Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 1–2/2021 (7)

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO
kwartalnik
Czasopismo recenzowane według wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Rada Programowa
Przewodniczący prof. dr hab. Mirosław Wielgoś

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

Prawo i etyka
dr Anna Alichniewicz, prof. dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska, prof. dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, prof. dr hab. Adam Górski, prof. dr hab. Leszek Kubicki, prof. dr hab. Agnieszka Liszewska, prof. dr hab. Teresa Mróz, prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz, prof. dr hab. Alicja Przyłuska-Fiszer, prof. dr hab. Zbigniew Szawarski, prof. dr hab. Małgorzata Świderska, prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski, prof. dr hab. Eleonora Zielińska

Redaktor naczelny
dr hab. Maria Boratyńska

Redaktor ds. medycznych
prof. dr hab. Agnieszka Cudnoch-Jędrzejewska

Redaktor ds. bioetycznych
dr Joanna Różyńska

Redaktor ds. praw autorskich
dr hab. Wojciech Machała

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

Sekretarz redakcji
mgr Wojciech Rożdżeński

Redaktor językowy
Maciej Ganczar, mgr Marta Puścion

Dział promocji
dr Antonina Doroszewska, mgr Barbara Krzyżewska

Redaktor statystyczny
mgr inż. Krzysztof Krasuski

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

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

Projekt okładki
CORNERIA
Opracowanie graficzne Global Scientific Platform/www.pandawer.pl

Nakład 500 egz.
ISSN 2657-8573 e-ISSN 2719-3748

Tytuł dofinansowany przez Śląską Izbę Lekarską

Spis treści

prof. dr hab. Eleonora Zielińska, dr Joanna Różyńska,
prof. dr hab. Paweł Łuków
Uniwersytet Warszawski
prof. dr hab. Barbara Chyrowicz
Katolicki Uniwersytet Lubelski
dr Weronika Chańska, prof. dr hab. Jan Hartman
Uniwersytet Jagielloński
dr hab. Dorota Karkowska
Uczelnia Łazarskiego w Warszawie

Konflikt interesów w praktyce zawodów medycznych – Rekomendacje Komisji do spraw etyki w ochronie zdrowia (2013–2016) 5

dr Dominika Bek, mgr Jakub Hanc
Uniwersytet Śląski

Rola mediacji i mediatora w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarza 41

dr hab. Przemysław Konieczniak
Uniwersytet Warszawski

Eksperyment medyczny – sytuacja prawna po nowelizacji ustawy lekarskiej 79

mgr Wojciech Rożdżeński
Uniwersytet Warszawski

Wykorzystanie instytucji kurateli dla osoby niepełnosprawnej dla realizowania czynności właściwych pełnomocnictwu zdrowotnemu 121

dr hab. Maria Boratyńska
Uniwersytet Warszawski, Warszawski Uniwersytet Medyczny
dr Jacek Malczewski
Uniwersytet Jagielloński

Spór o zaprzestanie daremnej terapii oraz sztucznego odżywiania i nawadniania na przykładzie sprawy polskiego pacjenta RS w Wielkiej Brytanii 171

ORZECZNICTWO

dr hab. Olga Sitarz
Uniwersytet Śląski

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2020 r., IV KK 221/19 237

dr Jan Ciechorski
Wyższa Szkoła Humanistyczna w Sosnowcu

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 2020 r., IV CSK 51/20 251

Marcin Krakowiak, Krzysztof Ślaski
studenci IV roku
Uniwersytet Warszawski

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 lutego 2021 r., I ACa 1233/20 263

SPRAWOZDANIA KOMUNIKATY NOTY

mgr Joanna Wojnarowska
Uniwersytet Warszawski

Sprawozdanie z ogólnopolskiej interdyscyplinarnej konferencji naukowej „Forum Prawa Medycznego: Prawo i etyka świata cyfrowego” 273

Joanna Różyńska, Weronika Chańska, Paweł Łuków,
Eleonora Zielińska, Barbara Chyrowicz,
Dorota Karkowska, Jan Hartman

Konflikt interesów w praktyce zawodów medycznych – Rekomendacje Komisji do spraw etyki w ochronie zdrowia (2013–2016)

Poniższe opracowanie stanowi wynik prac Komisji do spraw etyki w ochronie zdrowia powołanej przez Ministra Zdrowia zarządzeniem z dnia 24 maja 2013 r. (Dz. Urz. Min. Zdrow. poz. 21 oraz z 2014 r. poz. 70). Do zadań Komisji należało wyrażanie opinii w sprawach problemów etycznych w ochronie zdrowia, w szczególności w zakresie stosowania nowych procedur medycznych oraz wykonywania zawodów medycznych. Komisja pracowała aktywnie zaledwie przez kilka miesięcy. Została formalnie rozwiązana zarządzeniem kolejnego Ministra Zdrowia z dnia 20 stycznia 2016 r. (Dz. Urz. Min. Zdrow. poz. 12).

Prezentowany dokument powstał w 2014 roku. Jego tekst przygotowali członkowie Komisji: dr Joanna Różyńska, dr Weronika Chańska, prof. dr hab. Paweł Łuków, prof. dr hab. Eleonora Zielińska, prof. dr hab. Barbara Chyrowicz, dr hab. Dorota Karkowska oraz prof. dr hab. Jan Hartman. W trakcie prac zespół konsultował dokument z Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej, Krajową Izbą Diagnostów Laboratoryjnych, Naczelną Radą Pielęgniarek i Położnych oraz z Naczelną Radą Aptekarską. Poniżej opublikowana wersja została zaktualizowana i dostosowana do aktualnego stanu prawnego.

Zasadnicza intencja opracowania jest edukacyjna. Jego celem jest zdefiniowanie konfliktu interesów w ochronie zdrowia, wskazanie głównych obszarów jego występowania oraz sformułowanie wskazówek pozwalających na unikanie, usuwanie bądź minimalizowanie jego skutków.

Konflikt interesów w praktyce zawodów medycznych

Konflikt interesów to sytuacja, w której istnieje niebezpieczeństwo, że na decyzje lub działania zawodowe osoby – oprócz czynników wynikających z profesjonalnej wiedzy i doświadczenia zawodowego oraz uznanych zasad i wartości – będą mieć wpływ oczekiwane lub zrealizowane korzyści finansowe, prestiżowe, emocjonalne i tym podobne. Jest to więc sytuacja, w której uzyskana lub oczekiwana korzyść własna bądź też korzyść podmiotu, z którym dana osoba jest powiązana, może wchodzić w konflikt z obowiązkami zawodowymi tej osoby, w szczególności negatywnie wpływać na obiektywizm i rzetelność jej profesjonalnego osądu.

Osoby wykonujące zawody medyczne coraz częściej znajdują się w sytuacji konfliktu interesów. Istnieją po temu co najmniej dwa powody. Pierwszy to rosnąca złożoność życia społecznego przejawiająca się w jednoczesnym pełnieniu przez jednostki kilku ról społecznych i zawodowych, które wiążą się często ze sprzecznymi oczekiwaniami, wymaganiami i obowiązkami. Powód drugi to postępująca komercjalizacja działalności leczniczej i badawczej w medycynie oraz rosnąca konkurencja między podmiotami zaangażowanymi w jej prowadzenie, która coraz częściej zachęca te podmioty do przedkładania własnego powodzenia lub zysku nad dobro pacjentów, uczestników badań czy dobro publiczne.

Konflikty interesów są dziś zjawiskiem powszechnym i występują w praktyce wielu zawodów. Z uwagi na to, że zawody medyczne są zawodami zaufania publicznego, o których mowa w art. 17 Konstytucji RP, oraz że osobom wykonującym te zawody powierza się troskę o fundamentalne dobra, rozumienie przez osoby wykonujące zawody medyczne problematyki konfliktów interesów oraz umiejętność rozpoznawania takich konfliktów i etycznego reagowania na nie ma szczególne znaczenie zarówno dla praktyki opieki nad pacjentami i badań medycznych, jak i dla społecznego postrzegania zawodów medycznych.

Dostępne badania sugerują, że wiedza przynajmniej części osób wykonujących zawody medyczne o tym, czym jest konflikt interesów, jakie zagrożenia wynikają z konfliktów interesów i jakie są metody minimalizowania ich negatywnych skutków, jest wciąż stosunkowo niska. Z badania

pt. „Warunki pracy, konflikt interesów oraz ocena przydatności kompetencji miękkich w praktyce zawodowej lekarzy i lekarzy dentystów" przeprowadzonego w 2012 r. przez Ośrodek Studiów, Analiz i Informacji Naczelnej Rady Lekarskiej we współpracy z Instytutem Filozofii i Socjologii PAN wynika, że w szczególności istnieje potrzeba:

– „**Podniesienia poziomu świadomości** istnienia konfliktu interesów w praktyce zawodowej lekarzy i lekarzy dentystów.
– **Zmiany stereotypowego postrzegania konfliktu interesów** jako zjawiska dotyczącego głównie osób pełniących ważne funkcje i zajmujących wysokie stanowiska lub wykonujących zawody inne niż zawody medyczne.
– **Rozpowszechnienia znajomości sposobów zapobiegania** stronniczości przy różnorodnych aktywnościach zawodowych.
– **Poprawy sposobu rozumienia pojęcia konfliktu interesów** przez lekarzy i lekarzy dentystów w odniesieniu do codziennej praktyki, aktywności naukowej i edukacyjnej".

Zjawiska sprzyjające powstawaniu konfliktów interesów występują we wszystkich obszarach ochrony zdrowia, dlatego uzasadnione jest domniemanie, że podobne potrzeby występują nie tylko wśród lekarzy i lekarzy dentystów, ale także w innych zawodach medycznych.

Niniejsze opracowanie ma na celu umożliwienie profesjonalistom medycznym rozpoznawanie konfliktów interesów, związanych z nimi zagrożeń etycznych i prawnych oraz unikanie ich lub minimalizowanie ich negatywnych skutków w praktyce opieki nad pacjentami, w medycznych badaniach naukowych oraz w innych sferach wykonywania zawodu.

1. KONFLIKT INTERESÓW – CHARAKTERYSTYKA OGÓLNA

Definicja ogólna

Osoba wykonująca zawód medyczny znajduje się w sytuacji konfliktu interesów wtedy, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że przedłoży interes własny lub interes innego podmiotu, z którym jest

powiązana, ponad interes pacjenta lub inny interes jednostkowy bądź społeczny, wobec którego zobowiązana jest do szczególnej dbałości. Charakter i zakres tej dbałości wyznaczają obowiązki zawodowe spoczywające na osobie wykonującej zawód medyczny.

Przez **osobę wykonującą zawód medyczny** rozumie się w niniejszym opracowaniu przede wszystkim osobę, która na podstawie odrębnych przepisów uprawniona jest do udzielania świadczeń zdrowotnych, oraz osobę legitymującą się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny (art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, t.j. Dz.U. 2021 r. poz. 711 z późn. zm.). W szczególności osobą taką jest lekarz, lekarz dentysta, pielęgniarka, położna, fizjoterapeuta i diagnosta laboratoryjny. Ze względu na zaangażowanie ratowników medycznych i farmaceutów w działania na rzecz zdrowia, za osoby wykonujące zawód medyczny uznaje się w niniejszym opracowaniu także ratowników medycznych i farmaceutów. Ponadto, z uwagi na rolę, jaką w ochronie zdrowia pełnią inni specjaliści, niniejsze opracowanie stosuje się również do wszystkich osób wykonujących zawody zaangażowane w ochronę zdrowia. Na użytek niniejszego opracowania osoba wykonująca zawód medyczny nazywana będzie także przedstawicielem zawodu medycznego albo profesjonalistą medycznym.

Osoba wykonująca zawód medyczny może zaniedbać ciążące na niej obowiązki zawodowe dla korzyści własnej, zwłaszcza finansowej, zawodowej, prestiżowej lub emocjonalnej, bądź też dla korzyści innego podmiotu, z którym jest powiązana na przykład organizacyjnie, ekonomicznie bądź osobiście.

Powiązaniami organizacyjnymi, które rodzą konflikt interesów, są w szczególności powiązania wynikające z jednoczesnego pełnienia przez profesjonalistę medycznego dwóch lub więcej funkcji zawodowych, między którymi zachodzi jednostronna lub obustronna zależność, np. jednoczesnego pełnienia funkcji zarządzanego i zarządzającego; kontrolującego i kontrolowanego; finansującego i finansowanego; przełożonego i podwładnego (tzw. zatrudnienie krzyżowe).

Powiązaniami ekonomicznymi, które są źródłem licznych konfliktów interesów, są natomiast powiązania gospodarcze, majątkowe i finansowe profesjonalisty medycznego z podmiotami innymi niż jego podstawowe miejsce zatrudnienia, których działalność wiąże się z szeroko rozumianą ochroną zdrowia, w szczególności z innymi podmiotami wykonującymi działalność leczniczą, sponsorami badań klinicznych, producentami produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Powiązania te mogą mieć różny charakter, w szczególności polegać na tym, że profesjonalista medyczny:

– jest członkiem organu zarządzającego, nadzorującego lub kontrolnego innego podmiotu leczniczego albo podmiotu odpowiedzialnego za sponsorowanie lub prowadzenie badań klinicznych, wytwarzanie lub wprowadzanie do obrotu produktów leczniczych i wyrobów medycznych;
– właścicielem, współwłaścicielem (udziałowcem, wspólnikiem, członkiem) konkurencyjnego podmiotu leczniczego albo podmiotu odpowiedzialnego za sponsorowanie lub prowadzenie badań klinicznych, wytwarzanie lub wprowadzanie do obrotu produktów leczniczych i wyrobów medycznych;
– świadczy pracę na rzecz takiego podmiotu na podstawie umowy o pracę bądź też na podstawie umowy cywilnoprawnej;
– otrzymuje inne korzyści majątkowe lub niemajątkowe od takiego podmiotu;
– pozostaje w związku małżeńskim, we wspólnym pożyciu, w relacji pokrewieństwa lub powinowactwa albo w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli z osobą, która jest powiązana ekonomicznie z takim podmiotem w jeden z wyżej opisanych sposobów.

Powiązaniami osobistymi, które prowadzą do konfliktów interesów, są relacje rodzinne, towarzyskie, a także inne więzi personalne, zarówno nacechowane pozytywnie, jak i negatywnie, między przedstawicielem zawodu medycznego a osobą, której dotyczą podejmowane przez niego decyzje i działania zawodowe.

Powiązania instytucjonalne, ekonomiczne i osobiste są typowym i najczęstszym źródłem konfliktów interesów w praktyce zawodów medycznych.

Wątpliwości co do przestrzegania zasad profesjonalizmu, bezstronności i bezinteresowności przedstawiciela zawodu medycznego mogą powstawać także w innych okolicznościach, w szczególności w związku z jego zaangażowaniem w działalność społeczną, polityczną, związkową lub w działalność samorządu zawodowego.

Konflikt interesów jest zjawiskiem powszechnym i nieuniknionym. Jego źródłem mogą być okoliczności niezależne od woli podmiotu (np. uwarunkowania systemowe, powszechna praktyka, na którą podmiot nie ma wpływu, naturalna wielość pełnionych przez niego ról społecznych i zawodowych), a także okoliczności będące wynikiem dobrowolnie zaciągniętych przez niego zobowiązań (np. współpraca z innym podmiotem leczniczym). Konflikt interesów zazwyczaj nie jest sam w sobie moralnie naganny. Może, ale nie musi, negatywnie wpływać na rzetelność, bezstronność i bezinteresowność przedstawiciela zawodu medycznego – na jego profesjonalny osąd i postępowanie. Sam ten podmiot może nie zauważać tego, iż takim wpływom podlega.

Konflikt interesów staje się poważnym problemem, gdy stanowi realne zagrożenie dla dóbr jednostkowych lub społecznych o istotnym znaczeniu i dotyczy osób, na których spoczywa profesjonalny obowiązek stania na straży tych dóbr. Takie ryzyko wiąże się z istotną częścią konfliktów interesów, których doświadczają przedstawiciele zawodów medycznych.

Konflikt interesów a różnorodność ról i funkcji zawodowych pełnionych przez profesjonalistów medycznych

Osoby wykonujące zawody medyczne doświadczają różnego rodzaju konfliktów interesów. Natura tych konfliktów zależy przede wszystkim od charakteru działalności realizowanej przez danego profesjonalistę – od pełnionej przez niego roli i funkcji zawodowej oraz wykonywanych w ramach niej zadań.

Przedstawiciele zawodów medycznych mogą wykonywać swoją profesję, pełniąc jedną lub kilka ról zawodowych, w szczególności mogą być:

– osobami udzielającymi świadczeń zdrowotnych,
– badaczami,
– nauczycielami zawodów medycznych,
– ekspertami opiniującymi cudze prace, projekty itp.
– kierownikami podmiotów leczniczych,
– członkami, organami lub pracownikami administracji systemu ochrony zdrowia.

Każda z tych ról zawodowych nakłada na osobę ją pełniącą określne obowiązki profesjonalne. Są one podporządkowane realizacji właściwego danemu obszarowi działalności profesjonalnej celu, którym jest działanie na rzecz dobra pacjenta i ochrona określonego interesu, dobra jednostkowego lub społecznego.

W uproszczeniu, naturę i specyfikę każdej z tych ról i wyznaczanych przez nie rodzajów działalności profesjonalnej przedstawia poniższa tabela.

Rodzaj działalności	**Funkcje/zadania**	**Dobro/interes, któremu podporządkowane są obowiązki profesjonalisty medycznego**
Działalność lecznicza	udzielanie świadczeń zdrowotnych, czyli podejmowanie działań służących zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz innych działań medycznych wynikających z procesu leczenia lub odrębnych przepisów regulujących zasady ich wykonywania	**dobro pacjenta** pośrednio także: (i) prestiż i zaufanie do przedstawicieli zawodów medycznych; (ii) interesy podmiotów zatrudniający osoby wykonujące działalność leczniczą; (iii) dobre funkcjonowanie systemu ochrony zdrowia

Rodzaj działalności	Funkcje/zadania	Dobro/interes, któremu podporządkowane są obowiązki profesjonalisty medycznego
Działalność badawcza	projektowanie i prowadzenie badań naukowych w zakresie nauk medycznych, w tym przygotowywanie wniosków grantowych i realizowanie projektów badawczych publikowanie wyników badań naukowych	**rozwój i integralność nauk medycznych dobro uczestników badań** pośrednio także: (i) dobro przyszłych pacjentów; (ii) interesy podmiotów zatrudniających badaczy; (iii) prestiż i zaufanie do nauki i jej przedstawicieli
Działalność dydaktyczna	prowadzenie zajęć dydaktycznych w uczelniach i szkołach medycznych prowadzenie kursów, szkoleń i warsztatów podnoszących kwalifikacje przedstawicieli zawodów medycznych, pełnienie funkcji promotora prac dyplomowych	**profesjonalizm przyszłych przedstawicieli zawodów medycznych** pośrednio także: (i) dobro przyszłych pacjentów; (ii) interesy podmiotów wykonujących działalność leczniczą; (iii) dobre funkcjonowanie systemu ochrony zdrowia; (iv) przyszły rozwój nauk medycznych
Działalność kierownicza	pełnienie funkcji kierowniczych w podmiotach leczniczych	**dobro pacjenta interesy pomiotu leczniczego** pośrednio także: (i) dobre funkcjonowanie systemu ochrony zdrowia; (ii) prestiż i zaufanie do przedstawicieli zawodów medycznych

Rodzaj działalności	Funkcje/zadania	Dobro/interes, któremu podporządkowane są obowiązki profesjonalisty medycznego
Działalność administracyjna	praca w organach administracji publicznej, których zakres działania obejmuje nadzór nad ochroną zdrowia; praca w podmiotach zobowiązanych do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych lub urzędach te podmioty obsługujących i wykonywanie czynności związanych z przygotowywaniem, organizowaniem lub nadzorem nad udzielaniem świadczeń opieki zdrowotnej	**efektywne funkcjonowanie systemu ochrony zdrowia dobro pacjenta** pośrednio także: (i) interesy pomiotów wykonujących działalność leczniczą; (ii) prestiż i zaufanie do przedstawicieli zawodów medycznych
Działalność ekspercka	pełnienie funkcji recenzenta prac dyplomowych, doktorskich, habilitacyjnych, na tytuł naukowy, recenzenta publikacji naukowych, wniosków grantowych itp.; pełnienie funkcji konsultanta, biegłego opiniującego kompetencje lub działalność innych profesjonalistów; członkostwo w różnego rodzaju ciałach doradczych bądź opiniodawczych, np. komisjach bioetycznych.	**[zależy od charakteru i celu pracy lub działalności podlegającej ocenie]**

W każdym z wyróżnionych wyżej obszarów działalności profesjonalnej przedstawicieli zawodów medycznych konflikty interesów mają nieco inne źródło i niosą ze sobą różne zagrożenia.

2. KONFLIKT INTERESÓW W DZIAŁANOŚCI LECZNICZEJ

Podstawowym zadaniem przedstawicieli zawodów medycznych jest udzielanie świadczeń zdrowotnych. Naczelnym celem działalności leczniczej jest działanie na rzecz dobra pacjenta przez zapobieganie chorobom i niepełnosprawnościom, zwalczanie ich objawów lub negatywnych konsekwencji, ratowanie, przywracanie i podtrzymywanie zdrowia. Celowi temu podporządkowany jest obowiązek podejmowania działań profilaktycznych, diagnostycznych, terapeutycznych, pielęgnacyjnych i rehabilitacyjnych odpowiadających potrzebom zdrowotnym pacjenta, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi metodami i środkami, należytą starannością i innymi etyczno-prawnymi zasadami wykonywania danego zawodu medycznego.

Osoba udzielająca świadczeń zdrowotnych znajduje się w sytuacji konfliktu interesów, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że przedłoży interes własny lub interes innego podmiotu, z którym jest powiązana, ponad profesjonalny obowiązek działania w najlepszym interesie pacjenta. Konflikt interesów może skłaniać osobę udzielającą świadczeń zdrowotnych do naruszenia profesjonalnych i etyczno-prawnych standardów wykonywania zawodu, które są podporządkowane interesowi pacjenta. Konflikt interesów stanowi zagrożenie przede wszystkim dla dobra chorego. Może też pośrednio zagrażać podmiotowi leczniczemu zatrudniającemu danego profesjonalistę oraz całemu systemowi ochrony zdrowia, przyczyniając się do generowania nadmiernych i nieuzasadnionych wydatków na ochronę zdrowia. Może także stanowić zagrożenie dla dobrego imienia zawodów medycznych oraz istotnie przyczynić się do spadku społecznego zaufania do jego przedstawicieli.

Poniżej podano przykłady typowych konfliktów interesów, w których może znaleźć się osoba udzielająca świadczeń zdrowotnych.

System wynagradzania

Źródłem konfliktów interesów może być system wynagradzania za pracę osób udzielających świadczeń zdrowotnych. Niektóre modele wynagradzania premiują bowiem działania, które mogą być niezgodne z ciążącym na tych osobach obowiązkiem troski o dobro pacjenta.

Dwa systemy wynagradzania osób udzielających świadczeń zdrowotnych są szczególnie podatne na generowanie konfliktów interesów – system, w którym wysokość wynagrodzenia uzależniona jest od liczby wykonanych procedur medycznych (*fee for service*), oraz system, w którym wysokość wynagrodzenia zależy od liczby przyjętych pacjentów, a stawka za pacjenta jest zryczałtowana i niezależna od długości procesu leczenia i ilości wykonanych procedur medycznych (wynagradzanie kapitacyjne).

Uzależnienie wysokości wynagrodzenia od liczby wykonywanych procedur medycznych wystawia profesjonalistę medycznego na pokusę – a gdy wykonuje on zawód medyczny w podmiocie leczniczym – na presję ze strony przełożonych, aby zwiększać dochody poprzez wykonywanie dodatkowych procedur, które są w niewielkim stopniu uzasadnione medycznie lub w ogólne pozbawione takiego uzasadnienia. Taki sposób wynagradzania rodzi niebezpieczeństwo, że działania profesjonalisty medycznego będą narażać pacjentów na niepotrzebne ryzyko i uciążliwości oraz powodować wzrost społecznych kosztów opieki zdrowotnej. Niebezpieczeństwo takich nadużyć jest szczególnie wysokie w sytuacji, gdy występują istotne dysproporcje w wycenie procedur medycznych, które mogą być z równym powodzeniem zastosowane w diagnostyce lub terapii danego pacjenta.

Wynagradzanie kapitacyjne zachęca natomiast do zwiększania własnych dochodów przez zwiększanie liczby przyjmowanych pacjentów kosztem staranności i kompleksowości podejmowanych działań leczniczych. Może zatem prowadzić do obniżenia jakości świadczonej im opieki medycznej.

Powiązania z innymi podmiotami wykonującymi działalność leczniczą

Konflikty interesów pojawiają się także w sytuacji, gdy przedstawiciel zawodu medycznego udziela świadczeń zdrowotnych w dwóch (lub więcej) podmiotach wykonujących działalność leczniczą, a zwłaszcza gdy w jednym z tych podmiotów udziela świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, a w drugim odpłatnie (np. w ramach prywatnej praktyki zawodowej bądź jako pracownik lub współpracownik konkurencyjnego podmiotu leczniczego, który nie ma podpisanej umowy z NFZ).

Sytuacja taka może prowadzić do następujących konfliktów interesów:

– przedstawiciel zawodu medycznego zatrudniony w podmiocie leczniczym, który ma podpisaną umowę z NFZ, w celu zwiększenia własnych dochodów kieruje pacjenta na dalszą odpłatną diagnostykę lub terapię do swojego prywatnego gabinetu bądź konkurencyjnej prywatnej placówki, z którą jest powiązany ekonomicznie, pomimo że podmiot leczniczy, w którym pracuje i który ma podpisaną umowę z NFZ, jest w stanie zapewnić pacjentowi te świadczenia w równie profesjonalny i terminowy sposób;
– przedstawiciel zawodu medycznego pracujący w podmiocie leczniczym, który ma podpisaną umowę z NFZ, oraz w podmiocie prywatnym niebędącym stroną takiej umowy, nie bacząc na dobro chorego, kieruje pacjenta „prywatnego" na dalszą kosztowną, czasochłonną lub ryzykowną diagnostykę albo terapię do podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, aby nie obciążać prywatnego podmiotu tymi kosztami i ewentualnym ryzykiem niepowodzenia, które mogłoby negatywnie odbić się na jego renomie lub sytuacji ekonomicznej;
– przedstawiciel zawodu medycznego zatrudniony w podmiocie leczniczym, który ma podpisaną umowę z NFZ, uzależnia szybsze poddanie pacjenta określonym procedurom medycznym, finansowanym ze środków publicznych, od uprzedniej odpłatnej wizyty tego pacjenta w jego prywatnym gabinecie.

Podobny konflikt interesów powstaje wtedy, gdy osoba udzielająca świadczeń zdrowotnych zawiera porozumienie z innym podmiotem

wykonującym działalność leczniczą, które stanowi, że będzie ona otrzymywać określoną gratyfikację w zamian za skierowanie swojego pacjenta do tego podmiotu na dodatkowe badania lub konsultacje (*fee splitting*).

We wszystkich tych przypadkach dążenie profesjonalisty medycznego do zmaksymalizowania własnego dochodu i zminimalizowania wysiłku wkładanego w jego uzyskanie staje w konflikcie z ciążącą na nim powinnością działania dla dobra pacjenta.

Powiązania z producentami leków lub wyrobów medycznych

Źródłem konfliktów interesów są również mniej lub bardziej sformalizowane relacje między osobami udzielającymi świadczeń zdrowotnych a podmiotami mającymi interes w tym, aby wyprodukowany przez nie lek lub wyrób medyczny był jak najczęściej przepisywany pacjentom. Konflikt interesów rodzą w szczególności omówione wyżej powiązania ekonomiczne między profesjonalistami medycznymi a podmiotem wytwarzającym produkty lecznicze i wyroby medyczne (np. posiadanie udziałów albo akcji tych podmiotów lub członkostwo w ich władzach lub organach), a także następujące formy kontaktów z producentami leków i wyrobów medycznym albo ich przedstawicielami handlowymi:

– otrzymywanie bezpłatnych próbek leków i wyrobów medycznych od producentów;
– otrzymywanie prezentów od przedstawicieli producentów leków i wyrobów medycznych;
– sponsorowany udział w konferencjach, wyjazdach studyjnych i szkoleniach.

Pozostawanie w takich relacjach z producentami leków i wyrobów medycznych albo ich przedstawicielami handlowymi, choć w ograniczonym zakresie prawnie dozwolone (zob: Zarządzanie konfliktem interesów), może mieć negatywny wpływ na obiektywizm i rzetelność profesjonalnego osądu przedstawiciela zawodu medycznego i sprawić, że podejmowane przez niego decyzje kliniczne nie będą podyktowane potrzebami zwrotnymi pacjenta. Uleganie takim wpływom może zatem zagrażać dobru pacjenta i narażać go na zbędne koszty.

Może podważać zaufanie pacjentów do osób udzielających świadczeń zdrowotnych, a w konsekwencji działać na szkodę dobrego imienia zawodów medycznych.

Powiązania z pacjentami

Kolejnym źródłem konfliktów interesów są sytuacje, w których osoba udzielająca świadczeń zdrowotnych pozostaje z pacjentem w pozaterapeutycznych relacjach, które skłaniają tę osobę do promowania interesów tego pacjenta w sposób niezgodny z zasadami wykonywania zawodu medycznego.

Sytuacja taka powstaje np. wtedy, gdy pacjent jest osobą bliską profesjonalisty medycznego – członkiem rodziny, przyjacielem, współpracownikiem albo osobą, wobec której ten ostatni ma dług wdzięczności i czuje się zobligowany do jego spłacenia. Troska o zdrowie tej osoby bądź chęć wywiązania się z nieformalnego zobowiązania wobec niej może skłaniać profesjonalistę medycznego do przedkładania interesów tej osoby ponad pilniejsze potrzeby innych chorych bądź ponad prawo innych pacjentów do uzyskania dostępu do ograniczonych świadczeń na podstawie przejrzystej, obiektywnej, opartej na kryteriach medycznych procedury ustalającej kolejność tego dostępu.

3. KONFLIKT INTERESÓW W DZIAŁALNOŚCI BADAWCZEJ

Wykonywanie zawodu medycznego może polegać na prowadzeniu prac badawczych w dziedzinie medycyny, w szczególności na prowadzeniu badań klinicznych produktów leczniczych lub wyrobów medycznych albo na prowadzeniu innych eksperymentów medycznych z udziałem ludzi. Podstawowym celem działalności badawczej w medycynie jest rozwój wiarygodnej i dającej się uogólnić wiedzy naukowej, która może przyczynić się do wynalezienia bardziej skutecznych i bezpiecznych metod leczenia pacjentów w przyszłości. Obowiązkiem badacza jest przestrzeganie zasad dobrej praktyki badawczej, w szczególności wymogów metodologii naukowej oraz etyczno-prawnych standardów

prowadzenia badań na ludziach. Zasady te podporządkowane są podstawowemu celowi działalności badawczej oraz postulatowi chronienia interesów uczestników badań przed nadmiernym ryzykiem i wykorzystaniem.

Badacz znajduje się w sytuacji konfliktu interesów, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że przedłoży interes własny lub interes innego podmiotu, z którym jest powiązany, ponad interes, jaki ma społeczeństwo w rozwijaniu wiedzy i techniki medycznej, albo ponad interesy osób uczestniczących w badaniach naukowych. Konflikt interesów może skłonić profesjonalistę medycznego do naruszenia podstawowych zasad dobrej praktyki badawczej. Naruszenia te mogą mieć miejsce na etapie projektowania badań, wnioskowania o fundusze badawcze, prowadzenia badań bądź interpretowania i prezentowania ich wyników. Konflikt interesów w praktyce badawczej stanowi zagrożenie dla integralności nauki, a co za tym idzie, dla interesów przyszłych pacjentów, którzy mogą w jego efekcie zostać poddani działaniu nieskutecznych, a nawet szkodliwych interwencji medycznych. Może także mieć negatywne skutki dla dobra podmiotów uczestniczących w badaniach. Niewłaściwe zachowania badaczy mogą ponadto godzić w interesy zatrudniających ich podmiotów (jednostek badawczo-rozwojowych, uczelni), a także podważać społeczne zaufanie do nauki jako instytucji społecznej oraz jej przedstawicieli.

Poniżej podano przykłady typowych konfliktów interesów, w których może znaleźć się badacz.

System oceny dorobku naukowego

Źródłem konfliktów interesów jest dominujący dziś system oceny dorobku naukowego badacza oparty na miarach (wskaźnikach) ilościowych, w szczególności na liczbie i wartości zrealizowanych przez niego grantów badawczych, liczbie punktów zdobytych za publikacje w indeksowanych czasopismach naukowych, liczbie referatów plenarnych wygłoszonych na konferencjach naukowych itp. Od wyników oceny zależy w karierze badacza niemal wszystko: zdobycie i utrzymanie zatrudnienia na uczelni

bądź w jednostce badawczo-rozwojowej, uzyskanie kolejnego stopnia lub tytułu naukowego, otrzymanie awansu, podwyżki, nagrody, stypendium, zdobycie kolejnego grantu albo innego dofinansowania na realizację projektów naukowych. Troska badacza o własną pozycję zawodową i akademicką, a często także presja ze strony przełożonych, współpracowników oraz intelektualnych rywali, mogą go skłaniać do podejmowania działań niezgodnych z zasadami dobrej praktyki badawczej, w szczególności do przyśpieszania procedur badawczych kosztem ich wiarygodności lub bezpieczeństwa uczestników; do tendencyjnego dobierania metod analizy lub manipulowania uzyskanymi danymi w celu wykazania założonego wyniku badawczego; do nierzetelnego zwiększania liczby raportowanych przedsięwzięć badawczych i publikacyjnych (np. na drodze autoplagiatu, nieuzasadnionego przypisywania autorstwa lub nieuzasadnionego dublowania publikacji).

System wynagradzania badaczy przez sponsorów badań

Źródłem konfliktów interesów jest także przyjęty sposób wynagradzania badaczy przez podmioty sponsorujące badania, zwłaszcza firmy farmaceutyczne. Konflikt interesów powstaje w szczególności wtedy, gdy wynagrodzenie otrzymywane przez badacza od sponsora badania jest uzależnione od liczby osób zrekrutowanych do badania. Sytuacja taka rodzi m.in. niebezpieczeństwo włączania do badania pacjentów lub zdrowych ochotników, którzy nie spełniają uprzednio określonych warunków włączenia, bądź też włączania do badania osób, dla których udział w badaniu wiąże się z podwyższonym lub nieuzasadnionym ryzykiem. Inne zagrożenia związane z takim konfliktem interesów to niedopełnienie przez badacza wymagań związanych z uzyskiwaniem świadomej zgody na udział w badaniu np. przez niedostateczne lub mylące informowanie potencjalnych uczestników o naturze, celu, ryzyku i potencjalnych korzyściach oraz przebiegu badania.

Uleganie pokusie uzyskania większych dochodów kosztem staranności w procesie rekrutacji uczestników badania może prowadzić do błędów metodologicznych podważających wiarygodność uzyskanych wyników,

a także rodzić szkody po stronie uczestników oraz przyszłych pacjentów, którzy będą korzystać z interwencji medycznych opracowanych w rezultacie tych badań. Uleganie tej pokusie stanowi ponadto naruszenie obowiązku staranności wobec sponsora badania i naraża go na dodatkowe koszty.

Inne powiązania badaczy ze sponsorami badań

Konflikty interesów rodzą także inne ekonomiczne powiązania badacza ze sponsorem badania, np. z wytwórcą produktów leczniczych lub medycznych, bezpośrednio niezwiązane z realizacją danego projektu badawczego. Badacz znajduje się w sytuacji konfliktu interesów w szczególności, gdy:

– jest pracownikiem, udziałowcem, akcjonariuszem, członkiem organu zarządzającego, nadzorczego lub kontrolnego wytwórcy produktów leczniczych lub medycznych albo pozostaje w bliskiej relacji rodzinnej z osobą tak powiązaną z producentem;
– otrzymuje od wytwórcy produktów leczniczych lub medycznych wsparcie finansowe, np. w formie stypendium;
– współpracuje z wytwórcą produktów leczniczych lub medycznych w charakterze zewnętrznego konsultanta lub eksperta;
– prowadzi na zlecenie wytwórcy produktów leczniczych lub medycznych szkolenia czy wykłady na temat testowanych bądź wyprodukowanych przez niego produktów leczniczych lub medycznych;
– przygotowuje na zlecenie wytwórcy produktów leczniczych lub medycznych publikacje naukowe dotyczące testowanych bądź wyprodukowanych przez niego produktów leczniczych lub medycznych.

We wszystkich tych przypadkach badacz jest bezpośrednio bądź pośrednio zainteresowany kondycją finansową i pozycją rynkową firmy sponsorującej badanie (która zależy m.in. od wyników prowadzonego przez niego badania) albo dalszym uzyskiwaniem dochodów ze współpracy z tą firmą. Te prywatne interesy mogą mieć wpływ na jego obiektywizm i rzetelność oraz skłaniać do zachowań niezgodnych z zasadami dobrej praktyki badawczej.

4. KONFLIKT INTERESÓW W DZIAŁALNOŚCI DYDAKTYCZNEJ

Przedstawiciel zawodu medycznego może poświęcić się nauczaniu tego zawodu. Celem działalności dydaktycznej jest wykształcenie nowych przedstawicieli zawodu medycznego, których charakteryzować będzie wysoki poziom profesjonalizmu, a więc takich, którzy będą w przyszłości dobrze wywiązywać się z powierzonych im obowiązków zawodowych, w szczególności z obowiązków związanych z rolą osoby udzielającej świadczeń zdrowotnych lub z rolą badacza. Powinnością nauczyciela zawodu medycznego jest rzetelne przekazywanie studentom aktualnej wiedzy medycznej, wyrabianie w nich profesjonalnych umiejętności i zapoznawania z obowiązującymi standardami wykonywania zawodu – w tym ze standardami etycznymi i prawnymi – a także bezstronne i rzetelne ocenianie osiągnięć osób uczących się.

Nauczyciel zawodu medycznego znajduje się w sytuacji konfliktu interesów, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że przedłoży interes własny lub interes innego podmiotu, z którym jest powiązany, ponad interes, jaki ma społeczeństwo w kształceniu wysokiej jakości profesjonalistów medycznych. Konflikt interesów może skłonić nauczyciela zawodu medycznego do naruszenia zasad rzetelnego nauczania i bezstronnego oceniania studentów. Efektem nierzetelnego nauczania może być niekompetencja przyszłych przedstawicieli zawodów medycznych, która stanowi zagrożenie dla dobra ich przyszłych pacjentów oraz przyszłego rozwoju i integralności nauk medycznych. Skutkiem stronniczego ocenienia może być natomiast niesprawiedliwe uprzywilejowanie bądź – odwrotnie – niesprawiedliwe osłabienie pozycji niektórych studentów w rywalizacji o stypendia, nagrody, granty, staże zawodowe lub specjalizacyjne albo miejsca pracy. Nierzetelnie wystawiona ocena jest nie tylko krzywdząca dla studentów, ale także wprowadza w błąd fundatorów stypendiów, nagród i grantów oraz przyszłych pracodawców co do rzeczywistych kompetencji danej osoby.

Poniżej przedstawiono przykłady typowych konfliktów interesów, w których może znaleźć się nauczyciel zawodu medycznego.

System zatrudniania i oceny nauczycieli zawodów medycznych

Źródłem konfliktów interesów może być system zatrudniania i oceny nauczycieli zawodów medycznych, który ocenia celowość i potrzebę dalszego zatrudniania nauczyciela przede wszystkim na podstawie liczby studentów, którzy chcą uczestniczyć w prowadzonych przez niego zajęciach; lub ocenia jakość pracy nauczyciela przede wszystkim na podstawie wyników ankiet studenckich; lub ocenia efektywność pracy nauczyciela przede wszystkim na podstawie liczby wypracowanych przez niego godzin dydaktycznych lub wypromowanych przez niego prac dyplomowych.

Obawa przed utratą pracy i czerpanych z niej dochodów może zachęcać nauczycieli zawodów medycznych do obniżania wymagań stawianych studentom tak, aby zjednać sobie ich sympatię. Może również skłaniać nauczycieli do ograniczania nakładu pracy wkładanej w przygotowanie i prowadzenie zajęć, sprawdzanie i ocenienie prac studentów, zgodnie z logiką, wedle której im mniej angażująca i energochłonna jest praca z jedną grupą studentów, tym więcej grup można jednocześnie prowadzić.

Powiązania z innymi podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą w zakresie nauki zawodów medycznych

Źródłem konfliktów interesów jest także sytuacja, w której nauczyciel zawodu medycznego, pracujący w publicznej uczelni kształcącej przyszłych profesjonalistów medycznych, jest powiązany ekonomicznie z innym podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą polegającą na prowadzeniu szkoleń, warsztatów, kursów doszkalających lub kursów specjalistycznych dla studentów lub przedstawicieli zawodów medycznych. Dążenie do osiągnięcia jak największego zysku przez pozyskanie jak największej liczby „prywatnych" słuchaczy może skłaniać nauczyciela do nierealizowana podczas zajęć prowadzonych w uczelni publicznej wszystkich treści objętych programem kształcenia i oferowania studentom możliwości uzyskania wiedzy na temat pominiętych zagadnień na odpłatnych szkoleniach, warsztatach czy kursach prowadzonych przez podmiot, z którym jest on powiązany.

Powiązania z producentami leków lub wyrobów medycznych

Źródłem konfliktów interesów są również powiązania ekonomiczne między nauczycielem zawodu medycznego a producentami leków lub wyrobów medycznych albo ich przedstawicielami handlowymi. Powiązania te mogą mieć negatywny wpływ na kompletność i rzetelność informacji przekazywanych studentom przez nauczyciela, w szczególności skłaniać go do bezpodstawnego wyróżniania określonego produktu leczniczego lub wyrobu medycznego na tle innych dostępnych i uznanych środków.

Powiązania ze studentami

Źródłem konfliktów interesów są również nieformalne, pozaakademickie powiązania nauczyciela zawodu medycznego ze studentami. Chodzi tu przede wszystkim o relacje o charakterze rodzinnym i towarzyskim. Sympatia i wynikająca z niej troska o przyszłość kariery zawodowej danej osoby może skłaniać nauczyciela do faworyzowania jej, np. do obniżania wymagań stawianych tej osobie w porównaniu z wymaganiami stawianymi pozostałym studentom, zawyżania jej ocen, wyręczania jej w wykonywaniu zadanych prac, wystawiania jej nadmiernie pozytywnych opinii czy rekomendacji stypendialnych.

5. KONFLIKT INTERESÓW W DZIAŁALNOŚCI EKSPERCKIEJ

Przedstawiciel zawodu medycznego może pełnić funkcję eksperta, którego zadaniem jest wyrażenie opinii na temat dorobku innego przedstawiciela tego zawodu, przygotowanej przez niego pracy (np. dyplomowej, naukowej), opracowanego projektu badawczego albo jego profesjonalnego postępowania. Może być także proszony o dokonanie oceny określonego podmiotu leczniczego, technologii medycznej czy programu zdrowotnego. Ekspert może wyrażać opinie i oceny indywidualnie, np. działając w charakterze recenzenta, konsultanta czy biegłego, ale także będąc członkiem specjalnie do tego powołanego ciała kolegialnego, np. komisji bioetycznej. Szczególnie wysokie wymagania stawiane

są ekspertom powołanym do ciał mających istotny wpływ na decyzje dotyczące refundacji świadczeń zdrowotnych ze środków publicznych. W Polsce dotyczy to członków Rady Przejrzystości działającej przy Prezesie Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji.

Osoba pełniąca funkcję eksperta znajduje się w sytuacji konfliktu interesów, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że przedłoży interes własny lub interes innego podmiotu, z którym jest powiązana, ponad obowiązek rzetelnego, starannego, bezstronnego i bezinteresownego wydawania opinii na wskazany temat. Charakter dóbr zagrożonych przez konflikt interesów zależy od tego, jaki jest cel takiej opinii i czego ona dotyczy. Na przykład nierzetelna recenzja artykułu naukowego może doprowadzić do publikacji tekstu prezentującego wyniki badań błędnie wskazujące na wysoką skuteczność określonego produktu leczniczego. Publikacja ta może przełożyć się na praktykę kliniczną, która będzie stanowić zagrożenie dla dobra pacjentów i generować dodatkowe koszty dla systemu ochrony zdrowia. Nierzetelna ocena projektu eksperymentu medycznego z udziałem ludzi może zaś narażać na szwank interesy uczestników tego eksperymentu, a także interesy ekonomiczne i renomę sponsora badania. W sytuacjach tych skutkiem może być spadek zaufania do praktyki medycznej albo praktyki badawczej oraz do przedstawicieli zawodów medycznych.

Poniżej podano przykłady typowych konfliktów interesów, w których może znaleźć się osoba pełniąca funkcję eksperta.

Powiązania z ocenianymi działaniami lub ich autorami

Źródłem konfliktów interesów są powiązania organizacyjne i osobiste eksperta z podmiotem, który jest autorem lub współautorem ocenianej pracy lub projektu badawczego, albo też był wykonawcą bądź brał udział w wykonaniu ocenianego działania. W szczególności wątpliwości co do bezstronności oceny powstają, gdy ekspert:

– jest przełożonym albo bliskim współpracownikiem autora ocenianej pracy lub projektu albo wykonawcy ocenianego działania;

– brał udział w przygotowywaniu ocenianej pracy lub projektu badawczego w charakterze nieformalnego doradcy albo opiekuna naukowego lub promotora autora;
– pozostaje z autorem albo wykonawcą w bliskiej relacji rodzinnej lub towarzyskiej;
– pozostaje z autorem albo wykonawcą w jawnym konflikcie osobistym lub zawodowym.

Powiązania ze sponsorami badań, producentami leków i wyrobów medycznych

Zastrzeżenia co do obiektywizmu i bezinteresowności eksperta powstają także w sytuacji, gdy jest on powiązany ekonomicznie z podmiotem sponsorującym badania, których projekt został mu przedłożony do oceny albo których wyniki mają być opublikowane w ocenianej przez niego pracy, a także wtedy, gdy jest on powiązany ekonomicznie z producentami ocenianych technologii medycznych. Dążenie do osiągniecia korzyści majątkowych lub finansowych może skłaniać eksperta znajdującego się w takiej sytuacji do sprzeniewierzenia się wymogom rzetelności i bezstronności.

6. KONFLIKT INTERESÓW W DZIAŁALNOŚCI KIEROWNICZEJ

Przedstawiciel zawodu medycznego może pełnić funkcję kierowniczą w podmiocie leczniczym. Podstawowym zadaniem podmiotów leczniczych jest udzielanie świadczeń zdrowotnych zgodnie z obowiązującymi standardami medycznymi i sanitarnymi oraz wymaganiami organizacyjno-finansowymi. Rolą osoby zajmującej stanowisko kierownicze jest skuteczne realizowanie misji i strategii zarządzanego podmiotu, gospodarne zarządzanie jego finansami, zasobami materialnymi i kapitałem ludzkim oraz efektywne organizowanie, koordynowanie i nadzorowanie pracy wszystkich podległych działów i osób.

Osoba pełniąca funkcję kierowniczą w podmiocie leczniczym znajduje się w sytuacji konfliktu interesów, gdy istnieje

niebezpieczeństwo, że przedłoży interes własny lub interes innego podmiotu, z którym jest powiązana, ponad zadania i interesy zarządzanego podmiotu leczniczego. Konflikt interesów może skłaniać profesjonalistę medycznego pełniącego funkcję kierowniczą do podejmowania działań niezgodnych z podstawowym zadaniem zarządzanego podmiotu leczniczego lub z zasadami gospodarności i skutecznego zarządzania. Konflikt interesów stanowi zatem zagrożenie zarówno dla interesów danego podmiotu leczniczego, jak i dla interesów pacjentów korzystających z udzielanych przez ten podmiot świadczeń. Nieprofesjonalne zarządzanie podmiotem leczniczym może także generować dodatkowe obciążenia finansowe dla całego systemu ochrony zdrowia oraz podważać zaufanie pacjentów do przedstawicieli zawodów medycznych.

Poniżej podano przykłady typowych konfliktów interesów, w których może znaleźć się kierownik podmiotu leczniczego.

Powiązania z podmiotami zewnętrznymi

Źródłem konfliktów interesów są powiązania ekonomiczne kierownika podmiotu leczniczego z podmiotami zewnętrznymi, w szczególności z innym podmiotem wykonującymi działalność leczniczą albo potencjalnymi lub rzeczywistymi kontrahentami zarządzanego podmiotu leczniczego. Mogą one skłaniać kierownika do podejmowania decyzji lub działań szkodliwych dla zarządzanego podmiotu leczniczego, na przykład:

– prowadzenia konkurencyjnej działalności leczniczej na rachunek własny lub innego powiązanego podmiotu;
– wywierania wpływu na przebieg postępowania przetargowego lub ofertowego w celu doprowadzenia do zawarcia przez zarządzany podmiot leczniczy umowy z podmiotem zewnętrznym, z którym kierownik jest powiązany ekonomicznie;
– zawierania z podmiotami zewnętrznymi, z którymi kierownik jest powiązany ekonomicznie, umów niekorzystnych dla zarządzanego podmiotu leczniczego;

– wykorzystywania zasobów zarządzanego podmiotu leczniczego (np. aparatury medycznej, laboratoriów, zatrudnionych profesjonalistów) do realizacji działań na rzecz podmiotu zewnętrznego powiązanego ekonomicznie.

Powiązania z osobami zatrudnionymi

Konflikt interesów pojawia się także w sytuacji, gdy osoba, która w jednym podmiocie pełni funkcję kierowniczą wobec jakiejś osoby, jest zarazem jej podwładnym w innej instytucji (np. innym podmiocie leczniczym, szkole wyższej, urzędzie). Takie „zatrudnienie krzyżowe" i wynikająca z niego wzajemna podległość istotnie utrudnia pełnienie roli przełożonego i efektywne kierowanie pracą drugiej strony. Może skłaniać kierownika do podejmowania stronniczych decyzji dotyczących takiej osoby zatrudnionej, w szczególności wysokości należnego jej wynagrodzenia, zakresu powierzanych jej zadań czy zakresu, w jakim ponosi ona odpowiedzialność za niepowodzenia lub sukcesy kierowanego podmiotu.

