sygn. III CZP 33/70, Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie odpowiedzialności Skarbu Państwa oraz państwowych osób prawnych za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych, OSNC 1971/4/59.

¹⁰ SK 18/00, OTK 2001/8/256.

¹¹ Por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 17 II 1967 r., sygn. I CR 435/66, OSNC 1967/10/177; z dnia 15 VI 1967 r., sygn. II CR 74/67, LEX nr 6176; z dnia 8 VII 1968 r., sygn. III CRN 160/68, LEX nr 6368; z dnia 8 VIII 1968 r., sygn. I CR 301/68, LEX 6378; z dnia 17 VI 1969 r., sygn. II CR 165/69, OSP 1970/7/155; z dnia 8 XII 1970 r., sygn. II CR 543/70, OSNC 1971/7-8/136; z dnia

ani w piśmiennictwie¹² z tamtego okresu. W konsekwencji należy przyjąć, że działalność zakładu opieki zdrowotnej polegająca na udzielaniu świadczeń zdrowotnych objęta była odpowiedzialnością Państwa na podstawie art. 417 k.c. w jego rozumieniu sprzed wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Z uwagi na powyższe bez znaczenia jest dokonanie rozgraniczenia na sferę imperialną i dominialną w odniesieniu do świadczeń zdrowotnych udzielonych w 1994 r., albowiem niezależnie od tej dyferencjacji za szkody spowodowane przez podmioty lecznicze odpowiedzialność deliktową na podstawie art. 417 ponosił Skarb Państwa.

Zgodnie z powszechnie akceptowanym stanowiskiem przez wykonywanie władzy publicznej należy rozumieć uprawnienie określone w przepisach ustawy do jednostronnego, władczego kształtowania pozycji prawnej lub faktycznej podmiotu jej poddanego¹³.

14 XI 1972 r., sygn. I CR 463/72, LEX nr 7182; z dnia 7 III 1974 r., sygn. I CR 43/74, LEX nr 7426; z dnia 9 III 1975 r., sygn. I CR 8/75, LEX nr 7667; z dnia 4 III 1976 r., sygn. IV CR 37/76, LEX nr 7807; z dnia 12 IV 1976 r., sygn. IV CR 83/76, OSP 1978/11/199; z dnia 11 XI 1976 r., sygn. II CR 420/76, LEX nr 7871; z dnia 23 II 1977 r., sygn. IV 110/77, LEX nr 7929; z dnia 4 V 1977 r., sygn. I CR 115/77, LEX nr 7935; z dnia 9 I 1978 r., sygn. IV CR 510/77, OSNC 1978/11/210; z dnia 16 V 1978 r., sygn. I CR 129/78, OSNC 1979/6/117; z dnia 22 VIII 1980 r., sygn. IV CR 299/80, LEX nr 8262; z dnia 25 III 1981 r., sygn. II CR 74/81, LEX nr 8312; z dnia 15 VI 1981 r., sygn. I CR 174/81, OSP 1982/11/188; z dnia 11 V 1983 r., sygn. IV CR 118/83, OSNC 1983/12/201; z dnia 14 VI 1983 r., sygn. IV CR 75/83, OSNC 1984/1/13, z dnia 7 I 1998 r., sygn. II CKN 703/97, PiM 1999/3/129; z dnia 14 VII 1998 r., sygn. III CKN 590/97, PiM 1999/3/134; z dnia 1 XII 1998 r., sygn. III CKN 741/98, OSNC 1999/6/112. Podobnie kształtowało się orzecznictwo sądów apelacyjnych, np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 VIII 1991 r., sygn. I ACr 2639/91, Wokanda 1992/2/29, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 III 2001 r., sygn. I ACa 104/01, OSA 2001/9/50.

¹² Por. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa Pacjenta*, Warszawa 2001, s. 451, U. Drozdowska, *Problematyka podstaw odpowiedzialności cywilnej zakładów opieki zdrowotnej – wybrane zagadnienia*, Radca Prawny 2002/2/20, A. Górski, A. Górski, *Podstawy odpowiedzialności deliktowej publicznego zakładu opieki zdrowotnej za szkody medyczne – po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001*, Palestra 11–12/2002, M. Nesterowicz, *Podstawy odpowiedzialności cywilnej zakładu leczniczego i lekarza*, PiM 1/1999, tenże, *Prawo medyczne*, wyd. IV, Toruń 2000, s. 217–218, tenże, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2012, s. 91–94, pośrednio również M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 53–55. W publikacjach tych wskazywano art. 417 (w poprzednim brzmieniu) jako podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej.

