



HIPOKRATES PRZED SĄDEM

WSPÓŁCZESNE WYZWANIA PRAWA MEDYCZNEGO

Tom I

red. Katarzyna Klimas



HIPOKRATES PRZED SĄDEM
Współczesne wyzwania prawa medycznego
TOM I
red. Katarzyna Klimas

Wrocław 2018

Redakcja naukowa

Katarzyna Klimas

Skład, łamanie tekstu i grafika okładki

Damian Klimas

Zdjęcie w tle grafiki

R. Mansour CC BY flickr.com

Wydawca

Oficyna Prawnicza A. Haręza i wspólnik sp. j.

Niniejsza pozycja stanowi monografię naukową. Każdy z rozdziałów został poddany podwójnej ocenie recenzentów.

Recenzenci

prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

dr Anna Zalesińska

dr Dariusz Jagiełło

dr Mariusz Nawrocki

dr Konrad Lipiński

dr Tomasz Bakalarz

Stan prawny 31 lipiec 2017 r.

ISBN 978-83-62832-14-9

Ilość znaków w książce: 256 980

Ilość arkuszy wydawniczych: 6,43

Spis treści

1.	Wykaz skrótów	4
2.	Słowo wstępne	7
3.	<i>Anna Kuchciak</i> Rozdział 1. Konstytucyjny obowiązek władz publicznych do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej osobom w podeszłym wieku w kontekście starzenia się ludności	8
4.	<i>Katarzyna Urbanowicz, Magdalena Bętkowska</i> Rozdział 2. Przesłanki zmiany płci w Polsce i wybranych państwach ..	27
5.	<i>Magdalena Wolska, Stanisław Kwiatkowski</i> Rozdział 3. Wybrane aspekty błędu medycznego w świetle prawa i medycyny – case study	46
6.	<i>Paulina Szymańska vel Szymanek</i> Rozdział 4. Odpowiedzialność cywilna lekarza w przypadku zabiegów z medycyny estetycznej	62
7.	<i>Adrian Borys</i> Rozdział 5. Outsourcing IT elektronicznej dokumentacji medycznej i jego wpływ na tajemnicę lekarską	76
8.	<i>Anna Ślęfarska</i> Rozdział 6. Odpowiedzialność farmaceuty za przestępstwo nieudzielenia pomocy	89
9.	<i>Dobrosława Tomzik</i> Rozdział 7. Odpowiedzialność dyscyplinarna lekarza- członka Wojewódzkiej Komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych	102

Wykaz skrótów

1. Źródła prawa

- BGB - Bürgerliches Gesetzbuch z dnia 18 sierpnia 1896 r. (t.j. z 2.1.2002 r. BGBl. I s. 42, 2909; 2003 I, s. 738 ze zm.).
- k.e.a. - Uchwała Nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22 stycznia 2012 r. w sprawie przyjęcia Kodeksu Etyki Aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej
- k.e.l. - Uchwała Nadzwyczajnego li Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r. w sprawie Kodeksu Etyki Lekarskiej
- k.c. - Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.).
- k.k. - Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1600 ze zm.).
- k.p. - Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 917 ze zm.).
- k.p.c. - Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1360 ze zm.).
- k.p.w. - Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 475 ze zm.).
- Konstytucja RP - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
- u.d.l. - Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 160 ze zm.).
- u.i.l. - Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 168 ze zm.).
- u.p.f. - Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2211 ze zm.).
- u.p.p. - Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzecznika Praw Pacjenta (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1318 ze zm.).
- u.p.r.m. - Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (t. j. Dz. U. z 20017 r., poz. 2195 ze zm.).

- u.s.p. - Ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 916 ze zm.).
- u.z.f. - Ustawa z dnia 9 lutego 2018 r. o zawodzie fizjoterapeuty (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 505 ze zm.).
- u.z.l. - Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 617 ze zm.).
- u.z.p. - Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 123 ze zm.).

2. Organy i instytucje

- ETPCz - Europejski Trybunał Praw Człowieka
- NIL - Naczelna Izba Lekarska
- NRL - Naczelna Rada Lekarska
- NSL - Naczelny Sąd Lekarski
- SO - Sąd Okręgowy
- SA - Sąd Apelacyjny
- SN - Sąd Najwyższy
- TK - Trybunał Konstytucyjny
- WHO - Światowa Organizacja Zdrowia

3. Publikatory i czasopisma

- AMSiK - Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii
- CZPKiNP - Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
- KPP - Kwartalnik Prawa Prywatnego
- KPP - Kwartalnik Prawa Publicznego
- Legalis - System Informacji Prawnej Legalis
- LEX - System Informacji Prawnej LEX
- MP - Monitor Prawniczy
- NP. - Nowe Prawo
- OSN - Orzecznictwo Sądu Najwyższego
- OSNCP - Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna
- OSP - Orzecznictwo Sądów Polski

OSPika	- Orzecznictwo Sądów Powszechnych i Komisji Arbitrażowych
OTK	- Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PiM	- Prawo i medycyna
PiP	- Państwo i Prawo
PN	- Przegląd Notarialny
PS	- Przegląd Sądowy
RPEiS	- Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny
SI	- Studia Iuridica
SPP	- Studia Prawa Publicznego
WPP	- Wojskowy Przegląd Prawniczy
ZNUJ	- Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

4. Inne skróty

art.	- artykuł
Dz. U.	- Dziennik Ustaw
n.	- następne
niepubl.	- niepublikowany
nr	- numer
poz.	- pozycja
przyp.	- przypis
pkt	- punkt (-y)
red.	- redakcja
s./ p.	- Strona (-y)
t.	- tom
t. j.	- tekst jednolity
tłum.	- tłumaczenie
ust.	- ustęp
z.	- zeszyt
zb.	- zbiór
zd.	- zdanie
zob.	- zobacz

Słowo wstępne

Szanowni Państwo,

w imieniu szacownego grona Autorów, oddaję w Państwa ręce monografię naukową autorstwa młodych naukowców podejmujących się niełatwego zadania omówienia problematyki odpowiedzialności osób wykonujących zawody medyczne na gruncie przepisów prawa cywilnego, karnego, prawa pracy, pragmatyk zawodowych oraz zasad etyki. Niniejsze zagadnienia stanowią przedmiot nieustającej dyskusji doktrynalny nauk prawnych oraz rozważań sądów powszechnych i dyscyplinarnych podejmowanych ilekroć judykatura staje przed wyzwaniem rozstrzygnięcia tak skomplikowanych i istotnych kwestii jak przypisanie winy czy ustalenia związku przyczynowego w zakresie zdarzeń medycznych. Stąd też problematyka pozostaje wciąż aktualna, wobec czego Studenckie Koło Naukowe Prawa Biomedycznego działające na Uniwersytecie Wrocławskim uczyniło ją tematyką dwóch konferencji naukowych: Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Hipokrates przed sądem. Odpowiedzialność cywilna, karna i dyscyplinarna lekarza”, która odbyła się na Uniwersytecie Wrocławskim w dniu 17 kwietnia 2015 r. oraz II Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Hipokrates przed sądem”, która odbyła się na Uniwersytecie Wrocławskim w dniu 26 maja 2017 r.

Niniejsza monografia będąca wynikiem prac badawczych i naukowych młodych naukowców, zarówno studentów, jak i doktorantów, zaprezentowanych podczas wskazanych wyżej wydarzeń, stanowi kompleksowe opracowanie zagadnień związanych z odpowiedzialnością cywilną, karną, pracowniczą oraz zawodową osób wykonujących zawody medyczne. Publikacja, ze względu na różnorodność tematyczną poszczególnych rozdziałów, stanowi cenną pozycję zarówno dla prawników, jak i lekarzy.

Ufam, że niniejsza monografia spełni Państwa oczekiwania, stanowiąc źródło wiedzy lub inspiracji dla podejmowania pracy naukowej i badawczej.

Redaktor

Rozdział 1. Konstytucyjny obowiązek władz publicznych do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej osobom w podeszłym wieku w kontekście starzenia się ludności

Anna Kuchciak¹, Uniwersytet Wrocławski

Streszczenie: Artykuł 68 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zobowiązuje władze publiczne do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej osobom w podeszłym wieku (obok dzieci, ciężarnych kobiet i osób niepełnosprawnych). Wobec postępującego procesu starzenia się ludności i konieczności podjęcia perspektywicznych przedsięwzięć, regulacja ta zasługuje na szczególną uwagę. Niniejszy artykuł naświetla konstytucyjne podstawy oraz zawiera lapidarny przegląd przepisów ustawowych, rozwijających nakaz ustrojodawcy. Pokrótkce zostały przedstawione również inne legislacyjne (oraz pozalegisłacyjne) rozwiązania, które pośrednio odnoszą się do kwestii zdrowia seniorów.

Summary: Article 68 (3) of The Constitution of the Republic of Poland obliges public authorities to ensure special health care to advanced age persons (apart from children, pregnant women, handicapped people). In view of the ongoing ageing of society and the necessity to engage in forward-looking enterprises, this provision deserves special attention. This article highlights the constitutional basis and contains a concise overview of laws which elaborate the dictates of the constitutional legislator. In the article are also briefly presented other legislative and non – legislative solutions, which indirectly relate to the issue of the health of seniors.

Słowa kluczowe: szczególna opieka zdrowotna, osoby w podeszłym wieku, starzenie się ludności

1. WPROWADZENIE

Ochrona zdrowia jest obszarem szczególnie inspirującym do spontanicznego zestawiania oczekiwań o jej funkcjonowaniu z realiami, które nie zawsze są odzwierciedleniem życzeniowego myślenia. Ta swoista konfrontacja wyobrażeń ze stanem rzeczywistym jest *differentia specifica* kwestii fundamentalnych dla każdej istoty ludzkiej, jaką jest bezsprzecznie zdrowie. Zwyczajna *empiria* pozwala każdemu na wypracowanie zarówno konstruktywnych i zdroworozsądko-

¹ Doktorantka w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

wych postulatów, jak i tych nieco bardziej odrealnionych, nakierowanych na optymalizację systemu ochrony zdrowia, kształtowanego przez ustawodawcę. Zadaniem racjonalnego prawodawcy jest wdrażanie ulepszających rozwiązań, jednakże trudność tkwi przede wszystkim w ich selekcji, bowiem najczęściej ze względu na czysto finansowe powody nie jest możliwe uwzględnienie wszystkich wskazań – zarówno tych społecznych wytycznych, ale przede wszystkim rekomendacji specjalistów z rozmaitych dziedzin naukowych. Trudno nie ulec perswazji - jeśli argumenty opierają się na jakimś cierpieniu (fizycznym i psychicznym) czy mniej dotkliwym dyskomforcie – i zakwestionować, a tym bardziej odrzucić jakiegokolwiek z uzasadnionych oczekiwań. Co oczywiste, ich redukcję wymuszają głównie bariery ekonomiczne, które rzutują na podejmowane przez organy władzy publicznej decyzje.

Przybierającym na znaczeniu wyzwaniem są postępujące przeobrażenia demograficzne, wśród których na pierwszy plan wysuwa się starzenie się ludności - w uproszczeniu można je określić jako wzrost udziału procentowego osób starszych w ogólnej populacji. Wymaga to wszechogarniających zmian adaptacyjnych, a priorytetem naznaczony jest właśnie system ochrony zdrowia, jako że w starszym wieku wzrasta zapotrzebowanie na usługi medyczne. Kreowanie różnokierunkowej polityki zdrowotnej nie może opierać się na selektywnym doborze czynników, marginalizującym priorytety wymagające bezzwłocznego rozwiązania – jakim z pewnością jest starzenie się ludności. Z następstwami rozstrzygnięć organów władzy publicznej mierzymy się podczas codziennego kontaktu z różnymi ogniwami systemu ochrony zdrowia, którego podstawy opierają się na ustawodawstwie zwykłym, dlatego też ta działalność prawotwórcza bezsprzecznie jest przedmiotem wnikliwego zainteresowania przedstawicieli doktryny i praktyków. Kształt regulacji ustawowych wyznaczony jest jednak rozwiązaniami przyjętymi w ustawie zasadniczej, która jako najwyższe prawo określa chronione wartości – w katalog ten wpisane jest zdrowie².

²Mając na względzie problemy z definicyjnym ujęciem zdrowia, które w wielu przypadkach bazowałoby zapewne na subiektywnych zapatrywaniach, należy przywołać rozumienie tego pojęcia według Światowej Organizacji Zdrowia – chociaż definicja ta również nie wykazuje się precyzyjnością. Z Preambuły Konstytucji WHO (Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia z dnia 22 lipca 1946 r.; Dz.U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477 ze zm.) wynika, iż zdrowie: „jest stanem zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby lub ułomności”. Fragment ten – mimo swojej specyfiki wynikającej z nieostrości - jest często przytaczany w opracowaniach dedykowanych zdrowiu i jego ochronie. Znamienne jest dalsze stwierdzenie wyartykułowane w tym uroczystym wstępie: „Korzystanie z najwyższego, osiągalnego poziomu zdrowia jest jednym z podstawowych praw każdej istoty ludzkiej bez różnicy rasy, religii, przekonań politycznych, warunków ekonomicznych lub społecznych”.

2. ZARYS KONSTYTUCYJNEGO UJĘCIA OCHRONY ZDROWIA. ZAPEWNIENIE SZCZEGÓLNEJ OPIEKI ZDROWOTNEJ WYBRANYM KATEGORIOM PODMIOTÓW

Na mocy art. 68 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia, z kolei ust. 2 tego artykułu gwarantuje obywatelom równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej. Przywołany artykuł rozbudowany jest ponadto o kolejne ustępy (ust. 3-5), jednakże to wyjściowe przepisy (a zwłaszcza prawo do ochrony zdrowia) zostały wnikliwie omówione w literaturze przedmiotu, naświetlając konstytucyjny zrąb unormowań. Również Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie odnosił się do art. 68 Konstytucji RP. Co warto podkreślić, w orzeczeniach uwypuklana jest nierozzerwalność trzech artykułów ustawy zasadniczej³ (a tym samym trzech wartości): poza wymienionym art. 68, do wspomnianej triady zalicza się art. 30 (wskazujący na godność, jako źródło wolności i praw człowieka i obywatela) oraz art. 38 (prawo do ochrony życia, należące do kategorii praw osobistych) - art. 68 jest: „(...) naturalną konsekwencją (...)”⁴ art. 30 i art. 38 Konstytucji RP. Dobitne eksponowanie tego inherentnego zespolenia (godność – życie – zdrowie) bez wątpienia przekłada się na wzmocnienie ochrony zdrowia i tym samym wymusza działania potwierdzające te gwarancje. Wzajemne powiązania są najlepiej widoczne w przypadku ujemnego oddziaływania na któreś z dóbr, co odbija się jednocześnie na pozostałych⁵. Zapewne to oczywista konstatacja, jednakże konsekwentne przywoływanie jej egzekwuje konieczność

³ „(...) nie ulega wątpliwości, że z art. 30 i 38 Konstytucji wyjątkowo mocno, wręcz nierozzerwalnie związany jest art. 68 Konstytucji. Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka. Prawo do ochrony zdrowia, to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone” – fragm. wyroku TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004, nr 1, poz. 1. Orzeczenie to jest niejednokrotnie przywoływane w publikacjach poświęconych prawu do ochrony zdrowia. Wyjaśniono czy też rozjaśniono w nim wiele strategicznych zagadnień. Ponadto, doniosłość tego wyroku wynika z faktu, iż stwierdzenie niezgodności z Konstytucją RP znacznej części przepisów ustawy z dnia 23 stycznia 2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (Dz.U. z 2003 r. Nr 45, poz. 391 ze zm.) wymusiło uchwalenie nowej – ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1793 ze zm.).

⁴ A. Sieńko, *Prawo ochrony zdrowia*, Warszawa 2006, s. 22.

⁵ Gwoli komentarza, warto wyszczególnić następujący fragment: „Trudno sobie wyobrazić poszanowanie i ochronę godności człowieka bez poszanowania i ochrony dóbr dla niego najcenniejszych, do których bez wątpienia należy zdrowie. Jest ono warunkiem sine qua non umożliwiającym prawidłowy rozwój i normalne funkcjonowanie człowieka oraz korzystanie z innych wolności i praw” (W. Lis, *Konstytucyjne gwarancje ochrony zdrowia i dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych*, [w:] *Prawne aspekty cywilizacyjnych zagrożeń zdrowia*, J. Pacian (red.), Warszawa 2016, s. 15). I dalej: „Nie można mówić o ochronie życia, jednocześnie nie gwarantując człowiekowi możliwości ochrony zdrowia. (...) Zdrowie jest więc dobrem, które z jednej strony determinuje możliwość życia, a z drugiej strony – możliwość efektywnego wykorzystania dobra, jakim jest życie” (*ibidem*, s. 15 – 16).

holistycznego spojrzenia na porządek prawny, który w zamyśle racjonalnego prawodawcy jest przecież sumą powiązanych ze sobą norm prawnych, u podłoża których leżą wspólne wartości. Ich kolizja wymaga poświęcenia któregoś z dóbr, co z pewnością nie jest bezproblemowym rozstrzygnięciem.

Powracając do art. 68 Konstytucji RP, umiejscowienie go w podrozdziale „Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne”⁶ implikuje interpretację, a przede wszystkim ustawicznie stymuluje doktrynalną dyskusję na jego temat i bynajmniej nie prowokuje ujednoliconych czy też klarownych opinii. Być może wynika to z natury praw uregulowanych w tym konstytucyjnym podrozdziale i jest to echo z etapu prac nad ustawą zasadniczą, kiedy to ta: „(...) grupa wolności i praw (...) wywoływała najwięcej kontrowersji, gdyż miała swych zwolenników, ale i zadeklarowanych przeciwników”⁷. Postanowienia odnoszące się do wymiernych aspektów egzystencji ludzkiej i warunków bytowania jednostki są w końcu zależne od kondycji państwa (tej gospodarczej, jak i wydolności organizacyjnej struktur), która nie zawsze przecież charakteryzuje się stabilnością, co więcej – jest niezwykle podatna na wszelkiego rodzaju kryzysy lub też zbyt łatwo ulega stagnacji. Działa to na urzeczywistnianie praw ekonomicznych i socjalnych na zasadzie naczyń połączonych, a taka zależność skutkuje niepewnością co do poziomu zaspokojenia potrzeb obywateli. Stąd też zrozumiałość dla dwojakich postaw wobec tego typu uregulowań – z jednej strony chęć objęcia obietnicami lepszych możliwości całego społeczeństwa (zwłaszcza słabszych, z różnych względów), z drugiej jednak strony świadomość ich labilności, powodowanej „płynnością” argumentów finansowych. Złożoność sytuacji wysyła ostrzegawczy sygnał, iż ujęcie jej w ramy prawne może być niełatwym zadaniem, którego jednak podjął się ustrojodawca. Jego zamiysł dotyczący uregulowania sfery ochrony zdrowia przybrał kształt omawianego art. 68 Konstytucji RP. Jednakże: „(...) każdy, kto podejmuje się interpretacji tego przepisu napotyka poważne trudności”⁸.

W obrębie przepisów art. 68 Konstytucji RP, uwzględniając znaczenie treści norm nadanych w procesie stosowania prawa, z wypowiedzianego w nim prawa do ochrony zdrowia wynika prawo podmiotowe⁹. Brak dodatkowych kryteriów

⁶ Rozdział II „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela” Konstytucji RP.

⁷ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 77.

⁸ S. Jarosz – Żukowska, *Prawo do ochrony zdrowia i dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, M. Jabłoński (red.), Wrocław 2014, s. 660. W kontekście możliwych konstatacji wokół art. 68 Konstytucji RP należy wspomnieć, iż S. Jarosz – Żukowska (stawiając we wskazanej publikacji m.in. pytanie o normatywny charakter przywołanego artykułu), dokonała sumarycznego przeglądu i ciekawej analizy poglądów doktryny.

⁹ Tak też np. wyrok TK z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98, OTK 1999, nr 3, poz. 38.

i nieograniczony zakres podmiotowy („każdy”) nakazuje traktować prawo do ochrony zdrowia jako prawo człowieka¹⁰. „Więcej trudności interpretacyjnych (...)”¹¹ stwarza pozostała część art. 68 Konstytucji RP. Ustęp 2 proklamuje równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (przysługujące obywatelom bez względu na ich sytuację materialną), odsyłając do regulacji ustawowej, doprecyzowującej warunki i zakres udzielania świadczeń. Wśród doktrynalnych ujęć (balansujących pomiędzy prawem podmiotowym a normą programową) przebija się uznanie gwarancyjnego charakteru normy¹². Zmierzając do ust. 3 art. 68 Konstytucji RP należy zaznaczyć, że mimo iż to wokół poprzedzających go ustępów kumuluje się uwaga doktryny, nie oznacza to jednak zbagatelizowania pozostałych przepisów (ust. 3-5), które w piśmiennictwie i orzecznictwie w zasadzie traktuje się jako normy programowe¹³. Wyrażona w nich dążność adresowana jest do państwa i zobowiązuje władze publiczne do: „zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku” (ust.3) oraz „zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska” (ust. 4) i w końcu – w myśl ust. 5 - do popierania rozwoju kultury fizycznej (zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży). Punktem wyjścia dla dalszych rozważań skupionych wokół art. 68 ust. 3 jest termin „szczególna opieka zdrowotna”, którą pomocnie objaśnił Trybunał Konstytucyjny, wskazując m.in., na konieczność przystosowania opieki do potrzeb podmiotów wskazanych w tym ustępie, jak i nastawienie jej również na prewencję chorób¹⁴.

¹⁰ Wskazane, by w tym miejscu przywołać następujące spostrzeżenie: „Prawo do ochrony zdrowia stanowi integralną część i konkretyzację szeroko rozumianych praw człowieka. Można również powiedzieć, że jest konsekwencją rozwoju, jaki dokonał się w ostatnim półwieczu w sferze tych praw” (H. Zięba – Załucka, *Pojęcie prawa do ochrony zdrowia*, [w:] *Zasada równości w prawie. Konferencja naukowa, Rzeszów, 16 października 2003 r.*, H. Zięba-Załucka, M. Kijowski (red.), Rzeszów 2004, s. 44).

¹¹ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 5.

¹² B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 409.

¹³ Tak np. M. Bartoszewicz, *Komentarz do art. 68*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, M. Haczowska (red.), Warszawa 2014, s. 136. Potwierdzenie można znaleźć również w orzecznictwie, np. wyrok TK z dnia 22 lipca 2008 r., K 24/07, OTK-A 2008, nr 6, poz. 110.

W ramach pewnego podsumowania (zwłaszcza w kontekście zasygnalizowanych trudności w interpretowaniu ust. 2-5 art. 68 Konstytucji RP), należy wspomnieć o teście, o którym pisze R. Kubiak. Punktem wyjścia jest wyrażone w doktrynie przekonanie o możliwości zdekodowania z norm programowych praw podmiotowych. „Ich odczytanie może nastąpić w oparciu o test, czy możliwe jest naruszenia tych praw” (R. Kubiak, *op.cit.*, s. 6; zob. szerzej: *ibidem*, s. 5 i nast.). Można również przywołać spostrzeżenie M. Dercza, który – na tle uwag o charakterze norm programowych – uważa, iż: „(...) zawartość normatywna przepisu art. 68 ust. 3 Konstytucji ma walor wyższej rangi od tej kategorii przepisów” (M. Dercz, *Konstytucyjne prawo dziecka do szczególnej opieki zdrowotnej*, Warszawa 2016, s. 243; zob. szerzej: *ibidem*).

¹⁴ Fragm. wyroku TK z dnia 22 lipca 2008 r., K 24/07, OTK-A 2008, nr 6, poz. 110: „(...) trudności nasuwają się w związku z próbą określenia, co należy rozumieć przez pojęcie »szczególnej« opieki zdrowotnej, jaka wymienionym osobom ma być gwarantowana. Zdaniem Trybunału podstawowe znaczenie w tym zakresie mają

Przechodząc do wymienionych w ust. 3 czterech grup podmiotów, należy zaznaczyć, że kategoria określona jako osoby w podeszłym wieku stwarza największe problemy definicyjne. O ile pozostałe kategorie podmiotów pojawiają się na gruncie przepisów konstytucyjnych¹⁵, to definitywne wskazanie, od kiedy wiek zasługuje na przymiot podeszłego, jest problematyczne.

Z początkiem 2016 roku weszła w życie ustawa o osobach starszych¹⁶, definiująca osobę starszą jako taką, która ukończyła 60 r.ż. Może być to tłem do refleksji o kategorii osób w podeszłym wieku, stanowiąc podstawowe założenie wyznaczające kierunek dla próby interpretacji i odpowiedzi na pytanie, jakie są relacje pomiędzy tymi dwiema grupami podmiotów. Wiek podeszły z pewnością odnosi się do starości, której próg jest jednak niejednoznacznie pojmowany. W literaturze przedmiotu¹⁷ wskazuje się na gros czynników wpływających na procesy zachodzące w życiu istoty ludzkiej, stąd też możliwość biologicznego, psychologicznego, czy chociażby społecznego ujęcia starości i w ten sposób uści-

trzy następujące ustalenia: po pierwsze, szczególna opieka zdrowotna *ex definitione* wykracza poza sferę zwykłej, powszechnej opieki zdrowotnej, powinna więc być wzmocniona, intensywniejsza lub bardziej wyspecjalizowana, czyli dostosowana do specyfiki potrzeb charakterystycznych dla danej grupy podmiotów, po drugie, celem opieki zdrowotnej jest nie tylko leczenie i rehabilitacja, ale również dbałość o zachowanie zdrowia oraz zapobieganie chorobom, (...) po trzecie, jeśli np. wymóg zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej będzie rozpatrywany w odniesieniu do jego podstawowego komponentu, jakim są świadczenia opieki zdrowotnej, to już na tej tylko płaszczyźnie (w kontekście normy sformułowanej w art. 68 ust. 2 Konstytucji) należy zauważyć, że owa „szczegółność» dotyczyć może (łącznie albo rozłącznie): warunków, zakresu, dostępu lub finansowania tych świadczeń, które przysługują kobietom ciężarnym”. Zakończenie ostatniego zdania przytoczonego fragmentu wyroku wskazuje, iż rozpatrywana przez Trybunał Konstytucyjny sprawa dotyczyła kobiet w ciąży, a konkretnie stosowania wobec nich aresztu tymczasowego.

Wizję szczególnej opieki zdrowotnej można również rozwinąć następująco: „Chodzić tu może zwłaszcza o obowiązek tworzenia i finansowania przez władze publiczne specjalnych poradni dziecięcych i dla kobiet w ciąży w publicznych ośrodkach zdrowia oraz szczególnych warunków dla osób niepełnosprawnych i osób starszych, a z drugiej strony o stworzenie odpowiedniej regulacji prawnej dotyczącej urlopów, zasiłków, rent inwalidzkich oraz funduszy dla osób niepełnosprawnych, czy starszych” (B. Banaszak, M. Jabłoński, J. Boć, *Komentarz do art. 68, pkt III [w:] Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, J. Boć (red.), Wrocław 1998, s. 127).

¹⁵ Śasiadujący z omawianą jednostką redakcyjną, art. 69 Konstytucji RP, operuje wyrażeniem „osoba niepełnosprawna”, wskazując równocześnie na przepisy rangi ustawowej, którymi w tym przypadku będzie ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 2046 ze zm.). W słowniczku ustawowym znajduje się definicja niepełnosprawności - pojęcie to oznacza „trwałą lub okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy” (art. 2 pkt 10 tejże ustawy); zgodnie z art. 1, osobami niepełnosprawnymi są te osoby, których niepełnosprawność potwierdzona została uzyskaniem jednego z orzeczeń wskazanych w pkt 1-3 tego artykułu. Dalej, rozumienie wyrażenia „kobieta ciężarna” – zgodnie ze wskazówkami doktryny i orzecznictwie – można oprzeć o art. 71 ust. 2 Konstytucji RP i uznać, że jest to kobieta przed urodzeniem dziecka. Dosyć rozbudowany art. 72 Konstytucji RP odnosi się z kolei do ochrony praw dziecka - na kanwie ustawy zasadniczej można utożsamiać dziecko z osobą niepełnoletnią, co pozostaje w zgodzie z powszechnym odbiorem tego pojęcia.

¹⁶ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o osobach starszych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1705) dalej: u.o.s.

¹⁷ Szerzej, np. B. Szatur – Jaworska, *Ludzie starzy i starość w polityce społecznej*, Warszawa 2000, s. 34 i nast.

ślenia jej zaczątku. W przypadku każdej jednostki byłaby to zapewne dyskrecyjna decyzja. Jednakże na kazuistyce trudno byłoby opracować uniwersalne rozwiązania, stąd też uogólnienia poprzez - nieaklamacyjne - przyjmowanie wieku kalendarzowego (choć w obrębie tematyki ochrony zdrowia bardziej adekwatne wydaje się biologiczne postrzeganie starości). Przyjmując metrykalny wyznacznik starości, formułuje się kwestia ustalenia denotacji pojęcia i ulokowania podeszłego wieku na „osi czasu”. *Adiectivum* jaki dodano do wieku sugeruje stopniowalność, oddającą stopień zaawansowania procesu, jednakże ta periodyzacja również nie ma sztywnych granic, oscylując wokół różnych przedziałów, a ponadto podgrupy określane są niejednolicie. Co więcej, określenia te stosowane są nieraz zamiennie (nie tylko w mowie potocznej), np. wczesna/późna starość, starczy/sędziwy wiek, itp. Można więc wysunąć dopuszczalny wniosek, że zakres pojęcia osoba w podeszłym wieku jest co najmniej podrzędny do funkcjonującej w porządku prawnym definicji osoby starszej, jeśli nawet nie równoważny. Trudno w tym względzie o jednoznaczną odpowiedź¹⁸, wydaje się jednakże, że zamysł ustrojodawcy obejmował już próg starości. Być może to nieco truistyczne stwierdzenie, ale nawet sprecyzowanie punktu wyjścia dla tak niedookreślonego zwrotu, którego desygnatom - według ustrojodawcy - należy się szczególna troska, jest pewnym uformowaniem wyobrażenia o tej kategorii podmiotów. W związku z tym, w ramach – *nomen omen* – diagnozy potrzeb zdrowotnych, z których wynika przecież realizacja obowiązku wywiezionego bezpośrednio z art. 68 ust. 3 Konstytucji RP, zostanie esencjonalnie zarysowana sytuacja osób powyżej 60 r.ż.

3. SYTUACJA ZDROWOTNA OSÓB STARSZYCH - WYBRANE ASPEKTY PRAWNE I PRAKTYCZNE

Interdyscyplinarne opracowania oraz statystyka publiczna unaoczniają, jak newralgicznym obszarem w starzejącym się społeczeństwie jest problematyka zdrowotna. Nie dość, że jest to bardzo szerokie zagadnienie, to dodatkowo jego elementy są ze sobą skorelowane i rzutują na pozostałe sfery życia – oddaje to zarówno złożoność, jak i doniosłość tego zagadnienia. Kryteria biologiczne wydają się najlepiej wprowadzać do takiego wymiaru starzenia się, rozumianego –

¹⁸ Należy nadmienić, że w doktrynie pojawiają się pewne sugestie, np. wg B. Banaszaka, osoby w podeszłym wieku można utożsamiać z osobami „po osiągnięciu wieku emerytalnego”, w nawiązaniu do poprzedzającego art. 67 ust. 1 Konstytucji RP (B. Banaszak, *op.cit.*, s.412). Przez wiele lat w Polsce ta granica wiekowa była utrwalona, następnie – od 2013 r. – wydłużono powszechny wiek emerytalny. Nie tak dawno urealnione zostały plany jego obniżenia (ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. z 2017 r., poz. 38).

w uproszczeniu – jako fizjologiczne zmiany zachodzące w tym procesie, dyktowane genetycznymi uwarunkowaniami. Mechanizmy degeneracyjne (od komórek poprzez narządy) skutkują globalnie na cały organizm. Zmniejsza się odporność, *ergo* zwiększa się podatność na choroby¹⁹. To prosta droga do współwystępowania przewlekłych chorób²⁰ (ich liczba rośnie wraz z wiekiem²¹), a tym samym do przyjmowania wielu leków jednocześnie (nie trudno wyciągnąć wniosków o możliwych niepożądanych skutkach polipragmazji). Dochodzi do tego obniżona sprawność fizyczna, która w następstwie mniej mobilnego trybu życia i bez odpowiednio ukierunkowanej aktywności ruchowej, może nadal podupadać. Nie można pomijać pogorszenia funkcji poznawczych, utrudniających codzienne funkcjonowanie i przyczyniających się chociażby do wypadkowości. Wymienione (oraz szereg pozostałych) dolegliwości i zaburzenia przekładają się na niesamodzielność osób starszych, co z kolei może wywołać następstwa na płaszczyźnie psychologicznej. Składowe sytuacje wzajemnie się implikują, tworząc swoisty *circulus vitiosus*, będące wyzwaniem dla geriatry i całego systemu opieki zdrowotnej. Położenie osób starszych zostało ukazane w licznych dokumentach, a na bazie szczegółowych analiz opracowano wieloaspektowe wnioski i zalecenia, których wdrożenie ma dostosować standardy działania wobec tej grupy populacji w zakresie opieki zdrowotnej²². Syntetyzując, położono nacisk

¹⁹Na podstawie i szerzej: R. Błaszczak, A. Cieślak – Skubel, T. Kostka, *Starość nie jest chorobą*, [w:] *Zagrożenia zdrowia publicznego. Wybrane zagadnienia*, A. Denys (red.), Warszawa 2014, s. 38 i nast.; Z. Woźniak, *Problemy starzenia się i starości wyzwaniem dla polityki społecznej na progu III tysiąclecia*, RPEiS 1999, nr 1, s. 288-290; B. Szatur – Jaworska, *op.cit.*, s. 39 i nast.

²⁰ Przy czym należy jeszcze: „(...) rozróżniać zmiany pierwotne, wywołane rzeczywistym procesem starzenia się i zmiany wtórne powodowane chorobami, które mogą być odwracalne”, Z. Woźniak, *op.cit.*, s. 288.

²¹ Według notatki Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS), *Ludność w wieku 60+*. *Struktura demograficzna i zdrowie*, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/ludnosc/ludnosc-w-wieku-60-struktura-demograficzna-i-zdrowie>, 24.1.html, 11.07.2016, w oparciu o Europejskie Ankietowe Badania Zdrowia 2014 ustalono, że w przedziale wiekowym 60 – 69 lat średnia liczba chorób przewlekłych lub dolegliwości (na 1 os.) wynosi 3,1, kiedy w grupie 80 lat i więcej wzrasta do 4,5 (*ibidem*, s. 14). Do grona tych chorób i dolegliwości zalicza się przede wszystkim nadciśnienie tętnicze (ponad połowa populacji powyżej 60 r. ż.), następnie bóle dolnej partii pleców (nieco ponad 40%). To „chorobowe podium” zamyka zwyrodnienie stawów, które występuje u ok. 40% seniorów (*ibidem*, s. 14 – 15).