Podobne zagrożenia rodzi sytuacja, w której osoba pełniąca funkcję kierowniczą pozostaje z potencjalnym lub aktualnym podwładnym w bliskiej relacji osobistej – rodzinnej lub towarzyskiej. W takich okolicznościach może dochodzić do zatrudniania osób o kwalifikacjach nieodpowiednich lub zbyt niskich do prawidłowej realizacji zadań podmiotu leczniczego, co w konsekwencji może przekładać się na szkody ponoszone przez pacjentów poddawanych niewłaściwym lub niskiej jakości interwencjom, a także na nieuczciwe lub niegospodarne wydatkowanie środków pozostających w dyspozycji podmiotu leczniczego.

7. KONFLIKT INTERESÓW W DZIAŁALNOŚCI ADMINISTRACYJNEJ

Profesjonalista medyczny może pełnić rolę organu rządowego lub samorządowego bądź pracować w organach administracji publicznej, których zakres działania obejmuje nadzór nad ochroną zdrowia, a także

w podmiotach zobowiązanych do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych lub urzędach te podmioty obsługujących, i wykonywać czynności związane z przygotowywaniem, organizowaniem lub nadzorem nad udzielaniem świadczeń opieki zdrowotnej.

Osoba pełniąca funkcję administracyjną w systemie ochrony zdrowia znajduje się w sytuacji konfliktu interesów wtedy, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że przedłoży interes własny lub interes innego podmiotu, z którym jest powiązana, ponad profesjonalny obowiązek dbania o efektywne i gospodarne wykorzystywanie zasobów publicznych przeznaczonych na ochronę zdrowia oraz o jakość świadczeń zdrowotnych udzielanych beneficjentom systemu. Konflikt interesów może skłaniać osobę pełniącą funkcję administracyjną do naruszenia obowiązków zawodowych na przykład w procesie tworzenia projektów regulacji prawnych określających zasady organizacji, funkcjonowania i finansowania podmiotów leczniczych; wydawania decyzji mających wpływ na funkcjonowanie i finansowanie podmiotów leczniczych; przeprowadzania kontroli tych podmiotów; negocjowania i zawierania z podmiotami leczniczymi umów na finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych; tworzenia programów zdrowotnych i wyboru wykonawców tych programów; tworzenia koszyka świadczeń gwarantowanych; wyceny procedur medycznych czy określania zasad odpłatności za leki. Konflikt interesów może przyczynić się do marnotrawienia zasobów publicznych przeznaczonych na funkcjonowanie systemu ochrony zdrowia, a przez to do ograniczenia jakości, zakresu lub ilości świadczeń dostępnych dla pacjentów. Może więc stanowić zagrożenie dla wszystkich uczestników tego systemu.

Najczęstszym źródłem konfliktów interesów są powiązania ekonomiczne, organizacyjne lub osobiste osób pełniących funkcje administracyjne z podmiotami – w szczególności z podmiotami wykonującymi działalność leczniczą albo producentami leków i wyrobów medycznych – których kondycja finansowa zależy od decyzji i działań podejmowanych przez te osoby bądź reprezentowane przez nie instytucje. Powiązania te mogą skłaniać osoby pełniące funkcje administracyjne do podejmowania

stronniczych i interesownych decyzji promujących interesy danego podmiotu kosztem interesów innych uczestników systemu ochrony zdrowia, w szczególności pacjentów.

8. PRZECIWDZIAŁANIE KONFLIKTOM INTERESÓW I ICH SKUTKOM

Jak zostało już powiedziane, konflikty interesów są zjawiskiem powszechnym. Występują w każdym obszarze działalności przedstawicieli zawodów medycznych i nie wszystkie z nich można wyeliminować. Konflikty takie występują w bardzo różnych sytuacjach, z których część wiąże się z minimalnym ryzykiem naruszenia przez profesjonalistów medycznych ciążących na nich obowiązków zawodowych i – co od zasady – ma charakter szeroko akceptowanych praktyk. Niektóre konflikty interesów stanowią jednak realne i poważne zagrożenie dla dóbr o dużym znaczeniu jednostkowym lub społecznym, których ochrona należy do podstawowych obowiązków przedstawicieli zawodów medycznych. Dlatego też uzasadnione jest podejmowanie działań nakierowanych na ograniczanie występowania konfliktów interesów i zapobieganie ich negatywnym skutkom.

Analiza regulacji prawnych, kodeksów etycznych, wewnętrznych regulaminów organizacyjnych oraz różnego rodzaju rekomendacji etycznych skierowanych do przedstawicieli zawodów medycznych pozwala na wyróżnienie dwóch strategii postępowania wobec konfliktów interesów. Pierwsza z nich nakierowana jest na przeciwdziałanie powstawaniu konfliktów interesów poprzez wprowadzenie zakazu łączenia określonych ról lub funkcji bądź też prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej lub zarobkowej. Druga strategia obejmuje różnego rodzaju metody zarządzania istniejącym konfliktem interesów (*conflict of interest management*), których celem jest zminimalizowanie ryzyka, że konflikt ten faktycznie doprowadzi do naruszenia przez profesjonalistę medycznego wiążących go standardów lub obowiązków zawodowych. Są to w szczególności następujące instrumenty organizacyjno-prawne:

– obowiązek wyłączenia osoby znajdującej się w sytuacji konfliktu interesów z działań, na które konflikt ten może mieć negatywny wpływ lub ograniczenia jej udziału w tych działaniach;
– obowiązek ujawnienia konfliktu interesów.

Wspominane wyżej strategie i metody radzenia sobie z konfliktem interesów i jego skutkami mogą być stosowane równolegle w odniesieniu do tych samych lub różnych rodzajów konfliktów interesów.

Zakaz łączenia określonych ról lub funkcji bądź prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej lub zarobkowej

Zakaz łączenia określonych ról lub funkcji, w tym właścicielskich, bądź też prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej bądź innej aktywności zarobkowej to najstarsza metoda zapobiegania powstawaniu konfliktów interesów, często występującą w regulacjach prawnych. Strategia ta od lat stosowana jest w Polsce na przykład wobec osób pełniących funkcje publiczne, w tym w obszarze ochrony zdrowia. Zakazy takie zawarte są m.in. w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2399 z późn. zm.) oraz w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1938 z późn. zm.). Ostatnia z wymienionych ustaw wprowadza jednoznaczne ograniczenia wobec Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia i jego zastępców, członków Rady Funduszu, pracowników NFZ i członków Rady Przejrzystości, będącej ciałem opiniodawczo-konsultacyjnym przy Prezesie Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji. Art. 103 ust. 6 stanowi, że „Prezes NFZ i jego zastępcy nie mogą być jednocześnie: 1) członkami Rady Funduszu i rady oddziału wojewódzkiego Funduszu; 2) (uchylony); 3) świadczeniodawcami; 4) właścicielami lub pracownikami apteki, hurtowni farmaceutycznej lub podmiotu wytwarzającego produkty lecznicze i wyroby medyczne; 5) posiadaczami akcji lub udziałów w spółkach prowadzących podmioty będące świadczeniodawcami oraz podmiotami, o których mowa w pkt 4; 6) osobami, o których mowa w art. 112 ust. 1 pkt 2–8 (czyli: 2),

właścicielami lub pracownikami aptek związanych z Funduszem umową na wydawanie refundowanego leku, środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobu medycznego na receptę, właścicielami lub pracownikami świadczeniodawców, którzy zawarli umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej lub ubiegają się o zawarcie takich umów lub osobami współpracującymi z tymi podmiotami; 7) członkami organów lub pracownikami podmiotów tworzących w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, z wyłączeniem urzędu obsługującego organ sprawujący nadzór nad Funduszem; 8) członkami organów lub pracownikami jednostek samorządu terytorialnego; 9) członkami organów zakładu ubezpieczeń prowadzącego działalność ubezpieczeniową na podstawie ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej; 10) właścicielami akcji lub udziałów w spółkach handlowych prowadzących podmioty, o których mowa w pkt 2; 11) właścicielami w spółkach handlowych więcej niż 10% akcji lub udziałów przedstawiających więcej niż 10% kapitału zakładowego – w każdej z tych spółek, w przypadku spółek innych niż określone w pkt 6; 12) posłami, posłami do Parlamentu Europejskiego albo senatorami.

Wyłączenie osoby znajdującej się w konflikcie interesów

Wyłączenie osoby znajdującej się w konflikcie interesów z działań, na które konflikt może mieć negatywny wpływ, lub ograniczenie jej udziału w tych działaniach służy wyeliminowaniu samego konfliktu przez usunięcie możliwości zaniedbania obowiązków wynikających z roli zawodowej w wyniku pojawienia się pokusy działania dla pożytku własnego lub innego powiązanego podmiotu.

Ten sposób przeciwdziałania negatywnym skutkom konfliktu interesów przyjęty jest w licznych regulacjach prawnych, regulacjach wewnętrznych i dokumentach rekomendacyjnych. Na przykład, § 5 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania kontroli podmiotów leczniczych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 1331) stanowi, że kontrolujący podmiot leczniczy podlega wyłączeniu z udziału w kontroli z urzędu, jeżeli kontrola mogłaby dotyczyć

praw lub obowiązków jego lub osoby mu bliskiej oraz z udziału w kontroli, której przedmiot stanowią zadania należące wcześniej do jego obowiązków jako pracownika przez rok od zakończenia ich wykonywania. Ponadto kontrolujący podlega wyłączeniu na wniosek, jeżeli zaistnieją uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Możliwość całkowitego lub częściowego wyłączenia eksperta pozostającego w sytuacji konfliktu interesów z procedury oceny wniosków składanych w konkursach grantowych Narodowego Centrum Nauki oraz raportów z realizacji tych grantów przewiduje natomiast zarządzenie nr 81/2019 Dyrektora Narodowego Centrum Nauki w sprawie wprowadzenia zasad etycznych dla Ekspertów NCN z dnia 13 grudnia 2019 r.

Obowiązek ujawnienia konfliktu interesów

Obowiązek ujawnienia konfliktu interesów służy skłonieniu osoby będącej w konflikcie interesów do uświadomienia sobie problematyczności sytuacji, w której się znajduje, oraz do dołożenia szczególnej staranności w celu zapobiegania stronniczości bądź interesowności w wydawaniu opinii, podejmowaniu decyzji i w działaniach. Ujawnienie istnienia konfliktu jest także sygnałem dla osób trzecich, że należy zachować ostrożność w stosunku do słów, decyzji i działań podejmowanych przez daną osobę, gdyż mogą one być stronnicze i interesowne.

Ten sposób przeciwdziałania negatywnym konsekwencjom konfliktów interesów w ochronie zdrowia wprowadzają liczne akty prawne. Na przykład wspominana wyżej ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wymaga złożenia przez kandydatów na członków Rady Przejrzystości przed powołaniem do składu tej Rady, a przez członków Rady Przejrzystości przed każdym posiedzeniem tej Rady „deklaracji o braku konfliktu interesów" dotyczącej ich samych oraz ich małżonków, zstępnych i wstępnych w linii prostej oraz osób, z którymi pozostają we wspólnym pożyciu (art. 31s, ust. 9). Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 944 z późn. zm.) przewiduje natomiast, że inspektorzy oraz eksperci powołani do prowadzenia inspekcji badań klinicznych obowiązani są do składania

oświadczenia o braku konfliktu interesów ze sponsorem, badaczem lub innymi podmiotami podlegającymi inspekcji badań klinicznych oraz podmiotami będącymi członkami grupy kapitałowej, do której należy sponsor lub badacz lub inny podmiot podlegający inspekcji badań klinicznych. Także Kodeks Etyki Lekarskiej (KEL)[1] zobowiązuje lekarzy do ujawniania konfliktu interesów. Art. 51c KEL stanowi, że „lekarz powinien ujawniać słuchaczom wykładów oraz redaktorom publikacji wszelkie związki z firmami lub subwencje z ich strony, oraz inne korzyści mogące być przyczyną konfliktu interesów". Natomiast art. 51e KEL stwierdza, że „lekarz powinien ujawniać swoje powiązania z producentem leków lub wyrobów medycznych (sprzętu i wyposażenia medycznego) pacjentom, którzy mają być poddani badaniom sponsorowanym przez tego producenta".

Strategia ujawniania konfliktu interesów może być skuteczna tylko pod warunkiem, że profesjonaliści medyczni potrafią identyfikować konflikty interesów i chcą je ujawniać. Konieczna jest zatem szeroko zakrojona edukacja przedstawicieli zawodów medycznych na temat tego zjawiska. Co więcej, ponieważ samo ujawnienie konfliktu interesów bez wskazania narzędzi zaradczych i ustanowienia dodatkowych mechanizmów kontrolnych jest na ogół mało skuteczne, uzasadnione jest wprowadzanie regulacji, które określałyby nie tylko formę deklaracji konfliktów interesów i podmioty, które są obowiązane do jej złożenia, ale także działania, jakie winna podjąć osoba znajdująca się w konflikcie, aby zmniejszyć szanse negatywnego wpływu konfliktu na realizację powierzonych jej zadań.

Inne metody zarządzania konfliktem interesów

Jak już zostało powiedziane, pod pojęciem zarządzania konfliktem interesów kryją się działania organizacyjne i prawne mające na celu zapobieganie przekształceniu się konfliktu w nierzetelne lub stronnicze działanie. W zależności od tego, kto znajduje się w sytuacji konfliktu interesów

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

oraz które ze standardów wykonywania zawodu są w danej sytuacji zagrożone, możliwe są rozmaite środki zaradcze. Mogą to być różnego rodzaju zakazy bądź ograniczenia swobody podejmowania określonych działań przez profesjonalistów medycznych. Na przykład Kodeks Etyki Diagnosty Laboratoryjnego z dnia 6 grudnia 2014 r.[2] w § 21 stanowi, że „Diagnosta wykonuje badania laboratoryjne mając na uwadze uzyskanie wiarygodnego wyniku i nie może uzależniać świadczonej przez siebie usługi od innych okoliczności (dodatkowej gratyfikacji pochodzącej od firm reprezentujących producentów sprzętu i zaopatrzenia medycznego, od samych pacjentów, od firm ubezpieczeniowych i farmaceutycznych, od osób i instytucji w jakikolwiek sposób zainteresowanych uzyskaniem określonych wyników).”. Artykuł 51a ust. 1 KEL stanowi, że „Lekarz nie powinien przyjmować korzyści od przedstawicieli przemysłu medycznego, jeżeli może to ograniczyć obiektywizm jego opinii zawodowych lub podważyć zaufanie do zawodu lekarza”. Artykuł 51f KEL stwierdza wprost, że lekarzowi nie wolno przyjmować wynagrodzenia za samo skierowanie pacjenta na badania prowadzone lub sponsorowane przez producenta leków lub wyrobów medycznych (sprzętu i wyposażenia medycznego). Jednocześnie art. 51a ust. 2 KEL stwierdza (choć w sposób mało precyzyjny), że „lekarz może przyjąć zapłatę od producenta leków lub wyrobów medycznych (sprzętu i wyposażenia medycznego) za wykonaną pracę, prowadzenie szkoleń i badań, które pogłębiają wiedzę medyczną lub zawodową, jeżeli ta zapłata jest współmierna do wkładu pracy lekarza”.

Jednoznaczne ograniczenia dotyczące reklamy produktów leczniczych wprowadza ustawa – Prawo farmaceutyczne, która w art. 58 ust. 1 zabrania „kierowania do osób uprawnionych do wystawiania recept oraz osób prowadzących obrót produktami leczniczymi reklamy produktu leczniczego polegającej na wręczaniu, oferowaniu i obiecywaniu korzyści materialnych, prezentów i różnych ułatwień, nagród, wycieczek oraz organizowaniu i finansowaniu spotkań promocyjnych produktów leczniczych, podczas których przejawy gościnności wykraczają poza główny cel tego

[2] https://kidl.org.pl/file/file/download?id=1785

spotkania". Ust. 2 tego przepisu zabrania ponadto przyjmowania korzyści, o których mowa wyżej. Zakazy te nie dotyczą jednak dawania lub przyjmowania przedmiotów o wartości materialnej nieprzekraczającej kwoty 100 złotych, związanych z praktyką medyczną lub farmaceutyczną, opatrzonych znakiem reklamującym daną firmę lub produkt leczniczy (art. 58 ust. 3). Ponadto, § 13 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych (Dz.U. Nr 210, poz. 1327) zezwala na odwiedzanie osób uprawnionych do wystawiania recept zatrudnionych u świadczeniodawcy w rozumieniu przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych przez przedstawicieli medycznych lub handlowych, o ile wizyty takie odbywają się poza godzinami pracy osób uprawnionych do wystawiania recept, po uprzednim uzgodnieniu terminu spotkania, gdy nie utrudni to prowadzenia przez nich działalności oraz po uzyskaniu przez przedstawiciela medycznego lub handlowego zgody kierownika zakładu opieki zdrowotnej.

Osoby, które znajdują się w konflikcie interesów, można również poddawać wzmożonej kontroli w zakresie zasadności, celowości i niekonkurencyjności podejmowanych przez nie decyzji i działań. Można np. nakazać, aby osoba udzielająca świadczeń zdrowotnych, która może odnieść korzyść osobistą w przypadku, gdy skieruje pacjenta na dodatkową diagnostykę do innego podmiotu wykonującego działalność leczniczą, była zobowiązana przed wydaniem takiego skierowania do zasięgnięcia opinii innego lekarza lub by tego rodzaju skierowania musiały być każdorazowo zatwierdzane przez niezależny organ kontrolny. Można także, jak czyni to wspominana już ustawa o **świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, zabronić Prezesowi Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji i jego zastępcy** podejmowania dodatkowego zatrudnienia bez pisemnej zgody ministra właściwego do spraw zdrowia, wykonywania działalności lub podejmowania zajęć niedających się pogodzić z wykonywanymi obowiązkami, a pracownikom Agencji – podejmowania dodatkowych zajęć zarobkowych bez pisemnej zgody Prezesa (art. 31q).

Ten sposób minimalizowania ewentualnego wpływu konfliktu interesów na pracę osób wykonujących zawody medyczne wymaga za każdym

razem rozważenia konkretnej sytuacji i opracowania dostosowanego do niej rozwiązania. Mechanizmy zarządzania konfliktem interesów winny być jawne i znane wszystkim osobom, które mogą się w nim znaleźć.

9. REKOMENDACJE KOMISJI

W celu ograniczenia konfliktów interesów oraz minimalizowania ich negatywnych skutków Komisja ds. etyki w ochronie zdrowia rekomenduje:

Podmiotom zarządzającym instytucjami udzielającym świadczeń zdrowotnych:
- identyfikowanie w ramach instytucji głównych obszarów występowania konfliktów interesów lub ich negatywnych skutków,
- tworzenie instytucjonalnych regulacji i dobrych praktyk mających na celu ograniczanie występowania konfliktów interesów lub ich negatywnych skutków przez m.in. odbieranie od nowo zatrudnionych osób oświadczeń o nieistnieniu konfliktów interesów, a także przez udzielanie tym osobom informacji o przyjętych w danym podmiocie leczniczym procedurach służących minimalizowaniu negatywnych skutków konfliktów.

Podmiotom i instytucjom odpowiedzialnym za kształcenie medyczne oraz za kształcenie ustawiczne w zawodach medycznych:
- uwzględnianie problematyki konfliktu interesów w programach nauczania na wszystkich poziomach kształcenia,
- korzystanie z wiedzy i opinii autorytetów-członków grupy zawodowej na temat konfliktów interesów, praktyk ujawniania ich oraz postępowania tam, gdzie konflikty te są nieuniknione i groźne.

Komisjom etyki działającym przy samorządach zawodów medycznych:
- podejmowanie zagadnienia konfliktów interesów oraz wspieranie działań członków samorządu zawodowego służących ograniczaniu występowania konfliktów interesów oraz ich negatywnych skutków.

Samorządom zawodów medycznych:
- monitorowanie konfliktów interesów w ich grupach zawodowych i tworzenie ogólnych ram postępowania służącego eliminowaniu konfliktów interesów lub minimalizowaniu ich negatywnych skutków,
- upowszechnianie dobrych praktyk służących eliminowaniu konfliktów interesów lub minimalizowaniu ich negatywnych skutków.

Jednostkom naukowym, badaczom i odpowiednim organom samorządów zawodów medycznych:
- inicjowanie i prowadzenie badań naukowych dotyczących świadomości osób wykonujących zawody medyczne w zakresie konfliktów interesów,
- identyfikowanie obszarów występowania konfliktów interesów, częstotliwości ich występowania oraz efektywności podejmowanych metod zapobiegania lub minimalizowania ich negatywnych skutków oraz gromadzenie informacji na ten temat.

Organom rządowym lub samorządowym oraz osobom pracującym w organach administracji publicznej sprawujących nadzór nad ochroną zdrowia lub w podmiotach zobowiązanych do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej:
- identyfikowanie zagrożeń związanych z konfliktami interesów w podejmowanych działaniach, tworzonych regulacjach wewnętrznych, wydawanych zarządzeniach,
- tworzenie jawnych i znanych wszystkim zainteresowanym osobom mechanizmów zapobiegających konfliktom interesów lub minimalizujących ich negatywne skutki,
- tworzenie zasad organizacji i funkcjonowania systemu ochrony zdrowia sprzyjających działaniom dla dobra chorego.

Komisja do spraw etyki w ochronie zdrowia

Skład Komisji:
Igor Radziewicz-Winnicki, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Zdrowia, Przewodniczący

prof. UW dr hab. Paweł Łuków, Uniwersytet Warszawski, Zastępca Przewodniczącego
Jakub Bydłoń, Dyrektor Departamentu Dialogu Społecznego w Ministerstwie Zdrowia
prof. dr hab. Barbara Chyrowicz, Katolicki Uniwersytet Lubelski
dr hab. Dorota Karkowska, Uniwersytet Łódzki
prof. dr hab. Jan Hartman, Uniwersytet Jagielloński
dr Joanna Różyńska, Uniwersytet Warszawski
prof. dr hab. Eleonora Zielińska, Uniwersytet Warszawski

Dominika Bek
Jakub Hanc

Rola mediacji i mediatora w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarza

Wprowadzenie

Spory powstałe wokół błędów medycznych należą do tych szczególnie angażujących. W grę wchodzą niejednokrotnie dramatyczne szkody, olbrzymie emocje, a ponadto wysokie kwoty odszkodowań i zadośćuczynień. Choć błędy personelu medycznego stanowią podstawę odpowiedzialności prawnej na różnych płaszczyznach[1], to wyroki sądów rzadko przynoszą ulgę poszkodowanym pacjentom lub ich rodzinom. Nic dziwnego, że to właśnie na gruncie takich spraw proponuje się szersze wykorzystanie postępowania mediacyjnego[2]. Pozornie postulatom tym czyni zadość ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich[3]. Badania pokazują jednak, że mediacja na linii lekarz – pacjent wprowadzona art. 113 u.i.l. nie cieszy się popularnością[4].

Przywołana regulacja była już wielokrotnie poddawana krytyce. Wydaje się jednak, że argumentacja wysuwana w dyskursie na ten temat wciąż

---

[1] Por. np. P. Konieczniak, *Relacje między różnymi reżimami prawnymi odpowiedzialności*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021, s. 33 i n.

[2] Por. np. A. Cybulko, *Potencjał mediacji w prawie medycznym*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016, s. 583–606.

[3] Tekst jednolity – Dz.U. z 2019 r., poz. 965, określana dalej skrótem u.i.l..

[4] Zob. M.R. Wysocki, *Praktyczne aspekty stosowania postępowania mediacyjnego w ustawie o Izbach Lekarskich (art. 113) w latach 2010–2013*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 2/2015, s. 77 i n.

wymaga uzupełnienia. Celem, jaki sobie w niniejszym tekście stawiamy, jest sformułowanie stanowczych wniosków dotyczących roli mediacji i mediatora w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarza. Wypracowanie tych wniosków winno być poprzedzone dogłębną analizą wybranych rozwiązań przyjętych w u.i.l. Ich prawidłowa ocena wymaga zestawienia z zasadami mediacji i prawidłami dotyczącymi roli mediatora, wypracowanymi na gruncie innych postępowań prawnych.

1. Mediacja w sprawach medycznych w Polsce

Mediacja stanowi podstawową alternatywną metodę rozwiązywania sporów (ADR) i równocześnie główne narzędzie sprawiedliwości naprawczej. Mediacja jest niewiążącą metodą rozwiązywania sporów, w którą zaangażowana jest osoba trzecia, usiłująca pomóc stronom spierającym się w osiągnięciu wzajemnie akceptowalnego rozwiązania[5]. W nieco bardziej szczegółowym ujęciu mediacja to dobrowolny, poufny i pozbawiony nadmiernego formalizmu sposób rozwiązywania sporów w drodze bezpośredniej komunikacji, w trakcie której strony wspomagane przez bezstronną i neutralną, odpowiednio przygotowaną osobę, szukają wspólnie satysfakcjonującego obie strony porozumienia, w celu uzyskania wzajemnie akceptowalnej ugody[6]. Tak rozumiana mediacja może funkcjonować jako samodzielna metoda rozwiązywania różnych konfliktów. Z uwagi jednak na prawną regulację stosunków międzyludzkich, wiele z tych konfliktów angażuje państwowy wymiar sprawiedliwości, a mediacja staje się często elementem złożonego procesu przywracania ładu społecznego.

---

[5] Zob. *Black's Law Dictionary*, eds. B.A. Garner, St. Paul 2004, s. 1003.

[6] Zob. T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja – jak mediować, aby robić to skutecznie*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 3/2013, s. 21. Por. też np. R.C. Jenkins, A.E. Smillov, M.A. Goodwin, *Mandatory presuit mediation: 5-year results of a medical malpractice resolution program*, „American Society for Healthcare Risk Management" 4/2014, s. 16; O. Sitarz, *O mediacji w ogólności*, [w:] *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, red. O. Sitarz, Warszawa 2015, s. 21–22.

Konsekwencje błędów medycznych należą do szczególnie poważnych. Komplikacjom zdrowotnym po stronie pacjenta, a w przypadkach śmiertelnych – żałobie jego bliskich, nierzadko towarzyszą żal, pretensje i roszczenia wobec osób – najczęściej przedstawicieli różnych zawodów ochrony zdrowia – sprawujących opiekę nad pokrzywdzonym. Powstałe szkody i krzywdy tworzą sytuację konfliktową i równocześnie stanowią podstawę sięgnięcia po różne reżimy odpowiedzialności prawnej. Każdy z nich pozwala na wykorzystanie instytucji mediacji. Na marginesie pozostawmy odpowiedzialność podmiotu leczniczego oraz odpowiedzialność ubezpieczeniową. Skoncentrujmy się na odpowiedzialności samego lekarza[7]. W polskim porządku prawnym błąd lekarza naraża sprawcę na odpowiedzialność cywilną, karną oraz zawodową (dyscyplinarną)[8].

Jeśli chodzi o odpowiedzialność cywilną, to zasadą jest, że roszczenia pacjentów i ich rodzin kierowane są przeciwko ubezpieczonemu podmiotowi leczniczemu, w ramach działalności którego doszło do błędu i powstania szkody[9]. Roszczeń wobec szpitala można dochodzić przed sądem, ale też w uproszczonym postępowaniu pozasądowym – w ramach działalności właściwej Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych[10]. Jeśli medyk zatrudniony jest na podstawie umowy cywilnoprawnej, odpowiada za szkody solidarnie z zatrudniającą go placówką[11]. Zdarza się jednak, że błąd następuje w związku np. z działalnością przychodni lub z indywidualną (specjalistyczną) praktyką lekarską. Wówczas postępowanie przed Komisją nie jest dostępne. Wszystkie podmioty lecznicze oraz indywidualne praktyki lekarskie, pielęgniarskie czy

---

[7] Pojęciem tym obejmujemy również lekarza dentystę, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 3 u.i.l. W tekście będziemy posługiwali się zamiennie określeniem „medyk".

[8] Por. np. P. Konieczniak, *Relacje*…, s. 33–34.

[9] Por. np. W. Robaczyński, *Podmioty odpowiedzialne za szkody medyczne*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność*…, s. 273.

[10] Działającej na podstawie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 849. Zob. np. H. Frąckowiak, K. Frąckowiak, *Organizacja i funkcjonowanie wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych – rozważania na tle nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta*, „Palestra" 9-10/2013, s. 131 i n.

[11] Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, s. 23–24.

fizjoterapeutyczne objęte są obowiązkowym ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej[12]. Z tego względu medyk, który popełnił błąd, nie jest zwykle adresatem roszczeń finansowych ze strony pacjenta lub jego rodziny. Jednakże jego postawa w trakcie postępowania nie jest bez znaczenia ani dla losów tego postępowania, ani samego medyka.

Kodeks postępowania cywilnego[13] dopuszcza mediację przedsądową (umowną) oraz sądową. Przedstawiciel zawodu medycznego – nawet jeśli nie jest stroną postępowania – może wziąć w niej udział (art. 183^1 i n. k.p.c.). Ugoda zawarta przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd, ma moc prawną ugody zawartej przed sądem i może stać się tytułem wykonawczym (art. 183^{15} k.p.c.), a postępowanie sądowe staje się bezprzedmiotowe; jeśli zostało wszczęte – podlega umorzeniu (art. 355 k.p.c.). Z perspektywy tematu niniejszego artykułu podkreślić należy, że zgodnie z art. 183^3 k.p.c. mediator w sprawach cywilnych musi zachować bezstronność. Do myśli tej wypadnie jeszcze niejednokrotnie powrócić.

Płaszczyzną spotkania medyka z pokrzywdzonym pacjentem lub jego rodziną może być również mediacja w postępowaniu karnym. Błąd medyczny staje się przedmiotem zainteresowania organów ścigania, jeśli istnieje podejrzenie popełnienia przestępstwa. Do najczęściej spotykanych kwalifikacji należą nieumyślne typy czynów przeciwko życiu i zdrowiu: nieumyślne spowodowanie uszczerbku na zdrowiu (art. 156 § 2 i 157 § 3 k.k.) oraz narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 § 3 k.k.). W przypadkach śmiertelnych wchodzi w grę także zarzut nieumyślnego spowodowania śmierci – art. 155 k.k. Istotne będą także typy związane z ochroną istoty ludzkiej w prenatalnej fazie rozwoju (art. 152 i 157a k.k.). Postępowanie karne umożliwia skierowanie sprawy do mediacji z inicjatywy lub za zgodą stron, niezależnie od zarzucanego typu czynu zabronionego (art. 23a § 1 k.p.k.). W razie śmierci pacjenta kodeks postępowania

[12] Art. 17. ust. 1 pkt 4; art. 18. ust. 1. pkt 5; art. 19. ust. 1 pkt 7; art. 19a. ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 295 ze zm.). Zob. też M. Serwach, *Obowiązkowe oraz dobrowolne ubezpieczenie OC*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność*…, s. 297–299.

[13] Tekst jednolity – Dz.U. z 2020 r., poz. 1575.

karnego[14] przewiduje instytucję nabycia uprawnień przez osobę najbliższą dla zmarłego pokrzywdzonego lub osobę pozostającą na jego utrzymaniu (art. 52 § 1 k.p.k.). W praktyce oznacza to, że jest możliwe postępowanie mediacyjne, a w konsekwencji i ugoda między np. sprawcą błędu a rodziną ofiary. Także Sąd Najwyższy uznał, iż w wypadku śmierci osoby pokrzywdzonej pojednać się ze sprawcą przestępstwa może osoba najbliższa[15]. Wówczas, naszym zdaniem, ewentualne przebaczenie następuje nie w imieniu nieżyjącego pokrzywdzonego, a jego bliskich[16].

W sprawach karnych sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę pozytywne wyniki mediacji lub ugodę zawartą między pokrzywdzonym a sprawcą (art. 53 k.k.). Sąd nie jest związany ugodą, a jedynie powinien ukształtować rozstrzygnięcie w taki sposób, by w miarę możliwości nie niweczyć porozumienia stron[17]. Pojednanie często staje się podstawą decyzji sądu o zastosowaniu różnych form złagodzenia odpowiedzialności karnej[18]. Oznacza to, że ugoda mediacyjna nie jest i nie może pozostać obojętna dla treści wyroku. Strony zyskują więc pewien wpływ na rozstrzygnięcie sądu. Równocześnie sama ugoda stanowi umowę cywilnoprawną i dodatkowo może zostać opatrzona przez sąd klauzulą wykonalności (art. 107 k.p.k.).

Wspomnieć należy, że mediator w sprawach karnych – podobnie jak jego cywilnoprawny odpowiednik – musi zapewnić bezstronność postępowania mediacyjnego (art. 23a § 7 k.p.k.), a celowi temu służą

---

[14] Tekst jednolity – Dz.U. z 2020 r., poz. 30.

[15] Zob. uchwała SN z dnia 30 września 2003 r., I KZP 19/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 78. (na tle przepisu art. 66 § 3 k.k.)

[16] Por. D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych – krok po kroku*, [w:] *Metodyka pracy*…, s. 94–95.

[17] Por. np. D. Bek, *The Mediation Settlement as a Directive of the Level of Sanction*, [w:] *The Postulates of Restorative Justice and the Continental Model of Criminal Law*, ed. T. Dukiet-Nagórska, Frankfurt am Main 2015, s. 73 i n.; E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 926; D. Kużelewski, *Wpływ prawa karnego materialnego na mediacje między pokrzywdzonym i oskarżonym – wybrane aspekty*, [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, red. Z. Ćwiąkalski, G. Artymiuk, Warszawa 2009, s. 350; D. Wójcik, *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa*, [w:] *System prawa karnego. Tom 1. Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 384.

[18] D. Bek, *The Mediation*…, s. 73 i n.

m.in. liczne wyłączenia dotyczące mediatora (art. 23a § 3 k.p.k. oraz § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych[19]).

Ostatnim z interesujących nas reżimów odpowiedzialności związanej z błędem medycznym jest odpowiedzialność zawodowa, nazywana też dyscyplinarną. Odpowiedzialność tego typu wiąże się z popełnieniem przewinienia zawodowego definiowanego jako naruszenie zasad etyki zawodowej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu. Błąd w sztuce niewątpliwie może naruszać standardy postępowania właściwe danej grupie zawodowej. Reżim odpowiedzialności dyscyplinarnej przewidziany jest dla przedstawicieli różnych zawodów medycznych[20], ale z uwagi na podejmowany temat mediacji najistotniejsze w tym przedmiocie okażą się regulacje u.i.l. Waga dostrzeżonych problemów skłania do poświęcenia im odrębnego punktu rozważań.

2. Charakterystyka mediacji przewidzianej w ustawie o izbach lekarskich

W art. 113 u.i.l. ustawodawca zadekretował możliwość skierowania sprawy z zakresu odpowiedzialności zawodowej do postępowania mediacyjnego. Identycznego rozwiązania brak w odniesieniu do pozostałych zawodów medycznych[21]. Nie odnajdziemy ich w reżimie odpowiedzialności

[19] Dz.U. z 2015 r., poz. 716.

[20] Por. E. Zielińska, *Uwagi wstępne*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność*…, s. 861–864, oraz D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, O. Sitarz, P. Zawiejski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w systemie polskiego prawa represyjnego. Analiza aspektów materialnoprawnych na przykładzie wybranych pragmatyk zawodowych*, Warszawa 2019, s. 105–189.

[21] Postępowanie mediacyjne zastąpiło obowiązujące w poprzedniej ustawie z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich (Dz.U. z 1989, Nr 30, poz. 158) postępowanie polubowne. Zgodnie z art. 58 poprzedniej regulacji – okręgowe sądy lekarskie, za pisemną zgodą stron, mogły rozpatrywać – jako sądy polubowne – spory między lekarzami oraz między lekarzami a innymi pracownikami służby zdrowia, a także między lekarzami a innymi osobami lub instytucjami służby zdrowia, jeżeli spory te dotyczyły wykonywania zawodu lekarza. Do postępowania polubownego stosowano odpowiednio przepisy k.p.c. Zob. M. Paszkowska, *Samorząd zawodowy lekarzy w świetle ustawy o izbach lekarskich z 2009 r.*, „Przegląd Prawa Publicznego" 4/2011, s. 90.

zawodowej pielęgniarki i położnej, diagnosty laboratoryjnego, farmaceuty czy fizjoterapeuty[22]. Dyspozycja art. 113 u.i.l. ma zatem w pewnym sensie charakter unikatowy. *Prima facie* wydaje się więc, że prawodawca starał się urzeczywistnić postulaty, które niesie ze sobą idea sprawiedliwości naprawczej, oraz dostrzegł niewątpliwe zalety tego fenomenu. W uzasadnieniu do rządowego projektu u.i.l. czytamy bowiem, że „stosowanie postępowania mediacyjnego może w wielu sprawach zastąpić postępowanie wyjaśniające lub postępowanie przed sądem lekarskim i umożliwić załatwienie sprawy bez długotrwałej procedury oraz obniżyć koszty postępowania"[23]. W pełni uprawnione jest zatem dokładniejsze przyjrzenie się wzmiankowanej regulacji.

Zgodnie z treścią art. 113 ust. 1 u.i.l. rzecznik odpowiedzialności zawodowej – w czasie postępowania wyjaśniającego, albo sąd lekarski – w czasie postępowania przed nim rozpoznawanego, mogą z inicjatywy lub za zgodą stron skierować sprawę do postępowania mediacyjnego między pokrzywdzonym a obwinionym. Co istotne, w oparciu o treść art. 56 ust. 1 u.i.l. stronami postępowania są: pokrzywdzony, lekarz, którego dotyczy postępowanie, lub obwiniony. Natomiast w postępowaniu przed sądem lekarskim stroną jest również rzecznik odpowiedzialności zawodowej (art. 56 ust. 2 u.i.l.).

Pokrzywdzony to osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przewinienie zawodowe (art. 57 ust. 1 u.i.l.)[24]. W razie śmierci pokrzywdzonego jego prawa w postępowaniu

---

[22] W art. 69 ustawy z dnia 27 lipca 2007 r. o diagnostyce laboratoryjnej (Dz.U. z 2001 r., Nr 100, poz. 1083, ze zm.) oraz w art. 63 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. z 1991 r., Nr 41, poz. 179, ze zm.) sądy dyscyplinarne, za pisemną zgodą stron, zachowały możliwość rozpoznawania spraw jako sądy polubowne, jeśli spór zaistniał pomiędzy członkami samorządu zawodowego, między członkami samorządu a innymi innymi pracownikami ochrony zdrowia (służby zdrowia) lub innymi osobami i instytucjami ochrony zdrowia (służby zdrowia), jeżeli spory te dotyczą wykonywania zawodu. W takim przypadku stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c.

[23] Zob. http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/044/2151.pdf [dostęp: 16.01.2021].

[24] W dalszych rozważaniach skupiamy się na pacjencie jako osobie pokrzywdzonej. Pokrzywdzonym może być również inny lekarz lub osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości

w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy, w tym prawo dostępu do informacji medycznej oraz dokumentacji medycznej, może wykonywać małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu (art. 57 ust. 3 u.i.l.). Wydaje się, że treść przywołanego przepisu dozwala zatem, aby osoba najbliższa – w razie śmierci pokrzywdzonego – wstąpiła na jego miejsce, co oznacza, że może się ona stać stroną postępowania mediacyjnego[25].

Natomiast osobą **obwinioną** jest lekarz, wobec którego w toku postępowania wyjaśniającego rzecznik odpowiedzialności zawodowej wydał postanowienie o przedstawieniu zarzutów lub przeciwko któremu skierował do sądu lekarskiego wniosek o ukaranie (art. 58 ust. 1 u.i.l.).

Ustawa o izbach lekarskich nie podaje definicji „lekarza, którego dotyczy postępowanie", czyli trzeciego podmiotu postępowania wyjaśniającego. Wydaje się, że *a contrario* jest to lekarz, który bierze udział w postępowaniu na tym etapie jego wyjaśniania, lecz któremu nie przedstawiono zarzutów[26]. Wprowadzenie dodatkowej nazwy dla tego podmiotu co do

---

prawnej, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przewinienie zawodowe (np. zakład leczniczy, w którym jest zatrudniony obwiniony lekarz).

[25] Odmiennie I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie przed sądami lekarskimi w praktyce*, Warszawa 2018, s. 287–288; I. Wrześniewska-Wal, *Mediacje w odpowiedzialności zawodowej lekarzy. Analiza i propozycje zmian w kierunku obligatoryjności*, [w:] *Mediacje obligatoryjne*, red. K. Antolak-Szymanski, Warszawa 2017, s. 137–138, która po odnotowaniu wydania przez Sąd Najwyższy uchwały z 30 września 2003 r. (I KZP 19/03, LEX nr 80377) dopuszczającej możliwość pojednania się pomiędzy sprawcą a osobą najbliższą pokrzywdzonemu stwierdza: „Wydaje się, że z powyższym stanowiskiem nie można się zgodzić, ponieważ pojednanie jest aktem woli, do którego może dojść jedynie między osobami bezpośrednio zaangażowanymi w konflikt, tj. między sprawcą a pokrzywdzonym". Podobne stanowisko zajęła A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza*, Lublin 2018, s. 399.

[26] Zob. J. Berezowski, P. Malinowski, *Komentarz do art. 56*, [w:] J. Berezowski, P. Malinowski, *Ustawa o izbach lekarskich. Komentarz*, LEX 2013, którzy stwierdzają: „Na etapie postępowania przygotowawczego stronami są pokrzywdzony i lekarz, którego dotyczy postępowanie. Po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów lub skierowania przeciwko lekarzowi do sądu lekarskiego wniosku o ukaranie stronami postępowania są pokrzywdzony i obwiniony lekarz". Zob. także T. Malinowski, *Jaki kształt odpowiedzialności zawodowej lekarza? Kilka uwag na temat polskiego modelu postępowania w sprawach odpowiedzialności zawodowej lekarza*, [w:] *Prawo wobec problemów*…, s. 771 i n.; I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 39 i n.; E. Zielińska, *Organy i uczestnicy postępowania przygotowawczego*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność*…, s. 884.

zasady nie jest błędne. Wpisuje się bowiem w praktykę legislacyjną znaną z postępowania karnego i innych reżimów odpowiedzialności dyscyplinarnej. Jednakże – wobec zróżnicowanego nazewnictwa stron na różnych etapach postępowania – redakcja art. 113 ust. 1 u.i.l. jest niekonsekwentna, ponieważ wskazuje, że mediacja odbywa się wyłącznie między pokrzywdzonym a obwinionym, tymczasem zgodnie z art. 56 u.i.l. stroną na etapie postępowania wyjaśniającego jest także ów „lekarz, którego dotyczy postępowanie"[27]. Taki stan rzeczy sprawia, że w piśmiennictwie podnosi się, iż przepisy ustawy o izbach lekarskich dają możliwość skierowania sprawy do mediacji dopiero po postawieniu sprawcy zarzutów, skoro mediację prowadzi się między pokrzywdzonym a obwinionym[28]. Trafnie zatem postuluje się, aby przeredagować przepis tak, aby mediację można było prowadzić pomiędzy stronami, o których mowa w art. 56 u.i.l.[29] Co istotne – w postępowaniu przed sądem lekarskim zgodę na mediację musi wyrazić rzecznik odpowiedzialności zawodowej, który na tym etapie również jest stroną.

Ustawa o izbach lekarskich nie zawiera żadnych regulacji poświęconych kryteriom kierowania spraw do mediacji w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej. Pod tym względem przepisy omawianej ustawy nie różnią się od regulacji prawnokarnej. Oznacza to, że na gruncie odpowiedzialności zawodowej aktualne pozostają wszystkie uwagi zgromadzone w piśmiennictwie, wskazujące na okoliczności, których wystąpienie uniemożliwia skierowanie sprawy do mediacji w sprawie karnej. Poza kwestiami oczywistymi, jak brak pokrzywdzonego lub brak zgody którejś ze stron na mediację, wymienia się takie przeszkody, jak zaburzenia psychiczne, postawę agresywną czy roszczeniową jednej ze stron, a także negowanie przez oskarżonego (tu obwinionego) podstawowych

[27] Zob. I. Wrześniewska-Wal, *Odpowiedzialność lekarza w orzecznictwie sądów lekarskich*, Warszawa 2020, s. 132–133, 137.

[28] Zob. I. Wrześniewska-Wal, *Mediacja lekarz – pacjent – alternatywna forma rozwiązywania sporu*, „Fides et Ratio" 2/2016, s. 144.

[29] Zob. M. Rajca, E. Nowosielska, *Postępowanie mediacyjne w ramach odpowiedzialności zawodowej lekarzy*, „Medyczna Wokanda" 3/2011, s. 152, oraz I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 298.

faktów zdarzenia stanowiącego osnowę zarzutu[30]. Odrębnej wzmianki wymaga przeszkoda w postaci braku równowagi stron. W literaturze podkreśla się, że mediacja ma być dialogiem stron, a dialog wymaga równorzędności partnerów. Nie sposób swobodnie podejmować decyzji, gdy oponent wyraźnie dominuje dzięki większej wiedzy, doświadczeniu, pozycji procesowej lub układowi sił poza postępowaniem (np. w relacjach rodzinnych lub zawodowych)[31]. Wydaje się przy tym, że wypracowanie uniwersalnych i jednoznacznych kryteriów w przedmiocie przeszkód dla prowadzenia mediacji jest mało realne. Z jednej strony wskazuje się bowiem słusznie, że „nie w każdym przypadku, nawet gdy strony wyrażają zgodę, skierowanie sprawy do mediacji będzie uzasadnione. Przede wszystkim należy uwzględnić tu interesy pokrzywdzonego, gdyż mediacja, jak i pozostałe instrumenty sprawiedliwości naprawczej, powinny być stosowane tylko wówczas, gdy leży to w interesie ofiary przestępstwa"[32]. Z drugiej strony nie sposób podzielić zapatrywania, iż „Co do zasady do mediacji nie powinny być przekazywane skomplikowane dowodowo sprawy, gdzie doszło do ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia czy zgonu pacjenta"[33]. Także wspomniane wyżej przeszkody nie zawsze mają charakter bezwzględny. O ile bowiem brak pokrzywdzonego, brak zgody na mediację i choroba psychiczna strony faktycznie uniemożliwiają prowadzenie mediacji, o tyle wzajemną niechęć czy dysproporcję sił można niekiedy przezwyciężyć. Łagodzenie postaw stron i niwelowanie drobnych dysproporcji stanowi jedno z zadań mediatora[34]. Do myśli tej wypadnie jeszcze powrócić.

Choć mediacja zakłada „zwrot skradzionego konfliktu"[35] jego właściwym stronom i to one odgrywają w mediacji rolę kluczową, nie-

[30] Por. np. A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 10–11, oraz D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych*…, s. 94–96.

[31] Por. np. D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych*…, s. 96–97.

[32] Cyt. I. Wrześniewska-Wal, *Mediacje*…, s. 138.

[33] Cyt. I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 298. Autorka nie podtrzymała jednak tego stanowiska w swojej późniejszej publikacji – I. Wrześniewska-Wal, *Odpowiedzialność*…, s. 132.

[34] Por. K. Bargiel-Matusiewicz, *Komunikacja w mediacji: prawidłowości, problemy, możliwe rozwiązania*, [w:] *Metodyka pracy*…, s. 72–73.

[35] Zwrot zaczerpnięty z: N. Christie, *Granice cierpienia*, tłum. L. Falandysz, Warszawa 1991, s. 113.

wątpliwie wpływ na proces mediacji ma również mediator. Ustawa o izbach lekarskich przewidziała zarówno specyficzny tryb wyłaniania mediatora na potrzeby postępowania w zakresie odpowiedzialności zawodowej, jak i kwalifikacje personalne samego mediatora. Zgodnie z art. 113 ust. 3 u.i.l. rada lekarska wybiera na okres jednej kadencji[36] **godnego zaufania lekarza**, który pełni w izbie lekarskiej funkcję **mediatora**. Mediatorem nie może być rzecznik odpowiedzialności zawodowej, jego zastępca ani członek sądu lekarskiego.

Z powyższego jasno wynika, że wyboru mediatora dokonuje rada lekarska. Pod tym terminem ustawa rozumie zarówno okręgową radę lekarską, jak i Naczelną Radę Lekarską (art. 4). Są to zatem organy samorządu lekarskiego, do których zadań należy m.in. reprezentacja i ochrona indywidualnych i zbiorowych interesów członków izby (art. 25 pkt 3 u.i.l.), reprezentacja i ochrona interesów zawodowych członków samorządu lekarzy (art. 39 ust. 1 pkt 3 u.i.l.), udzielanie pomocy w realizacji prawa członków izby do korzystania z ochrony i pomocy prawnej organów izby lekarskiej w sprawach związanych z wykonywaniem zawodu lekarza (art. 25 pkt 5 w zw. z art. 9 ust. 1 pkt 3c u.i.l.). Podmioty te działają więc przede wszystkim (o ile nie wyłącznie) w interesie wspólnoty zawodowej, co dobrze odzwierciedla jedno z ustawowych zadań samorządu lekarskiego, które obejmuje działanie na rzecz ochrony zawodu lekarza, polegające np. na występowaniu w obronie godności zawodu lekarza oraz interesów indywidualnych i zbiorowych członków samorządu lekarzy (art. 5 pkt 14 u.i.l.)[37].

Postępowanie mediacyjne zasadniczo jest prowadzone we właściwej terenowo izbie lekarskiej. Jednakże organ, który skierował sprawę do mediacji (a zatem rzecznik odpowiedzialności zawodowej lub sąd lekarski), wskazuje inną izbę, jeżeli w stosunku do mediatora zachodzą

[36] Zgodnie z art. 14 ust. 1 u.i.l. kadencja organów izb lekarskich wynosi 4 lata.

[37] Na tym tle dość idylliczne wydaje się stwierdzenie, że korporacja zawodowa, która zostaje uznana za podmiot prawa publicznego (w rozumieniu art. 17 ust. 1 Konstytucji RP), ma za zadanie „chronić doniosłe interesy grupowe w zgodzie z interesem ogólnospołecznym, wyrażającym się również w ochronie interesów indywidualnych" – cyt. E. Zielińska, *Uwagi wstępne*…, s. 861.

okoliczności wyłączające możliwość pełnienia przez niego tej funkcji (ustawa odsyła do art. 40–42 k.p.k. – chodzi tu oczywiście o przypadek *iudex inhabilis* i *iudex suspectus*) lub jeżeli pokrzywdzony lub obwiniony wnioskuje o wyznaczenie innego mediatora (art. 113 ust. 4 u.i.l.). Sądzić należy, że wskazana – inna izba lekarska – staje się kompetentna jedynie do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, a nie całego postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, choć treść omawianego przepisu nie jest w tym zakresie precyzyjna.