¹³ Jak wskazuje M. Safjan, nie chodzi tu o „takie działania, które z natury swej (a więc ze względu na charakter i rodzaj funkcji) przynależą do władzy publicznej, wynikają z kompetencji określonych

Jednocześnie nawet w obecnym stanie prawnym nie sposób się zgodzić z tezą głosowanego wyroku, iż nigdy działalność usługowa zakładu opieki zdrowotnej polegająca na udzielaniu świadczeń zdrowotnych nie będzie wchodzić w zakres *imperium*. Oczywiście – jak już wyżej podniosłem – będzie to zasada, jednakże przewidującą istotne wyjątki. Podstawowa przewidziana dla każdego podmiotu udzielającego świadczeń szpitalnych lub innych całodobowych i stacjonarnych świadczeń zdrowotnych jest sytuacja określona w art. 29 ust. 2 ustawy o działalności leczniczej. Zgodnie z tym przepisem pacjent może zostać zatrzymany w podmiocie leczniczym, pomimo żądania wypisania zgłaszanego przez jego przedstawiciela ustawowego, w przypadku jeżeli stan zdrowia pacjenta wymaga dalszego udzielania tych świadczeń. W przypadku zatrzymania z tego powodu pacjenta w podmiocie leczniczym podmiot ten ma obowiązek niezwłocznego zawiadomienia sądu opiekuńczego o odmowie wypisania i jej przyczynach. Takie postępowanie w pełni odpowiada wyżej przedstawionemu rozumieniu wykonywania władzy publicznej, co stoi w oczywistej sprzeczności z ogólną tezą stawianą przez Sąd Apelacyjny w Katowicach.

W o wiele szerszym zakresie władztwo publiczne ma zastosowanie w psychiatrii, zostało też precyzyjniej uregulowane jego zastosowanie. Jest to oczywiste z uwagi na możliwość wkraczania w istotną sferę praw

w Konstytucji oraz innych przepisach prawa. Ich wykonywanie z reguły łączy się z czynnikiem *imperium*, a więc możliwością władczego kształtowania sytuacji obywateli”. M. Safjan, *Odpowiedzialność państwa na podstawie artykułu 77 Konstytucji* [w:] *Odpowiedzialność władzy publicznej za szkodę wyrządzoną w świetle artykułu 77 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, pod redakcją M. Wyrzykowskiego, Warszawa 2000, s. 11–12. Natomiast E. Bagińska słusznie wskazuje, iż „właściwe odróżnienie aktów wykonywania władzy publicznej od innych działań zasada się na nadanej wyraźnie przez przepisy prawa możliwości wywierania bezpośredniego skutku na sferze praw, wolności innych osób, które bez tego upoważnienia normatywnego byłoby nielegalne”. E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 244. Z kolei Z. Banaszczyk podnosi, że wykonywanie *imperium* ma „miejsce w tych przypadkach, w których władza publiczna posiada kompetencje do stosowania swych uprawnień wobec innych podmiotów. Tym samym władza publiczna, w celu samodzielnego kształtowania sytuacji jednostki dysponuje silniejszymi uprawnieniami niż jednostka, co wyraża się w powszechnie akceptowanej i stanowiącej istotę prawa publicznego zasadzie braku równorzędności stron, charakterystycznej dla stosunków zawierających element działalności zwierzchniej państwa”. Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2012, s. 105.