²² Zawierają je np.: załącznik do uchwały nr 238 Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2013 r. w sprawie przyjęcia dokumentu Założeń Długofalowej Polityki Senioralnej w Polsce na lata 2014–2020 (M. P. z 2014 r., poz. 118), dalej: ZDPS; J. Derejczyk, B. Bień, K. Szczerbińska, T. Grodzicki, *Ochrona zdrowia osób starszych*, [w:] *Strategie działania w starzejącym się społeczeństwie. Tezy i rekomendacje*, B. Szatur – Jaworska (red.), Warszawa 2012, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/13541772380.pdf>, 14.06.2016. Niezwykle cenne są również wnioski zawarte w raporcie Najwyższej Izby Kontroli (dalej: NIK) - *Informacja o wynikach kontroli: Opieka medyczna nad osobami w wieku podeszłym* (Warszawa 2015, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,8319,vp,10379.pdf>, 20.07.2016) – w dokumencie tym przyjęto (za WHO), że osobą w podeszłym wieku jest osoba, która ukończyła 65. r.ż.

przede wszystkim na zmiany reorganizacyjne poprzez wzmocnienie pozycji geriatrii, która wśród dyscyplin medycznych wydaje się być deprecjonowana²³, a tym samym wszelkie formy opieki geriatrycznej w obrębie służby zdrowia są niemal niedostrzegalne. Brakuje oddziałów i poradni geriatrycznych, ale przede wszystkim lekarzy po specjalizacji²⁴. Raport NIK tak podsumowuje sytuację: „(...) w Polsce nie ma systemu geriatrycznej opieki medycznej nad osobami w podeszłym wieku”²⁵. Dlatego też działania optymalizacyjne mają obejmować już szczebel edukacji i dokształcania poprzez podniesienie poziomu wiedzy i umiejętności z zakresu tej kompleksowej dyscypliny, aby przede wszystkim wyrównać niedostatek specjalistów z zakresu geriatrii, a także poprawić jakość i skuteczność usług²⁶. Newralgiczne są również argumenty ekonomiczne, które przemawiają za tworzeniem oddziałów geriatrycznych, bowiem koszty leczenia pacjentów po pobycie w tych oddziałach są niższe niż po opuszczeniu oddziału chorób wewnętrznych²⁷. Istniejące zręby trzeba więc intensywnie nadbudowywać, co wiąże się z podjęciem szeregu przedsięwzięć o różnym charakterze, których rozpoczęcia nie można jednak dłużej prolongować.

Niedawne działania legislacyjne wydają się korespondować z wymagającą poprawy obecną sytuacją osób starszych w zakresie ochrony ich zdrowia, a zwłaszcza ze szczególnymi potrzebami, uzewnętrznianymi na tym etapie życia. Nie można z pewnością mówić o kompleksowym ich zaspokojeniu w następstwie wprowadzenia stosownych rozwiązań prawnych – póki co, dotychczasowa ak-

²³ W wymiarze praktycznym, bowiem formalnie, na mocy § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie określenia priorytetowych dziedzin medycyny (Dz.U. z 2012 r., poz. 1489) geriatria została zaliczona w poczet priorytetowych dziedzin medycyny, wraz np. z chirurgią onkologiczną czy onkologią kliniczną. Niemniej jednak warto nadmienić, że ustawa z 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 844), znana szerzej jako ustawa wprowadzająca tzw. sieć szpitali, nie wymienia geriatrii w ramach profilu systemu zabezpieczenia szpitali I i II stopnia.

²⁴ Na podstawie: *Informacja o wynikach kontroli: Opieka medyczna... op.cit.*, s. 12; ZDPS, s. 12 – 13; J. Derejczyk, B. Bień, K. Szczerbińska, T. Grodzicki, [w:] *op.cit.*, B. Szatur – Jaworska (red.), s. 45 – 46.

Pod koniec sierpnia 2014 roku w Polsce było zaledwie 321 geriatrów (*Informacja o wynikach kontroli: Opieka medyczna... op.cit.*, s. 13), natomiast rok 2014 zamknął się stanem 38 oddziałów geriatrycznych i 853 łóżek – co w porównaniu z rokiem 2010 jest wzrostem z (odpowiednio) 21 i 569 (*Ludność w wieku 60+... op.cit.*, s. 23 – 24). W publikacji GUS pt. *Zdrowie i ochrona zdrowia w 2015 r.* (red. M. Żyra, E. Malesa, Warszawa 2017, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/zdrowie/zdrowie/zdrowie-i-ochrona-zdrowia-w-2015-roku.1.6.html>, 11.07.2017 r., s. 93) znajdują się dane dotyczące ilości łóżek geriatrycznych, które potwierdzają ten wzrostowy trend – w 2015 r. oddziały geriatryczne dysponowały liczbą 1001 łóżek (odnotowano więc wzrost na poziomie na 17,4%).

²⁵ *Informacja o wynikach kontroli: Opieka medyczna... op.cit.*, s. 12

²⁶ ZDPS, s. 16 – 17; J. Derejczyk, B. Bień, K. Szczerbińska, T. Grodzicki *op.cit.*, [w:] *op.cit.*, B. Szatur – Jaworska (red.), s. 49 – 51.

²⁷ *Informacja o wynikach kontroli: Opieka medyczna... op.cit.*, s. 13

tywność ustawodawcza zogniskowała się raczej na wąskim wycinku obszaru wymagającego interwencji. Mimo tej wybiórczości, działania te mogą mieć znacznie szersze oddziaływanie, bowiem wzajemne influencje na płaszczyźnie zdrowotnej potęgują efekt w skali globalnej. Stąd też aprobująca ocena nawet dla przedsięwzięć legislacyjnych ukierunkowanych na fragmentaryczne przeciwdziałanie niekorzystnym konsekwencjom starości w sferze zdrowia.

W kontekście powyższych rozważań, odnotować należy stanowisko ustawodawcy zawarte w nowelizacji²⁸ ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, która nabrała mocy obowiązującej 12 czerwca 2016 r. W uzasadnieniu do projektu²⁹ ustawy *expressis verbis* wskazano na art. 68 ust. 3 Konstytucji RP, do którego lepszego wypełniania przyczynią się wprowadzone regulacje. Zgodnie z dodaną jednostką redakcyjną, art. 43a, świadczeniobiorcom (po ukończeniu 75 r.ż.) przysługuje bezpłatne zaopatrzenie w: leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyroby medyczne. Dotyczy to jednak tylko tych produktów, które znajdują się na tzw. wykazie sporządzonym przez ministra właściwego do spraw zdrowia (dalej: wykaz) i ogłaszanym w drodze obwieszczenia. Kryteria ich doboru zostały wyszczegółowione w art. 43a ust. 2 pkt 1 – 4, a podstawą uzyskania jest recepta wystawiona przede wszystkim przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej oraz pielęgniarkę podstawowej opieki zdrowotnej³⁰. Ustawa przewiduje, iż dofinansowanie z budżetu państwa obejmie część stanowiącą odpłatność świadczeniobiorcy (wskazaną przez art. 6 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy o refundacji). Maksymalne limity wydatków budżetowych w związku z wejściem w życie ustawy zostały ustalone w poszczególnych latach (do 2025 roku) w art. 7 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej – ich sumaryczna kwota w tym okresie wynosi 8274, 6 mln zł. Z kolei na mocy art. 5 ustawy nowelizacyjnej, pierwszy wykaz minister właściwy do spraw zdrowia (dalej: minister) ma ogłosić nie później niż do

²⁸ Ustawa z dnia 18 marca 2016 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 652), dalej: ustawa nowelizacyjna. Wskazana nowelizacja objęła zmianami również następujące ustawy: ustawę z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1536), dalej: ustawa o refundacji; u.z.p. oraz ustawę z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1991 ze zm.).

²⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 261 z dnia 10 lutego 2016 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9C4C919750A78F5BC1257F6300385C0D/%24File/261.pdf>; 20.07.2016.

³⁰ Ponadto, art. 43a ust. 1 do tego grona zalicza lekarza, który posiada prawo wykonywania zawodu, lecz zaprzestał jego wykonywania i wystawił receptę: dla siebie albo dla małżonka, wstępnych lub zstępnych w linii prostej oraz rodzeństwa.

1 września 2016 r.³¹, stąd też w limicie wydatków na rok 2016 widniała kwota 125 mln zł – będzie ona stopniowo i regularnie wzrastała w kolejnych latach (w 2017 r., kwota ta wynosi już 564,3 mln zł). Na mocy art. 7 ust. 2 ustawy nowelizacyjnej wprowadzono mechanizm monitorowania w okresach miesięcznych (co najmniej) wykorzystania rocznych limitów wydatków. Jeżeli zajdą przewidziane przypadki (art. 7 ust. 3 pkt 1-2, art. 7 ust. 4 pkt 1-2 ustawy nowelizacyjnej) minister może wdrożyć mechanizm korygujący, który polega na zmianie wykazu. Wykładając racje wprowadzanych regulacji, projektodawca eksplikował w uzasadnieniu projektu ustawy, iż wskutek znacznych obciążeń finansowych spowodowanych koniecznością przyjmowania wielu leków jednocześnie (jako następstwo typowego dla tego wieku współwystępowania chorób), osoby starsze często odstępują od wykupienia produktów farmaceutycznych, co z kolei może skutkować (w przyszłości) leczeniem szpitalnym, a koszty hospitalizacji ponosiłby Narodowy Fundusz Zdrowia. Ramy tego omówienia wykluczają jednak poruszenie wszystkich aspektów tej złożonej materii nowelizacyjnej, a zwłaszcza przewidywanych skutków wprowadzonych zmian³². Należałoby jednak uwypuklić, że wyciągnięta przed nawias zmian legislacyjnych została wszakże kondycja zdrowotna osób starszych, która (za ich pośrednictwem) powinna ulec poprawie.

Biorąc pod uwagę utrzymanie lub przywracanie sprawności fizycznej seniorów, warto przyrzeć się także ustawie, która nie jest całkowicie dedykowana jedynie osobom starszym - jej projektodawca w założeniach wyraził troskę o bezpieczeństwo wszystkich pacjentów, poprzez uregulowanie zawodu fizjoterapeuty³³. Ustawa o zawodzie fizjoterapeuty weszła w życie 31 maja 2016 r. (jednak jeszcze w okresie *vacatio legis* procedowano jej nowelizację, która ostatecznie nie została uchwalona³⁴). Najdonioślejszym skutkiem u.z.f. jest usamodziel-

³¹ Wykaz ten został podany w obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 19 sierpnia 2016 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. Urz. Min. Zdr. z 2016 r., poz. 79).

³² Temat ten wszczął debatę, której intensywność była zauważalna zwłaszcza w trakcie prac komisji sejmowych, jak i w czasie czytań na posiedzeniach plenarnych Sejmu, kiedy to analizowano pochlebne idee przyświecające tej regulacji, ale również podjęto wątek jej mankamentów, które zostały wyartykułowane już na etapie konsultacji publicznych.

³³ Uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zawodzie fizjoterapeuty oraz o zmianie innych ustaw, druk sejmowy nr 3001 z dnia 22 lipca 2014 r.; <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/4C6709B304CD31C3C1257DB00036B629/%24File/3001.pdf>; 20.08.2016.

³⁴ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodzie fizjoterapeuty, druk sejmowy nr 478 z dnia 9 maja 2016;

nienie zawodu fizjoterapeuty – na mocy art. 2 u.z.f. jest on samodzielnym zawodem medycznym. Pociąga to za sobą szereg innych następstw, przede wszystkim stworzenie samorządu zawodowego fizjoterapeutów, do którego przynależność jest obowiązkowa (art. 3 ust. 1 i 2 u. z. f.). Zapewnia to zachowanie ustalonych standardów wykonywania tej profesji, a jednocześnie – do czego zobowiązuje u.z.f.- „działanie na rzecz stałego podnoszenia kwalifikacji zawodowych przez fizjoterapeutów” (art. 62 ust.1 pkt 3 u.z.f.). Te – przykładowe - regulacje mają zapobiegać dopuszczaniu do wykonywania zawodu osób, które nie posiadają odpowiednich kwalifikacji³⁵, co – jak odnotowano w uzasadnieniu projektu u.z.f. – zdarzało się w poprzednim stanie prawnym. Wprowadzone rozwiązania mają na celu przede wszystkim umożliwić weryfikację kompetencji i utrzymanie wysokiego poziomu profesjonalizmu, co realnie przełoży się również na sytuację seniorów, zwłaszcza, że: „(...) rehabilitacja tej grupy jest niezbędna do utrzymania pełnej sprawności”³⁶.

Pomocną rolę i znaczne wsparcie dla kształtowania polityki zdrowotnej, w tym dla planowanych zmian ustawodawczych, może zapewnić (poprzedzona monitorowaniem) coroczna informacja o osobach starszych, przedstawiana Sejmowi i Senatowi przez Radę Ministrów (art. 5 ust. 1 u.o.s.). Kluczowy jest art. 5 ust. 2 u.o.s., który wskazuje na otwarty katalog przedmiotu informacji – wśród nich wymieniony jest „stan zdrowia i jego uwarunkowania oraz jakość życia związana ze zdrowiem, w tym dostępność do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych” (art. 5 ust. 2 pkt 5). Ustawa o osobach starszych umożliwi regularne pozyskiwanie bieżących danych, które dadzą szeroki pogląd na położenie seniorów. Do czasu wdrożenia u.o.s. podobnym źródłem mogła być statystyka publiczna czy liczne opracowania naukowe w tym temacie, jednakże zobowiązanie Rady Ministrów do cyklicznego przedstawiania informacji o sytuacji tej grupy osób wydaje się być zapowiedzią bardziej natężonego zaangażowania w problematykę. Inicjacyjny dokument – „Informacja o sytuacji

<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/1B38218B1A23BCC3C1257FB000289287/%24File/478.pdf>; 20.08.2016.

³⁵ Obecne warunki wykonywania zawodu wskazują m.in. na posiadanie dyplomu potwierdzającego kwalifikacje (szerzej: art. 13 u.z.f.). Co istotne, dla osób rozpoczynających w zakresie fizjoterapii 5-letnie studia wyższe po 1 października 2017 r., przewidziano obowiązek odbycia 6-miesięcznej praktyki zawodowej, uzyskanie tytułu zawodowego magistra oraz złożenie z pozytywnym wynikiem Państwowego Egzaminu Fizjoterapeutycznego.

³⁶ R. Błaszczak, A. Cieślak – Skubel, T. Kostka, *op.cit.*, [w:] *op.cit.*, A. Denys (red.), s. 43.

osób starszych w Polsce za rok 2015”³⁷ wpłynął do Sejmu³⁸ i Senatu³⁹ w listopadzie 2016 r. Zawiera on część referująca stan zdrowia osób starszych oraz opieki zdrowotnej, z których wyłania się zarysowany już wcześniej – dodatkowo potwierdzony detalicznymi opisami – obraz. Newralgiczna jest jednak część zawierająca rekomendacje, sformułowane na bazie opracowanych danych. Odnosnie poprawy stanu zdrowia seniorów, zalecono rozwijanie edukacyjnej oferty kierowanej do osób starszych (uświadamiającej, jak i dotyczącej profilaktyki) oraz podejmowanie działań nakierowanych na poprawę dostępu do programów i badań profilaktycznych oraz przedsięwzięć prozdrowotnych⁴⁰. W obszarze opieki zdrowotnej – w związku z (*par excellence*) odczuwalnym i potwierdzonym w dokumencie niedostatkiem oddziałów geriatrycznych – rekomenduje się ich dalszy rozwój⁴¹. Powiązany z tym jest również brak odpowiedniej liczby praktykujących geriatrów, stąd też zawarto w dokumencie wytyczne dotyczące kształcenia zawodowego w zakresie geriatрії, a także doskonalenia zawodowego personelu, który udziela świadczeń zdrowotnych seniorom⁴². Wskazówki poczynione w odniesieniu do opieki zdrowotnej dotyczyły także m.in. ułatwienia dostępu do świadczeń zdrowotnych⁴³.

Warto jeszcze nadmienić, że w Dzienniku Ustaw z 16 września 2016 r., pod pozycją 1492, zostało ogłoszone rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 sierpnia 2016 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016–2020⁴⁴ (dalej: NPZ lub Program), będące wykonaniem upoważnienia ustawowego z art. 9 ust. 2 ustawy o zdrowiu publicznym⁴⁵. Dla poruszanego obszaru, stanu zdrowia osób starszych, przywołany akt wykonawczy potencjalnie może odegrać zna-

³⁷ *Informacja o sytuacji osób starszych w Polsce za rok 2015*, <http://bip.kprm.gov.pl/download/75/18747/Informacjaosytuacji osobstarszychwPolscezarok2015.pdf>, 14.07.2017.

³⁸ Pismo z 10 listopada 2016 r., druk sejmowy nr 1102. *Informacja o sytuacji osób starszych w Polsce za rok 2015* została rozpatrzona na wspólnym posiedzeniu Komisji Polityki Senioralnej (posiedzenie nr 31) oraz Komisji Polityki Społecznej i Rodziny (posiedzenie nr 59), które odbyło się 7 lutego 2017 r.

³⁹ Pismo z 14 listopada 2016 r., druk senacki nr 340. *Informacja o sytuacji osób starszych w Polsce za rok 2015* została rozpatrzona przez senacką Komisję Rodziny, Polityki Senioralnej i Społecznej na posiedzeniu nr 58, które odbyło się 31 stycznia 2017 r.

⁴⁰ Na podstawie: *Informacja o sytuacji...op.cit.*, s. 350.

⁴¹ Na podstawie: *Ibidem*, s. 351.

⁴² Na podstawie: *Ibidem*.

⁴³ Na podstawie: *Ibidem*.

⁴⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 sierpnia 2016 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016–2020 (Dz.U. z 2016 r., poz. 1492).

⁴⁵ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zdrowiu publicznym (Dz.U. z 2015 r., poz. 1916 ze zm.), dalej: u.z.p.

czącą rolę, bowiem jeden z wyartykułowanych w tym dokumencie celów operacyjnych obejmuje: „Promocję zdrowego i aktywnego starzenia się”⁴⁶. Wykaz zadań służących jego realizacji jest rozbudowany⁴⁷, jednakże w kontekście szczególnej opieki zdrowotnej uwagę zwraca zwłaszcza „dostosowanie systemu opieki zdrowotnej do potrzeb osób starszych” (rozdział IX, zadanie 2), uwzględniające m.in. wielochorobowość i niepełnosprawność, zapobieganie tzw. wielkim zespołom geriatrycznym czy wprowadzające elementy geriatрії do praktyki lekarskiej i pielęgniarzkiej w podstawowej opiece zdrowotnej, *etc.* Nie zagłębiając się w tematykę dotyczącą NPZ (co mogłoby przysłonić wiodącą problematykę tego sygnalizującego omówienia), warto wskazać rozdział XII „Wskaźniki i sposób monitorowania i ewaluacji NPZ”, uszczegóławiający przede wszystkim wysłowne w jego tytule wskaźniki dla poszczególnych celów operacyjnych. Realizacja Programu, którego zarys został przywołany, pozwala wyciągnąć wniosek o zdublowaniu uwagi (nałożenie się zakresów polityki senioralnej i polityki zdrowotnej) na ochronie zdrowia seniorów. Pozytywnym zwieńczeniem tego zainteresowania będzie dopiero efektywne wypełnianie zadań wyznaczonych organom państwowym i samorządowym.

4. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona analiza koncentruje się wokół działań legislacyjnych związanych z obowiązkiem sprawowania szczególnej opieki zdrowotnej wobec osób w podeszłym wieku (starszych). Należy zaznaczyć, że katalog problemów wymagających rozwiązania z pewnością jest szeroki. Biorąc pod uwagę kontekst demograficzny, znaczenie art. 68 ust. 3 Konstytucji RP urasta do rangi strategicznego – nie tylko w wymiarze funkcjonowania podmiotów wyróżnionych we wskazanej jednostce redakcyjnej, ale również dla całego społeczeństwa, w strukturze którego rosnącą grupę tworzą seniorzy.

Wyrażona dwie dekady temu wola ustrojodawcy, aby opieka wobec osób w podeszłym wieku była: „(...) lepsza od opieki powszechnej”⁴⁸, nabiera szczególnej aktualności wobec starzenia się ludności. Priorytetyzacja wymaga zatem, aby działania były wykonywane na *cito*, nie pozwalając zaskoczyć się kulminacji negatywnych następstw procesów demograficznych w obszarze ochrony zdrowia. Artykuł 68 ust. 3 Konstytucji RP, który jest wyznacznikiem dla legislacyj-

⁴⁶ Rozdział II NPZ, cel operacyjny 5.

⁴⁷ Zob. szerzej: rozdział IX NPZ.

⁴⁸ B. Banaszak, M. Jabłoński, J. Boć, *op.cit.*, [w:] *op.cit.*, J. Boć (red.), s. 127.

nych i pozalegisłacyjnych przedsięwzięć władz publicznych na rzecz osób starszych, ukierunkowuje wysiłki państwa na zaspokojenie zwiększonych potrzeb seniorów. Ustawa zasadnicza gwarantuje symetrię wobec specyficznego położenia seniorów, obligując do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej.

BIBLIOGRAFIA

I. Orzecznictwo:

1. wyrok TK z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98, OTK 1999, nr 3, poz.38;
2. wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004, nr 1, poz.1;
3. wyrok TK z dnia 22 lipca 2008 r., K 24/07, OTK-A 2008, nr 6, poz. 110.

II. Literatura:

1. B. Banaszak, M. Jabłoński, J. Boć, *Komentarz do art. 68, pkt III [w:] Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, J. Boć (red.), Wrocław 1998;
2. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012;
3. M. Bartoszewicz, *Komentarz do art. 68, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, M. Haczkowska (red.), Warszawa 2014;
4. R. Błaszczak, A. Cieślak – Skubel, T. Kostka, *Starość nie jest chorobą, [w:] Zagrożenia zdrowia publicznego. Wybrane zagadnienia*, A. Denys (red.), Warszawa 2014;
5. M. Dercz, *Konstytucyjne prawo dziecka do szczególnej opieki zdrowotnej*, Warszawa 2016;
6. J. Derejczyk, B. Bień, K. Szczerbińska, T. Grodzicki, *Ochrona zdrowia osób starszych [w:] Strategie działania w starzejącym się społeczeństwie. Tezy i rekomendacje*, B. Szatur – Jaworska (red.), Warszawa 2012, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/13541772380.pdf>, 14.06.2016.
7. S. Jarosz – Żukowska, *Prawo do ochrony zdrowia i dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, [w:] Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, M. Jabłoński (red.), Wrocław 2014;
8. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014;
9. W. Lis, *Konstytucyjne gwarancje ochrony zdrowia i dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, [w:] Prawne aspekty cywilizacyjnych zagrożeń zdrowia*, J. Pacian (red.), Warszawa 2016;
10. A. Sieńko, *Prawo ochrony zdrowia*, Warszawa 2006;
11. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013;
12. B. Szatur – Jaworska, *Ludzie starzy i starość w polityce społecznej*, Warszawa 2000;
13. Z. Woźniak, *Problemy starzenia się i starości wyzwaniem dla polityki społecznej na progu III tysiąclecia*, RPEiS, 1999, z.1;
14. H. Zięba – Załucka, *Pojęcie prawa do ochrony zdrowia, [w:] Zasada równości w prawie. Konferencja naukowa, Rzeszów, 16 października 2003 r.*, H. Zięba-Załucka, M. Kijowski (red.), Rzeszów 2004.

III. Akty prawne:

1. Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia z dnia 22 lipca 1946 r. (Dz.U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477 ze zm.);
2. Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 2046 ze zm.);
3. Ustawa z dnia 23 stycznia 2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (Dz.U. z 2003 r. Nr 45, poz. 391 ze zm.);
4. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1793 ze zm.);
5. Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1536);
6. Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o osobach starszych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1705);
7. Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zdrowiu publicznym (Dz.U. z 2015 r., poz. 1916 ze zm.);
8. Ustawa z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1991 ze zm.);
9. Ustawa z dnia 18 marca 2016 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 652);
10. Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 38);
11. Ustawa z 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 844);
12. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie określenia priorytetowych dziedzin medycyny (Dz.U. z 2012 r., poz. 1489);
13. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 sierpnia 2016 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016–2020 (Dz.U. z 2016 r., poz. 1492);
14. Uchwała nr 238 Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2013 r. w sprawie przyjęcia dokumentu Założenia Długofalowej Polityki Senioralnej w Polsce na lata 2014–2020 (M. P. z 2014 r., poz. 118);
15. Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 19 sierpnia 2016 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. Urz. Min. Zdr. z 2016 r., poz. 79).

IV. Pozostałe źródła:

1. *Informacja o sytuacji osób starszych w Polsce za rok 2015*, <http://bip.kprm.gov.pl/download/75/18747/InformacjaosytuacjiosobstarszychwPolscezarok2015.pdf>, 14.07.2017;
2. Notatka GUS, *Ludność w wieku 60+. Struktura demograficzna i zdrowie*, Warszawa 2016, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/ludnosc-w-wieku-60-struktura-demograficzna-i-zdrowie,24,1.html>, 11.07.2016;
3. Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Polityki Senioralnej (nr 8), Komisji Zdrowia (nr 9) z dnia 9 marca 2016 r., <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/1167ED34B1897BFDC1257F7D0028C372/%24File/0036508.pdf>, 20.08.2016;
4. Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Polityki Senioralnej (nr 9), Komisji Zdrowia (nr 10) z dnia 16 marca 2016 r., <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/8ADD4219FC3C1D42C1257F8100272B00/%24File/0040308.pdf>, 20.08.2016;
5. Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Polityki Senioralnej (nr 31), Komisji Polityki Społecznej i Rodziny (nr 59) z dnia 7 lutego 2017 r., <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/E7E3CDB8656135A3C12580C8004BB5EE/%24File/0151808.pdf>, 14.07.2017;
6. Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Zdrowia (nr 12), Komisji Polityki Senioralnej (nr 10) z dnia 17 marca 2016 r., <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/B5AD6230CC642A9FC1257F8D00474E2B/%24File/0043508.pdf>, 20.08.2016;
7. Poselski projekt ustawy o zawodzie fizjoterapeuty oraz o zmianie innych ustaw, druk sejmowy nr 3001 z dnia 22 lipca 2014 r.; <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/4C6709B304CD31C3C1257DB00036B629/%24File/3001.pdf>, 20.08.2016;
8. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodzie fizjoterapeuty, druk sejmowy nr 478 z dnia 9 maja 2016; <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/1B38218B1A23BCC3C1257FB000289287/%24File/478.pdf>, 20.08.2016;
9. Publikacja GUS, *Zdrowie i ochrona zdrowia w 2015 r.*, red. M. Żyra, E. Malesa, Warszawa 2017, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/zdrowie/zdrowie/zdrowie-i-ochrona-zdrowia-w-2015-roku,1,6.html>, 11.07.2017;
10. Raport NIK, *Informacja o wynikach kontroli: Opieka medyczna nad osobami w wieku podeszłym*, Warszawa 2015, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,8319,vp,10379.pdf>, 20.07.2016;

11. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 261 z dnia 10 lutego 2016 r.,
<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9C4C919750A78F5BC1257F6300385C0D/%24File/261.pdf>; 20.07. 2016.
12. Sprawozdanie Stenograficzne z 14. Posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 17 marca 2016 r. (drugi dzień obrad), Warszawa 2016,
http://orka2.sejm.gov.pl/StenoIn-ter8.nsf/0/F096068642E4EF81C1257F790059CE10/%24File/14_b_ksiazka_bis.pdf; 20.08.2016;
13. Zapis stenograficzny z posiedzenia Komisji Rodziny, Polityki Senioralnej i Społecznej (58.) w dniu 31 stycznia 2017 r., https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatkomisjeposiedzenia/6976/stenogram/058rpss_egz_2.pdf; 14.07.2017.

Rozdział 2. Przesłanki zmiany płci w Polsce i wybranych państwach

mgr Katarzyna Urbanowicz⁴⁹, mgr Magdalena Bętkowska⁵⁰

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Streszczenie: Celem artykułu jest analiza przesłanek zmiany płci w prawie polskim, zarówno na gruncie obowiązującego stanu prawnego, jak i w świetle zawetowanej ustawy o uzgodnieniu płci, a także w ustawodawstwach wybranych państw (Wielkiej Brytanii, Tajlandii oraz Norwegii). Wskazanie procedur, na podstawie których możliwa jest transpozycja płci, pozwoliło skonstatować, że wypracowanie optymalnego modelu w tym zakresie jest niezwykle trudne. Porównanie aktów prawnych obowiązujących we wskazanych krajach doprowadziło do wniosku, że ustawa o uzgodnieniu płci z 2015 roku stanowi nowoczesną i jednocześnie niezwykle wyważoną regulację.

Summary: The aim of this paper is an analysis of conditions which a person has to fulfill to change sex under the Polish law (both under the present regulation and under the Polish statutory act on sex change which has not come into force) as well as under the regulations in other countries (Great Britain, Thailand and Norway). Procedures presented in this article allow to state that it is very difficult to elaborate an optimal model in this area. Comparison of regulations in abovementioned countries lead to conclusion that Polish statutory act on sex change is being perceived as modern and balanced regulation.

Słowa kluczowe: zmiana płci, ustawa o uzgodnieniu płci, transseksualizm, tożsamość płciowa, Gender Recognition Act

1. WSTĘP

Kwestia dopuszczalności zmiany płci przez osoby transseksualne nie budzi wątpliwości, chociaż rozwiązania zmierzające do urzeczywistnienia tego celu przyjęte w różnych krajach znacznie się od siebie różnią. Coraz częściej procedurę zmiany płci regulują ustawy, wprost wskazując przesłanki konieczne do zmiany płci. W niektórych jednak państwach, w tym również w Polsce, sprawy z tego zakresu rozstrzygane są w drodze wciąż ewoluującego orzecznictwa, niezrządkiem sprzecznego w ramach porządku prawnego danego państwa. W konse-

⁴⁹ Doktorant w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

⁵⁰ Absolwent kierunku prawo na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

kwencji określenie warunków transpozycji płci jest w tych przypadkach o wiele mniej przejrzyste. Najlepszym i najbliższym tego przykładem jest model postępowania przed polskimi sądami. Próba wprowadzenia ustawy dotyczącej poruszonego zagadnienia nie powiodła się, przez co w dalszym ciągu transseksualiści korzystają z dorobku orzecznictwa. Ich sytuacja prawna i społeczna jest wystarczająco trudna, nawet jeśli pominąć brak odpowiednich procedur. Celem niniejszej publikacji jest zaprezentowanie przesłanek umożliwiających zmianę płci w wybranych krajach⁵¹ oraz w Polsce, z uwzględnieniem ustawy z dnia 10 września 2015 r. o uzgodnieniu płci. Przedstawione i następnie porównane zostaną najnowsze, jedne z najbardziej liberalnych regulacji zmiany płci obowiązujące w Wielkiej Brytanii, Tajlandii oraz Norwegii. W najważniejszym zakresie zostaną również opisane niektóre uregulowania prawa międzynarodowego dotyczące praw osób transseksualnych.

2. POJĘCIE I PRZYCZYNY TRANSEKSEXUALIZMU

Wychodząc od istoty zagadnienia, w pierwszej kolejności należy wyjaśnić czym jest transseksualizm, nazywany inaczej zespołem dezaprobaty płci. Zgodnie z opracowaną definicją, transseksualizm należy rozumieć jako pragnienie życia i akceptacji w roli osoby o przeciwnej płci, zwykle związane z żądaniem doprowadzenia ciała za pomocą zabiegów chirurgicznych lub leczenia hormonalnego do postaci możliwie najbardziej zbieżnej z preferowaną płcią⁵². Chodzi zatem o pewną rozbieżność pomiędzy morfologiczno – biologiczną budową ciała a psychicznym poczuciem przynależności do danej płci (mężczyzna uwięziony w ciele kobiety, kobieta uwięziona w ciele mężczyzny)⁵³. Wskazanie przyczyn transseksualizmu nie jest łatwe nawet dla specjalistów w tej dziedzinie. Przyjmuje się, że najistotniejszy wpływ mają dwie zasadnicze grupy czynników: biologiczne (neurofizjologiczne, genetyczne lub endokrynologiczne) oraz psycho-

⁵¹ Wybór państw nie jest przypadkowy – podczas Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Nowe technologie medyczne. Prawo – Etyka – Medycyna”, która odbyła się w dniach 20-21 maja 2016 roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Autorki w swym wystąpieniu przedstawiły procedurę zmiany płci w kilku wybranych krajach europejskich (Wielka Brytania, Szwecja i Niemcy), gdzie kwestia ta jest prawnie uregulowana. Celem niniejszego opracowania jest zbiorcze przedstawienie w szerszym zakresie przesłanek transpozycji płci także w krajach pozaeuropejskich.

⁵² Definicja zawarta w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 <http://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/icd10/pdf/ICD10TomI.pdf>, 12.08.2016; Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 100.

⁵³ K. Imieliński, *Zarys seksuologii i seksiatrii*, Warszawa 1982, s. 253, cyt. za: M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, PiP 1987, nr 7, s. 67, M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS 1996 nr 1, s. 73.

logiczne (nadmiernie bliska relacja dziecka z matką, zaburzenia identyfikacji z płcią w dzieciństwie czy osobowość *borderline*)⁵⁴.

3. MIĘDZYNARODOWE AKTY PRAWNE DOTYCZĄCE OSÓB TRANSSEKSUALNYCH

Akty prawa międzynarodowego często zawierają ogólne postanowienia dotyczące płci człowieka, w szczególności zakazując dyskryminacji ze względu na płeć⁵⁵. Nie tylko w Polsce zauważalne jest gorsze traktowanie osób transseksualnych, co utrudnia im normalne funkcjonowanie w społeczeństwie⁵⁶, potęgując poczucie odrzucenia. Konsekwencją dostrzeżenia takich problemów było stworzenie specjalnych zasad dotyczących traktowania oraz praw osób transpłciowych. Już w roku 1989 Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło zalecenie nr 1117 dotyczące sytuacji osób transseksualnych, zgodnie z treścią którego państwa zostały wezwane do wprowadzenia ustawodawstwa umożliwiającego m. in. prawną zmianę płci⁵⁷. W tym czasie kilka państw europejskich (m. in. Szwecja, Włochy, Niemcy, Holandia) miało już własne regulacje dotyczące zmiany płci, inne wprowadziły je dużo później – Finlandia w 2002 r. oraz Hiszpania w 2007 r.⁵⁸, a kraje takie jak Polska czy Francja nie uregulowały tej kwestii do dzisiaj.

Zasady Yogyakarty⁵⁹ stanowią jedną z najmłodszych regulacji w tym zakresie. Naczelną zasadą, mającą najistotniejsze znaczenie dla osób transseksualnych jest zasada 18 obejmująca ochronę przed nadużyciami medycznymi. Zgodnie z jej treścią „nikt nie może być zmuszany do poddania się jakimkolwiek zabiegom medycznym bądź psychologicznym, procedurom lub testom, lub też być skierowanym do leczenia z uwagi na orientację seksualną albo tożsamość

⁵⁴ Z. Lew-Starowicz, *op. cit.*, s. 100. E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991 – 2008*, [w:] *Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t. 4, K. Ślęzak (red.), Warszawa 2010, s. 19.

⁵⁵ Zob. Art. 14 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. 1993 nr 61 poz. 284); Art. 21 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326/391, 2012/C 326/02).

⁵⁶ Szerzej: R. Grzejszczak, *Transpłciowość a opieka zdrowotna w Polsce – raport z badań*, [w:] *Transpłciowość a opieka zdrowotna w Polsce. Raport z badań*, W. Dynarski, I. Jąderski (red.), Warszawa 2015, s. 9-73.

⁵⁷ Szerzej: P. Pogodzińska, *Tożsamość płciowa w prawie międzynarodowym, Wybrane zagadnienia*, [w:] *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, A. Śledzińska-Simon (red.), Warszawa 2010, s. 132.

⁵⁸ Szerzej: M. Adamczyk, *Prawna regulacja zabiegów zmiany płci w wybranych krajach europejskich*, PS 2009, nr 2, s. 143–153.