Mediator-lekarz jest zobligowany sporządzić sprawozdanie z przebiegu i wyników mediacji, po przeprowadzaniu postępowania mediacyjnego. Sprawozdanie dołącza się do akt postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej (art. 113 ust. 5 u.i.l.).

Sposób uregulowania postępowania mediacyjnego, usytuowanego w ramach odpowiedzialności zawodowej lekarzy, spotkał się z licznymi i krytycznymi uwagami. Niektóre z nich zostały już przez nas przywołane. Jednakże od momentu wejścia w życie u.i.l. akcentowano zwłaszcza niedostateczne uregulowanie kwestii wpływu zawarcia ugody na przebieg postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej. W licznych wypowiedziach podnoszono, że zawarcie ugody zasadniczo nie prowadzi do umorzenia postępowania, gdyż art. 63 u.i.l.[38] zawierający zbiór negatywnych przesłanek procesowych jest katalogiem zamkniętym[39]. Brak takiej regulacji niewątpliwie może naruszać zasadę ekonomiki procesowej, zwłaszcza na etapie postępowania wyjaśniającego – rzecznik odpowiedzialności zawodowej *de facto* pomimo zawarcia ugody będzie

[38] „Postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy nie wszczyna się, a wszczęte umarza, jeżeli: 1) czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia; 2) czyn nie stanowi przewinienia zawodowego albo ustawy stanowią, że sprawca nie popełnia przewinienia zawodowego; 3) obwiniony zmarł; 4) nastąpiło ustanie karalności; 5) postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone albo wcześniej wszczęte toczy się".

[39] Zob. A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność*…, s. 403; K.J. Luty, *Principles of Mediation Based on the Law on Chambers of Physicians*, „Studia Iuridica Lublinensia" 3/2018, s. 182; M. Rajca, E. Nowosielska, *Postępowanie*…, s. 152; I. Wrześniewska-Wal, *Odpowiedzialność*…, s. 135.

musiał skierować sprawę do sądu lekarskiego. Nadto art. 82 ust. 1 u.i.l.[40], z uwagi na jego ścisłe powiązanie z art. 63 u.i.l., również nie daje możliwości – tym razem sądowi lekarskiemu – umorzenia postępowania, nawet jeżeli obwiniony i pokrzywdzony zawarli ugodę[41]. Ustawa o izbach lekarskich nie przewiduje ponadto *expressis verbis* uregulowań dotyczących odstąpienia od wymierzenia kary w takim przypadku. Czasami wskazuje się[42], że po zawarciu ugody, z uwagi na „braki legislacyjne", sądy lekarskie korzystają z możliwości fakultatywnego umorzenia postępowania z art. 82 ust. 2 u.i.l.[43] Trudno jednak uznać trafność takiego rozumowania, gdyż przepis ten nawet pośrednio nie koresponduje z treścią art. 113 u.i.l. Nie sposób zaś zaaprobować prawdziwości tezy, iż każde przewinienie zawodowe, co do którego zawarto ugodę, jest przewinieniem mniejszej wagi, zasługującym na fakultatywne umorzenie postępowania.

Na mocy art. 112 u.i.l. w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej stosuje się odpowiednio przepisy k.k.[44] – w tym art. 53, którego § 3 stanowi, że „wymierzając karę sąd bierze także pod uwagę pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem"[45]. Nie jest zatem sporne to, czy ugoda „powinna mieć wpływ na orzekanie o karze"[46], ale to, czy wpływ ten jest rzeczywisty, czy

---

[40] „W razie stwierdzenia po rozpoczęciu przewodu sądowego okoliczności wymienionych w art. 63 *ust. 1* pkt 3–5 sąd lekarski umarza postępowanie. W razie ujawnienia okoliczności wymienionych w art. 63 *ust. 1* pkt 1 i 2 sąd lekarski wydaje orzeczenie uniewinniające obwinionego, chyba że obwiniony w chwili czynu był niepoczytalny i wtedy sąd lekarski umarza postępowanie".

[41] Zob. K.J. Luty, *Principles*…, s. 182 oraz M. Rajca, E. Nowosielska, *Postępowanie*…, s. 152.

[42] Tak I. Wrześniewska-Wal, *Odpowiedzialność*…, s. 135.

[43] „Sąd lekarski może umorzyć postępowanie w przypadku przewinienia mniejszej wagi albo jeżeli orzeczenie wobec obwinionego kary byłoby oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za ten sam czyn w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawy, a interes pokrzywdzonego temu się nie sprzeciwia".

[44] Dz.U. 2020, poz. 1444.

[45] Zob. A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność*…, s. 404.

[46] Tak J. Berezowski, *Elementy mediacji w postępowaniach związanych z wystąpieniem zdarzeń niepożądanych w ochronie zdrowia*, [w:] *Wokół praktycznych i teoretycznych aspektów mediacji*, red. P. Malinowski,

tylko deklaratoryjny. Wydaje się, że niedostatek regulacji normatywnych jest tutaj głównym źródłem kłopotów.

Analizując wnikliwie treść art. 113 ust. 5 u.i.l., można jednak wyprowadzić dalej idące wnioski. Z regulacji tej wynika jedynie, że mediator sporządza po przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego sprawozdanie z jego przebiegu i wyników. W całym rozdziale 6 u.i.l. nie ma ani słowa na temat ugody. Jest to o tyle istotne, że art. 23a § 5 k.p.k. wprost przewiduje, iż do sprawozdania z przebiegu mediacji załącza się ugodę podpisaną przez oskarżonego, pokrzywdzonego i mediatora, jeżeli została zawarta. Dostrzeżoną lukę legislacyjną można wypełnić odesłaniem z art. 113 ust. 6 u.i.l. do przepisów k.p.k., dotyczących mediacji – w tym przywołanego art. 23a § 5, jednakże zabieg ten nie wydaje się przekonujący.

Nie jest wykluczone, choć brzmi to paradoksalnie, że założeniem ustawodawcy było, aby postępowanie mediacyjne nie kończyło się w tym przypadku ugodą. Wykładnia taka byłaby jednak sprzeczna z istotą mediacji. Łatwiej obronić tezę, że ugoda może być zawarta, ale mediator nie ma obowiązku przesyłania jej do sądu lekarskiego. Stąd zaś wyrażany w piśmiennictwie wniosek, iż „ze względu na brak odpowiedniego zapisu prawnego ugoda zawarta na mocy art. 113 ust. 1 u.i.l. pomiędzy pacjentem a lekarzem powinna zostać wykonana dobrowolnie”[47]. Pogląd ten doznaje wzmocnienia przez fakt, że sąd lekarski nie ma możliwości implementacji treści ugody do projektowanego orzeczenia. Ustawa o izbach lekarskich przewiduje zamknięty katalog kar (art. 83 ust. 1 u.i.l.) i brak w niej środków *stricte* kompensacyjnych oraz swoistych środków karnych lub obowiązków probacyjnych związanych z pokrzywdzonym, jak choćby nakazu przeproszenia go w określony sposób. Odesłanie z art. 112 u.i.l. nie stwarza przy tym możliwości odpowiedniego zastosowania przepisów k.k. – przekierowanie następuje jedynie do rozdziałów od I do III oraz do art. 53. Na mocy delegacji ustawowej z art. 111 u.i.l., 13 lipca 2010 r. Minister Zdrowia wydał rozporządzenie w sprawie sposobu i trybu prowadzenia

H. Duszka-Jakimko, A. Suchorska, Kraków 2015, s. 180. Podobnie I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 289; I. Wrześniewska-Wal, *Odpowiedzialność*…, s. 135.

[47] Tak I. Wrześniewska-Wal, *Odpowiedzialność*…, s. 135.

Rejestru Ukaranych Lekarzy i Lekarzy Dentystów Rzeczypospolitej Polskiej oraz sposobu i trybu wykonywania prawomocnych orzeczeń sądów lekarskich[48], jednakże akt ten jest ściśle skorelowany z wykonaniem kar, które przewidziane zostały w ustawie o izbach lekarskich.

Odrębnych kłopotów dostarcza zawarte w art. 112 u.i.l. odesłanie do przepisów k.p.k., zgodnie z którym do odpowiedzialności zawodowej lekarzy stosuje się odpowiednio przepisy tego kodeksu z wyjątkiem: przepisów o oskarżycielu prywatnym, powodzie cywilnym, przedstawicielu społecznym, o postępowaniu przygotowawczym oraz środkach przymusu, z wyjątkiem przepisów o karze pieniężnej. Teoretycznie nie ma zatem przeszkód, aby sąd lekarski zastosował odpowiednio art. 107 k.p.k.[49] o nadaniu klauzuli wykonalności ugodzie zawartej w postępowaniu mediacyjnym. Ostatecznie jednak tę możliwość należy odrzucić, z uwagi na brak stosownych przepisów wykonawczych. Żaden organ samorządu lekarskiego nie ma formalnych uprawnień do egzekwowania postanowień ugody. Ponadto, jak już wspomniano – rola sądu lekarskiego ogranicza się jedynie do orzeczenia kar enumeratywnie wyliczonych w art. 83 ust. 1 u.i.l., uniewinnienia obwinionego lub umorzenia postępowania. Zatem ugoda nie tylko nie może zostać opatrzona klauzulą wykonalności przez sąd lekarski, ale też jej postanowienia nie mogą zostać formalnie wprowadzone do treści orzeczenia sądu lekarskiego[50].

Z powyższych spostrzeżeń wynika, że nawet w razie zawarcia w ugodzie np. deklaracji przeproszenia pokrzywdzonego w określony sposób lub zadekretowania sposobu naprawienia szkody czy też zadośćuczynienia

---

[48] Dz.U. 2010, Nr 130, poz. 884.

[49] Art. 107 k.p.k.: „§ 1 Sąd lub referendarz sądowy nadaje na żądanie osoby uprawnionej klauzulę wykonalności orzeczeniu podlegającemu wykonaniu w drodze egzekucji. § 2 Orzeczenia nakładające obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę oraz nawiązkę orzeczoną na rzecz pokrzywdzonego uważa się za orzeczenia co do roszczeń majątkowych, jeżeli nadają się do egzekucji w myśl przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. § 3 Przepisy §1 i 2 stosuje się odpowiednio do obowiązku wynikającego z ugody zawartej przed sądem lub referendarzem sądowym, a także ugody zawartej w postępowaniu mediacyjnym. §4 Sąd lub referendarz sądowy odmawia nadania klauzuli wykonalności ugodzie zawartej przed mediatorem, w całości lub w części, jeżeli ugoda jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa".

[50] Tak A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność*…, s. 402.

za doznaną krzywdę – u.i.l. nie stwarza prawnych ram przymuszenia obwinionego do wykonania postanowień takiej ugody[51]. Ugoda stanowi umowę cywilnoprawną i jako taka może być egzekwowana przez stronę uprawnioną na drodze postępowania cywilnego. Samorząd lekarski nie ma narzędzi prawnych, by wesprzeć ten proces. Należy jedynie przypuszczać, że z uwagi na ochronę wizerunku lekarzy – jako zbiorowości profesjonalistów – organy samorządu lekarskiego będą wykazywały dużą determinację w nakłonieniu obwinionego do wykonania ugody. To, na jakiej podstawie i przy użyciu jakich środków to uczynią – należy opatrzyć znakiem zapytania[52].

Przyglądając się zawartości rozdziału 6 u.i.l., można nabrać uzasadnionych wątpliwości co do poważnego potraktowania przez ustawodawcę postępowania mediacyjnego. Wszak w rozdziale tym ulokowano również art. 113a[53], w którym znajduje się regulacja poświęcona obowiązkowi umieszczania przez okręgowe rady lekarskie informacji o zawieszeniu, ograniczeniu lub pozbawieniu prawa wykonywania zawodu[54], w trybie ostrzeżenia w systemie IMI (ang. Internal Market Information System), który jest narzędziem umożliwiającym współpracę administracyjną pomiędzy paralelnymi organami różnych państw członkowskich Unii Europejskiej. Nie trzeba przy tym szerzej uzasadniać, że regulacja ta nie ma nic wspólnego z postępowaniem mediacyjnym.

---

[51] Niektórzy autorzy twierdzą, że zobowiązania odszkodowawcze zawarte w ugodzie mogą być egzekwowane przez pokrzywdzonego na drodze cywilnoprawnej – tak D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, O. Sitarz, P. Zawiejski, *Odpowiedzialność*…, s. 126 i 316. Podobnie A. Cybulko, *Potencjał*…, s. 596, oraz A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność*…, s. 402.

[52] Jak podaje I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 289: „W obecnym stanie prawnym wykonanie ugody zawartej w ramach odpowiedzialności zawodowej lekarzy budzi wątpliwości, gdyż ani sąd lekarski, ani rzecznik odpowiedzialności zawodowej nie mają takich uprawnień, aby doprowadzić do zapłaty odszkodowania. Sąd lekarski nie orzeka o odszkodowaniach na rzecz pokrzywdzonych".

[53] Dodany art. 81 pkt 3 ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2020 r., poz. 65).

[54] Dokonanego przez różne podmioty, zgodnie z ich kompetencjami: rada lekarska – uchwałą (zawieszenie, ograniczenie), sąd lekarski – orzeczeniem (ograniczenie, zawieszenie, pozbawienie), sąd powszechny – orzeczeniem zakazu wykonywania zawodu oraz sąd powszechny albo prokurator – tytułem środka zapobiegawczego – zawieszenie w wykonywaniu zawodu.

3. Dlaczego mediator powoływany na podstawie ustawy o izbach lekarskich jest lekarzem?

Wśród znawców problematyki mediacji wiele zastrzeżeń wzbudza ustawowa regulacja poświęcona osobie mediatora. Jest nim co prawda „osoba godna zaufania", niemniej jest to lekarz, a zatem – z mocy ustawy – członek okręgowej izby lekarskiej.

Krytycznie – bodaj jako pierwsza – wypowiedziała się w tym przedmiocie Teresa Dukiet-Nagórska, która podnosiła, że skuteczna mediacja jest możliwa tylko wtedy, gdy prowadzi ją osoba specjalnie do tego przygotowana, tj. znająca przepisy k.p.k., a przede wszystkim całkowicie bezstronna. W jej ocenie nieporozumieniem jest powoływanie do wykonywania funkcji mediatora innego lekarza. Autorka wyraża wątpliwość co do skuteczności mediacji znajdującej oparcie w przepisach u.i.l., gdyż lekarz mediator „nawet przy najlepszych chęciach będzie okazywać więcej zrozumienia dla lekarza niż drugiej strony" i „siłą rzeczy tak też będzie postrzegany przez pacjentów"[55].

Na aspekt solidarności zawodowej zwróciła szczególną uwagę Katarzyna J. Luty. W jej ocenie nie można mówić o równowadze stron, jeżeli i mediator, i obwiniony są lekarzami, zaś pokrzywdzonym jest pacjent. Choćby mediator starał się ze wszystkich sił zachować bezstronność, pokrzywdzony może mieć poczucie swoistego sojuszu między profesjonalistami. U źródeł takiego przekonania leżeć może solidarność zawodowa, która jest przeciwskutecznym czynnikiem dla zachowania bezstronności i neutralności lekarza mediatora, gdyż wymusza ona takie postawy jak: lojalność, dbałość o dobre imię własne, swoich kolegów czy miejsca, w którym wykonuje się zawód[56].

---

[55] Zob. J. Watoła, *Mediator będzie lekarzem, ale czy zrozumie pacjenta?*, http://katowice.wyborcza.pl/katowice/1,35063,7436036,Mediator_bedzie_lekarzem__ale_czy_zrozumie_pacjenta_.html?disableRedirects=true [dostęp: 16.01.2021]. W tym duchu także D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, O. Sitarz, P. Zawiejski, *Odpowiedzialność…*, s. 126 i 316; A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność…*, s. 396, 399 i 400, oraz M. Rajca, E. Nowosielska, *Postępowanie…*, s. 152.

[56] Zob. E. Gmurzyńska, R. Morek, *O problemach dotyczących rozstrzygania spraw o błędy lekarskie i o roli mediacji*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 3/2011, s. 64, oraz K.J. Luty, *Principles…*, s. 180–181.

W podobnym tonie wypowiadał się Michał R. Wysocki, który postulował wykreślenie przepisu o lekarzu mediatorze. Jego zdaniem zmiana taka przyniosłaby dwie korzyści. Po pierwsze, lekarze zostaną zwolnieni z funkcji, która niesie dodatkowy obowiązek w postaci dokształcenia się w dziedzinie niezwiązanej z ich działalnością zawodową. Po drugie zaś, likwidując regulację o lekarzu mediatorze, likwiduje się obawy pacjentów co do jego bezstronności i neutralności[57].

Już tylko te trzy wypowiedzi dobitnie pokazują, że bezstronność mediatora na gruncie u.i.l. budzi poważne wątpliwości. Spostrzeżenie to wspierają wyniki badań ankietowych, które pokazują, że rady lekarskie przy wyborze mediatora kierowały się takimi kryteriami, jak: doświadczenie zawodowe kandydata, uznanie w środowisku lekarskim, komunikatywność, znajomość prawa z zakresu odpowiedzialności zawodowej lekarzy, wiedza z zakresu etyki lekarskiej, bezstronność, osobowość i umiejętność rozwiązywania konfliktów, odpowiedzialność, umiejętność budowy zaufania, trafność podejmowanych decyzji, doświadczenie w pracy dydaktycznej i aktywność w samorządzie lekarskim[58]. Silnego i naturalnego powinowactwa z własnym środowiskiem zawodowym nie może przerwać nawet ten fragment przyrzeczenia lekarskiego, w którym jednym tchem lekarz przyrzeka: „strzec godności stanu lekarskiego i niczym jej nie splamić, a do kolegów lekarzy odnosić się z należną im życzliwością, nie podważając zaufania do nich, jednak postępując bezstronnie i mając na względzie dobro chorych". Wynika z niego bowiem, że *de facto* każdy lekarz mógłby teoretycznie być mediatorem.

Mając to na uwadze, można postawić pytanie, czy istnieją racjonalne argumenty przemawiające za dopuszczalnością konstrukcji mediatora, który wykonuje jednocześnie ten sam zawód co sprawca. Zbieżne wątpliwości

[57] Zob. M.R. Wysocki, *Praktyczne*…, s. 87–88.

[58] Zob. wyniki badań – M.R. Wysocki, *Praktyczne*…, s. 80–81. Zbieżne wyniki prezentuje I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 292, której badania z 2017 r. pokazały, iż izby wskazywały jako kryterium wyboru mediatora: doświadczenie zawodowe lekarza, autorytet oraz pracę na rzecz samorządu lekarskiego.

podniósł m.in. Robin Cooper, który zastanawiał się, czy mediator musi być zarówno ekspertem merytorycznym, jak i procesowym. Autor ten konstatuje, że jednym z powodów ograniczonego stosowania mediacji w systemie opieki zdrowotnej jest fakt, iż mediatorzy nie są ekspertami medycznymi[59].

Podobne stanowisko zajął wcześniej Jerry P. Roscoe. Badacz ten wskazał, że w ramach systemu ochrony zdrowia nie jest bezdyskusyjne, jaki typ mediatora byłby optymalny – a zatem kto powinien być mediatorem. Niektórzy sceptycy twierdzą wręcz, że szerokie otwarcie się systemu ochrony zdrowia na mediację w odniesieniu do spraw medycznych, które są skomplikowane i wieloaspektowe, przy niewielkim doświadczeniu mediatorów w dziedzinie opieki zdrowotnej – doprowadzić musi do toksycznego bałaganu. Wydaje się, że mediator nie może potraktować sporu jako sytuacji zerowej, upatrując swojej roli w byciu pośrednikiem w podziale „pieniężnego tortu". Taki stan rzeczy może spowodować, że decydenci opieki zdrowotnej będą woleli mediatora o bardziej wszechstronnej wiedzy merytorycznej niż umiejętnościach mediacyjnych. Optymalnym rozwiązaniem wydaje się w tym przypadku mediator, który ma podstawową wiedzę medyczną i jest obeznany z wieloma zagadnieniami, które zgłaszają pacjenci, lekarze, personel medyczny, instytucje i systemy opieki zdrowotnej oraz ubezpieczyciele. Pomimo wynotowanych wątpliwości J.P. Roscoe dochodzi jednak do przekonania, że warto sięgać po mediację w sytuacji konfliktu powstałego w systemie opieki zdrowotnej[60].

Przywołanej argumentacji nie można częściowo odmówić racji. Współcześnie proces leczenia pacjenta może być długotrwały, a w skrajnych przypadkach – składać się z kilku skomplikowanych faz, wymagających współdziałania więcej niż jednego podmiotu wchodzącego w skład systemu

[59] Zob. R. Cooper, *Health care mediation. Promoting workplace collaboration and patient safety*, [w:] *The Mediation. Handbook*, ed. A. Georgakopoulos, New York 2017, s. 186.

[60] Zob. J.P. Roscoe, *Mediation of Health Care Disputes: An Opportunity to Heal Or a Prescription for Disaster?* – https://www.jamsadr.com/pdf-viewer.aspx?pdf=/files/uploads/documents/articles/roscoe_li_healthcare_10-2010.pdf [dostęp: 16.01.2021].

opieki zdrowotnej[61]. Carol B. Liebman twierdzi, że w przypadku mediacji między pacjentem a lekarzem wręcz konieczna jest obecność innego lekarza lub osoby odpowiedzialnej za opiekę zdrowotną i mającą niezbędną wiedzę z tego obszaru, w tym techniczną wiedzę kliniczną. Bez tego mediacja może nie doprowadzić do poprawy opieki nad pacjentem, gdyż informacje o znaczeniu klinicznym mogą zostać przeoczone lub będzie im poświęcone zbyt mało uwagi. Ostatecznie może się zatem okazać, że mamy do czynienia z więcej niż jedną obwinioną osobą[62]. Obecność innego lekarza lub osoby trzeciej, zwłaszcza takiej, która pełni funkcje kierownicze, jest w ocenie tego autora potrzebna po to, by wychwycić wadliwe mechanizmy postępowania, których źródłem może być zachowanie lekarza, oraz by zapobiec ich ponowieniu w przyszłości. Przypadek ten odnosi się jednak do mediacji pomiędzy pacjentem, lekarzem i przedstawicielem podmiotu, w którym doszło do zdarzenia. Nie jest to mediacja w ramach korporacji zawodowej, powołanej przez państwo.

Ponadto pacjent, który najczęściej nie ma wykształcenia medycznego, może okazać się niezdolny do zrozumienia przyczyny powstania negatywnego skutku. Konflikt może przy tym dodatkowo ulec zaognieniu, jeżeli rzeczywiście lekarze nie mieli możliwości przewidzenia określonych następstw, pacjent zaś odniósł uszczerbek na zdrowiu i oczekuje przystępnego i zrozumiałego wyjaśnienia – dlaczego tak się stało.

Być może właśnie dlatego polski ustawodawca zdecydował się na przyjęcie takiego rozwiązania normatywnego, w którym mediator jest jednocześnie lekarzem[63]. Profesjonaliście łatwiej będzie zrozumieć obwinionego i wytłumaczyć pacjentowi, co dokładnie się stało w trakcie jego leczenia[64]. Można jedynie przypuszczać, gdyż nie wynika to z uzasad-

[61] Zob. E. Gmurzyńska, R. Morek, *O problemach*…, s. 52–53.

[62] Zob. C.B. Liebman, *Medical Malpractice Mediation: Benefits Gained, Opportunities Lost*, „Law and Contemporary Problems" 3/2011, s. 145.

[63] Projektodawca nie uzasadnia tego rozwiązania w materiałach legislacyjnych.

[64] Jak wskazuje Anna Daniluk-Jarmoniuk: „Lekarz jest niewątpliwie najwłaściwszą osobą do stwierdzenia, czy doszło do naruszenia zasad wykonywania zawodu (np. w postaci błędu medycznego), jednakże nie jest to istotą mediacji" – cyt. A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność*…, s. 395.

nienia do projektu u.i.l., że wyjaśnienia lekarza mediatora mogą być dla pokrzywdzonego bardziej przekonujące niż obwinionego lekarza, do którego utracił on zaufanie[65].

Poszukując uzasadnienia dla specyficznego uregulowania osoby mediatora w u.i.l., wskazać można na jeszcze jedną okoliczność. Otóż art. 53 u.i.l. stanowi, że członkowie izb lekarskich podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki lekarskiej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza. Pomimo posłużenia się spójnikiem „oraz" wydaje się, że funkcjonuje on tutaj w znaczeniu „lub"[66]. Jeśli zatem lekarz dopuści się naruszenia norm etycznych, może zostać wszczęte przeciwko niemu postępowanie w celu sprawdzenia, czy dopuścił się on przewinienia zawodowego[67]. Rodzi się wobec tego pytanie, czy jakikolwiek inny podmiot poza lekarzem może oceniać,

---

[65] Anna Cybulko, odwołując się do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 13 czerwca 2003 r. (Dz.U. z 2003 r., Nr 108, poz. 1020) w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych, odnośnie do warunków, jakie powinny spełniać instytucje i osoby uprawnione do przeprowadzenia takiego postępowania, stwierdziła: „Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w wyjątkowych przypadkach można powołać instytucję lub osobę spoza wykazu, jeżeli spełnia określone warunki. Ta opcja może okazać się szczególnie przydatna w mediacjach z obszaru prawa medycznego, gdzie do wsparcia stron w rozwiązywaniu konfliktu może być niezbędna szczególna wiedza, jaką dysponują np. lekarze czy też wyspecjalizowani prawnicy". Wydaje się więc, że autorka ta akceptuje konstrukcję lekarza mediatora czy prawnika mediatora. Cyt. A. Cybulko, *Potencjał*…, s. 594.

[66] Zob. E. Zielińska, *Ogólna charakterystyka odpowiedzialności zawodowej*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność*…, s. 871–872, która stwierdza: „Przewinienie zawodowe może bowiem polegać zarówno na naruszeniu przepisów prawnych o wykonywaniu zawodu, jak też tylko na zachowaniu się niezgodnym z zasadami etyki zawodowej lub deontologii". Podobnie T. Niedziński, *Pragmatyki lekarskie*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom 3. Organizacja systemu ochrony zdrowia*, red. D. Bach-Golecka, R. Stankiewicz, Warszawa 2020, s. 768: „Do zaistnienia przewinienia zawodowego wystarczające może być tylko naruszenie przez lekarza zasad etyczno-deontologicznych, a nie dodatkowo przepisów prawa".

[67] Jak podaje P. Konieczniak: „większość spraw rozpoznawanych w sądach lekarskich stanowią przypadki tzw. błędów lekarskich, a najczęstszą kwalifikacją prawną jest art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty w zbiegu z art. 6 lub 8 KEL" – cyt. P. Konieczniak, *Nieformalne źródła prawa na przykładzie Kodeksu Etyki Lekarskiej*, [w:] *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, red. T. Giaro, Warszawa 2016, s. 146. Treść przywołanych norm jest następująca – art. 4 przywołanej ustawy brzmi: „Lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością", natomiast art. 4 KEL stwierdza: „Dla wypełnienia swoich zadań lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych, zgodnie ze swoim sumieniem i współczesną wiedzą medyczną", zaś art. 8 KEL podaje, że: „Lekarz powinien przeprowadzać

czy doszło do naruszenia specyficznych norm etycznych czy nie. Skoro bowiem ustawodawca wpisał do zadań samorządu lekarzy ustanawianie zasad etyki lekarskiej oraz dbanie o ich przestrzeganie (art. 5 pkt 1 u.i.l.)[68], to przypuszczać można, że jedynie członkowie tego samorządu są uprawnieni do przesądzenia, czy doszło do naruszenia norm etycznych.

Tomasz Sroka podkreśla, że osią dla pojęcia przewinienia zawodowego (dyscyplinarnego) jest naruszenie zasad postępowania istotnych dla określonej grupy, dlatego też to właśnie ta zbiorowość jest najbardziej uprawniona do określania pojęcia deliktu dyscyplinarnego – zatem tylko samorząd zawodowy jest w stanie najlepiej ocenić i ustalić, które z ogólnie przyjętych zasad etycznych muszą być koniecznie respektowane przez członków danego samorządu, gdyż ich naruszenie musi doprowadzić do rekacji danego środowiska profesjonalistów[69]. Jednocześnie zauważa on, że brak zbioru norm deontologicznych nie może sam przez się świadczyć o tym, że członek danej zbiorowości nie był w stanie uświadomić sobie reguł postępowania wiążących go z powodu obowiązku zachowania standardu etycznego właściwego dla podmiotu wykonującego dany zawód. Dla obowiązywania norm etycznych nie jest bowiem konieczne ich skatalogowanie, a istniejące zbiory zasadniczo nie mają charakteru wyczerpującego i eksponują jedynie najważniejsze, a przy tym nie wszystkie zasady etycznego postępowania[70]. Ważne, aby członek korporacji mógł przewidzieć, jakie zachowania zakwalifikowane zostaną jako przewinienie zawodowe. Autor ten konkluduje, iż „Konkretyzacja zachowań stanowiących delikt dyscyplinarny, a mieszczących się w jego ustawowej typizacji, może tym samym następować w oparciu o powszechnie przyjmowane

wszelkie postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze z należytą starannością, poświęcając im niezbędny czas".

[68] Na mocy upoważnienia z art. 33 pkt 1 u.i.l. ustawy o izbach lekarskich z 1989 r., dnia 14 grudnia 1991 r. II Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Lekarzy uchwalił Kodeks Etyki Lekarskiej (KEL). Kodeks ten był zmieniany dwukrotnie (w 1993 i 2003 r.). Art. 38 pkt. 1 u.i.l. zawiera analogiczną kompetencję Krajowego Zjazdu Lekarzy, co poprzednio obowiązująca regulacja.

[69] Zob. T. Sroka, *Realizacja zasady określoności czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej*, „Forum Prawnicze" 6/2013, s. 15.

[70] Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 31.

standardy w sferze ogólnych zasad etycznych i moralnych związanych z wykonywaniem danego zawodu"[71].

Czy zatem wyłącznie członek korporacji jest uprawiony do ustalenia, czy doszło do naruszenia korporacyjnych norm etycznych, skoro ustawodawca zastrzegł samorządowi zawodowemu kompetencję do ustanawiania takich norm? Odpowiedź na to pytanie nie jest oczywista. Kto bowiem zna się lepiej na etyce lekarskiej niż lekarz? Przywołany uprzednio T. Sroka zauważa jednak, że naruszeniem zasady określoności z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP będzie sytuacja, w której członek samorządu nie ma faktycznej możliwości ustalenia, jakie zachowania stanowią naruszenie zasad deontologicznych lub uchybiają godności zawodu, a kwalifikacja konkretnego czynu jako przewinienia zawodowego dokonywana jest dopiero na etapie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej. Organy sądownictwa zawodowego nie mogą tworzyć katalogu przewinień dyscyplinarnych *ad hoc*[72]. Jednakże Przemysław Konieczniak wskazuje, że „sam KEL nie wyczerpuje materii etycznej w medycynie i zawiera swoiste luki aksjologiczne, które należy wypełnić innymi normami"[73]. Za tym stanowiskiem przemawia treść art. 1 ust. 1 KEL: „Zasady etyki lekarskiej wynikają z ogólnych norm etycznych" oraz art. 1 ust. 3: „Naruszeniem godności zawodu jest każde postępowanie lekarza, które podważa zaufanie do zawodu", a także art. 76: „W wypadkach nie przewidzianych w Kodeksie Etyki Lekarskiej należy kierować się zasadami wyrażonymi w uchwałach władz samorządu lekarskiego, w orzecznictwie sądów lekarskich oraz dobrymi obyczajami przyjętymi przez środowisko lekarskie"[74]. P. Konieczniak konstatuje jednak, iż „lepiej uzasadniony wydaje się więc być wniosek, że KEL jest aktem normatywnym «otwartym», dopuszczającym obowiązywanie niepisanych zasad etyki.

---

[71] Zob. T. Sroka, *Realizacja*…, s. 16.

[72] Zob. T. Sroka, *Realizacja*…, s. 16.

[73] Cyt. P. Konieczniak, *O stosowaniu (i niestosowaniu) części ogólnej prawa karnego do odpowiedzialności zawodowej lekarzy*, [w:] *Prawo wobec problemów*…, s. 691.

[74] Zob. T. Niedziński, *Pragmatyki*…, s. 761–762, 767.

Natomiast to, czy i na jakich zasadach owe niepisane zasady mogą być podstawą skazania, wymagałoby dalszej analizy"[75].

Mediator nielekarz może być postrzegany przez samorząd zawodowy jako ktoś „z zewnątrz", ktoś, kto nie rozumie złożonych problemów środowiska lekarskiego (w tym problemów etycznych), oraz ktoś, kogo postępowanie może ingerować w autonomię korporacyjną[76]. Za Tomaszem Niedzińskim można zatem powtórzyć, że skoro „samorząd zawodowy może zobowiązać swoich członków do przestrzegania wysokich standardów etyczno-moralnych", to tym samym tylko członkowie tego samorządu „mogą oceniać zachowanie innych lekarzy, a tym samym orzekać w sprawach dyscyplinarnych"[77] lub prowadzić mediację, jeżeli postępowanie lekarza naruszyło normy etyki lekarskiej.

4. Dlaczego mediator powoływany na podstawie ustawy o izbach lekarskich nie powinien być lekarzem?

Przedstawiona wyżej argumentacja przemawiająca na rzecz rozwiązania przyjętego w u.i.l. wymaga skonfrontowania z zasadami mediacji w ogólności, zasadami mediacji w ramach odpowiedzialności zawodowej lekarzy oraz rolą, jaką powinien i faktycznie odgrywa mediator w tego typu sprawach. Ze względu na represyjny charakter odpowiedzialności zawodowej lekarzy oraz wspomniane już odesłania do k.k. i k.p.k., najważniejszym punktem odniesienia czynimy mediację w sprawach karnych. Jednakże uniwersalny charakter zasad rządzących mediacją sprawia, że bez ryzyka błędu sięgnąć można pomocniczo po opracowania dotyczące mediacji w innych kategoriach spraw.

---

[75] Cyt. P. Konieczniak, *O stosowaniu*…, s. 692.

[76] Zob. E. Gmurzyńska, R. Morek, *O problemach*…, s. 70.

[77] Cyt. T. Niedziński, *Pragmatyki*…, s. 763. Podobne stanowisko zajmuje A. Daniluk-Jarmoniuk: „Przedstawiciele tego samego zawodu są bowiem najbardziej kompetentni do podjęcia decyzji, czy – z punktu widzenia wiedzy i umiejętności zawodowych oraz postawy etycznej – lekarz może kontynuować wykonywanie zawodu czy też popełniony przez niego czyn dyskwalifikuje go pod względem zawodnym i moralnym" – cyt. A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność*…, s. 67.

Wśród zasad mediacji, obok dobrowolności i poufności, każdorazowo wylicza się bezstronność (ew. bezstronność mediatora)[78]. Zasada ta jest także wymieniana w kontekście mediacji dotyczącej zdarzeń medycznych[79]. Na cechę tę zdaje się wskazywać już sama nazwa „mediacja". Marzena Myślińska zauważa, że pochodzi ona od łacińskiego czasownika *mediare* tłumaczonego jako „być w środku" oraz *mediatio* – pośrednictwo[80]. Niektórzy z kolei wywodzą ten termin z greckiego *medos*, co oznacza „pośredniczący, neutralny oraz nieprzynależny do żadnej ze stron"[81]. O wadze zasady bezstronności mediacji i mediatora świadczy i to, że została wprost wymieniona zarówno w kodeksie postępowania cywilnego (art. 183^3 k.p.c.), jak i karnego (art. 23a § 7 k.p.k.). Zasada bezstronności mediatora rozumiana jest w literaturze przedmiotu jako prowadzenie mediacji w oderwaniu od osobistych przekonań lub preferencji, w oparciu o równe traktowanie wszystkich stron[82]. Maciej Koszowski dostrzega, że „bezstronność w przypadku postępowania mediacyjnego oznacza brak jakiegokolwiek zainteresowania w korzystnym dla jednej ze stron rozstrzygnięciu sporu i związane z tym niesprzyjanie żadnej z nich. Mediator nie może wiązać z wynikiem mediacji nie tylko żadnej korzyści majątkowej, ale również żadnej korzyści osobistej, w tym w postaci satysfakcji osobistej z zawarcia przez strony ugody o treści w jego mniemaniu sprawiedliwej czy znajdującej pełne oparcie w przepisach obowiązującego

[78] Por. Standard III, „Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora" z 26 czerwca 2006 r. – https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/dokumenty-rady [dostęp: 16.01.2021]. Zob. M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 43; O. Sitarz, *O mediacji w ogólności*…, s. 25; D. Wójcik, *Rola mediacji*…, s. 354–358.

[79] Por. np. A. Moskal, K. Waszkiewicz, *Zastosowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów w sprawach dotyczących zdarzeń medycznych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 3/2017, s. 45 i n.

[80] Zob. M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2018, s. 32.

[81] Tak m.in.: M. Pazdan, *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, „Rejent" 2/2004, s. 13, oraz J. Starań, *Funkcjonowanie mediacji cywilnej w Polsce*, [w:] *Arbitraż i mediacja. Aktualne problemy teorii i praktyki funkcjonowania sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych*, red. J. Olszewski, Rzeszów 2009, s. 364 – podajemy za: M. Myślińska, *Mediator*…, s. 32.

[82] Zob. E. Stefańska, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–477*[16], red. M. Manowska, Warszawa 2021, s. 657–658.

prawa"[83]. Jednakże, czyż zawodowa solidarność, wyrażana w cytowanym już fragmencie przyrzeczenia lekarskiego, nie podaje w wątpliwość tak rozumianej bezstronności[84]?

Owszem, obok dbałości o godność zawodu i życzliwości wobec kolegów lekarz przyrzeka także bezstronność i troskę o dobro chorych. Ponadto może być tak, że walory charakteru lekarza mediatora sprawią, że z powodzeniem zdystansuje się wobec wyniku mediacji, nawet wówczas, gdy stroną jest lekarz z tej samej izby. Równocześnie jednak nie wolno zapominać o specyfice bezstronności na gruncie postępowań prawnych. W literaturze zwraca się uwagę, że mediator powinien unikać sytuacji mogących prowadzić do konfliktu interesów. Konflikt może być rozpatrywany dwupłaszczyznowo: jako konflikt interesów zachodzący w relacji mediatora ze stronami mediacji albo jako konflikt ról realizowanych jednocześnie przez mediatora[85], czego ilustracją może być łączenie roli mediatora i lekarza. Mediator powinien wystrzegać się nawet „stwarzania pozorów nierównego traktowania stron", a także informować strony o „wszelkich okolicznościach mogących zrodzić podejrzenia co do jego bezstronności, w tym o jego innych rolach zawodowych"[86]. Wymóg informowania o takich okolicznościach wyrażony jest wprost w art. 183^3 § 2 k.p.c. Natomiast na gruncie postępowania karnego ustawodawca potraktował tę kwestię jeszcze bardziej restrykcyjnie i objął mediatora zakresem takich samych wyłączeń, jak te dotyczące sędziego. Zgodnie z art. 41 § 1 k.p.k. sędzia (a na mocy art. 23a § 3 k.p.k. także mediator) ulega wyłączeniu, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie. Na mocy odesłania z art. 113 ust. 4 u.i.l. przepisy o wyłączeniu mediatora mają zastosowanie również w ramach odpowiedzialności

[83] Zob. M. Koszowski, *Prawno-etyczne aspekty wykonywania zawodu mediatora (zasady etyki mediatora) z uwzględnieniem standardów europejskich*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 4/2008, s. 107.

[84] Podobną wątpliwość wyraża K.J. Luty, *Principles*…, s. 180–181.

[85] Zob. M. Myślińska, *Mediation Functions Performed by Mediator during Mediation. Selected Problems*, „Studia Iuridica Lublinensia" 3/2018, s. 76.

[86] Zob. M. Koszowski, *Prawno-etyczne*…, s. 107 i 114.

zawodowej. Fundamentalne znaczenie ma zatem także subiektywne przekonanie stron o bezstronności mediatora.

Subiektywny aspekt bezstronności wiąże się ściśle z akceptowalnością mediatora, ta zaś postrzegana jest jako jeden z przejawów dobrowolności – filaru każdej mediacji[87]. Mediator powinien być zaakceptowany przez obydwie strony konfliktu, a każda z nich, z różnych przyczyn, może domagać się zmiany mediatora. Typową przyczyną takiego wniosku jest właśnie przekonanie strony o stronniczości mediatora, przy czym powody te mogą mieć także charakter pozamerytoryczny i nie podlegają żadnej formalnej weryfikacji[88]. Słusznie zauważa K.J. Luty, że wobec liczby mediatorów powoływanych w ramach danej izby (1–2 osoby) wybór mediatora staje się fikcją[89]. Jednakże, wobec przekonania pacjenta o zasadniczym braku bezstronności lekarzy pełniących funkcję mediatora w sprawach zawodowych liczba mediatorów schodzi na dalszy plan. Brak akceptacji dla mediatora lekarza może zniweczyć mediację i szanse na porozumienie stron.

Nie mniej ważny od subiektywnego aspektu bezstronności jest aspekt obiektywny. M. Myślińska trafnie odnotowuje, że bezstronność wiąże się z zapewnieniem równowagi stronom sporu w trakcie mediacji na każdym jej etapie[90]. Ten związek jest jednak dość złożony. Z jednej strony powiedzieć można, że bezstronność stanowi gwarancję równowagi. Mediator nie okazuje względów żadnej ze stron; nie pozwala, by którakolwiek z nich poczuła, że mediator przyznaje jej rację; nie przechyla szali sporu. Z drugiej strony brak równowagi może mieć charakter pierwotny, wynikać z pewnego układu sił poza pokojem mediacji. W kontekście mediacji w sprawach karnych Olga Sitarz słusznie zauważa, że „Niezwykle trudny dla mediatora

[87] Por. np. Standard I pkt C, „Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora" z 26 czerwca 2006 r.; https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/dokumenty-rady [dostęp: 16.01.2021]. Zob. A. Krasuń, *Realizacja zasad postępowania mediacyjnego w sprawach pracowniczych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 3/2020, s. 46 i n.

[88] Por. O. Sitarz, *O mediacji w ogólności*…, s. 33–34.

[89] Zob. K.J. Luty, *Principles*…, s. 181.

[90] Zob. M. Myślińska, *Mediation*…, s. 76.

jest problem balansu między bezstronnością a obowiązkiem przywracaniem równowagi"[91]. Na gruncie mediacji medycznych realny jest właśnie taki pierwotny brak równowagi. Jednak rozkład sił wcale nie jest oczywisty. Lekarz może górować nad pacjentem wiedzą medyczną, wykształceniem, doświadczeniem w prowadzeniu rozmów, a obecność drugiego lekarza – mediatora, mówiącego podobnym językiem co obwiniony, może potęgować poczucie wyobcowania pacjenta. Może być jednak i tak, że to obwiniony lekarz potrzebował będzie wzmocnienia ze strony mediatora, bo po drugiej stronie spotka pacjenta uzbrojonego w wiedzę prawniczą, nastawionego na maksymalne wykorzystanie swoich uprawnień, sprawnie prowadzącego dyskusję. To lekarzowi, a nie pacjentowi grozi odpowiedzialność. W mediacji w sprawach karnych zwraca się uwagę na dość silną pozycję procesową pokrzywdzonego, który podpisując ugodę, znacząco poprawia sytuację prawną oskarżonego i powiedzieć można, że „dyktuje warunki drugiej stronie"[92]. W przypadku odpowiedzialności zawodowej wpływ postanowień ugody na wyrok sądu lekarskiego – jak już pisaliśmy – nie jest jasny, więc ten aspekt ewentualnej przewagi pokrzywdzonego zaznacza się dużo słabiej. Oczywistym jest też, że regułą będzie jednak uboższa wiedza medyczna pacjenta.

Może więc rację mają ci, którzy twierdzą, że mediator w sprawach dotyczących odpowiedzialności zawodowej lekarzy powinien mieć wiedzę medyczną, by wesprzeć pacjenta? Takie postrzeganie roli mediatora kłóci się ze standardami wykonywania tej profesji. Społeczna Rada do spraw Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości 26 czerwca 2006 r. uchwaliła „Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora", które mają charakter uniwersalny i dotyczą wszystkich mediatorów[93]. Z perspektywy podejmowanego tematu interesujący jest zwłaszcza standard V pkt D, gdzie stwierdza się, że „Mediator wyraźnie odróżnia swoją rolę jako mediatora od innych ról zawodowych, które pełni i upewnia się, że strony są świadome tej

[91] Zob. O. Sitarz, *O mediacji w ogólności*…, s. 33.

[92] Zob. O. Sitarz, *O mediacji w ogólności*…, s. 33.

[93] Zob. https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/dokumenty-rady [dostęp: 16.01.2021].

różnicy". Nadto, zgodnie z pkt C tego standardu: „Mediator informuje strony, że w trakcie postępowania mediacyjnego mogą korzystać z wiedzy i porady specjalistów". Wyraźnie więc widać, że rola medycznego doradcy pozostaje w konflikcie z rolą mediatora. Nie ma formalnych przeszkód, aby pokrzywdzony korzystał z pomocy życzliwego mu lekarza, który zechce wyjaśnić mu zawiłości procesu leczenia. Można wprawdzie postawić zasadne pytanie, czy rzeczywiście takiego aprobatywnego specjalistę pokrzywdzony będzie w stanie pozyskać. Przynależność do samorządu zawodowego nakazuje suponować, że lekarze odmówiliby pomocy pokrzywdzonemu, nie chcąc podważać zaufania do innego profesjonalisty[94]. Niemniej to nie mediator powinien pełnić taką funkcję.

Na marginesie warto zauważyć, że pokrzywdzony może co prawda z mocy art. 57 ust. 2 u.i.l. ustanowić nie więcej niż dwóch pełnomocników spośród lekarzy, adwokatów lub radców prawnych, jednakże sytuacje, w których lekarz jest jednym z pełnomocników pokrzywdzonego, należą do rzadkości[95]. Pozyskanie profesjonalisty, który wytłumaczy pokrzywdzonemu skomplikowane kwestie związane z procesem leczenia, jest zatem zadaniem bardzo trudnym.

W piśmiennictwie postuluje się, aby w sprawach o błąd medyczny, które cechują się wysokim stopniem skomplikowania, postępowanie mediacyjne prowadziło dwóch mediatorów: jeden powinien mieć wykształcenie medyczne, a drugi – znaczące doświadczenie mediacyjne, wiedzę

[94] Ten tok rozumowania znajduje dodatkowo potwierdzenie w art. 52 ust. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej, który stwierdza, że lekarz powinien zachować szczególną ostrożność w formułowaniu opinii o działalności zawodowej innego lekarza, w szczególności nie powinien publicznie dyskredytować go w jakikolwiek sposób. Pewną hermetyczność samorządu zawodowego lekarzy dostrzec można w art. 52 ust. 3 KEL, który stanowi, iż „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".

[95] Tytułem przykładu – w 2016 r. Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie rozpoznał 55 spraw i w ani jednej z nich pełnomocnikiem pokrzywdzonego nie był lekarz, zaś w 2017 r. – w rozpatrzonych 52 sprawach – tylko w jednym postępowaniu lekarz był pełnomocnikiem pacjenta obok radcy prawnego – zob. I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 47 i n.

o środowisku medycznym oraz o rozwiązywaniu sporów międzykulturowych[96]. Oznaczałoby to, że jednym z mediatorów byłby lekarz, a drugim – profesjonalny mediator. To rozwiązanie jednak miałoby wciąż jedną z wad obecnego modelu – mediator lekarz łączyłby role, których łączyć nie należy.

Pełnienie funkcji mediatora przez lekarza uzasadniane jest również potrzebą posiadania wiedzy medycznej oraz znajomości standardów postępowania i realiów środowiskowych dla prawidłowego prowadzenia mediacji w sprawach medycznych. Ten argument także bazuje na pewnym nieporozumieniu co do roli mediatora. Zgodnie ze „Standardami prowadzenia mediacji i postępowania mediatora" mediator ma być neutralny wobec przedmiotu sporu, co oznacza, że „Mediator nie narzuca stronom rozwiązań. Jest rzecznikiem rzetelnej procedury, sprzyjającej osiągnięciu dobrowolnego porozumienia"[97]. Gdy zestawia się mediację z innymi metodami rozwiązywania/rozstrzygania sporów, to tym, co różni mediację od arbitrażu czy wyroku sądu, jest pozostawienie decyzji w rękach stron[98]. W piśmiennictwie wyróżnia się kilka strategii mediacyjnych wiązanych z modelami mediacji: ewaluatywną, transformatywną, facyliatywną i narratywną[99]. Za najbardziej klasyczną uznawana jest strategia facyliatywna opisywana przez M. Myślińską następująco: „Założeniem strategii jest – mająca wąski zakres – interwencja neutralnego podmiotu trzeciego (mediatora) w spór. Działania podejmowane przez mediatora sprowadzają się tutaj do czuwania nad przebiegiem mediacji, w szczególności poprzez wspomaganie stron w dochodzeniu do obopólnie zadowalającego rozwiązania sporu. Podmiot trzeci powstrzymuje się od jakichkolwiek sugestii mogących wpłynąć na wynik negocjacji pomiędzy stronami, nie udziela porad ani nie wydaje poleceń. Aktywność mediatora skupia

[96] Zob. E. Gmurzyńska, R. Morek, *O problemach*…, s. 70–71 oraz K.J. Luty, *Principles*…, s. 184.

[97] Zob. Standard II, „Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora" z 26 czerwca 2006 r.; https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/dokumenty-rady [dostęp: 16.01.2021].

[98] Zob. np. Pieckowski, *Mediacja w sprawach gospodarczych*, [w:] *Mediacja w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, Ustka 2010, s. 20; http://slupsk.so.gov.pl/download/wystapienia-prelegentow-ustka-konferencja--pazdziernik-2010-www.pdf [dostęp: 16.01.2021].