i wolności człowieka, obowiązek ten wynika nie dość, że z art. 31 ust. 3 oraz art. 41 ust. 1 Konstytucji, to nadto jeszcze z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Podstawowe regulacje dotyczące opieki psychiatrycznej, w tym i hospitalizacji, zawiera powoływana już ustawa z 19 VIII 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego. Teza sformułowana w głosowanym wyroku razi tym bardziej, iż została sformułowana w oparciu o stan faktyczny dotyczący, jak się zdaje, przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej. Można stwierdzić, że w psychiatrii najczęściej w porównaniu do reszty dziedzin medycyny dochodzi do wykonywania władzy publicznej. Wskazać należy na dwie grupy działań szpitala psychiatrycznego, które zaliczyć należy do czynności władczych: 1) realizujące orzeczenia sądów oraz 2) wynikające z kompetencji szpitala do samodzielnego postępowania. Do pierwszej z nich należy wykonywanie orzeczonych przez sąd karny izolacyjnych środków zabezpieczających¹⁴, przeprowadzanie obserwacji psychiatrycznej na zlecenie organu procesowego, hospitalizacja na podstawie postanowienia sądu opiekuńczego wydanego w oparciu o art. 29 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Do drugiej z wymienionych grup należy przyjęcie osoby chorej psychicznie bez zgody na leczenie (art. 23 ust. 1), przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi na obserwację w celu ustalenia, czy jest chora psychicznie (art. 24 ust. 1), przymusowe leczenie osoby chorej psychicznie przyjętej bez zgody (art. 33), zastosowanie przymusu bezpośredniego wobec pacjenta szpitala (art. 18). W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody stanowi bardzo dotkliwą ingerencję w jej prawa i wolności. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 16 III 2012 r.¹⁵, odnosząc się do orzeczeń sądu opiekuńczego kontrolujących zasadność przyjęcia do tego szpitala: „Ponieważ orzeczenia wydawane w tym trybie wkraczają bezpośrednio w sferę wysoko chronionych dóbr osób przyjętych do szpitala bez ich zgody, przepisy ustawy

¹⁴ Art. 200–205 kodeksu karnego wykonawczego.

¹⁵ Sygn. IV CSK 373/11, LEX nr 1169841.

o ochronie zdrowia psychicznego, jako przepisy szczególne, powinny być wykładane ściśle, a naczelną dyrektywą działania sądów winien być wymóg celowości orzeczenia z punktu widzenia dobra i interesu osoby, której postępowanie dotyczy (patrz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 14 II 1996 r., II CRN 201/95, nie publ., 12 II 1997 r., II CKU 72/96, OSNC 1997/6-7/84, 27 II 2008 r., III CSK 318/07, nie publ., 16 IV 2009 r., nie publ.). W doktrynie podnosi się konieczność uznania wyżej przedstawionych działań szpitala za wykonywanie władzy publicznej¹⁶, albowiem w przeciwnym razie postępowanie to musiałoby być zakwalifikowane jako bezprawne. Powyższe ustalenia wprost przeczą twierdzeniom zawartym w tezie głosowanego wyroku. Jednocześnie trudna do zrozumienia jest okoliczność, iż stanowisko to Sąd Apelacyjny sformułował wobec hospitalizacji psychiatrycznej, więc w odniesieniu do przypadków, w których najczęściej dochodzi do wykonywania władztwa publicznego wobec pacjenta. Razi to tym bardziej, iż analiza obowiązujących przepisów dotyczących ochrony zdrowia psychicznego w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku oczywiście sprzecznego z poglądem Sądu Apelacyjnego w Katowicach.

Odnosząc się do przedawnienia roszczenia dochodzonego przez powoda – co było zasadniczym powodem oddalenia pozwu – rację należy przyznać Sądowi Apelacyjnemu, iż zarzut ten musi być rozpatrywany w oparciu o przepisy art. 442 k.c.¹⁷ Jednocześnie sam fakt przedawnienia

¹⁶ J. Ciechorski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza szpitala psychiatrycznego za działania władze na podstawie art. 417 k.c.*, PiM 2/2015, tenże, *Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 marca 2013 r.*, sygn. I ACa 852/12, PiM 3–4/2014, B. Janiszewska, A. Wnukiewicz-Kozłowska, *O odszkodowawczych aspektach hospitalizacji psychiatrycznej*, PiM 2/2016, s. 29–57, N. Karczewska-Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018, s. 378–379, odmiennie Z. Banaszczyk, *O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych*, PiM 4/2015.