⁵⁹ Dokument pod nazwą „Zasady Yogyakarty” został przyjęty przez grono ekspertów w dniach 6-9 listopada 2006 r. <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=dd7c1a3d9d5627da9aea5415e3d07202bfb5925e-d3>, 14.08.2016. R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – zasady dotyczące stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, [w:] *Współczesne wyzwania wobec praw człowieka w świetle polskiego prawa konstytucyjnego*, Z. Kędzia, A. Rost (red.), Poznań 2009, s. 199 i n.; *Idem*, *Zasady Yogyakarty – charakterystyka dokumentu* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009, s. 11 i n.

płciową”⁶⁰. Warto zwrócić uwagę na rangę zaprezentowanej normy, ponieważ nie we wszystkich państwach, w tym obecnie w Polsce, autonomia pacjenta odgrywa tak istotne znaczenie. W praktyce sądy nierzadko odmawiają dokonania sądowej zmiany płci bez dokonania odpowiednich zabiegów korekcyjnych czy rozpoczęcia terapii hormonalnej⁶¹. Z dalszej części Zasad Yogyakarty wynika prawo ofiary do środków ochrony prawnej w przypadku naruszeń praw człowieka ze względu na tożsamość płciową⁶². Jest to istotne, albowiem oprócz stosownego zadośćuczynienia, odpowiednie procedury powinny zagwarantować także nienaruszalność praw człowieka w przyszłości⁶³. W Zaleceniach Komisarza Praw Człowieka Rady Europy⁶⁴ postulowano wykorzystanie Zasad Yogyakarty jako wskazówek do wdrożenia standardów tożsamości płciowej do prawa krajowego. Zalecenia wskazują przede wszystkim na stworzenie szybkich i przejrzystych procedur zmiany płci w odpowiednich aktach i dokumentach, zakaz sterylizacji i przymusowego leczenia, udostępnienie procedur zmiany płci w postaci leczenia hormonalnego, operacji chirurgicznej czy wsparcia psychologicznego. Ponownie podkreślenia wymaga brak wymogu dokonania zabiegu korekcyjnego, a ponadto wytyczna przejrzystych procedur zmiany płci. Jedynie na marginesie wspomnieć należy, że prawa osób transseksualnych stały się przedmiotem licznych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a dotyczyły w głównej mierze dyskryminacji ze względu na płeć⁶⁵.

Zaprezentowane powyżej postulaty zawarte w aktach prawa międzynarodowego zawierają uregulowania potrzebne osobom transseksualnym. Ze względu na brak obowiązku wdrażania do krajowego porządku prawnego zaleceń czy zasad oraz grożących sankcji, niektóre państwa do dzisiaj pozostają głuche na formułowane w nich wskazania.

⁶⁰Tożsamość płciowa została zdefiniowana w preambule Zasad Yogyakarty jako: „głęboko odczuwane wewnętrzne i indywidualne doświadczenie płci społecznej, która może lub nie odpowiadać płci określonej przy urodzeniu, włączając w to osobiste odczucie własnej cielesności (które może prowadzić do modyfikacji wyglądu zewnętrznego lub biologicznych funkcji metodami medycznymi, chirurgicznymi lub innymi) i inne formy wyrażania własnej płciowości przez ubiór, mowę czy maniery.

⁶¹Np. M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej*, PiM 2015, nr 3 s. 58; E. Holewińska-Łapińska, *op. cit.*, s. 83-85.

⁶²Zob. R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – charakterystyka...*, [w:] *op. cit.*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), s. 40.

⁶³Por. *Idem*, *Zasady Yogyakarty – zasady...*, [w:] *op. cit.*, Z. Kędzia, A. Rost (red.), s. 217.

⁶⁴Zalecenia Komisarza Praw Człowieka (stanowisko Komisarza Praw Człowieka Rady Europy na temat praw człowieka i tożsamości płciowej z dnia 29 lipca 2009 r.), tłumaczenie robocze fragmentu: A. Śledzińska-Simon (red.), *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, Warszawa 2010, s. 279-280.

⁶⁵Szerzej: K. Osajda, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące transseksualizmu* [w:] *Prawa...*, A. Śledzińska - Simon (red.), s. 119-130.

4. PRZESŁANKI ZMIANY PŁCI W PRAWIE POLSKIM

Sytuacja osób transseksualnych na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat nie była w Polsce jednolita⁶⁶. Jak sygnalizowano wcześniej, implikacją braku odpowiedniej ustawy jest konieczność rozstrzygnięcia kwestii związanych ze zmianą płci na podstawie orzecznictwa sądów powszechnych. Obecnie zostały wypracowane pewne zasady postępowania w sprawach z tego zakresu. Od roku 1991⁶⁷, wobec uprzedniego stwierdzenia przez Sąd Najwyższy niemożności sprostowania aktu urodzenia, zmiana płci dokonywana jest w postępowaniu procesowym, w drodze powództwa o ustalenie. Zgodnie z treścią przepisu art. 189 k.p.c. powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. W omawianym przypadku zmiany płci, interes prawny wyraża się w sprzeczności pomiędzy odczuwanym przez transseksualistę stanem (płcią) rzeczywistym a stanem (płcią) wynikającym z aktu urodzenia⁶⁸. We wskazanej uchwale SN, poczucie przynależności do danej płci zostało uznane za dobro osobiste podlegające ochronie na podstawie przepisów prawa cywilnego. Dodatkowo uwzględnienie powództwa zostało uzależnione od trwałości poczucia przynależności do płci odmiennej, o czym miało z reguły świadczyć dokonanie zabiegu chirurgicznego. Użycie sformułowania „z reguły” nie przesądza o wymogu uprzedniego zabiegu korekcyjnego, jednakże może sugerować konieczność wcześniejszego dokonania chirurgicznej zmiany płci. Ujawnienie „nowej” płci następuje w drodze wzmianki dodatkowej służącej zapewnieniu zgodności akt stanu cywilnego ze stanem rzeczywistym. Żądanie ujawnienia zmiany płci w odpowiednim akcie jest w pełni zasadne, ponieważ jako okoliczność prawnie relewantna, płeć powinna być podawana we wszelkich dokumentach – zgodnie z poczuciem własnej przynależności. Ujawnienie ma skutek *ex nunc*. Pozwanymi w procesie dotyczącym zmiany płci są rodzice powoda (osoby żądającej zmiany płci), a w przypadku ich śmierci – kurator ustanowiony przez sąd. Rozwiązanie to nasuwa wiele zastrzeżeń, gdyż po pierwsze – nie odpowiada tradycyjnemu spojrzeniu na strony procesu cywilnego, zwykle

⁶⁶ Za datę początkową uważa się orzeczenie z roku 1964, w którym Sąd Wojewódzki orzekł sprostowanie aktu urodzenia transseksualisty przez zmianę płci z męskiej na żeńską ze skutkiem od daty dokonania zabiegu, *ex nunc* (orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla miasta stołecznego Warszawy z dnia 24 listopada 1964 r., II Cr 515/64, LEX nr 1726970). Kilkanaście lat później, w 1989 roku, Sąd Najwyższy orzekł, że występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć, niezależnie od wcześniejszej terapii czy zabiegu chirurgicznego (uchwała SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89, LEX nr 3502).

Szerzej: E. Holewińska-Lapińska, *op. cit.*, s. 52-54.

⁶⁷ Postanowienie SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91, LEX nr 519375.

⁶⁸ Zob. *Ibidem*.

o przeciwnym interesie, po drugie – zmiana płci dziecka w żaden sposób nie wpływa na sytuację prawną rodziców i po trzecie – niepotrzebnie może antagonyzować rodziny i rodzić przekonanie o niewłaściwym wychowaniu dziecka⁶⁹. Kwestia legitymacji bierniej uległa rozszerzeniu wskutek kolejnej uchwały Sądu Najwyższego w zakresie zmiany płci. W uchwale stwierdzono, że w procesie wytoczonym przez osobę transseksualną pozostającą w związku małżeńskim i posiadającą dzieci, po stronie pozwanej (oprócz rodziców) powinni wystąpić także małżonek oraz dzieci jako osoby najbardziej zainteresowane wynikiem postępowania⁷⁰.

Dotychczasowe spostrzeżenia pozwalają wywieść, że do przesłanek zmiany płci w Polsce ustalonych w drodze orzecznictwa, zaliczyć należy: procesowy tryb postępowania – powództwo o ustalenie w trybie art. 189 k.p.c., strony procesu: powód będący transseksualistą oraz pozwani – rodzice (kurator), a w przypadku pozostawania w związku małżeńskim i posiadania dzieci – małżonek oraz potomstwo, ciężar dowodu spoczywający na powodzie w postaci potwierdzenia rozbieżności pomiędzy płcią faktycznie odczuwaną a płcią wpisaną do aktu urodzenia⁷¹. Podkreślenia wymaga okoliczność, że możliwość zmiany płci w zasadzie nie została uzależniona od poddania się zabiegowi korekcyjnemu jak również od osiągnięcia określonego wieku⁷², pomimo że *prima facie* wnioski takie można by wyciągnąć z analizy niektórych orzeczeń. Zaprezentowany model postępowania w sprawach o zmianę płci nie jest zadowalający, a brak ustawowej regulacji niekorzystnie wpływa na sytuację prawną osób transseksualnych.

5. USTAWA Z DNIA 10 WRZEŚNIA 2015 R. O UZGODNIENIU PŁCI

W roku 2013 trafił do Sejmu pierwszy projekt ustawy mającej na celu uregulowanie sytuacji osób transseksualnych w Polsce. Efektem prac legislacyjnych było uchwalenie ustawy z dnia 10 września 2015 r. o uzgodnieniu płci⁷³ regulującej procedurę i skutki uzgodnienia płci osób, których tożsamość płciowa różni

⁶⁹ Podobnie: M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 60.

⁷⁰ Wyrokiem zaocznym Sąd Okręgowy ustalił, że powód jest osobą płci żeńskiej, gdyż z opinii seksuologa wynikało, że ma wrodzone zaburzenia identyfikacji płciowej. Powód poddał się również operacji narządów płciowych, jednak zataił fakt posiadania dzieci i pozostawania w związku małżeńskim. Wobec powyższego, Sąd Okręgowy uznał, że pozwanymi powinny być wszystkie osoby związane z powodem stosunkami prawnorodzinnymi – wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013 r., I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

⁷¹ Por. E. Holewińska-Lapińska, *op. cit.*, s. 58–59.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1469>, 02.08.2016.

się od płci wpisanej do aktu urodzenia. Prezydent RP skorzystał z przysługującego prawa weta i aktualnie rzeczony akt prawny znajduje się w tzw. próżni legislacyjnej. Ze względu na tematykę opracowania, celowe wydaje się przedstawienie ogólnych założeń ustawy oraz przesłanek warunkujących możliwość dokonania zmiany płci. Punkt wyjścia dla dalszych rozważań wokół ustawy stanowi definicja legalna tożsamości płciowej określonej jako utrwalone, intensywnie odczuwane doświadczenie i przeżywanie własnej płciowości, które odpowiada lub nie płci wpisanej do aktu urodzenia. Na tej podstawie, jak zauważono w piśmiennictwie, ze zmiany płci w trybie ustawy mogłyby skorzystać wyłącznie osoby, dla których ustalenie płci byłoby niezbędne ze względów terapeutycznych po stwierdzeniu tego faktu przez odpowiednich specjalistów⁷⁴.

Treść art. 5 ustawy zawiera warunki umożliwiające wystąpienie z wnioskiem o uzgodnienie płci. Zgodnie z powyższym przepisem, o uzgodnienie płci mogłaby wnosić osoba, która posiada pełną zdolność do czynności prawnych, nie pozostaje w związku małżeńskim oraz u której stwierdzono występowanie transseksualizmu. Dowodem ostatniej przesłanki miałyby być dwa orzeczenia specjalistów dołączane do wniosku o uzgodnienie płci⁷⁵. Podkreślenia wymaga fakt, że ustawa nie uzależnia dokonania zmiany płci od wcześniejszego zabiegu chirurgicznego, terapii hormonalnej ani jakiegokolwiek innej ingerencji medycznej wobec osoby wnioskującej. Autonomia pacjenta miałaby zatem na gruncie omawianej ustawy znaczenie fundamentalne⁷⁶ – zgodnie z postulowanymi w prawie międzynarodowym wytycznymi zaprezentowanymi w jednym z poprzednich punktów. Wniosek powinien również zawierać imię, jakie wnioskodawca chciałby nosić po zmianie płci. Warto zwrócić uwagę, iż w odniesieniu do małoletnich transseksualistów przewidziano wyłącznie możliwość zmiany imienia na imię niewskazujące na płeć. Zmiana następowalaby na wniosek przedstawiciela ustawowego dziecka z załączonym orzeczeniem lekarza specjalisty stwierdzającym występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci wpisanej do aktu urodzenia.

Postępowanie w sprawach o uzgodnienie płci miałoby odbywać się przed Sądem Okręgowym w Łodzi w postępowaniu nieprocesowym, na posiedzeniu

⁷⁴ M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 57.

⁷⁵ Zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy miałyby to być dwa orzeczenia wydane niezależnie przez dwóch lekarzy posiadających tytuł specjalisty w dziedzinie psychiatrii lub seksuologii lub specjalizację II stopnia w dziedzinie psychiatrii albo przez jednego z takich lekarzy i psychologa z wydanym przez towarzystwo naukowe certyfikatem seksuologa klinicznego, które stwierdzałyby występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci wpisanej do aktu urodzenia.

⁷⁶ Por. M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 59.

przy drzwiach zamkniętych⁷⁷ (art. 3 ustawy). Wniosek o uzgodnienie płci mogłaby zgłosić wyłącznie osoba, której on dotyczy, będąc jednocześnie jedynym podmiotem zainteresowanym w sprawie. Dodatkowo za zgodą wnioskodawcy istniałaby możliwość przystąpienia organizacji pozarządowych, do których zadań statutowych należy działanie na rzecz ochrony praw człowieka lub organizacji pomocy prawnej dla osób zagrożonych dyskryminacją lub osób doświadczających dyskryminacji. Przechodząc do przedstawienia skutków, jakie ustawa wiązałaby z wydaniem postanowienia uwzględniającego wniosek o uzgodnienie płci, w pierwszej kolejności należy wskazać, że rozpoznanie takiego wniosku następowałoby nie później niż w terminie 3 miesięcy od dnia jego zgłoszenia. Znane są w Polsce przypadki rozstrzygania spraw tego rodzaju w postępowaniu procesowym trwającym ponad 2 lata⁷⁸, stąd proponowane rozwiązanie zasługuje na aprobatę, bowiem osobom transseksualnym zależy na możliwie szybkim zakończeniu sprawy. Sprawności postępowania sprzyjałaby również możliwość ograniczenia przez sąd postępowania dowodowego jedynie do dowodów z dokumentów załączonych do wniosku oraz przesłuchania wnioskodawcy. Prawomocne postanowienie stanowiłoby podstawę sporządzenia nowego aktu urodzenia, zmiany numeru PESEL, wydania nowego dowodu osobistego oraz mogłoby być podstawą zmiany nazwiska. Co istotne, wszelkie prawa i obowiązki zależne od przynależności do danej płci wynikałyby z płci nabytej od chwili uprawomocnienia się postanowienia. Dzięki temu możliwe byłoby pełne utożsamianie się z płcią nabytą. Skutki prawomocnego orzeczenia rozciągają się również na sferę ubezpieczeń społecznych oraz różnego rodzaju dokumentów⁷⁹.

Proponowany w ustawie o uzgodnieniu płci model postępowania byłby dla osoby ubiegającej się o zmianę płci zdecydowanie mniej uciążliwy niż konieczność pozwania rodziców, długotrwałego⁸⁰ oczekiwania na rozstrzygnięcie i roztrząsania na posiedzeniach spraw drażliwych i delikatnych. *De lege ferenda* w Polsce konieczna jest zmiana postępowania w sprawach zmiany płci. Dobrym

⁷⁷ Zgodnie z Kodeksem postępowania cywilnego posiedzenie przy drzwiach zamkniętych odbywa się między innymi w przypadku, gdy publiczne rozpoznanie sprawy zagraża porządkowi publicznemu lub moralności, a na wniosek strony może odbyć się w sytuacji roztrząsania szczegółów życia codziennego. Podczas posiedzenia odbywającego się przy drzwiach zamkniętych mogą być obecni: strony, interwenienci uboczni, ich przedstawiciele ustawowi i pełnomocnicy, prokurator oraz osoby zaufania po dwie z każdej strony. Ze względu na specyfikę spraw o uzgodnienie płci i niemożność uczestniczenia w posiedzeniach przez przypadkowe osoby, takie rozwiązanie wydaje się odpowiednie.

⁷⁸ Sprawa MM przeciwko Polsce, skarga nr 37850/04 do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, szerzej M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 61.

⁷⁹ Zob. art. 12 i 13 ustawy.

⁸⁰ Por. E. Holewińska-Lapińska, *op. cit.*, s. 121.

rozwiązaniem wydaje się więc wprowadzenie odpowiedniej ustawy, jednoznacznie określającej przesłanki konieczne do transpozycji płci, co zakończyłoby wieloletnie spory wokół obecnego sposobu postępowania.

6. LIBERALIZM PRZESŁANEK ZMIANY PŁCI W WIELKIEJ BRYTANII

Przełomowym wydarzeniem, kompleksowo regulującym sytuację osób transseksualnych w Wielkiej Brytanii było uchwalenie w 2004 roku *Gender Recognition Act*⁸¹. Powyższa regulacja ma na celu umożliwienie osobom z dysforią płciową jej prawnej zmiany poprzez wydanie specjalnego certyfikatu (ang. *gender recognition certificate*), stanowiącego podstawę uzyskania nowego aktu urodzenia⁸². Chociaż poprzednio obowiązujący stan prawny stwarzał możliwość wydania dokumentu zawierającego nowe imię oraz płeć, to jednak nie przewidywał wydania nowego aktu urodzenia i korzystania z praw płci, z którą się dana osoba identyfikowała⁸³. Wniosek o wydanie wskazanego wyżej certyfikatu może złożyć osoba, która ukończyła 18 rok życia, przy czym nie jest wymagane obywatelstwo Zjednoczonego Królestwa (sekcja 1 § 1 GRA). Ponadto wnioskodawca musi wykazać przynależność do płci przeciwnej (ang. *living in the other gender*) lub udowodnić dokonanie zmiany płci zgodnie z jurysdykcją innego państwa, o czym mowa będzie w dalszej części opracowania. Wniosek rozpatrywany jest przez specjalnie powołaną do tego Komisję (ang. *Gender Recognition Panel*), oceniającą spełnienie wymogów wydania przedmiotowego certyfikatu. Komisja jest uprawniona do żądania dodatkowych informacji i dokumentów niewymienionych w ustawie, jeżeli uzna ich niezbędność do prawidłowego rozpoznania wniosku. Znajduje to odzwierciedlenie w konieczności uzasadniania przez nią swoich decyzji⁸⁴. W przypadku złożenia wniosku przez osobę z dezaprobatą płciową, Komisja bierze pod uwagę spełnienie następujących przesłanek: stwierdzenie dysforii płciowej, życie w przynależności do płci przeciwnej przez co najmniej 2 lata do momentu złożenia wniosku, przeświadczenie, że stan życia w przynależności do płci przeciwnej utrzyma się aż do śmierci, przedłożenie przez wnioskodawcę wymaganych ustawowo dowodów życia jako przedstawiciel płci prze-

⁸¹Gender Recognition Act 2004 (c7)
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/pdfs/ukpga_20040007_en.pdf, 24.08.2016, dalej: GRA.

⁸²Explanatory Note to Gender Recognition Act 2004, Summary and Background <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/notes/division/2>, 22.08.2016.

⁸³*Ibidem*.

⁸⁴Skład i zasady działania Komisji opisuje załącznik nr 1 do GRA.

ciwnej (opcjonalnie spełnienie dodatkowych warunków określonych przez Komisję). Natomiast w sytuacji złożenia wniosku przez osobę, która dokonała zmiany płci w innym kraju, warunkiem uzyskania certyfikatu jest „uznanie” tego kraju przez Wielką Brytanię (*country or territory under the law of which the applicant has changed gender is an approved country or territory*). W uzasadnieniu do omawianej regulacji wskazano, że wydanie zaświadczenia na podstawie zmiany płci w innym państwie będzie możliwe w sytuacji, gdy wymogi, jakie stawia system prawny w danym kraju względem osób transseksualnych zmierzających do zmiany płci będą zbliżone do tych wskazanych w *Gender Recognition Act*⁸⁵. Odnosząc się do dowodów, o których mowa powyżej, podkreślić należy, iż brytyjska regulacja zawiera bardzo szczegółowe unormowania w tym zakresie. Wskazuje ona nie tylko konkretne dokumenty jakie należy przedłożyć, ale bardzo często zawiera również wytyczne dotyczące ich treści. Osoba transseksualna ubiegająca się o wydanie certyfikatu obowiązana jest do przedłożenia: opinii wydanej przez lekarza lub psychologa specjalizującego się w zaburzeniach związanych z dysforią płciową, zawierającej szczegóły postawionej diagnozy, opinii wydanej przez innego lekarza lub psychologa, którzy mogą (lecz nie muszą) być specjalistami w powyżej wskazanym zakresie, dokumentów poświadczających zmianę płci – w przypadku osób, które dokonały zmiany płci zgodnie z jurysdykcją państwa obcego. Jednocześnie przynajmniej jedna ze wskazanych powyżej opinii winna zawierać informacje w przedmiocie leczenia, jakiemu dotychczas poddał się wnioskodawca lub jakie zamierza podjąć celem osiągnięcia cech jak najbardziej zbliżonych do płci, z którą się identyfikuje. Ustawa nie konkretyzuje jednak jakiemu leczeniu bądź zabiegom miałaby poddać się osoba transseksualna. Nie przewiduje również oddalenia wniosku na tej tylko podstawie, że wnioskodawca nie zamierza podjąć w przyszłości żadnej terapii. W wydanej opinii lekarz może bowiem jedynie stwierdzić, że osoba w pełni identyfikuje się z płcią przeciwną, a badania wykazały duże prawdopodobieństwo, że stan ten utrzyma się aż do śmierci pomimo nieprzeprowadzenia specjalnego leczenia⁸⁶. Zdaniem M. Domańskiego, powyższy brak wymogu poddania się zabiegom adaptacyjnym podyktowany jest założeniami ustawy, opierającej przesłanki zmiany płci wyłącznie na czynnikach psychologicznych⁸⁷. Dodatkowo każdy wniosek musi zawierać deklarację co do pozostawania wnioskodawcy w związku małżeńskim albo partnerskim. Do niedawna – jeśli wnioskodawca nie pozostawał w żadnym

⁸⁵ Explanatory Note to Gender Recognition Act 2004, Section 2: Determination of applications.

⁸⁶ J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, Warszawa 2014, s. 260.

⁸⁷ M. Domański, *Regulacja skutków prawnych transseksualizmu w prawie brytyjskim*, Warszawa 2010, s. 157.

ze wskazanych związków, otrzymywał tzw. pełny certyfikat (ang. *full gender recognition certificate*). W przeciwnym razie wydawany był tzw. certyfikat tymczasowy (ang. *interim gender recognition certificate*). Uzyskanie powyższego certyfikatu stanowiło podstawę do unieważnienia małżeństwa (Anglia, Walia oraz Irlandia Północna) albo orzeczenia rozvodu (Szkocja) w ciągu 6 miesięcy od jego wydania⁸⁸. Jednocześnie w przypadku rozwiązania małżeństwa przez sąd na podstawie certyfikatu tymczasowego, sąd był obowiązany do wydania certyfikatu pełnego osobie, która go uzyskała. Zarówno w pierwotnej wersji, jak i obecnie, możliwe było uzyskanie zaświadczenia uznającego zmianę płci przez osobę pozostającą w związku małżeńskim albo partnerskim. Warunkiem dokonania „pełnej” zmiany w pierwszym przypadku była jednak konieczność rozwiązania zawartego związku. Wprowadzenie tego rodzaju regulacji uzasadniane było celowością zachowania małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny oraz zmniejszenie liczby małżeństw formalnie tej samej płci⁸⁹. Wejście w życie ustawy regulującej zawieranie małżeństw osób tej samej płci [ang. *Mariagge (Same Sex Couples) Act 2013*]⁹⁰ spowodowało, że uzyskanie certyfikatu pełnego na podstawie *Gender Recognition Act* nie ma wpływu na istniejący związek małżeński, jeżeli drugi z małżonków wyraża chęć kontynuowania małżeństwa. Natomiast wydanie certyfikatu tymczasowego zostało przewidziane w sytuacji, gdy drugi współmałżonek nie wyrazi zgody na pozostawanie w związku z osobą, która dokonała zmiany płci⁹¹. Warto również wskazać, że brytyjska ustawa nie przewiduje udziału jakichkolwiek osób trzecich w toczącym się postępowaniu, jak to ma miejsce chociażby na gruncie prawa polskiego, co zostało szczegółowo przedstawione w części opracowania odnoszącej się do przesłanek zmiany płci w Polsce. W doktrynie wskazywano⁹², iż przyjęte rozwiązania: „stawiają Wielką Brytanię w awangardzie światowych zmian w dziedzinie prawa dotyczącego zmiany płci”. Bez wątpienia uznać należy, że w momencie wejścia w życie, *Gender Recognition Act* był jednym z najbardziej liberalnych wówczas aktów regulujących kwestię procedury zmiany płci. Mając jednakże na uwadze ostatnie zmiany dokonywane w tym zakresie w innych krajach, obecnie brytyjska ustawa nie wydaje się być szczególnie rewolucyjna. Nie sposób nie zgodzić się jednak ze stwierdzeniem, że zamieszczone w niej rozwiązania często powodują daleko

⁸⁸ Explanatory Note to Gender Recognition Act 2004, Section 4: Successful applications.

⁸⁹ Tak przedstawiciel Departamentu Konstytucyjnego, David Lammy, House of Commons Standing Committee A on the Gender Recognition Bill, 9 march 2004, col. 69.

⁹⁰ Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents>, 24.08.2016.

⁹¹ J. Ostojka, *op. cit.*, s. 263.

⁹² A. N. Sharpe, *A Critique of the Gender Recognition Act 2004*, Bioethical Inquiry 2007, vol. 4, no.1, p. 37.

idące skutki prawne na tle takich pojęć jak definicja płci, męskości i kobiecości czy instytucji rodziny i małżeństwa⁹³. Szersze ich omówienie wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

7. TRANSPOZYCJA PŁCI W TAJLANDII

Tajlandia jest obecnie krajem, w którym dokonuje się najwięcej na świecie operacji zmiany płci⁹⁴. Do 2009 roku kwestia ta pozostawała nieuregulowana, co wobec okoliczności zwiększającej się, w szczególności w 2008 roku, ilości zabiegów kastracji nastolatków dokonywanych często przez lekarzy nieposiadających kwalifikacji do ich wykonywania, zmusiło ostatecznie Tajlandzkie Kolegium Medyczne (ang. *Thailand Medical Council*) do wydania dokumentu wprowadzającego jednolite zasady w zakresie dokonywania operacji zmiany płci przez osoby transseksualne. W konsekwencji opublikowany został dokument zatytułowany *Criteria for the treatment of sex change*, który wszedł w życie w listopadzie 2009 roku. Wśród przesłanek warunkujących możliwość zmiany płci wymienia się w pierwszej kolejności, iż wnioskodawca musi mieć ukończone 20 lat. Wyjątkowo dopuszczalne jest ukończenie lat 18, przy czym w tym przypadku konieczna jest dodatkowo zgoda przynajmniej jednego opiekuna takiej osoby. Kolejne warunki wskazane w prezentowanej regulacji wskazują, że osoba transseksualna powinna skonsultować się z psychiatrą celem uzyskania diagnozy psychiatrycznej wskazującej, czy posiada ona predyspozycje do poddania się operacji zmiany płci. Jeśli takie predyspozycje zostaną ujawnione, wówczas osoba kierowana jest do endokrynologa w celu poddania się leczeniu hormonalnemu. Następnie endokrynolog bada, diagnozuje i rekomenduje leczenie hormonalne – stosownie do wieku pacjenta. Leczenie trwa nie krócej niż rok. Psychiatra musi ponadto wystawić rekomendację każdej osobie poddającej się leczeniu, a osoba taka dodatkowo musi przejść tzw. „test realnego życia”, który trwa – tak jak w przypadku leczenia hormonalnego – przynajmniej rok. Jeżeli istnieje ostateczna predyspozycja do poddania się operacji zmiany płci, osoba cierpiąca na dysfориę płciową musi uzyskać dodatkowo zgodę dwóch psychiatrów. W sytuacji, gdy osobą chcącą poddać się operacji zmiany płci jest obcokrajowiec i uzyskał on już zgodę od psychiatry w innym kraju aniżeli Tajlandia,

⁹³ M. Domański, *Regulacja...*, Warszawa 2010, s. 164.

⁹⁴ <https://www.tourmedica.pl/blog/iran-drugi-na-swiecie-pod-wzgledem-liczby-operacji-zmiany-plci/>, 24.08.2016.

przynajmniej jeden tajlandzki psychiatra musi ocenić jej zasadność⁹⁵. Wskazuje się, że terapia hormonalna nie sprawdza się w rzeczywistości i jest jednym z najsłabszych punktów podczas przygotowania do poddania się operacji zmiany płci⁹⁶. Przede wszystkim jest to spowodowane okolicznością, iż niewielu endokrynologów w Tajlandii ma doświadczenie w tym zakresie. Jednocześnie przyczyną tego jest również możliwość zakupu hormonów bezpośrednio w aptecce bez konieczności posiadania recepty. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji, gdzie w zasadzie wszystkie osoby transseksualne przyjmują hormony, ale bardzo mała część z nich znajduje się pod opieką specjalistów w tej dziedzinie. Warto w tym miejscu wskazać, że osoby identyfikujące się z płcią przeciwną terapię hormonalną najczęściej zaczynają już w wieku 14 – 15 lat, ponieważ wymóg osiągnięcia wyżej wskazanego wieku odnosi się jedynie do uzyskania zgody na operację korekty zewnętrznych narządów płciowych.

Dodać także należy, że w Tajlandii nie ma możliwości prawnej zmiany płci, co oznacza, że osoby transseksualne nie mogą dokonać zmian w żadnych dokumentach tożsamości⁹⁷, co rodzi wiele problemów nie tylko na gruncie prawnym. Tajlandzki system prawny nie gwarantuje osobom transseksualnym takich samych praw jak większość państw zachodnich, w szczególności w zakresie pełnej przynależności do płci przeciwnej czy finansowania leczenia, poczynając od wizyt psychiatrów poprzez leczenie hormonalne, a kończąc na operacji korekty zewnętrznych narządów płciowych. Wskazać więc należy, że brak możliwości dokonania prawnej zmiany płci nie przekłada się na ilość osób poddających się leczeniu, a następnie operacjom. Pomimo że same wymogi stawiane przez przywołaną powyżej regulację nie należą do najbardziej liberalnych, to jednak w praktyce spotyka się od nich bardzo wiele odstępstw. W Tajlandii operacje zmiany płci dokonywane są nie tylko przez profesjonalne kliniki specjalizujące się w tego rodzaju zabiegach. Bardzo często spotykane są prywatne gabinety oferujące w niezwykle atrakcyjnych cenach możliwość wykonania wszelkich zabiegów (także korekty zewnętrznych narządów płciowych). Celem operacji jest osiągnięcie wyglądu jak najbardziej zbliżonego do płci, z którą pacjent się identyfikuje.

⁹⁵Regulation of the Medical Council Concerning Ethics in the Medical Profession Rules for Treatment in Sex Change Operations 2552 B.E. (2009 A.D.), Chaninat & Leeds, 2009 <http://www.thailawforum.com/sex-change-operations-law.html>, 22.08.2016.

⁹⁶ <http://www.thailawforum.com/Transsexuals-and-Thai-Law.html>, 21.08.2016.

⁹⁷ Announcement of the Medical Council 58/2552 B.E. (2009 A.D.) Regarding Guidelines for Persons Manifesting Confusion Concerning Their Sexual Identity or Desiring Treatment by Undergoing a Sex Change Operation, Chaninat & Leeds, 2009 <http://www.thailawforum.com/Guidelines-sex-change-operations.html>, 20.08.2016.

8. REGULACJE NORWESKIE W ŚWIECIE OSTATNICH ZMIAN W ZAKRESIE PROCEDURY ZMIANY PŁCI

Omawiając regulację przyjętą w Wielkiej Brytanii wskazano, że jeszcze do niedawna uznawana była ona za jedną z najbardziej rewolucyjnych na świecie. Przyjęte ostatnio rozwiązania norweskie wydają się być obecnie o wiele bardziej awangardowe. W czerwcu 2016 roku uchwalone zostało nowe prawo, które umożliwia osobom transseksualnym, począwszy od 1 lipca 2016 r., dokonanie zmiany płci przez Internet⁹⁸. Nowa regulacja przede wszystkim obniża wiek wnioskodawcy ubiegającego się o zmianę płci. Na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego osoba taka musiała mieć ukończone 18 lat. Obecnie dla określenia swojej przynależności do danej płci wystarczy ukończenie 16 roku życia. Co więcej, osoby w wieku od 6 do 15 lat mogą to uczynić pod warunkiem uzyskania zgody rodziców. Jeżeli rodzice wyrażą sprzeciw, wówczas taką zgodę będzie mogła wydać specjalnie do tego powołana komisja (ang. *external body*), mająca na celu przede wszystkim dobro dziecka⁹⁹. Jednocześnie, co jest rozwiązaniem szczególnie nowatorskim i dotąd niespotykanym, nowa regulacja umożliwia cofnięcie decyzji o zmianie płci. Wskazuje się, że poprzednio obowiązujące w Norwegii regulacje dotyczące osób transseksualnych dążących do zmiany płci metrykalnej były sprzeczne z wieloma prawami człowieka, takimi jak prawo do nienaruszalności integralności cielesnej, prawo do prywatności czy prawo do życia w rodzinie. Rozwiązania przyjęte jeszcze w latach siedemdziesiątych wymagały od osób transseksualnych między innymi uzyskania oceny psychiatrycznej, diagnozy oraz przejścia zabiegu sterylizacji¹⁰⁰. Norweski minister zdrowia Brent Høie wskazał, że „to bardzo ważny obszar, gdzie Norwegia pozostawała wiele lat w tyle za innymi krajami. Choć nasze państwo przoduje w przyznawaniu praw osobom homoseksualnym, biseksualnym i transgenderowym, system prawny nie sprzyja zmianie płci. Jest przedawniony i niezgodny z prawami człowieka. Po 60 latach w końcu należy go zmienić”¹⁰¹. Obecnie prawo do zmiany płci w Norwegii ma więc każda osoba, która zadeklaruje, że jej tożsamość płciowa jest odmienna od tej, która została wpisana w akcie urodzenia. Wystarczające jest wypełnienie

⁹⁸<http://www.nportal.no/articles/3228-190-osob-zlozylo-wnioski-o-zmiane-plci-w-norwegii>, 25.08.2016.

⁹⁹<http://www.dailymail.co.uk/news/article-3592424/Norway-allow-people-change-gender-simply-ticking-box-children-young-six-able-swap-without-medical-procedure-proposed-rules.html>, 02.09.2016.

¹⁰⁰<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/03/norway-historic-breakthrough-for-transgender-rights/>, 25.08.2016.