[99] Zob. L. Riskin, *Understanding Mediators Orientations, Strategies and Techniques Grid for the Perplexed*, „Harvard Negotiation Law Review" 7/1996, s. 7–32, podajemy za: M. Myślińska, *Mediator*…, s. 112.

się wokół doskonalenia procesu rozwiązania sporu m.in.: poprzez redukowanie wzajemnych negatywnych emocji stron, pomoc we właściwym wyartykułowaniu propozycji rozwiązania kwestii spornych etc. Zatem mediator jest odpowiedzialny za proces, strony zaś za jego wynik"[100]. Zakładająca aktywną interwencję mediatora w spór strategia ewaluatywna jest natomiast poddawana krytyce jako podważająca istotę mediacji[101].

W przypadku mediacji w sprawach karnych dodatkowo podkreśla się, że do zadań mediatora nie należy wykazywanie winy sprawcy[102]. Mediator nie musi ustalać stanu faktycznego. Nie powinien oceniać postawy stron[103]. Mediator musi interweniować, gdy strona proponuje rozwiązanie sprzeczne z prawem. Powinien uprzedzić o ewentualnych negatywnych konsekwencjach określonych deklaracji[104]. Do jego zadań należy też pomoc w sformułowaniu treści ugody zgodnie z wolą stron[105]. Na tym jednak kończy się rola mediatora w zakresie współkształtowania rozwiązania konfliktu. Realizacja wskazanych zadań w ramach strategii facyliatywnej wymaga umiejętności interpersonalnych oraz wiedzy z zakresu psychologii i prawa właściwego dla danego postępowania. Mediatorowi nie są natomiast potrzebne szczegółowe informacje dotyczące przedmiotu sporu, bo to nie on ten spór rozstrzyga.

Przenosząc powyższe obserwacje na grunt mediacji uregulowanej w ustawie o izbach lekarskich, powiedzieć trzeba bardzo zdecydowanie, że mediatorowi nie wolno oceniać sprawy od strony merytorycznej[106]. Zadaniem mediatora nie jest bynajmniej ustalenie, czy obwiniony dopuścił się przewinienia zawodowego. Nie musi, a nawet nie może badać naruszenia zasad etyki zawodowej, przepisów związanych z wykonywaniem zawodu

---

[100] Cyt. M. Myślińska, *Mediator*…, s. 112–113.

[101] Zob. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2019, s. 181–182.

[102] Zob. M. Myślińska, *Mediator*…, s. 132.

[103] Zob. D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych – krok po kroku*…, s. 80–82.

[104] Zob. D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych – krok po kroku*…, s. 135.

[105] § 14 pkt 5 Rozporządzenia MS z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 716).

[106] Tak też I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 285–286.

czy prawideł sztuki lekarskiej. To zadania sądu lekarskiego[107]. By pomóc stronom dojść do porozumienia, nie będzie potrzebował specjalistycznej wiedzy medycznej ani znajomości standardów postępowania lekarza. Rację ma Iwona Wrześniewska-Wal, że takie kompetencje nawet „mogą stanowić pewną trudność, ponieważ doświadczenie zawodowe lekarza w przypadku sprawy dotyczącej diagnozy czy leczenia może wpłynąć na to, że będzie on skłonny do analizy i oceny samej sprawy" i „może się pojawić pokusa, aby zmienić swoją rolę i wydać wyrok w sprawie. Zasady prowadzenia mediacji są jednak inne. Mediator powinien być bezstronny i wykazywać obiektywne podejście do sprawy"[108]. Profesjonalnemu mediatorowi w sprawach odpowiedzialności zawodowej lekarzy – poza kompetencjami właściwymi wszystkim mediatorom – powinna wystarczyć dobra znajomość u.i.l., podstawowa wiedza z zakresu innych reżimów odpowiedzialności, jakim może podlegać lekarz, oraz znajomość terminologii medycznej w stopniu umożliwiającym sprawną komunikację co do przedmiotu sporu. By nabyć takie umiejętności, nie trzeba ukończyć studiów medycznych. Zasadne byłoby jedynie odbycie krótkiego szkolenia opartego na programie skonsultowanym z Naczelną Izbą Lekarską.

Wnioski

Mediacja na gruncie ustawy o izbach lekarskich stanowi zagadnienie mocno niedoregulowane. Brak nadmiernego formalizmu wymieniany jest wprawdzie wśród cech i zalet mediacji[109], jednak wysoce pożądane jest klarowne określenie prawnych konsekwencji ugody dla losów postępowania, w ramach którego mediacja jest prowadzona – w ustawie tego zabrakło. Poważnym mankamentem jest brak środków penalnych i przepisów wykonawczych, które można by powiązać z postanowieniami ugody zawartej między lekarzem a pacjentem. Zawarte w art. 112 u.i.l. odesłania do k.k. i k.p.k. dodatkowo mnożą wątpliwości.

---

[107] Por. art. 78 i 89 u.i.l.

[108] Zob. I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie*…, s. 296.

[109] T. Cyrol, *Facylitacja*…, s. 21, oraz O. Sitarz, *O mediacji w ogólności*…, s. 21–22.

Do najpoważniejszych problemów związanych z obecnym rozdziałem 6 ustawy należy sposób wyboru mediatora. Jeśli mediator ma prowadzić rozmowy obwinionego lekarza z pokrzywdzonym pacjentem lub jego rodziną, to w żadnym razie mediator ten nie może być lekarzem. Powierzenie roli mediatora lekarzowi przeczy zasadom mediacji. Założenie, że mediator w sprawach medycznych powinien dysponować wiedzą medyczną, jest wynikiem nieporozumienia co do funkcji pełnionej przez mediatora. Mediacja prowadzona przez lekarza wespół z innym mediatorem także nie stanowi dobrego rozwiązania. Mediator nie powinien pełnić funkcji doradcy medycznego pacjenta nawet wówczas, gdy jest jednym z dwóch mediatorów.

Jeżeli mediacja miałaby pozostać komponentem postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy, to mediatorzy powinni być powoływani spośród osób wykonujących zawód mediatora, wpisanych na listę mediatorów prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego. Wskazane jest, by taki mediator odbył sprofilowane szkolenie z zakresu odpowiedzialności lekarzy i znał specyfikę postępowania uregulowanego w u.i.l.

Jeśli pokrzywdzony pacjent potrzebuje konsultanta medycznego, wsparcia tego rodzaju nie powinien poszukiwać u mediatora. Pomocny może okazać się lekarz pełnomocnik ustanowiony w myśl art. 57 ust. 2 u.i.l.

Powyższe zabiegi pozwoliłyby na realizację w ramach postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarza uznanych standardów mediacji. Wciąż jednak niejasny pozostawałby wpływ wyników mediacji na przebieg takiego postępowania. Trudno oprzeć się wrażeniu, że koncepcja mediacji i roli mediatora w obszarze odpowiedzialności zawodowej lekarzy nie została należycie przemyślana. Już cytowane w niniejszym opracowaniu uzasadnienie projektu obecnej u.i.l. wskazuje, że projektodawca mylnie odczytuje istotę mediacji[110]. Taki stan rzeczy skłania ku pogłębionej refleksji nad relacją pomiędzy celami odpowie-

[110] Nie jest bowiem prawdą, że „stosowanie postępowania mediacyjnego może (…) zastąpić postępowanie wyjaśniające lub postępowanie przed sądem lekarskim" (http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/044/2151.pdf [dostęp: 16.01.2021].

działności dyscyplinarnej/zawodowej a założeniami sprawiedliwości naprawczej, której emanacją jest mediacja[111]. Można postawić hipotezę – wymagającą jednak wnikliwej weryfikacji – że mediacja w ogóle zniknąć powinna z u.i.l., pozostając w pełni dostępna dla stron w ramach postępowania cywilnego i karnego.

Bibliografia

K. Bargiel-Matusiewicz, *Komunikacja w mediacji: prawidłowości, problemy, możliwe rozwiązania*, [w:] *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, red. O. Sitarz, Warszawa 2015.

D. Bek, *The Mediation Settlement as a Directive of the Level of Sanction*, [w:] *The Postulates of Restorative Justice and the Continental Model of Criminal Law*, eds. T. Dukiet-Nagórska, Frankfurt am Main 2015.

D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, O. Sitarz, P. Zawiejski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w systemie polskiego prawa represyjnego. Analiza aspektów materialnoprawnych na przykładzie wybranych pragmatyk zawodowych*, Warszawa 2019.

D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych – krok po kroku*, [w:] *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, red. O. Sitarz, Warszawa 2015.

J. Berezowski, *Elementy mediacji w postępowaniach związanych z wystąpieniem zdarzeń niepożądanych w ochronie zdrowia*, [w:] *Wokół praktycznych i teoretycznych aspektów mediacji*, red. P. Malinowski, H. Duszka-Jakimko, A. Suchorska, Kraków 2015.

J. Berezowski, P. Malinowski, *Komentarz do art. 56*, [w:] J. Berezowski, P. Malinowski, *Ustawa o izbach lekarskich. Komentarz*, LEX 2013.

M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012.

E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999.

Black's Law Dictionary, ed. B.A. Garner, St. Paul 2004.

A. Cybulko, *Potencjał mediacji w prawie medycznym*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016.

[111] Zob. szerzej D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, O. Sitarz, P. Zawiejski, *Odpowiedzialność…*, s. 315–318.

N. Christie, *Granice cierpienia*, tłum. L. Falandysz, Warszawa 1991.

R. Cooper, *Health care mediation. Promoting workplace collaboration and patient safety*, [w:] *The Mediation. Handbook*, ed. A. Georgakopoulos, New York 2017.

T. Cyrol, *Facylitacja a koncyliacja – jak mediować, aby robić to skutecznie*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 3/2013.

A. Daniluk-Jarmoniuk, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza*, Lublin 2018.

H. Frąckowiak, K. Frąckowiak, *Organizacja i funkcjonowanie wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych – rozważania na tle nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta*, „Palestra" 9–10/2013.

E. Gmurzyńska, R. Morek, *O problemach dotyczących rozstrzygania spraw o błędy lekarskie i o roli mediacji*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 3/2011.

R.C. Jenkins, A.E. Smillov, M.A. Goodwin, *Mandatory presuit mediation: 5-year results of a medical malpractice resolution program*, „American Society for Healthcare Risk Management" 4/2014.

P. Konieczniak, *Nieformalne źródła prawa na przykładzie Kodeksu Etyki Lekarskiej*, [w:] *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, red. T. Giaro, Warszawa 2016.

P. Konieczniak, *O stosowaniu (i niestosowaniu) części ogólnej prawa karnego do odpowiedzialności zawodowej lekarzy*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016.

P. Konieczniak, *Relacje między różnymi reżimami prawnymi odpowiedzialności*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.

M. Koszowski, *Prawno-etyczne aspekty wykonywania zawodu mediatora (zasady etyki mediatora) z uwzględnieniem standardów europejskich*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 4/2008.

A. Krasuń, *Realizacja zasad postępowania mediacyjnego w sprawach pracowniczych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 3/2020.

D. Kużelewski, *Wpływ prawa karnego materialnego na mediacje między pokrzywdzonym i oskarżonym – wybrane aspekty*, [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, red. Z. Ćwiąkalski, G. Artymiuk, Warszawa 2009.

C.B. Liebman, *Medical Malpractice Mediation: Benefits Gained, Opportunities Lost*, „Law and Contemporary Problems" 3/2011.

K.J. Luty, *Principles of Mediation Based on the Law on Chambers of Physicians*, „Studia Iuridica Lublinensia" 3/2018.

T. Malinowski, *Jaki kształt odpowiedzialności zawodowej lekarza? Kilka uwag na temat polskiego modelu postępowania w sprawach odpowiedzialności zawodowej lekarza*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016.

A. Moskal, K. Waszkiewicz, *Zastosowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów w sprawach dotyczących zdarzeń medycznych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 3/2017.

M. Myślińska, *Mediation Functions Performed by Mediator during Mediation. Selected Problems*, „Studia Iuridica Lublinensia" 3/2018.

M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2018.

M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014.

T. Niedziński, *Pragmatyki lekarskie*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom 3. Organizacja systemu ochrony zdrowia*, red. D. Bach-Golecka, R. Stankiewicz, Warszawa 2020.

M. Paszkowska, *Samorząd zawodowy lekarzy w świetle ustawy o izbach lekarskich z 2009 r.*, „Przegląd Prawa Publicznego" 4/2011.

S. Pieckowski, *Mediacja w sprawach gospodarczych*, [w:] *Mediacja w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, Ustka 2010, s. 20; http://slupsk.so.gov.pl/download/wystapienia-prelegentow-ustka-konferencja--pazdziernik-2010-www.pdf [dostęp: 16.01.2021].

M. Rajca, E. Nowosielska, *Postępowanie mediacyjne w ramach odpowiedzialności zawodowej lekarzy*, „Medyczna Wokanda" 3/2011.

A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2011.

W. Robaczyński, *Podmioty odpowiedzialne za szkody medyczne*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.

J.P. Roscoe, *Mediation of Health Care Disputes: An Opportunity to Heal Or a Prescription for Disaster?* https://www.jamsadr.com/pdf-viewer.aspx?pdf=/files/uploads/documents/articles/roscoe_li_healthcare_10-2010.pdf [dostęp: 16.01.2021].

M. Serwach, *Obowiązkowe oraz dobrowolne ubezpieczenie OC*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.

O. Sitarz, *O mediacji w ogólności*, [w:] *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, red. O. Sitarz, Warszawa 2015.

T. Sroka, *Realizacja zasady określoności czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej*, „Forum Prawnicze" 6/2013.

E. Stefańska, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–477*[16], red. M. Manowska, Warszawa 2021.

J. Watoła, *Mediator będzie lekarzem, ale czy zrozumie pacjenta?*, http://katowice.wyborcza.pl/katowice/1,35063,7436036,Mediator_bedzie_lekarzem__ale_czy_zrozumie_pacjent a_.html?disableRedirects=true [dostęp: 16.01.2021].

M.R. Wysocki, *Praktyczne aspekty stosowania postępowania mediacyjnego w ustawie o Izbach Lekarskich (art. 113) w latach 2010–2013*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 2/2015.

W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.

I. Wrześniewska-Wal, *Mediacja lekarz – pacjent – alternatywna forma rozwiązywania sporu*, „Fides et Ratio" 2/2016.

I. Wrześniewska-Wal, *Mediacje w odpowiedzialności zawodowej lekarzy. Analiza i propozycje zmian w kierunku obligatoryjności*, [w:] *Mediacje obligatoryjne*, red. K. Antolak-Szymanski, Warszawa 2017.

I. Wrześniewska-Wal, *Odpowiedzialność lekarza w orzecznictwie sądów lekarskich*, Warszawa 2020.

I. Wrześniewska-Wal, *Postępowanie przed sądami lekarskimi w praktyce*, Warszawa 2018.

D. Wójcik, *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa*, [w:] *System prawa karnego. Tom 1. Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010.

E. Zielińska, *Ogólna charakterystyka odpowiedzialności zawodowej*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.

E. Zielińska, *Organy i uczestnicy postępowania przygotowawczego*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.

E. Zielińska, *Uwagi wstępne*, [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.

A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2019.

Summary

The role of mediation and mediator in proceedings concerning professional liability of a doctor

Polish Act of 2 December 2009 on Medical Chambers created the institution of mediation between the accused doctor and the aggrieved patient into the proceedings concerning professional liability of doctors. Although the doctor-patient conflict seems to fit perfectly into the mediation assumptions, this solution is not popular.

The authors of the article analyze Art. 113 of the Act on Medical Chambers and selected consequences resulting from the reference to Art. 112 of the Act on Medical Chambers, to the Polish Penal Code and the Code of Criminal Procedure. They study the role of mediation and mediator in the light of mediation principles and mediation practices adopted under other regimes of responsibility. In the perceived discrepancies, and even contradictions, they seek the causes of dysfunctional mediation regulation in the Act on Medical Chambers.

The authors come to the categorical conclusion that the role of mediator on the doctors' professional responsibility can not be reconciled with the role of a doctor. Moreover, they acknowledge that the Act on Medical Chambers should precisely define the consequences of a settlement in proceedings relating to the professional liability of doctors.

Keywords: mediation, professional liability, Medical Chamber, neutrality, impartiality

Przemysław Konieczniak

Eksperyment medyczny – sytuacja prawna po nowelizacji ustawy lekarskiej

W artykule będą omówione niedawne zmiany w rozdziale 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty[1] oraz ich możliwe konsekwencje dla przyszłej praktyki badawczej. Spośród tych zmian niektóre są błahe i zostaną tylko zasygnalizowane; innymi wypadnie się zająć szczegółowo. Nie będzie to jednak całościowe i systematyczne omówienie stanu prawnego po nowelizacji.

Należy uprzedzić, że rozwiązania przyjęte w nowelizacji są nieudane na wielu poziomach – są merytorycznie nieprzemyślane, dysfunkcjonalne lub wadliwe technicznie, a wynikające z nich ograniczenia w prowadzeniu badań naukowych – trudne do racjonalnego wytłumaczenia. Interpretację tych przepisów utrudnia niemal zupełny brak wyjaśnienia motywów ustawodawcy. Oficjalne uzasadnienie projektu nowelizacji jest w odniesieniu do rozdz. 4 krótkie i pozorne, bo w znacznej części stanowi streszczenie zmian[2]; miejscami jest niezrozumiałe[3], a miejscami niespójne z faktami[4]. Niewiele bardziej merytoryczne, cząstkowe i nadal niewystarczające uwagi wyjaśniające można znaleźć w raporcie

---

[1] Ustawa z dnia 16 lipca 2020 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2020 r., poz. 1291.

[2] Projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw; druk sejmowy nr 172, 16 stycznia 2020 r., s. 37–38.

[3] Np. „zmiany te są konieczne z uwagi na to, że dotychczasowe przepisy nie oddają w sposób rzeczywisty ich bieżącego przebiegu"; druk sejmowy nr 172, s. 38.

[4] Uzasadnienie sugeruje (s. 38), że dotychczasowe przepisy nie zawierały zakazu przeprowadzania eksperymentów badawczych na „dziecku poczętym", osobie ubezwłasnowolnionej lub żołnierzu.

z konsultacji publicznych projektu[5]. Wykładnia musi więc opierać się na domysłach co do *ratio legis*.

(I) Nowela utrzymała podział eksperymentów medycznych na ludziach na kategorie „leczniczych" i „badawczych" wraz z generalnym założeniem, że każda z nich wymaga innego modelu regulacyjnego (stosunkowo liberalne warunki dopuszczalności eksperymentów leczniczych, a restryktywne dla eksperymentów badawczych)[6]. Pozostawiono też nieudane i nieprecyzyjne kryterium rozgraniczające te dwie grupy przypadków[7].

Zarazem jednak wprowadzono subtelną zmianę o poważnych konsekwencjach. Przed 2021 r. eksperyment medyczny każdego typu można było wykonać zarówno na osobie zdrowej, jak chorej. Co do eksperymentu badawczego ustawa stwierdza to *expressis verbis* (art. 21 ust. 3 zd. 2). Co do eksperymentu leczniczego, wniosek taki wynikał logicznie z jego definicji („wprowadzenie (…) nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej" – art. 21 ust. 2 zd. 1). Ponieważ „osoba leczona" nie musi być chora, a spośród wymienionych co najmniej metody profilaktyczne da się stosować w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści również dla zdrowego uczestnika.

---

[5] Druk sejmowy nr 172; *Załącznik nr 2 do OSR – Raport z konsultacji publicznych i opiniowania do projektu ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw*, dalej cytowany jako *Raport z konsultacji*.

[6] Podział ten obowiązuje od początku istnienia ustawy lekarskiej i jest nieudaną próbą realizacji postulatów J. Sawickiego, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 192–193. Szczegółowe omówienie przepisów u.z.l. o eksperymencie medycznym przed zmianami – np. A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 201–228; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 142–171; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 266–337; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2017 s. 410–483, a także P. Konieczniak, [w:] *System prawa medycznego*, t. II, *Regulacja prawna czynności medycznych*, cz. 2, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019 (Wolters Kluwer), s. 65–112, oraz J. Borysowski, A. Górski, A. Wnukiewicz-Kozłowska, [w:] *System prawa medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2018 (C.H. Beck), s. 45–126.

[7] Jest to kryterium celu „przede wszystkim" rozszerzenia wiedzy medycznej, poważnie odbiegające od oryginalnej propozycji J. Sawickiego; zob. P. Konieczniak, [w:] *System*… t. II cz. 2 (Wolters Kluwer), s. 89–91.

Nowelizacja zastąpiła „osobę *leczoną*" wyrażeniem „osoba *chora*". Obecnie uczestnikiem eksperymentu leczniczego może być więc, na mocy jego definicji, jedynie człowiek chory. Tym samym jakikolwiek eksperyment z udziałem osób zdrowych musi być (*tertium non datur!*) uważany za badawczy, ze wszystkimi ograniczeniami, które dla tej grupy badań są przewidziane, w tym i zakazami z art. 23a. Wniosek ten nie jest możliwy do uniknięcia nawet, gdyby eksperyment miał być podjęty wyłącznie w intencji korzyści zdrowotnej owych uczestników (tzw. czysty eksperyment leczniczy)[8]. Nie wiadomo, czym ta zmiana jest umotywowana.

(II) Do art. 21 u.z.l. dodany został ust. 4, który stanowi, że „eksperymentem medycznym jest również przeprowadzenie badań materiału biologicznego, w tym genetycznego, pobranego od osoby dla celów naukowych"[9]. Nastąpiła przez to istotna zmiana ustawowej definicji eksperymentu medycznego, a ściślej **rozszerzenie tej definicji** w sposób daleko wykraczający poza normalne pojęcie eksperymentu. Uzasadnienie projektu nie tłumaczy powodu tej zmiany[10].

Na wstępie należy wyjaśnić, że art. 21 ust 4 u.z.l. odnosi się do badań **naukowych**, ale nie do badań użytkowych, czyli zwykłej diagnostyki medycznej[11]. Jest to uwaga o tyle niezbędna, że nazwa „badanie" ma bardzo

---

[8] Gdyby w dzisiejszej Polsce żołnierz, więzień lub ubezwłasnowolniony został zakażony wirusem wścieklizny, a dostępna byłaby, jak w czasach Pasteura, jedynie eksperymentalna szczepionka, podanie jej takiemu pacjentowi byłoby bezwzględnie zabronione (art. 23a ust. 1 pkt 2–4), a co więcej, stanowiłoby przestępstwo (art. 58 ust. 5). Samo w sobie zakażenie nie jest chorobą (ICD-10 uwzględnia kod Z20.3 – „styczność i narażenie na wściekliznę", nie stanowi on przecież jednostki chorobowej). Z medycznego punktu widzenia szczepienie ma sens tylko tak długo, dopóki nie dojdzie do inkubacji choroby. Zanim jednak nastąpi inkubacja, człowiek nie jest chory i z prawnego punktu widzenia podanie mu szczepionki (*sc.* eksperymentalnej) nie byłoby de lege lata dopuszczalne.

[9] Ponieważ ustawowe określenie tych przypadków jest długie, będę je w skrócie nazywać badaniami „próbkowymi".

[10] W raporcie z konsultacji publicznych znajduje się jednozdaniowe „wyjaśnienie", iż wprowadzenie wymogów dotyczących wykorzystania materiału biologicznego do celów naukowych jest konieczne, gdyż obecnie „występuje w tym zakresie luka prawna" (*Raport z konsultacji*, s. 3).

[11] Badaniami użytkowymi można nazwać te, które podejmuje się dla rozwiązania jednostkowego problemu praktycznego. Występują one we wszystkich dziedzinach działalności praktycznej i mogą polegać np. na ustaleniu stanu technicznego pojazdu, wyjaśnieniu przyczyn katastrofy komunikacyjnej,

szeroki zakres i obejmuje jednakowo oba te rodzaje sytuacji[12]. Wprawdzie ustawa odnosi „cele naukowe" do pobrania, nie zaś do badania[13], w praktyce jednak to pierwsze pociąga za sobą drugie, tzn. materiał pobrany dla celów naukowych jest później dla tychże właśnie celów wykorzystywany[14].

Wyróżnikiem badań naukowych nie jest rodzaj używanych metod badawczych[15], lecz szczególny charakter pytania, na które badanie ma odpowiedzieć. Naukowym nazywa się badanie mające doprowadzić **do uzyskania wiedzy ogólnej lub do rozwiązania ogólnego problemu praktyczno-technicznego** (w tym medycznego[16]), zatem do generalizacji wykraczającej poza badany przypadek lub zbiór przypadków[17].

---

ustaleniu własności gruntu w miejscu planowanej budowy, sprawdzeniu jakości konkretnej partii produktu spożywczego, leczniczego lub kosmetycznego itp. W medycynie ma taki charakter czynność diagnostyczna podejmowana dla rozpoznania problemu zdrowotnego u konkretnego pacjenta lub w podobnych celach (np. wydania zaświadczenia o przydatności do wykonywania pewnego rodzaju działań).

[12] „Badanie" pochodzi od „badać", czasownik ten zaś oznacza: „dokładnie, gruntownie poznawać"; *Słownik języka polskiego*, t. 1, A–Ć, red. W. Doroszewski, Warszawa 1958, s. 290–291. Mieści się w tym bardzo szeroka klasa działań poznawczych, zarówno generalne dociekania przy pomocy analizy naukowej, jak i poznawanie sytuacji konkretnej poprzez oględziny (w tym lekarskie) i inną obserwację zmysłową, wypytywanie, przesłuchiwanie w śledztwie itp.; zob. przykłady ususu językowego, tamże. Nie da się po polsku w prosty sposób wysłowić różnicy między *medical research* a *medical examination*.

[13] Decyduje o tym szyk składniowy: „przeprowadzenie badań materiału (…) pobranego (…) dla celów naukowych". Cel w kontekście tego przepisu należy rozumieć jak zwykle: jako zamiar dążący do pewnego wyobrażonego stanu przyszłego.

[14] Sytuacja, gdy materiał zostaje najpierw pobrany dla celów badania naukowego, ale ostatecznie wykorzystany tylko w rutynowym badaniu diagnostycznym, jest logicznie możliwa, ale w rzeczywistości chyba nigdy niespotykana.

[15] Metody badania pacjentów właściwe współczesnej medycynie w znacznej części da się nazwać naukowymi w tym sensie, że ich zasada działania ma oparcie w badaniach podstawowych (zwykle wykraczających daleko poza biologię i medycynę), ich praktyczna skuteczność została przetestowana, dla poszczególnych technik diagnostycznych znana jest częstość rozpoznań nietrafnych, rozmiar oczekiwanych błędów pomiarowych itp. Zastosowanie naukowych metod nie pozwala wszakże nazwać zwykłej diagnostyki badaniami naukowymi.

[16] Według założeń Deklaracji Helsińskiej Światowego Stowarzyszenia Lekarzy (w rewizji z 2000 r.) celem działalności badawczej w medycynie jest „»poprawa metod profilaktycznych, diagnostycznych i terapeutycznych, a także zrozumienie etiologii i patogenezy chorób«, a zatem rozwój uogólnialnej wiedzy naukowej"; zob. J. Różyńska, *Eksperyment leczniczy – dwa w jednym?*, „PiM" 4/2016 r., s. 7.

[17] Kryterium to sprawdzi się wyłącznie w naukach nomotetycznych, tj. ustalających prawidłowości generalne. Trudno powiedzieć, co ma być wyróżnikiem „naukowości" w dziedzinach idiograficznych, tj. ustalających przebieg zdarzeń jednostkowych. Należą do nich nauki o kulturze oraz historia wraz

Tak więc badanie, które spełnia warunek „naukowości", jego obiektem jest „materiał biologiczny", a zarazem materiał ów został wcześniej pobrany od człowieka w celu naukowym, ma być traktowane jako eksperyment medyczny w rozumieniu przepisów rozdz. 4 u.z.l. i będzie podlegało ocenie na zasadach tam określonych. Jest tak niezależnie od spełnienia jakichkolwiek dalszych warunków, ponieważ omawiany przepis ich nie zawiera. W szczególności, dla zakwalifikowania przypadku jako eksperymentu medycznego, **nie** są istotne (1) sposób pobrania materiału („inwazyjność"), (2) ryzykowność dla „dawcy"[18], (3) poziom „nowatorstwa" badania naukowego, (4) spełnianie przez to badanie ogólnego pojęcia eksperymentu w rozumieniu metodologii nauk, (5) powiązanie tematu badania z medycyną, (6) możliwość zidentyfikowania dawcy materiału.

Ad (1): Pobranie materiału biologicznego[19] bywa przeprowadzane śródoperacyjnie (np. biopsja wiertarkowa, wyskrobiny z pola operacyjnego) albo wiąże się z innym naruszeniem ciągłości tkanek, z wkłuciem, wykonaniem wymazu z błon śluzowych (w tym z ust, nosogardzieli, kanału ucha, odbytu, cewki moczowej), cewnikowaniem, zeskrobaniem łusek naskórka itp. Oczywiście nie w każdym wypadku tak jest i pobranie może w ogóle nie wiązać się z obcym dotykiem czy jakimkolwiek innym naruszeniem nietykalności cielesnej. Na przykład próbkę moczu lub kału pacjent uzyskuje zazwyczaj samodzielnie[20] i tylko przekazuje ją do obróbki laboratoryjnej. W praktyce istnieją więc zarówno pobrania inwazyjne (i to w bardzo różnym stopniu), jak i całkowicie nieinwazyjne, niemniej art. 21 ust. 4 u.z.l. nie czyni między nimi różnicy.

---

z jej naukami pomocniczymi. Jakkolwiek nieczęsto, mogą one zgłaszać potrzebę badań na współczesnym materiale biologicznym (jako przykład fikcyjny można podać próbę zrekonstruowania kierunków dawnych migracji poprzez mikroskopowe badanie pigmentacji próbek włosów). W dziedzinach idiograficznych trudno jest jednak wskazać tzw. kryterium demarkacji, które pozwalałoby odróżnić projekty naukowe od przedsięwzięć innego rodzaju. W odniesieniu do nauk z tej grupy ustawowe pojęcie materiału pobranego „dla celów naukowych" może więc być stosowane zupełnie arbitralnie.

[18] Określenie „dawca materiału biologicznego" (a tym bardziej np. „dawca kału") brzmi niezręcznie, ale bywa w praktyce używane, bo jakoś tę osobę trzeba nazwać.

[19] Samo to pojęcie będzie rozwinięte w dalszej części artykułu.

[20] Mocz można też pobrać cewnikiem, ale w normalnych warunkach nie ma do tego powodu.

Ad (2): Polska doktryna prawa sądzi, że w każdej dziedzinie nauki i techniki, nie tylko w medycynie, eksperymenty wywołują specjalny rodzaj niebezpieczeństwa, nazywany „ryzykiem nowatorskim"[21]. W wersji skrajnej pogląd ów głosi, że niebezpieczeństwo to występuje zawsze, nieuchronnie, w każdym eksperymencie[22]. Oczywiście tak nie jest i bez trudu da się wskazać przykłady rzeczywistych lub hipotetycznych badań eksperymentalnych, które nie są potencjalnie groźne, tzn. nie wynikają z nich zagrożenia przekraczające poziom ryzyka codziennego[23].

W przypadkach badań „próbkowych" sytuacja jest jeszcze bardziej jednoznaczna, gdyż nigdy nie wystawiają one dawcy na żadne zagrożenie zdrowotne (osoba ta w samym badaniu zwyczajnie nie bierze udziału). Ryzyko może stwarzać czynność pobrania materiału (wcześniejsza i odrębna od samego badania), jednak jest ono zazwyczaj niewielkie, a w wielu przypadkach w ogóle nie występuje[24]. Na zasadach ogólnych

---

[21] Przekonanie takie widoczne jest w każdym współczesnym podręczniku do prawa karnego i w każdym komentarzu do art. 27 k.k., a datuje się ono co najmniej od 1960 r. (por. A. Gubiński, *Ryzyko nowatorstwa*, PiP nr 1 z 1960 r.).

[22] Nieuchronność ta ma jakoby wynikać „z samej istoty badań naukowych"; A. Rzepliński, *Badania naukowe w zakresie biomedycyny w świetle standardów europejskich*, [w:] *Zastosowanie biologii w medycynie a godność osoby ludzkiej. Aspekty etyczne i prawne*, red. T. Mazurczak, Warszawa 2006, s. 52.

[23] A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004, s. 27; P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013, zwł. s. 266–317, 479–481; tenże, [w:] *System*… t. II cz. 2 (Wolters Kluwer), s. 72. Nie znaczy to oczywiście, że eksperymenty w medycynie są zawsze praktyką niegroźną. Zdarzają się i ryzykowne, a nawet są one stosunkowo częste, choć tylko w grupie eksperymentów klinicznych (tj. prowadzonych na ludziach). Niemniej ryzyko ani nie należy do definicji eksperymentu, ani nie jest jego konieczną konsekwencją.

[24] Nieinwazyjne pobrania, jak np. moczu, nie wiążą się z żadnym systematycznym ryzykiem zdrowotnym, a najwyżej są dla pacjenta kłopotliwe. Uzyskanie próbki krwi wymaga co najmniej naruszenia skóry (krew włośniczkowa), a najczęściej wkłucia dożylnego. Jest to drobne naruszenie integralności fizycznej, u części pacjentów pociągające za sobą także niewielki uraz psychiczny. Przy każdym wkłuciu obecne jest ryzyko infekcyjne, którego nie należy lekceważyć, ale przy prawidłowym postępowaniu pozostaje ono w gruncie rzeczy małe. Spośród milionów takich czynności wykonywanych co roku w ramach diagnostyki rutynowej tylko drobny odsetek kończy się zakażeniem jatrogennym. Ryzykowność pobrania „naukowego" może przy tym zależeć nie tylko od techniki (inwazyjna czy nie), ale i od dodatkowych okoliczności – np. uzyskanie od ochotnika dodatkowych 5 cm^3 krwi „przy okazji" pobrania materiału do „zwykłej" morfologii nie wiąże się z żadnym dodatkowym wkłuciem i nie podnosi ryzyka infekcyjnego.

dla „legalizacji" tych przypadków wystarczyłaby zgoda zainteresowanego. Zresztą w rutynowej medycynie wiele „próbkowych" badań laboratoryjnych ze względu na swą nieszkodliwość nie wymaga nawet skierowania lekarskiego i można poddać się im z dowolnych powodów, choćby i z czystej ciekawości. Regulacje gwarancyjne są tu uzasadnione nie tyle z uwagi na możliwość szkody zdrowotnej, ile raczej dla ochrony innych dóbr osobistych czy też „interesów moralnych" dawcy.

Ad (3): Doktryna wiąże z eksperymentowaniem cechę nowatorstwa (pojęcia tego zwykle dalej już nie rozwija). W rzeczywistych badaniach naukowych tymczasem często nowy jest tylko temat i stawiane pytania, gdy badane obiekty lub układy sytuacyjne są niekiedy dobrze już znane, a instrumentarium i metody – tradycyjne i wszechstronnie sprawdzone[25].

Badanie „próbkowe", może mieć charakter istotnie innowacyjny[26], przypadki takie jednak będą bardzo rzadkie. Typowe będzie raczej użycie rutynowych technik diagnostycznych w badaniu niemającym dalszych intencji terapeutycznych, np. prowadzonym dla wytypowania zbioru kandydatów na uczestników przyszłego eksperymentu medycznego[27], sprawdzenia pewnej hipotezy etiologicznej, ogólnego zorientowania się w aktualnym stanie zdrowotności lub zagrożeniach chorobowych w pewnej okolicy[28]. Właściwy obiekt takiego badania (tzn. „materiał biologiczny")

---

[25] Rzadki wyjątek stanowią eksperymenty, w których wypróbowuje się przydatność nowej metody badawczej (naukowej lub praktyczno-użytkowej).

[26] Jako hipotetyczny przykład można podać określenie wartości praktycznej „nowego" testu laboratoryjnego poprzez wykonanie go na pewnym zbiorze próbek, z jednoczesnym ustaleniem rozpoznania przy użyciu testów rutynowych oraz innych jeszcze metod diagnostycznych (aż po badanie *post mortem*). Właściwym przedmiotem zainteresowania badacza nie są tu próbki ani ich dawcy, lecz potencjalna metoda diagnostyczna. Inny taki przykład mogłoby stanowić wypróbowanie nowej techniki barwienia preparatów mikroskopowych dla celów przyszłej diagnostyki histopatologicznej.

[27] Por. R. Beaglehole, R. Bonita, T. Kjellström, *Podstawy epidemiologii*, Łódź 1996, s. 52.

[28] Wyobraźmy sobie badanie na temat rozpowszechnienia u mieszkańców wybranego regionu zakażenia bakterią *Streptococcus pyogenes*, prowadzone na podstawie wymazów z gardła. Nie miałoby ono bezpośredniego znaczenia terapeutycznego dla pacjentów-uczestników, gdyż nie są oni chorzy na anginę ani nawet poważnie zagrożeni zachorowaniem. Nosicielstwo tego paciorkowca występuje względnie często i jego rozpoznanie nie daje podstaw do ich leczenia ani do jakichkolwiek innych działań, np. prewencyjnej izolacji. Pobranie wymazu nie miałoby w tych okolicznościach statusu czynności leczniczej (jakkolwiek mieściłoby się w szerszym pojęciu świadczenia zdrowotnego). Ze względu

nigdy nie ma w sobie nic z innowacji. To samo dotyczy technik pobrania próbek. W przeciwieństwie więc do eksperymentów określonych w art. 21 ust. 2 i 3 u.z.l. *ratio* ust. 4 nie da się wiązać z konceptem „ryzyka nowatorskiego"[29].

Ad (4): Słowo „eksperyment" ma w metodologii nauk znaczenie w miarę dobrze określone i wąskie. Nie jest to synonim „badania naukowego w ogólności" ani badania empirycznego[30]. Słowo to nie konotuje też działania po raz pierwszy, innego nowatorstwa, szkody albo wzrostu ryzyka szkody dla dóbr prawnych, immanentnej niestaranności lub nieostrożności czy podobnych cech, które chcą wiązać z nim prawnicy. W nauce jest to po prostu nazwa szczególnego typu badania empirycznego, które ma potwierdzić lub wykluczyć, że między dwoma elementami danego rodzaju sytuacji zachodzi powiązanie kauzalne. Mechanizm opiera się na umyślnej modyfikacji jednego z tych elementów („zmiennej niezależnej"), tak by sprawdzić, czy wywoła to zmianę drugiego („zmiennej zależnej")[31]. W medycynie to manipulowanie zmiennymi typowo polega na wywołaniu zdarzenia, które według sprawdzanej hipotezy ma potencjał leczniczy i obserwowaniu lub mierzeniu efektów[32], najczęściej na tle grupy kontrolnej.

---

na pobranie wcześniejsze, pobranie wymazu badanie takie byłyby „eksperymentem" w rozumieniu art. 21 ust. 4, choć z naukowego punktu widzenia nie jest to żaden eksperyment, lecz badanie obserwacyjne.

[29] Można powtórzyć, że ryzyko zdrowotne dla „uczestnika" badania określonego art. 21 ust. 4 wynikać może wyłącznie z czynności pobrania materiału, występuje tylko niekiedy, a gdy występuje, zwykle jest bardzo niskie. Natomiast nigdy nie jest ono „ryzykiem nowatorskim".

[30] P. Konieczniak, [w:] *System*… t. II, cz. 2 (Wolters Kluwer), s. 77.

[31] Nazewnictwo w literaturze medycznej jest zwykle inne, np. zamiast o zmiennej niezależnej i zależnej mówi się o „ekspozycji" (*exposure*) na pewien czynnik i „punkcie końcowym" (*enpoint*, *outcome*). Eksperymenty określa się jako badania, w których badacz decyduje o ekspozycji uczestników na badany czynnik, jeśli natomiast ekspozycja jest dziełem przypadku, wynikiem działania samego uczestnika lub osób trzecich, badanie ma charakter obserwacyjny. Zob np. D..A. Grimes, K.F. Schulz, *An overview of clinical research: the lay of the land*, „The Lancet", Vol 359, January 5, 2002, s. 58.

[32] Metodą eksperymentalną można ustalać i inne zależności, np. etiologię chorób i urazów, eksperyment polega jednak wówczas na poddaniu uczestników działaniu domniemanego czynnika chorobotwórczego, co ze względów moralnych w dziejach medycyny podejmowano niechętnie i zwykle w formie samoeksperymentu.

Badania empiryczne, które temu modelowi nie odpowiadają, nazywa się obserwacjami.

W medycynie wykorzystuje się bardzo zróżnicowane metody obserwacyjne[33], niemniej we wszystkich odmianach pozostają one obserwacjami, tj. nie ma tu właściwego eksperymentom planowego wystawienia uczestnika na działanie pewnego czynnika. Nie znaczy to, że obserwacje odbywają się zawsze biernie i „bezkontaktowo"; ich uczestnik może podlegać oddziaływaniom, które obserwację umożliwiają, są to jednak oddziaływania zgoła nieeksperymentalne[34].

Różnicę między obserwacją a eksperymentem można zilustrować przykładem badania skutków zdrowotnych długotrwałego oddychania zanieczyszczonym powietrzem[35]. Dobiera się grupę ochotników z rejonu stale nawiedzanego przez smog, a ewentualnie także grupę kontrolną spoza tej okolicy, po czym sprawdza się im okresowo wybrane parametry fizjologiczne[36]. W tym celu, raz na kwartał, uczestnicy zgłaszają się na lekarskie badanie podstawowe (wywiad, badanie fizykalne) oraz dodatkowe czynności diagnostyczne, w tym laboratoryjne, jak np. analiza moczu. Taki przypadek byłby bezspornie obserwacją, a konkretnie

---

[33] Jest w tej grupie wiele metod szczegółowych, w tym zwłaszcza badania przekrojowe (*cross-sectional studies*), kliniczno-kontrolne (*case-control studies*) i kohortowe (*cohort studies*). Zob. W. Jędrychowski, *Epidemiologia. Wprowadzenie i metody*, Warszawa 1986, s. 97–146; R. Beaglehole, R. Bonita, T. Kjellström, *Podstawy epidemiologii*, s. 48–63; D.A. Grimes, K.F. Schulz, *An overview of clinical research*…, s. 57–59.

[34] Samo oddziaływanie badacza na pacjenta jeszcze nie nadaje badaniu charakteru eksperymentu, na co zwrócono uwagę już dawno temu. Aby obejrzeć pacjentowi gardło, trzeba – jednakowo przy obserwacji naukowej, jak przy zwykłym, użytkowym badaniu lekarskim – nacisnąć mu *szpadelkiem* (szpatułką) nasadę języka, zasłaniającą pole widzenia. Jest to aktywne działanie na uczestnika badania, niemniej użycie do takiego przypadku nazwy „eksperyment" jest zupełnie niewłaściwe i „nie wyraża istoty rzeczy". W. Biegański, *Logika medycyny czyli krytyka poznania lekarskiego*, Warszawa 1908, s. 146.

[35] Przykład jest wprawdzie fikcyjny, niemniej dość zbliżone projekty badawcze są faktycznie prowadzone; np. jesienią 2020 r. prasa informowała o badaniu przesiewowym w Rybniku, które w moczu mieszkańców ujawniło „rakotwórczy czarny węgiel" (nanocząsteczki sadzy) w znacznych ilościach.

[36] Jakie konkretnie „zmienne zdrowotne" będą podlegać badaniu, wynika z hipotezy poprzedzającej to badanie, a z kolei hipoteza może mieć lepsze lub gorsze oparcie w dotychczasowym stanie wiedzy. „Smog powoduje nowotwory pęcherza moczowego" albo „smog powoduje zaostrzenie astmy" są z tego punktu widzenia hipotezami rozsądniejszymi niż „smog powoduje zaćmę" lub „smog powoduje złamania kości śródstopia". Jednak nie ma i nie powinno być zakazu sprawdzania hipotez nierozsądnych czy nieprawdopodobnych.

tzw. badaniem kohortowym prospektywnym. W opisanym układzie sytuacyjnym osoby z grupy badanej są wystawione na działanie smogu, czynnika hipotetycznie szkodliwego, ale układ ów zaistniał „naturalną koleją rzeczy": pierwotnym zdarzeniem był smog, którego badacz ani nie wytworzył, ani nie umieścił w nim uczestników[37]. Oddziaływanie badacza na sytuację jest wtórne i sprowadza się do zidentyfikowania i pomierzenia skutków zdarzenia pierwotnego.

Z punktu widzenia nauki podobne projekty nie mają charakteru eksperymentalnego, jednak ustawa lekarska w nowym brzmieniu każe je nazywać eksperymentem i traktować według dość rygorystycznych reguł prawnych, wyłącznie ze względu na użyty w badaniach „materiał".

Nie znaczy to, że od 1 stycznia 2021 r. prawo nakazuje wszystkie badania obserwacyjne w medycynie traktować na równi z eksperymentalnymi. Poza zakresem ustawy lekarskiej pozostają te obserwacje naukowe, które nie łączą się z planowym (wynikającym z protokołu badania) pobieraniem od ludzi próbek biologicznych. Studia „epidemiologiczne" oparte na wywiadzie, badaniu fizykalnym czy nawet badaniach dodatkowych obrazowych (niezwiązanych z pobieraniem materiału od pacjentów) **wolno podjąć jak dotąd – bez żadnych szczególnych wymagań**[38].

Tym bardziej nie są objęte rygorami ustawy *case studies*, pojawiające się „przy okazji" udzielania rutynowych świadczeń zdrowotnych.

Ad (5): Potrzeba badań naukowych materiału biologicznego zachodzi niekiedy w dziedzinach odległych od biologii i medycyny. Przykładem może być kryminalistyka, która tzw. ślady biologiczne traktuje jako podstawę do rozmaitych ustaleń faktycznych, a jako materiał porównawczy wykorzystuje próbki pobrane od osoby (np. od podejrzanego). Przepisy rozdz. 4 u.z.l. oczywiście nigdy nie będą odnoszone do badań kryminalistycznych zlecanych w konkretnych postępowaniach, te mają bowiem charakter użytkowy, a nie naukowy. Zanim jednak pewna technika

[37] W takim wypadku byłaby to zamierzona „ekspozycja na czynnik" i całą sytuację należałoby zakwalifikować jako eksperyment.

[38] Jest tu oczywiście potrzebne dochowanie tych wymagań, które obowiązują na zasadach ogólnych wobec wszystkich świadczeń zdrowotnych (np. należyta staranność i zgoda pacjenta).

zacznie być używana w poszczególnych sprawach jako rutynowa metoda wykrywcza, a tym bardziej dowodowa, musi zostać poddana walidacji, tj. gruntownemu przetestowaniu i uwiarygodnieniu, zwłaszcza zaś trzeba rozpoznać ograniczenia w jej stosowalności i oszacować błędy pomiarowe, co już jak najbardziej zalicza się do badań naukowych stosowanych. Jeżeli w takim badaniu testowym zostaną wykorzystane „ślady biologiczne" pochodzące od ochotników, sytuacja wypełni hipotezę art. 21 ust. 4 ustawy lekarskiej.

Ludzkie próbki biologiczne mogą być użyteczne jako obiekt badawczy także w wielu innych dziedzinach, co najmniej w badaniach historycznych, w antropologii fizycznej, w różnych działach inżynierii[39] i innych dziedzinach praktyki. Projektodawcy uznali, że wszystkie te przypadki muszą być objęte reżimem z ustawy lekarskiej[40].

Ad (6) Artykuł 1 (preambuła) Deklaracji Helsińskiej zakłada, że oceny etyczne są potrzebne tylko w odniesieniu do badań naukowych na ludzkim materiale biologicznym, którego dawcę da się zidentyfikować (dosł. *research on identifiable human material*). Przepisy rozdz. 4 u.z.l. różnicy pod tym względem nie czynią: nawet gdyby protokół badania przewidywał, że poszczególne próbki zaraz po pobraniu będą poddane anonimizacji, nadal będziemy mieli do czynienia z „eksperymentem medycznym" w rozumieniu ustawy.

Obejmuje to również badania anonimowych próbek, które byłyby między pobraniem a wykorzystaniem w badaniu naukowym przechowywane w biobanku, jakkolwiek projektodawcy zdają się sądzić, że jest inaczej[41]. Do ustawy dodano wprawdzie art. 29a ust. 2, zawiera on jednak tylko oczywiste stwierdzenie, że nie stanowi eksperymentu medycz-

---

[39] Tak np. zainteresowanie inżynierii materiałowej budzą włosy, zob. Akarsh Verma, V.K. Singh, A.K. Verma, Anshul Sharma, *Human Hair: A Biodegradable Composite Fiber – A Review*, „International Journal of Waste Resources", nr 6 z 2016 r.

[40] Por. *Raport z konsultacji*, s. 17.

[41] W raporcie z konsultacji publicznych wyrażono pogląd, że regulacja z ustawy lekarskiej „nie dotyczy materiału zebranego w biobankach oraz repozytoriach genetycznych, gdyż problematykę tą będą regulować odrębne regulacje prawne"; *Raport z konsultacji*, s. 3, podobnie na s. 22, 30. Jest to stwierdzenie trafne, tylko dopóki chodzi o przechowywanie takiego materiału. Jego ewentualne późniejsze

nego „działalność w zakresie gromadzenia, przetwarzania, przechowywania i dystrybucji materiału biologicznego do celów naukowych". Nie wpływa to w żaden sposób na ocenę badania naukowego na takim materiale – pozostaje ono eksperymentem w rozumieniu art. 21 ust. 4 niezależnie od tego, czy wcześniej materiał ów podlegał przechowywaniu, przetwarzaniu itp.

(III) Powtórzmy z kolei, że omawiany przepis **nie odnosi się do wszelkich badań na materiale biologicznym pochodzącym od człowieka**, lecz tylko takich, gdy ów materiał był wcześniej pobrany od osoby dla celów naukowych. Istotne stają się więc pytania, co ma oznaczać *materiał biologiczny*, co zaś – jego *pobranie od osoby* itd.