¹⁷ Jak bowiem stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 V 2014 r. (sygn. V CSK 332/13, LEX nr 1491263), w przypadku zgłoszenia 10 VIII 2007 r. i podniesienia przez pozwanego zarzutu przedawnienia „sąd musi ocenić, czy biorąc pod uwagę przepisy k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 10 sierpnia 2007 r. roszczenie powoda uległo do dnia 10 sierpnia 2007 r. już przedawnieniu, czy też termin, tak liczonego przedawnienia, jeszcze nie upłynął. Roszczenie jest przedawnione w rozumieniu art. 2 (ustawy z 2007 r. nowelizującej kodeks cywilny – dopisek glosatora), jeżeli do dnia 10 sierpnia 2007 r. nie tylko upłynął termin 10 lat określony w art. 442 § 1 zdanie drugie k.c., ale również przed tą datą ujawniła się szkoda (roszczenie stało się wymagalne), gdyż wówczas mają zastosowanie przepisy

roszczenia nie oznacza *eo ipso*, że musi ono ulec oddaleniu. Sąd orzekający powinien również ocenić skorzystanie z tego zarzutu w świetle art. 5 k.c. Wobec czego mogło się okazać, iż podniesienie zarzutu przedawnienia okazałoby się nadużyciem prawa w rozumieniu powołanego przepisu. Wydaje się, że również powinien być brany pod uwagę stan psychiczny powoda przy ocenie zastosowania klauzul generalnych z art. 5 k.c. Jak trafnie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 XII 2013 r.¹⁸, „Choroba psychiczna poszkodowanego w określonych sytuacjach może uzasadniać uznanie podniesionego zarzutu przedawnienia za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”. Z uzasadnienia wyroku nie wynika, ażeby Sąd Apelacyjny rozważał ten aspekt podniesionego zarzutu przedawnienia, a wydaje się, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy miało to duże znaczenie.

Reasumując powyższe uwagi, nie mogę zaakceptować stanowiska Sądu Apelacyjnego z uwagi na pobieżność dokonanych ocen.

Bibliografia

- E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006
- Z. Banaszczyk, *O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych*, Prawo i Medycyna 4/2015
- Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2012
- J. Ciechorski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza szpitala psychiatrycznego za działania władcze na podstawie art. 417 k.c.*, Prawo i Medycyna 2/2015

dotychczasowe, a nie art. 4421. Natomiast, jeżeli do dnia 10 sierpnia 2007 r. upłyne tylko termin art. 442 § 1 k.c. zdanie drugie k.c., a nie ujawni się jeszcze szkoda, to w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 80, poz. 538) roszczenie jest jeszcze nieprzedawnione według przepisów dotychczasowych, a więc ma zastosowanie art. 4421 k.c. (przy szkodzie na osobie art. 4421 § 3 k.c.)”.

¹⁸ Sygn. I ACa 697/13, LEX nr 1438334.

- J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 marca 2013 r., sygn. I ACa 852/12*, Prawo i Medycyna 3–4/2014
- B. Janiszewska, A. Wnukiewicz-Kozłowska, *O odszkodowawczych aspektach hospitalizacji psychiatrycznej*, Prawo i Medycyna 2/2016
- N. Karczewska-Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018
- M. Safjan, *Odpowiedzialność państwa na podstawie artykułu 77 Konstytucji [w:] Odpowiedzialność władzy publicznej za szkodę wyrządzoną w świetle artykułu 77 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2000

Summary

Gloss to the judgment of the Court of Appeal in Katowice of 26/06/2015, I ACa 336/15

Compensation liability for the harm inflicted on the patient by the hospital before the health care reform of 1998 bears the State Treasury, not the healing entity arising from the transformation of the then hospital. At that time, doctors (medical staff) were treated like public officials, and the responsibility of the Treasury was paid uniformly for the scope of the empire as well as the dominium. It is not allowed to mix the contemporary nature of medical care with statements based on the provisions from the date of damage. It is necessary to apply the provisions from the time of the event causing the damage. However, even in the current legal situation, you can not be admitted to a psychiatric hospital as a service activity (it is not permissible to deprivation of liberty or direct coercion), but only as public authority. Such placement without consent is not only in the interest of the person, but also in the public interest.