¹⁰¹<http://www.mojanorwegia.pl/polityka/zmiana-plci-za-jednym-klikiem-i-juz-od-6-roku-zycia-norwegia-wprowadzi-nowe-prawo-11508.html>, 25.08.2016.

odpowiedniego formularza i wysłanie go do najbliższego urzędu stanu cywilnego. Wprowadzenie omawianej procedury jest niemalże identyczne z tą, jaka obowiązuje przy zmianie nazwiska. Ponadto, system ten jeszcze bardziej niż regulacja brytyjska opiera się na czynnikach psychologicznych. W niniejszym przypadku ocena przynależności do płci przeciwnej należy do samego wnioskodawcy i nie podlega ocenie lekarzy specjalistów.

9. PODSUMOWANIE

Rozważania zaprezentowane w niniejszym opracowaniu miały na celu przybliżenie istoty transseksualizmu i omówienie w szerszym zakresie przesłanek zmiany płci w prawie polskim, zarówno na gruncie obowiązującego stanu prawnego, jak i w świetle zawetowanej ustawy o uzgodnieniu płci, a także w ustawodawstwach niektórych państw. Przedstawione warunki zmiany płci wskazują jak bardzo złożone, nie tylko pod względem prawnym, jest to zagadnienie. Na tej podstawie można stwierdzić, iż wypracowanie odpowiedniego rozwiązania, które z jednej strony nie byłoby zbyt liberalne i przez to nie rodziło daleko idących skutków prawnych, a z drugiej nie byłoby zbyt rygorystyczne w wymogach stawianych względem osób transseksualnych dążących do zmiany płci metrykalnej jest obecnie, pomimo dalekiego postępu w tej kwestii, bardzo trudne. Przez długi czas za modelową regulację uchodził zaprezentowany powyżej *Gender Recognition Act 2004*, jednak praktyka zweryfikowała, że unormowania w nim przyjęte wymagają zmian. Porównując zaprezentowane akty prawne, należy uznać, że ustawa o uzgodnieniu płci z 2015 roku jest nowoczesną i jednocześnie niezwykle wyważoną regulacją. Brak nadmiernego rygoryzmu, przy zachowaniu minimalnych warunków koniecznych do odpowiedniego zdiagnozowania potrzeby zmiany płci oraz zagwarantowanie późniejszej zmiany dokumentów stanowi rozwiązanie optymalne. Kwestią czasu pozostaje powrót do dyskusji na temat praw osób transseksualnych w Polsce.

Poniższa tabela prezentuje przesłanki konieczne do zmiany płci, stanowiąc zebranie uwag poczynionych w treści artykułu.

państwo cecha	Polska		Wielka Brytania	Tajlandia	Norwegia
	Obecny model postępowania	Ustawa o uzgodnieniu płci			
Wiek	ukończony 18 rok życia	ukończony 18 rok życia (nie- letni – zmiana imienia)	ukończony 18 rok życia	ukończony 20 rok życia lub w przypadku, gdy osoba ma ukończone 18 rok życia – zgoda przy- najmniej jed- nego opiekuna	ukończony 16 rok życia lub w przypadku osób w wieku od 6 do 15 lat – zgoda rodziców
Zabieg operacyjny	nie	nie	nie	nie	nie
Tryb po- stępowania	postępowanie procesowe – pozwanie rodzi- ców (ewentual- nie małżonka i dzieci) w try- bie art. 189 k.p.c.	postępowanie nieprocesowe	postępowanie nieprocesowe	brak – nie ma możliwości prawnej zmiany płci	procedura elek- troniczna
Pozosta- wanie w związku małżeń- skim	nie	nie	tak	brak regulacji w tym zakresie (Tajlandia nie dopuszcza jed- nak małżeństw osób tej samej płci)	na czas przygo- towania opraco- wania brak dostępnych informacji w tym zakresie (Norwegia dopuszcza jednakże mał- żeństwa osób tej samej płci)
Dowody	przesłuchanie powoda,	orzeczenia specjalistów	orzeczenia specjalistów	orzeczenia specjalistów	oświadczenie wnioskodawcy

	orzeczenie specjalisty				
Test realnego życia	nie	nie	ustawa nie wskazuje tego <i>expressis</i> <i>verbis</i> , jednakże konieczne jest przedłożenie dowodów życia w przynależno- ści do płci przeciwnej	tak	nie

Tabela 1. Porównanie przesłanek zmiany płci w Polsce oraz wybranych krajach. Opracowanie własne.

BIBLIOGRAFIA

I. Literatura:

1. M. Adamczyk, *Prawna regulacja zabiegów zmiany płci w wybranych krajach europejskich*, PS 2009, nr 2;
2. M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej*, PiM 2015, nr 3;
3. M. Domański M., *Regulacja skutków prawnych transseksualizmu w prawie brytyjskim*, Warszawa 2010;
4. Explanatory Note to Gender Recognition Act 2004, Summary and Background <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/notes/division/2>, 22.08.2016;
5. Explanatory Note to Gender Recognition Act 2004, Section 2: Determination of applications;
6. Explanatory Note to Gender Recognition Act 2004, Section 4: Successful applications;
7. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, PiP 1987, nr 7;
8. M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS 1996, nr 1;
9. R. Grzejszczak, *Transpłciowość a opieka zdrowotna w Polsce – raport z badań*, [w:] *Transpłciowość a opieka zdrowotna w Polsce. Raport z badań*, W. Dynarski, I. Jąderek (red.), Warszawa 2015;
10. E. Holewińska-Lapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991 – 2008*, [w:] *Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t.4, K. Ślebzak (red.), Warszawa 2010;
11. K. Imieliński, *Zarys seksuologii i seksiatrii*, Warszawa 1982;
12. D. Lammy, *House of Commons Standing Committee A on the Gender Recognition Bill*, 9 march 2004, col. 69;
13. Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000;
14. K. Osajda, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące transseksualizmu* [w:] *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, A. Śledzińska - Simon (red.), Warszawa 2010;
15. J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, Warszawa 2014;
16. P. Pogodzińska, *Tożsamość płciowa w prawie międzynarodowym, Wybrane zagadnienia*, [w:] *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, A. Śledzińska-Simon (red.), Warszawa 2010;
17. Regulation of the Medical Council Concerning Ethics in the Medical Profession Rules for Treatment in Sex Change Operations 2552 B.E. (2009 A.D.), Chaninat & Leeds, 2009 <http://www.thailawforum.com/sex-change-operations-law.html>, 22.08.2016;
18. *Announcement of the Medical Council 58/2552 B.E. (2009 A.D.) Regarding Guidelines for Persons Manifesting Confusion Concerning Their Sexual Identity or Desiring Treatment by Undergoing a Sex Change Operation*, Chaninat & Leeds

- 2009 <http://www.thailawforum.com/Guidelines-sex-change-operations.html>, 20.08.2016;
19. Sharpe A. N., *A Critique of the Gender Recognition Act 2004*, Bioethical Inquiry 2007, vol. 4, no.1;
20. A. Śledzińska-Simon (red.), *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, Warszawa 2010;
21. R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – zasady dotyczące stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, [w:] *Współczesne wyzwania wobec praw człowieka w świetle polskiego prawa konstytucyjnego*, Z. Kędzia, A. Rost (red.), Poznań 2009;
22. R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – charakterystyka dokumentu*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009;
23. <https://www.tourmedica.pl/blog/iran-drugi-na-swiecie-pod-wzgledem-liczby-operacji-zmiany-plci/>, 24.08.2016;
24. <http://www.thailawforum.com/Transsexuals-and-Thai-Law.html>, 21.08.2016;
25. <http://www.nportal.no/articles/3228-190-osob-zlozylo-wnioski-o-zmiane-plci-w-norwegii>, 25.08.2016;
26. <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3592424/Norway-allow-people-change-gender-simply-ticking-box-children-young-six-able-swap-without-medical-procedure-proposed-rules.html>, 02.09.2016;
27. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/03/norway-historic-breakthrough-for-transgender-rights/>, 25.08.2016;
28. <http://www.mojanorwegia.pl/polityka/zmiana-plci-za-jednym-kliknięciem-i-juz-od-6-roku-zycia-norwegia-wprowadzi-nowe-prawo-11508.html>, 25.08.2016.

II. Orzecznictwo:

1. orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla miasta stołecznego Warszawy z dnia 24 listopada 1964 r., II Cr 515/64, LEX nr 1726970;
2. uchwała SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89, LEX nr 3502;
3. postanowienie SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91, LEX nr 519375;
4. wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013 r., I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

Rozdział 3. Wybrane aspekty błędu medycznego w świetle prawa i medycyny – case study

*mgr Magdalena Wolska¹⁰², Wyższa Szkoła Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych
im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach,
Stanisław Kwiatkowski, Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich
we Wrocławiu,*

Streszczenie: Tematyka niniejszej pracy dotyczy błędów medycznych oraz ich rodzajów. Analiza merytoryczna problematyki została przeprowadzona w oparciu o dorobek doktryny prawa medycznego, orzecznictwa sądowego oraz konkretnych zdarzeń medycznych, które stanowią przykłady wybranych błędów medycznych. Przeprowadzona analiza poszczególnych zdarzeń medycznych pozwoliła ukazać badaną problematykę nie tylko na gruncie przepisów prawa, ale również z punktu widzenia medycyny.

Summary: The article presents types of medical errors and their distinction. The article begins with the draft of medical error's history. After that article contains description of medical error definition in law and judicature. Next authors pass on a detailed analysis of particular medical errors, based on real case studies, in connection with medical records.

Słowa kluczowe: błąd medyczny, błąd diagnostyczny, błąd decyzyjny, błąd wykonawczy, odpowiedzialność lekarza.

1. WSTĘP

Problematyka błędów medycznych towarzyszy zabiegom leczniczym od samego początku medycyny. Od czasów starożytnych zastanawiano się jakie cechy posiada błąd medyczny oraz jak należy karać medyków, których działania lub zaniechania doprowadziły do uszczerbku na zdrowiu pacjenta. Na przestrzeni lat definicje te ulegały różnym modyfikacjom, a współczesne pojęcie błędu medycznego funkcjonuje zaledwie od około 100 lat.

Na potrzeby niniejszej pracy omówione zostały trzy wybrane rodzaje błędów medycznych: błąd decyzyjny, błąd wykonawczy, błąd organizacyjny. Każdy z nich, oprócz charakterystyki prawnej, został również zaprezentowany na przy-

¹⁰² Absolwentka prawa oraz ekonomii.

kładzie konkretnego zdarzenia medycznego. Błędy te należą do najczęściej występujących oraz posiadają największy ciężar gatunkowy, dlatego też ich szczegółowa analiza stała się przedmiotem niniejszego artykułu. Prezentowane przykłady owych błędów na ogół kończyły się zgonem pacjenta, co miało na celu zobrazowanie jak pozornie drobne zaniedbania doprowadziły do tragicznych w skutkach wydarzeń. Jednocześnie należy podkreślić, iż wskazane rodzaje błędów medycznych należą do najpowszechniej występujących w doktrynie prawa medycznego oraz w zasadzie ich rozgraniczenie i podział nie budzi na ogół wątpliwości w literaturze przedmiotu¹⁰³. Oprócz omówionych w niniejszej pracy błędów w doktrynie prawa medycznego można wyróżnić szereg innych błędów takich jak: błąd opiniodawczy, błąd zawodowy pielęgniarki, błąd diagnostyczny, błąd terapeutyczny.

2. ZARYS HISTORII BŁĘDU MEDYCZNEGO

Historia odpowiedzialności lekarza za błąd medyczny sięga starożytności. Pierwsze wzmianki penalizujące niektóre zachowania lekarzy odnaleźć można już w pochodzącym z XVIII w. p.n.e. Kodeksie Hammurabiego, w którym aż dziewięć artykułów zostało poświęconych medykom. Jeden z nich stanowił, że „jeżeli lekarz podejmujący się ciężkiego zabiegu chirurgicznego i za pomocą noża spowoduje śmierć człowieka, lub jeżeli podczas usuwania zaćmy zniszczy oko, należy mu uciąć mu rękę”¹⁰⁴. Prawo babilońskie znane było ze swego okrucieństwa. To właśnie z Kodeksu Hammurabiego pochodzi również słynne prawo „oko za oko ząb za ząb”. W przypadku lekarzy wysokość i rodzaj kary uzależnione były przede wszystkim od społecznego statusu pacjenta.

Nie tylko Babilończycy dostrzegali potrzebę usankcjonowania błędów medycznych. Podobne regulacje znalazły się także w prawie rzymskim¹⁰⁵. Rzymianie równie surowo traktowali błąd w sztuce lekarskiej, bowiem nieumyślne, przypadkowe otrucie leczonego pacjenta było traktowane na równi z otruciem umyślnym, czyli zabójstwem.

¹⁰³ Taka klasyfikacja błędów medycznych znajduje swe odzwierciedlenie w wielu publikacjach naukowych takich jak: M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 155–161; Z. Marek, *Błąd medyczny, odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007, s. 33–37; L. Szczepaniak, *Błąd medyczny – przyuczyny, skutki i odpowiedzialność*, Bioetyczne Zeszyty Pediatry 2007, nr 4, s. 97–109;

¹⁰⁴ W. Szumowski, *Historia medycyny filozoficznie ujęta*, Kęty 2005, s. 48.

¹⁰⁵ Przepisy dotyczące odpowiedzialności lekarzy za błąd medyczny znajdowały swe odzwierciedlenie w licznych rzymskich zbiorach praw. Do najważniejszych z nich zaliczyć można *Lex Pompeia* i *Lex Cornelia*. *Ibidem*, s. 161.

Bardziej wyważone i obiektywne podejście do błędów medycznych zostało zaprezentowane dopiero w roku 1532, kiedy to niemiecki cesarz Karol IV ogłosił *Constitutio Criminalis „Carolina”*. Przepis art. 134 tego kodeksu wprowadził jako pierwszy pojęcie błędu medycznego zwanego *Ukunst*. Zgodnie z niniejszymi regulacjami, tylko działanie lub zaniechanie lekarza podjęte w warunkach umożliwiających spokojne zastanowienie mogło zostać uznane za błąd medyczny. W sytuacji działania pod presją czasu związaną z nagłością wypadku nie mogło być mowy o takiej odpowiedzialności. Co ciekawe, lekarz mógł zostać ukarany jedynie po zasięgnięciu opinii grupy specjalistów z zakresu medycyny, którzy orzekali co do faktu zaistnienia błędu w sztuce lekarskiej. Było to bardzo nowatorskie rozwiązanie, które w zbliżonej formie funkcjonuje w wielu porządkach prawnych do dziś.

Na ziemiach polskich pierwsze akty prawne regulujące zagadnienie odpowiedzialności lekarzy pojawiły się niemal 100 lat później, za panowania króla Zygmunta I Starego, który to w roku 1519 wydał traktat „O niedoskonałych lekarzach”. Regulacje te zawierały przepisy karne oraz sankcje, które miały być nakładane na lekarzy w sytuacji popełnienia omyłki lekarskiej lub braku odpowiednich umiejętności leczniczych¹⁰⁶. Jedyne wcześniejsze zapiski dotyczące błędów medycznych pochodzą z 1439 r., a jest to orzeczenie Wydziału Lekarskiego Akademii Krakowskiej, w którym stwierdzono m.in., że „można przez nieświadomość lekarza spowodować nie tylko śmierć chorego po zastosowaniu nieodpowiedniego środka leczniczego, lecz również to, że chory umiera nagle bez spowiedzi”¹⁰⁷. Orzeczenie to odnosiło się jedynie do kwestii etyki lekarskiej oraz problematyki wykonywania zawodu lekarza, nie było natomiast uznawane za *fontes iuris*, w przeciwieństwie do wspomnianego wcześniej królewskiego traktatu „O niedoskonałych lekarzach”.

Nowożytną definicję błędu medycznego wprowadził dopiero w drugiej połowie XIX w. Rudolf Virchow – wybitny niemiecki naukowiec. Według niego błędem w sztuce lekarskiej było „niestosowanie się podczas zabiegu leczniczego do zasad wiedzy medycznej reprezentowanej przez miarodajne koła lekarskie, które odpowiadają od dawna przyjętym poglądom rozważnych lekarzy i nie podlegają już dyskusji, jako oparte na jednomyślnej opinii”¹⁰⁸. Warto zwrócić uwagę, iż Virchow w żaden sposób nie odnosi się do efektów leczenia lub uszczerbku na

¹⁰⁶ B. Seyda, *Dzieje medycyny w zarysie*, Warszawa 1965, s. 446.

¹⁰⁷ M. Skulimowski, *Pierwsze ustawy Wydziału Lekarskiego Uniwersytetu Krakowskiego z roku 1469*, Kraków 1960, s. 106.

¹⁰⁸ Z. Marek, *op. cit.*, s. 41.

zdrowiu pacjenta, koncentrując się jedynie na niezgodnych z zasadami sztuki lekarskiej poczynaniach lekarza. Definicja ta była jednak wielokrotnie krytykowana.

Inne desygnaty pojęcia błędu medycznego przyjął krakowski lekarz sądowy Leon Wachholz, który uważał, że błędem medycznym jest „nieumyślne uszkodzenie ciała, lub pozbawienie życia chorego wskutek nieświadomości zasad sztuki lub zaniedbania (...) błąd tylko wtedy może być uznany za karygodny, jeżeli był widoczny, jeżeli można było go uniknąć przez stosowanie zwykłych a nie nadzwyczajnych wiadomości lub zręczności”¹⁰⁹. Warto podkreślić, że definicja ta została wypracowana na przełomie XIX i XX w. i jak na owe czasy była bardzo nowatorska. Wachholz odnosił się bowiem nie tylko do działania lekarza ale także i do zaniechania. Ponadto zwrócił także uwagę na konieczność zaistnienia ujemnych skutków dla zdrowia pacjenta w postaci uszkodzenia ciała lub nawet śmierci. Dodatkowo Wachholz wyraźnie podkreślał, iż samo wystąpienie ujemnych skutków zabiegu lub leczenia nie implikuje zaistnienia błędu medycznego, bowiem ma on miejsce jedynie wówczas, gdy lekarz postąpi wbrew zwykłymi, standardowym procedurom¹¹⁰. Nie może być zatem mowy o błędzie medycznym w sytuacji, gdy uratowanie pacjenta od ujemnych następstw wymagałoby ponadprzeciętnej wiedzy lub umiejętności.

3. DEFINICJA BŁĘDU MEDYCZNEGO

Współcześnie brak jest definicji legalnej błędu medycznego. Wskutek tego, w zdefiniowaniu tego pojęcia kluczową rolę odgrywa dorobek doktryny oraz liczne orzecznictwo. Najtrafniej błąd medyczny został zdefiniowany przez Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 1 kwietnia 1955 r. orzekł, że „błędem w sztuce lekarskiej jest czynność (zaniechanie) lekarza w zakresie diagnozy i terapii, niezgodna z nauką medyczną w zakresie dla lekarza dostępnym”¹¹¹. Oprócz tego, jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 września 1972 r. „ustalenie błędu w sztuce lekarskiej zależy od odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie lekarza w konkretnej sytuacji i z uwzględnieniem całokształtu okoliczności istniejących w chwili zabiegu, a zwłaszcza tych danych, którymi wówczas

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 42.

¹¹⁰ Szerzej tematyka ta została omówiona w następujących publikacjach:

L. Wachholz, *O formalnych przewinieniach lekarskich*, Kraków 1898,

L. Wachholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, Kraków 1925.

¹¹¹ Wyrok SN z dnia 1 kwietnia 1955 r., IV CR 39/54, OSNCK 1957, nr 1, poz. 7.

dysponował lub mógł dysponować, zgodne było z wymaganiami aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej”¹¹².

Natomiast zdaniem L. Liszewskiej „przez błąd w sztuce lekarskiej mogący stanowić podstawę do odpowiedzialności karnej lekarza, rozumieć należy błędne z medycznego punktu widzenia rozpoznanie lub leczenie w wyniku bądź braku wiadomości przeciętnie wymaganych od praktykującego lekarza, bądź braku należytej staranności, przy zachowaniu której nie nastąpiłyby skutki ujemne dla zdrowia lub życia pacjenta”¹¹³. Reasumując, na błąd medyczny współcześnie składają się takie elementy jak: błędne rozpoznanie lub leczenie, brak wiadomości przeciętnie wymaganych od praktykującego lekarza, brak należytej staranności, konsekwencja w postaci ujemnego skutku dla życia lub zdrowia pacjenta.

Jak wynika z przytoczonego orzecznictwa oraz stanowiska doktryny prawa medycznego, współczesna definicja błędu medycznego nie różni się w znaczący sposób od tej zaprezentowanej blisko 100 lat wcześniej przez Leona Wachholza.

Istotne podczas orzekania w sprawach związanych z prawem medycznym jest zagadnienie należytej staranności, ponieważ do jej dochowania zobowiązany jest lekarz podczas wszelkich dokonywanych przez siebie czynności. Pojęcie należytej staranności *sensu largo* znane jest również prawu cywilnemu, jednakże na gruncie analizy błędu medycznego oraz prawa medycznego nabiera ono szczególnego, charakterystycznego dla tej dziedziny znaczenia, a niejednokrotnie jest również kluczowe dla oceny czy w danych okolicznościach istotnie wystąpił błąd medyczny. Lekarz zobowiązany jest do staranności wyższej niż przeciętna podczas wykonywania wszelkich czynności i zabiegów, ponieważ „mają one na celu ratowanie życia lub zdrowia człowieka, a skutki jakie mogą powstać z powodu niedołożenia należytej staranności są nieodwracalne”¹¹⁴. Obowiązek ten wynika z przepisu art. 8 k.e.l., zgodnie z którym lekarz obowiązany jest nie tylko działać z należytą starannością, ale również poświęcić w tym celu niezbędny czas. Jednakże pomimo dochowania należytej staranności, nie można oczekiwać, aby każdy proces leczniczy zakończony został sukcesem¹¹⁵.

¹¹² Wyrok SN z dnia 8 września 1972 r., I KR 116/72, OSNKW 1974, nr 2, poz. 26.

¹¹³ L. Podciechowski, A. Królikowska, P. Hincz, J. Wilczyński, *Organizacyjny błąd medyczny*, Warszawa 2009, t. 2, z. 4, s. 288–292.

¹¹⁴ A. Fiutak, *Prawo medyczne w orzecznictwie z komentarzem*, Warszawa 2012, s. 47. Zbliżone stanowisko znalazło swe odzwierciedlenie w judykaturze patrz: wyrok SA w Krakowie z dnia 9 marca 2001 r., I ACa 124/01, PS 2002, nr 10; Wyrok SA w Poznaniu z dnia 2 marca 1993 r., I ACr 47/93, Legalis.

¹¹⁵ Wyrok SN z dnia 24 listopada 1976 r., IV CR 442/76, Legalis.

Na ogół zgodnie w doktrynie prawa medycznego przyjmuje się, iż należała staranność rozumiana jest jako wymóg traktowania pacjenta w sposób sumienny, uważny i troskliwy¹¹⁶, do której lekarz jest zobowiązany we wszystkich podejmowanych przez siebie czynnościach. Warto przy tym podkreślić, że: „Popełnienie błędu w sztuce stanowi – w myśl art. 9 § 2 k.k. – niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach i może być podstawą przypisania lekarzowi odpowiedzialności karnej za dokonanie nieumyślnego czynu zabronionego”¹¹⁷. Konkludując, niedochowanie należytej staranności może skutkować popełnieniem błędu medycznego.

W zakresie obowiązków nie tylko samych lekarzy, ale również całego personelu medycznego pomocny okazuje się wyrok Sądu Najwyższego, który stanowi, że „do obowiązków personelu medycznego należy podjęcie takiego sposobu postępowania (leczenia), które gwarantować powinno, przy zachowaniu aktualnego stanu wiedzy i należytej staranności, przewidywalny efekt w postaci wyleczenia, a przede wszystkim nie narażenie pacjentów na pogorszenie stanu zdrowia”¹¹⁸.

Od pojęcia błędu medycznego odróżnić należy niepowodzenie medyczne, zwane również zdarzeniem niepożądanym¹¹⁹. Obydwa te pojęcia cechuje ujemny skutek dla zdrowia lub życia pacjenta. Różnią się one jednak postępowaniem lekarza, poprzedzającym zaistnienie zdarzenia. W przypadku błędu medycznego, lekarz nie przeprowadził terapii, diagnozy lub zabiegu w należyty sposób, z odpowiednią starannością i zgodnie z obecnym stanem wiedzy oraz umiejętnościami przeciętnie wymaganymi¹²⁰. A zatem popełniony został błąd, którego można było uniknąć, gdyby postępowano według powszechnie znanych zasad i reguł obowiązujących podczas przeciętnego procesu leczniczego¹²¹. Natomiast w kwestii niepowodzenia medycznego istnieje zawsze element ryzyka i okoliczności, których nie dało się przewidzieć, nawet przy zachowaniu szczególnej staranności ze strony lekarza. Konkludując, zdarzenie medyczne posiada pewne cechy losowości, niezależne od poczynąń lekarza, na które nie ma on wpływu, a których nie można było się domyślać. Do takich okoliczności można zaliczyć

¹¹⁶ J. Trnka, J. Dronik, R. Susło, A. Steciwko, *Staranność i rzetelność a lekkomyślność i niedbalstwo w pracy lekarza rodzinnego*, Przewodnik lekarza 2008, nr 1, s. 265-269.

¹¹⁷ A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 28.

¹¹⁸ Wyrok SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 287/09, LEX nr 786561.

¹¹⁹ A. Fiutak, [w:] *Medyczne prawo karne*, T. Gardocka, D. Jagiełło (red.), Warszawa 2016, s. 51.

¹²⁰ Z. Marek, *Sztuka leczenia a błąd medyczny*, [w:] *Medycyna u progu XXI wieku*, K. Imieliński (red.), Warszawa 1995, s. 83.

¹²¹ R. Kubiak, [w:] *Meritum Prawo medyczne*, J. Zajdel (red.), Warszawa 2016, s. 263-264.

choćby rzadko występujące powikłania lub inne niespodziewane reakcje organizmu¹²².

Rozważając, czy błąd medyczny istotnie miał miejsce, czy też zaistniało niepowodzenie medyczne, przydatne okazuje się rozważenie trzech zasadniczych pytań, które są podstawą opiniowania o błędzie medycznym¹²³:

- czy istnieje związek przyczynowy pomiędzy niewłaściwym postępowaniem lekarza a negatywnym skutkiem?
- czy właściwe postępowanie prawdopodobnie wykluczyłoby zaistnienie negatywnego skutku?
- czy lekarz miał możliwość taki skutek przewidzieć i mu zapobiec?

Dopiero po przeanalizowaniu okoliczności faktycznych oraz udzieleniu twierdzących odpowiedzi na powyższe pytania można rozważać zaistnienie błędu medycznego. W dalszej kolejności należy określić jakiego rodzaju był to błąd¹²⁴.

4. BŁĄD DECYZYJNY

Błąd decyzyjny należy do najczęściej popełnianych błędów medycznych. Jednocześnie niesienie za sobą najpoważniejsze skutki dla zdrowia i życia pacjenta, ponieważ pojawia się już na samym początku procesu leczniczego, a mianowicie w trakcie stawiania diagnozy, co niejednokrotnie implikuje powstanie szeregu kolejnych błędów. Błąd decyzyjny związany jest przede wszystkim z nieprawidłowym rozpoznaniem chorób, w następstwie czego przyjmowane są błędne strategie terapeutyczne¹²⁵. W literaturze błąd ten utożsamiany jest również błędem diagnostycznym i błędem terapeutycznym.

Istotnym elementem błędu decyzyjnego jest także – podobnie zresztą jak w przypadku wszystkich rodzajów błędów – postępowanie wbrew nakazom doktryny medycznej i ogólnie przyjętym procedurom medycznym. Najczęstszą przyczyną tego rodzaju błędów jest nie tylko brak odpowiedniej wiedzy lub umiejętności, lecz niewłaściwe postępowanie lekarza objawiające się przede wszystkim w zaniechaniu przeprowadzenia dobrego wywiadu z pacjentem, co stanowi podstawowy element praktyki lekarskiej, bez którego nie może zostać postawiona odpowiednia diagnoza ani tym bardziej przeprowadzony prawidłowy proces leczniczy.

¹²² Z. Marek, *Niepowodzenie i błąd medyczny – dwa niezwykle przypadki*, Warszawa 1991, s. 37.

¹²³ Z. Marek, *Błąd medyczny...*, s. 43.

¹²⁴ Z. Marek, E. Plac-Bobula, *Klasyfikacja błędu medycznego*, Warszawa 1994, s. 65.

¹²⁵ Z. Marek, *Błąd medyczny...*, s. 47.

Innym, równie częstym powodem błędu decyzyjnego jest zaniechanie przeprowadzenia badań pomocniczych: zarówno aparaturowych jak i ambulatoryjnych. Brak dostatecznych informacji o stanie zdrowia pacjenta, jakich mogłoby dostarczyć przeprowadzenie dodatkowych badań niejednokrotnie wysoce utrudnia, a niekiedy wręcz całkowicie uniemożliwia lekarzowi wysnucie logicznych wniosków i postawienie właściwej diagnozy. Oprócz całkowitego zaniechania przeprowadzenia badań istnieje również ryzyko błędnego odczytania uzyskanych wcześniej wyników badań.

Konieczne jest zatem, aby logiczny wniosek oraz wynikająca z niego diagnoza, postawiona była na podstawie rzetelnie przeprowadzonych, gruntownych badań pacjenta. Nawet jeśli w dalszym toku postępowania leczniczego okaże się, iż postawiona początkowa diagnoza była błędna, to musi ona pozostawać w ścisłym, logicznym związku z przeprowadzanymi badaniami. Nie można bowiem oczekiwać, iż lekarz postawi od początku prawidłową diagnozę, jeśli wyniki gruntownie i prawidłowo przeprowadzonych badań sugerują odmienne schorzenie. Warunkiem tego, aby można było uznać, iż lekarz dopełnił w należyty sposób swoich obowiązków jest przeprowadzenie badań pomocniczych, a następnie rzetelna i szczegółowa analiza ich wyników, zakończona wysnuciem logicznych wniosków i postawieniem diagnozy, najlepiej odpowiadającej uzyskanym wynikom badań i objawom.

O wystąpienie błędu decyzyjnego nietrudno w sytuacjach wymagających podjęcia szybkiego działania. Poparte prawidłowym tokiem myślowym czynności mogą zaważyć o sukcesie dalszego postępowania medycznego. Błędy związane z pochopnym i nieodpowiednim działaniem lub jego zaniechaniem, spotykane są często w specjalnościach wymagających natychmiastowego podejmowania decyzji – m.in. w medycynie ratunkowej, chirurgii, anestezjologii. Niewłaściwa reakcja lekarza w początkowym etapie procedury leczniczej może zakończyć się nawet śmiercią pacjenta, czemu dowodzi poniższy przypadek.

Zespół pogotowia ratunkowego, z lekarzem specjalistą anestezjologii w składzie, otrzymał zgłoszenie o dwudziestoletnim mężczyźnie leżącym na poboczu ulicy, obok przystanku tramwajowego. Po dotarciu na miejsce, lekarka stwierdziła, iż jego ciśnienie tętnicze krwi oraz tętno były w normie. Jej zdaniem, intensywny zapach alkoholu wyczuwalny z ust nieprzytomnego mężczyzny, uzasadniał rozpoznanie u niego stanu nietrzeźwości. Został zbadany na poboczu drogi i odesłany przez lekarzkę radiowozem policyjnym do izby wytrzeźwień. Pomimo braku przytomności pacjenta, zespół pogotowia nie zdecydował się odwieźć go do szpitala na obserwację.

Po trzygodzinnym pobycie w izbie wytrzeźwień, pacjent zmarł wskutek rozwiniętej niewydolności krążeniowo-oddechowej. Sekcja zwłok wykazała ostre zatrucie alkoholem etylowym, przy stężeniu 3,3 promila we krwi oraz 3,2 promila w moczu. W toku postępowania przygotowawczego stwierdzono, iż chory wymagał leczenia szpitalnego, czego zaniechano bez merytorycznego uzasadnienia.

Ostre zatrucie alkoholem etylowym jest stanem mogącym doprowadzić do wystąpienia poważnych objawów, a w efekcie nawet śmierci pacjenta. Za dawkę etanolu toksyczną dla człowieka przyjmuje się >50 mg/dl zawartości alkoholu w wydychanym powietrzu, co odpowiada jego stężeniu we krwi $>0,5$ promila. Przy stężeniu około 3 promili mogą wystąpić głęboka śpiączka, hipoglikemia, drgawki – zatem stany wymagające obserwacji szpitalnej chorego. Niekiedy niezbędne jest monitorowanie EKG ze względu na wystąpienie bradykardii (spowolnienie akcji serca <60 uderzeń/minutę)¹²⁶. Konieczne może okazać się ułożenie pacjenta w pozycji bezpiecznej w celu zabezpieczenia go przed zachłyśnięciem własnymi wymiocinami. W szczególnie ciężkich przypadkach, może być wymagana hemodializa zapewniająca przyspieszenie eliminacji etanolu z krwi pacjenta¹²⁷.

W opisanym przypadku, błędem decyzyjnym okazało się nieprawidłowo podjęte działanie ze strony lekarza anestezjologa w zespole pogotowia ratunkowego. Zabranie pacjenta policyjnym radiowozem na izbę wytrzeźwień, pozbawiło go szansy na uratowanie życia w dobrze rokującym stanie, jakim jest ostre zatrucie alkoholem etylowym. Odesłanie pacjenta do szpitala karetką oraz jego hospitalizacja, zapewniłyby mu odpowiednią opiekę i obserwację ze strony wykwalifikowanego personelu medycznego. Pomimo odpowiednich kwalifikacji, lekarka nie wiedziała, że zatrucie etanolem może doprowadzić do zagrażającej życiu niewydolności krążeniowo-oddechowej, która wymaga intensywnego leczenia.

5. BŁĄD WYKONAWCZY

Kolejnym omawianym rodzajem błędu jest błąd wykonawczy polegający na nieprawidłowym wykonaniu prawidłowych zleceń diagnostycznych oraz terapeutycznych¹²⁸. „Warunkiem uznania błędu za wykonawczy jest wykazanie, że wszystkie szkody poniesione przez chorego były wynikiem nieprawidłowego

¹²⁶ S. Konturek, *Fizjologia człowieka – podręcznik dla studentów medycyny*, Wrocław 2007, s. 167.

¹²⁷ A. Szczeklik i wsp., *Interna Szczeklika 2015*, Kraków 2015, s. 1255.

¹²⁸ Z. Marek, *Błąd medyczny...* op. cit, s. 81.

wykonania prawidłowego zlecenia, przez fachowych pracowników opieki zdrowotnej, współpracujących z lekarzem”¹²⁹. W przypadku, gdyby błąd tego rodzaju popełnił lekarz, który pracuje samodzielnie, wówczas może następować kumulacja dwóch błędów: decyzyjnego i wykonawczego.

Sytuacja taka może mieć miejsce podczas dokonywania różnorodnych czynności związanych z procesem leczniczym. Główną jego przyczyną jest brak posiadania dostatecznych umiejętności niezbędnych podczas wykonywania określonych czynności.

Błąd wykonawczy najczęściej objawia się poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie zalecanego zabiegu operacyjnego lub badania diagnostycznego, analizy biochemicznej, wadliwego oznaczenia grupy krwi albo błędnego wykonania zabiegu pielęgniarstwa niezbędnego dla prawidłowego przebiegu procesu rehabilitacji. A zatem ten rodzaj błędu medycznego dotyczy nie tylko samych lekarzy, ale całego zespołu personelu medycznego, którego zadaniem jest wykonywanie poleceń lekarza. Do personelu pomocniczego, który jest najbardziej narażony na popełnienie błędu wykonawczego, można zaliczyć: chemików, biologów, osoby obsługujące aparaturę medyczną lub rehabilitantów *etc.* Niejednokrotnie to właśnie od ich umiejętności, dokładności i rzetelności zależy prawidłowy przebieg całego procesu leczenia, a w konsekwencji często zdrowie i życie pacjenta.