Na żadne z nich ustawa lekarska nie daje odpowiedzi. Terminem ***pobranie*** posługuje się równolegle prawo transplantacyjne i definiuje to jako „czynności, w wyniku których komórki, tkanki lub narządy są pozyskiwane"[42]. Nie jest oczywiste, że definicję tę należy stosować do przypadków określonych w u.z.l.[43], niemniej zabieg taki prowadzi do rozsądnych wyników funkcjonalnych. W tym ujęciu pobranie stanowi **jakakolwiek** czynność, jeśli w jej wyniku materiał biologiczny pozyskano (z niezbędnym zastrzeżeniem, że „od osoby"). Interpretacja taka może się wprawdzie wydawać szeroka[44], ale w kontekście art. 21 ust. 4 u.z.l. właśnie taka

badanie naukowe podlega przepisom rozdziału 4 u.z.l., ponieważ z obowiązującego stanu prawnego żaden inny wniosek nie wynika.

[42] Art. 2 ust. 1 punkt 34 u.p.k.t.n.

[43] Nie są to takie same przypadki, bo w obu ustawach nie pokrywają się cele pobrania oraz jego przedmiot (zakres „materiału biologicznego" daleko wykracza poza komórki, tkanki i narządy). Ogólnie zaś do stosowania definicji legalnych z jednego aktu prawnego na użytek innego należy podchodzić ostrożnie.

[44] Czasownik „pobrać" kojarzy się z płacaniem podatków, poborem rekruta, a w medycynie – z chirurgicznymi działaniami w transplantologii. Jednak w podstawowym znaczeniu oznacza on po prostu tyle co „wziąć" w formie częstotliwej: „wziąć wiele lub wiele czego po kolei albo z wielu miejsc" – *Słownik języka polskiego*, t. 6, P-Prę, red. W. Doroszewski, Warszawa 1964 s. 545. W nowszych słownikach odnotowano też szczególne znaczenie: „**wziąć jako próbkę czegoś**" (Słownik języka polskiego PWN, https://sjp.pwn.pl/szukaj/pobra%C4%87.html [22.IV.2021] znaczenie 4.). Interpretacja ta więc w gruncie rzeczy nie wykracza poza normę językową.

wydaje się potrzebna – materiałem pobranym jednakowo będzie próbka odłączona przez badacza od ciała „dawcy", jak własnoręcznie przekazana przez owego „dawcę" dla celów naukowych. W tym drugim przypadku pobranie polega na samym akcie woli dawcy połączonym z wydaniem próbki badaczowi. Gdyby więc jako materiał do pewnego projektu naukowego potrzebne były ludzkie włosy, pobraniem w rozumieniu u.z.l. będzie jednakowo obcięcie kosmyka (przez badacza, jego pomocnika, samego dawcę, osobę trzecią działającą na jego prośbę), jak przekazanie badaczowi włosów, które dawca zdjął z własnego grzebienia, na którym pozostały po normalnym użytkowaniu.

Istotnie zwężający charakter ma za to kryterium pobrania ***od osoby***. Przede wszystkim usuwa ono jednoznacznie poza domenę art. 21 ust. 4 u.z.l. badania naukowe na materiale uzyskanym sekcyjnie, zwłoki nie mają bowiem statusu osoby[45]. Identyczny wniosek odnosi się do badań materiału ekshumacyjnego, archeologicznego lub paleontologicznego.

---

[45] Jest to rozwiązanie zamierzone, por. *Raport z konsultacji*, s. 30.
Zagadnienie statusu zwłok i ich części, a także naukowego (i innego) wykorzystania próbek ze zwłok jest w doktrynie opracowane obszernie, choć z dominacją zagadnienień „własnościowych" (cywilistycznych); zob. np. T. Gardocka, *Czy zwłoki ludzkie są rzeczą i co z tego wynika*, [w:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkut, Wrocław 2015; D. Krekora-Zając, *Ludzka próbka biologiczna wykorzystywana dla celów naukowych jako przedmiot prawa cywilnego*, „Studia Prawnicze" 3/2015 (203); Ł.B. Pilarz, *Status prawny materiału sekcyjnego pobranego podczas badań autopsyjnych*, [w:] *Przegląd badań z zakresu kryminalistyki i medycyny sądowej*, red. B.A. Nowak, M. Maciąg, Lublin 2017; J. Haberko, *Dwugłos w sprawie dopuszczalności badań naukowych z wykorzystaniem ludzkiego materiału biologicznego. Perspektywa prawna*, „Forum Prawnicze" 2/2020; O. Dryla, *Dwugłos w sprawie dopuszczalności badań naukowych z wykorzystaniem ludzkiego materiału biologicznego. Problemy prawne z perspektywy etycznej*, „Forum Prawnicze" 3/2020; *Ciało w badaniach naukowych i praktyce medycznej aspekty filozoficzne, prawne i społeczne*, red. J. Pawlikowski, Warszawa 2020.
Z praktycznego punktu widzenia ważne są nie tyle podstawy do samego badania próbek, co ich pobrania. Obecnie podstawę taką stanowi art. 4 u.p.k.t.n. („komórki, tkanki i narządy mogą być pobierane ze zwłok ludzkich (…) w celach diagnostycznych, leczniczych, **naukowych** i dydaktycznych"). Ustawa przewiduje zgodę domniemaną (art. 5 ust. 1 u.p.k.t.n.) tylko na pobranie w celu przeszczepienia innej osobie. Pozostałe przypadki wymienione w art. 4, w tym pobranie dla celów naukowych, wymagają więc wyraźnej zgody za życia; M. Nesterowicz, K. Śliwka, *Pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów do celów naukowych – problem prawny i medyczny*, PiM 4/2009.
O „naukowym" pobieraniu innych obiektów, jak np. treść żołądka lub jelit, prawo milczy, ale trzeba uznać, że jest to w ramach sekcjonowania dozwolone *a fortiori*, a zresztą nie da się wskazać normy, z którą taka czynność byłaby sprzeczna.

W zakresie ustawy nie mieszczą się także badania naukowe na próbkach uzyskanych w sposób pośredni i niedający się określić jako pobranie od osoby; chodzi co najmniej o ludzkie odpady biologiczne, poczynając od zawartości zużytych i wyrzuconych chusteczek do nosa, kończąc na zawartości ścieków miejskich[46]. Próby wykładni rozciągającej art. 21 ust. 4 u.z.l. na tę grupę przypadków byłyby formalnie nieprawidłowe[47], a funkcjonalnie niepożądane.

Jak się natomiast wydaje, rygory ustawowe będą miały zastosowanie do przypadków, gdy badacz pobrał próbkę sam od siebie, choć jest to trudne do racjonalnego uzasadnienia.

Wymaga z kolei zinterpretowania ***materiał biologiczny***. W języku polskim wyrażenie to pojawia się głównie w żargonie naukowo-technicznym, gdzie jest używane intuicyjnie, bez ścisłych definicji i bez dobrze ustalonego zakresu[48], nie da się więc przenieść go na użytek interpretacji

[46] Próbka odpadów biologicznych, np. ścieków komunalnych, jest materiałem biologicznym, choć anonimowym i nie „pobranym od osoby". Na świecie analizy takich próbek są częste, np. prowadzi się badania na obecność pewnych związków chemicznych (np. leków lub ich metabolitów) albo charakterystycznych odcinków kwasów nukleinowych (skąd następnie powstają medialne histerie np. o wykryciu w ściekach „śladów wirusa SARS-CoV-2").
Dla badań takich nie istnieje szczególna regulacja ustawowa, co oczywiście ani nie oznacza, że są zabronione, ani że istnieje tu luka aksjologiczna wymagająca interwencji ustawodawcy. Zagadnienie to wykracza poza temat artykułu. Trzeba jednak zaznaczyć, że próbki tego rodzaju nie podlegają ochronie jako samoistne dobro prawne, nie da się z nimi wiązać godności w żadnym możliwym sensie, nawet analogicznym do „godności należnej zmarłemu" (kategoria taka pojawia się w ustawie o cmentarzach). Nie wydaje się też, by badanie z użyciem takiego materiału immanentnie godziło w jakieś interesy osobiste lub majątkowe osoby, od której on pochodzi, zwłaszcza że badanie naukowe – w odróżnieniu np. od policyjnego – nie próbuje zidentyfikować „dawcy" ani powiązać z nim jakichkolwiek informacji indywidualnych. Dostrzeżono, że do takich przypadków jak „badania z odnalezionego włosa, naskórka czy krwi" cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych nie daje się odnieść, ale też jest tu ona raczej niepotrzebna; D. Krekora, *Ludzka próbka biologiczna*…, s. 128.

[47] Należy z naciskiem powtórzyć, że w przepisie mowa jest o materiale ***pobranym od osoby***, nie zaś np. pochodzącym od osoby. Pobranie stanowi tu wyraźny warunek limitujący, który nie może być traktowany jako nieobecny.

[48] Na nazwę tę można natrafić m.in. w instrukcjach dla laboratoriów analitycznych, literaturze archeologicznej, kryminalistycznej, poświęconej bezpieczeństwu pracy lub ochronie środowiska, przy czym zakres jej w różnych dziedzinach nie pokrywa się.

prawa według tzw. dyrektywy języka specjalistycznego[49]. Oczywiście nie jest trudno wskazać, jaki materiał typowo bywa nazywany biologicznym – w medycynie będzie to m.in. krew, mocz, kał, włosy, paznokcie, wymazy z błon śluzowych, aspiraty z oskrzeli, wycinki tkanek z biopsji lub pobrane śródoperacyjnie. Jednakże mowa tu o wyrażeniu będącym kryterium dopuszczalności pewnej grupy badań naukowych. Potrzebne jest więc dookreślenie jego sensu i granic, a nie tylko podanie przykładów.

Na podstawie reguł gramatyki o nazwie „materiał biologiczny" można powiedzieć tyle, że obejmuje ona taki materiał, który jest biologiczny. Są to zatem **dowolne obiekty, których skład lub geneza ma coś wspólnego z biologią**. Przy takiej interpretacji jest to nazwa absolutna – coś jest *biologiczne* ze względu na swoje przedmiotowe cechy i elementy składowe, niezależnie od kontekstu sytuacyjnego i innych okoliczności.

Dla spełnienia tego kryterium próbka nie musi mieć charakteru biologicznego jako całość. Jeśli więc przedmiotem badania naukowego byłby np. zbiór implantów dentystycznych, które wydaliły się z kości pacjentów, chodzi o przedmioty zasadniczo abiologiczne, skonstruowane inżynieryjnie z tytanu, hydroksyapatytu itp. Są na nich jednak co najmniej pozostałości tkanek i śliny użytkowników, należy więc zakwalifikować je jako materiał biologiczny.

Materiał biologiczny nie musi być żywy, tj. nie musi zawierać jakichkolwiek żywych komórek, ani w czasie pobrania, ani tym bardziej później, kiedy jest badany.

De lege lata nie musi chodzić o materiał *ludzki*, w każdym zaś razie takiego kryterium ustawa literalnie nie zawiera[50]. Można więc uważać, że

---

[49] Pracownik medycyny, weterynarii, kryminalistyk czy przyrodnik mogą spędzać całe życie zawodowe nad próbkami materiału biologicznego, ale nie odwołują się do ogólno-abstrakcyjnej kategorii „materiału biologicznego jako takiego" ani nie potrzebują jego definicji.

[50] Nazwa „ludzki materiał biologiczny" jest tylko poręcznym skrótem. Przypomnijmy, że w myśl art. 21 ust. 4 u.z.l. próbka ma być pobrana od osoby.
Wyrażenie „materiał biologiczny pochodzenia ludzkiego" (oraz „materiał biologiczny pobrany od osób żyjących") pojawiło się w projekcie ustawy o podstawowych prawach i wolnościach człowieka w dziedzinie zastosowań biologii i medycyny oraz o utworzeniu Polskiej Rady Bioetycznej (2011), druk sejmowy nr 3468; http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/23B2AECEEAC280F7C12577B6002391B4/$file/3468.pdf [dostęp: 10.04.2021].

pobrany od człowieka kał[51] albo tkanka nowotworowa[52] spełniają warunki z art. 21 ust. 4 u.z.l., bez zadawania filozoficznych pytań, czy i jak dalece są to materiały *ludzkie*[53].

Taki kierunek wykładni może wydawać się właściwy, ale tylko dopóki poruszamy się w kręgu badań wykorzystujących takie same próbki (krew, mocz, kał, wymazy itd.), pobrane takimi samymi technikami, co w normalnej diagnostyce laboratoryjnej. Jednak znowelizowana ustawa odnosi swoje przepisy do wszelkich badań naukowych, wykorzystujących wszelkie abstrakcyjnie ujęte „materiały biologiczne, w tym genetyczne", pochodzące z równie abstrakcyjnie ujętych pobrań i niezależnie od sposobów takiego pobrania. Musi to prowadzić do kłopotów, ponieważ materiał biologiczny to niemal każdy przedmiot w naszym otoczeniu – jest on prawdopodobnie pokryty czyimiś włosami, resztkami potu, śliny, obsypany łuskami naskórka i w najróżniejszy sposób zakontaminowany materiałem genetycznym. Jeżeli zinterpretować „materiał biologiczny" jako nazwę absolutną, obejmującą każdy obiekt zawierający cząstki pochodzenia biologicznego, okaże się, że „eksperymentami medycznymi" są badania empiryczne na jakichkolwiek przedmiotach, których ktoś dotknął (oczywiście

---

Nazwy te zostały wówczas uznane za niejasne i nieprecyzyjne, w przeciwieństwie do terminologii użytej w prawie transplantacyjnym; zob. J. Lipski, *Opinia praw[n]a na temat projektu ustawy o podstawowych prawach i wolnościach człowieka w dziedzinie zastosowań biologii i medycyny oraz o utworzeniu Polskiej Rady Bioetycznej*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu" 4 /2011 (32), s. 205–206.

[51] Kał składa się głównie z niestrawnych składników pożywienia, połkniętych przypadkowo ciał obcych (w tym np. pewnych ilości mikroplastiku), wielkiej masy bakterii różnych gatunków, produktów gnilnych, czasem też pasożytów wewnętrznych w różnych stadiach rozwoju. Składniki pochodzenia ludzkiego jak śluz, komórki nabłonka, metabolity (np. bilirubina), a w stanach patologicznych także krew i żółć, stanowią niewielką część tej mieszaniny.

[52] Niektóre guzy nowotworowe o etiologii wirusowej (np. rak szyjki macicy, wywoływany przez wirusa brodawczaka HPV 18) są tworem bardzo odległym od „oryginalnej" tkanki nosiciela. Należy do nich słynna laboratoryjna linia komórkowa HeLa, dla której zaproponowano wręcz utworzenie odrębnej, „nieludzkiej" jednostki gatunkowej *Helacyton gartleri*, zob. L.M. van Valen, V.C. Maiorana, *HeLa, a new microbial species*, „Evolutionary Theory & Review" 10/199.

[53] Trzeba jednak w pewnym punkcie postawić granicę, bo pobrany od osoby materiał biologiczny może być zupełnie *nieludzki*, np. gdy chodzi o zdjęte z człowieka pasożyty zewnętrzne (wszy, na których chemik zamierza przetestować nowy insektycyd albo żyjątka nieznanego gatunku, wymagające dopiero opisu naukowego).

z zastrzeżeniem, że zostały one pobrane od osoby). Do takiego efektu ani „ustawodawca racjonalny", ani faktyczni twórcy projektu raczej nie dążyli.

Tych trudności można uniknąć, jeśli **traktować „materiał biologiczny" jako nazwę relacyjną (zależną)** – materiałem biologicznym będzie wówczas obiekt, którego składniki biologiczne są potrzebne w danym badaniu. Oględziny kolekcji starych fotografii, przekazanej dla celów naukowych, nie będą stanowiły „eksperymentu medycznego", nawet jeśli są na nich ślady biologiczne ofiarodawcy – nie one są przecież dla historyka interesujące. Gdyby te same fotografie miały posłużyć jako źródło śladów biologicznych do testowania nowej metody kryminalistycznej, wniosek byłby przeciwny.

Przepis ust. 4 odnosi się do przeprowadzenia ***badań materiału*** biologicznego i nie obejmuje innych sytuacji, gdy np. taki materiał jest składnikiem aparatury badawczej[54].

Należy jeszcze powrócić do ***celu naukowego***. Jaki cel jest naukowy, zostało już wyjaśnione. Sam cel natomiast należy rozumieć normalnie – jako wyobrażenie rzeczy przyszłych połączone z zamiarem ich zrealizowania. Cel naukowy należy więc do strony podmiotowej, tzn. jest zaszłością psychiczną towarzyszącą pobraniu. Jeśli pobranie pierwotnie nastąpiło dla innych celów (użytkowo-diagnostycznych), przepis art. 21 ust. 4 u.z.l. nie znajdzie zastosowania, nawet gdyby próbki zostały potem wtórnie wykorzystane w badaniu naukowym (taka sytuacja jest możliwa i dozwolona[55]).

---

[54] W dawniejszej meteorologii używano niekiedy ludzkich włosów do budowy higrometrów włosowych. Nie znam przykładu współczesnego, ale domyślam się, że np. w biochemii materiał biologiczny może pełnić rolę odczynnika.

[55] Jako przykład można podać naukowe wykorzystanie zbioru „szkiełek" (wycinków) histopatologicznych, które w celu zwykłej diagnostyki zostały wcześniej pobrane, wybarwione, obejrzane i opisane, po czym odłożone do archiwum. Takie badanie nie jest zabronione ani nie musi spełnić żadnych specjalnych wymagań. Powinny być tylko przestrzegane ogólne normy ochronne wynikające zarówno z prawa medycznego, jak z innych przepisów (np. ochrona danych osobowych).

(IV) Nowela tak rozszerzyła pojęcie eksperymentu medycznego, że obecnie jest możliwy **„eksperyment medyczny", który ani nie zawiera najdrobniejszego aspektu medycznego**[56]**, ani też w ogóle nie jest eksperymentem (!)**. Jest to więc głęboka fikcja prawna, która stanowi przy tym zabieg nieprzemyślany. Powoduje ona nie tylko niebezpieczny bałagan pojęciowy, ale może grozić też paraliżem badań obserwacyjnych, które są praktyką badawczą potrzebną, a pozbawioną szkodliwości dla uczestników. Wiele osób boi się samego słowa „eksperyment"[57] i może odmówić jakiegokolwiek udziału w takim nieszkodliwym badaniu tylko dlatego, że zostało tym słowem nazwane. Innym złym skutkiem takiego rozwiązania może być to, że osoby organizujące badania „próbkowe" poza medycyną prawdopodobnie nawet nie będą zdawały sobie sprawy, że ich działania podlegają reżimowi z ustawy lekarskiej i narażą się na odpowiedzialność karną lub wykroczeniową, np. nie zgłaszając projektu do oceny komisji bioetycznej. Powstaje wreszcie potrzeba przedefiniowania relacji między zakresami pojęć „eksperyment medyczny" oraz „świadczenie zdrowotne". Do tej pory było oczywiste, że każdy eksperyment medyczny (*sc.* na człowieku) należy do przypadków tzw. nieterapeutycznych świadczeń zdrowotnych[58]. Obecnie należy chyba przyjąć, że te dwie kategorie się krzyżują i niektóre badania „próbkowe" stanowią eksperyment medyczny, ale świadczeniami zdrowotnymi jednak nie są.

Niezależnie od tej fikcji badania określone w art. 21 ust. 4 u.z.l. nie stanowią eksperymentu medycznego *przeprowadzanego na ludziach*, lecz **odrębną kategorię ustawową**. Nie ma do nich zastosowania ani podział

[56] Nie jest to nadinterpretacja, ale efekt przewidziany i zamierzony, przynajmniej w ogólnym zarysie, przez twórców projektu. Artykuł 23 u.z.l. wyraźnie każe dopatrywać się w eksperymentach medycznych *części niemedycznej* obok *medycznej*, a w przypadku badań, o których mowa w art. 21 ust. 4, zakłada, że mogą one być w całości *niemedyczne*.

[57] P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy*…, s. 401–406.

[58] Por. art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l. („inne [niż lecznicze] działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania").

na eksperymenty „lecznicze" i „badawcze"[59], ani te przepisy rozdz. 4, których hipoteza do tego podziału się odwołuje[60].

Wniosek ten wydaje mi się nie do podważenia. Możliwe są rozbieżne interpretacje „materiału biologicznego" i jego „pobrania od osoby", niemniej **badania materiału biologicznego nie są przeprowadzane na ludziach** (nie są tzw. eksperymentami klinicznymi). Materiał pobrany od człowieka nie jest człowiekiem. Jego dawca nie spełnia ustawowej definicji uczestnika eksperymentu[61]. Z samym badaniem zwykle nie ma on fizycznie nic wspólnego, może wtedy przebywać w innym zakątku świata, a nawet już nie żyć. Teza, że pojęcie eksperymentów „na ludziach" obejmuje swoim zakresem także badania próbek biologicznych wziętych od ludzi, byłaby wbrew logice. Z czysto zaś prawniczego punktu widzenia przemawia przeciw niej fakt, że art 21 ust. 4 u.z.l. w ogóle został ustanowiony[62].

Pod względem czysto pojęciowym badania materiału biologicznego określone w ust. 4 dadzą się określić jako badawcze, nie lecznicze[63]. Jednak w rozumieniu ustawy **nie** są one eksperymentami badawczymi na ludziach i rygory szczególne, ustanowione dla tych ostatnich, nie będą tu miały

---

[59] Przepis art. 21 ust. 1 u.z.l. odnosi ten podział **wyłącznie** do doświadczeń na ludziach („Eksperyment medyczny **przeprowadzany na ludziach** może być eksperymentem leczniczym albo eksperymentem badawczym").

[60] Badania „próbkowe" nie podlegają więc art. 21 ust. 2 zdanie 2 i 3, art. 23 ust. 3 zdanie 2, art. 23a, art. 24 ust. 2 pkt 9 i 10 oraz art. 25a u.z.l.

[61] Definicja ta (art. 21 ust. 5 u.z.l.) jest omówiona w dalszej części artykułu. Od razu trzeba zaznaczyć, że dostarczyciel próbki biologicznej nie spełnia jej, ponieważ **badanie nie jest przeprowadzane na nim**.

[62] Gdyby badania na próbkach pobranych od ludzi stanowiły szczególny przypadek eksperymentów na ludziach, byłyby objęte przepisami rozdziału 4 od samego początku jego obowiązywania (1996) i art. 21 ust. 4 byłby zbędny.

[63] Są one pozbawione celu leczniczego w stosunku do „pacjenta". Nie po to są podejmowane, by dawcom próbek stawiać diagnozy indywidualne. W pojęciach art. 21 ust. 4 nie mieszczą się masowe, profilaktyczne badania przesiewowe, organizowane dla wczesnego wykrycia i przeciwdziałania problemom zdrowotnym u konkretnych osób (nie są one badaniami naukowymi, wniosek powyższy potwierdza ponadto treść art. 28). Przypadki z ust. 4 nie stanowią też leczenia eksperymentalnego ani nie należą do tzw. badań z potencjałem terapeutycznym; zob. J. Różyńska, *Eksperyment leczniczy – dwa w jednym?*, „PiM" 4/2016, s. 13. Ich „potencjał terapeutyczny" jest najwyżej przypadkowy, tj. może się zdarzyć, że przy okazji takiego badania zostaną wykryte jakieś fakty istotne dla indywidualnych interesów zdrowotnych (np. podczas analizy ilościowej kału na zawartość błonnika okaże się, że dawca danej próbki ma owsiki i powinien się leczyć).

zastosowania. Chodzi m.in. o wyłączenia i ograniczenia podmiotowe wymienione w art. 23a. Nigdy więc nie wolno poddać eksperymentowi badawczemu żołnierzy, ale zakaz nie rozciąga się na badania naukowe materiału biologicznego pobranego od żołnierzy. Za dopuszczalne należy uznać np. badanie przekrojowe mające ustalić skalę rozpowszechnienia grzybicy stóp w siłach zbrojnych, przy wykorzystaniu próbek pobranych z naskórka lub paznokci[64].

Natomiast przepisy ogólne rozdziału 4, w których mowa o eksperymentach medycznych *in genere*, trzeba **co do zasady odnosić tak do eksperymentów na ludziach, jak do badań na materiale biologicznym**. Należy jednak zarazem dostrzec, że niektóre z nich nie dadzą się do badań „próbkowych" stosować wprost, bo nie pasują do nich treścią[65].

(V) Uczestnik eksperymentu do niedawna nie był zdefiniowany ustawowo. Nowela wprowadziła art. 21 ust. 5, zgodnie z którym uczestnik to „osoba, na której eksperyment medyczny jest bezpośrednio przeprowadzany". Przepis ten jest jednak pomyślany bardzo źle.

Jego logika każe odróżniać (a) osoby, na których dany eksperyment ***jest przeprowadzany bezpośrednio*** – one i tylko one wypełniają definicję uczestnika; (b) osoby, na których eksperyment nie jest przeprowadzany w ogóle – oczywiście nie są one jego uczestnikami; (c) osoby, na których eksperyment jest przeprowadzany, lecz pośrednio – one również nie są jego uczestnikami. Jest jasne, kto należy do grupy (b), a konkluzja, że nie są to uczestnicy eksperymentu, byłaby identyczna przed nowelizacją.

---

[64] Takie studium badawcze da się prowadzić w zgodzie z art. 19 i 20 Deklaracji Helsińskiej. Nie powinno też ono budzić zastrzeżeń natury konstytucyjnej ani moralnej.

[65] Jako przykład można podać art. 22 u.z.l., który określa ogólne warunki dopuszczalności eksperymentów medycznych. Wymaga on m.in., by sposób przeprowadzenia eksperymentu był „zgodny z zasadami etyki zawodu medycznego". Takie kryterium nie może być stosowane w odniesieniu do badań, które tematycznie wykraczają poza medycynę. Antropolog planujący badanie na próbkach włosów nie może być zobowiązany do przestrzegania „zasad etyki zawodu medycznego", bo ani takiego zawodu nie wykonuje, ani nie należy do samorządu zawodowego, który swoim członkom te zasady narzuca.

Zagadkowe jest natomiast kryterium przeprowadzania na kimś eksperymentu bezpośrednio[66]. Musi ono nasuwać pytanie: na kim eksperyment jest „przeprowadzany pośrednio"? Nie ma na to jednak żadnej oczywistej, narzucającej się odpowiedzi.

Do rozważenia jest hipoteza, że warunek *przeprowadzania na kimś eksperymentu bezpośrednio* obejmuje osoby z grupy badanej, ale wyklucza te z grupy kontrolnej. Z pozoru ma to sens, bo w istocie tylko członkowie grupy badanej podlegają „prawdziwemu" oddziaływaniu eksperymentalnemu[67]. Domysł powyższy wydaje się jednak z różnych powodów chybiony. Taka definicja uczestnika byłaby najczęściej nieprzydatna w praktyce. To, czy komuś przysługuje status uczestnika, musi być wiadome *ex ante*. Tymczasem współczesne eksperymenty kliniczne zazwyczaj posługują się tzw. metodologią ślepej próby, do czasu ukończenia badania nie wiadomo więc, który pacjent do której z grup należy. Z pewnością też za nowymi przepisami nie stoi generalna intencja odebrania ochrony członkom grupy kontrolnej. Wreszcie, w dalszych przepisach (art. 26 u.z.l.) mowa *explicite* o „uczestniku przypisanym do grupy kontrolnej", co raczej przesądza, że „przeprowadzanie eksperymentu bezpośrednio na kimś" w ujęciu ustawy odnosi się też do pacjentów z grupy kontrolnej. W efekcie mają oni ten sam status uczestnika i obejmowani są identyczną ochroną prawną, co członkowie grupy badanej.

Można też wykluczyć podejrzenie, że kryterium „przeprowadzania eksperymentu pośrednio" obejmuje osoby, które nie należą ani do grupy badanej, ani kontrolnej, ale eksperyment może im w jakiś sposób zaszkodzić (mogą to być zwłaszcza członkowie zespołu badawczego, ale także

[66] Raczej nie wchodzi tu w grę żadne rozumienie „bezpośredniości" proponowane na gruncie prawa karnego dla potrzeb interpretacji usiłowania, obrony koniecznej, stanów wyższej konieczności czy też znamienia bezpośredniego niebezpieczeństwa w typach przestępstw z narażenia. Przeprowadzanie eksperymentu „bezpośrednio" na kimś nie oznacza bliskości czasowej ani kauzalnej („ostatnie ogniwo planu"), potrzeby niezwłocznej reakcji itp.

[67] Grupa kontrolna stanowi porównawcze tło, w którym prowadzi się leczenie pozorowane (placebo), leczenie metodą standardową (zgodną z aktualnym stanem wiedzy) albo za wiedzą i zgodą uczestników w ogóle się go nie prowadzi. Można by więc twierdzić, że na członkach grupy kontrolnej eksperyment nie jest, przynajmniej w sensie bardzo dosłownym, „przeprowadzany bezpośrednio".

osoby postronne). O takich ludziach nie powie się, że *jest na nich przeprowadzany eksperyment*[68], lecz po prostu że skutki eksperymentu mogą ich dotknąć[69].

Z braku innych domysłów przyjmę, że „osoba na której eksperyment jest przeprowadzany *bezpośrednio*" to pleonazm, a „osoba na której eksperyment jest przeprowadzany *pośrednio*" – nazwa pusta. **Uczestnikiem eksperymentu w rozumieniu u.z.l. jest po prostu osoba, na której eksperyment jest przeprowadzany**, w tym i członek grupy kontrolnej. Oczywiście wniosek ten może być kwestionowany[70]. Skłania on też do pytania o samą potrzebę istnienia art. 21 ust. 5 – definicja legalna wyjaśniająca, że uczestnikiem eksperymentu jest ten, na kim go przeprowadzają, nie wydaje się bardzo użyteczna[71].

Niektóre przepisy wymieniają obok uczestnika **„osobę, którą skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć"**. Chodzi więc o osoby niebędące uczestnikami – inne niż te, na których eksperyment „jest *bezpośrednio przeprowadzany*"[72] – lecz zarazem takie, które „skutki eksperymentu mogą *bezpośrednio dotknąć*". Bez trudu można wskazać przykłady osób, które owe skutki mogą dotknąć pośrednio[73]. Pozostaje zagadką, na

[68] Tak samo jest poza medycyną: jeśli „eksperymentalny", prototypowy samolot zawiedzie i spadnie komuś na głowę, powiemy, że przechodzień padł ofiarą eksperymentu, a nie – że eksperyment został na nim przeprowadzony (choćby i pośrednio).

[69] Taką właśnie kategorią posługują się art. 23c ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 u.z.l.

[70] Traktuje on przysłówek „bezpośrednio" jako zbędny, co koliduje z jedną z istotnych zasad wykładni. Może w przyszłości inna interpretacja nada temu słowu sens racjonalny.

[71] Być może należało wzorować się na art. 2 pkt 40a prawa farmaceutycznego, zgodnie z którym uczestnikiem badania klinicznego jest „osoba, która po poinformowaniu o istocie, znaczeniu, skutkach i ryzyku badania klinicznego wyraziła świadomą zgodę na uczestniczenie w badaniu (…)". Wiąże to status uczestnika z dobrze określonym kryterium i konkretnym momentem czasowym wyrażenia zgody na udział, na takich samych zasadach dla członków grupy badanej i kontrolnej.

[72] Tak słusznie J. Haberko, *Prawnomedyczne relacje rodzice–dziecko–państwo*, [w:] *Dziecko-rodzice-państwo w kontekście świadczeń zdrowotnych edukacyjnych i przemocy domowej*, red. M. Łączkowska-Porawska, Warszawa 2020, s. 37.

[73] „Dotknięcie skutkami pośrednio" kojarzy się z osieroconą rodziną uczestnika, który eksperymentu nie przeżył, z badaczem, który zaraził się od uczestnika śmiertelną chorobą, a z drugiej strony z innymi chorymi, którzy w przyszłości pośrednio skorzystają z wyników eksperymentu. Nawet jeśli przyjąć wykładnię zwężającą, że w przepisie tym chodzi tylko o skutki niepożądane, „złe" (szkodę lub

kogo eksperyment mógłby oddziałać bezpośrednio poza samym uczestnikiem[74]. Można tu stawiać różne domysły, z których żaden nie daje zadowalających wyników. Kryterium „dotknięcia skutkami bezpośrednio" jest więc wprawdzie abstrakcyjnie zrozumiałe, ale jego faktyczny zakres odniesienia okazuje się zupełnie nieczytelny[75].

Niejasna jest sytuacja **dawcy próbki biologicznej**. Oczywiście jest on uczestnikiem badania w normalnym sensie tego słowa, ale ustawowej definicji uczestnika nie spełnia – nie jest osobą, na której badanie jest przeprowadzane bezpośrednio[76]. Zapewne efekt ten powstał wbrew intencji projektodawców noweli[77]. Wiele z przepisów odnoszących się do uczestnika powinno, *prima facie*, być stosowanych także do dawcy próbki[78],

krzywdę), pośrednie związki przyczynowe rozciągają się w nieskończoność i „dotknięcie pośrednio" potencjalnie dotyczykażdego.

[74] Trudność tę dostrzeżono jeszcze w toku prac legislacyjnych; J. Haberko, *Prawnomedyczne relacje*…, s. 37.

[75] Podajmy przykład: uczestnik eksperymentu zostaje poddany innowacyjnej operacji neurochirurgicznej. W okresie pooperacyjnym mogą się u niego pojawić krótkotrwałe zaburzenia urojeniowe. Jeśli w panice ucieknie on ze szpitala i ciężko pobije „groźnego prześladowcę" (przypadkowego przechodnia), czy oznacza to, że ów przechodzień został „***bezpośrednio*** *dotknięty*" skutkami eksperymentu? Jeżeli tak, to tym samym art. 25 ust. 1 u.z.l. wymaga, by przed przystąpieniem do eksperymentu uzyskać zgodę nie tylko uczestnika, który ma być zoperowany, ale i wszystkich tych osób, które w ewentualnej psychozie mógłby on skrzywdzić. Obejmuje to jednak każdego, kto mógłby się pojawić w okolicy szpitala, więc jest warunkiem niemożliwym do spełnienia. Jeżeli przyjmiemy, że jest to jedynie „*dotknięcie* ***pośrednie***", pytanie: czyją zgodę (poza samym uczestnikiem) należy uzyskać przed przystąpieniem do eksperymentu, pozostaje otwarte, a odpowiedzi nie widać.
Problem zgody osób, które nie są uczestnikami eksperymentu, ale są w jego potencjalnym „zasięgu rażenia", nie ma chyba dobrego rozwiązania; zob. P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy*…, s. 73–74, 101–102.

[76] Należy przypomnieć i podkreślić, że badania „próbkowe" nie są przeprowadzane na ludziach. Jeżeli ktoś widzi pod mikroskopem rozmaz mojej krwi, poddaje analizie biochemicznej moją ślinę itp., może się stąd czegoś dowiedzieć o mnie i o „ludziach w ogólności", niemniej nie są to czynności przeprowadzane na mnie, nawet pośrednio.

[77] W *Raporcie z konsultacji* wyrażono np. przekonanie, że dawca materiału biologicznego „powinien (…) wiedzieć, w jakim celu będzie on pobrany itd." (s. 3).

[78] Należy do nich art. 24 ust. 2 pkt 7 u.z.l., który nakazuje, by przed uzyskaniem zgody poinformować uczestnika m.in. o „wszelkim przewidywanym dalszym użyciu (…) materiału biologicznego zgromadzonego w jego [eksperymentu] trakcie, w tym jego użyciu dla celów komercyjnych". Gdyby uczestnik miał być rozumiany zgodnie z art. 21 ust. 5, nakaz ten obejmie tylko osoby, od których

ale da się to zrobić tylko przy wątpliwym założeniu, że słowo „uczestnik" zostało w nich użyte obiegowo, a nie w zgodzie z definicją legalną[79].

Kłopotów tych można było uniknąć przez posłużenie się inną formułą, np. „1. Uczestnikiem eksperymentu jest osoba bezpośrednio poddawana oddziaływaniu eksperymentalnemu oraz osoba należąca do grupy kontrolnej. 2. Przepisy o uczestniku stosuje się odpowiednio do dawcy materiału biologicznego, o którym mowa w ust. 4".

(VI) Kompetencje wymagane od eksperymentatora. Ustawa pierwotnie przewidywała, że eksperymentem medycznym kierować ma lekarz o „odpowiednio wysokich" kwalifikacjach (art. 23). Ujęcie to było krótkie, syntetyczne, kładło nacisk raczej na faktyczną wiedzę i umiejętności kandydata niż na kryteria formalne i pozwalało na właściwą i adekwatną ocenę w poszczególnych przypadkach[80]. Obecny przepis (art. 23 ust. 1) jest bardziej rozbudowany i żąda, by był to „lekarz posiadający specjalizację w dziedzinie medycyny, która jest szczególnie przydatna ze względu na charakter lub przebieg eksperymentu, oraz odpowiednio wysokie kwalifikacje zawodowe i badawcze". Poważną zmianą jest ustanowienie **formalnego wymogu specjalizacji** odpowiadającej charakterowi lub przebiegowi planowanego eksperymentu. Kryteria merytoryczne natomiast pozostały w gruncie rzeczy takie same: wyrażenie „odpowiednio wysokie kwalifikacje" zostało zmienione na „odpowiednio wysokie kwalifikacje zawodowe i badawcze"[81].

---

materiał biologiczny został pobrany w czasie innowacyjnej operacji lub przy użyciu prototypowej igły biopsyjnej (bo tylko na takich osobach eksperyment „jest przeprowadzany").

[79] Zgodnie z tym założeniem ustawodawca ustanawia definicje, po czym je ignoruje, a słów używa „po uważaniu". Dla potrzeb wykładni raczej należy je odrzucić, choć faktycznie może być ono prawdziwe.

[80] Zob. P. Konieczniak, [w:] *System*… t. II cz. 2 (Wolters Kluwer), s. 104–106. Jednak przepis był także poddawany krytyce jako nieprecyzyjny i niedookreślony; zob. K. Sakowski, komentarz do art. 23 u.z.l., [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 526.

[81] Jest to zmiana stylistyczna, nie logiczna. Ma ona tę zaletę, że podkreśla odrębność kompetencji praktyczno-zawodowych od naukowo-badawczych, na co doktryna prawa niedostatecznie zwraca uwagę.

Wymaganie specjalizacji nie ma wyjątków. Prowadzenie badań eksperymentalnych na ludziach stało się przywilejem zarezerwowanym dla lekarzy z odpowiednią specjalizacją, niezależnie od jakichkolwiek dalszych czynników, takich jak rozmiar, złożoność i trudność projektu, jego ryzykowność dla uczestników, wreszcie dysponowanie przez badacza kompetencjami faktycznymi, wspomnianymi w końcowej części przepisu. Lekarz, który wpadnie na ideę naukową, którą warto sprawdzić, którą umie sprawdzić i którą dałoby się sprawdzić w sposób prosty i całkowicie bezpieczny dla uczestników, nie ma prawa podjąć projektu badawczego, jeśli nie ukończył specjalizacji adekwatnej do tematu.

Uzasadnienie projektu ustawy nie zdradza powodów, dla których wybrano tak sformalizowany model regulacji[82], ale w załączonym raporcie z konsultacji publicznych wyrażono przekonanie, że eksperyment medyczny „…musi być kierowany przez wysoko wykwalifikowaną osobę, a więc specjalistę w danej dziedzinie", gdyż „zagwarantuje to poprawność metodologiczną badań oraz bezpieczeństwo ich uczestników"[83]. Wyjaśnienie to zakłada, że: (a) lekarz w toku specjalizacji poznaje metodologię badań naukowych i staje się osobą szczególnie kompetentną do ich prowadzenia oraz (b) w każdym eksperymencie medycznym prowadzonym na ludziach uczestnicy są wystawiani na niebezpieczeństwo, przed którym może ich ochronić wyłącznie lekarz specjalista. Oba założenia są fałszywe. Po pierwsze, specjalizacje stanowią szkolenie w zakresie działania praktycznego, a nie metodologii badań naukowych[84] i ich ukończenie nie czyni

[82] Należy jednak dostrzec, że był on w przeszłości rozważany lub proponowany, np. M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 162.

[83] Druk sejmowy nr 172, *Raport z konsultacji*, s. 9. Pogląd ten wypowiedziano w imieniu Ministerstwa Zdrowia, można więc uważać go za substytut uzasadnienia projektu.

[84] Wniosek ten jest zgodny z treścią programów specjalizacji. Na kilkudziesięciu (zwykle 30–70) stronach takiego programu, wśród szczegółowo opisanych celów dydaktycznych lub jako element jednego z oferowanych kursów specjalizacyjnych, zwykle widnieje samotny punkt „zasady organizacji badań naukowych" lub podobny. Niekiedy należy on do kursu prawa medycznego i wtedy trzeba się domyślać, że nie o metodologię nauki w nim chodzi. Wyjątkowy charakter mają programy specjalizacji z epidemiologii, gdzie uwzględnione są obszernie zagadnienia *stricte* metodologiczne oraz inne ułatwiające planowanie, prowadzenie lub interpretację badań, jak np. biostatystyka.

człowieka szczególnie predysponowanym do projektowania eksperymentów i kierowania nimi. Po drugie, nie wszystkie eksperymenty medyczne wystawiają uczestników na systematyczny wzrost ryzyka[85]. Jeżeli sytuacja eksperymentalna odpowiada poziomowi ryzyka dnia codziennego, nie są potrzebne szczególne sposoby ani środki bezpieczeństwa dla uczestników. Nowy art. 23 ust. 1 ustanowił więc poważne ograniczenie wolności badań naukowych[86], ale bez dostatecznego powodu.

Bardziej liberalne są wymagania w przypadku badań „próbkowych" z art. 21 ust. 4 u.z.l. Co do zasady może nimi kierować „inna niż lekarz osoba posiadająca kwalifikacje niezbędne do ich przeprowadzenia" (art. 23 ust. 3). Jest to najzupełniej właściwe: badania z tej grupy mogą nie mieć z medycyną zupełnie nic wspólnego ani pod względem tematu, ani stosowanych metod, i nie ma wówczas powodu, by lekarz w jakiejkolwiek roli w nich koniecznie uczestniczył.

Sprawy się komplikują, gdy badania tego typu zawierają *część medyczną*. Zobowiązuje się wtedy osobę kierującą badaniem do współpracy z lekarzem, który będzie przebieg owej *części medycznej* nadzorował. Ów lekarz ma przy tym spełniać wymagania jak dla kierowania eksperymentem na ludziach (art. 23 ust. 1), a więc m.in. mieć pasującą tematycznie specjalizację. Są to wymagania abstrakcyjnie zrozumiałe, ale trudno sobie wyobrazić, jak konkretnie ten mechanizm powinien funkcjonować[87].

---

[85] Powtórzmy, że istnienie eksperymentów pozbawionych ryzyka dla uczestników jest faktem empirycznym oraz leży u podstaw art. 23 ust. 3 obowiązującej ustawy.

[86] Proponowano kiedyś, aby formalne wymagania w tym zakresie rozluźnić poprzez dopuszczenie, by kierować eksperymentem mogła osoba niebędąca lekarzem, mająca przygotowanie z innej dziedziny naukowo-technicznej, byle tylko w zespole był też lekarz o odpowiednich kwalifikacjach. R. Kubiak, *Warunki prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych – wątpliwości dotyczące regulacji w świetle konwencji biomedycznej*, [w:] *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej. Wybrane problemy bioprawa*, red. O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Gdańsk 2015, s. 147–148. Zmiana ustawy poszła w przeciwnym kierunku.

[87] Wyobraźmy sobie badanie użyteczności nowej metody identyfikacji śladów DNA dla celów policyjnych i sądowych. Kieruje nim kryminalistyk, a testowy materiał biologiczny stanowią używane kubki od kawy, które pożyczył od kolegów z pracy. Z pewnością taka metoda musiałaby obejmować zastosowanie jakichś technik laboratoryjnych, na czele z PCR. Czy w takim razie badanie to zawiera *część medyczną*? Jeśli tak, czy kierownik projektu ma obowiązkowo współpracować ze lekarzem specjalistą w dziedzinie diagnostyki laboratoryjnej, genetyki klinicznej, czy jeszcze innej specjalności kojarzącej

Skoro badaniem na materiale biologicznym ma prawo kierować nielekarz, *a fortiori* mógłby to być także lekarz bez właściwej specjalizacji, byle miał ku temu niezbędne kwalifikacje faktyczne. Jednak taki lekarz z reguły prowadził będzie projekt zawierający głównie lub wyłącznie *część medyczną*, powinien więc sobie dokooptować „nadzorcę" z właściwą specjalizacją. Także w tym wypadku treść przepisu jest zrozumiała, ale nie wiadomo, na czym konkretnie ma polegać realizacja tego wymagania i podział kompetencji między obu lekarzy.

(VII) Wyłączenia i ograniczenia podmiotowe. Część zmian w tym zakresie jest porządkowa lub stylistyczna i wymaga tylko wzmianki[88].

Na liście zakazów uczestnictwa w eksperymencie badawczym (art. 23a ust. 1) w miejsce „żołnierza służby zasadniczej" pojawił się „żołnierz", co automatycznie wyklucza kandydata, który w danym momencie pełni czynną służbę wojskową w jakiejkolwiek formie. Dodano też „inną osobę pozostającą w zależności hierarchicznej ograniczającej swobodę dobrowolnego wyrażania zgody". Osobę pozbawioną wolności uzupełniono osobą „poddaną detencji"[89]. Zakres pozostałych zakazów podmiotowych (ubezwłasnowolnieni i „dziecko poczęte") nie uległy zmianie.

Reguły dopuszczalności eksperymentu badawczego z udziałem małoletniego (art. 23a ust. 2) zostały nieco rozluźnione. Obecnie wolno włączyć małoletniego do eksperymentu nie tylko wtedy, gdy spodziewane korzyści mają bezpośrednie znaczenie dla zdrowia jego samego[90], lecz

się z laboratoriami? Co konkretnie ów lekarz miałby nadzorować, w jakim celu, według jakich kryteriów i jakie są jego uprawnienia nadzorcze (np. czy może zażądać przerwania realizacji projektu)? Odpowiedzi na tego typu pytania będzie musiała udzielić praktyka.

[88] Wyłączenia bezwzględne z art. 26 ust. 3 przeniesiono do art 23a ust. 1 (zaś zwrot „nie mogą uczestniczyć" zastąpiono groźniej brzmiącym „zabrania się"). Miejsce w ustawie zmieniły też ograniczenia odnoszące się do małoletnich (obecnie art. 23a ust. 2) oraz kobiet w ciąży (art. 21 ust. 2 zdanie 3).

[89] Jest to dodatek zbędny, a potencjalnie mylący. „Pozbawienie wolności" nie oznacza w kontekście tego przepisu kary pozbawienia wolności, lecz jakąkolwiek sytuację, w której ktoś zostaje pozbawiony wolności przez władzę publiczną albo za jej zezwoleniem, niezależnie jaka jest tego podstawa prawna. W tym sensie detencja (jakkolwiek ją w szczegółach rozumieć) też jest pozbawieniem wolności.

[90] Por. dawny art. 25 ust. 3 zdanie 1 *in principio*.

i dla „innych małoletnich należących do tej samej grupy wiekowej”[91]. Nadto ustawa stawia warunki, by eksperyment niósł spodziewane[92] istotne rozszerzenie wiedzy medycznej oraz by nie istniała możliwość przeprowadzenia takiego eksperymentu o porównywalnej efektywności z udziałem osoby pełnoletniej. Z przepisu usunięto nadmiarowy warunek, aby „ryzyko było niewielkie”[93].

(VIII) Informacja i zgoda. Warunkiem dopuszczalności eksperymentu było i jest należyte poinformowanie potencjalnego uczestnika. Lista wymaganych informacji (art. 24 ust. 2) została bardzo rozbudowana i w pierwszej kolejności obejmuje „cel, pełny plan eksperymentu medycznego oraz ryzyko i korzyści związane z eksperymentem”[94]. Uczestnik ma też dowiedzieć się m.in. o źródłach finansowania eksperymentu, przewidywanych sposobach wykorzystania pochodzących z niego danych oraz próbek biologicznych, zasadach reagowania na zdarzenia niepożądane, wypłaty ewentualnego odszkodowania, dostępie do dodatkowych informacji („pytania i wątpliwości”), do cząstkowych i ostatecznych wyników badania, o sposobach ochrony prywatności i poufności danych osobowych, możliwości kontynuacji leczenia eksperymentalnego już po zakończeniu udziału

[91] „Bezpośrednie znaczenie dla zdrowia” może w tym wypadku oznaczać nie tylko bezpośrednią korzyść zdrowotną wynikającą z eksperymentu (którą może odnieść uczestnik, ale nigdy inne osoby), lecz i znaczenie dla przyszłych pacjentów z analogicznym problemem zdrowotnym.

[92] Ustawa posługuje się czasem przyszłym „[jeżeli] eksperyment *przyniesie rozszerzenie wiedzy*”, co ma stanowić warunek dopuszczalności eksperymentu. Dopuszczalność można ustalać tylko w oparciu o zdarzenia przewidywane *ex ante*, nie o te, które staną się znane *ex post*.

[93] Według art. 21 ust. 3 zdanie 3 jest to generalny warunek dopuszczalności eksperymentów badawczych; dawny art. 25 ust. 3 warunek ten jałowo powtarzał w odniesieniu do eksperymentów badawczych z udziałem małoletnich.

[94] Kandydat musi być więc, choćby w uproszczeniu, wprowadzony w treść sprawdzanej hipotezy badawczej (inaczej nie da się przedstawić celu eksperymentu), a wszystkie wyjaśnienia muszą uwzględniać aspekt niepewności co do ewentualnych korzyści i strat. Zadanie to wydaje się szczególnie trudne w przypadku prowadzenia badań podstawowych.

w badaniu[95] lub przystąpienia do innego eksperymentu, z którego mógłby odnieść korzyść zdrowotną.

Informacja ta ma być podana zarazem ustnie i pisemnie, a przy tym przedstawiona zrozumiale, co należy rozumieć analogicznie, jak warunek przystępności użyty w art. 31 ust. 1 u.z.l.[96].

W obecnym stanie prawa zgoda ma być pobrana od uczestnika lub „osoby, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć" (art. 25 ust. 1). Z wyjaśnionych już powodów zakres podmiotowy tego obowiązku jest trudny do zinterpretowania, zwłaszcza w odniesieniu do tej drugiej kategorii osób.

Za małoletniego, który nie ukończył 13 lat (przed nowelizacją było to 16 lat), zgodę wyraża zastępczo przedstawiciel ustawowy[97]. Jeśli małoletni ukończył 13 lat, wymaga się równoległej zgody jego samego oraz przedstawiciela ustawowego, a w razie sprzecznych oświadczeń rozstrzyga sąd opiekuńczy (art. 25 ust. 2).