Błąd wykonawczy może przejawiać się nie tylko poprzez nieprawidłowy proces diagnostyczny, ale również przez niewłaściwe wykonywanie roztworów leków lub podawanie leków już gotowych w niewłaściwych dawkach albo wręcz w ogóle podanie do zażycia pacjentowi innego specyfiku od tego zalecanego przez lekarza. Wynikający z takiej sytuacji przykład błędu wykonawczego został opisany poniżej.

Przed pobraniem wycinka błony śluzowej szyjki macicy, lekarz zlecił pielęgniarkę przygotowanie roztworu lidokainy, w celu miejscowego znieczulenia badanej okolicy. Pielęgniarka pomyliła się, przygotowując roztwór o stężeniu 10-krotnie wyższym, niż zalecane. Lekarz w dobrej wierze wstrzyknął nieprawidłowo sporządzony lek, zaś pacjentka zmarła. Orzekający sąd, odpowiedzialnością za śmierć chorej obciążył pielęgniarkę, ponieważ to jej obowiązkiem było odpowiednie przygotowanie roztworów leków do wstrzyknięć. Lekarz nie ponosił za to odpowiedzialności skutkiem czego został przez sąd uniewinniony.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 81.

Lidokaina jest substancją o działaniu miejscowo znieczulającym. Stosowana jest również jako lek antyarytmiczny. W przypadku zbyt wysokiego stężenia osocznego lidokainy, pojawiają się objawy przedawkowania leku. Dotyczą one głównie ośrodkowego układu nerwowego oraz układu krążenia. Najgroźniejszymi powikłaniami są zatrzymanie oddechu i krążenia włącznie, stanowiące bezpośrednie zagrożenie życia chorego. Zatrzymanie krążenia jest wskazaniem do natychmiastowego podjęcia czynności resuscytacyjnych.¹³⁰

W opisanym przypadku, błędem wykonawczym było sporządzenie roztworu lidokainy o nieprawidłowym, zbyt wysokim stężeniu. Niepoprawnie przygotowany preparat leku okazał się być trucizną dla pacjentki.

6. BŁĄD ORGANIZACYJNY

Błąd organizacyjny przejawiać się może na wielu płaszczyznach. Jego cechą charakterystyczną jest okoliczność, iż skutki podjętej terapii mogły nie być bezpośrednio zależne od decyzji lekarzy prowadzących pacjenta. Pod tym pojęciem należy rozumieć błędne decyzje związane z funkcjonowaniem szpitala, personelu lub zespołu, podejmowane przez kierowników tych jednostek, np. ordynatorów, szefów laboratoriów, kierowników zespołów operacyjnych. Na szczepie najbardziej ogólnym, błąd organizacyjny może zostać popełniony nawet przez kierowników właściwych resortów¹³¹.

Podział błędu organizacyjnego na trzy kategorie został zaproponowany przez Zdzisława Marka, który wyróżnił następujące rodzaje błędów organizacyjnych¹³²:

- błąd zaistniały wskutek niepoprawnej pracy zespołu, powstałej w związku ze złą organizacją przez właściwego kierownika rytmu pracy lub wykonywania zleceń;
- błąd w postaci wadliwego przechowywania leków, nieprawidłowego oznaczenia, niewłaściwa sterylizacja narzędzi, brak sterylności opatrunków, narzędzi;
- błąd powstały na najwyższym szczeblu organizacji działalności szpitali, ich przygotowania na czas epidemii, katastrof *etc.*

Do błędu organizacyjnego zalicza się także zostawienie przez zespół operacyjny ciała obcego w operowanym polu.

¹³⁰ W. Kostowski, Z. Herman, *Farmakologia – podstawy farmakoterapii*, tom I, Warszawa 2004, s. 625.

¹³¹ K. Jaegermann, Z. Marek, E. Baran, *Błąd organizacyjny w służbie zdrowia*, Warszawa 1982, s. 23.

¹³² Z. Marek, *Błąd medyczny...*, s. 91-93.

Błąd organizacyjny może przybierać różnorakie formy, jednak niemal zawsze przejawia się on nie poprzez podjęcie złej decyzji przez lekarza w procesie terapeutycznym lub nieprawidłowe wykonanie prawidłowego zlecenia, lecz objawia się złym zorganizowaniem pracy całego zespołu medycznego, skutkiem czego powstają nieporozumienia i zaniedbania, które doprowadzają do zaistnienia błędu organizacyjnego. W tym przypadku niełatwo jest znaleźć osobę odpowiedzialną za zaistniały stan faktyczny, bowiem na stan faktyczny składa się cały szereg zdarzeń, które do niego doprowadziły.

Błąd organizacyjny objawia się na wiele sposobów, w różnych aspektach procesu leczniczego. Do tej kategorii błędu zaliczać się będzie z pozoru niegroźne zaniedbanie w postaci niedopatrzeń w niechlujnie prowadzonej dokumentacji¹³³, co w efekcie może doprowadzić do postawienia błędnej diagnozy lub kontroli i nadzoru nad przebiegiem procesu leczenia, a w konsekwencji również błędu decyzyjnego.

Należy przy tym zasygnalizować istnienie kilku rodzajów odpowiedzialności lekarza, która dzieli się na odpowiedzialność karną, cywilną oraz zawodową. W przypadku odpowiedzialności karnej, lekarz będzie mógł ponosić odpowiedzialność na zasadach ogólnych, w oparciu o przepis art. 160 k.k. („Kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”) oraz 162 k.k. („Kto człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie udziela pomocy, mogąc jej udzielić bez narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”).

W odniesieniu do odpowiedzialności cywilnej, to głównym jej źródłem jest przepis art. 415 k.c. („Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia”), który dotyczy zarówno szkody materialnej, którą poniósł pacjent, jak również niemajątkowej. Należy przy tym podkreślić, iż inaczej kształtuje się odpowiedzialność lekarza prowadzącego prywatną praktykę lekarską oraz pracującego w ramach publicznej placówki. W pierwszym przypadku leczenie pacjenta przebiega w ramach umowy o świadczeniu usług leczniczych (art. 750 k.c.) albo umowy zlecenia (art. 734 k.c.). zarówno w przypadku umowy o świadczenie usług jak i umowy zlecenia, kluczowa pozostaje kwestia

¹³³ Problematyka rzetelnie prowadzonej dokumentacji jest zagadnieniem skomplikowanym, ponieważ ze względu na rolę jaką odkrywała wadliwa dokumentacja w związku z zaistnieniem błędu medycznego, wadliwa dokumentacja może być kwalifikowana jako błąd organizacyjny albo błąd formalny.

winy lekarza, rozumianej jako brak dochowania należytej staranności¹³⁴. Natomiast w przypadku, gdy lekarz jest zatrudniony przez publiczny zakład opieki zdrowotnej, wówczas tenże zakład odpowiada za szkody wyrządzone przez lekarza. Jednakże zakładowi przysługuje roszczenie regresowe wobec lekarza (art. 376 k.c.).

Natomiast odpowiedzialność zawodowa lekarzy sprowadza się do odpowiedzialności przed lekarskim samorządem zawodowym za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki zawodowej, a także naruszenia innych przepisów prawa zawiązanych z wykonywaną przez nich pracą¹³⁵.

Kolejnym przykładem wadliwej organizacji zespołu medycznego jest nieodpowiednie przechowywanie i oznaczanie leków, przez co pacjentowi mogą zostać podane zupełnie inne medykamenty niż zalecił lekarz albo pomyłona zostanie ich dawka.

Natomiast w najbardziej ogólnym stopniu organizacji działalności leczniczej błąd tego rodzaju obejmuje nieprzystosowanie całych placówek do epidemii, zła organizacja ochrony zdrowia w skali kraju i tym podobne działania, które mają wpływ na jakość świadczonych usług opieki zdrowotnej.

Przykład błędu organizacyjnego stanowi niewłaściwe zarządzenie ordynatora pewnego oddziału ginekologicznego, które doprowadziło do brzemiennego skutkach niezrozumienia personelu szpitalnego. Według ustalonej dyrektywy, nadzór nad liczeniem narzędzi chirurgicznych podczas i po operacji, oprócz pielęgniarki-instrumentariuszki, sprawował również asystujący przy operacji chirurg i salowa.

Podczas dwóch operacji, przeprowadzonych przez ten sam zespół, w jamie otrzewnowej dwóch pacjentek pozostawiono gazowe chusty. Przeoczone podczas liczenia ciało obce, doprowadziło do rozwoju zapalenia otrzewnej, które u jednej z pacjentek zakończyło się śmiertelnymi powikłaniami.

W opisanym przypadku otrzymano efekt dywergencji obowiązków personelu. Kompetencje chirurga i salowej, poszerzone zostały dodatkowo o pracę wykonywaną klasycznie jedynie przez instrumentariuszkę. Taki rozdział doprowadził do niewłaściwego określenia odpowiedzialności poszczególnych pracowników. Wykonywanie tej samej czynności przez kilka osób, zamiast pogłębić współpracę zespołu - wyklucza czyjąkolwiek odpowiedzialność. Niewłaściwa

¹³⁴ Dochowanie należytej staranności nie może jednak zawsze gwarantować osiągnięcia pożądanego rezultatu.

¹³⁵ R. Szostak, M. Kozak, *Odpowiedzialność karna za błędy w sztuce medycznej*, Studia Prawno-ustrojowe 2014, nr 25, s. 121.

organizacja pracy, a w efekcie – zatarcie jasnej granicy odpowiedzialności konkretnych osób, doprowadziły nie tylko do dwukrotnego pozostawienia ciał obcych w operowanym polu, ale również do śmierci jednej z pacjentek.

7. ZAKOŃCZENIE

Problematyka błędów medycznych należy do jednych z najtrudniejszych zagadnień zarówno z punktu widzenia prawa jak i medycyny. Dotyczą one bowiem najważniejszych dóbr każdego człowieka jakimi są bez wątpienia życie i zdrowie. Błędy medyczne nieodzownie związane są z szkodą wyrządzoną pacjentowi oraz związanym z tym poczuciem krzywdy, której – jak się niejednokrotnie wydaje – można było uniknąć. Z drugiej zaś strony *erratum humanum est*.

Poruszając zagadnienie błędów medycznych należy pamiętać o tym, że od lekarza nie można wymagać nieomyślności w przedmiocie podejmowanych decyzji i terapii, jednakże bezwzględnie jest on zobowiązany do zachowania należytej staranności, a nawet wyższej niż przeciętna z uwagi na częstą nieodwracalność skutków podejmowanych przez zespół medyczny działań. Zobowiązanie to nie powinno jednak ograniczać się jedynie do samych lekarzy, ale do wszystkich członków personelu medycznego, który jest w stanie zapewnić pacjentowi należytą opiekę i terapię, jedynie wtedy gdy każdy jego uczestnik starannie wywiązuje się ze swoich obowiązków.

BIBLIOGRAFIA

I. Literatura:

1. A. Fiutak, [w:] *Medyczne prawo karne*, T. Gardocka, D. Jagiełło (red.), Warszawa 2016.
2. A. Fiutak, *Prawo medyczne w orzecznictwie z komentarzem*, Warszawa 2012.
3. K. Jaegermann, Z. Marek, E. Baran, *Błąd organizacyjny w służbie zdrowia*, Warszawa 1982.
4. S. Konturek, *Fizjologia człowieka – podręcznik dla studentów medycyny*, Wrocław 2007.
5. W. Kostowski, Z. Herman, *Farmakologia – podstawy farmakoterapii*, tom I, Warszawa 2004.
6. R. Kubiak, [w:] *Meritum Prawo medyczne*, J. Zajdel (red.), Warszawa 2016.
7. A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998.
8. Z. Marek, *Błąd medyczny: odpowiedzialność etyczno – deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007.
9. Z. Marek, *Niepowodzenie i błąd medyczny – dwa niezwykle przypadki*, Kraków 1991.
10. Z. Marek, E. Plac-Bobula, *Klasyfikacja błędu medycznego*, Warszawa 1994.
11. Z. Marek, *Sztuka leczenia a błąd medyczny*, [w:] *Medycyna u progu XXI wieku*, K. Imieliński (red.), Warszawa 1995;
12. L. Podciechowski, A. Królikowska, P. Hincz, Wilczyński J., *Organizacyjny błąd medyczny*, Perinatologia, Neonatologia i Ginekologia 2009, t. 2, z. 4.
13. A. Seyda, *Dzieje medycyny w zarysie*, Warszawa, 1965.
14. M. Skulimowski, *Pierwsze ustawy Wydziału Lekarskiego Uniwersytetu Krakowskiego z roku 1469*, Kraków 1960.
15. A. Szczeklik i wsp., *Interna Szczeklika 2015*, Kraków 2015.
16. R. Szostak, M. Kozak, *Odpowiedzialność karna za błędy w sztuce medycznej*, Studia Prawno-ustrojowe 2014, nr 25.
17. W. Szumowski, *Historia medycyny filozoficznie ujęta*, Kęty 2005.
18. J. Trnka, J. Dronik, R. Susło, A. Steciwko, *Staranność i rzetelność a lekkomyślność i niedbalstwo w pracy lekarza rodzinnego*, Przewodnik lekarza 2008, nr 1.
19. L. Wachholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, Kraków 1925.
20. L. Wachholz, *O formalnych przewinieniach lekarskich*, Przegląd lekarski 1898.

II. Orzecznictwo:

1. wyrok SN z dnia 1 kwietnia 1955 r., IV CR 39/54, OSNCK 1957, nr 1, poz. 7.
2. wyrok SN z dnia 8. Września 1972 r., I KR 116/72, OSNKW 1974, nr 2, poz. 26
3. wyrok SN z dnia 24 listopada 1976 r., IV CR 442/76, Legalis.
4. wyrok SN z dnia 1 lutego 2010 r., V CSK 287/09, LEX nr 786561.
5. wyrok SA w Poznaniu z dnia 2 marca 1993 r., I ACr 47/93, Legalis.
6. wyrok SA w Krakowie z dnia 9 marca 2001 r., I ACa 124/01, PS 2002, nr 10.

Rozdział 4. Odpowiedzialność cywilna lekarza w przypadku zabiegów z medycyny estetycznej

*mgr Paulina Szymańska vel Szymanek¹³⁶,
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego*

Streszczenie: Rosnąca popularność zabiegów z medycyny estetycznej przy jednoczesnym ustawowym braku ich uregulowania w polskim porządku prawnym, powoduje, że zagadnienie to ma istotne znaczenie dla odpowiedzialności cywilnej lekarza. Artykuł przedstawia pojęcie zabiegów z medycyny estetycznej, przesłanki ich dopuszczalności wypracowane w doktrynie i orzecznictwie, podstawy odpowiedzialności cywilnej lekarza oraz obszary, które najczęściej powodują odpowiedzialność lekarza (naruszenie obowiązku informacyjnego, wykonanie zabiegu przez osobę nieuprawnioną, wykorzystanie wadliwego preparatu). Analiza prowadzi do wniosku, że zabiegi z medycyny estetycznej powodują odpowiedzialność lekarza w wielu aspektach, a dla zapewnienia bezpieczeństwa pacjentów konieczne jest ustawowe uregulowanie świadczeń tego typu.

Summary: The increasing popularity of aesthetic interventions with lack of their statutory regulations under the Polish law makes it an important aspect of the civil liability of the physician. The article presents the definition of aesthetic interventions, the grounds for their admissibility presented in Polish doctrine and case law, aspects which are the most likely to cause the civil liability of the physician (negligence of duty to inform patient, performing the intervention by unauthorized person, use of faulty substance). The analysis leads to the conclusion that aesthetic medicine may cause the civil liability of the physician in various aspects and that to ensure the safety of patients, it is necessary to regulate the provision of this kind of medical interventions.

Słowa kluczowe: medycyna estetyczna, chirurgia plastyczna, odpowiedzialność cywilna lekarza

1. WSTĘP

Obecnie możemy zaobserwować wzrost zainteresowania zabiegami z medycyny estetycznej. Ingerencje te są coraz łatwiej dostępne. Spada również ich cena, co niejednokrotnie związane jest z tym, że są one często wykonywane przez

¹³⁶ Doktorantka w Instytucie Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

osoby nieposiadające odpowiednich kwalifikacji, czy też przy użyciu preparatów niespełniających wymaganych standardów.

Zagadnienie to ma istotne znaczenie w kontekście odpowiedzialności lekarza udzielającego świadczenia tego typu. Celem niniejszego opracowania jest zwrócenie uwagi na zagadnienie odpowiedzialności cywilnej lekarza w przypadku zabiegów z medycyny estetycznej zarówno w kontekście jej podstaw oraz zakresu, jak i obszarów, w których najczęściej dochodzi do naruszenia praw pacjentów poddających się tym interwencjom. Przybliżone zostanie również samo pojęcie ingerencji tego typu oraz przesłanki dopuszczalności ich przeprowadzania.

2. POJĘCIE I GENEZA ZABIEGÓW Z MEDYCYNY ESTETYCZNEJ

Zabiegi z medycyny estetycznej stanowią bardzo różnorodną grupę świadczeń medycznych. Są to zarówno zabiegi o stosunkowo niewielkim stopniu ingerencji (peelingi chemiczne, stosowanie wypełniaczy tkankowych itp.), jak i inwazyjne operacje plastyczne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że ingerencje mające na celu poprawę wyglądu pacjenta przeprowadza się zarówno w przypadku zabiegów o charakterze rekonstrukcyjnym, czy usuwającym wadę wrodzoną, jak i jedynie w celu *stricte* upiększającym (na przykład powiększenie piersi). Pierwsze z tych zabiegów określa się w literaturze prawniczej jako zabiegi estetyczno-lecznicze, drugie natomiast jako zabiegi czysto estetyczne¹³⁷. W pierwszym z wymienionych przypadków będą to ingerencje o charakterze leczniczym, w drugim natomiast będą one miały cel wyłącznie nieterapeutyczny. Jedynie ostatni z wymienionych przypadków będzie przedmiotem niniejszego opracowania.

Ze względu na brak celu leczniczego, zabiegi z medycyny estetycznej nie są objęte wprost zakresem zastosowania ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Powyższe regulacje prawne posługują się pojęciem „świadczenia zdrowotnego” i odsyłają w tym zakresie do definicji zawartej w ustawie o działalności leczniczej. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l. świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Nie ulega więc wątpliwości, że świadczeniami zdrowotnymi są jedynie takie ingerencje, które mają cel leczniczy. Dlatego też zabiegi

¹³⁷ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 34.

z medycyny estetycznej jako nie mające charakteru terapeutycznego nie są świadczeniem zdrowotnym w powyższym znaczeniu¹³⁸.

Szczególną grupę zabiegów z medycyny estetycznej stanowią operacje plastyczne. Jako jedyne z tej grupy świadczeń są one przedmiotem odrębnej specjalizacji medycznej i, co do zasady, wykonują je chirurdzy plastycy. Natomiast interwencje o mniejszym spektrum ingerencji na przykład polegające na stosowaniu różnego rodzaju peelingów chemicznych, czy przy użyciu lasera (jednym z wielu jest tu depilacja laserowa) są często przeprowadzane przez lekarzy innych specjalizacji, a także kosmetyczki czy kosmetologów. Nie ulega wątpliwości, że wzrost liczby sporów sądowych jest wprost spowodowany coraz większą popularnością ingerencji tego typu, jednak wydaje się, że właśnie wykonywanie zabiegów często przez osoby niebędące lekarzami i nieposiadające odpowiedniego przeszkolenia może być obszarem powodującym największy wzrost liczby powództw odszkodowawczych.

Zagadnienie zabiegów z medycyny estetycznej jako problemu prawnego pojawiło się po pierwszej wojnie światowej, w szczególności w doktrynie i judykaturze francuskiej¹³⁹. Początkowo uznawane były one za niedopuszczalne. Uzasadniano to brakiem wskazań medycznych oraz faktem, że powyższe ingerencje były, ze względu na niewielką wiedzę medyczną w tym zakresie, obciążone znacznym ryzykiem¹⁴⁰. Stanowisko to szybko uległo jednak zmianie¹⁴¹ i obecnie nie budzi już wątpliwości. Należy podkreślić, że zabiegi z medycyny estetycznej

¹³⁸ Przedmiotem dyskusji w doktrynie było, czy wystarczające dla przyznania danej ingerencji medycznej przymiotu terapeutycznej jest fakt, że ma ona na celu usunięcie zmiany w organizmie, która, choć nie zaburza funkcjonowania, negatywnie wpływa na samocenę i samopoczucie pacjenta. Powyższe rozumienie koresponduje z definicją zdrowia zamieszczoną w preambule Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia („zdrowie jest stanem zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby lub ułomności”, Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r., Dz.U. z 1948 r., Nr 61, poz. 477). Należy jednak zaznaczyć, że zostało ono odrzucone jako zbyt szerokie (z wielu: E. Zielińska, *Aspekty prawnekarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, SI 1988, nr 16, s. 240, M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa-Poznań 1972., s. 9). Tytułem przykładu można wskazać tu definicję celu leczniczego zaproponowaną przez P. Daniluka, zgodnie z którą zabieg leczniczy ma miejsce, gdy „czynność lekarska w sposób zobiektywizowany skierowana jest na chorobę w sensie biologiczno – medycznym i zmierza do profilaktyki, diagnozy, terapii bądź rehabilitacji osoby dotkniętej jej skutkami” (P. Daniluk, *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, PiM 2005, nr 2, s. 46).

¹³⁹ Zob. szerzej M. Nesterowicz, *Aspekty prawne chirurgii estetycznej*, NP 1969, nr 4, s. 599-600.

¹⁴⁰ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2016, s. 259.

¹⁴¹ *Ibidem*, s. 260.

są przedmiotem odrębnych regulacji przykładowo w brytyjskim i francuskim porządku prawnym¹⁴².

W prawie polskim zabiegi te nie zostały odrębnie unormowane, w związku z czym, w doktrynie i orzecznictwie wykształciły się przesłanki dopuszczalności ingerencji tego typu. Różnią się one w zależności od opracowania, jednak najczęściej wymienia się aspekty takie jak: cel kosmetyczny, wykonanie zabiegu przez osobę będącą formalnie uprawnioną do przeprowadzenia zabiegu, zgodę pacjenta, a także brak ryzyka wyższego niż przeciętne¹⁴³.

Brak uregulowania tego typu ingerencji przy ich rosnącej popularności jest zjawiskiem bardzo niepokojącym, na które, jak wskazano powyżej, zareagowały już ustawodawstwa innych państw europejskich. Odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących świadczeń zdrowotnych wydaje się być tu niewystarczające. Dla zapewnienia pewności sytuacji prawnej lekarzy oraz przede wszystkim zagwarantowania bezpieczeństwa pacjentów, konieczne jest wprowadzenie ustawowych przesłanek dopuszczalności tego typu ingerencji. Opieranie się na wypracowanych doktrynalnie przesłankach nie jest w stanie tego zapewnić. Mogą one różnić się w zależności od opracowania, a tym samym nie tworzą wystarczająco pewnej podstawy do przeprowadzania ingerencji z medycyny estetycznej.

3. CHARAKTER PRAWNY UMOWY O PRZEPROWADZENIE ZABIEGU Z MEDYCYNY ESTETYCZNEJ

Umowa o wykonanie zabiegu z medycyny estetycznej należy do szerszej kategorii umów o świadczenie usług medycznych. W literaturze podkreśla się deficyt ochrony pacjenta jako konsumenta oraz znaczną nierówność pozycji stron tego typu umowy¹⁴⁴. Wydaje się, że aspekt ten jest widoczny szczególnie w przypadku zabiegów z medycyny estetycznej jako nieuregulowanych w jakikolwiek sposób w polskim porządku prawnym.

W doktrynie nie budzi wątpliwości, że umowa o świadczenie usług medycznych jest umową nienazwaną, do której stosuje się przepisy o zleceniu

¹⁴² W prawie brytyjskim odnoszą się do tego aspektu medycyny dokumenty wydane przez *General Medical Council – Guidance for doctors who offer cosmetic interventions* (http://www.gmc-uk.org/Guidance_for_doctors_who_offer_cosmetic_interventions_210316.pdf 65254111.pdf, 10.07.2017). Natomiast w prawie francuskim zabiegi z chirurgii plastycznej mają wyraźną regulację ustawową we francuskim *Code de la santé publique* (*Code de la santé publique version consolidée au 1 juillet 2017*, Légifrance).

¹⁴³ Por. M. Nesterowicz, *Prawo...*, s. 261-262, J. Ignaczewski, *Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003, s. 95, M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 108-112, A. Gubiński, *Czynności lecznicze, przerywanie ciąży, zabiegi kosmetyczne*, NP 1960, nr 6, s. 780.

¹⁴⁴ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 544.

(art. 750 k.c.)¹⁴⁵. Do jej zawarcia nie jest wymagana forma szczególna, jednak niekiedy jest ona zawierana w formie pisemnej¹⁴⁶. Stroną umowy tego typu może być zarówno lekarz prowadzący prywatną praktykę, jak i niepubliczny zakład opieki zdrowotnej, który oferuje usługi tego typu¹⁴⁷. W literaturze podkreśla się jednak, że oprócz powyższej umowy, konieczne jest także udzielenie poinformowanej zgody przez pacjenta¹⁴⁸. W przypadku gdy zabieg z medycyny estetycznej będzie miał charakter terapeutyczny i zostanie wykonany w ramach ubezpieczenia zdrowotnego (przykładem może być tu leczenie blizn pooparzeniowych, czy usunięcie znamienia barwnikowego w związku z podejrzeniem, że jest to nowotwór skóry), stosunek łączący pacjenta i podmiot udzielający świadczenia może mieć także charakter administracyjnoprawny¹⁴⁹.

W literaturze wskazuje się, że umowa o świadczenie usług medycznych ma charakter zobowiązania starannego działania¹⁵⁰. W odniesieniu do zabiegów z medycyny estetycznej rozważano jednak także uznanie tego typu zobowiązania za zobowiązanie rezultatu¹⁵¹. Mógłby za tym przemawiać fakt, że jest ono bardziej niż jakiekolwiek inne ukierunkowane na osiągnięcie określonego efektu w wyglądzie pacjenta. Od rozwiązania tego jednak, co do zasady, odstąpiono¹⁵². Pomimo to wskazuje się, że zabieg z medycyny estetycznej może mieć charakter zobowiązania rezultatu, jeżeli osoba udzielająca tego typu świadczenia wyraźnie zobowiąże się do osiągnięcia określonego rezultatu¹⁵³. W przypadku więc, gdy lekarz zobowiąże się do osiągnięcia rezultatu i go nie osiągnie, poniesie on odpowiedzialność¹⁵⁴.

Wydaje się, że stanowisko dotyczące charakteru zobowiązania o udzielenie świadczenia medycznego o charakterze wyłącznie estetycznym jako zobowiązania starannego działania zasługuje na aprobatę. Zabiegi te, podobnie jak

¹⁴⁵ Z wielu: E. Łętowska, *op.cit.*, s. 548, M. Nesterowicz, *Umowy o świadczenie usług medycznych* [w:] *System prawa prywatnego*, Z. Radwański, B. Kordasiewicz (red.), t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, W. Katner (red.), Warszawa 2015, s. 407.

¹⁴⁶ Tak też: M. Nesterowicz, *Umowy...*, s. 407.

¹⁴⁷ Zob. szerzej: *Ibidem*, s. 399-400.

¹⁴⁸ *Idem*, *Umowy...*, s. 401.

¹⁴⁹ E. Łętowska, *op.cit.*, s. 550.

¹⁵⁰ M. Nesterowicz, *Kontraktowa...*, s. 56.

¹⁵¹ M. Sośniak, *op.cit.*, s. 35.

¹⁵² M. Boratyńska, P. Konieczniak, *op.cit.*, s. 112.

¹⁵³ *Ibidem*, s. 112-113. Jednocześnie w literaturze wskazuje się, że możliwe jest ukształtowanie umowy o świadczenie usług medycznych jako zobowiązania rezultatu w przypadku prostych, rutynowych zabiegów, które nie stwarzają dla pacjenta podwyższonego ryzyka (zob. Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego – założenia ogólne i metodologiczne* [w:] *Instytucje Prawa Medycznego System Prawa Medycznego*, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2018, Legalis, nb. 40 i cytowana tam literatura).

¹⁵⁴ M. Nesterowicz, *Kontraktowa...*, s. 57.

ingerencji medyczne o charakterze leczniczym, zawsze są obarczone pewnym ryzykiem niepowodzenia i nie jest możliwe przewidzenie, czy, mając na uwadze indywidualne cechy każdego organizmu ludzkiego, zabieg zakończy się sukcesem. Dlatego też każdorazowe obciążanie lekarza odpowiedzialnością za wynik ingerencji byłoby nakładaniem na niego zbyt daleko idących obowiązków. Ze względu na zasadę swobody umów i autonomię woli stron nie jest wykluczone ukształtowanie tego typu umowy jako zobowiązania rezultatu. Jednak szczególnie przy operacjach plastycznych jest, moim zdaniem wątpliwe, by stało się to powszechną praktyką.

4. PODSTAWA ODPOWIEDZIALNOŚCI LEKARZA

Jak wskazano powyżej, podstawą udzielenia świadczenia o charakterze estetycznym jest łącząca strony umowa o usługi medyczne. Dlatego też lekarz będzie ponosił odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania na podstawie art. 471 k.c. W związku z powyższym konieczne jest rozważenie, w jaki sposób pacjent może dochodzić nie tylko odszkodowania, ale także zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Nie ulega wątpliwości, że większość, jeśli nie wszystkie szkody, jakich dozna pacjent w wyniku zakończonej niepowodzeniem ingerencji tego typu będzie miało charakter szkód na osobie. Mają one zarówno charakter majątkowy (rehabilitacja, koszty leczenia), jak i niemajątkowy (cierpienia fizyczne, czy dyskomfort psychiczny spowodowany oszpecceniem).

Zgodnie z poglądem dominującym w doktrynie szkodą w rozumieniu art. 361 k.c. jest jedynie uszczerbek o charakterze majątkowym¹⁵⁵. W związku z powyższym należy rozważyć, czy w przypadku odpowiedzialności *ex contractu* możliwe będzie dochodzenie zadośćuczynienia.

W literaturze wyrażono pogląd, że możliwe jest dochodzenie zadośćuczynienia także w przypadku odpowiedzialności kontraktowej. Wskazuje się, że zasada pełnej kompensacji szkody nie powinna ulegać ograniczeniu ze względu na to, czy poszkodowany dochodzi roszczeń kontraktowych, czy też deliktowych¹⁵⁶. Dlatego też na gruncie obowiązujących regulacji kodeksowych istnieją podstawy do przyznania zadośćuczynienia pieniężnego także w sytuacji, gdy w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dojdzie do naruszenia

¹⁵⁵ Z. Banaszczyk, *Komentarz do art. 361 k.c. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2015, Legalis.

¹⁵⁶ M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, M. Pyziak-Szafrnicka (red.), Kraków 2004, s. 266.

dóbr osobistych¹⁵⁷. W przypadku odpowiedzialności kontraktowej lekarza, odpowiedzialność ta będzie obejmowała także zadośćuczynienie za doznaną krzywdę¹⁵⁸. Podkreślono również, że w przyszłości stanowisko to okazać się słuszne systemowo ze względu na co raz większe urynkowienie usług medycznych¹⁵⁹. Wydaje się jednak, że przy przeważającym dziś stanowisku doktryny i orzecznictwa dochodzenie zadośćuczynienia w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z zakresu medycyny estetycznej w praktyce może okazać się znacznie utrudnione. Przemawia za tym również usytuowanie art. 445 k.c. oraz 448 k.c. wśród regulacji dotyczących czynów niedozwolonych.

Rozważana jest także możliwość zbiegu roszczeń z obu reżimów. Zgodnie z art. 443 k.c. okoliczność, że działanie lub zaniechanie, z którego szkoda wynikła stanowiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie istniejącego uprzednio zobowiązania, nie wyłącza roszczenia o naprawienie szkody z tytułu czynu niedozwolonego, chyba że z treści istniejącego uprzednio zobowiązania wynika co innego.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r.¹⁶⁰ stwierdzono, że w przypadku oparcia roszczenia na art. 471 k.c. brak jest, co do zasady, podstaw przyznania wierzycielowi zadośćuczynienia za doznaną krzywdę niemajątkową. Jednak niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania może stanowić także czyn niedozwolony jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz prawami pacjenta i rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą.

Powyższy wyrok stanowił przedmiot wielu wypowiedzi doktryny. Podkreślano, że odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa są uregulowane w polskim porządku prawnym oddzielnie, jednak niektóre zachowania będą wypełniały przesłanki obu reżimów, co spowoduje zbieg roszczeń. Rolą sądu jest dostrzegać takie sytuacje z urzędu i wtedy, gdy strona wnioskuje o zasądzenie na jej rzecz określonej kwoty tytułem zadośćuczynienia, wskazując na naruszenie dóbr osobistych, odwołać się do reżimu deliktowego¹⁶¹. Wyrażono jednak również pogląd, że nie każde wyrządzenie szkody niemajątkowej rodzi roszczenie o zadośćuczynienie, lecz tylko takie będące następstwem czynu niedozwolonego. W przypadku natomiast zajścia przesłanek zarówno odpowiedzialności kontraktowej,

¹⁵⁷ M. Sajjan, *Naprawienie...*, s. 277. Natomiast zdaniem M. Nesterowicza brak jest możliwości stosowania art. 445 i 448 k.c. do odpowiedzialności kontraktowej (M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne ex contractu i przy zbiegu z odpowiedzialnością ex delicto*, PiP 2007, nr 1, s. 23).

¹⁵⁸ M. Nesterowicz, *Umowy...*, s. 419.

¹⁵⁹ E. Łętowska, *op.cit.*, s. 551.

¹⁶⁰ Wyrok SN z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04, OSP 2006, nr 2, poz. 20.

¹⁶¹ K. Osajda, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r.*, II CK 300/2004, LEX nr 295930.

jak i deliktowej, poszkodowanemu przysługuje wybór tylko jednego z nich. Zdecydowanie się na dochodzenie odpowiedzialności *ex contractu* lub też *ex delicto* powoduje niemożność późniejszego wystąpienia z drugim z nich¹⁶². W literaturze wskazuje się jednak również, że wybór przez poszkodowanego jednego z roszczeń powoduje, że drugie z nich pozostaje bez biegu i wygasa ono w chwili, gdy poszkodowany uzyska pełne naprawienie szkody¹⁶³.

Podkreślenia wymaga, że w przypadku świadczeń zdrowotnych ustawodawca przewidział wyraźną podstawę normatywną dochodzenia zadośćuczynienia za naruszenie praw pacjenta enumeratywnie wymienionych w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta zarówno w reżimie odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej¹⁶⁴. Będzie miał tu zastosowanie art. 4 ust. 1 u.p.p. Zgodnie z powyższą normą prawną w razie zawinionego naruszenia praw pacjenta sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 k.c.

W literaturze wskazuje się, że „Znaczenie art. 4 ust. 1 u.p.p. polega na tym, że wskazuje on *expressis verbis* te naruszenia praw pacjenta, które przesądzają o naruszeniu dobra osobistego. W związku z tym pokrzywdzony nie musi udowadniać, że doszło do naruszenia prawnie chronionego dobra osobistego – wystarczy wskazać konkretne naruszenie praw pacjenta”¹⁶⁵. Takiego wyraźnego wskazania nie ma natomiast w przypadku zabiegów z medycyny estetycznej. W większości przypadków będzie miał, moim zdaniem, miejsce zbieg odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej ze względu na uszkodzenie ciała¹⁶⁶, czy też naruszenie dobra osobistego, jakim jest prawo do wyrażenia poinformowanej zgody na zabieg medyczny. Jednak również w tym zakresie widoczny jest deficyt ochrony pacjentów poddających się ingerencjom tego typu w stosunku do zabiegów terapeutycznych. Wydaje się, że najkorzystniejszym rozwiązaniem dla pacjentów byłoby wprowadzenie normy prawnej o tożsamej treści także w przypadku zabiegów z zakresu medycyny estetycznej.

¹⁶² J. Jastrzębski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 300/2004*, LEX nr 295929.

¹⁶³ M. Safjan, *Komentarz do art. 443 k.c.* [w:] *op. cit.*, K. Pietrzykowski (red.), Legalis.

¹⁶⁴ Zob. szerzej: M. Ciemiński, *Odszkodowanie za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności ex contractu*, Warszawa 2015, LEX.

¹⁶⁵ D. Karkowska, *Komentarz do ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, Warszawa 2016, LEX.

¹⁶⁶ Należy zaznaczyć, że w literaturze wyrażono pogląd, zgodnie z którym: „[S]zkoda na osobie (uszkodzenie ciała, rozstrój zdrowia, cierpienia fizyczne i krzywda moralna) będąca niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania jest zawsze czynem niedozwolonym” (M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, LEX).

5. OBSZARY, KTÓRE NAJCZĘŚCIEJ POWODUJĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNĄ LEKARZA

Zabiegi z medycyny estetycznej mogą powodować odpowiedzialność cywilną lekarza w wielu aspektach. Do tych najczęściej spotykanych należą: naruszenie obowiązku informacyjnego, wykonanie zabiegu przez osobę nieuprawnioną, przeprowadzenie interwencji niezgodnie ze standardami wiedzy medycznej oraz przy użyciu wadliwego preparatu.

Naruszenie prawa pacjenta do informacji jest obszarem, w którym często dochodzi do odpowiedzialności lekarza przeprowadzającego zabieg z medycyny estetycznej. Wiąże się to z rozszerzonym obowiązkiem informacyjnym przy ingerencjach tego typu. Jak wskazano w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 5 września 1980 r.¹⁶⁷, w przypadku operacji wykonywanej tylko i wyłącznie dla poprawy wyglądu zewnętrznego pacjenta, by zgoda mogła zostać uznana za udzieloną niewadliwie, pacjent musi zostać poinformowany o wszystkich, zarówno tych mniej, jak i bardziej możliwych do przewidzenia, skutkach zabiegu.

Uzasadnienia dla ograniczania zakresu obowiązku informacyjnego w przypadku zabiegów ratujących życie poszukuje się w obawie, że pacjent przytłoczony nadmiarem informacji przestraszy się i nie udzieli zgody na operację¹⁶⁸. Takiego ryzyka nie ma w przypadku zabiegu z zakresu medycyny estetycznej, ponieważ ingerencja ta nie ma na celu ratowania życia czy zdrowia pacjenta, a jedynie poprawę jego wyglądu. Odmowa poddania się operacji w wyniku przekazanych informacji nie wpłynie więc negatywnie na zdrowie pacjenta.

Powyższe stanowisko jest obecnie, co do zasady, ugruntowane¹⁶⁹. Pojawiają się jednak również głosy, że wprowadzanie odmiennego zakresu obowiązku informacyjnego w zależności od tego, czy ingerencja ma na celu ratowanie życia pacjenta, czy też nie ma do niej wskazań medycznych, może być w przypadku ograniczania informacji przy wykonywaniu zabiegów ratujących życie, przejawem paternalizmu medycznego oraz jest pozbawione podstaw prawnych¹⁷⁰. W mojej ocenie należy przychylić się do powyższego stanowiska. Wątpliwości może budzić także różnicowanie zakresu obowiązku informacyjnego w

¹⁶⁷Wyrok SN z dnia 5 września 1980 r., II CR 280/80, OSP 1981, nr 10, poz. 170.

¹⁶⁸ W wyroku z dnia 8 lipca 2010 r. (II CSK 117/10, LEX nr 602677) Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Nie można domagać się od lekarza, by uprzedzał pacjenta o wszelkich mogących wystąpić komplikacjach, zwłaszcza takich, które zdarzają się niezwykle rzadko, mając charakter incydentalny. Takie uprzedzenie mogłoby prowadzić do zbędnego pogorszenia się samopoczucia pacjenta i do bezpodstawnej odmowy wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu”.

¹⁶⁹Wyrok SA w Poznaniu z dnia 29 września 2005 r., I ACa 236/05, LEX nr 175206.

¹⁷⁰ P. Daniluk, *Obowiązek lekarza udzielenia pacjentowi informacji w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi*, PiM 2006, nr 3, s. 81, P. Sobolewski, *Zgoda hipotetyczna a zakres obowiązku informacyjnego*, [w:]

przypadku, gdy ten sam zabieg jest u jednej osoby wykonywany w celu leczniczym, u drugiej natomiast jedynie w celu upiększającym.

Odpowiedzialność lekarza może ponadto powodować wykonanie zabiegu przez osobę formalnie nieuprawnioną. Wielokrotnie wiąże się z tym przeprowadzenie ingerencji w sposób niezgodny z aktualną wiedzą medyczną. Nie jest jasne, kto jest uprawniony do wykonania zabiegu z medycyny estetycznej, w szczególności czy jest to jedynie lekarz posiadający specjalizację z chirurgii plastycznej, czy też ingerencje te mogą być także przeprowadzane przez inne osoby.

Wydaje się, że nie powinno budzić wątpliwości, że do wykonania operacji plastycznej wyłącznie uprawniony jest chirurg plastyk¹⁷¹. Pogląd taki został również wyrażony w doktrynie. Jest to związane z koniecznością posiadania specjalnych umiejętności i wiedzy, której nie mają lekarze innych specjalności, w tym chirurdzy ogólni.¹⁷² W mojej ocenie stanowisko to zasługuje na aprobatę. Ingerencje tego typu stanowią często duże obciążenie dla organizmu oraz wymagają bardzo specjalistycznej wiedzy medycznej. Natomiast w przypadku zabiegów o mniejszym stopniu ingerencji wydaje się, że zabieg taki może przeprowadzić także lekarz innej specjalności lub kosmetolog, o ile posiada on odpowiednie przeszkolenie oraz doświadczenie.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 1973 r. (niepubl.) wskazano, że zabieg operacji estetycznej nosa, oczu i szyi przeprowadzony przez chirurga ortopedę, który spowodował zaburzenie funkcji powiek i odpływu łez został wykonany w sposób nieprawidłowy, a wina pozwanego nie może być kwestionowana także z powodu przeprowadzenia zabiegu bez wymaganych kwalifikacji¹⁷³. W wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 13 października 2015 r.¹⁷⁴, zwrócono natomiast uwagę na posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia przez przeprowadzającego zabieg, który jednak nie musi być nie tylko chirurgiem plastykiem, ale także w ogóle lekarzem. W niniejszym stanie faktycznym doszło do poparzenia pacjentki podczas wykonywania zabiegu depilacji laserowej, który został przeprowadzony przez osobę z niewielkim doświadczeniem w wykonywaniu tego typu ingerencji oraz przed ukończeniem studiów kosmetologicznych.

Prawo wobec medycyny i biotechnologii: Zbiór orzeczeń z komentarzami, M. Safjan (red.), Warszawa 2011, s. 278, M. Boratyńska, P. Konieczniak, *op. cit.*, s. 251.

¹⁷¹ Tak też M. Nesterowicz, *Prawo...*, s. 262.

¹⁷² *Ibidem* s. 262.

¹⁷³ *Ibidem*, s. 262-263.

¹⁷⁴ Wyrok SO w Łodzi z dnia 13 października 2015 r., III Ca 683/15, LEX nr 2130578.

Ostatnim obszarem, w który może powodować odpowiedzialność lekarza jest użycie wadliwego preparatu. Będzie to miało miejsce, gdy lekarz wykorzysta substancję niedopuszczoną do obrotu¹⁷⁵, przeterminowaną lub przechowywaną przez niego w nieodpowiednich warunkach. W wielu przypadkach odpowiedzialność ponosić będzie producent, który dopuścił do obrotu preparat nie spełniający wymaganych norm. Tytułem przykładu można przywołać implanty piersi *Poly Implant Prothèse*, w których znajdował się silikon, niemający przeznaczenia medycznego¹⁷⁶. Implanty te mają zwiększoną, względem innych produktów tego typu, tendencję do wycieku silikonu albo pęknięcia¹⁷⁷. W tym przypadku będzie dochodziło jednak przede wszystkim do odpowiedzialności producenta tego typu wadliwego produktu¹⁷⁸. W mojej ocenie nie można jednak wykluczyć również odpowiedzialności lekarza, o ile wie on, że zastosowany przez niego produkt nie spełnia norm bezpieczeństwa i stwarza zagrożenie dla pacjenta. Konieczność weryfikacji produktu wynika tu z obowiązku należytej staranności ciążącego na lekarzu (art. 355 § 2 kc)¹⁷⁹.

6. ZAKOŃCZENIE

Odpowiedzialność cywilna lekarza w związku z wykonaniem zabiegu z medycyny estetycznej powstaje w wielu obszarach. Wydaje się, że korzystny wpływ na bezpieczeństwo pacjentów oraz zmniejszenie liczby sporów sądowych wpłynęłoby uregulowanie tego rodzaju zabiegów medycznych w połączeniu z wprowadzeniem nad nimi kontroli wykonywanej przez organy państwa lub samorząd lekarski.

Kolejnym aspektem, który wymaga wnikliwej analizy jest zagadnienie możliwości dochodzenia zadośćuczynienia w przypadku ingerencji tego typu.

¹⁷⁵ W prawie amerykańskim, zob. szerzej: E. Bagińska, *Odpowiedzialność cywilna za niekorzystne skutki silikonowych implantów piersi w systemie prawnym USA*, PiM 2002, nr 11, s. 48.

¹⁷⁶ <http://www.nhs.uk/Conditions/PIP-implants/Pages/Introduction.aspx>, 10.07.2017.

¹⁷⁷ *Poly Implant Prothèse (PIP) breast implants: final report of the Expert Group*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/146635/dh_134657.pdf, 10.07.2017, s. 13.

¹⁷⁸ W wyroku Sądu Najwyższego Hiszpanii z dnia 9 grudnia 2011 r. (RJ 2010,1408) wskazano, że nieprzedstawienie przez producenta implantów testów klinicznych, które potwierdzałyby brak toksyczności produktu stanowiło jego wadzie (M. Nesterowicz, *Przegląd orzecznictwa europejskiego w sprawach medycznych (w latach 2010-2013 – wybrane orzeczenia)*, PS 2014, nr 7-8, s. 209).

¹⁷⁹ Należy zaznaczyć, że w literaturze wskazuje się, że: „Na rozmiar wymaganej staranności powinien mieć też wpływ przedmiot świadczenia np. to, czy jest to życie lub zdrowie wierzyciela, jego dobra osobiste, przedmioty szczególnie wartościowe lub mające wartość kulturalną“ (W. Borysiak, *Komentarz do art. 355 kc [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, K. Osajda (red.), Warszawa 2018, Legalis, nb. 40).

W tym zakresie również istotne jest wprowadzenie wyraźnej podstawy ustawowej umożliwiającej dochodzenie zadośćuczynienia w przypadku odpowiedzialności *ex contractu*.

BIBLIOGRAFIA

I. Literatura:

1. E. Bagińska, *Odpowiedzialność cywilna za niekorzystne skutki silikonowych implantów piersi w systemie prawnym USA*, PiM 2002 nr 11;
2. Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego – założenia ogólne i metodologiczne*, [w:] *Instytucje Prawa Medycznego System Prawa Medycznego*, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2018, Legalis;
3. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001;
4. M. Ciemiński, *Odszkodowanie za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności ex contractu*, Warszawa 2015, LEX;
5. P. Daniluk, *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, PiM 2005, nr 2;
6. P. Daniluk, *Obowiązek lekarza udzielenia pacjentowi informacji w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi*, PiM 2006, nr 3;
7. A. Gubiński, *Czynności lecznicze, przerywanie ciąży, zabiegi kosmetyczne*, NP 1960, nr 6;
8. D. Karkowska, *Komentarz do ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, Warszawa 2016, LEX;
9. J. Ignaczewski, *Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003;
10. J. Jastrzębski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 300/2004*, LEX nr 295929;
11. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002;
12. M. Nesterowicz, *Aspekty prawne chirurgii estetycznej*, NP 1969, nr 4;
13. M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa-Poznań 1972;
14. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2016;
15. M. Nesterowicz, *Przegląd orzecznictwa europejskiego w sprawach medycznych (w latach 2010-2013 – wybrane orzeczenia)*, PS 2014, nr 7-8;
16. M. Nesterowicz, *Umowy o świadczenie usług medycznych* [w:] *System prawa prywatnego*, Z. Radwański, B. Kordasiewicz (red.), t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, W. Katner (red.), Warszawa 2015;
17. M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne ex contractu i przy zbiegu z odpowiedzialnością ex delicto*, PiP 2007, nr 1;
18. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, LEX;
19. K. Osajda, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 300/2004*, LEX nr 295930;
20. K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis;
21. K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis;

22. M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, M. Pyziak-Szafnicka (red.), Kraków 2004;
23. P. Sobolewski, *Zgoda hipotetyczna a zakres obowiązku informacyjnego*, [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii: Zbiór orzeczeń z komentarzami*, M. Safjan (red.), Warszawa 2011;
24. M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989;
25. E. Zielińska, *Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, SI 1988, nr 16.

II. Orzecznictwo:

1. wyrok SN z dnia 5 września 1980 r., II CR 280/80, OSP 1981, nr 10, poz. 170;
2. wyrok SN z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04, OSP 2006, nr 2, poz. 20;
3. wyrok SN z dnia 8 lipca 2010 r., II CSK 117/10, LEX, nr 602677;
4. wyrok SA w Poznaniu z dnia 29 września 2005 r., I ACa 236/05, LEX, nr 175206;
5. wyrok SO w Łodzi z dnia 28 października 2015 r., III Ca 683/15, LEX nr 2130578.

Rozdział 5. Outsourcing IT elektronicznej dokumentacji medycznej i jego wpływ na tajemnicę lekarską

Adrian Borys¹⁸⁰, Uniwersytet Wrocławski

Streszczenie: Artykuł prezentuje zagadnienie outsourcingu IT w zakresie przechowywania dokumentacji medycznej, z uwzględnieniem kwestii tajemnicy medycznej i odpowiedzialności za jej naruszenie. Z jednej strony, outsourcing danych osobowych pacjenta przyczyni się do usprawnienia ich przetwarzania, zapewniając możliwość przechowywania oraz korzystania z danych z poziomu systemu informatycznego, co jest nieodzowne ze względu na powszechną informatyzację różnych dziedzin życia. W przypadku danych pacjenta pojawia się jednak dodatkowo zagadnienie ochrony prawa podmiotowego pacjenta, jakim jest prawo do zachowania w tajemnicy informacji z nim związanych, co zostało szczegółowo przedstawione w artykule.

Summary: This article presents the issue of IT outsourcing for the storage of medical records, including the issue of medical confidentiality and liability for its violation. On the one hand, the outsourcing of patient's personal data will help improve their processing by providing the ability to store and use data from an IT system, which is indispensable in view of the widespread computerization of various areas of life. In the case of patient data, however, there is also an issue of the protection of the subject's right to privacy, which is the right to keep the information confidential, as detailed in the article.

Słowa kluczowe: tajemnica lekarska, prawa pacjenta, outsourcing IT, dokumentacja medyczna, odpowiedzialność cywilna, ochrona danych medycznych, sensytywne dane osobowe, informatyzacja w systemie opieki zdrowotnej

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Zagadnienie tajemnicy lekarskiej i odpowiedzialność za jej niezachowanie jest istotne z jednej strony ze względu na postępującą informatyzację systemu

¹⁸⁰ Doktorant w Zakładzie Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz aplikant radcowski w Okręgowej Izbie Radców Prawnych we Wrocławiu. Od strony naukowej zajmuje się przede wszystkim postępowaniem cywilnym, w szczególności postępowaniem dowodowym, prawem upadłościowym oraz prawem medycznym. Członek honorowy i były przewodniczący Studenckiego Koła Naukowego Prawa Biomedycznego.

opieki zdrowotnej, a z drugiej strony ze względu na fakt, iż w dzisiejszych czasach prawo do ochrony danych medycznych jest traktowane jako jedno z praw człowieka¹⁸¹. Stanowi ono prawo wolnościowe, tzn. jest pewnym rodzajem wolności, która podlega prawnej ochronie przed zewnętrzną ingerencją¹⁸². Prawo to charakteryzuje się powszechnością, trwałością i równością, a także niezbywalnością i naturalnym charakterem¹⁸³.

Pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego, wynika to z przepisu art. 13 u.p.p. Jest to jedno z podstawowych praw pacjenta¹⁸⁴, a jego odpowiednikiem po stronie lekarza jest obowiązek zachowania w tajemnicy informacji o pacjencie, które powziął w związku z wykonywaniem zawodu¹⁸⁵. Niedotrzymanie tego obowiązku przez lekarza prowadzi do naruszenia godności osobistej pacjenta¹⁸⁶, która jest jednym z dóbr osobistych. Dlatego naruszenie tajemnicy zawodowej lekarza może być traktowane jako naruszenie dóbr osobisty ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Zagadnienie tajemnicy lekarskiej i jej naruszenia jest ponadto istotne ze względu na wprowadzenie elektronicznej dokumentacji medycznej i outsourcing IT w tym zakresie. Od dnia 1 stycznia 2018 r. dokumentacja medyczna może być prowadzona jedynie w formie elektronicznej. Obowiązek ten wynika z przepisu art. 56 ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia¹⁸⁷. Należy podkreślić, że informatyzacja w podmiotach będących świadczeniodawcami usług medycznych, wiąże się między innymi z prowadzeniem dokumentacji medycznej w formie elektronicznej. To z kolei nakłada na te podmioty dużą odpowiedzialność związaną z przechowywaniem danych pacjentów. Dlatego, wdrożenie elektronicznej dokumentacji medycznej to dla placówki medycznej nie tylko wygody płynące z wykorzystania systemu informatycznego w codziennej pracy, ale i obowiązek archiwizowania danych w postaci elektronicznej na odpowiednio dostoi-

¹⁸¹ M. Jackowski, *Ochrona danych medycznych*, Warszawa 2002, s. 19.

¹⁸² Zob. szerzej na temat prawa wolnościowego: S. Wronkowska, Z. Ziębiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 113.

¹⁸³ M. Jackowski, *op.cit.*, s. 19-20.

¹⁸⁴ Z. Cnota, T. Grabowski, G. Gura, E. Kurowska, *Zasady i tryb ustalania świadczeń/roszczeń (odszkodowania i zadośćuczynienia) w przypadku zdarzeń medycznych*. Komentarz, Warszawa 2016, s. 56.

¹⁸⁵ R. Kubiak, *Prawo Medyczne*, Warszawa 2014, s. 210.

¹⁸⁶ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 30 grudnia 2013 r., I ACa 596/13, Legalis nr 998794.

¹⁸⁷ Ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1535 ze zm.), dalej: u.s.i.

sowanych do tego celu serwerach. Zagadnienia przechowywania i zabezpieczenia elektronicznej dokumentacji medycznej jest szczególnie istotne ze względu na wskazane już prawo pacjenta do tajemnicy danych medycznych.

2. TAJEMNICA LEKARSKA I ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNA ZA JEJ NARUSZENIE

Obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu, jest podstawowym obowiązkiem osób wykonujących każdy zawód medyczny, a zwłaszcza lekarzy. Wynika on z art. 40 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Regulacja ustawowa uzupełniona jest unormowaniami deontologiczno-etycznymi, w odniesieniu do lekarzy znajduje się w art. 23 k.e.l., który stanowi, że tajemnicą objęte są nie tylko informacje o pacjencie, ale także o jego otoczeniu¹⁸⁸.

Z obowiązkiem zachowania tajemnicy medycznej koresponduje prawo do poufności, które wynika z przepisów Kodeksu cywilnego, dotyczących ochrony dóbr osobisty (art. 23, 24 k.c. oraz art. 448 k.c.). Dla omawianego zagadnienia istotne znaczenie ma regulacja zawarta w ustawie o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Zgodnie z art. 13 u.p.p. pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego. W celu realizacji prawa, o którym mowa w art. 13 u.p.p., osoby wykonujące zawód medyczny są obowiązane zachować w tajemnicy informacje związane z pacjentem, w szczególności ze stanem zdrowia pacjenta, co z kolei wynika z art. 14 u.p.p.

Naruszenie tajemnicy lekarskiej pociąga za sobą konsekwencje cywilnoprawne, karne oraz zawodowe. Jeżeli chodzi o konsekwencje cywilnoprawne to mogą one mieć dwojaki charakter. Po pierwsze mogą mieć charakter majątkowy, a po drugie charakter niemajątkowy¹⁸⁹. Jeżeli chodzi o konsekwencje o charakterze majątkowym, to wiążą się one najczęściej z wyrządzeniem szkody wskutek ujawnienia określonych danych o pacjencie. Przykładowo, rozpowszechnienie informacji o określonym schorzeniu (w szczególności chorobie zakaźnej) może spowodować izolację społeczną takiej osoby, a w konsekwencji utratę pracy, a przez to rzeczywiste straty finansowe. W tym przypadku pacjent może dochodzić stosownego odszkodowania, pod warunkiem wystąpienia wszystkich ogół-

¹⁸⁸ R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 32.

¹⁸⁹ R. Kubiak, *Tajemnica ... op.cit.*, s. 78.

nych przesłanek odpowiedzialności cywilnej¹⁹⁰, tj. szkodę, winę oraz związek przyczynowy łączący zachowanie osoby udzielającej świadczeń zdrowotnych z powstałą szkodą.

Roszczenia majątkowe i niemajątkowe mogą powstawać także w związku z naruszeniem dóbr osobistych, a więc na podstawie wskazanego już art. 23 k.c. Wśród rodzajów dóbr osobistych, wymienionych w tym przepisie, nie zostało co prawda wskazane prawo do zachowania tajemnicy, ale wyliczenie zawarte w tym przepisie nie ma charakteru enumeratywnego. Na potrzebę ochrony sfery życia prywatnego jednostki rozumianej jako dobro osobiste wskazywał A. Szpunar, który twierdził, że nie jest wystarczające pośrednie zabezpieczenie tego dobra przy sposobności ochrony innych dóbr osobistych, np. czci, tajemnicy korespondencji. Wobec czego postulował, aby sfera życia prywatnego była odrębnie chroniona za pomocą art. 23 i 24 k.c., wskazując, że: „Każdy powinien sam decydować o tym, czy i w jakim zakresie udostępnia osobom trzecim wiadomości (zwłaszcza intymne) o swym życiu prywatnym”¹⁹¹. Stanowisko, zaprezentowane przez A. Szpunara zostało przyjęte również w judykaturze, gdzie podstawowe znaczenie ma wyrok z dnia 18 stycznia 1984 r., w którym Sąd Najwyższy wyraźnie opowiedział się za zaliczeniem do zbioru dóbr osobistych dóbr związanych „ze sferą życia prywatnego, rodzinnego, ze sferą intymności”¹⁹². Sąd Najwyższy uznał także, że „ochrona w tym zakresie może odnosić się do wypadków ujawnienia faktów z życia osobistego i rodzinnego, nadużywania uzyskanych informacji, zbierania w drodze prywatnych wywiadów informacji i ocen ze sfery intymności, aby je opublikować lub w inny sposób rozgłaszać”¹⁹³.

Jeśli zatem dojdzie do ujawnienia danych medycznych objętych tajemnicą lekarską, poszkodowany może wystąpić z roszczeniami przewidzianymi w art. 24 k.c. Zgodnie z którym ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności, ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pienię-

¹⁹⁰ Zob. szerzej M. Kaliński [w:] *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6*, A. Olejniczak (red.), Warszawa 2014, s. 34 i n.

¹⁹¹ A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 152

¹⁹² Wyrok SN z dnia 18 stycznia 1984 r., I CR 400/83, OSN 1984, nr 11, poz. 195.

¹⁹³ Ibidem.

żnej na wskazany cel społeczny. Natomiast jeżeli skutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych.

Co istotne, przedstawiona regulacja nie wymaga ustalenia winy osoby, która dopuściła się narażenia lub naruszenia dobra, przez co znacznie rozszerza pole ochrony. Ochrona ta zostaje dodatkowo wzmocniona przez zastosowanie domniemania bezprawności¹⁹⁴. Oznacza, to, że na tym, kto swoim działaniem doprowadził do zagrożenia dobra osobistego innej osoby lub jego naruszenia, spoczywa ciężar dowodu, że jego działanie nie było bezprawne¹⁹⁵. Dlatego, pacjent musi wykazać jedynie fakt, iż doszło przynajmniej do zagrożenia sfery jego prywatności poprzez ujawnienie danych medycznych¹⁹⁶. Natomiast podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych może bronić się udowadniając, że zagrożenie takie nie nastąpiło, ewentualnie może wykazywać, że co prawda doszło do ujawnienia danych medycznych, ale jego postępowanie nie było bezprawne¹⁹⁷. Bezprawność w tym przypadku będzie uchylać między innymi działanie na podstawie przepisu lub za zgodą uprawnionego.

Poszkodowanemu stosownie to przedstawionej regulacji przysługują dwa roszczenia. Po pierwsze, roszczenie o zaniechanie (charakter prewencyjny), gdy do naruszenia dobra osobistego jeszcze nie doszło, ewentualnie, gdy naruszenie to nastąpiło, ale ma ono charakter ciągły lub może się powtórzyć¹⁹⁸. A po drugie o dopełnienie czynności niezbędnych do usunięcia skutków naruszenia. Powyższe roszczenia mają charakter niepieniężny. Jednakże należy wskazać, iż naruszenie dóbr osobistych poprzez ujawnienie tajemnicy medycznej może uzasadniać również wystąpienie z roszczeniem pieniężnym, tj. domaganie się zapłaty zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, czyli cierpienia psychiczne, moralne. Podstawę prawną takiego roszczenia stanowi art. 448 k.c. Ustalenie wartości zadośćuczynienia zależne jest od indywidualnego przypadku i wymaga oceny całokształtu okoliczności sprawy. W sytuacji naruszenia prawa do prywatności, poprzez ujawnienie danych dyskretnych, na okoliczności te składać się będą np. rodzaj udostępnionych informacji oraz ich zakres, sposób ujawnienia, forma i stopień winy, zachowanie pracownika medycznego *post factum*¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Zob. M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz do artykułów 1-449*¹, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2005, s. 110.

¹⁹⁵ Zob. wyrok SO w Białymstoku z dnia 30 stycznia 2014 r., II Ca 1196/13, Legalis nr 1556484.

¹⁹⁶ R. Kubiak, *Tajemnica...*, s. 81.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ U. Drozdowska, *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007, s. 273

¹⁹⁹ R. Kubiak, *Tajemnica...*, s. 82.

3. OUTSOURCING – POJĘCIE, KONSTRUKCJA

Przed przejściem do szczegółowych rozważań dotyczących outsourcingu dokumentacji medycznej, należy pokrótce zdefiniować samo pojęcie outsourcingu, które wywodzi się z nauki o zarządzaniu. Outsourcing polega na wydzielaniu niektórych czynności podejmowanych w przedsiębiorstwie (co do zasady niezwiązane bezpośrednio z podstawową działalnością) i zlecaniu ich wykonywania zewnętrznym podmiotom, które co do zasady będą wykonywać dane procesy efektywniej²⁰⁰. Wśród podstawowych procesów przekazywanych podmiotą zewnętrznymi wskazuje się usługi prawnicze, usługi księgowe oraz usługi informatyczne. Outsourcing można rozpatrywać jako formę restrukturyzacji danego podmiotu, na poziomie strategicznym, w niektórych dziedzinach funkcjonowania podmiotu, jest on bowiem bardziej efektywną i skuteczną formą podporządkowania organizacyjnego²⁰¹. Realizacja niektórych funkcji poza strukturą danego podmiotu (outsourcing) może być realizowana jedynie w sytuacji, gdy istnieje możliwość skutecznego kontrolowania przez podmiot zlecający oraz gdy realizacja tych funkcji przez podmiot zewnętrzny będzie z jakiegoś względu bardziej optymalna²⁰². Wykorzystanie konstrukcji outsourcingu daje ponadto możliwość skupienia się na podstawnych, strategicznych celach danego podmiotu²⁰³.

Outsourcing IT w zakresie dokumentacji medycznej należy rozpatrywać w ramach instytucji powierzenia danych osobowych do przetwarzania. Należy wskazać, iż jest ona bardzo istotna ze względu na potrzeby i możliwości podmiotów działających na rynku usług medycznych. Dzięki wykorzystaniu outsourcingu IT, poprzez powierzenie przetwarzania danych osobowych, podmiot udzielający świadczeń medycznych nie musi samodzielnie przetwarzać danych osobowych pacjentów zawartych w dokumentacji medycznej, może skorzystać z usług świadczonych przez wyspecjalizowane podmioty – wykorzystać systemy teleinformatyczne stworzone przez te podmioty. Dana placówka medyczna nie musi posiadać w takim przypadku specjalnych serwerów. Istnienie tej instytucji powierzenia przetwarzania przyczyniło się do rozwoju rynku usług outsourcingowych z zakresu przetwarzania danych osobowych.

Instytucja powierzenia przetwarzania danych osobowych uregulowana w przepisie art. 28 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych²⁰⁴. Zgodnie

²⁰⁰ Zob. E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece zdrowotnej*, Warszawa 2018, s. 77.

²⁰¹ M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Warszawa 2001, s. 9.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu szpitalem publicznym*, Warszawa 2012, s. 13.

²⁰⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu

z przedstawioną regulacją, zawarcie oraz wykonanie umowy powierzenia danych nie wymaga zgody osób, których dane dotyczą²⁰⁵. Należy jednak pamiętać, iż RODO, stanowi akt prawny o charakterze generalnym, tzn. znajduje zastosowanie wszędzie tam, gdzie następuje przetwarzanie danych osobowych.

Ustawa z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1991) w całości zmieniła art. 24 u.p.p., dopuszczając możliwość powierzenia do przetwarzania danych osobowych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 4 u.p.p. podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych może zawrzeć umowę, o której mowa w art. 28 ust. 3 RODO, tj. właśnie umowę powierzenia danych osobowych do przetwarzania. Dopuszczenie możliwości powierzenia do przetwarzania danych medycznych nie oznacza uchylecia obowiązku zachowania tajemnicy mającej swoje źródło w art. 13 u.p.p. Wprost przeciwnie, zgodnie z art. 24 ust. 6 u.p.p. podmiot, któremu powierzono przetwarzanie danych osobowych medycznych jest obowiązany do zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem uzyskanych w związku z wykonywaniem umowy powierzenia. Co istotne, podmiot któremu powierzono dane osobowe medyczne jest również obowiązany do spełnienia wszystkich wymogów dotyczących ochrony danych osobowych, które nakłada na niego RODO oraz inne przepisy powszechnie obowiązujące. Należy do nich zaliczyć w szczególności obowiązek wdrożenia polityki bezpieczeństwa ochrony danych osobowych, jak również instrukcji zarządzania systemami informatycznymi. Zgodnie z art. 25 RODO administrator danych osobowych obowiązany jest wdrożyć odpowiednie środki zarówno techniczne jak i organizacyjne, w celu skutecznej realizacji zasad ochrony danych oraz w celu nadania przetwarzaniu niezbędnych zabezpieczeń. Administrator obowiązany jest do dołożenia należytej staranności w celu ochrony prawa osób, których dane dotyczą²⁰⁶, ze szczególnym uwzględnieniem ochrony proaktywnej i prewencyjnej²⁰⁷.

Zakaz przetwarzania danych medycznych w ramach dokumentacji medycznej zawierało nieobowiązujące już rozporządzenie Ministra Zdrowia z 21

takich danych oraz uchylecia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UL L 119, s. 1), dalej: RODO; dawniej problematykę tą regulował art. 31 ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm.).

²⁰⁵ Zob. szerzej: P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 341 i n.

²⁰⁶ M. Jagielski, M. Kasińska, P. Litwiński, P. Kawczyński, K. Wojsyk, A. Sieradzka, E. Bielak-Jomaa, K. Andres, *Ochrona danych osobowych medycznych*, Warszawa 2016, s. 11.

²⁰⁷ D. Lubasz, K. Witkowska-Nowakowska, [w:] *RODO Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Bielak-Jomaa E., Lubasz D. (red.), Warszawa 2018, s. 601.

grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania²⁰⁸. Gdyż zgodnie z § 44 tego rozporządzenia, dokumentacja wewnętrzna jest przechowywana w zakładzie, w którym została sporządzona. Oznaczało to, że dokumentacja medyczna nie mogła być archiwizowana poza terenem zakładu rozumianym w sensie strukturalnym (tj. jako zbiór jego jednostek i komórek organizacyjnych). W aktualnej wersji rozporządzenia²⁰⁹ użyte zostało już następujące sformułowanie: „Dokumentacja wewnętrzna jest przechowywana przez podmiot, który ją sporządził” (rozdział 7, § 73). Przez zamianę zaimków „w” na „przez” oraz „zakład” na „podmiot” zrezygnowano z utożsamiania miejsca położenia podmiotu oraz lokalizacji składowania dokumentacji medycznej, co otworzyło pewne możliwości zastosowania outsourcingu przetwarzania danych medycznych w ramach dokumentacji medycznej.

4. OUTSOURCING DOKUMENTACJI MEDYCZNEJ A PRAWO PACJENTA DO TAJEMNICY

Outsourcing IT w zakresie dokumentacji medycznej może dotyczyć różnych czynności związanych z funkcjonowaniem systemu teleinformatycznego wymaganego do prowadzenia elektronicznej dokumentacji medycznej. Czynności te dotyczą po pierwsze, rejestrowania danych medycznych w systemie. Po drugie polegają na zapewnianiu wsparcia technicznego dla systemów przetwarzających dane osobowe pacjentów. W związku z realizacją zleconych usług w zakresie obsługi systemu teleinformatycznego dany podmiot należący do sektora IT i jej pracownicy uzyskują dostęp do wrażliwych danych osobowych, dotyczących zdrowia pacjentów danego podmiotu leczniczego. W tym miejscu pojawia się kwestia problemowa, czy w ten sposób nie dochodzi do naruszenia prawa pacjenta do tajemnicy informacji z nim związanych.

Zasady prowadzenia dokumentacji medycznej oraz zarządzania nią były regulowane przez przepisy wykonawcze. Obecnie kwestia ta uregulowana została w ustawie o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta, tzn. w przepisach rangi ustawowej. Proces informatyzacji sektora ochrony zdrowia i tworzenie nowych rozwiązań technologicznych w ramach całościowego systemu informacji w ochronie zdrowia wymusiły obecnie także ukształtowanie ustawowych zasad

²⁰⁸Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. 2006 nr 247 poz. 1819).

²⁰⁹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. 2015 poz. 2069 ze zm.).

przetwarzania danych zawartych w elektronicznej dokumentacji medycznej (u.s.i.).