(IX) Godna uwagi zmiana odnosi się do **eksperymentów medycznych podejmowanych na osobach *de facto* niekompetentnych**, „w trybie nagłym", bez ich zgody i bez zezwolenia sądowego. Do 2020 r. podstawą prawną do takich działań był lakoniczny i wadliwy technicznie art. 25 ust. 8 u.z.l.[98] Przepis ten był słusznie krytykowany za zupełnie nieadekwatne

[95] Taka informacja służy tylko uczestnikowi eksperymentu leczniczego. *De lege ferenda* identyczna reguła powinna być przewidziana przy eksperymentach badawczych, ponieważ w myśl rozwiązań ustawowych możliwe są eksperymenty badawcze z bezpośrednim potencjałem terapeutycznym w stosunku do uczestnika.

[96] Informacja ma być zrozumiała dla tej konkretnej osoby, nie zaś zaspokajać jakiś abstrakcyjny wzorzec „osoby przeciętnej" lub podobny. Należy więc uwzględnić jej możliwości intelektualne, rodzaj wykształcenia, kompetencje językowe, a także upewnić się, że właściwy sens informacji do niej dotarł. W odniesieniu do uczestników projektów badawczych trudności w spełnieniu warunku zrozumiałości rosną wykładniczo w porównaniu z normalnym leczeniem.

[97] Zniesiono wcześniejszą zasadę, że gdy małoletni kandydat na uczestnika jest w stanie wypowiedzieć się z rozeznaniem, zawsze – niezależnie od wieku – wymagana jest także jego zgoda. Z punktu widzenia szacunku dla autonomii jest to krok wstecz, jakkolwiek efekt niekorzystny kompensuje obniżenie formalnej granicy wieku, co zmniejsza praktyczny wymiar tej zmiany.

[98] Zgodnie z nim „w przypadkach nie cierpiących zwłoki i ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia" (tj. w istocie w przypadkach niecierpiących zwłoki ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia)

sformułowanie, bo przy dosłownym odczytaniu zezwalał podejmować eksperymenty nawet na osobach dorosłych, nieubezwłasnowolnionych i kompetentnych faktycznie, jeśli tylko ich przypadek był „niecierpiący zwłoki" etc. (np. w ostrych zespołach wieńcowych), i poddawać je leczeniu eksperymentalnemu niezależnie od ewentualnego sprzeciwu. Aby utrzymać spójność ustawy z konstytucją, przepis poddawano wykładni bardzo silnie zwężającej poprzez uznanie, że zawiera on *implicite* warunek niekompetencji faktycznej[99] oraz wzruszalne domniemanie zgody[100].

Niezależnie od tego istniała i nadal istnieje racjonalna potrzeba podobnego przepisu, ponieważ zdarzają się sytuacje kliniczne (np. stany po ciężkim urazie głowy), w których wszyscy pacjenci lub bardzo znaczny ich odsetek są nieprzytomni lub z innych przyczyn niekompetentni, a jednocześnie charakteryzujące się znaczną dynamiką. Dla tego typu „stanów nagłych" zwyczajne wymaganie zgody sądu opiekuńczego w ogóle wyłączałoby możliwość podjęcia próby leczenia eksperymentalnego. Zamiast takiej zgody, imiennie wskazującej uczestnika, wystarczyć tu musi ogólny protokół eksperymentu, zaakceptowany przez komisję bioetyczną. Prawidłowość włączenia danego uczestnika do eksperymentu sąd może tu jedynie zweryfikować po fakcie.

Poprawioną i obszerniejszą regulację takich przypadków umieszczono w nowym art. 25a. Wymaga on łącznego spełnienia następujących warunków: (a) sam uczestnik jest niezdolny do udzielenia zgody na udział w eksperymencie (niekompetentny formalnie lub faktycznie); (b) zachodzi „przypadek niecierpiący zwłoki"[101]; (c) planowany ekspery-

wolno było podjąć leczenie eksperymentalne bez wcześniejszego uzyskania żadnej zgody (własnej, zastępczej ani sądowej).

[99] W tej interpretacji był to „eksperymentalny" odpowiednik art. 33 oraz 34 ust. 7 u.z.l., pozwalających na leczenie rutynowe pacjentów niekompetentnych.

[100] Tzn. leczenie eksperymentalne mogło być podjęte – identycznie jak leczenie rutynowe – tylko gdy pacjent uprzednio nie złożył sprzeciwu. Po nowelizacji sprawę tę przesądza art. 25a pkt 4 („uczestnik uprzednio nie wyraził sprzeciwu wobec udziału w takim eksperymencie").

[101] Nowy przepis jednoznacznie rozszerzył dopuszczalność takich działań poprzez uchylenie warunku „ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia", wystarczy obecnie zagrożenie jakąkolwiek szkodą zdrowotną (byle przypadek był „niecierpiący zwłoki").

ment ma charakter leczniczy[102]; (d) ze względu na konieczność natychmiastowego działania uzyskanie zgody od przedstawiciela ustawowego albo zezwolenia sądowego nie jest możliwe w wystarczająco krótkim czasie; (e) eksperyment o porównywalnej skuteczności nie może być przeprowadzony na osobach nieznajdujących się w sytuacji niecierpiącej zwłoki[103]; (f) uczestnik uprzednio nie wyraził sprzeciwu wobec udziału w takim eksperymencie; (g) uczestnik takiego eksperymentu leczniczego *respective* jego przedstawiciel ustawowy otrzyma należną informację „w najszybszym możliwym czasie"[104]; (h) wystąpiono o zgodę na udział w eksperymencie (do przedstawiciela ustawowego) albo o wydanie zezwolenia (do sądu opiekuńczego)[105].

(X) Zakaz wynagradzania uczestników. Artykuł 23b ust. 1 wprowadza jako zasadę zakaz stosowania zachęt lub gratyfikacji finansowych dla uczestników eksperymentów; dopuszczalna jest jedynie „rekompensata poniesionych kosztów". Motyw ustanowienia tego zakazu nie został ujawniony. Można się co najwyżej domyślać, że jest to próba realizacji wytycznych CIOMS[106], zgodnie z którymi dopuszczalne jest pieniężne

---

[102] Ze względu na sfomułowanie art. 25a w tym trybie w ogóle nie może zostać podjęty eksperyment „badawczy", co wobec wadliwej definicji tego ostatniego jest rozwiązaniem niekoniecznie korzystnym dla potencjalnego uczestnika. Trzeba przypomnieć, że niektóre eksperymenty „badawcze" w rozumieniu obecnej ustawy są w tradycyjnym ujęciu (zaproponowanym przez J. Sawickiego) eksperymentami leczniczymi, ponieważ do intencji, którymi badacz się kieruje, należy bezpośrednia korzyść zdrowotna dla uczestnika.

[103] Warunek ten jest mało zrozumiały. Artykuł 25a stosuje się tylko do eksperymentów leczniczych, które z definicji prowadzi się „w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej" i które stwarzają szanse takiej korzyści dla uczestnika. Pod tym względem eksperymentalne leczenie konkretnej osoby nigdy nie może być z „porównywalną skutecznością" przeprowadzone wobec jakiejkolwiek innej osoby.

[104] Informacja *ex post* ma zostać udzielona na takich samych zasadach, jak w sytuacji „zwykłej", kiedy jest udzielana *ex ante* (zob. art. 24 u.z.l.).

[105] Siłą rzeczy nie będzie to zgoda ani zezwolenie, lecz **symboliczne zatwierdzenie**. Jeżeli nie zostanie ono udzielone, sytuacja nie może być potraktowana jako przestępny eksperyment bez zgody uczestnika (art. 58 ust. 4 u.z.l.), bo brak tu zarówno strony przedmiotowej, jak odpowiadającego jej zamiaru.

[106] *International Ethical Guidelines for Health-related Research Involving Humans. Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO)*, Geneva 2016, wytyczna nr 16 (s. 53–54).

lub rzeczowe kompensowanie wydatków własnych, straty czasu i innych niedogodności dla uczestników[107], nie może to jednak urastać do rozmiaru nieuczciwej zachęty (dosł. *undue inducement*), która mogłaby kogoś skłonić do udziału w badaniu wbrew osobistemu „dobremu" osądowi lub własnym, głęboko zakorzenionym przekonaniom. Zakaz ten można więc odczytywać jako instrument ochrony autonomii uczestników.

Z tej perspektywy aksjologicznej dość dziwny wydaje się wyjątek, zezwalający na wypłacanie zachęt i gratyfikacji w ramach „eksperymentów z udziałem uczestników pełnoletnich, którzy mogą wyrazić skuteczną prawnie zgodę, i zdrowych uczestników" (art. 23b ust. 1). Są tu warunki (a) bycia pełnoletnim oraz (b) bycia zdrowym, a zamiarem projektodawców było pewnie wzięcie ich w koniunkcję[108]. Jednak ze względu na niepotrzebne, dwukrotne użycie słowa „uczestnicy" oraz interpunkcję **spójnik „i" stał się enumeracyjny**[109], zatem wolno wynagradzać uczestników pełnoletnich, nawet jeśli nie są zdrowi[110], i wolno wynagradzać uczestników zdrowych, nawet jeśli nie są pełnoletni. Wniosku tego uniknąć można tylko przy interpretacji przepisu przechodzącej do porządku dziennego nad jego stroną językową.

(XI) Zakaz wykorzystania przymusowej sytuacji uczestnika. Artykuł 23b ust. 2 zakazuje podjęcia eksperymentu medycznego „z wykorzystaniem przymusowego położenia uczestnika takiego eksperymentu". Stoi za tym godny szacunku cel ochrony autonomii poprzez wyłączenie z udziału osób, których zgoda jest wskutek przymusowego położenia nieautentyczna. Niemniej dosłowne sformułowanie przepisu jest tak ogólne

[107] Zgodnie z komentarzem nie ma to jednak obejmować kompensowania ryzyka, na które ochotnicy się wystawiają (tamże).

[108] W takim razie fragment ten powinien brzmieć „z wyjątkiem eksperymentów z udziałem uczestników zdrowych, pełnoletnich, którzy mogą wyrazić skuteczną prawnie zgodę".

[109] Spójnik ten może być użyty koniunkcyjnie, enumeracyjnie lub syntetyzująco, zob. T. Kotarbiński, *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk*, Wrocław 1961, s. 474, Z. Ziembiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2007, s. 86.

[110] Zamiarem projektodawców ewidentnie było po prostu ustanowienie zakazu wynagradzania chorych uczestników badania eksperymentalnego; por. *Raport z konsultacji*, s. 22, 25.

i zarazem rygorystyczne („zabrania się!"), że **wymaga wykładni bardzo zwężającej**. Trzeba bowiem dostrzec, że co najmniej eksperymenty lecznicze są z natury rzeczy przeprowadzane w sytuacji przymusowej[111]. Na udział w takim przedsięwzięciu pacjent zgadza się z takich samych motywów i pobudek, co na leczenie rutynowe – ponieważ jest chory lub widzi u siebie inny problem zdrowotny wymagający interwencji – jest to więc położenie przymusowe[112]. Z pewnością ustawodawca takich eksperymentów nie zamierzał zabronić, można więc przyjąć, że zakaz odnosi się tylko do uczestników, którzy znajdują się w okolicznościach *vis compulsiva* **z przyczyn pozazdrowotnych**.

(XII) Postępowanie w grupach kontrolnych. Zagadnienie to objął znowelizowany art. 26 u.z.l. Wcześniej sytuacja osób z grupy kontrolnej nie podlegała żadnej regulacji szczególnej[113]. Przepis stanowi, że udział w eksperymencie medycznym „nie może opóźnić ani pozbawiać jego uczestnika koniecznych medycznie procedur profilaktycznych, diagnostycznych lub terapeutycznych" (ust. 1). Odnosi się to do wszystkich uczestników eksperymentu (z obu grup). Regułę tę trzeba rozumieć właściwie: **nie** wymaga ona, by uczestników eksperymentu medycznego traktować na takich samych zasadach jak „normalnych" pacjentów, tj. leczyć rutynowo, zgodnie z wymaganiami aktualnego stanu wiedzy i należytą starannością[114]. Wolno jest w grupie badanej prowadzić działania eksperymentalne i pomijać te, które wynikają z dotychczasowego

[111] Obejmuje to też część eksperymentów badawczych, mianowicie te z bezpośrednim „potencjałem terapeutycznym".

[112] W przypadku eksperymentów czysto badawczych uczestnik może się kierować m.in. abstrakcyjnym dobrem nauki i ludzkości, ciekawością lub chęcią zabicia nudy, ale wszystko to nie stanowi przymusu sytuacyjnego.

[113] Sytuacja uczestników grup kontrolnych nie budziła też głębszego zainteresowania doktryny, koncentrującej się na „ryzyku nowatorskim" występującym w grupie badanej; P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy*…, s. 74–76.

[114] Przy takiej interpretacji grupa kontrolna otrzymywałaby „normalne" leczenie, a grupa badana – identyczne „normalne" leczenie, a dodatkowo leczenie eksperymentalne. Taki eksperyment miałby niewiele sensu z punktu widzenia metodologii, a skombinowanie leczenia rutynowego z innowacyjnym mogłoby wręcz wystawić uczestników na ryzyko (gdyby np. podać grupie badanej równocześnie

stanu wiedzy (z wyjątkiem przypadków, gdy są „konieczne medycznie"). Wolno też, choć z ograniczeniami, zaniechać właściwego leczenia w grupie kontrolnej.

Co do zasady, członkom grupy kontrolnej ustawa zapewnia stosowanie „sprawdzonych metod profilaktycznych, diagnostycznych lub terapeutycznych" (ust. 2), mają być więc traktowani jak „normalni" pacjenci. Użycie placebo dopuszcza się jako wyjątek, jeżeli dla danego rozpoznania nie ma metod o udowodnionej skuteczności albo jeżeli zaniechanie leczenia metodą rutynową „nie stanowi niedopuszczalnego ryzyka lub obciążenia dla uczestnika" (ust. 3). Pierwszy z tych wyjątków jest bardzo wąski, ale drugi – stosunkowo liberalny, stosowanie placebo nie zostało więc wyklęte z badań naukowych w Polsce[115].

Przy zachowaniu tych warunków nie narusza prawa losowy przydział do grup (randomizacja), nawet jeśli ich członkowie nie wiedzą (ślepa próba), czy w efekcie otrzymają leczenie eksperymentalne, czy atrapę leczenia. Niemniej muszą oni przed wyrażeniem zgody na uczestnictwo być zrozumiale poinformowani, że zasada przydziału jest losowa i mogą trafić do grupy *de facto* nieleczonej.

Pomimo milczenia ustawy dozwolone jest zorganizowanie eksperymentu tzw. otwartego (bez „ślepej próby"), w którym grupa kontrolna będzie po prostu nieleczona (bez pozorowania leczenia). Powinny być tu spełnione te same warunki, co w grupie placebo[116]. Pewne wątpliwości może natomiast budzić dopuszczalność skonstruowania grupy kontrolnej z osób, które po prostu nie chcą się leczyć, lecz zarazem gotowe

„stary" i „nowy" lek i stworzyć możliwość ich działania synergicznego). W chirurgii taka kombinacja nawet nie jest możliwa (nie da się wykonać tej samej operacji dwiema różnymi metodami).

[115] Z jednej strony byłoby w zasadzie dobrze, gdyby pacjenci w grupie kontrolnej otrzymywali leczenie standardowe (czy też „najlepsze dostępne", jakie jest stosowane rutynowo). Z drugiej strony zastosowanie placebo w badaniach naukowych nie jest fanaberią, lecz dobrze uzasadnioną potrzebą; Z. Szawarski, *Placebo i sztuka badań naukowych*, [w:] tenże, *Mądrość i sztuka leczenia*, Gdańsk 2005, s. 104–123. Zob. też wytyczne CIOMS (*International Ethical Guidelines for Health-related Research*…, wytyczna nr 5, s. 15–19).

[116] Ustawa zezwala zorganizować grupę kontrolną z placebo, zatem zaniechać leczenia i zarazem je pozorować. *A fortiori* na tych samych zasadach wolno zaniechać leczenia bez dopuszczania się „oszustwa" wobec uczestników.

są wziąć udział w badaniu jako źródło danych porównawczych[117]. Jeżeli „wycofanie lub wstrzymanie" leczenia nie wynika z protokołu badania ani decyzji badacza, lecz jest własną, autonomiczną decyzją pacjenta, nie ma powodu, aby taką praktykę kwestionować.

(XIII) Ubezpieczenie. Artykuł 23c ust. 1 wymaga, by przed podjęciem eksperymentu zawrzeć ubezpieczenie na rzecz uczestnika oraz „osoby, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć". Tak samo jak w kontekście przepisów o zgodzie, drugie z tych kryteriów nie ma uchwytnego sposobu interpretacji praktycznej.

Od zawarcia umowy ubezpieczenia można wyjątkowo odstąpić „w przypadkach niecierpiących zwłoki i ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia uczestnika eksperymentu leczniczego" (art. 23c ust. 2). Z jakichś powodów użyto tu przesłanki skopiowanej ze „starego" art. 25 ust. 8 u.z.l.[118] Dla jej spełnienia nie wystarcza, że do grupy badanej włącza się uczestnika w trybie „alarmowym" (przypadek niecierpiący zwłoki)[119]; musi on być do tego **bezpośrednio zagrożony śmiercią**, której eksperymentalna interwencja mogłaby zapobiec. W każdym innym przypadku (np. jeśli grozi mu „tylko" ciężkie kalectwo) należy z jego udziałem zaczekać do zawarcia umowy ubezpieczenia (!). Rozwiązanie to jest zupełnie nietrafione[120]. Nie da się ono pogodzić z aksjologicznymi założeniami prawa[121] i wprowadza w treść ustawy poważną niespójność: nie

[117] Może chodzić np. o pacjentów chorych przewlekle, którzy uznali zarówno rutynowe, jak i innowacyjne leczenie za niewarte zachodu i pozostawili swoją chorobę jej „naturalnemu" biegowi.

[118] Chodzi o omówiony wyżej eksperyment bez zgody uczestnika i bez zezwolenia sądowego, poprzednio określony w art. 25 ust. 8, a obecnie w art 25a. Wymaga to zaznaczenia, bo nowelizacja u.z.l. tak beztrosko przetasowała przepisy, że w poszczególnych jednostkach redakcyjnych znalazła się zupełnie inna materia regulacji niż poprzednio.

[119] Obejmuje to nie tylko przypadki, gdy uczestnik jest nieprzytomny lub z innych powodów niezdolny do wyrażenia zgody.

[120] Prawdopodobnie nie było ono zamierzone przez projektodawców; w *Raporcie z konsultacji* znajduje się bardzo słuszna uwaga, że „w wypadku eksperymentu leczniczego, wykonywanego dla pilnego ratowania życia **i zdrowia** probanta może nie być możliwości zawarcia takiej umowy" (s. 11).

[121] Poświęca się tu realną korzyść zdrowotną, której pacjent mógłby oczekiwać z eksperymentu, dla ochrony jego domniemanych interesów majątkowych. Ochrona jest zresztą iluzoryczna, bo jeśli

po to art. 25a możliwość eksperymentów na pacjentach niekompetentnych jednoznacznie **rozszerzył na wszystkie przypadki „niecierpiące zwłoki"** (a więc nie tylko te, gdy zwłoka grozi kandydatowi bezpośrednio śmiercią), żeby art. 23c odebrał temu sens praktyczny poprzez ustanowienie warunku: w stanach naglących wolno oczywiście prowadzić eksperymenty lecznicze, jednak zawsze najpierw ubezpieczenie! – no chyba, że komuś grozi śmierć.

Obowiązek ubezpieczenia nie rozciąga się na dawcę próbki biologicznej, który nie jest uczestnikiem eksperymentu (ani też „osobą, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć"). Choć zamiary autorów nowelizacji ewidentnie były inne[122], egzekwowanie ubezpieczeń w tej grupie przypadków nie ma obecnie podstawy prawnej. Niemniej należy zadać pytanie, od jakiego rodzaju nieszczęść osoby te miałyby w ogóle być ubezpieczane. Można bowiem raz jeszcze przypomnieć, że samo badanie materiału biologicznego nie wystawia dawców na żadne ryzyko zdrowotne; może ono zaistnieć w związku z pobraniem, choć tylko niekiedy, i w tym zakresie objęcie dawcy umowną ochroną ubezpieczeniową ma pewien sens praktyczny. Trudno natomiast powiedzieć, czy i jakie szkody lub krzywdy pozazdrowotne mają podlegać obowiązkowemu ubezpieczeniu[123].

(XIV) Co do **funkcjonowania komisji bioetycznych** zmiany są obszerne i nie da się ich omówić w ramach tego artykułu. Należy jednak wspomnieć o art. 29 ust. 3, zgodnie z którym poza eksperymentami medycznymi

---

podczas zwłoki wywołanej procedurami ubezpieczeniowymi kandydat dozna szkody, prawdopodobnie przestanie też spełniać przesłanki włączenia do eksperymentu, nie będzie jego uczestnikiem, a ewentualnych strat nikt mu nie pokryje.

[122] *Raport z konsultacji*, s. 21, 30.

[123] Projektodawcy sądzą, że zawarcie umowy ubezpieczenia może uchronić badacza przed roszczeniami dawcy materiału biologicznego z tytułu „np. wykorzystania tego materiału do celów innych niż dawca się zgadzał, udostępnienia danych poufnych itp." (*Raport z konsultacji*, s. 30). Jest to chyba nieporozumienie, bo byłyby to przykłady **umyślnych i bezprawnych, czy wręcz przestępnych działań badacza na szkodę dawcy**, których ubezpieczenie nie obejmie.
Można ogólnie zgodzić się, że „ustalenie ryzyk jest zadaniem stron umowy" (*Raport z konsultacji*, s. 21). Niemniej ustawa w ogóle nie określa granic obowiązku ubezpieczeniowego – ani pod względem treści (jakich ryzyk on dotyczy), ani granic czasowych (do kiedy ubezpieczenie ma trwać).

komisje bioetyczne „wydają także opinie dotyczące badań naukowych, jeżeli inne ustawy tak stanowią, w zakresie określonym w tych ustawach". Przepis jest *superfluum*, niemniej potwierdza, że zakres kompetencji komisji bioetycznych jest wyłącznie taki, jak wynika z prawa pozytywnego. Jeśli pewien typ badań nie został temu reżimowi wyraźnie poddany, komisje nie są umocowane do merytorycznego opiniowania projektów i powinny stwierdzać swoją niewłaściwość, a wniosek pozostawiać bez rozpoznania[124].

Legitymowane do uczestnictwa w komisjach są teraz wyłącznie osoby mające „wysoki autorytet moralny, wysokie kwalifikacje specjalistyczne oraz znaczące doświadczenie w sprawach z zakresu eksperymentów medycznych" (art. 29 ust. 4 zd. 1). Wszystkie te warunki ma spełniać każdy ich członek, co *prima facie* eliminuje ze składu komisji bioetycznych każdego, kto nie jest badaczem – „doświadczalnikiem" o odpowiednio długiej praktyce[125].

(XV) Przepisy karne ustawy lekarskiej wzbogaciły się o nowe typy czynów karalnych (art. 58 ust. 4–7 u.z.l.). Są nimi: przeprowadzenie eksperymentu medycznego bez wymaganej zgody lub zezwolenia sądowego (ust. 4), przeprowadzenie go wbrew zakazom i ograniczeniom z art. 23a lub art. 23b u.z.l. (ust. 5), ujawnienie albo wykorzystanie przez członka komisji bioetycznej informacji uzyskanych w związku z pełnieniem tej funkcji wbrew przyjętemu na siebie zobowiązaniu (ust. 6) oraz przeprowadzenie eksperymentu medycznego bez pozytywnej opinii komisji bioetycznej, wbrew warunkom tej opinii lub bez zawarcia wymaganej umowy ubezpieczenia (ust. 7). Trzy pierwsze są typami przestępstwa, czwarty – wykroczenia.

---

[124] P. Konieczniak, [w:] *System*… t. II cz. 2 (Wolters Kluwer), s. 112.

[125] Sądząc z *Raportu z konsultacji* (s. 2), taka właśnie intencja stała za nowelizacją („przepis ma na celu włączenie do składu komisji osoby, które zajmują się eksperymentami medycznymi. Tylko takie osoby mogą bowiem dokonać poprawnej, profesjonalnej oceny projektu badawczego. Samo doświadczenie w zakresie etyki badań naukowych nie jest wystarczające"). Tym samym powinni zniknąć z komisji bioetycznych prawnicy, etycy czy np. teologowie moralni. Równocześnie jednak projektodawcy wierzą, że w takim lekarsko-przyrodniczym składzie komisje będą zdolne „weryfikować wymóg etyczności badań" (tamże, s. 10, 23).

Bez szczegółowej analizy można poczynić kilka uwag na temat ich znamion. W ust. 4, 5 i 7 mowa generalnie o „przeprowadzeniu eksperymentu medycznego", co jednak nie znaczy, że będą one mieć zastosowanie do wszystkich badań, które ustawa nazywa eksperymentami. Na przykład art. 58 ust. 5 odsyła do art. 23a, ten zaś zawiera ograniczenia odnoszące się tylko do prawdziwych eksperymentów klinicznych (bo tylko one mogą być „lecznicze" albo „badawcze"). Badanie „próbkowe" takich znamion wypełnić nie może. Nie da się też do tej grupy przypadków odnosić znamienia uczestnika, obecnego w art. 23b i w art. 23c, do których przepisy karne odsyłają[126]. Jest natomiast możliwe zakwalifikowanie badania „próbkowego" jako prowadzonego bez wymaganej zgody (ust. 4), ponieważ dawca materiału pozostaje uprawniony do wyrażenia zgody na pobranie na ogólnych zasadach prawa medycznego i cywilnego.

Ogólnie biorąc, należy oczekiwać kłopotów, gdy niedookreślone, rozmyte lub ocenne kryteria prawnomedyczne zaczynają stanowić znamiona typów czynów zabronionych. Przykładem są przesłanki „tej samej grupy wiekowej", „istotnego rozszerzenia wiedzy", „bezpośredniego znaczenia korzyści" i „porównywalnej efektywności" (art. 23a ust. 2), które nie tylko określają granice dopuszczalności eksperymentu, ale i należą do znamion przestępstwa z art. 58 ust. 5. Podobne trudności sprawiać może warunek „zależności hierarchicznej ograniczającej swobodę dobrowolnego wyrażania zgody" (art. 23a ust. 1)[127], rozgraniczenie zabronionych i karalnych „zachęt lub gratyfikacji" od prawnie neutralnej „rekompensaty poniesio-

[126] Zakładam, że dawca próbki nie jest uczestnikiem eksperymentu (zob. punkt V), nawet jeśli oznacza to lukę aksjologiczną w ustawie. Wniosek przeciwny wymagałby wykładni rozszerzającej, która w prawie karnym (a o nim tu mowa) jest nie do zaakceptowania.

[127] Może się np. pojawić pytanie, czy stanowi przestępstwo dopuszczenie do udziału w eksperymencie badawczym osoby należącej do jakiejkolwiek „grupy zawodowej lub społecznej o zhierarchizowanej strukturze", co obejmuje np. studentów medycyny, stomatologii, farmacji lub pielęgniarstwa, niższy personel szpitalny, laboratoryjny lub pracowników przemysłu farmaceutycznego (M. Czarkowski, J. Różyńska, *Świadoma zgoda na udział w eksperymencie medycznym. Poradnik dla badacza*, Warszawa 2008, s. 53). Skądinąd osoby takie rzeczywiście mogą być uważane za podatne na krzywdę (*vulnerable*) jako bardziej od innych wystawione na naciski sytuacyjne, co według wytycznych CIOMS (*International Ethical Guidelines for Health-related Research*…, wytyczna nr 15, s. 58) nie stanowi podstawy do

nych kosztów" (art. 23b ust. 1) oraz wspomniane już, z gruntu niejasne pojęcia „osoby, na której eksperyment medyczny jest bezpośrednio przeprowadzany" oraz „osoby, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć". Ujęcie tych przesłanek jest odległe od wymagań stawianych przez zasadę określoności prawa karnego, a ich przyszły zakres zastosowania – mało przewidywalny, więc planowanie i prowadzenie badania eksperymentalnego zaczyna przypominać przejście przez pole minowe.

(XVI) Zamiast podsumowania: artykuł ten stanowi krytyczny przegląd poszczególnych rozwiązań zawartych w noweli i nie prowadzi do jednej, prostej konkluzji (poza tą oczywistą, że przepisy te jako całość wydają się złe). Część z wymienionych wad i niedociągnięć ma źródło w założeniu, że model regulacyjny dla wszystkich badań naukowych z udziałem ludzi może i powinien być identyczny lub bardzo podobny. Jest ono może wygodne z punktu widzenia techniki legislacyjnej, ale merytorycznie wątpliwe, ponieważ badania z udziałem ludzi nie stanowią jednolitej materii regulacji i poszczególne ich typy poważnie różnią się między sobą – dotyczy to zwłaszcza badań „próbkowych", które z eksperymentami klinicznymi mają *de facto* bardzo niewiele wspólnego. Sytuacja dawcy próbki, w tym charakter szkód lub krzywd, których mógłby on ewentualnie doznać, wykazuje raczej analogie z „normalnym" pacjentem, poddającym się diagnostyce laboratoryjnej: obaj jednakowo mogą wystawiać się na ryzyko infekcyjne, może się zdarzyć, że z ich danymi wrażliwymi zapoznają się osoby niepowołane itp. Nie jest więc bynajmniej oczywiste, że w kontekście badań „próbkowych" niezbędna jest szczególna ochrona dawcy, przekraczająca zwykły standard wynikający z ustawy o prawach pacjenta.

Znowelizowane przepisy rozdziału 4 u.z.l. w niektórych punktach budzą wątpliwości co do konstytucyjności. Po pierwsze, niektóre z ograniczeń nałożonych na prowadzenie badań naukowych wydają się w ogóle pozbawione racjonalnego uzasadnienia; jeśli tak, są one ograniczeniami nieproporcjonalnymi. Po drugie, jak wyżej wspomniano, niektóre

ustanawiania zakazu badań z udziałem takich osób, lecz do zapewnienia w takim badaniu szczególnych instrumentów ochronnych (tamże, s. 59).

ustawowe przesłanki dopuszczalności eksperymentu medycznego stały się obecnie znamionami czynów karalnych, ale ich językowe ujęcie nie odpowiada wymaganiu określoności przestępstwa (wzgl. wykroczenia). Zagadnienia tego nie da się jednak należycie rozwinąć w ramach niniejszego artykułu.

Bibliografia

R. Beaglehole, R. Bonita, T. Kjellström, *Podstawy epidemiologii*, Łódź 1996.

M. Boratyńska, P. Konieczniak [red.], *System prawa medycznego*, t. II, *Regulacja prawna czynności medycznych*, Warszawa 2019 (Wolters Kluwer).

L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska [red.], *System prawa medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018 (C.H. Beck).

M. Czarkowski, J. Różyńska, *Świadoma zgoda na udział w eksperymencie medycznym. Poradnik dla badacza*, Warszawa 2008.

O. Dryla, *Dwugłos w sprawie dopuszczalności badań naukowych z wykorzystaniem ludzkiego materiału biologicznego. Problemy prawne z perspektywy etycznej*, „Forum Prawnicze" 3/2020.

M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000.

M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004.

T. Gardocka, *Czy zwłoki ludzkie są rzeczą i co z tego wynika*, [w:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkut, Wrocław 2015.

D.A. Grimes, K.F. Schulz, *An overview of clinical research: the lay of the land*, „The Lancet", Vol 359, January 5, 2002.

J. Haberko, *Dwugłos w sprawie dopuszczalności badań naukowych z wykorzystaniem ludzkiego materiału biologicznego. Perspektywa prawna*, „Forum Prawnicze" 2/2020.

J. Haberko, *Prawnomedyczne relacje rodzice–dziecko–państwo*, [w:] *Dziecko-rodzice-państwo w kontekście świadczeń zdrowotnych edukacyjnych i przemocy domowej*, red. M. Łączkowska-Porawska, Warszawa 2020.

W. Jędrychowski, *Epidemiologia. Wprowadzenie i metody*, Warszawa 1986.

R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009.

P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013.

D. Krekora-Zając, *Ludzka próbka biologiczna wykorzystywana dla celów naukowych jako przedmiot prawa cywilnego*, „Studia Prawnicze" 3/2015.

R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2017.

R. Kubiak, *Warunki prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych – wątpliwości dotyczące regulacji w świetle konwencji biomedycznej*, [w:] *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej. Wybrane problemy bioprawa*, red. O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Gdańsk 2015.

A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998.

M. Nesterowicz, K. Śliwka, *Pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów do celów naukowych – problem prawny i medyczny*, „Prawo i Medycyna" 4/2009.

J. Pawlikowski [red.], *Ciało w badaniach naukowych i praktyce medycznej aspekty filozoficzne, prawne i społeczne*, Warszawa 2020.

Ł.B. Pilarz, *Status prawny materiału sekcyjnego pobranego podczas badań autopsyjnych*, [w:] *Przegląd badań z zakresu kryminalistyki i medycyny sądowej*, red. B.A. Nowak, M. Maciąg, Lublin 2017.

J. Różyńska, *Eksperyment leczniczy – dwa w jednym?*, „Prawo i Medycyna" 4/2016.

A. Rzepliński, *Badania naukowe w zakresie biomedycyny w świetle standardów europejskich*, [w:] *Zastosowanie biologii w medycynie a godność osoby ludzkiej. Aspekty etyczne i prawne*, red. T. Mazurczak, Warszawa 2006.

J. Sawicki, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966.

Z. Szawarski, *Placebo i sztuka badań naukowych*, [w:] tenże, *Mądrość i sztuka leczenia*, Gdańsk 2005.

A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004.

E. Zielińska [red.], *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014.

Summary

The subject of the arcticle are the changes in the Act of Dec. 5th 1996 on physicians and dentists professions, made by the amendment thereof in July 2020, in the part concerning medical experimentation (Chapter 4 of the Act). The following matters have been discussed and subject to critical scrutiny: extending the scope of the law to include testing of biological samples taken from humans for scientific purposes (including any research outside of biology and medicine), a new legal definition of an experiment participant, formal and factual competences required from the person in charge for an experiment, limitations and prohibitions concerning participation of certain categories of people, the scope of proper information for the participant, the consent of the participant, the exceptional possibility of undertaking an experiment in urgent situations without any consent, i.e. own (participant's), substitute or court consent (Article 25a), prohibition of remunerating participants (but with exceptions), exclusion from experiments of persons being in a „forced" situation (i.e. whose freedom of consent is actually restricted), the rules for treating people in control groups, admissibility of using a placebo in such groups, the obligation to insure participants, the functioning of bioethical committees and finally – new criminal regulations. As for the conclusions: the new provisions appear very imperfect (to say it the moderate way) – they are mostly ill-considered, they lack good rational justification, are technically poorly formulated and potentially harmful for scientific research.

Wojciech Rożdżeński

Wykorzystanie instytucji kurateli dla osoby niepełnosprawnej dla realizowania czynności właściwych pełnomocnictwu zdrowotnemu

Wprowadzenie

Potrzeby modyfikującego adaptowania istniejących instytucji prawnych są zazwyczaj podyktowane praktyką oraz legislacyjnymi niemożliwościami unormowania zagadnień stanowiących ewidentne luki w prawie – gdy w ustawodawstwie następuje pat i nie zanosi się na zmiany, a jednocześnie rzeczywistość wymaga pilnego i użytecznego praktycznie rozstrzygnięcia dylematów. Tworzy się wtedy rozwiązania prowizoryczne, będące właściwie protezami potrzebnych regulacji, które bywa, że trwają i przez półwiecze (czego dobitny i bolesny przykład stanowi urzędowa zmiana płci w uzgodnieniu z płcią odczuwaną), ale ułatwiają funkcjonowanie prawne.

Małgorzata Szeroczyńska podaje bardzo prozaiczny przykład takiej potrzeby: pacjenci w stanie trwałej niemocy i utraty kompetencji decyzyjnych, przebywający w szpitalach, zakładach opiekuńczo-leczniczych i hospicjach, a wymagający ciągłej opieki medycznej, na którą składają się setki drobnych czynności potrzebnych, celowych, ale niewiążących się z poważnym zagrożeniem zdrowia i życia. *De lege lata* na każdą z tych czynności potrzebna jest osobna zgoda sądu opiekuńczego, chyba że pacjent jest niesamodzielny prawnie i ma ustanowionego przedstawiciela ustawowego[1].

[1] M. Szeroczyńska, *Dopuszczalność uprzednich oświadczeń pacjenta i pełnomocnictwa medycznego de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Dylematy medyczne i prawne. Intensywna terapia bezpieczna dla lekarza i pacjenta*, red. A. Kubler, I. Chęciński, Wrocławskie Wydawnictwo Naukowe Atla 2, 2013.

„Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co?" – brzmi tytuł opracowania zbiorowego, w którym m.in. została zakwestionowana sama instytucja ubezwłasnowolnienia całkowitego i padły propozycje zastąpienia jej systemem asystencyjnym[2]. Propozycja jest kontrowersyjna, gdy chodzi o osoby w stanie trwałej utraty świadomości lub z niepełnosprawnością intelektualną w stopniu ciężkim lub głębokim, wskutek której ich rozwój intelektualny odpowiada poziomowi dwuletniego dziecka – choć znajduje oparcie w coraz szerzej przyjmowanych stanowiskach, zgodnie z którymi ubezwłasnowolnienie stanowi naruszenie godności człowieka[3]. Ubezwłasnowolnienie wymaga przejścia przez żmudną i długotrwałą procedurę, a przy tym – znalezienia odpowiedniego kandydata na opiekuna albo kuratora. Tymczasem, jak pokazuje życie, w pewnych sytuacjach potrzebny jest także szybki i pewny sposób powołania godnego zaufania zastępcy, a przemyślana wola osoby zainteresowanej daje po temu najlepszą gwarancję.

Projekt zmiany ustawy o prawach pacjenta, zawierający instytucję pełnomocnictwa zdrowotnego, nie został przyjęty[4], a analogia do pełnomocnictwa cywilnoprawnego jest nieuprawniona i niedopuszczalna. Wprawdzie Sąd Najwyższy zezwolił co do zasady na takie pełnomocnictwo udzielane przez rodzica w sprawie wykonywania fragmentu pieczy rodzicielskiej, ale rozstrzygnięcie jest jednostkowe, problematyczne systemowo i o raczej wąskim zakresie zastosowania[5]. Warto zwrócić również uwagę na projekt nowelizacji KRiO, przygotowany przez działającą

---

[2] K. Kędziora (red.), *Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co?: prawne formy wsparcia osób z niepełnosprawnością intelektualną*, Warszawa 2012.

[3] Np. M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie w prawie polskim a wybrane standardy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne", 2014, t. 17, s. 7–48; K.B. Glen, *Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity Guardianship, and Beyond*, „Columbia Human Rights Law Review", 2012, t. 44, nr 1, s. 93–170; R. Dinerstein, E.G. Grewal, J. Martinis, *Emerging International Trends and Practice in Guardianship Law for People with Disabilities*, „ILSA Journal of International and Comparative Law", 2015, t. 22, nr 2, s. 435–460.

[4] P. Andruszkiewicz et al., *Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw*, 2013, https://hospicjum.waw.pl/pliki/Artykul/1364_projekt-ustawy-o-zmianie--ustawy-o-prawach-pacjenta-i-rzeczniku-praw-pacjenta.pdf.

[5] *Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 13.V.2015 r. III CZP 19/15*, Legalis.

przy Krajowej Radzie Notarialnej Fundację na rzecz Bezpiecznego Obrotu Prawnego, wprowadzający instytucję przedstawicielstwa opiekuńczego[6], a także projekt pełnomocnictwa opiekuńczego, opracowany przez zespół problemowy do sprawy zdolności do czynności prawnych osób niepełnosprawnych psychicznie przy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego[7]. Żaden z projektów nie otrzymał jednak dalszego biegu. Celowość i przydatność praktyczna podobnych pełnomocnictw jest przy tym niewątpliwa, ale z powodu wszystkich podnoszonych słusznych zastrzeżeń materia ta wymaga odrębnej, przemyślanej oraz jednoznacznej regulacji.

Z kolei projekty unormowania deklaracji antycypacyjnych upadły w atmosferze niezgody. Jedno słynne orzeczenie w tej sprawie wydał SN w 2005 r.[8], ale pojawiły się też inne, sądów niższych instancji. Omówił je Robert Karcz, cytując fragmenty protokołów sądowych. Wynika z nich, że wątpliwości wcale nie zostały rozwiane[9]. Co więcej, skoro osoby będące świadkami Jehowy, zachowujące świadomość, wciąż napotykają tak liczne trudności w egzekwowaniu poszanowania ich woli[10], to problem wydaje się jeszcze poważniejszy w przypadku osób, które utraciły świadomość. W Polsce dyskusja bioetyczna na temat tego rodzaju wiążących prawnie oświadczeń co jakiś czas odżywa, ale nie przynosi żadnych miarodajnych rozwiązań[11].

---

[6] Obecnie projekt można znaleźć tu: *Pismo Krajowej Rady Notarialnej do Rzecznika Praw Obywatelskich*, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%C5%BC%20Krajowej%20Rady%20Notarialnej%2012.03.2019.pdf [dostęp: 12.03.2019].

[7] P. Machnikowski, *Pełnomocnictwo opiekuńcze w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w latach 2012–2015*, „Rejent" 5/2016.

[8] *Postanowienie Sądu Najwyższego z 27.X.2005 r., III CK 155/05*, „OSNC" 7–8/2006, poz. 137.

[9] R. Karcz, *Obrona pacjenta przed niechcianą transfuzją w praktyce sądowej*, „PiM" 4/2007; R. Karcz, *Zgoda pacjenta na zastosowanie metody leczenia; status procesowy zakładu opieki zdrowotnej w postępowaniu sądowym z urzędu. Glosa do postanowienia s.okręg. z dnia 23.I.2008 r., VI Ca 582/07*, „Państwo i Prawo" 11/2008.

[10] Aktualnie: *Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 2.VII.2020 r. VII SA/Wa 692/20*, b.d. Lex.

[11] M. Boratyńska, J. Malczewski, *Deklaracje pro futuro*, [w:] *System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, t. II, cz. 2, Warszawa 2019 (Wolters Kluwer) i tam podany wykaz literatury.

Tymczasem w innych krajach obowiązują ustawy, na mocy których wolno nie tylko udzielać pełnomocnictw medycznych, sporządzać wiążące dyrektywy pro futuro, ale także powoływać *personne de confiance* dla strzeżenia własnych interesów zdrowotnych na wypadek utraty świadomości. Polscy pacjenci mają takie same potrzeby, ale brak im odpowiednich instrumentów prawnych.

Siedem lat temu Maria Boratyńska zarysowo zaproponowała posłużenie się w tym celu kuratelą dla osoby niepełnosprawnej, w połączeniu z pochodzącą od zainteresowanego wyprzedzającą prośbą do sądu w sprawie osoby kandydata[12]. Równolegle, w tym samym roku Dagmara Olczak-Dąbrowska opublikowała rezultaty swoich badań aktowych, z których wynika, że sądy wykorzystują kuratelę z art. 183 k.r.o. w tym duchu, ale wbrew prawu materialnemu. Nadają one bowiem kuratorom pacjentów np. po udarze zdecydowanie nienależne kompetencje decyzyjne właściwe opiekunowi osoby ubezwłasnowolnionej[13].

Inspiracją do napisania tego artykułu były: niewystarczająca regulacja prawa stanowionego, pojedyncze tylko i dyskusyjne orzeczenia w sprawach kluczowych – jak deklaracje antycypacyjne i pełnomocnictwo zdrowotne, a także odnotowana praktyka sądowa, wychodząca naprzeciw potrzebom, ale niezgodna z obowiązującym prawem. Stanowi on dopracowanie propozycji co do sposobu na umocowanie przez pacjenta osoby zaufanej do strzeżenia jego interesów zdrowotnych na wypadek utraty kompetencji decyzyjnej. Jest to wprawdzie sposób prowizoryczny i niedoskonały, ale daje szansę przyjęcia się w praktyce jako szanujący wolę pacjentów. Nie wymaga też dokonywania zmian legislacyjnych, które są wysoce pożądane, ale jak dotąd pozbawione widoków powodzenia. Jednocześnie sposób ten wydaje się możliwy do zaakceptowania przez wszystkich zainteresowanych uczestników obrotu prawnego: oprócz samego pacjenta także przez organy orzekające w trybie opiekuńczym oraz lekarzy i podmioty lecznicze.

---

[12] M. Boratyńska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, „PiM" 1/2014, s. 61–85.

[13] D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne", t. 17 (2014).

Charakter prawny i funkcje kurateli dla osoby niepełnosprawnej – obecny stan prawny

Kuratela dla osoby niepełnosprawnej, ustanawiana na podstawie art. 183 k.r.o., jest rozwiązaniem specyficznym. W przeciwieństwie do kurateli nad osobą częściowo ubezwłasnowolnioną, niezdolną do w pełni autonomicznych działań – czy do kurateli dla osoby niezdolnej do obrony swoich praw, jest ona ustanawiana dla osób, które z uwagi na ograniczoną sprawność fizyczną potrzebują pomocy faktycznej w realizacji swoich praw.

Zasadniczo kuratela dla osoby niepełnosprawnej jest ustanawiana nie tylko z powodu poważnego kalectwa, ale też z uwagi na wszelkie stany organizmu, które znacznie ograniczają możliwość zajmowania się własnymi sprawami, jak np. brak kończyny, paraliż czy obłożna choroba[14].

Na marginesie pragnę zwrócić uwagę, że określenie „osoba niepełnosprawna" jest uważane za przestarzałe i może być odbierane jako obraźliwe, w związku z czym zaleca się unikanie go[15]. Stosowniejszym pojęciem jest określenie „osoba z niepełnosprawnością", które jest też wykorzystywane w aktach prawnych – angielski tytuł Konwencji ONZ z 2006 r. to *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, a więc jest to Konwencja o prawach osób z niepełnosprawnościami, a nie Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, jak obecnie brzmi jej polskie tłumaczenie. Pojęcie „osoba niepełnosprawna" będzie używane w poniższym tekście wyłącznie dlatego, że zostało wykorzystane w art. 183 k.r.o.

Samo pojęcie niepełnosprawności należy rozumieć szeroko, opierając się na Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych[16], usta-

---

[14] J. Gajda, *Art. 183*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, Warszawa 2020, teza 3.

[15] *Appropriate Terms to Use | The National Disability Authority*, http://nda.ie/Publications/Attitudes/Appropriate-Terms-to-Use-about-Disability/ [dostęp: 13.04.2021]; D. Galasiński, *Osoby niepełnosprawne czy z niepełnosprawnością?*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania" 2013, t. 4, nr 9, s. 3–6; *Guidelines for Writing About People With Disabilities | ADA National Network*, https://adata.org/factsheet/ADANN-writing [dostęp: 13.04.2021].

[16] *Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych z dnia 13 grudnia 2006 r.* (Dz.U. z 2012 r., poz. 1169).

wie o rehabilitacji zawodowej i społecznej[17] oraz mającej charakter nienormatywny *Karcie praw osób niepełnosprawnych*[18] (KPON). Stosownie do KPON za osoby niepełnosprawne należy uważać osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym na równych zasadach z innymi osobami[19]. Należy jednak przy tym podkreślić, że niepełnosprawność na gruncie art. 183 k.r.o. **nie obejmuje choroby psychicznej**[20], gdyż ta stanowi przesłankę ubezwłasnowolnienia, a nie ustanowienia kuratora dla osoby niepełnosprawnej[21]. Podstawą ustanowienia takiego kuratora osoby niepełnosprawnej może być natomiast niepełnosprawność psychiczna lub intelektualna, ale tylko jeśli jest tak nieznaczna, że nie uzasadnia ubezwłasnowolnienia[22]. Ocenę niepełnosprawności trzeba również oderwać od „nieporadności życiowej", rozumianej jako brak umiejętności radzenia sobie w życiu[23], niezależnie od obiektywnej i subiektywnej oceny przypadku.

Funkcjonowanie instytucji pełnomocnika zdrowotnego jest wręcz niezbędne w hospicjach, zakładach opiekuńczo-leczniczych (ZOL-ach) czy na oddziałach intensywnej terapii, gdzie konieczne jest udzielanie osobom niekompetentnym znacznej liczby drobnych świadczeń

---

[17] *Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych*, (Dz.U. z 1997 r. Nr 123, poz. 776; t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 573).

[18] G. Matusik, *Art. 183*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz : przepisy wprowadzające KRO*, Warszawa 2017, teza 3; Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej Karta Praw Osób Niepełnosprawnych z dnia 1 sierpnia 1997 r. (M.P. Nr 50, poz. 475).

[19] J. Sadomski, *Art. 183*, [w:] J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, Warszawa 2014, teza 1.

[20] Notabene pojęcie „choroba psychiczna" od dawna już uważane jest za anachroniczne, wciąż jednak figuruje w przepisach polskiego prawa, więc nie może być ignorowane. W nomenklaturze międzynarodowej (chodzi o Międzynarodową Klasyfikacje Chorób ICD) zostało zastąpione terminem „zaburzenie".

[21] Postanowienie SN z 24.V.1995 r., III CRN 22/95, OSNC 9/1995, poz. 134.

[22] K. Gromek, *Art. 183*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020, sekc. 14. G. Matusik, *Art. 183*…, teza 5.

[23] G. Matusik, *Art. 183*…, teza 7.

zdrowotnych. Na zasadach ogólnych w takiej sytuacji konieczne byłoby za każdym razem występowanie do sądu opiekuńczego z wnioskiem o wyrażenie zezwolenia zastępczego, gdyż zgodnie z obowiązującym prawem i potwierdzającym go wyrokiem SN z 4 stycznia 2007 r.[24] świadczenia nawet ratujące życie, ale niebędące przypadkami niecierpiącymi zwłoki, nie są objęte zakresem zwolnienia z obowiązku uzyskania zgody. Zatem świadczenia konieczne, ale wykonywane regularnie, jak np. hemodializy, nie będą zaliczać się do takich przypadków. *De lege lata*, gdy niekompetentny pacjent nie został ubezwłasnowolniony i nie ma przedstawiciela ustawowego, w tego rodzaju decyzjach może zastąpić go tylko sąd, również w tej właściwości nazwany opiekuńczym.

Rygorystyczne egzekwowanie przepisów prowadziłoby do sytuacji, w których sądy byłyby dosłownie przysypane wnioskami o wyrażenie zgody na udzielenie świadczeń osobom nieprzytomnym lub w inny sposób niekompetentnym[25]. Zważywszy, że napływ spraw nie jest aż tak wielki, wolno wnioskować, że codzienne funkcjonowanie podmiotów leczniczych i placówek opiekuńczo-leczniczych z konieczności lub nieświadomie odbywa się z naruszeniem przepisów.

Kolejnym istotnym w praktyce problemem jest kwestia pobierania przez ZOL należnych im części wynagrodzenia pacjentów, na co zwraca uwagę również B. Janiszewska[26]. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, świadczeniobiorca przebywający w zakładzie opiekuńczo-leczniczym, pielęgnacyjno-opiekuńczym lub w zakładzie rehabilitacji leczniczej, udzielającym świadczeń całodobowych, ponosi koszty wyżywienia i zakwaterowania, wynoszące 250% najniższej emerytury, ale nie wyższe niż 70% jego wynagrodzenia. Doręczana w gotówce emerytura lub renta musi być jednak odbierana za pokwitowaniem, co w przypadku osób nieprzytomnych lub niekompetentnych jest niemożliwe. ZOL-e rozwiązują

---

[24] *Wyrok Sądu Najwyższego z 4.I.2007 r. V CSK 396/06*, Biuletyn SN 4/2007.

[25] M. Szeroczyńska, *Dopuszczalność uprzednich oświadczeń pacjenta i pełnomocnictwa medycznego de lege lata i de lege ferenda*…, s. 11.

[26] B. Janiszewska, *Skutki ustanowienia kuratora dla osoby niepełnosprawnej*, „Monitor Prawniczy" 11/2017, s. 3.

ten problem w sposób wręcz skandaliczny – znane są sytuacje, w których opiekunowie biorą pacjenta za bezwładną rękę i tak podpisują wszelkie potrzebne dokumenty[27].

Rozwiązaniem dla takiego stanu rzeczy może być zatem powszechniejsze korzystanie z art. 183 k.r.o., choć można mieć istotne zastrzeżenia co do sposobu funkcjonowania tej instytucji w obecnym stanie prawnym.

Ustanowienie kuratora dla osoby niepełnosprawnej *ex lege* upoważnia go wyłącznie do podejmowania w imieniu kuranda czynności faktycznych. Umocowanie do dokonywania czynności prawnych musi wyraźnie wynikać albo z orzeczenia sądu opiekuńczego[28], albo z odrębnego pełnomocnictwa udzielonego przez kuranda[29].

Powstaje przede wszystkim pytanie, czy ustanowiony na podstawie art. 183 k.r.o. kurator dla osoby niepełnosprawnej jest jej przedstawicielem ustawowym. Wykładnia językowa nie daje tutaj satysfakcjonującej odpowiedzi, gdyż zarówno w art. 183 k.r.o., jak i art. 16 k.c. mowa jest o *potrzebie pomocy*. Należy wszak uznać, że celem kurateli dla osoby niepełnosprawnej jest konieczność udzielenia pomocy tylko ze względu na brak faktycznej możliwości wykonania pewnych czynności, a nie z uwagi na przeszkody natury psychicznej, niepozwalające na podejmowanie racjonalnych działań. Podążając tym tokiem rozumowania, można zatem stwierdzić, że taki kurator, umocowany również do podejmowania czynności prawnych, nie ma za zadanie zastąpienia osoby niepełnosprawnej i przejęcia jej zdolności do czynności prawnych, a wyłącznie udzielanie pomocy w obliczu przeszkód faktycznych[30], co powinno go stawiać w pozycji tylko przekaziciela woli osoby niepełnosprawnej. Uprawnienia kuratora są tutaj w pewnym stopniu zbieżne z kompetencjami pełnomocnika. Podobnie jak pełnomocnik, taki kurator jest powoływany z woli zain-

---

[27] B. Aksamit, *Z chorym na alzheimera można w Polsce zrobić wszystko*, „Duży Format – Gazeta Wyborcza", https://wyborcza.pl/duzyformat/1,127290,17552996,Z_chorym_na_alzheimera_mozna_w_Polsce_zrobic_wszystko.html [dostęp: 11.03.2015].

[28] G. Matusik, *Art. 183*…, teza 21; J. Sadomski, *Art. 183*…, teza 3.

[29] J. Sadomski, *Art. 183*…, teza 3.

[30] D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*, s. 99.

teresowanego (a także na wniosek organizacji pozarządowej, prokuratora lub z urzędu[31]), tyle że zakres jego czynności wyznacza postanowienie wydane przez sąd opiekuńczy po rozpatrzeniu sprawy. Podczas gdy pełnomocnictwo ustaje z chwilą skutecznego odwołania, kuratelę uchyla się na żądanie osoby niepełnosprawnej, dla której była ustanowiona. Jednak mimo jej trwania nie wyłącza ona – podobnie jak pełnomocnictwo – skuteczności osobistych działań osoby reprezentowanej.

Głównym argumentem przemawiającym za interpretacją, w myśl której kurator z art. 183 k.r.o. nie jest przedstawicielem ustawowym, powinno być wyłączenie możliwości ustanowienia kurateli dla osoby niepełnosprawnej w przypadku jej niepełnosprawności umysłowej[32]. Taki pogląd potwierdza również dotychczasowa linia orzecznicza[33] i doktryna[34]. Nawet w razie umocowania kuratora przez sąd do dokonywania czynności prawnych nie staje się on przedstawicielem ustawowym kuranda. Niepełnosprawny zachowuje zatem pełną zdolność do czynności prawnych. W przeciwnym razie dochodziłoby do paradoksalnej sytuacji, w której osoba posiadająca pełną samodzielność prawną miałaby przedstawiciela ustawowego, zdolnego do działania nie w jej imieniu, a za nią i ponad jej głową.

Biorąc pod uwagę powyższe kwestie, należy zwrócić uwagę, że kurator z art. 183 k.r.o. może być zatem dwojako umocowany do działania – z jednej strony jako ustanowiony kurator (ale nie przedstawiciel ustawowy), z drugiej zaś jako pełnomocnik kuranda, w zakresie określonym przez sąd lub w pełnomocnictwie ustanowionym przez osobę, której udziela pomocy. Można zatem argumentować, że kurator osoby niepełnosprawnej będzie z jednej strony umocowany przez władzę sądowniczą

---

[31] B. Janiszewska, *Skutki ustanowienia kuratora dla osoby niepełnosprawnej*…, s. 1–2.

[32] J. Sadomski, *Art. 183*…, teza 2.

[33] Postan. SN z 24.V.1995 r., III CRN 22/95.

[34] J. Gajda, *Art. 183*…, teza 9; K. Gromek, *Art. 183*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, Warszawa 2020, teza 10; H. Haak, A. Haak-Trzuskawska, *Art. 183*, [w:] *Opieka i kuratela: komentarz do art. 145–184 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 516, 518, 520, 573–574, 590–598, 599–602, 604–605)*, Warszawa 2017, s. 4; G. Matusik, *Art. 183*…, teza 13; J. Sadomski, *Art. 183*…, teza 3.

i ten element umocowania jest obligatoryjny, gdyż z niego wynika samo istnienie i istota tej instytucji; natomiast fakultatywnie może też zostać umocowany przez samego kuranda. Zważywszy na brak cech przedstawicielstwa ustawowego, przy jednocześnie elastycznym, asystencyjnym modelu wspierania niepełnosprawnego, można stwierdzić, że kurator z art. 183 KRO stanowi specyficzny rodzaj pełnomocnika, z jednej strony ustanawianego i kontrolowanego przez władzę sądowniczą, z drugiej strony w ramach stosunku prywatnego.

Źródło umocowania wyznacza również zakres kontroli instytucjonalnej, której kurator podlega zgodnie z art. 165 k.r.o. w zw. z art. 175 k.r.o. – w sferze objętej zakresem umocowania przez sąd podlega on kontroli sądowej, natomiast działania wchodzące w zakres pełnomocnictwa są wyłącznie przedmiotem kontroli mocodawcy.

Warto jednak zauważyć, że zgodnie z wyrokowaniem SN stan osłabienia umysłowego spowodowany wiekiem nie jest uznawany za podstawę ubezwłasnowolnienia całkowitego ani częściowego, a właśnie za niepełnosprawność w rozumieniu art. 183 k.r.o.[35] Argumentacja, że osłabienie umysłowe w wyniku starości będzie adekwatną przesłanką ustanowienia kuratora z art. 183 k.r.o., wynika być może z nieporozumienia: przykładowo w opracowaniach z lat 70. stwierdzano, że przyczyną objęcia pomocą przez takiego kuratora może być „niedołęstwo wywołanie upadkiem sił lub starością"[36]. Istotnie, wywołane starością niedołęstwo można by uznać za powód uzasadniający konieczność udzielenia takiej osobie pomocy faktycznej, ale przy jednoczesnym braku przesłanek do ubezwłasnowolnienia. Natomiast teza o osłabieniu umysłowym jako podstawie dopuszczalności ustanowienia kuratora z art. 183 k.r.o. jest moim zdaniem wysoce kontrowersyjna, gdyż prowadzi do swego rodzaju dwupodziału w pojmowaniu kompetencji, a nawet szerzej – zdolności do czynności prawnych w ogóle[37].

---

[35] Postan. SN z 8.XII.2016 r., III CZ 54/16, Legalis, s. 16.

[36] J. Ignatowicz, [w:] J. Ignatowicz, K. Piasecki, J. Pietrzykowski i J. Winiarz, *Kodeks rodzinny*…, s. 724–725; A. Józefowicz, *Kuratela ustanawiana dla osób ułomnych*, „Nowe Prawo" 7–8 /1975, s. 982.

[37] Zgodnie z tym tokiem rozumowania osoby o ograniczonych zdolnościach poznawczych i w podeszłym wieku powinny zostać objęte kuratelą dla osoby niepełnosprawnej, natomiast osoby o takich

Przy kwalifikacji „osłabienia umysłowego" spowodowanego podeszłym wiekiem jako podstawy do przydzielenia kuratora w trybie art. 183 k.r.o., niektóre osoby o ograniczonej autonomii działania, niezdolne do pełnego zrozumienia podejmowanych czynności, potrzebujące objęcia kuratelą jak dla osoby częściowo ubezwłasnowolnionej, zachowują pełną zdolność do czynności prawnych. Ustanowiony zaś dla nich kurator nie jest przedstawicielem ustawowym, więc nie może należycie chronić ich interesów. Zatem zależnie od przyczyn ograniczenia zdolności intelektualnych danej osoby, a w efekcie osłabienia jej kompetencji materialnej, wolno byłoby uznawać, że osoba taka kwalifikuje się bądź do ubezwłasnowolnienia częściowego, bądź – zachowując pełną zdolność do czynności prawnych – potrzebuje tylko zastępcy faktycznego. Wprawdzie poziomy niepełnosprawności intelektualnej uzasadniające ubezwłasnowolnienie częściowe mogą być nasilone w różnym stopniu – od lekkiej po głęboką – jednak jej stopień, uzasadniający przydzielenie kuratora tylko pomocniczego powinien być na tyle niewielki, żeby wyraźnie wykluczał ograniczenie zdolności do czynności prawnych.

Wyżej opisane nieporozumienia w judykaturze pokazują natomiast potrzebę trzeciego rozwiązania: instytucjonalnego wspomagania, aktywnego wspierania autonomii decyzyjnej, ale można powiedzieć, że w łagodnej wersji, czyli bez ograniczania zdolności do czynności prawnych, a za to z kompetencjami określonymi dokładniej i w sposób budzący mniejsze wątpliwości niż na gruncie art. 183 k.r.o.

Uznanie wywiedzionego z obowiązującej regulacji oczywistego wniosku, że kurator z art. 183 k.r.o. ma za zadanie wspomagać, nie zaś zastępować niepełnosprawnego w podejmowanych decyzjach, pozwala stwierdzić, że będzie on w pewnym sensie realizować model opieki asystencyjnej, a nie substytucyjnej[38], i tak też instytucja ta powinna być interpretowana. W związku z powyższym określanie mianem kuratora

samych zdolnościach, ale młodsze, powinny zostać objęte standardową kuratelą lub opieką. W efekcie osoby o tak samo ograniczonych możliwościach kierowania swoim postępowaniem miałyby pełną lub ograniczoną zdolność do czynności prawnych, a decydującym kryterium byłby tu wiek.

[38] M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie w prawie polskim a wybrane standardy*…, s. 11.

osoby mającej wyłącznie wspierać niepełnosprawnego czynnościami faktycznymi – a nie decyzyjnymi, wydaje się niefortunne, gdyż sugeruje (nieuzasadniony) wniosek o ograniczeniu w zdolności do czynności prawnych podopiecznego, które przecież nie zostało wprowadzone.

Asystencyjny model opieki, znajdujący oparcie w art. 12 KPON i rekomendowany przez Radę Europy[39], jest przeciwieństwem modelu substytucyjnego[40], zakładającego pozbawienie osoby zdolności decydowania o swojej sytuacji prawnej i prowadzącego w efekcie do stygmatyzacji. Rekomendacja CM/Rec(2009)11 Komitetu Ministrów RE postuluje promowanie samostanowienia kompetentnych dorosłych poprzez trwałe pełnomocnictwo lub dyrektywy antycypowane na wypadek przyszłej utraty kompetencji oraz żeby takie rozwiązania miały pierwszeństwo przed uregulowaniami o charakterze ochronnym[41]. Takie rozwiązania były już proponowane przez doktrynę, ale nie weszły w życie[42]. Kurator z art. 183 k.r.o. mógłby pełnić funkcję szczególnego asystenta – pełnomocnika podlegającego nadzorowi sądowemu, i w tej roli stanowić o przynajmniej częściowym wprowadzeniu ww. rekomendacji. Biorąc pod uwagę potencjalny zamiar ustawodawcy w przyznaniu kuratorowi możliwie szerokiego zakresu kompetencji, nie należy się dziwić lakoniczności regulacji zawartej w przepisie art. 183 k.r.o.

Tymczasem przeprowadzone przez Dagmarę Olczak-Dąbrowską badania aktowe wykazały zupełnie niewłaściwe stosowanie art. 183 k.r.o. w praktyce sądowej. Niepełnosprawność fizyczna oraz osłabienie zdolności poznawczych wynikające z wieku, będące dopuszczalnymi przesłankami

---

[39] Council of Europe, *Recommendation R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults*, 23.02.1999 r.

[40] D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*…, s. 102.

[41] Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2009)11 and explanatory memorandum*, Council of Europe, 2009 r., https://www.coe.int/en/web/cdcj/activities/powers-attorney-advance-directives-incapacity, s. 2: *States should promote self-determination for capable adults in the event of their future incapacity, by means of continuing powers of attorney and advance directives.*
In accordance with the principles of self-determination and subsidiarity, states should consider giving those methods priority over other measures of protection.

[42] P. Machnikowski, *Instytucja opieki nad pełnoletnim w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w latach 2012–2015*, „Państwo i Prawo" 4/2019, s. 10.

zastosowania tego przepisu, występowały tylko w 67,75% spraw[43]. Natomiast w pozostałych 32,25%, a więc 1/3 wszystkich badanych, podstawą orzekania była niepełnosprawność umysłowa (czy to wrodzona, czy to wynikająca z wieku bądź spowodowana chorobą Alzheimera) (!)[44]. Okazuje się więc, że instytucja kurateli dla osoby niepełnosprawnej jest często stosowana niezgodnie z przepisami, zamiast zasadnego w takich okolicznościach ubezwłasnowolnienia całkowitego albo częściowego. Co więcej, także w przypadkach, w których jako podstawę orzekania podawano choroby związane ze starzeniem się, kurandzi byli osobami zupełnie niekompetentnymi: po udarach, w stanach otępiennych i często zupełnie pozbawionymi kontaktu z rzeczywistością. Tak więc odsetek spraw, w których nieprawidłowo zastosowano art. 183 k.r.o., jest jeszcze wyższy, choć na podstawie danych uzyskanych w badaniu niemożliwe jest jego dokładne określenie.

Reprezentacja interesów zdrowotnych pacjenta w sprawach medycznych: kuratela dla osoby niepełnosprawnej a pełnomocnictwo cywilnoprawne

Zgodnie art. 32 ust. 2 UZL, w przypadku konieczności zbadania lub udzielenia świadczeń zdrowotnych osobie niezdolnej do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe – zezwolenie sądu opiekuńczego.

W tym miejscu warto przywołać wzmiankowaną wcześniej uchwałę SN z 13 maja 2015 r.[45] dotyczącą zgody na leczenie udzielanej przez pełnomocnika. Odnosiła się ona do specyficznego stanu faktycznego, w którym zgoda na inwazyjne badanie i ewentualne leczenie osoby

[43] D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*…, s. 104 (2,08% – niepełnosprawność fizyczna + 12,5% – choroby somatyczne + 9,37% – urazy po wypadkach + 43,8% – choroby związane z wiekiem).

[44] Ibid., s. 104.

[45] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 13.V. 2015 r., III CZP 19/15, Legalis.

małoletniej została wyrażona przez pełnomocnika ustanowionego przez ojca. Ojciec udzielił ogólnie sformułowanego pełnomocnictwa swojemu szwagrowi, czyli wujowi dziewczynki, z zawodu radcy prawnemu. W ten sposób znaczną część rodzicielskich kompetencji decyzyjnych przekazał innej osobie. Z powodu niepełnosprawności umysłowej dziecko przebywało na stałe w zakładzie opiekuńczym, a potrzeba zdrowotna wymagała wykonania badań laboratoryjnych i gastroskopii w znieczuleniu ogólnym. Sąd Najwyższy uznał, że takie upoważnienie jest **w zasadzie zgodne z prawem, jednakże tylko wówczas, gdy nie dotyczy zabiegów o podwyższonym ryzyku**. Sąd zajął więc stanowisko, że niedopuszczalne jest udzielenie swego rodzaju pełnomocnictwa ogólnego i wyrażenie zgody na leczenie (małoletniego) na tej podstawie. Rodzic może upoważnić osobę trzecią, by zastąpiła go w decyzjach zdrowotnych dotyczących dziecka, ale te decyzje muszą być określone konkretnie. Zdaniem Sądu pełnomocnictwo szczególne jest więc w tym zakresie dopuszczalne. Orzeczenie spotkało się w doktrynie z szeroką krytyką[46].

Sąd Najwyższy dokonał w nim wykładni systemowej i uznał, że skoro zgoda na leczenie małoletniego jest wyrażana przez przedstawiciela ustawowego, to nie ma charakteru osobistego (który na podstawie art. 95 k.c. wyłączałby dokonanie czynności przez pełnomocnika) – a przez to wolno udzielić do niej pełnomocnictwa. Takie stwierdzenie jest jednak nietrafne przede wszystkim dlatego, że nie uwzględnia systemowej relacji między prawem medycznym a instytucjami prawa cywilnego. Prawo medyczne nie stanowi działu prawa cywilnego; jest gałęzią autonomiczną i ma autonomiczne unormowania. To oznacza zaś, że do

[46] M. Derek, *Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na zabieg medyczny małoletniego: glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 13.V.2015 r., III CZP 19/15*, „Glosa" 1/2019 (178); B. Janiszewska, *O udzielaniu pełnomocnictwa medycznego – uwagi na tle uchwały III CZP 19/15*, „Monitor Prawniczy" 19/2015; B. Janiszewska, *Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego*, „Monitor Prawniczy" 15/2015; A. Kallaus, *Glosa do uchwały SN z 13.V.2015 r., III CZP 19/15*, „PiM" 4/2015; A. Pielak, L. Bosek, *Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15*, „OSP" 6/2018, aprobująco: M. Szeroczyńska, *Orzeczenie: Uchwała Sądu Najwyższego z 13 maja 2015 r. pierwszym krokiem do akceptacji pełnomocnika medycznego w Polsce.*, 29.12.2015, http://www.prawaczlowieka.uw.edu.pl/index.php?orzeczenie=b124524c4b1ade45d1deecbcdef614fadb3ec205-b0 [dostęp: 18.07.2021].

zagadnień prawnych z pogranicza dziedzin, wśród których znajduje się kwestia pełnomocnictwa do decyzji zdrowotnych, nie ma podstaw, by stosować wprost przepisy k.c., które *notabene* w ogóle do tych relacji nie przystają. Jednocześnie trzeba przyznać, że rzeczywiście istnieją znaczne potrzeby praktyczne uzasadniające sens i cel pełnomocnictw zdrowotnych, jak choćby – co zauważył SN – pozostawienie dziecka na dłuższy czas pod faktyczną pieczą osoby trzeciej: babci, ciotki, szkoły z internatem czy opiekunów w ramach wakacyjnej rekreacji. Jednakże podmiotami uprawnionymi do wyrażenia zgody na leczenie są tylko te enumeratywnie wymienione w art. 32 UZL, a więc sam pacjent, jego przedstawiciel ustawowy lub sąd opiekuńczy. Nawet jeśliby wyjściowo uznać, że w pewnym zakresie do udzielenia tej zgody może znaleźć zastosowanie k.c., to właściwe przepisy regulujące zgodę (zezwolenie) zastępczą na leczenie: art. 32 UZL i odpowiadający mu art. 17 UPP mają charakter *leges speciales*. Co więcej: art 15 UPP stanowi, że przepisy rozdziału 5 tej ustawy stosuje się do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych albo odmowy takiej zgody, **jeżeli przepisy odrębnych ustaw nie stanowią inaczej**. Regulacji ogólnej, jaką dla stosunków o charakterze cywilnoprawnym stanowi k.c., nie da się jednak uznać za ustawę odrębną wobec unormowania praw pacjenta ani względem innych ustaw *stricte* medycznych. „Ustawa odrębna" znaczy w tym kontekście to samo co *lex specialis*. „Odrębne" dla ustawy o prawach pacjenta mogą być co najwyżej ustawy przewidujące leczenie przymusowe albo normujące zgodę szczególną: psychiatryczną bądź transplantacyjną.

Pogląd o nieosobistym charakterze zgody na leczenie również należy uznać za nietrafny. Decyzja o zgodzie wymaga dobrej znajomości sytuacji faktycznej osoby, której dotyczy: jej stanu zdrowia, zapatrywań wynikających z indywidualnej kondycji, stopnia rozwoju i rozeznania uwarunkowanego wiekiem (nie każde dziecko jest przecież niepełnosprawne intelektualnie), słowem – oceny dobra osoby niesamodzielnej, rozumianego jako najlepiej pojmowany interes wynikły z bilansu osobistych korzyści i obciążeń, szans na poprawę zdrowia, skutków ubocznych oraz innych czynników. Te zaś mogą okazać się trudno uchwytne dla osoby nie tak blisko z dzieckiem związanej jak rodzic. Dlatego – jeżeli w ogóle – więcej

sensu miałoby dopuszczenie „ogólnego umocowania do decyzji w sprawie zachowania zdrowia" rozumianego jako badania nieinwazyjne i zwykłe czynności zachowawcze (np. uzupełnienia ubytków w zębach, zwykła profilaktyka zdrowotna jak fluoryzacja uzębienia, antybiotykoterapia zapalenia ucha, nastawienie złamania) – ale tylko o ile byłoby połączone z czasowym przekazaniem całej opieki faktycznej[47].

Ponadto akceptacja takiego zapatrywania SN uzasadniałaby moim zdaniem stwierdzenie, że skoro dopuszczalne jest udzielenie pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na leczenie małoletniego, wymagającego wzmożonej ochrony prawnej i prawnie niesamodzielnego, to *a maiori ad minus* dopuszczalne byłoby udzielenie takiego pełnomocnictwa dotyczącego zgody na leczenie przez osobę pełnoletnią, wyposażoną w pełną zdolność do czynności prawnych[48]. Byłoby to jednak sprzeczne z dominującym i niewymagającym pogłębionego uzasadniania poglądem, że zgoda na czynności medyczne, jako dyspozycja dobrami osobistymi o podstawowym znaczeniu, ma również ściśle osobisty charakter[49].

Argumentacja SN pozwala rozróżnić odrębnie oceniane stany faktyczne: zgoda na leczenie małoletniego (albo innej osoby niesamodzielnej decyzyjnie) nie ma charakteru osobistego, ponieważ jest wyrażana przez przedstawiciela ustawowego, zaś zgoda na leczenie osoby pełnoletniej nadal ma ten osobisty charakter. SN zdaje się pomijać – co trafnie dostrzegła B. Janiszewska – że zgoda ma charakter osobisty w obu kategoriach sytuacji, tyle że kompetencja do jej wyrażenia przysługuje innym podmiotom[50].

Tak więc w świetle omówionej uchwały wprawdzie można scedować na inną osobę konkretne decyzje w sprawie zgody na leczenie własnego dziecka, nie oznacza to jednak automatycznie, że to samo wolno

---

[47] M. Boratyńska – niepublikowany przekaz ustny.

[48] Tak też B. Janiszewska, *O udzielaniu pełnomocnictwa medycznego – uwagi na tle uchwały III CZP 19/15*…, s. 2–3.

[49] M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Regulacja prawna czynności medycznych*, [w:] *System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, t. II cz. 1 (Wolters Kluwer), s. 188.

[50] B. Janiszewska, *O udzielaniu pełnomocnictwa medycznego*…, s. 6.

zrobić w sprawie własnej, bo ta druga decyzja z pewnością ma charakter osobisty.

Niezależnie od powyższego, w obecnym stanie prawnym nie istnieją podstawy dla uznania dopuszczalności pełnomocnictwa do udzielania zgody na leczenie w imieniu własnym, choć jak pokazują realia, konieczność taka istnieje i wolno ją uznać za palącą. Problem ilustrują następujące przykłady[51].

Przykład 1

Pacjent wybiera się do szpitala na wysoce obciążające i inwazyjne leczenie kardiologiczne o niepewnym rokowaniu. Spodziewa się dotkliwych skutków ubocznych, w tym poważnej niepełnosprawności, która utrzymywać się będzie przez długi czas, a może nawet będzie trwała. Uprzedzony i szczegółowo poinformowany o możliwych skutkach powodzenia i niepowodzenia leczenia, uświadamia sobie potrzebę ustanowienia osoby, która przypilnuje jego interesów zdrowotnych, gdy on sam będzie długotrwale nieprzytomny albo wprowadzony w stan śpiączki farmakologicznej. Nie na wszystkie czynności medyczne możliwe jest udzielenie wyprzedzającej zgody zbiorczej, nawet z uwzględnieniem zgody wariantowej, bo konkretne potrzeby ich wykonania będą zależeć od rozwoju wydarzeń. Jednocześnie nie każdy z alternatywnych scenariuszy leczenia jest akceptowany przez pacjenta. Pacjent ma określone wyobrażenie swoich potrzeb i pożądanego stanu zdrowia na poszczególnych etapach leczenia oraz po jego ewentualnym pomyślnym zakończeniu i potrafi je sprecyzować. Nie chciałby na przykład być reoperowany i narażony na kolejne cierpienia, gdy szanse powodzenia leczenia będą niewielkie. Nie ma jednak pewności, że jego życzenia zostaną uszanowane. Bliskich krewnych nie ma, nie chce ich martwić albo nie ufa im wystarczająco i woli, by w ogóle nie byli informowani o jego stanie zdrowia.

[51] Przykłady nr 1 i 2 zostały zrekonstruowane na podstawie relacji lekarskich; przykład nr 3 jest historią autentyczną znaną z prasy. Opisami takich przypadków lekarze często wymieniają się podczas sympozjów i konferencji, a uczestników interesuje również ich analiza prawna.

Jest to przykład sytuacji uzasadniającej potrzebę powołania zawczasu osoby upoważnionej do odbioru informacji o pacjencie, do stałego wglądu w dokumentację jego leczenia i do nadzorowania, czy przestrzegane są dyrektywy zawarte w sporządzonej deklaracji antycypacyjnej, w tym nieinformowanie niepowołanych osób formalnie bliskich, w sprawie których pacjent tak zadecydował.

Przykład 2

Pacjentka w wieku ponad 70 lat, ze zdiagnozowaną rzadką chorobą autoimmunologiczną, trafiła w trybie nagłym do szpitala w małej miejscowości z powodu niewydolności krążeniowej. Chora miała ze sobą dokumentację choroby i była wyposażona w przydzielony jej w ramach programu leczenia niewielki respirator z maską[52] (zakładany bez intubowania). Jest to urządzenie nie większe niż żelazko, które dodatkowo prowadzi i rejestruje zapis istotnych dla pacjenta w tym stanie parametrów. W zakładaniu respiratora została wcześniej przeszkolona córka pacjentki, mieszkający razem z nią. Pacjentka trafiła jednak na oddział intensywnej terapii, gdzie osoby postronne nie są wpuszczane.

Przez pierwsze dwa dni chora regularnie telefonowała do rodziny, zdając relację ze swego stanu. Podczas jednej z rozmów córka zorientowała się, że matka opowiada niestworzone historie: pozornie logiczne, ale takie, które w rzeczywistości nie miały miejsca: o rzekomej wycieczce do Włoch, z której właśnie powróciła (podczas gdy od dawna nigdzie nie wyjeżdżała), i o spotkaniu z krewnym, który już od dawna nie żył. Najwyraźniej zatem rzeczywistość mieszała się jej z fikcją, co jest znamienne dla otępienia. Na podstawie uprzednich doświadczeń podobnego rodzaju córka nabrała przekonania, że jest to skutkiem niedotlenienia mózgu, które towarzyszy niewydolności krążeniowej. Po dwóch dniach rozmowy się urwały. Zaniepokojona córka parokrotnie telefonowała do szpitala, ale tam dowiedziała się tylko, że pacjentka śpi, więc personel odmówił podłączenia jej telefonu, żeby nie niepokoić odpoczywającej.

[52] Przykładowo: https://www.hamilton-medical.com/en_US/Products/Accessories-and-Consumables/Patient-interfaces/NIV-masks.html.

Pewnego dnia rodzina przez ponad 24 godziny nie miała kontaktu z chorą. Córka udała się do szpitala, ale do matki jej nie wpuszczono. Zeszła jedynie salowa (!), od której udało się dowiedzieć, że w nocy „pacjentka szalała", a teraz odsypia. Niepokój córki wzrósł, bo takie „szaleństwa" również mogą być wynikiem niedotlenienia. Nie wiedziała, czy aktualnie matka jest przytomna, czy może zapadła w śpiączkę. Raz zdarzyło się to w domu, śpiączka trwała cztery dni, a cała rodzina była przerażona. Respirator został przydzielony po to, żeby w razie potrzeby wywołanej zaburzeniami krążenia wyrównać dotlenienie organizmu. Córka podejrzewa, że w ogóle nie został podłączony.

Status pacjentki – czy jest ona świadoma i kompetentna faktycznie, czy wręcz przeciwnie – pozostaje niejasny. Sen może być zdrowy, ale może też być patologiczny. Personel utrzymuje, że to tylko odsypianie zarwanej nocy, co wcale nie jest oczywiste. Przydatne byłoby zbadanie pod tym kątem według skali Glasgow[53] w celu sprawdzenia, czy jest to sen czy śpiączka. Nie

[53] Skala śpiączki Glasgow (*Glasgow Coma Scale* – GCS) została po raz pierwszy zaprezentowana w 1974 r. w czasopiśmie „The Lancet". Jej autorami byli Bryan Jennet i Graham Teasdale z Departamentu Neurochirurgii szkockiego Uniwersytetu w Glasgow. Skala Glasgow powstała jako narzędzie kliniczne do oceny stanu świadomości chorych po urazach mózgu. Została zaprojektowana przez dwóch neurochirurgów, którzy uznali opracowanie jej za potrzebne w codziennej pracy. Szybko okazała się bardzo funkcjonalna i przydatna w szeroko rozumianej praktyce klinicznej, a jej prostota sprawiła, że stała się jedną z najpowszechniej używanych skal medycznych na świecie. Piętnastopunktowa skala jest praktycznym i powszechnie używanym narzędziem do oceny stopnia zaburzeń; pozwala także na monitorowanie przebiegu klinicznego zaburzeń świadomości. Podkreśla się, że skala Glasgow nie powinna być używana w odosobnieniu i sama w sobie nigdy nie miała służyć za narzędzie „prognostyczne". W sytuacji niemożności oceny danej komponenty nigdy nie należy dawać punktacji minimalnej. Kolejną wskazówką jest każdorazowe wyszczególnianie obok całkowitego wyniku punktacji w poszczególnych kategoriach. Ocenie podlega: otwieranie oczu: 4 punkty – spontaniczne, 3 punkty – na polecenie, 2 punkty – na bodźce bólowe; 1 punkt – pacjent nie otwiera oczu. Kontakt słowny: 5 punktów – odpowiedź logiczna, pacjent zorientowany co do miejsca, czasu i własnej osoby, 4 punkty – odpowiedź splątana, pacjent zdezorientowany, 3 punkty – odpowiedź nieadekwatna, nie na temat lub krzyk, 2 punkty – niezrozumiałe dźwięki, pojękiwanie, 1 punkt – bez reakcji. Reakcja ruchowa: 6 punktów – spełnianie ruchowych poleceń słownych, migowych, 5 punktów – ruchy celowe, pacjent lokalizuje bodziec bólowy, 4 punkty – reakcja obronna na ból, wycofanie, próba usunięcia bodźca bólowego, 3 punkty – patologiczna reakcja zgięciowa, odkorowanie (przywiedzenie ramion, zgięcie w stawach łokciowych i ręki, przeprost w stawach kończyn dolnych), 2 punkty – patologiczna reakcja wyprostna, odmóżdżenie (odwiedzenie i obrót ramion do wewnątrz, wyprost w stawach łokciowych, nawrócenie przedramion i zgięcie stawów ręki, przeprost w stawach kończyn dolnych,

wiadomo, czy respirator jest stosowany i czy w związku z tym prowadzony jest kluczowy dla leczenia zapis odpowiednich parametrów. Córka próbuje instruować personel, żeby matce przede wszystkim wykonano gazometrię krwi[54], zostaje jednak zbyta słowami: „pacjentka ma wszystko, czego jej potrzeba". Dla córki, stale opiekującej się przewlekle chorą matką i znającej objawy pogorszenia się stanu, jest to wysoce wątpliwe. Matka nie telefonuje. Zaalarmowany lekarz prowadzący z programu leczenia choroby autoimmunlogicznej próbował interweniować, ale też nic nie wskórał. Niewielu lekarzy ma wiedzę na temat tej choroby, gdyż jest ona wyjątkowo rzadka.

Jest to jeden z przykładów na zawodność istniejących regulacji prawnych. W prawie medycznym wciąż je napotykamy. Pacjentka jest samodzielna decyzyjnie, więc rodzina nie powinna być nawet informowana o jej stanie, dopóki pozostaje przytomna. Przyjęta w trybie pilnym, nie zdążyła udzielić córce upoważnienia do otrzymywania informacji. Zaburzenia kompetencji następują w sposób nieprzewidziany, zależny od poziomu dotlenienia mózgu: pojawiają się, ustępują, a potem znów się pojawiają. Nie wszystkie pozwalają stwierdzić całkowitą niezdolność rozeznania, zwłaszcza przez osoby obce. Tylko córka wiedziała, że nie było żadnego wyjazdu do Włoch ani spotkania z krewnym. W niewielkim szpitalu personel nie miał wiedzy na temat tej choroby, nie uznano więc za stosowne podłączyć respiratora ani wykonać kluczowych badań. Pacjentka śpi, lecz nie wiadomo kiedy i czy w ogóle się wybudzi. Sąd opiekuńczy władny jest tylko wydawać zezwolenia zastępcze na wykonanie czynności medycznych u pacjenta, który utracił zdolność decyzyjną, nie zaś – nakazywać medykom określone działania.

---

odwrócenie stopy), 1 punkt – bez reakcji. Wynik 3 oznacza chorego w głębokiej śpiączce, który 1) nie otwiera oczu; 2) nie wypowiada słów i 3) nie reaguje na bodźce. R. Larsen, *Anestezjologia* t. 2, red. nauk. wyd. polskiego A. Kübler, Wrocław 2019, s. 1235–1236; *Patofizjologia kliniczna. Podręcznik dla studentów medycyny*, red. B. Zahorska-Markiewicz, E. Małecka-Tendera, Wrocław 2009, s. 461–463; https://neurologia-praktyczna.pl/a1631/Czterdziesci-lat-skali-Glasgow.html [dostęp: 5.04.2021].

[54] Badanie pozwalające na ocenę parametrów określających efektywność wymiany gazowej oraz równowagę kwasowo-zasadową. Ocena taka jest bardzo istotna w chorobach płuc, układu krążenia, nerek i in.

Innymi słowy, nastąpił pat informacyjny i decyzyjny. *De lege lata* – i to stanowi pewne minimum – możliwe byłoby tylko, żeby matka przewidująco i zawczasu upoważniła córkę do uzyskiwania informacji o jej stanie zdrowia i bieżącego wglądu w dokumentację medyczną, ale bez żadnych kompetencji decyzyjnych.

Wolno też – na zasadach ogólnych – upoważnić osobę trzecią do reprezentowania swoich interesów, w tym zdrowotnych. Z praktyki wiadomo, że niektóre pacjentki zgłaszają się do porodu w towarzystwie adwokata, bo tak bardzo obawiają się (stwierdzonego jako nagminne) łamania ich autonomii. Adwokat pełni wówczas funkcję strażnika praw, a wytyczne działania może czerpać ze sporządzonego przez pacjentkę planu porodu: jest to *notabene* jedyny rodzaj deklaracji *pro futuro*, przewidziany *expressis verbis* w obowiązującym prawie (tj. w rozporządzeniu w sprawie standardów opieki porodowej)[55].

Praktyczna potrzeba przemawiałaby jednak za wyposażeniem owego „strażnika" także w pewien zakres kompetencji decyzyjnych. Ponadto zaś – a nawet przede wszystkim – żeby pochodzące od niego informacje o wcześniejszym stanie pacjenta i wymaganiach terapeutycznych właściwych jego przewlekłej chorobie były przez personel medyczny traktowane poważnie i w sposób wiążący.

Strażnik taki jest potrzebny, żeby mógł interweniować na bieżąco, a nie dopiero pośmiertnie. Córka boi się, że matka umrze, zanim ona zdoła wymóc na szpitalu odpowiednią opiekę.

Przykład 3

Andrzej Grzela (personalia autentyczne)[56], lat 50, doznał rozległego udaru. Po zakończeniu leczenia ratunkowego odbywał rehabilitację, która powoli

[55] M. Boratyńska, *Opieka okołoporodowa*, [w:] *System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, t. 2, cz. 2 (Wolters Kluwer), s. 448; Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 sierpnia 2018 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki okołoporodowej (Dz.U. z 2018 r., poz. 1756).

[56] M. Smolak, *Dla twojego dobra. Sąd zbada, czy Andrzej Grzela naprawdę rozmawia ze światem przez cyberoko*, „Gazeta Wyborcza" Duży Format z 18.03.2019, s. 4–5. Wszystkie przytaczane fakty zostały zaczerpnięte stamtąd.

przynosiła postępy. Najpierw odzyskał samodzielny oddech i zdolność przełykania, a po pewnym czasie zaczął skupiać wzrok i czytać. Stopniowo ustępowały też przykurcze mięśni. W placówce opiekuńczo-leczniczej, gdzie przebywał, do komunikowania się z pacjentami dotkniętymi problemami neurologicznymi wykorzystywano sprzężone z komputerem urządzenie elektroniczne nazywane cyberokiem („C-Eye")[57], które rejestruje skupianie wzroku pacjenta na literach i słowach wyświetlanych na ekranie.

O podejmowanych wobec pacjenta czynnościach leczniczych decydowała żona, umocowana do tego przez sąd. Z kontekstu wynika, że źródłem umocowania musiała być kuratela dla osoby niepełnosprawnej, ponieważ według stanu na dzień publikacji artykułu prasowego Andrzej Grzela nie został formalnie ubezwłasnowolniony. Żona nie przyjęła do wiadomości odzyskania przez męża kontaktu mentalnego i logicznego, ponieważ osobiście nie wierzyła w skuteczność cyberoka dla osób po udarach i z uszkodzeniami mózgu. Bez zgody lekarzy podawała pacjentowi chińskie mieszanki ziołowe i sprowadziła siostrę, z zawodu lekarkę, która aplikowała mu *nieautoryzowane* zastrzyki z nieznanych substancji. Ponadto, wbrew zastrzeżeniom lekarza prowadzącego, wywiozła męża na prywatny zabieg w komorze hiperbarycznej (lekarz uważał go za przeciwwskazany w stanach poudarowych). Po powrocie oznajmiła, że skoro lekarz prowadzący nie zgadza się na kontynuowanie terapii w komorze hiperbarycznej, to ona rozwiąże umowę o prywatną opiekę medyczną i przeniesie męża gdzie indziej, żeby stamtąd mógł jeździć na zabiegi. Wówczas lekarze wezwali psychiatrę dla ustalenia, czy pacjent jest świadomy i czy może o sobie decydować.

Psychiatra musiał skorzystać z pomocy biegłej, bo komunikacja z pacjentem odbywa się tylko poprzez cyberoko, ale w rezultacie orzekł jednoznacznie, że pacjent ma świadomość co do miejsca, czasu i własnej osoby oraz że jest w stanie decydować o sobie, a więc jest kompetentny. Na koniec uzyskał od pacjenta twierdzącą odpowiedź na pytanie, czy ten zgadza się na bieżący pobyt w ośrodku. Żona nie przyjęła do wiadomości

[57] Urządzenie rozpoznaje, w który punkt na monitorze pacjent patrzy. Skupienie wzroku w jednym miejscu dłuższą chwilę oznacza: „kliknij". W ten sposób można zaznaczać gotowe hasła typu: „tak", nie", „boli mnie", „tęsknię", „przewróć mnie na bok", a nawet pisać na wirtualnej klawiaturze.

pozytywnej opinii psychiatry w sprawie odzyskanej kompetencji faktycznej męża ani wyrażonego wcześniej braku zgody na zabiegi w komorze hiperbarycznej. Była przekonana, że jako kurator może sama decydować o wszystkim. Wspólni znajomi i przyjaciele argumentowali, że powinna przede wszystkim liczyć się z własnym zdaniem pacjenta, obojętne jak wyrażonym. Ten zaś za pośrednictwem cyberoka deklarował, że chce o sobie decydować sam. Przyjaciele wezwali prawnika, który na zlecenie pacjenta przygotował projekty pełnomocnictwa procesowego w sprawie wniosku o zniesienie kurateli oraz umowy o usługi medyczne między ośrodkiem a pacjentem osobiście. W odpowiedzi żona wniosła o ubezwłasnowolnienie całkowite męża[58].

Ten z kolei przykład przedstawia, jak orzeczona w najlepszym interesie pacjenta, ale pozbawiona kontroli kuratela dla osoby niepełnosprawnej może przekształcić się w instrument przemocy. Kurator tego rodzaju, w przeciwieństwie do kurateli ustanawianej dla osób ubezwłasnowolnionych, nie podlega adekwatnej kontroli sądowej. W zwykłych warunkach powoływany jest bowiem na wniosek osoby niepełnosprawnej, która postuluje, jaki zakres kompetencji ma zostać nadany kuratorowi. Bywa jednak, że sąd wszczyna postępowanie z urzędu, a wnioski składane przez krewnych traktuje jako zawiadomienia o potrzebie ustanowienia kuratora[59]. Literalnie rzecz biorąc, kuratela ta powinna zostać uchylona na wniosek pacjenta. Pacjent przez cały czas formalnie zachowuje pełną kompetencję decyzyjną. Dopóki jest rzeczywiście niesprawny, można uznać, że kuratela spełnia swoje zadanie. Gdy jednak odzyska władze umysłowe na tyle, by móc wyrazić własną opinię, wszelkie zamierzone przez kuratora czynności z nią sprzeczne powinny zostać udaremnione. Tyle tylko, że pacjent przykuty do łóżka i skazany na pomoc osób

[58] Na temat kontraktowego wymiaru opieki medycznej nad pacjentem niesamodzielnym: M. Boratyńska, *Kolizja obowiązków kontraktowych i opiekuńczych przyjmującego w umowie o leczenie osoby trzeciej z wyłączoną albo ograniczoną kompetencją decyzyjną*, [w:] *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Adamowi Brzozowskiemu* (red. K. Bilewska, W. Kocot, D. Krekora-Zając), Warszawa 2020.

[59] D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*, s. 109.

trzecich jedynie w niewielkim stopniu może przeciwdziałać aktywności nadopiekuńczego kuratora, którym w dodatku jest przeważnie osoba najbliższa, więc wyposażona w samodzielne uprawnienia do uzyskania informacji o stanie pacjenta z wyłączoną świadomością.

Kurator osoby niepełnosprawnej w praktyce orzeczniczej

Badania Dagmary Olczak-Dąbrowskiej pokazują, że kuratela z art. 183 k.r.o. bywa orzekana jako alternatywa dla ubezwłasnowolnienia całkowitego ze względu na to, że postępowanie trwa krócej i jest mniej sformalizowane. Stwarza to jednak pole do nadużyć przez obchodzenie przepisów o ubezwłasnowolnieniu, bowiem odbywa się bez przestrzegania gwarancji procesowych właściwych procedurze o ubezwłasnowolnienie[60]. Prowadzi to do nieuzasadnionej ingerencji w autonomię jednostki[61], zwłaszcza że skuteczność sądowego nadzoru nad wykonywaniem kurateli została oceniona jako niska[62]. Badaczka krytycznie ocenia również przyznawanie kuratorom zbyt szerokiego zakresu uprawnień do prowadzenia spraw podopiecznych. W praktyce kuratela ta nie odpowiada więc założonemu przez ustawodawcę rozwiązaniu opartemu na koncepcji wspieranego podejmowania decyzji[63].

Jak wskazano wyżej, kurator z art. 183 k.r.o. w żadnym razie nie jest przedstawicielem ustawowym osoby niekompetentnej w rozumieniu prawa medycznego. Zatem nawet jeśli zostałby wyznaczony,

---

[60] Chodzi o obowiązek wysłuchania osoby, której dotyczy wniosek, w obecności biegłego psychologa i biegłego lekarza psychiatry lub neurologa; świadectwo lekarskie wydane przez lekarza psychiatrę o stanie psychicznym tej osoby lub opinię psychologa o stopniu jej niepełnosprawności umysłowej, przedstawioną na wstępnym etapie postępowania oraz o obowiązek zbadania osoby, której dotyczy wniosek, przez biegłego lekarza psychiatrę lub neurologa oraz psychologa. Ponadto sąd ma nakazane z urzędu gromadzić materiał dowodowy co do sytuacji osobistej, zawodowej i majątkowej osoby, której dotyczy wniosek. Tymczasem w badanych sprawach o kuratelę dla osoby niepełnosprawnej sądy nie podejmowały żadnych prób zweryfikowania twierdzeń wnioskodawców. (D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*…, s. 106).

[61] D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*…, s. 110.

[62] Ibid., s. 104.

[63] Ibid., s. 116.

to świadczeniodawca i tak jest zobowiązany do uzyskania na czynności medyczne zastępczej zgody sądu opiekuńczego. Tymczasem praktyka pokazuje, że świadczeniodawcy wcale nie występują o sądowe zezwolenie na wykonanie każdej czynności zdrowotnej, a do decydowania w takich sprawach bywa wykorzystywany kurator. Sądy zresztą wprost upoważniają kuratorów do „wyrażenia zgody na leczenie", „do prowadzenia wszelkich spraw związanych z leczeniem", „do załatwiania spraw związanych z pobytem w zakładzie opiekuńczo-leczniczym", „reprezentowania przed placówkami służby zdrowia", „decydowania o leczeniu i zabiegach medycznych" czy „wyrażenia zgody do umieszczenia w zakładzie opiekuńczo-leczniczym"[64].

Niezależnie od tego, czy wyrażanie zgody na leczenie zostanie uznane za czynność prawną czy faktyczną (co jest przedmiotem sporu w doktrynie), to takie umocowanie należy uznać za działanie niezgodne z obowiązującymi przepisami, gdyż do wyrażenia takiej zgody upoważniony jest wyłącznie przedstawiciel ustawowy lub sąd opiekuńczy.

Judykatura zezwala wprawdzie kuratorom na decyzje umożliwiające efektywne sprawowanie opieki nad niepełnosprawnym pacjentem, ale bez różnicowania ich ciężaru gatunkowego, zwłaszcza stosownie do poprawy stanu zdrowia. Ułatwia to udzielanie potrzebnych świadczeń zdrowotnych, ale odbywa się ze szkodą dla poszanowania samostanowienia pacjentów. Dałoby się temu zaradzić, jeśliby urzędowy nadzór nad tą formą pieczy był sprawowany bardziej rzetelnie[65]. Sposobem na przynajmniej częściową ochronę interesów zdrowotnych pacjenta powinno być obowiązkowe i systematyczne zasięganie przez sąd opinii fachowej o jego stanie zdrowia ze szczególnym uwzględnieniem oznak poprawy, a także nieupoważnianie kuratora do sprzecznego z przepisami prawa medycznego podejmowania decyzji zastępczych w sprawie leczenia. Wyjątek mogłyby stanowić tylko bieżące czynności wymagające utrzymania zdrowia w stanie niepogorszonym.

---

[64] Ibid., s. 108.

[65] M. Boratyńska, *Kolizja obowiązków kontraktowych i opiekuńczych*…, s. 79.

Nie zmienia to faktu, że wykorzystywanie instytucji kuratora z art. 183 k.r.o. do realizacji funkcji zbieżnych z czynnościami pełnomocnika zdrowotnego jest zjawiskiem spotykanym w praktyce, podyktowanym życiową koniecznością, a wynikającym z nierealistycznej regulacji.

Sytuację, w której kurator wyraża zgodę na udzielanie świadczeń zdrowotnych osobie niepełnosprawnej fizycznie, ale w pełni kompetentnej, często z pominięciem lub wbrew woli samego zainteresowanego, należy jednak uznać za niedopuszczalną. Widoczne jest to szczególnie jaskrawo w przypadku osób po przebytym udarze lub całkowicie sparaliżowanych, a przez to zdolnych do komunikowania swojej woli w bardzo utrudniony sposób, często przy użyciu specjalistycznego sprzętu.