Dla danych zgromadzonych w dokumentacji medycznej, w szczególności danych pacjenta, przewidziane zostały dalej idące gwarancje poszanowania prawa do prywatności. Pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego (art. 13 u.p.p.). Poza szczególnymi przypadkami określonymi ustawowo, osoby wykonujące zawód medyczny są obowiązane zachować w tajemnicy informacje związane z pacjentem, w szczególności z jego stanem zdrowia. Art. 24 ust. 4 u.p.p. rozszerza jednak katalog podmiotów uprawnionych do wejścia w posiadanie dostępu do danych osobowych pacjenta²¹⁰. W tym miejscu dochodzi więc do kolizji przepisów o ochronie danych osobowych oraz przepisów o tajemnicy lekarskiej²¹¹. Jeżeli chodzi o praktyczne rozwiązanie przedstawionej kwestii wskazuje się, że wystarczające jest prawidłowe upoważnienie osób posiadających dostęp do dokumentacji medycznej²¹². Takie rozwiązanie jest oczywiście formalnie poprawne z punktu widzenia prawa ochrony danych osobowych, jednakże z punktu widzenia tajemnicy zawodowej lekarza, który wchodzi w posiadanie danych sensytywnych pacjenta w toku leczenia, ochrona danych pacjenta poprzez prawidłowe jedynie ich powierzenie wydaje się niewystarczająca.

Istotna jest z tej perspektywy kwestia zakresu, w jakim dane osobowe będą powierzane podmiotom zewnętrznym. O ile bowiem takie powierzenie będzie polegać jedynie na przechowywaniu danych (a więc tzw. hostowaniu – udostępnianiu przez dostawcę będącym podmiotem zewnętrznym serwerów), to prawo pacjenta do tajemnicy informacji nie jest zagrożone, oczywiście przy zapewnieniu odpowiednich warunków technicznych, które zabezpieczą przesyłane i przechowywane dane. Podmiot powierzający dane do przetwarzania może je bowiem szyfrować w ten sposób, że dostęp do danych będzie możliwy jedynie z poziomu tego podmiotu, np. jedynie za pośrednictwem sieci komputerowej danego podmiotu medycznego. W takim przypadku przechowywane na zewnątrz będą jedynie zaszyfrowane dane. Rzeczywiste zagrożenie wskazanego prawa pacjenta

²¹⁰ Zob. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Prawa Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 334 i n.

²¹¹ Czasem muszę chować głowę w piasek – wywiad z dr Wojciechem R. Wiewiórowskim, Generalnym Inspektorem ochrony Danych Osobowych, *Służba Zdrowia* 14 czerwca 2012 r., nr 43-50 (4144-4151): <http://www.sluzbazdrowia.com.pl/ibuk.php?f=4144#/21>, 01.07.2017.

²¹² Ibidem.

może mieć miejsce między innymi, gdy podmiot któremu powierzono dane będzie miał do nich faktyczny dostęp (dane nie będą zakodowane) lub nie dokonano odpowiedniego zabezpieczenia transmisji danych. Wówczas dochodzi bowiem do udostępnienia danych osobowych medycznych pacjenta poza katalog podmiotów wymienionych w art. 13 u.p.p., tzn. podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy medycznej.

Ustawodawca, przewidując możliwość powierzenia przetwarzania danych medycznych pacjentów danej placówki medycznej podmiotowi zewnętrznemu powinien był jednocześnie rozszerzyć zakres przedmiotowy przepisu art. 13 u.p.p., traktujący o obowiązku zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem. W brzmieniu obowiązującym przepis nakazuje zachowanie tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające świadczeń zdrowotnych. Postulując *de lege ferenda*, zakres podmiotowy powinien obejmować także podmioty, którym dane medyczne pacjenta udostępniane są w jakiegokolwiek formie w celu ich przetwarzania. Co prawda przepis art. 14 ust. 2 pkt 1 u.p.p. zwalnia z obowiązku zachowania tajemnicy w sytuacji, gdy zezwala na to przepis zawarty w odrębnych ustawach. Za taki przepis można byłoby uznać art. 24 ust. 4 u.p.p. dopuszczający przetwarzanie danych medycznych poza placówką, jednakże dla pełnej ochrony prawa pacjenta do tajemnicy informacji należałoby rozważyć nowelizację przepisu art. 13 u.p.p. w sposób wyżej wskazany – obejmując obowiązkiem zachowania w tajemnicy (choć w tym przypadku nie będzie to tajemnica zawodowa) dane pacjenta. Rozszerzenie katalogu podmiotów zobowiązanych do zachowania w tajemnicy danych medycznych z pewnością przyczyni się do lepszej ochrony prawa pacjenta, pod warunkiem wprowadzenia odpowiedniej sankcji za jej naruszenie.

5. WNIOSKI

Outsourcing danych osobowych pacjenta przyczyni się do usprawnienia ich przetwarzania, zapewniając możliwość przechowywania oraz korzystania z danych z poziomu systemu informatycznego. W dobie powszechnej informatyzacji takie rozwiązanie wydaje się naturalnym i niebudzącym wątpliwości. Pozwala ono na łatwiejszy dostęp do danych, prostsze wyszukiwanie czy też, w razie potrzeby, przeniesienie lub usunięcie. W przypadku danych pacjenta pojawia się jednak dodatkowo zagadnienie ochrony prawa podmiotowego pacjenta, jakim jest prawo do zachowania w tajemnicy informacji z nim związanych.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobo-

wych i swobodnego przepływu tych danych²¹³, dane osobowe medyczne powinny być przetwarzane wyłącznie przez podmioty zobowiązane do zachowania tajemnicy. Katalog podmiotów obowiązanych do zachowania tajemnicy w ramach u.p.p. został skonstruowany w sposób podobny do dyrektywy, nie obejmuje z pewnością podmiotów przetwarzających dane pacjentów w ramach usług outsourcingu. Najkorzystniejsza byłaby zmiana art. 13 u.p.p., polegająca na szerszym ujęciu kręgu podmiotów, na których ciąży obowiązek zachowania tajemnicy, a nie nieograniczaniu go jedynie do osób wykonujących zawód medyczny. Należałoby więc wskazać, iż pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy danych medycznych przez każdą osobę, która weszła w ich posiadanie przy wykonywaniu obowiązków zawodowych, w tym także osobę, która te dane przetwarza w związku z outsourcingiem IT.

²¹³ Dyrektywa 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. UL L 281, s. 31).

BIBLIOGRAFIA

I. Literatura:

1. P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2016;
2. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018;
3. E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece zdrowotnej*, Warszawa 2018;
4. Z. Cnota, T. Grabowski, G. Gura, E. Kurowska, *Zasady i tryb ustalania świadczeń/roszczeń (odszkodowania i zadośćuczynienia) w przypadku zdarzeń medycznych. Komentarz*, Warszawa 2016;
5. U. Drozdowska, *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007;
6. A. Fiutak, *Prawo medyczne w orzecznictwie z komentarzem*, Warszawa 2012;
7. A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2013;
8. M. Jackowski, *Ochrona danych medycznych*, Warszawa 2002;
9. M. Jagielski, M. Kasińska, P. Litwiński, P. Kawczyński, K. Wojsyk, A. Siemradzka, E. Bielak-Jomaa, K. Andres, *Ochrona danych osobowych medycznych*, Warszawa 2016;
10. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Prawa Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016;
11. R. Kubiak, *Prawo Medyczne*, Warszawa 2014;
12. R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015;
13. E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu szpitalem publicznym*, Warszawa 2012;
14. M. Nestorowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013;
15. M. Nestorowicz, *Prawo medyczne. Komentarz i glosy do orzeczeń*, Warszawa 2012;
16. A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6*, Warszawa 2014;
17. K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz do artykułów 1-449¹*, Warszawa 2005;
18. A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979;
19. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Warszawa 2001, s. 9.

II. Orzecznictwo:

1. wyrok SA w Białymstoku z dnia 30 grudnia 2013 r., I ACa 596/13, Legalis nr 998794;
2. wyrok SN z dnia 18 stycznia 1984 r., I CR 400/83, OSN 1984, nr 11, poz. 195;
3. wyrok SO w Białymstoku z dnia 30 stycznia 2014 r., II Ca 1196/13, Legalis nr 1556484.

III. Akty prawne:

1. Ustawa z 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 1535, ze zm.);
2. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. 2015, poz. 2069 ze zm.);
3. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. 2006 nr 247 poz. 1819).
4. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UL L 119, s. 1);
5. Dyrektywa 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. UL L 281, s. 31);
6. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm.).

Rozdział 6. Odpowiedzialność farmaceuty za przestępstwo nieudzielenia pomocy

Anna Ślęfarska²¹⁴, Okręgowa Izba Radców Prawnych w Krakowie

Streszczenie: Przedmiotem artykułu pt. Odpowiedzialność farmaceuty za przestępstwo nieudzielenia pomocy jest analiza prawnokarnej odpowiedzialności farmaceuty za przestępstwo nieudzielenia pomocy opisane w art. 162 Kodeksu karnego. Analizie, poprzez pryzmat zawodu farmaceuty została poddana kwestia znamion podmiotowych i przedmiotowych przestępstwa nieudzielenia pomocy. Podstawowym założeniem artykułu jest wykazanie szczególnych obowiązków do jakich zobowiązany jest farmaceuta w przypadku gdy zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia człowieka. Celem artykułu jest przedstawienie argumentów popierających tezę, iż w przypadku farmaceuty art.162 wymaga szerszych, bardziej zaawansowanych działań oraz wskazanie źródeł tych rozszerzonych wymagań. W artykule poruszona została też problematyka obowiązku wydania leku w przypadku nagłego zagrożenia życia wynikającego z art. 96 ust. 3 i 4 Prawa farmaceutycznego.

Summary: Subject of the article named “The liability of a pharmacist for a crime of not providing help” is a real punishment for the pharmacist for the crime of not receiving a certificate in art. 162 Criminal Code. Analyze, through the prism of the profession of pharmacists subjected to technical assistance questionnaires and the crimes concerned, refuse to provide assistance. The basic premise is that if it is not dangerous to human life and health It is belived that this argumentation is not needed. In articles it is not recommended to to dispense medicines in the event of a sudden life threat from art. 96 sec. 3 Pharmaceutical Law.

Słowa kluczowe: farmaceuta, nieudzielenie pomocy, pierwsza pomoc, studia farmaceutyczne, Kodeksie Etyki Aptekarza RP, recepta farmaceutyczna, odpowiedzialność farmaceuty, obowiązek wydania leku

²¹⁴ Absolwentka prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantka radcowska przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych wpisana na listę aplikantów pod numerem: APL-KR-170155.

1. WSTĘP

W przypadku wykonywania zawodów medycznych i związanej z tym odpowiedzialności karnej najczęściej analizie poddawana jest odpowiedzialność, która spowodowana jest popełnieniem tzw. błędu w sztuce. W literaturze dotyczącej odpowiedzialności karnej osób wykonujących zawody medyczne spotkać możemy pojęcia takie jak błąd sztuki lekarskiej czy też błąd sztuki aptekarskiej. Przestępstwa, które wynikają z popełnienia tzw. błędu są co do zasady przestępstwami materialnymi, co wiąże się z tym, że dla ich prawnokarnej oceny istotnym pozostaje wystąpienie skutku. Nie można jednak zapominać, iż osoby wykonujące zawody medyczne mogą odpowiadać również za przestępstwa formalne, których popełnienie nie pozostaje w związku ze świadczeniem szeroko pojętych usług medycznych. Przykładem takiego rodzaju przestępstwa jest przestępstwo nieudzielenia pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W przypadku wykonywania zawodu lekarza zagadnienie to stanowi przedmiot licznych opracowań naukowych, przy czym większość rozważań doktryny w zakresie karnej odpowiedzialności lekarza za przestępstwo nieudzielenia pomocy dotyczy rozróżnienia odpowiedzialności lekarza obciążonego statusem gwaranta i nieposiadającego takiego statusu. Inaczej zagadnienie to przedstawia się w przypadku zawodu farmaceuty, w przypadku którego nie jest rozważania kwestia bycia gwarantem, co nie zmienia faktu, iż kwestia odpowiedzialności karnej farmaceuty za przestępstwo nieudzielenia pomocy pozostaje ciekawym i istotnym przedmiotem rozważań prawnych. To właśnie problematyce odpowiedzialności farmaceuty za przestępstwo nieudzielenia pomocy poświęcone będą dalsze rozważania przedstawione w niniejszym artykule.

2. ANALIZA ZNAMION PRZESTĘPSTWA Z ART. 162 § 1 K.K. W PRZYPADKU POPEŁNIENIA TEGO PRZESTĘPSTWA PRZEZ FARMACUTĘ

Celem przejrzystej analizy znamion przestępstwa nieudzielenia pomocy, już na samym początku należy przytoczyć dokładną treść przepisu: „Art. 162. § 1. Kto człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie udziela pomocy, mogąc jej udzielić bez narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Nie popełnia przestępstwa, kto nie udziela pomocy, do której jest konieczne poddanie się zabiegowi lekarskiemu

albo w warunkach, w których możliwa jest niezwłoczna pomoc ze strony instytucji lub osoby do tego powołanej.”.

Przedmiotem ochrony, na co wskazuje miejsce umieszczenia przepisu w Kodeksie karnym jest życie i zdrowie człowieka. Irrelevantny pozostaje fakt, czy rzeczywiście dobra te mogą być definitywnie uratowane, co znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej. W wyroku z 3 lutego 1986 r. Sąd Najwyższy stwierdził, iż „beznadziejność sytuacji nie zwalnia od obowiązku niesienia pomocy”²¹⁵. Taki pogląd odnaleźć można również w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 20 lutego 2013 roku: „Dla bytu przestępstwa z art. 162 § 1 k.k. nieistotne jest zagadnienie czy działanie, którego sprawca zaniechał, rzeczywiście przyniosłoby ratunek”²¹⁶. Analogicznie orzekł Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 listopada 2014 roku: „Dla bytu przestępstwa z art. 162 § 1 k.k. nieistotne jest zagadnienie czy działanie, którego sprawca zaniechał, rzeczywiście przyniosłoby ratunek. Decydujące jest, że sprawca widząc utrzymujące się lub nawet pogłębiające zagrożenia dla życia lub zdrowia człowieka, nie podejmuje wszelkich dostępnych środków mogących uchylić lub choćby pomniejszyć wspomniane zagrożenia”²¹⁷.

Odnosząc się do powszechnie zaakceptowanego poglądu, iż możliwość ocalenia dobra jest w przypadku art. 162 § 1 k.k. irrelevantna, uwzględniając również przytoczone tezy z orzecznictwa należy stwierdzić, iż przepis ten chroni również dobro jakim jest solidarność z człowiekiem potrzebującym pomocy²¹⁸.

Nawiązując, do powołanego na wstępie podziału na przestępstwa formalne i materialne, należy podkreślić, iż do znamion przestępstwa z art. 162 § 1 k.k. nie należy skutek nieudzielenia pomocy. Negatywny skutek lub jego brak będzie jednak okolicznością, którą sąd weźmie pod uwagę przy ustalaniu wymiaru kary²¹⁹.

Podmiotem przestępstwa może być każdy człowiek. Jest to typowy przykład przestępstwa powszechnego²²⁰. Należy jednak postawić pytanie, czy wobec każdego człowieka prawo stawia te same wymagania? W celu udzielenie odpowiedzi należy przystąpić do analizy kolejnego znamienia przestępstwa z art. 162 k.k., tj. bezprawnego zachowania penalizowanego przez kodeks karny.

²¹⁵ Wyrok SN z 3 lutego 1986 r., I KR 446/86, OSN 1987, nr 5.

²¹⁶ Wyrok SA we Wrocławiu z 20 lutego 2013, II AKa 17/13, LEX nr 1294876.

²¹⁷ Wyrok SA we Wrocławiu z 6 listopada 2014, II AKa 17/13, LEX nr 1621278.

²¹⁸ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117- 277 k.k.*, A. Zoll (red.), Warszawa 2013, s. 363.

²¹⁹ V. Konarska-Wrzošek, [w:] *Kodeks Karny. Komentarz*, R. Stefański (red.), Warszawa 2015, s. 951.

²²⁰ *Ibidem*.

Przestępstwo nieudzielenia pomocy to przykład typowego przestępstwa z zaniechania²²¹. Zaniechanie to polega na braku udzielenia pomocy i pozostawieniu ofiary przestępstwa w sytuacji grożącej bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu bez podjęcia niezbędnych, a jednocześnie możliwych działań na rzecz zapobiegnięcia utracie życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W tym miejscu należy wskazać na jedno z kluczowych zagadnień niniejszego artykułu: do udzielenia jakiej pomocy zobowiązany jest farmaceuta? Czy prawo stawia przed farmaceutą wymóg udzielenia pomocy w takim samym zakresie jak w przypadku każdego innego człowieka?

Odpowiedź na powyższe pytania należy rozpocząć od tego, iż realizacja obowiązku wynikającego z art. 162 § 1 k.k. może nastąpić w różnorodny sposób, np. poprzez działanie polegające na sprowadzeniu pomocy, udzielenie pierwszej pomocy medycznej, przeniesienie osoby, która uległa wypadkowi w bezpieczne miejsce²²². Pomoc w przypadku, gdy nie można uczynić niczego więcej może polegać także na podjęciu działań zmierzających do łagodzenia cierpień²²³. Sama treść przepisu nie precyzuje powinnoego zachowania, stanowi jedynie ogólny obowiązek udzielenia pomocy. To do zobowiązanego należy wybór sposobu i środków udzielenia pomocy, ważne by były to sposoby i środki najefektywniejsze w danym przypadku²²⁴. Podobnie, K. Buchała wskazywał, iż powinien to być środek najbardziej celowy tj. prowadzący do zapobieżenia śmierci w sposób najskuteczniejszy, choćby nawet czas działania tego środka nie był najkrótszy²²⁵. Nie można jednak zobowiązanemu do udzielenia pomocy postawić zarzutu podjęcia błędnej decyzji, jeżeli w jego przekonaniu było to najlepsze rozwiązanie, ponieważ przestępstwo zaniechania udzielenia pomocy nie polega na dokonaniu błędnego wyboru sposobu niesienia pomocy, lecz na całkowitym zaniechaniu tej powinności²²⁶. Wskazać należy, iż rodzaj środków i sposobów udzielenia pomocy uzależniony jest od podmiotu, który jej udziela (wiedzy, zawodu danej osoby)²²⁷ oraz od potrzeb sytuacji i dostępności środków zdolnych do udzielenia

²²¹ B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym. Tom X*, J. Warylewski (red.), Warszawa 2016, s. 317.

²²² E. Zatyka, *Lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, Warszawa 2011, s. 69

²²³ M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, PiM, 1999, nr 3, s. 37, M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze 2000, s. 50

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ K. Buchała, *Przestępne zaniechanie udzielenia pomocy w niebezpieczeństwie grożącym życiu człowieka*, Państwo i Prawo 1960, z. 10, s.998

²²⁶ Wyrok SN z 5 października 1976 r., VI KRN 233/76, OSNW 1977, nr 1, poz.8.

²²⁷ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117- 277 k.k.*, A. Zoll (red.), Warszawa 2013, s. 363

pomocy²²⁸. Zgodzić należy się z twierdzeniem A. Zolla dotyczącym charakteru pomocy do udzieleni, które zobowiązuje art. 162 § 1 k.k.: „Jeżeli osobą udzielającą pomocy jest lekarz, to jego obowiązkiem jest udzielenie pomocy lekarskiej, a nie tylko jakiegokolwiek innej pomocy. Oznacza to także, że ma to być pomoc udzielona zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej i że lekarz udzielający takiej pomocy odpowiadać może za błąd w sztuce i za jego konsekwencje”²²⁹. Oprócz wykonywanego zawodu, podczas dokonywania oceny realizacji obowiązku wynikającego z art. 162 § 1 k.k. pomocne mogą okazać się umiejętności i wiedza konkretnego farmaceuty – okoliczności te pomogą ocenić, czy w danym stanie faktycznym mógł on lepiej ocenić rodzaj i charakter zagrożenia, jak również czy posiadał predyspozycje do skuteczniejszego udzielenia pomocy²³⁰.

Mając na uwadze zaprezentowane wyżej poglądy doktryny i tezy z orzecznictwa, należy stwierdzić, iż z samej interpretacji znamienia przedmiotowego jakim jest udzielenie pomocy, wynika, iż zakres pomocy jest ściśle związany ze stanem wiedzy osoby zobowiązanej do jej udzielenia. W związku z tym, pomoc farmaceuty powinna być pomocą bardziej specjalistyczną z medycznego punktu widzenia. Zaprezentowany pogląd wynika również z oczekiwań jakie stawiane są w ogólnym społecznym odbiorze przed zawodem farmaceuty jako zawodem medycznym. Studenci farmacji w ramach programu nauczania realizują przedmioty związane z udzielaniem pomocy przedmedycznej - jako przykład należy wskazać w tym miejscu na przedmiot taki jak kwalifikowana pierwsza pomoc. Są to zajęcia obowiązkowe, dlatego też wyższy standard udzielanej pomocy wymaganej od absolwentów farmacji znajduje uzasadnienie faktyczne. Pamiętać należy, iż farmaceuci w trakcie kształcenia zdobywają wiedzę na temat anatomii i fizjologii człowieka. Nie są to wiadomości, które posiada przeciętny człowiek, a w związku z tym dokonując oceny karnoprawnej zachowania farmaceuty, który nie udzielił pomocy, należy uwzględniać też posiadane przez niego teoretyczne przygotowanie do udzielenia takiej pomocy. Dodatkową kwestią pozostaje posiadane doświadczenie w udzielaniu pomocy, którego w przypadku farmaceutów nie można porównywać z doświadczeniem posiadanym na przykład przez lekarzy czy ratowników medycznych. Tak naprawdę tylko jednostkowe przypadki osób wykonujących zawód farmaceuty będą posiadały też faktyczne doświad-

²²⁸ K. Buchała, *op. cit.*, s. 1000

²²⁹ ²²⁹ A. Zoll [w]: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117- 277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 363.

²³⁰ Podobnie w stosunku do zawodu lekarza: J.Kulesza, *Granice obowiązku gwaranta w świetle art. 162 k.k.*, Prokuratura i Prawo, 2006, nr 7-8, s. 116

czenie w wykonywaniu pierwszej pomocy, przede wszystkim osoby wykonujące ten zawód będą posiadały jedynie informacje teoretyczne, nie potwierdzone praktycznymi umiejętnościami. Nie wpływa to jednak na zaprezentowany pogląd, iż w stosunku do farmaceuty standard udzielanej pierwszej pomocy pozostaje standardem wyższym niż w przypadku osoby nie posiadającej wykształcenia farmaceutycznego i niewykonywającej tego zawodu. Standard pomocy oczekiwanej od farmaceuty w ramach art. 162 § 1 k.k., będzie jednak, co warto podkreślić, niższy niż w przypadku, gdy ocenie poddane byłoby zachowanie lekarza czynnie wykonującego zawód.

Kolejnym aspektem wpływającym na ocenę wymaganej przez art. 162 § 1 k.k. pomocy są regulacje korporacyjne poszczególnych zawodów. M. Filar analizując odpowiedzialność karną lekarza za przestępstwo nieudzielenia pomocy, zauważa w tym zakresie swego rodzaju *zagęszczenie przepisów* w postaci przepisów prawa lekarskiego (w tym przede wszystkim art. 30 u.z.l. oraz art. 7 oraz 68 k.e.l.). Zagadnienie to nie przedstawia się, jednakże w sposób analogiczny w odniesieniu do zawodu farmaceuty.

Zasady etyki i deontologii w przypadku zawodu farmaceuty zostały ujęte w Kodeksie Etyki Aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej obowiązującym od 1993 roku. Kodeks ten został zmieniony podczas VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy dnia 22 stycznia 2012 roku²³¹. W tym miejscu warto podkreślić, iż na gruncie wcześniej obowiązującej treści k.e.a. można było wywieść zobowiązanie do udzielenia przez farmaceutę fachowej pomocy poprzez zastosowanie konstrukcji pośredniego obowiązywania przepisów k.e.a. w systemie źródeł prawa. Kodeks Etyki Aptekarza, mimo swojej typowo normatywnej nazwy, nie jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa. Obowiązywanie norm deontologicznych w zakresie wykonywania zawodu farmaceuty w powszechnych źródłach prawa wymienionych w art. 87 Konstytucji RP wywodzić można było na podstawie art. 21 ustawy o izbach aptekarskich, który to przepis stanowi, iż członkowie samorządu aptekarskiego są obowiązani przestrzegać zasad etyki i deontologii zawodowej, godnie zachowywać się i sumiennie wykonywać swoje obowiązki zawodowe. Poprzednia wersja kodeksu nakładała na farmaceutów szczególne obowiązki, między innymi polegające na konieczności udzielenia pacjentom pierwszej pomocy w nagłych wypadkach i w ramach posiadanej wiedzy fachowej. Farmaceuty byli w związku z tym zobowiązani do szczególnego działania, którego za-

²³¹ Uchwała Nr VI/25/2012, VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22 stycznia 2012 r.

niechanie wiązało się z poniesieniem odpowiedzialności nie tylko na gruncie kodeksu karnego, ale również zawodowej za złamanie przepisów etyki zawodowej. Należy wskazać, iż do 2012 roku teza, iż farmaceuta podobnie jak lekarz czy pielęgniarka powinien udzielić pomocy w sposób profesjonalny i wykwalifikowany, w ramach uzyskanej w trakcie nauki fachowej wiedzy miała pośrednie uzasadnienie w przepisach prawa. Aktualnie obowiązujący k.e.a. nie zawiera już przepisu odwołującego się do obowiązku udzielenia pomocy. Zmianę tę z punktu widzenia osób, które mogą znaleźć się w niebezpieczeństwie utraty życia lub doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu należy ocenić negatywnie z uwagi na ograniczenie podstaw do stawiania wyższych wymagań co do udzielanej pomocy w stosunku do farmaceutów. W przypadku farmaceuty, obowiązek udzielenia fachowej pomocy nie został wyrażony w przepisach rangi ustawowej, jak ma to miejsce w przypadku zawodu lekarza czy pielęgniarki²³². Rozważenia wymaga zatem odpowiedź na pytanie, czy od momentu uchylenia szczególnego obowiązku udzielenia pomocy, tj. od momentu wprowadzenia nowego brzmienia k.e.a. zrównano obowiązki farmaceutów w zakresie niesienia pomocy z obowiązkami nałożonymi na innych obywateli. Zakładając racjonalność ustawodawcy można stwierdzić, iż z uwagi na brak uregulowania szczególnych wymagań w zakresie udzielenia pomocy przez farmaceutę prawo nie nakłada na tę grupę zawodową takiego obowiązku. Działając jednak w celu obrony tezy, iż w stosunku do farmaceuty wymagania w zakresie udzielenia pomocy są wyższe, biorąc pod uwagę choćby przedstawione wyżej informacje na temat posiadania przez farmaceutę teoretycznego przygotowania, należy odwołać się do opisywanej wcześniej strony przedmiotowej przestępstwa z art. 162§ 1 k.k. i poglądów dotyczących realizacji obowiązku niesienia pomocy. Pomoc farmaceuty, uwzględniając poziom jego wiedzy, nie może zatem ograniczyć się do wezwania pogotowia. Zagadnieniem, które wymagałoby odrębnej analizy pozostaje ocena, czy nawet w stosunku do przeciętnego obywatela wezwanie karetki pogotowia wyczerpuje pojęcie udzielenia pomocy. Wydawać by się mogło, biorąc pod uwagę choćby to, że dyspozytorzy udzielają instrukcji w zakresie pierwszej pomocy, iż samo wezwanie karetki pogotowia nie zwalnia z podjęcia dalszych działań, pozostaje to jednak tematem dla odrębnej analizy. W przypadku farmaceuty odpowiedź na pytanie o zakres pomocy nie budzi tak wiele zastrzeżeń, jak w przypadku przeciętnego obywatela. Farmaceuta poza wezwaniem wyspecjalizowanej pomocy lekarskiej powinien bezwzględnie (za wyłączeniem sytuacji, gdy jemu samemu

232 Art. 30 ustawy u.z.1., art. 12 ustawy u.z.p.

mogło grozić by niebezpieczeństwo) przystąpić we własnym zakresie do udzielania niezbędnej pomocy medycznej zgodnie z zasadami pierwszej pomocy. W stosunku do farmaceuty za słuszny należy uznać pogląd, zaprezentowany w odniesieniu do lekarza, przez E. Zielińską, zgodnie, z którym lekarz zwolniony jest z obowiązku pomocy dopiero po przybyciu fachowej pomocy, bowiem nigdy nie można przewidzieć, czy nie pojawi się obiektywna przeszkoda w przybyciu fachowej pomocy na miejsce²³³.

Aktualną, w przypadku oceniania odpowiedzialności farmaceuty, pozostaje klauzula wyłączająca obowiązek udzielenia pomocy (art. 162§ 2 k.k.). Zgodnie z nią, nie stanowi przestępstwa nieudzielenia pomocy innej osobie sytuacja, gdy jej udzielenie łączyłoby się z jakimkolwiek stopniem ryzyka utraty życia czy doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu dla tego, kto miałby nieść pomoc. Sytuacja ta dotyczy wypadku, gdyby pomoc do okazania jakiej zobowiązany byłby farmaceuta była wymagana poza apteką. Stosunkowo rzadkie będą sytuacje, by udzielenie pomocy w aptece, w którym to miejscu farmaceuta zobowiązany jest dodatkowo do wydania odpowiednich leków (rozwiniecie w tym zakresie zawiera punkt 3), groziłoby niebezpieczeństwem farmaceucie, choć można wskazać na takie przykłady jak pożar apteki czy atak terrorystyczny.

Należy wspomnieć, iż artykuł 162 § 2 k.k. wyłącza przestępnosć czynu w sytuacji, gdy konieczne byłoby poddanie się zabiegowi lekarskiemu albo w warunkach, w których możliwa jest niezwłoczna pomoc ze strony instytucji lub osoby do tego powołanej.

Artykuł 162 k.k. to przykład przestępstwa umyślnego. Sprawca musi mieć świadomość przynajmniej możliwości tego, że inny człowiek znajduje się w stanie zagrożenia, o jakim mowa w art. 162 § 1 k.k., a mimo tej świadomości nie udzielić wymaganej pomocy²³⁴. Przestępstwo to może być popełnione z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym²³⁵. Tak więc sprawca niekoniecznie musi chcieć, by pomoc nie została okazana, wystarczy, że godzi się na nieudzielenie pomocy mimo faktycznych możliwości i profesjonalnej wiedzy w zakresie jej udzielenia.

3. OBOWIĄZEK WYDANIA LEKU BEZ RECEPTY LEKRSKIEJ

Powyżej powołane zostało twierdzenie, iż standard pomocy wyznaczany jest również przez środki, jakimi dysponuje zobowiązany do udzielenia pomocy.

²³³ E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa, 2001, s. 362

²³⁴ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 listopada 2006 r., II AKa 299/06, LEX nr 211735

²³⁵ V. Konarska-Wrzošek, [w:] *Kodeks Karny. Komentarz*, R. Stefański (red.), Warszawa 2015, s. 952

W przypadku farmaceuty są to środki specjalne. Artykuł 96 ust. 3 oraz 4 u.p.f. statuuje wyjątkowy przypadek wydania leku bez recepty przez farmaceutę. Pierwszy z powołanych w zdaniu wcześniejszym przepisów (art. 96 ust. 3 u.p.f.) stanowi, iż w przypadku nagłego zagrożenia życia pacjenta farmaceuta posiadający prawo wykonywania zawodu, może wydać bez recepty lekarskiej produkt leczniczy zastrzeżony do wydawania na receptę w najmniejszym terapeutycznym opakowaniu, z wyłączeniem środków odurzających, substancji psychotropowych i prekursorów kategorii 1. Z kolei na podstawie art. 96 ust. 4 u.p.f., w przypadku nagłego zagrożenia zdrowia pacjenta, farmaceuta posiadający prawo wykonywania zawodu może wystawić receptę farmaceutyczną. Prawo farmaceutyczne precyzuje też zasady, na jakich może zostać wydana recepta farmaceutyczna. Należy wskazać w tym miejscu, iż jest ona wydawana w postaci elektronicznej, a w postaci papierowej w przypadku braku dostępu farmaceuty do systemu teleinformatycznego. Recepta farmaceutyczna może być wystawiona na produkty lecznicze o kategorii dostępności Rp lub Rpz w ilości jednego najmniejszego dostępnego w aptece opakowania produktu leczniczego dopuszczonego do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z zastrzeżeniem produktów leczniczych zawierających środki odurzające, substancje psychotropowe, o których mowa w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii²³⁶. Wystawiona na podstawie art. 96 ust. 4 u.p.f. powinna zawierać dane, o których mowa w art. 96a ust. 1 pkt 1-4 i pkt 5 lit. a oraz przyczynę wydania. Recepta taka jest realizowana z opłatnością 100 %, a po zrealizowaniu w aptece podlega ewidencjonowaniu. Należy wskazać, iż przepisy obowiązujące od 12 grudnia 2015 r., czyli od wejścia w życie ustawy z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw²³⁷ uwzględniły podnoszone dotychczas postulaty *de lege ferneda*. Za pozytywną zmianę należy uznać rozszerzenie kręgu podmiotowego osób uprawnionych do wystawienia recepty farmaceutycznej. Do zmian wprowadzonych w roku 2015 lek na podstawie wystawionej przez siebie recepty mógł wydać jedynie kierownik apteki, aktualnie przepisy u.p.f. stwarzają takie możliwości dla każdego farmaceuty posiadającego prawo wykonywania zawodu. Odróżniono też zasady wydawania leku poprzez uregulowanie w art. 96 ust. 3 u.p.f. wydania produktu leczniczego bez recepty lekarskiej w przypadku nagłego zagrożenia życia. Wydanie leku w takich okolicznościach, nie wymaga

²³⁶ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2005 nr 179 poz. 1485).

²³⁷ Ustawa z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw²³⁷ (Dz. U. 2015 poz. 1991).

w obecnym stanie prawnym nawet wystawienia recepty farmaceutycznej. Natomiast art. 96 ust. 4 u.p.f. odnosi się do sytuacji nagłego zagrożenia życia, w którym to przypadku farmaceuta może wydać produkt leczniczy, ale już na podstawie wystawionej przez siebie recepty. Wprowadzona nowelizacja pominęła jednak istotny problem, który wynika z literalnego brzmienia art. 96 ust. 3 i 4 u.p.f. – ustawodawca posługuje się bowiem wyrażeniem: farmaceuta może. Takie brzmienie przepisu sugeruje, iż jest to jedynie uprawnienie, a nie obowiązek farmaceuty. Stosując jednak wykładnię teleologiczną, co w tym przypadku znajduje uzasadnienie, stwierdzić należy, iż biorąc od uwagę okoliczności tj. zagrożenie życia lub zdrowia wydanie leku jest obowiązkiem farmaceuty. Pogląd taki prezentuje w komentarzu do art. 96 u.p.f. W. Z. Olszewski, zdaniem którego: „Wydanie leku w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia jest nie tyle uprawnieniem, ile obowiązkiem farmaceuty. Do farmaceuty należy ocena, czy dana sytuacja stanowi zagrożenie życia lub zdrowia pacjenta, co w praktyce może sprawiać trudności”²³⁸.

Na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, w literaturze przeważał pogląd, iż u.p.f. przyznawała pacjentowi materialno-prawne uprawnienie polegające na możliwości otrzymania w określonych okolicznościach produktu leczniczego zastrzeżonego do wydania na podstawie recepty farmaceutycznej. Uprawnienie to powstawało *ex lege* w sytuacji spełnienia przesłanki nagłego zagrożenia zdrowia i życia człowieka. Konsekwencją takiego stanowiska był z kolei pogląd, iż kierownik apteki, który odmówił wydania lekarstwa powinien ponosić nie tylko odpowiedzialność dyscyplinarną, ale również odpowiedzialność *ex delicto* na podstawie przepisów prawa cywilnego²³⁹. Przytoczone wyżej stanowisko należy poprzeć również na gruncie aktualnego stanu prawnego, odnosić je jednak należy odpowiednio, z uwzględnieniem wprowadzonych zmian.

Art. 96 ust. 3 u.p.f. posługuje się określeniem: „w przypadkach nagłego zagrożenia życia”, natomiast ust. 4 odnosi się do sytuacji „nagłego zagrożenia zdrowia”. Odwołując się do wykładni językowej stwierdzić należy, że słowo „nagły” i „bezpośredni” (takim znamieniem opisane są okoliczności modalne czynu z art. 162 k.k.) nie są określeniami równoznacznymi. Nagły to według słownika

²³⁸ W. L. Olszewski, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, W. L. Olszewski (red.), LEX.

²³⁹ M. Koremba, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz.*, M. Kondrat (red.), Warszawa 2009, s. 918.

języka polskiego zjawiający się znienacka, niecierpiący zwłoki²⁴⁰. Z kolei bezpośredni to dotyczący kogoś lub czegoś wprost, bezpośrednio²⁴¹: w chwili następującej po czymś lub poprzedzającej coś, krótko przed kimś lub po kimś. Te dwa słowa opisujące stan zagrożenia życia i zdrowia różnią się stopniem tego zagrożenia, a tym samym zastosowanie tych dwóch przepisów nie zawsze będzie kompatybilne. Ustawa Prawo farmaceutyczne opisuje sytuację nagłą, ale nie w każdym przypadku musi to być sytuacja bezpośrednio sąsiadująca z powstaniem uszczerbku w dobrach jakimi są zdrowie i życie. Kodeks karny natomiast w art. 162 opisuje sytuację, gdzie w przypadku niezainterweniowania osoby zobowiązanej do udzielenia pomocy naruszenie w powyższych dobrach zapewne nastąpi. Położenie grożące bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo zdrowia niekoniecznie musi być wywołane sytuacją nagłą. Może powstać przypadkowo w skutek rozwijającego się stanu chorobowego. Co zatem w takim przypadku? Farmaceuta może w tej sytuacji stwierdzić, iż nie jest to przecież sytuacja nagła. W takim przypadku powinnością jest zrezygnowanie z surowej wykładni językowej w stronę funkcjonalnego zastosowania przepisu 96 ust. 3 i 4 u.p.f. i zrozumienia jego *ratio legis*. Celem przepisu jest bowiem możliwość wydania leku dostępnego jedynie na receptę w sytuacji, gdy szybkie zdobycie recepty jest niemożliwe. Możemy stwierdzić, iż w przypadku, gdy u pacjenta stwierdzona została jakaś jednostka chorobowa związana z zażywaniem konkretnego leku i pacjent zażywanie wskazanego przez lekarza leku zbagatelizował, w sytuacji, gdy dochodzi do nagłego ataku, który ma miejsce w aptece jest to zarazem sytuacja nagła i bezpośrednio zagrażająca życiu. Nagła, gdyż pacjent nie może w żaden sposób przedstawić w danym momencie recepty uprawniającej go do zakupu leku, a z drugiej strony położenie zagrażające bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia lub zdrowia.

Stwierdzić zatem należy, iż art. 96 ust. 3 i 4 u.p.f. co do zasady jest uprawnieniem farmaceuty, jednakże w sytuacji, gdy nieskorzystanie przez farmaceutę z tej ustawowej możliwości może spowodować, iż osoba znajdzie się w położeniu bezpośrednio zagrażającym utratą życia lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu staje się obowiązkiem. Możliwość, którą statuuje u.p.f. jest bowiem w sytuacji okoliczności modalnych opisanych w art. 162 k.k. jednym ze środków służącym zniwelowaniu niebezpieczeństwa.

²⁴⁰Opracowanie hasła: „nagły” <http://sjp.pwn.pl/sjp/nagly;2486088.html>, 15.07.2017.

²⁴¹Opracowanie hasła: „bezpośrednio” <http://sjp.pwn.pl/sjp/bezposrednio;2443994.html>, 15.07.2017.

4. ZAKOŃCZENIE

Celem podsumowania, stwierdzić należy, iż w przypadku osób wykonujących zawód farmaceuty prawo stawia większe wymogi w zakresie charakteru pomocy udzielanej w sytuacji bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w porównaniu do pozostałych osób. Mimo, iż wnioski takie nie wynikają bezpośrednio z przepisów prawa stanowionego, należy wyprowadzić go z wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów w zakresie znamion przedmiotowych przestępstwa z art. 162 § 1 k.k. W związku z posiadaną przez farmaceutę wiedzą i kwalifikacjami prawo wymaga od farmaceuty udzielenia pomocy profesjonalnej. W pewnym zakresie, przez uregulowania ustawy Prawo farmaceutyczne, stworzone zostały również specjalne środki pozwalające na sprostanie tym wymogom np. poprzez możliwość wydania leków bez recepty lub w oparciu o tzw. receptę farmaceutyczną. Możliwości te należy ocenić jako pozytywne, nie mniej jednak rzadko stosowane w praktyce. Celem podsumowania zagadnienia odpowiedzialności farmaceuty za przestępstwo nieudzielenia pomocy, warto wspomnieć również, iż realizacja znamion przestępstwa z art. 162 k.k. może narazić farmaceutę nie tylko na odpowiedzialność karną, ale również zawodową na podstawie art. 45 ustawy o izbach aptekarskich i cywilną na podstawie *ex delicto*.

BIBLIOGRAFIA

I. Literatura:

1. K. Buchała, *Przestępne zaniechanie udzielenia pomocy w niebezpieczeństwie grożącym życiu człowieka*, Państwo i Prawo 1960, z.10;
2. M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze 2000;
3. M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, PiM 1999, nr 3, s. 37;
4. M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz.*, Warszawa 2009;
5. J. Kulesza, *Granice obowiązku gwaranta w świetle art. 162 k.k.*, Prokuratura i Prawo, 2006, nr 7-8;
6. W. L. Olszewski (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszaw 2016;
7. R. Stefański (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2015;
8. J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym. Tom X*, Warszawa, 2016;
9. E. Zatyka, *Lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, Warszawa, 2011
10. E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa, 2001, s. 362
11. A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117- 277 k.k.*, Warszawa 2013.

II. Orzecznictwo:

1. wyrok SN z 3 lutego 1986 r., I KR 446/86, OSN 1987, nr 5;
2. wyrok SA we Wrocławiu z 20 lutego 2013, II AKa 17/13, LEX nr 1294876;
3. wyrok SA we Wrocławiu z 6 listopada 2014, II AKa 17/13, LEX nr 1621278;
4. wyrok SN z 5 października 1976 r., VI KRN 233/76, OSNW 1977, nr 1, poz.8;
5. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 listopada 2006 r., II AKa 299/06, LEX nr 211735.

III. Akty prawne:

1. Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2005 nr 179 poz. 1485);
2. Ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. 1991 nr 41 poz. 179).

Rozdział 7. Odpowiedzialność dyscyplinarna lekarza- członka Wojewódzkiej Komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych

apl. adw. mgr Dobrosława Tomzik²⁴², Izba Adwokacka w Katowicach

Streszczenie: Celem artykułu jest odpowiedź na pytania dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej, zawodowej lekarzy-członków Wojewódzkiej Komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (dalej: komisja): czy lekarze w ogóle podlegają reżimowi Kodeksu Etyki Lekarskiej? Jaki wpływ ma charakter tego szczególnego postępowania, tryb jego przeprowadzania na możliwość podlegania odpowiedzialności dyscyplinarnej? Autorka dokonuje odpowiedzi na te pytania na podstawie praktyki, orzecznictwa Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego oraz ETPCz, a także osiągnięć doktrynalnych.

Summary: The aim of this article is answer on question about liability in disciplinary proceedings doctors- Members of Regional Medical Malpractice Commission- are they responsible for disciplinary torts under medical ethics code? What is the influence of special proceedings in Regional Medical Malpractice Commission, mode of predure on it? The author make a statement based on examples from her praitce, judicature of polish Supreme Court, polish Constitutional Court and The European Court of Human Rights and also useful statements from polish law doctrine.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność dyscyplinarna, lekarze, Kodeks Etyki Lekarskiej, Wojewódzkie Komisje do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych

1. WSTĘP

Od lat 60 XX wieku w polskim piśmiennictwie formułowane były postulaty poprawy pozycji prawnych poszkodowanych na skutek nieprawidłowych działań medycznych w związku z udzielanymi świadczeniami zdrowotnymi²⁴³. Odpowiedzią na nie kreującą polski system kompensacji szkód jest ustawa z dnia 28 kwietnia 2011r., która wprowadziła zmianę dotyczącą postępowań przed Komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych do ustawy o prawach

242Od 2014. absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego; wykładowca akademicki; od 2.07. 2018r. Adwokat przy Izbie Adwokackiej w Katowicach; autorka artykułów z dziedziny prawa oraz postępowania cywilnego.

243K. Bączyk- Rozwadowska, *Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych* [w]: *Prawne oraz zarządcze aspekty prowadzenia dokumentacji medycznej*, M. Śliwka (red.), Warszawa 2015, s. 147

pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Ustawa weszła w życie w dniu 1 stycznia 2012r. Cały rozdział 13 a ww. ustawy poświęcony jest zagadnieniom rozwiązywania sporów na tle zdarzeń medycznych. Warto w tym miejscu zauważyć, że rozwiązania polskie powołane zostały na wzór francuskich²⁴⁴. Rozwiązanie kwestii organizacyjnych prac komisji nie jest jedynie uregulowane w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Artykuł 67 o u.p.p. stanowi, iż w zakresie nieuregulowanym w przepisach art. 67a–67m cytowanej ustawy do postępowania przed wojewódzkimi komisjami stosuje się odpowiednio przepisy art. 50, 51, 531, 102, 131, 133–143, 150, 156, 157–158, 162, 164–172, 173–174, art. 180 § 1 pkt 1 i 3, art. 181 pkt 2, art. 206 § 1, art. 207 § 1, art. 210–213, 216, 217, 224, 225, 227–237, 240–242, 244–257, 258–273, 277, 280–289, 299–300, 316, 350, 353, 424⁵ i 424⁸–424¹² k.p.c.²⁴⁵ Ponadto, każda komisja tworzy własny regulamin funkcjonowania i procedowania uszczegóławiający regulacje ustawowe. Komisje mogą takowe regulaminy modyfikować, kształtując ich treść w zasadzie w dowolny i nieujednolicony w skali kraju sposób, dlatego też w doktrynie postuluje się, aby stworzyć jeden uniwersalny projekt rozporządzenia ministra do spraw zdrowia regulujący działania wszystkich wojewódzkich komisji²⁴⁶.

2. O KOMISJI

Komisja to organ administracji przy wojewodzie, który to ma zajmować się odpowiedzią na pytanie czy doszło do zdarzenia medycznego, którym według ustawowej definicji jest zakażenie pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia pacjenta albo jego śmierć będące następstwami niezgodnych z aktualną wiedzą medyczną: diagnozy, jeśli spowodowała ona niewłaściwe leczenie albo opóźniła właściwe leczenie, przyczyniając się do rozwoju choroby; leczenia, w tym wykonania zabiegu operacyjnego; czy zastosowania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego.

W składzie komisji znajdują się prawnicy oraz przedstawiciele zawodów medycznych po połowie. Pośród 16 członków komisji 14 wybiera wojewoda z grona lekarzy, pielęgniarek, ratowników medycznych i innych osób posiadających wiedzę medyczną oraz prawników odznaczających się wiedzą w dziedzinie praw pacjenta, jednego członka wybiera Rzecznik Praw Pacjenta i jednego

²⁴⁴*Ibidem*, s. 151 oraz Literatura tam cytowana.

²⁴⁵H. Frąckowiak, *Postępowanie przed Wojewódzką Komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, Warszawa 2016, Legalis.

²⁴⁶*Ibidem*

Minister do spraw zdrowia. Wojewódzkie komisje orzekają w składzie 4-osobowym²⁴⁷. Każdy skład ustalany jest przez Przewodniczącego według kolejności wpływu z alfabetycznej listy członków. Jednakże po dwóch członków „medycznych” i dwóch „prawniczych”. Komisja orzeka o odpowiedzialności podmiotu leczniczego, a nie o odpowiedzialności konkretnego lekarza w sposób formalny. I jednocześnie stanowi ustalenie, które może być podstawą dochodzenia ewentualnych dalszych roszczeń pacjenta (tylko w przypadku odrzucenia propozycji podmiotu)²⁴⁸.

3. ART. 52 KEL A ODPOWIEDZIALNOŚĆ DYSCYPLINARNA LEKARZA- CZŁONKA KOMISJI

Odpowiedzialność dyscyplinarna lekarza uznawana jest za przejaw odpowiedzialności zawodowej, a zatem dotyczącej wykonywania konkretnego zawodu. W doktrynie²⁴⁹ przyjmuje się, że obie nazwy są poprawne, niemniej ustawodawca w ustawie o izbach lekarskich określa wprost rozwiązania naruszeń przepisów deontologicznych mianem odpowiedzialności zawodowej. Zaznaczam, iż w treści używam zamiennie tych pojęć, gdyż w mojej ocenie, zwłaszcza mając na uwadze treść przepisów deontologicznych (art.1 ust. 3 k.e.l.) etykę można naruszyć poprzez każde postępowanie osoby wykonującej zawód lekarza, które to podważyć może zaufanie do zawodu, nie tylko „pracując” jako lekarz. Ma to także odzwierciedlenie w definicji wskazanej doktrynalnie, a to jako ogółu następstw wymierzanych przez organy do tego upoważnione za takie zachowania, które przez system prawny są uznawane za niewłaściwe²⁵⁰.

Ustawa o izbach lekarskich wskazuje na normy proceduralne, określające zakres odpowiedzialności oraz przebieg procedury, instancyjność, zasady orzecznicze rządzące postępowaniem, o którym mowa. Art. 53 cyt. ustawy wskazuje dość enigmatycznie, iż lekarze podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki lekarskiej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza, czyli za przewinienia zawodowe. Normy materialnoprawne wskazujące na możliwość odpowiedzialności znajdują się w przepisach o randze usta-

²⁴⁷ *Ibidem*

²⁴⁸ A. Michalska-Olek, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 marca 2014 r., K 6/13 [o składzie i kompetencjach wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych]*, Palestra 2016, nr 6, s. 119

²⁴⁹ A. Fiutak, T. Podleśny, M. Kozik, P. Szczerba, K. Zblewska-Wrońska, *Odpowiedzialność prawna pracowników medycznych. Przepisy- Przykłady- Orzecznictwo*, Warszawa 2013, Legalis.

²⁵⁰ *Ibidem*.

wowej- cytowana wcześniej ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, czy też rozdział 5 ustawy o zawodach lekarza i lekarza- dentysty przedstawiająca zasady wykonywania zawodu lekarza, a w dziedzinie etyki- Kodeks Etyki Lekarskiej.

Art. 52 k.e.l. formułuje w ustępach 2 i 3 następujące uregulowanie „Lekarz powinien zachować szczególną ostrożność w formułowaniu opinii o działalności zawodowej innego lekarza, w szczególności nie powinien publicznie dyskredytować go w jakikolwiek sposób” i „Lekarz wszelkie uwagi o dostrzeżonych błędach w postępowaniu innego lekarza powinien przekazać przede wszystkim temu lekarzowi. Jeżeli interwencja okaże się nieskuteczna albo dostrzeżony błąd lub naruszenie zasad etyki powoduje poważną szkodę, konieczne jest poinformowanie organu izby lekarskiej”. Przyjmując sytuację braku wyłączenia tego przepisu w dalszych przepisach zbioru zasad etycznych środowiska lekarskiego należy przyjąć konstatację, iż lekarze- członkowie Wojewódzkich Komisji nie zostali wyłączeni spośród grona osób, których odpowiedzialność zostaje wyłączona spod działania ww. przepisów. Nie wskazano bowiem nigdzie żadnego przepisu, że lekarz w potocznie rzecz ujmując „domowych pieleszach” czy też poza szpitalem, przychodnią, karetką pogotowia, w której jest zatrudniony przestaje podlegać Kodeksowi Etyki Lekarskiej. Dosłownie niewyobrażalne jest, aby lekarz, będąc przykładowo na urlopie czy też po dyżurze nie udzielił pomocy będąc świadkiem wypadku na plaży, na ulicy, gdyż stoi to w sprzeczności z normami k.e.l. Podobnie i w tym przypadku.

Dlatego też problem stosowania artykułu 52 k.e.l. ma szerszy wymiar aniżeli można by się spodziewać. Choć, jak wynika z wywiadu dokonanego przez autorkę na potrzeby konferencji z dnia 26 maja 2017r., do tej pory żaden rzecznik dyscyplinarny nie postawił zarzutów żadnemu członkowi komisji, problem staje się bardzo żywotny, gdy spojrzymy na działalność judykatury we wspomnianym zakresie. Według wywiadu argumentem przejawiającym naprzeciw postawieniu tego typu zarzutów jest brak jawności postępowania. Jak wskazuje się w doktrynie na podstawie przepisów ustawy postępowanie przed wojewódzką komisją jest niedostępne dla publiczności (nie ma jawności zewnętrznej), co zasadniczo oceniane jest negatywnie ze względu na uniemożliwienie poznania społeczeństwu innych aniżeli pozasądowe tryby rozwiązywania sporów²⁵¹. W posiedzeniach ko-

²⁵¹ J. Sadowska [w:] *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Komentarz do art. 67a–67o ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, I. Kunicki (red.), Warszawa 2016, Legalis

misji poza jej członkami mają prawo brać udział enumeratywnie wskazane podmioty w treści art. 67i ust. 2, to jest podmiot składający wniosek (wraz z pełnomocnikiem²⁵²) oraz przedstawiciele kierownika podmiotu leczniczego prowadzącego szpital, z działalnością którego wiąże się wniosek o ustalenie zdarzenia medycznego oraz ubezpieczyciel, z którym podmiot leczniczy zawarł umowę ubezpieczenia z tytułu zdarzeń medycznych. Problemem „publiczności” postępowania w odniesieniu do zdarzeń medycznych zajął się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 września 2013 r.²⁵³, który wskazuje, iż „1. Przez pojęcie „publiczności” działania sprawcy należy rozumieć taką sytuację, w której miejsce, okoliczności i sposób popełnienia czynu umożliwiają jego dostrzeżenie przez większą, bliżej nieokreśloną liczbę osób. 2. Przepis art. 52 ust. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej poprzez zwrot: „w szczególności”, jedynie przykładowo wskazuje na niedopuszczalność publicznego przekraczania granic krytyki innego lekarza, co nie stoi na przeszkodzie uznaniu za delikt dyscyplinarny również takiego zachowania, które polegało na niezachowaniu ostrożności w formułowaniu opinii względem innego lekarza, ale nie mogło zostać odebrane przez większą liczbę osób.”

Co oznacza większą, bliżej nieokreśloną liczbę osób? Co jest wyznacznikiem? Mając na uwadze, że liczba podmiotów może być większa niż jeden np. w przypadku licznych spadkobierców zmarłego pacjenta, do tego każdy z nich może mieć własnego pełnomocnika, który wraz z nim stawia się na posiedzenie Komisji, co więcej stawia się w takiej konfiguracji też i szpital wraz z pełnomocnikiem/pełnomocnikami czy ubezpieczyciel. Grono, które może przysłuchiwać się orzeczeniu może być dość duże, a zatem spełniać wymogi „dużej, nieokreślonej liczby osób”. I mimo że *de facto* odpowiedzialnym będzie szpital, a *stricte* podmiot działalności leczniczej, to jednak mowa jest o błędzie lekarskim. Co w sytuacji, gdy przewodniczącym komisji jest lekarz? Co w sytuacji, gdy wygłasza on orzeczenie w dość brutalny sposób wskazując, że doszło do zdarzenia medycznego, a odwołanie wykaże niedociągnięcia pracy komisji i zmieni orzeczenie? Co może zrobić lekarz, czyli domniemany sprawca? Czy może się bronić, czy też nie skoro nie może wypowiadać się o innym lekarzu?

²⁵² W doktrynie i praktyce dopuszcza się udział pełnomocników analogicznie do kodeksu cywilnego; *vide*: interpelacja Ministra Zdrowia Nr 8301 w sprawie niejasności prawnych dotyczących prac komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych; M. Wojewoda, *Przedstawicielstwo w postępowaniu dotyczącym odpowiedzialności z tytułu zdarzeń medycznych*, Palestra 2015, nr 9-10, s. 48-58.

²⁵³ Wyrok SN z dnia 9 września 2013 r., SDI 21/13, Legalis

Nad tym problemem skupiły się Trybunały - Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniach Fran-kowicz przeciwko Polsce²⁵⁴ oraz Sosinowska przeciwko Polsce²⁵⁵, a także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 23 kwietnia 2008 r.²⁵⁶ uznając za niekonstytucyjną, czy też sprzeczną z art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²⁵⁷ niemożliwość wypowiadania się na temat działalności lekarza przez innego lekarza. Co więcej, regulacja w dziedzinie braku jawności zewnętrznej była przedmiot rozważań Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z 11 marca 2014 r.²⁵⁸ w zakresie, w jakim nie przewiduje się uczestnictwa lekarza w posiedzeniu wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych²⁵⁹. Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż niekonstytucyjnym jest uniemożliwienie udziału w posiedzeniu Wojewódzkiej Komisji lekarza- „sprawcy” zdarzenia. W doktrynie pojawiają się słuszne głosy, gdyż lekarz, którego działanie bądź zaniechanie doprowadziło do zdarzenia medycznego może zostać sam pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej, zwłaszcza, że w ramach postępowania przed komisją, komisja sama może otworzyć drogę do postępowania dyscyplinarnego czy też odpowiedzialności regresowej względem lekarza²⁶⁰.

Co więcej w przypadku, gdy sprawa trafi do sądu, na skutek odrzucenia propozycji podmiotu leczniczego, wtedy działania wojewódzkich komisji zostaną niejako szeroko upublicznione, gdyż rozprawy sądowe co do zasady są jawne. W ocenie autorki wpisuje się to w treść deliktu dyscyplinarnego określonego art. 52 k.e.l. Rzecznicy dyscyplinarni samorządu lekarskiego zdają się nie dopatrzeć zwrotu „w szczególności”, a zatem potencjalnej możliwości zgłoszenia przez lekarza- „sprawcę” skargi na lekarza- członka wojewódzkiej komisji, który pełnił funkcję przewodniczącego.

W tym miejscu warto też odnieść się do ust. 4 art. 52 k.e.l., który stanowi, iż denuncjacja przez innego lekarza sygnalizująca, iż takowy przepis (art. 52) został naruszony, sam w sobie deliktu odpowiedzialności zawodowej stanowić nie może. Tym samym jednoznacznie należy przyjąć, iż lekarz, którego metody leczenia zostały skrytykowane ma prawnie usankcjonowaną możliwość wystą-

²⁵⁴Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 16 grudnia 2008 r., 53025/99, Legalis.

²⁵⁵Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 18 października 2011 r., 10247/09, Legalis.

²⁵⁶Wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07, OTK- A 2008, nr 3, poz. 45.

²⁵⁷Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

²⁵⁸Wyrok TK z dnia 11 marca 2014 r., K. 6/13, OTK-A 2014, nr 3, poz. 29.

²⁵⁹E. Kurowska [w]: Z. Cnota, G. Gura, T. Grabowski, E. Kurowska, *Zasady i tryb ustalania świadczeń/roszczeń (odszkodowania i zadośćuczynienia) w przypadku zdarzeń medycznych. Komentarz*. Warszawa 2016, Legalis.

²⁶⁰A. Michalska-Olek, *op. cit.*, s. 119.

pienia ze skargą nie obawiając się, iż w ten sposób sam naruszy odpowiedzialność zawodową.

Mając na uwadze przytoczone w powyższych orzeczeniach okoliczności, które jedynie sygnalizują problem wolności słowa, acz nie wpisują się dokładnie w problematykę opisywaną w niniejszym opracowaniu winno zwracać się uwagę, iż cytując jedną z tez wskazaną w orzeczeniu ETPCz „każda krytyczna opinia lekarza w stosunku do innego lekarza przed zastosowaniem kary dyscyplinarnej powinna być całościowo zbadana pod kątem rzetelności i obiektywności formułowanych twierdzeń i nie może być zabroniona i sankcjonowana w sposób arbitralny”²⁶¹. Wprost wynikają stąd odwołania do: całościowego zbadania sprawy (czyli czy nastąpiło naruszenie w dziedzinie publiczności zdarzenia, czy jest ono zasadne), rzetelności (w dziedzinie zbadania, czy członkowie komisji ocenili wszystko zgodnie ze „sztuką” lekarską), obiektywności twierdzeń (czy są one oparte o wiedzę medyczną, a nie niesnaski personalne)²⁶². Tym samym ocen w zakresie decyzji, jakie zachowanie lekarza może stanowić przedmiot odpowiedzialności zawodowej należy weryfikować *ad casum*, gdyż nie każde przekroczy granice wolności słowa ujęte w normach konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych.

De lege ferenda postuluję wprost uregulowanie albo wyłączenia członków komisji od odpowiedzialności za delikty dyscyplinarne w przepisach deontologicznych lekarzy albo wprowadzenie rozwiązań natury ustawowej w tym zakresie, gdyż w przeciwnym przypadku domniemanie stoi po stronie jednak naruszeń k.e.l., gdyż w mojej ocenie jest to kolejne miejsce pracy lekarza, tak samo jak szpital, pogotowie, gdzie otrzymuje on wynagrodzenie za swoją wiedzę medyczną, doświadczenie, którym dzieli się publicznie, a także mając na uwadze szerokie ujęcie odpowiedzialności także poza nominalnym wykonywaniem zawodu, a w życiu codziennym.

4. INNE ARTYKUŁY KEL A ODPOWIEDZIALNOŚĆ DYSCYPLINARNA LEKARZA- CZŁONKA KOMISJI

Interesującym z punktu widzenia praktyki może być również podejście do pacjenta. Art. 12 ust. 1 k.e.l. wskazuje się, iż „Lekarz powinien życzliwie i kulturalnie traktować pacjentów, szanując ich godność osobistą, prawo do inty-

²⁶¹Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 18 października 2011 r., 10247/09, Legalis

²⁶² Szerzej na ten temat A. Rutkowska, *Granice wolności słowa w środowisku pracy – standardy w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, MOP 2014, nr 8, s. 406 i n.

mności i prywatności.”. Osoba składająca wniosek, pacjent, może czuć, iż narusza się jego godność osobistą przez pytania (i sposób ich zadawania przez) członków komisji- lekarzy natury intymnej, zwłaszcza w przypadku kobiet, które utraciły przymiot płodności na skutek zdarzenia medycznego.

5. ZAKOŃCZENIE

W swojej pracy chciałam zwrócić uwagę na niezauważalny, ale praktyczny problem odpowiedzialności dyscyplinarnej, zawodowej członków- lekarzy wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Nikt nie może być ponad prawem, nawet jeśli z jakiś przyczyn nie zostało to dokładnie uregulowane. Lekarz, tak jak prawnik czy inny przedstawiciel zawodu zaufania publicznego, musi cechować się zespołem cech wyróżniającym go spośród innych nie tylko wiedzą, ale i kulturą osobistą, a przede wszystkim moralnością. Lekarz nigdy nie przestaje być lekarzem, dlatego dopóki ustawodawca albo prawodawca deontologiczny nie wyłączy jego odpowiedzialności zawodowej za wypowiedzi podczas prac komisji innych organów to będzie on w mojej ocenie odpowiadał za delikty dyscyplinarne. Nie można także wyłączyć możliwości sprawowania przez lekarzy funkcji Przewodniczącego lub Zastępcy Przewodniczącego komisji tylko dlatego, żeby nie mógł on odpowiadać dyscyplinarnie. Byłoby to bez wątpienia naruszenie konstytucyjnego prawa z art. 32, przejaw niesamowitej dyskryminacji zawodowej, a nie to jest celem ani niniejszej pracy autorki, ani z pewnością nie leżało w gestii prawodawcy krajowego, jak i twórcy kodeksu deontologicznego samorządu lekarskiego. Orzecznictwo czy to ETPCz, czy też SN, nie stanowi nowego prawa, a jedynie podaje wykładnię stosowania przepisów prawa. Zaś Trybunał Konstytucyjny mimo swej roli „nie może reagować na prawodawcze zaniechanie”²⁶³. Brak uregulowań stanowi pole do rozważań doktrynalnych, jurydycznych, a przy tworzy przejaw niepewności prawnej, w mojej ocenie istotną lukę. Lekarze- członkowie komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych potencjalnie podlegają odpowiedzialności za tworzenie nieobiektywnych, nierzetelnych opinii o pracy innego lekarza, nawet nie dokonując czynności medycznych, a posiłkując się własną wiedzą, wygłaszając zdanie na ten temat publicznie, czy też publicznie je popierając własnym podpisem. Istotnym, w ocenie autorki jest też przeoczenie przez ustawodawcę możliwości odpowiedniego stosowania przepisu art. 324 k.p.c. statuujuącego możliwość zgłaszania zdań odrębnych w odniesieniu do prac członków komisji, gdyż takie

²⁶³S. Wronkowska, Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”, PIP 2008/10, s. 5-20

rozwiązanie istotnie mogłoby zwolnić lekarza- członka komisji z odpowiedzialności za naruszenia etyki. Dlatego też zasadne jest kompleksowe uregulowanie w tym kierunku wskazane w uwagach *de lege ferenda*.

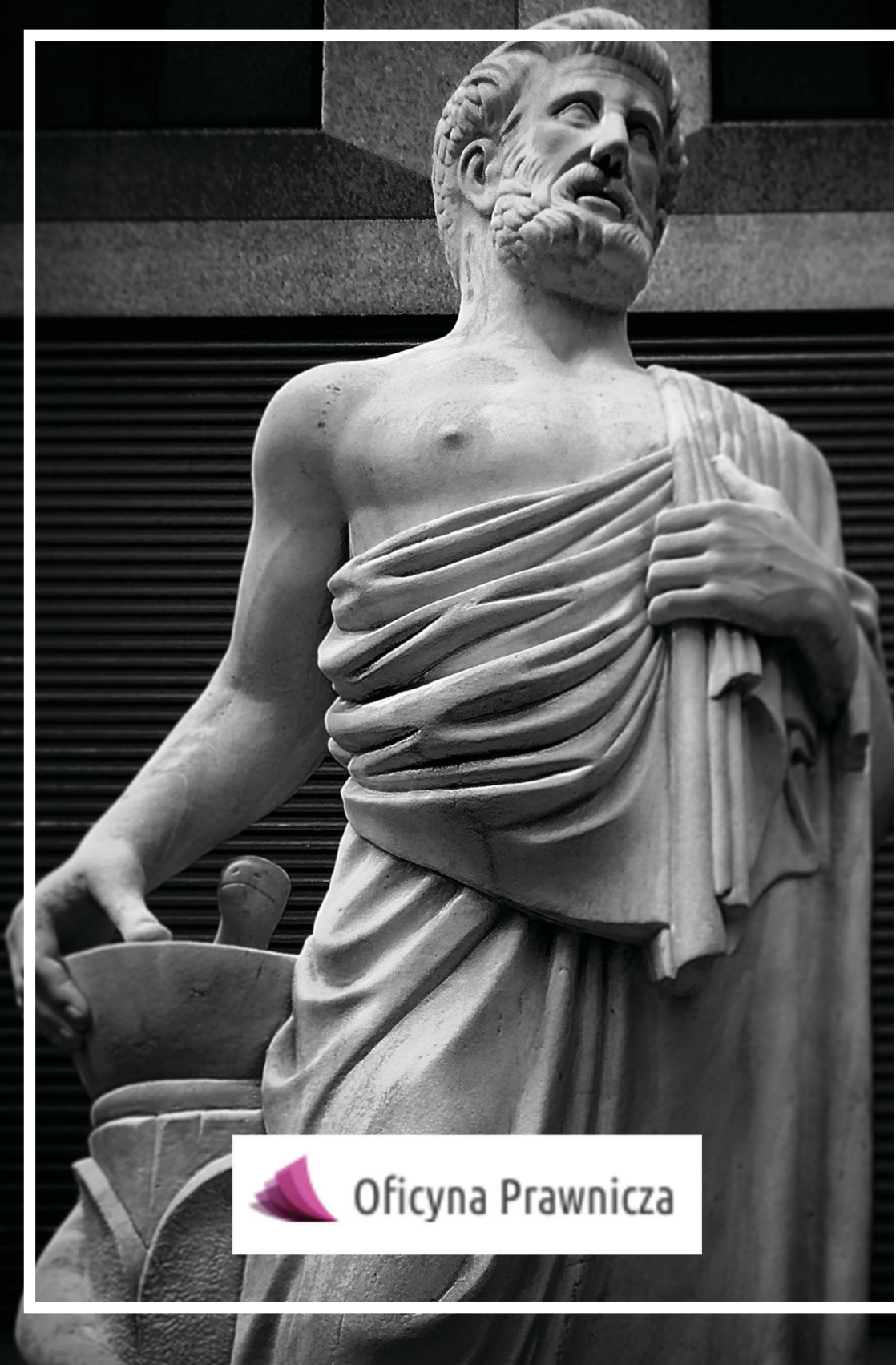
BIBLIOGRAFIA

I. Literatura:

1. K. Bączyk- Rozwadowska, *Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych* [w]: *Prawne oraz zarządcze aspekty prowadzenia dokumentacji medycznej*, M. Śliwka (red.), Warszawa 2015;
2. Fiutak, T. Podleśny, M. Kozik, P. Szczერba, K. Zblewska-Wrońska, *Odpowiedzialność prawna pracowników medycznych. Przepisy- Przykłady- Orzecznictwo*, Warszawa 2013;
3. H. Frąckowiak, *Postępowanie przed Wojewódzką Komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, Warszawa 2016;
4. Kunicki (red.), *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Komentarz do art. 67a–67o ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*. Warszawa 2016;
5. E. Kurowska w Z. Cnota, G. Gura, T. Grabowski, E. Kurowska, *Zasady i tryb ustalania świadczeń/roszczeń (odszkodowania i zadośćuczynienia) w przypadku zdarzeń medycznych. Komentarz*, Warszawa 2016;
6. Michalska-Olek, *Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 marca 2014 r., K 6/13 [o składzie i kompetencjach wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych]*, Palestra 2016, nr 6;
7. Rutkowska, *Granice wolności słowa w środowisku pracy – standardy w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, MOP 2014, nr 8;
8. M. Wojewoda, *Przedstawicielstwo w postępowaniu dotyczącym odpowiedzialności z tytułu zdarzeń medycznych*, Palestra 9-10/2015;
9. S. Wronkowska, Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”, PIP 2008/10.

II. Orzecznictwo:

1. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 16 grudnia 2008 r., *Frankowicz przeciwko Polsce*, 53025/99, Legalis;
2. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 18 października 2011r., *Sosinowska przeciwko Polsce*, 10247/09, Legalis;
3. wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r. SK 16/07, OTK- A 2008, nr 3, poz. 45;
4. wyrok TK z dnia 11 marca 2014 r., K 6/13, OTK-A 2014 nr 3, poz. 29;
5. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2013 r., SDI 21/13, KZS 2014 nr 1, poz. 23, Legalis.



Oficyna Prawnicza