Naturalnie – pomijając sam brak umocowania do wyrażania zgody na leczenie – kurator jest zobowiązany do działania zgodnie z dobrem kuranda, co nie zmienia faktu, że w przypadku niepełnosprawnego zachowującego pełną zdolność do czynności prawnych i kompetencję faktyczną trudno byłoby uzasadnić tezę, jakoby kurator był osobą uprawnioną do decydowania o dobru pacjenta. W takiej sytuacji należy uznać, że zastosowanie mają regulacje ogólne, oparte na poszanowaniu autonomii pacjenta i wymagające wyrażenia zgody przez niego samego (art. 32 ust. 1 UZL i art. 16 UPP). Przy zachowaniu przecież przez pacjenta pełnej zdolności do czynności prawnych, tylko on będzie uprawniony do wyrażenia zgody na leczenie, a kurator nie będzie umocowany do decydowania zamiast niego.

Poważnym problemem dla pewności obrotu prawnego jest również kwestia oceny czynności dokonanych przez kuratora w przypadku braku jego umocowania do działania w imieniu niepełnosprawnego. Należy stwierdzić, że po odzyskaniu kompetencji (przytomności) czy przywróceniu możliwości swobodnego komunikowania się z otoczeniem bez pomocy kuratora, pacjent może – zgodnie z art. 103 i 104 k.c. – unieważnić czynności dokonane przez kuratora, będącego w tym przypadku rzekomym pełnomocnikiem. Umowy zawarte przez kuratora będą bezskutecznie zawieszone do momentu potwierdzenia ich przez mocodawcę, a w razie odmowy potwierdzenia przez osobę, w której imieniu dokonano

czynności, staną się definitywnie bezskuteczne[66] lub nieważne[67] (kwestia ta jest przedmiotem sporu w doktrynie[68]). Na słuszność drugiej interpretacji wskazuje orzecznictwo sądowe[69]. Skutek w postaci nieważności zaistnieje niezależnie od tego, czy czynność została dokonana w ogóle bez umocowania czy z przekroczeniem jego granic. W doktrynie zwraca się również uwagę, że tak samo powinno się oceniać działania przedstawicieli ustawowych, dokonane z przekroczeniem umocowania[70]. Jakkolwiek należy stwierdzić, że kurator z art. 183 k.r.o. nie jest przedstawicielem ustawowym niepełnosprawnego, to zasadne wydaje się zastosowanie w tym miejscu rozumowania *a fortiori* i ocena podejmowanych przez niego działań według tej samej miary.

Z kolei czynności jednostronne dokonane przez kuratora jako rzekomego pełnomocnika zgodnie z art. 104 k.c. są *ex lege* nieważne. Poza zaistnieniem oczywistych negatywnych skutków w postaci powstania po stronie osoby, z którą zawarto umowę, roszczeń o zwrot nienależnego świadczenia oraz o naprawienie szkody, należy również zadać pytanie o powstanie roszczenia po stronie rzekomego mocodawcy. Artykuły 103 i 104 k.c. mają na celu ochronę osób fizycznych i prawnych przed nieuprawnionymi działaniami na ich szkodę podejmowanymi przez osoby trzecie, dając im jednocześnie możliwość potwierdzenia czynności, jeśli te będą dla nich korzystne. Natomiast sytuacja, w której osoba nieprzytomna lub w inny sposób niezdolna do wyrażenia woli, jest np. leczona

---

[66] M. Pazdan, *Art. 103*, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449(10)*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2020, t. 1, 10. wyd.

[67] P. Sobolewski, *Art. 103*, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2020, 26. wyd.; R. Strugała, *Art. 103*, [w:] *Kodeks cywilny: komentarz*, red. E. Gniewek i P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2019.

[68] Za nieważnością: R. Strugała, *Art. 103*, [w:] *Kodeks cywilny: komentarz*, red. E. Gniewek i P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2019, 9 wyd.; P. Sobolewski, *Art. 103*, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2021, 28 wyd.; za bezskutecznością: M. Pazdan, *Art. 103*, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449(10)*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2020, t. 1, 10 wyd.

[69] Wyrok SA w Warszawie z 23 maja 2014 r., I ACa 1793/13, Legalis; wyrok SN z 7 listopada 1997 r., II CKN 431/97, OSN 6/1998, poz. 94.

[70] M. Pazdan, *Art. 103*, op. cit.; P. Sobolewski, *Art. 103*, op. cit.

niezgodnie z jej życzeniami, ma odmienny charakter i wykracza poza zakres zwykłych stosunków cywilnoprawnych (należy do sfery zdrowia i autonomii chronionej przez prawo medyczne). Należy zatem rozważyć, czy takie działania nie będą stanowić naruszenia dóbr osobistych pacjenta i rodzić odpowiedzialności z tego tytułu. Moim zdaniem odpowiedź na to będzie twierdząca, choć ograniczam się wyłącznie do zaznaczenia tej kwestii.

Obecnie zatem kurator powołany w trybie art. 183 k.r.o. bywa umocowany do zastępowania osoby posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych w wyrażaniu zgody na leczenie, co jest oczywiście niezgodne z istniejącą regulacją. Rozwiązaniem tego problemu i odpowiedzią na ewidentną potrzebę praktyczną byłoby takie stosowanie tego przepisu, by wyprzedzający wniosek pacjenta liczącego się z popadnięciem w niepełnosprawność w zakresie, w jakim wskazuje osobę kuratora[71], był dla sądu wiążący (z uwzględnieniem wyłączeń z art. 148 k.r.o.), podobnie jak umocowanie do podejmowania decyzji w sprawie leczenia. Stanowiłoby to niewielką modyfikację istniejącej praktyki, co prawda przeciwnej prawu, ale w sposób odpowiadający potrzebom pacjenta i gwarantujący poszanowanie jego autonomii ze skutkiem na przyszłość. Byłoby to rozwiązaniem znacznie trafniejszym niż przyjmowane obecnie w judykaturze ustanawianie kurateli decyzyjnej z obejściem przepisów o ubezwłasnowolnieniu, a przy tym ponad głową pacjenta, bo wskutek zawiadomienia przez osoby trzecie i bez udokumentowanej oceny jego stanu zdrowia. Sąd dysponowałby przy tym pochodzącą od samego pacjenta wiarygodną informacją, iż kandydat jest osobą odpowiednią i godną zaufania, ponieważ jak pokazuje sprawa Andrzeja Grzeli, najbliższa osoba nie zawsze spełnia te kryteria.

Postulując takie stosowanie przepisu, należałoby zadać pytanie o zakres umocowania kuratora. Tę kwestię należy rozważyć wariantowo, w zależności od stanu pacjenta.

[71] Choć jak zwracałem uwagę wcześniej, w celu uniknięcia błędnej interpretacji zasadniejsze byłoby nazywanie go asystentem lub pełnomocnikiem.

Regulacje obce

Źródłem cennych wskazówek w tej kwestii mogą być regulacje obce[72], w szczególności zaś *Mental Capacity Act 2005*[73] (MCA), przepisy francuskiego kodeksu zdrowia publicznego wprowadzone przez ustawę *Claeys--Leonetti*[74] czy przepisy BGB[75].

Na gruncie MCA pacjenta może reprezentować albo osoba wyznaczona przez niego uprzednio przez trwałe pełnomocnictwo (*lasting power of attorney*), albo kurator (*deputy*) wyznaczony przez sąd. Obie osoby są zobowiązane do działania zgodnie z szeroko opisanym najlepszym interesem pacjenta, tzn. muszą:

- uwzględnić, czy jest prawdopodobne, że pacjent będzie zdolny do samodzielnego podjęcia decyzji w danej kwestii, a jeśli tak, to kiedy,
- w najszerszym rozsądnym zakresie umożliwiać i zachęcać pacjenta do udziału we wszelkich działaniach i decyzjach, które go dotyczą,
- w kwestii podtrzymywania przy życiu nie kierować się wyłącznie chęcią zakończenia życia pacjenta,
- uwzględniać przeszłe i obecne życzenia, uczucia, przekonania, wartości i inne czynniki, które mogłyby mieć wpływ na decyzję pacjenta,
- konsultować się z osobami wskazanymi przez pacjenta, opiekującymi się nim, z innymi ewentualnymi pełnomocnikami lub kuratorem[76].

---

[72] Zob. też M. Boratyńska, J. Malczewski, *Prawo wobec medycyny końca życia*, [w:] *System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, t. II. Część 2, (Wolters Kluwer), s. 727–736.

[73] *Mental Capacity Act 2005*, R. Heywood, *Revisiting advance decision making under the mental capacity act 2005: a tale of mixed messages*, „Medical Law Review", 2015, t. 23, nr 1, s. 81–102; A.R. Maclean, *Advance directives and the rocky waters of anticipatory decision-making*, „Medical Law Review", 2008, t. 16, nr 1, s. 1–22.

[74] *LOI n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1)*, [w:] *2016-87*, 2016, M. Świderska, *Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji*, „Prawo i Medycyna" 3/2006, s. 111–118.

[75] C. Spruzina, *Vorsorgevollmacht*, [w:] *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, red. M. Gruber et al., Springer, Vienna 2010, Springers Handbücher der Rechtswissenschaft, s. 680–694, https://doi.org/10.1007/978-3-211-99330-9_23; W. Putz, B. Steldinger, T. Unger, *Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben*, C.H.Beck 2020.

[76] Art. 4 *Mental Capacity Act 2005*.

Przed podjęciem decyzji medycznych osoba działająca w zastępstwie musi upewnić się co do braku kompetencji pacjenta, a podejmując decyzję, mieć uzasadnione przekonanie co do braku kompetencji oraz że podejmowane działanie będzie w najlepszym interesie pacjenta[77]. Pełnomocnik nie jest zatem umocowany do działania, gdy mocodawca jest kompetentny. Pełnomocnictwo upoważnia do podejmowania decyzji w sprawie wyrażenia lub odmowy zgody na leczenie[78], ale nie daje automatycznie kompetencji do podejmowania decyzji w sprawie leczenia podtrzymującego życie, chyba że dokument ten zawiera takie postanowienie[79]. Należy również zwrócić uwagę na stosunki zakresowe między deklaracją *pro futuro* pacjenta, nazywaną tu uprzednią decyzją (*advance decision*), a trwałym pełnomocnictwem. Jeśli pełnomocnictwo zostało udzielone z datą późniejszą niż decyzja i odnosi się do leczenia objętego zakresem decyzji, to decyzja traci moc[80]. Samo pełnomocnictwo może zostać sporządzone przez Internet lub w formie pisemnej oraz musi zostać zarejestrowane w Biurze Opiekuna Publicznego (Office of the Public Guardian).

W prawie francuskim zgodnie z L.1111-6 kodeksu zdrowia publicznego[81] każdy pełnoletni obywatel ma prawo wyznaczyć tzw. zaufaną osobę (*personne de confiance*), którą może być rodzic, krewny lub lekarz prowadzący. Osoby udzielające świadczeń zdrowotnych mają się z nią konsultować co do życzeń pacjenta, a uzyskane od niej informacje mają pierwszeństwo przed informacjami z jakichkolwiek innych źródeł. Informacje muszą również zostać uzyskane od zaufanej osoby w przypadku braku deklaracji *pro futuro* (tu: dyrektywy antycypacyjnej, *directive anticipée*)[82].

Regulacja niemiecka jest zbliżona do angielskiej. Pełnomocnik zdrowotny uznawany jest za zwykłego pełnomocnika, podlegającego

[77] Art. 5 ibid.

[78] Art. 11(7)(c) ibid.

[79] Art. 11(8)(a) ibid.

[80] Art. 25(2)(b) ibid.

[81] Article L1111-6 *Code de la santé publique*.

[82] Article L1111-12 ibid.

przepisom §§ 164 i n. BGB[83]. Sąd może wyznaczyć opiekuna dla osoby niepełnosprawnej fizycznie lub psychicznie, ale tylko jeśli nie wyznaczyła ona wcześniej pełnomocnika. Zarówno opiekun, jak i pełnomocnik są zobowiązani wystąpić o zezwolenie sądu na wyrażenie zgody na świadczenia podwyższonego ryzyka[84]. Obaj muszą również ocenić możliwość zastosowania złożonej przez pacjenta deklaracji *pro futuro*, a w razie jej adekwatności do stanu pacjenta zapewnić jej realizację[85]. W razie braku deklaracji są zobowiązani do ustalenia możliwych życzeń pacjenta na podstawie ustnych lub pisemnych informacji oraz przekonań etycznych i religijnych, a następnie zgodnie z nimi wyrazić lub odmówić wyrażenia zgody na leczenie[86]. Warto również zwrócić uwagę na przyjętą praktykę stosowania takich pełnomocnictw i tworzenia deklaracji *pro futuro* – w Niemczech pacjenci po osiągnięciu określonego wieku są zachęcani przez lekarza rodzinnego do sporządzenia takiego pełnomocnictwa i deklaracji, co zapewnia ich szerokie stosowanie i ograniczenie niepewności w leczeniu[87].

W kontekście samych dyrektyw warto na marginesie zwrócić uwagę na to, że w prawie francuskim lekarzom przysługuje również prawo niezastosowania ich, jeśli są niewłaściwe (choć jest to pojęcie wyraźnie nieostre) lub niezgodne z sytuacją medyczną pacjenta (np. pacjent sprzeciwia się użyciu respiratora, w domyśle w celu podtrzymywania przy życiu przez długi czas, a w rzeczywistości jest potrzebne zastosowanie go przez 3 dni, po których pacjent wróci do pełni zdrowia). Taka decyzja wymaga jednak zwołania konsylium, odnotowania w dokumentacji i poinformowania osoby zaufanej, a w przypadku jej braku – krewnych[88]. Podobne rozwiązania, umożliwiające niezastosowanie się do dyrektywy, gdy jest ona

[83] §§ 164–181 *BGB*.

[84] § 1904 ibid.

[85] § 1901a ust. 1 ibid.

[86] § 1901a ust. 2 ibid.

[87] Informacja uzyskana od lekarza praktykującego w Niemczech.

[88] Article L1111-1*Code de la santé publique*.

nieadekwatna do stanu pacjenta, przewiduje również regulacja angielska i niemiecka.

Kurator osoby niepełnosprawnej jako nosiciel woli pacjenta – propozycje zmian

Ze względu na stan polskich regulacji, niewystarczających wobec stwierdzonych potrzeb, warto sformułować kilka postulatów w kwestii reinterpretacji i stosowania będących do dyspozycji przepisów.

Podstawowe znaczenie dla poszanowania autonomii pacjenta ma ustanowienie osoby zaufanej na wypadek utraty kompetencji decyzyjnej. Kuratela dla osoby niepełnosprawnej, jak widać z badań aktowych, jest stosowana, ale nie na wniosek pacjenta, tylko w odpowiedzi na zawiadomienie pochodzące od osoby trzeciej, przeważnie z kręgu bliskich, a dokonane w intencji zostania kuratorem. Zmodyfikowanie tego mechanizmu na potrzeby poszanowania woli wyrażonej przez głównego zainteresowanego powinno polegać na dawaniu pierwszeństwa jego własnym dyrektywom na przyszłość. Ogólnikowa regulacja art. 183 k.r.o. pozwala na elastyczne ustalanie przyszłych kompetencji kuratora. Zakres tych kompetencji powinien być ustalany przez sąd w możliwie pełnym zakresie z udziałem kuranda. To samo powinno dotyczyć wskazywania kandydata na kuratora przez zainteresowanego, na wzór regulacji niemieckiej[89]. Tak więc w przypadku wskazania kandydata na kuratora przez samego

[89] §1901c BGB *Wer ein Schriftstück besitzt, in dem jemand für den Fall seiner Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers oder Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung geäußert hat, hat es unverzüglich an das Betreuungsgericht abzuliefern, nachdem er von der Einleitung eines Verfahrens über die Bestellung eines Betreuers Kenntnis erlangt hat. Ebenso hat der Besitzer das Betreuungsgericht über Schriftstücke, in denen der Betroffene eine andere Person mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bevollmächtigt hat, zu unterrichten. Das Betreuungsgericht kann die Vorlage einer Abschrift verlangen.*
„Każda osoba, która jest w posiadaniu dokumentu, w którym ktoś wyraził propozycje dotyczące wyboru opiekuna lub życzenia dotyczące sprawowania opieki w przypadku jej opieki, musi dostarczyć go do sądu opiekuńczego niezwłocznie po uzyskaniu informacji o rozpoczęciu postępowania w sprawie wyznaczenia opiekuna. Podobnie, posiadacz powiadamia sąd opiekuńczy o każdym dokumencie, w którym dana osoba upoważniła inną osobę do prowadzenia jej spraw. Sąd opiekuńczy może zażądać przedstawienia kopii" (tłum. WR).

zainteresowanego, sąd powinien uwzględnić te życzenia, jeśli tylko nie zachodzą przesłanki wykluczające powołanie danej osoby, zgodnie z treścią art. 148 k.r.o. Jest to praktyka, która musi dopiero zostać przyjęta, ale skoro sądownictwo nie widzi przeszkód, by spełniać życzenia krewnych pacjenta po udarze czy dotkniętego zespołem otępiennym, tym bardziej życzliwie powinno podejść do przejawionej z wyprzedzeniem autonomii czystej[90], której stosowanie wynika np. z zagranicznych orzeczeń w sprawie Nancy Cruzan[91] czy Eluany Englaro[92].

Kurator z art. 183 k.r.o. może być – tak jak to już przyjęło się już w praktyce orzekania – umocowany do wyrażania decyzji w imieniu pacjenta, ale zastępczo, tj. tylko wtedy, gdy ten jest nieprzytomny albo w inny sposób niekompetentny materialnie (inaczej mówiąc – nie ma zdolności decyzyjnej) i tylko dopóki ten stan się utrzymuje. Umocowanie kuratora do działania powinno mieć zatem charakter warunkowy, tak jak ma to miejsce w regulacji angielskiej, tj. jest on uprawniony do podjęcia działań za kuranda wyłącznie, gdy ten jest niekompetentny. Należy to okresowo weryfikować zgodnie z art. 165 k.r.o., a sąd opiekuńczy

---

[90] Kryterium autonomii czystej jest coraz powszechniej stosowane na świecie w sprawach dotyczących pacjentów o trwale utraconej kompetencji decyzyjnej. Jest ono preferowane wobec ukształtowanego wcześniej testu osądu zastępczego (zob. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV, tłum. W. Jacórzyński, Warszawa 1996 s. 183–191, oraz liczni następcy) i traktowane jako kluczowe kryterium najlepiej pojmowanego interesu osoby niewłasnowolnej (ostatnio w sprawie polskiego pacjenta R.S. w Wlk. Brytanii). Stosowanie go polega na odtworzeniu wszelkimi możliwymi środkami dowodowymi własnych zapatrywań osoby, o którą chodzi. Jeśli nie pozostawiła ona żadnych formalnych dyrektyw na taką okoliczność, poszukuje się świadków, by wysłuchać ich zaprzysiężonych zeznań na temat uprzednich wypowiedzi pacjenta, jego światopoglądu, usposobienia i postaw życiowych. Za przykład wszechstronnego rozpatrzenia okoliczności ustalających autonomię czystą może posłużyć włoska sprawa Eluany Englaro rozstrzygnięta ostatecznie w 2008 r. przez tamtejszy sąd najwyższy. Prawo do samostanowienia, również na wypadek utraty świadomości, sąd określił jako „arcyosobiste" – *personalissimo:* wywiedzione z cech osobowości, stylu życia i zapatrywań danej osoby, które zgadzają się z jej przekonaniami sprzed nastąpienia stanu nieświadomości, dotyczącymi samej idei godności ludzkiej – i przyznał mu pierwszeństwo (zob. A. Tymińska, *„Prawo arcyosobiste." Oświadczenia* pro futuro *we Włoszech w kontekście sprawy Eluany Englaro*, „Prawo i Medycyna" 3/2017, s. 121).

[91] *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health, 497 U.S. 261 (1990).*

[92] *Decreto Corte d'Appello di Milano 9 luglio 2008, 88/2008*; zob. też A. Tymińska, *„Prawo arcyosobiste". Oświadczenia pro futuro we Włoszech w kontekście sprawy Eluany Englaro*, „Prawo i Medycyna" 3/2017.

nie powinien się opierać wyłącznie na twierdzeniach członków rodziny występujących w charakterze zawiadamiających.

Gdy zaś pacjent zachowuje przytomność umysłu przynajmniej w niewielkim stopniu lub jest tylko niepełnosprawny fizycznie, powołany kurator powinien być umocowany wyłącznie do asystowania: wspomagania pacjenta w wyrażaniu jego życzeń oraz wspierania faktycznego i ułatwiania przekazywanych przez pacjenta decyzji dotyczących leczenia. Komunikaty te wymagać jednak będą potwierdzonej autentyczności, czyli dowodu na to, że pochodzą od pacjenta, a nie od osób trzecich. Jeśli niewykonalne okaże się złożenie przezeń podpisu ani nawet tuszowego odcisku palca, warto w tym celu korzystać z formy dokumentowej według art. 77^2 k.c.

Jak zwrócono uwagę wyżej, różne źródła umocowania kuratora będą uprawniać różne podmioty do kontroli podejmowanych przez niego działań. W takim zakresie, w jakim kompetencja do działania kuratora wynika z umocowania przez sąd, podlegać on będzie kontroli sądowej; w zakresie, w którym umocowanie kuratora wynika z udzielonego mu pełnomocnictwa, podlegać będzie wyłącznie kontroli mocodawcy.

Można sobie również wyobrazić sytuację, w której potencjalny kurand nie jest w stanie samodzielnie ocenić potrzebnego zakresu pomocy z uwagi na postępujące osłabienie umysłowe. W takim przypadku zasadne byłoby dokonanie jego ustalenia wspólnie przez kuranda i sąd opiekuńczy.

Biorąc pod uwagę zachowanie przez kuranda pełnej zdolności do czynności prawnych i formalnej kompetencji decyzyjnej na gruncie prawa medycznego, wszelkie decyzje kuranda czy składane przez niego oświadczenia powinny wyprzedzać skuteczność działań kuratora – skoro kurator ma być wyłącznie asystentem, a nie substytutem, to trudno byłoby zgodzić się na sytuację, w której miałby on prawo decydować inaczej niż kurand. Ta okoliczność stanowi również istotę różnicy między kuratorem z art. 183 k.r.o. a opiekunem, doradcą tymczasowym czy kuratorem osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych: ww. kurator zawsze odgrywa rolę wtórną wobec kuranda, podczas gdy pozostałe wymienione instytucje prowadzą do pozbawienia danej osoby kompetencji decyzyjnych i przekazania ich osobie trzeciej.

Kurator taki mógłby również przekazywać odpowiednio udokumentowaną deklarację *pro futuro*. Skoro SN orzekł, że deklaracje *pro futuro* mają być honorowane[93], warto podążyć tym torem. Trzeba jednak, by zgodnie z tamtym postanowieniem SN były one stanowcze, jednoznaczne i autentyczne, a przy tym – by ustanawiały osobę zaufaną wykonawcą tej woli. Będzie w tym zakresie co prawda tylko wykonawcą i przekazicielem, ale może aktywnie pilnować, by wola ta była szanowana. Do jego funkcji będzie wówczas należeć konsekwentne egzekwowanie woli pacjenta: przedkładanie dokumentu lekarzom, domaganie się wprowadzenia odpowiednich adnotacji do dokumentacji medycznej (że np. pacjent nie wyraził zgody na całkowitą amputację nogi, na wyłonienie jelita – czyli stomię albo na operacyjne usunięcie glejaka) – słowem – wyrażanie zadeklarowanych przez pacjenta wiążących sprzeciwów oraz zgód. Nie będzie wtedy możliwe łatwe podanie ich w wątpliwość ani tym bardziej zignorowanie[94]. Oprócz tego kurator byłby uprawniony do nadzorowania stosowania się lekarzy do decyzji pacjenta, a w razie zauważenia naruszeń – do interweniowania na bieżąco przez (niestety) grożenie odpowiedzialnością karną, cywilną za naruszenie praw pacjenta oraz dyscyplinarną i mobilizowanie właściwych organów kontrolnych, w tym korporacyjnych, przez zawiadamianie o popełnionych przewinieniach zawodowych. Jako ogólne źródło takiego umocowania można teoretycznie wskazać zlecenie[95], zakres przydzielonych zadań niesie natomiast odległe skojarzenia z wykonawcą testamentu, który ogranicza się do realizowania cudzej woli przy braku własnych kompetencji decyzyjnych, ale z uprawnieniami do dochodzenia praw i roszczeń[96]. Powinno to zostać wyraźnie wyszczególnione w dokumencie, ale nie wydaje się, by sama koncepcja naruszała

[93] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 r., III CK 155/05…

[94] Nieoficjalnie wiadomo, że takie dokumenty, o ile nie zostały poświadczone notarialnie, są przez personel medyczny od razu wyrzucane do śmieci.

[95] Na podstawie M. Boratyńska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia*…, s. 84.

[96] J. Kuźmicka-Sulikowska, *Art. 986*, [w:] *Kodeks cywilny: komentarz*, red. E. Gniewek i P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2019; K. Osajda, *Art. 986*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2020, 26 wyd.; M. Pazdan, *Art. 986*, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449(10)*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2020, t. 1, 10 wyd.

zasady systemowe. Skoro reprezentowanie cudzych interesów może być przedmiotem zlecenia, które domyślnie obejmuje też pełnomocnictwo, na zasadach ogólnych nie ma przeszkód, by osoba zaufana podejmowała czynności tylko wykonawcze, dopóki sąd nie przyzna jej odpowiednich kompetencji decyzyjnych.

Równolegle zalecane byłoby sporządzenie dokumentu na potrzeby okazywania lekarzom i w podmiotach leczniczych (który mógłby dodatkowo zostać poświadczony notarialnie), w zgodzie z przepisami prawa medycznego upoważniającego wskazaną w nim osobę do otrzymywania informacji o stanie zdrowia pacjenta, jak również do stałego wglądu w jego dokumentację medyczną. Lekarzom byłoby trudno zignorować osobę wyposażoną w takie upoważnienia.

W kwestii samego ustanowienia kuratora zgodnie z wolą pacjenta należy jednak zauważyć istotny problem z wszczęciem postępowania w tym przedmiocie. Osoba nieprzytomna lub niekompetentna faktycznie nie będzie przecież zdolna do zainicjowania postępowania sądowego, pozwalającego na ustanowienie potrzebnego kuratora. Zgodnie z art. 600 §§ 1 i 2 k.p.c. kurator taki może zostać ustanowiony na wniosek osoby niepełnosprawnej, organizacji pozarządowej, prokuratora lub z urzędu[97]. W przypadkach, gdy jest szczególnie potrzebny, tj. dla realizacji woli osoby niekompetentnej, nie ma ona faktycznej możliwości wszczęcia postępowania, w związku z czym najczęściej jest on ustanawiany po uzyskaniu informacji od członków rodziny, a więc osób bez legitymacji czynnej (44,7% spraw[98]). Jednocześnie postępowanie takie bywa traktowane nie jako działanie z urzędu, a na wniosek, mimo że wnioskodawcy nie mają takiej legitymacji (!). Wypracowana przez sądy praktyka wszczynania i prowadzenia postępowań na wniosek osób nieuprawnionych niewątpliwie wynika z woli uelastycznienia przepisów i umożliwienia rodzinie sprawniejszego sprawowania opieki nad osobą chorą, co nie zmienia faktu, że takie działanie, jakkolwiek podejmowane ze słusznych pobudek,

[97] B. Janiszewska, *Skutki ustanowienia kuratora dla osoby niepełnosprawnej*…, s. 1–2.

[98] D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*…, s. 103.

nie jest zgodne z obecnymi przepisami. Skoro zaś tego rodzaju praktyka i tak już funkcjonuje, warto by i do niej stosować wcześniejsze uwagi, dotyczące np. życzeń kuranda lub precyzowania zakresu kurateli.

Należy też rozważyć, w jaki sposób zainteresowany ustanowieniem kuratora – na wypadek niekompetencji – mógłby dochodzić swoich praw. Wydaje się, że jedynym możliwym rozwiązaniem w obecnym stanie prawnym byłoby sporządzenie przez tę osobę dokumentów przed popadnięciem w stan niekompetencji, tak by wskazana przez niego osoba mogła je w odpowiednim czasie złożyć w sądzie. Możliwe byłoby również uprzednie udzielenie pełnomocnictwa procesowego po to, by wyznaczony pełnomocnik mógł samodzielnie podjąć potrzebne działania. Należy również zaznaczyć, że jak stwierdza B. Janiszewska, udzielenie takiego pełnomocnictwa procesowego jest możliwe również w takim stanie pacjenta, który powodowałby nieważność pełnomocnictwa materialnoprawnego[99]. Taka możliwość stanowiłaby zatem znaczne ułatwienie możliwości dochodzenia swoich praw przez pacjentów, choć oczywiście nie tych, którzy są nieprzytomni. Ostatnim możliwym rozwiązaniem pozostaje przekazanie zaufanej osobie trzeciej potrzebnych dokumentów, wskazujących ją jako pożądanego kuratora, wraz z poinstruowaniem o konieczności złożenia wniosku o wszczęcie postępowania, gdy zaistnieją uzasadniające je przesłanki. Takie rozwiązanie byłoby zgodne z obecną praktyką, choć niezgodne z literalnym brzmieniem przepisów.

Opisane wyżej propozycje niestety tylko dobitniej pokazują prowizoryczność aktualnych rozwiązań, rodzących również istotne problemy natury faktycznej i prawnoprocesowej.

W braku pochodzącej od pacjenta wyraźnej deklaracji powiernik/kurator nie powinien być jednak w obecnym stanie prawnym upoważniony do podejmowania decyzji o zaniechaniu leczenia ratującego życie czy podtrzymującego przy życiu; stanowiłoby to bowiem zbyt szerokie pole do nadużyć. Wydaje się, że podobnie kurator nie powinien być umocowany do samodzielnego wyrażania zgody na tzw. świadczenia

[99] B. Janiszewska, *Skutki ustanowienia kuratora dla osoby niepełnosprawnej*…, s. 2.

zwiększonego ryzyka. Takie kwestie wymagają rutynowej i rzeczywiście sprawowanej kontroli sądu, jako dotyczące kuranda ważniejsze sprawy w rozumieniu art. 156 k.r.o. w zw. z art. 178 § 2 k.r.o. Trzeba jednak w tym miejscu zaznaczyć, że nie obejmuje to zaprzestania terapii daremnej. Terapia daremna, rozumiana jako „podtrzymywanie czynności narządów nieprzynoszące korzyści dla pacjenta"[100], jest stanem pacjenta, którego stwierdzenie należy do lekarzy jako jedynych osób zdolnych do wyjściowego określenia celowości dalszych działań medycznych. Jeśli kontynuowanie leczenia (a właściwie podtrzymywania przy życiu) nie znajduje uzasadnienia w wiedzy medycznej, ustaje spoczywający na lekarzach obowiązek. Tym samym wyłączeniu ulega również wszelka odpowiedzialność z tego tytułu[101]. Nie zmienia to faktu, że we wszelkich pozostałych sytuacjach, a więc takich, w których terapia nie jest daremna, ocena dobra pacjenta, prowadząca do wyrażenia lub odmowy zgody na leczenie osoby niekompetentnej spoczywa na sądzie opiekuńczym lub przedstawicielu ustawowym. Taka sytuacja będzie oczywiście mieć miejsce, gdy nie będzie możliwe poznanie wcześniejszej woli pacjenta i wykorzystanie testu autonomii czystej, a jedynym rozwiązaniem będzie posłużenie się kryterium najlepszego interesu pacjenta

Wykorzystanie instytucji kuratora miałoby dla lekarzy tę zaletę, że mogliby konsultować bieżące działania medyczne z umocowaną żywą osobą, a nie wyłącznie z zapisanymi dyrektywami antycypacyjnymi, o ile takie w ogóle zostałyby stworzone. Świadczeniodawcy wiedzieliby wówczas, że mają do czynienia z właściwą osobą, i nie konsultowali się z „rodziną pacjenta" – co jest praktyką przeciwną prawu, ale wciąż jeszcze obecną[102]. Z kolei sądy byłyby uwolnione od konieczności wyrażania

---

[100] A. Kübler et al., *Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli na oddziałach intensywnej terapii*, „Anestezjologia Intensywna Terapia" 4/2014, t. 46, s. 229–234.

[101] E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, „Prawo i Medycyna" 5/2000, s. 90; A. Zoll, *Zaniechanie leczenia–aspekty prawne*, „Prawo i Medycyna" 5/2000, s. 32–33.

[102] R. Grzejszczak i M. Szeroczyńska, *Praktyka wyrażania zgody zastępczej za pacjentów faktycznie niekompetentnych. Raport z badań*, „Człowiek-Niepełnosprawność-Społeczeństwo", 2012, t. 4, s. 87–108.

zgody na niezliczone, a podstawowe i niezbędne świadczenia zdrowotne. Odciążyłoby to decyzyjnie w sprawach drobnych, przy utrzymaniu dotychczasowego wymagania zatwierdzenia decyzji ważniejszych. Jednocześnie rozwiewałoby wątpliwość, czy kuratorem została ustanowiona właściwa osoba: pacjent zdejmowałby ten ciężar z barków sądu. Również kontrowersyjne decyzje, jeśli poparte własnym zapatrywaniem pacjenta i dodatkowymi wyjaśnieniami kuratora – byłyby łatwiejsze do wykonania. W ten sposób kryterium autonomii czystej dawałoby się stosować funkcjonalnie, bez potrzeby przesłuchiwania tuzinów świadków oraz rywalizacji bliskich ponad głową nieprzytomnego pacjenta o większą wiarygodność kandydatury na kuratora[103].

Dodatkowo, poza samymi kwestiami umocowania kuratora do przekazywania woli pacjenta, zalecane jest podjęcie i promowanie działań faktycznych, pozwalających na prawidłowe interpretowanie woli chorego. W tym celu najlepsze rozwiązanie stanowiłyby dokumenty, w których pacjent określa swoje preferencje co do poszczególnych rodzajów świadczeń, opisujące je szerzej niż standardowe deklaracje antycypacyjne. Szeroko stosowanym nośnikiem takich preferencji są np. *Physician Orders for Life-Sustaining Treatment* (POLST), wykorzystywane np. w USA[104]. Stanowią one odpowiedź na niewystarczający zakres informacji umieszczanych w samych formularzach pełnomocnictwa zdrowotnego, które sprowadzają się wyłącznie do ustanowienia pełnomocnika i jego substytutów oraz ewentualnie skrótowego, nieustandaryzowanego opisu preferencji. Co więcej, POLST jest efektem i udokumentowaniem procesu

[103] W znanych sprawach Terri Schiavo, Vincenta Lamberta (*Lambert and Others v. France [GC], no. 46043/14*, ECHR 2015) i – ostatnio – RS zaznaczyły się ostre konflikty między współmałżonkiem pacjenta a jego krewnymi. W dwóch pierwszych krewni podejmowali usilne próby uchylenia kurateli małżonka. W przypadku pacjenta RS sąd musiał ocenić wiarygodność świadectwa żony, z którym w diametralnej opozycji znajdowały się zeznania matki i sióstr. (Zob. J. Kapelańska-Pręgowska, *European court of human rights (gc), case of lambert and others v. France, judgment of 5 june 2015, application NO. 46043/14*, „Comparative Law Review" 1/2016, t. 21, s. 157–174; M. Szeroczyńska, *Od Vincenta Humberta do Vincenta Lamberta – ewolucja prawa francuskiego dotyczącego odstąpienia od terapii daremnej*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe" 1/2019, t. 22).

[104] Zob. np. W. Chańska, *Ewolucja dyrektyw na przyszłość w amerykańskiej praktyce medycznej*, „Prawo i Medycyna" 1/2015.

decyzyjnego przeprowadzonego przez pacjenta wspólnie z lekarzem, co zapewnia pełną świadomość po stronie pacjenta. POLST pozwalają na szersze zrozumienie woli i motywacji pacjenta oraz możliwie trafniejsze podejmowanie przyszłych decyzji co do leczenia, podejmowanych w jego zastępstwie. Przez to będą stanowić podstawę do decydowania w oparciu o kryterium „autonomii czystej"[105].

Można też zwrócić uwagę na opracowany przez American Bar Association *Tool Kit for Health Care Advance Planning*[106], który jest skierowanym do prawników dokumentem mającym ułatwić im konsultowanie z klientami przygotowywanych dyrektyw antycypacyjnych oraz ustalenie ich dokładnej treści. Dokument ten jest bardziej rozbudowany, ale moim zdaniem mniej czytelny niż dwustronicowy POLST, określający ogólne kategorie świadczeń, którym pacjent chce być poddawany albo którym się sprzeciwia.

Proponowane wyżej rozwiązania różnią się od proponowanych i niezrealizowanych projektów pełnomocnictwa medycznego[107], pełnomocnictwa opiekuńczego[108] czy przedstawicielstwa opiekuńczego[109]. Oczywistą różnicą jest to, że wykorzystanie kuratora z art. 183 k.r.o. jako nosiciela woli pacjenta odbywałoby się w ramach obowiązujących przepisów i wypracowanej praktyki, natomiast pozostałe propozycje są nowymi rozwiązaniami, wymagającymi działania ustawodawcy. O ile pełnomocnictwo medyczne miało być udzielane w formie pisemnej i znajdować zastosowanie wyłącznie do kwestii świadczeń zdrowotnych, to pełnomocnictwo opiekuńcze było planowane jako szczególny rodzaj pełnomocnictwa ogólnego, sporządzany w formie aktu notarialnego i podlegający rejestracji. Pełnomocnictwo medyczne miało być zatem prostsze w przygotowaniu, lecz ograniczone do kwestii leczenia, podczas gdy

---

[105] M. Boratyńska, J. Malczewski, *Prawo wobec medycyny końca życia*…, t. II, Część 2, s. 627–629.

[106] *Tool Kit for Health Care Advance Planning*, Commission on Law and Aging, American Bar Association, 2020 r., https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/law_aging/2020-tool-kit-hcap.pdf.

[107] P. Andruszkiewicz et al., „Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw", op. cit.

[108] P. Machnikowski, *Pełnomocnictwo opiekuńcze w pracach Komisji*…, op. cit.

[109] „Pismo Krajowej Rady Notarialnej do Rzecznika Praw Obywatelskich", op. cit.

pełnomocnictwo opiekuńcze miało obejmować pełen zakres działań, ale przy bardziej sformalizowanej procedurze.

Zakończenie

W obecnym polskim stanie prawnym nie istnieją podstawy do udzielenia pełnomocnictwa zdrowotnego przez osobę pełnoletnią. Obserwacja rzeczywistości medycznej pokazuje jednak, że z pewnością istnieją potrzeby ustanowienia osoby upoważnionej do wyrażania za pacjenta zgody na leczenie, zarówno gdy ten jest świadomy, jak i nieświadomy. Kwestia jest rozwiązywana w sposób zdecydowanie niezadowalający. Sądy orzekają o zakresie uprawnień kuratora dla osoby niepełnosprawnej, wykraczając poza treść przepisów prawa materialnego, natomiast podmioty lecznicze dziwnie rzadko występują do sądu opiekuńczego o zezwolenia zastępcze – inaczej spowodowany tym nawał spraw nie uszedłby uwadze badaczy. Pozostaje pytanie, jak stosować istniejące przepisy, by zapewnić prawidłowe i racjonalne funkcjonowanie systemu ochrony zdrowia. Biorąc pod uwagę dotychczasowe niepowodzenia legislacyjne, raczej trudno spodziewać się uregulowania tej kwestii w najbliższym czasie przez ustawodawcę. W świadomości osób niezaznajomionych z tą tematyką deklaracje *pro futuro* – przekazywane osobiście lub przez pełnomocnika – kojarzą się z „eutanazją", a ta z kolei z eugeniką, podczas gdy potrzeby życia codziennego są prostsze, bardziej prozaiczne, a równie istotne. Instytucje pełnomocnictwa medycznego, *personne de confiance* albo wiążących prawnie deklaracji antycypacyjnych stanowią gwarancje poszanowania autonomii pacjenta, która w obecnych realiach kończy się z chwilą utraty przytomności. Taki stan rzeczy oznacza, że pacjenci z postępującą chorobą bądź przed trudną i ryzykowną operacją, a także poważnie niepełnosprawni fizycznie albo stający przed perspektywą utraty kompetencji faktycznej, zostają pozbawieni możliwości decydowania o tej *najosobistszej* sferze, jaką jest ich zdrowie. Warto, by kurator osoby niepełnosprawnej z instytucji używanej często w sposób niewłaściwy, naruszający autonomię pacjenta, stał się skutecznym narzędziem jej realizacji w obszarze, który od dawna wymaga zmian legislacyjnych, a które nie są podejmowane przez ustawodawcę.

Bibliografia

B. Aksamit, *Z chorym na alzheimera można w Polsce zrobić wszystko*, „Duży Format – Gazeta Wyborcza", 11.03.2015, https://wyborcza.pl/duzyformat/1,127290,17552996,Z_chorym_na_alzheimera_mozna_w_Polsce_zrobic_wszystko.html.

P. Andruszkiewicz, T. Dangel, R. Grenda, A. Kurkiewicz, M. Rawicz, M. Strus-Wołos M. Szeroczyńska, J. Szymkiewicz-Dangel, *Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw*, 2013, https://hospicjum.waw.pl/pliki/Artykul/1364_projekt-ustawy-o--zmianie-ustawy-o-prawach-pacjenta-i-rzeczniku-praw-pacjenta.pdf.

Appropriate Terms to Use | The National Disability Authority, [na:] http://nda.ie/Publications/Attitudes/Appropriate-Terms-to-Use-about-Disability/, [dostęp: 13.04.2021].

S.R. Bagenstos, *The Future of Disability Law*, „Yale Law Journal" 1/2004, t. 114.

T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, tłum. W. Jacórzyński, Warszawa 1996.

P.D. Blanck, E. Flynn, *Routledge handbook of disability law and human rights*, 2017, http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=4586232.

M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Regulacja prawna czynności medycznych*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 1, Wolters Kluwer Polska 2019.

M. Boratyńska, J. Malczewski, *Deklaracje pro futuro*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. II, Część 2, Wolters Kluwer Polska 2019.

M. Boratyńska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, „Prawo i Medycyna" 1/2014.

M. Boratyńska, *Kolizja obowiązków kontraktowych i opiekuńczych przyjmującego w umowie o leczenie osoby trzeciej z wyłączoną albo ograniczoną kompetencją decyzyjną*, [w:] *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, red. K. Bilewska, W. Kocot, D. Krekora-Zając, Warszawa 2020.

W. Borysiak, M. Manowska, J. Sadomski, E. Skowrońska-Bocian, B. Trębska, E. Trybulska-Skoczelas, R. Zegadło, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, red. J. Wierciński, LexisNexis Polska, Warszawa 2014.

R. Cera, V. Della Fina, G. Palmisano, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Springer International Publishing: Imprint: Springer, Cham 2017, 1st ed. 2017.

W. Chańska, *Ewolucja dyrektyw na przyszłość w amerykańskiej praktyce medycznej*, „Prawo i Medycyna" 1/2015.

W. Chańska, *Rezygnacja z leczenia podtrzymującego życie*, [w:] *Bioetyka*, (red. J. Rózyńska, W. Chańska), Warszawa 2013.

Council of Europe, *Recommendation R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults*, 23.02.1999.

Council of Europe i Committee of Ministers, *Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity: recommendation CM/Rec(2009)11 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 9 December 2009 and explanatory memorandum.*, Council of Europe, Strasbourg 2011.

M. Derek, *Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na zabieg medyczny małoletniego: glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 13.05.2015 r., III CZP 19/15*, „Glosa" 1/2019 (178).

R. Dinerstein, E.G. Grewal, J. Martinis, *Emerging International Trends and Practice in Guardianship Law for People with Disabilities*, „ILSA Journal of International and Comparative Law", 2/2015, t. 22.

M. Domański, M. Grochowski, L. Kociucki, G. Matusik, P. Mostowik, J. Pawliczak, M. Prucnal-Wójcik, J. Słyk, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz: przepisy wprowadzające KRO*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2017.

M. Domański, *Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w interpretacji Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych a podstawowe instytucje prawa cywilnego*, „Prawo w Działaniu", t. 40 (2019).

M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie w prawie polskim a wybrane standardy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne", t. 17 (2014).

J. Gajda, *Art. 183*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz,* red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2020.

J. Gajda, J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, J. Winiarz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz,* red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2020.

D. Galasiński, *Osoby niepełnosprawne czy z niepełnosprawnością?*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania" 9/2013, t. 4.

K.B. Glen , *Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity Guardianship, and Beyond*, „Columbia Human Rights Law Review" 1/2012, t. 44.

K. Gromek, *Art. 183*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.

K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.

R. Grzejszczak, M. Szeroczyńska, *Praktyka wyrażania zgody zastępczej za pacjentów faktycznie niekompetentnych. Raport z badań*, „Człowiek – Niepełnosprawność – Społeczeństwo", 2012, t. 4.

Guidelines for Writing About People With Disabilities | ADA National Network [na:] https://adata.org/factsheet/ADANN-writing [dostęp: 13.04.2021].

H. Haak, A. Haak-Trzuskawska, *Art. 183*, [w:] *Opieka i kuratela: komentarz do art. 145–184 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 516, 518, 520, 573–574, 590–598, 599–602, 604–605)*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

H. Haak, A. Haak-Trzuskawska, *Opieka i kuratela: komentarz do art. 145–184 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 516, 518, 520, 573–574, 590–598, 599–602, 604–605)*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

J.A. Haegele, S. Hodge, *Disability Discourse: Overview and Critiques of the Medical and Social Models*, „Quest", 2/2016, t. 68, s. 193–206.

P. Harpur, *Embracing the new disability rights paradigm: the importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „Disability & Society" 1/2012, t. 27.

R. Heywood, *Revisiting advance decision making under the mental capacity act 2005: a tale of mixed messages*, „Medical Law Review" 1/2015, t. 23.

J.M. Jameson, T. Riesen, S. Polychronis, B. Trader, S. Mizner, J. Martinis, D. Hoyle, *Guardianship and the Potential of Supported Decision Making With Individuals With Disabilities*, „Research and Practice for Persons with Severe Disabilities" 1/2015, t. 40.

B. Janiszewska, *O udzielaniu pełnomocnictwa medycznego–uwagi na tle uchwały III CZP 19/15*, „Monitor Prawniczy" 19/2015.

B. Janiszewska, *Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego*, „Monitor Prawniczy" 15/2015.

B. Janiszewska, *Skutki ustanowienia kuratora dla osoby niepełnosprawnej*, „Monitor Prawniczy" 11/2017.

G. Jędrejek, *Art. 183*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

A. Kallaus, *Glosa do uchwały SN z 13.5. 2015 r., III CZP 19/15*, „Prawo i Medycyna" 4/2015.

J. Kapelańska-Pręgowska, *European court of human rights (gc), case of Lambert and others v. France, judgment of 5 june 2015, application NO. 46043/14*, „Comparative Law Review" 1/2016, t. 21.

R. Karcz, *Obrona pacjenta przed niechcianą transfuzją w praktyce sądowej*, „Prawo i Medycyna" 4/2007.

R. Karcz, *Zgoda pacjenta na zastosowanie metody leczenia; status procesowy zakładu opieki zdrowotnej w postępowaniu sądowym z urzędu. Glosa do postanowienia s. okręg. z dnia 23 stycznia 2008 r., VI Ca 582/07*, „Państwo i Prawo" 11/2008.

K. Kędziora, *Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co?: prawne formy wsparcia osób z niepełnosprawnością intelektualną*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Warszawa 2012.

A. Kirkendall, K. Linton, S. Farris, *Intellectual Disabilities and Decision Making at End of Life: A Literature Review*, „Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities" 6/2017, t. 30.

N.A. Kohn, J.A. Blumenthal, *A critical assessment of supported decision-making for persons aging with intellectual disabilities*, „Disability and Health Journal" 1/2014, t. 7 Supplement, Aging with Disability: Demographic, Social, and Policy Considerations.

A. Kübler, I. Chęciński, *Dylematy medyczne i prawne. Intensywna terapia bezpieczna dla lekarza i pacjenta*, Wrocławskie Wydawnictwo Naukowe Atla 2 2013, https://ppm.umed.wroc.pl/info/book/UMW568ded51730a4812b4c1a7aebbe25134/Publikacja%2B%25E2%2580%2593%2BDylematy%2Bmedyczne%2Bi%2Bprawne.%2BIntensywna%2Bterapia%2Bbezpieczna%2Bdla%2Blekarza%2Bi%2Bpacjenta%2B%25E2%2580%2593%2BUniwersytet%2BMedyczny%2Bim.%2BPiast%25C3%25B3w%2B%25C5%259Al%25C4%2585skich%2Bwe%2BWroc%25C5%2582awiu+title?ps=20&lang=pl&pn=1.

A. Kübler, J. Siewiera, G. Durek, K. Kusza, M. Piechota, Z. Szkulmowski, *Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli na oddziałach intensywnej terapii*, „Anestezjologia Intensywna Terapia" 4/2014, t. 46.

J. Kuźmicka-Sulikowska, *Art. 986*, [w:] *Kodeks cywilny: komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2019.

R. Larsen, *Anestezjologia*, red. A. Kübler, Edra Urban & Partner, Wrocław 2019.

A. Lawson, A.E. Beckett, *The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis*, „The International Journal of Human Rights" 2/2021, t. 25.

A. Lawson, M. Priestley, *The social model of disability*, [w:] *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, Routledge, London 2017.

A. Lawson, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn Symposium: The United Nations Convention on the Rights*

of Persons with Disabilities, „Syracuse Journal of International Law and Commerce", 2/2006, t. 34.

P.K. Longmore, *Medical Decision Making and People with Disabilities: A Clash of Cultures*, „The Journal of Law, Medicine & Ethics" 11/1995, t. 23.

P. Machnikowski, *Instytucja opieki nad pełnoletnim w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w latach 2012–2015*, „Państwo i Prawo" 4/2019.

P. Machnikowski, *Pełnomocnictwo opiekuńcze w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w latach 2012–2015*, „Rejent"5/2016.

A.R. Maclean, *Advance directives and the rocky waters of anticipatory decision-making*, „Medical Law Review" 1/2008, t. 16.

G. Matusik, *Art. 183*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz : przepisy wprowadzające KRO*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2017.

F. Mégret, *The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*, „Human Rights Quarterly" 2/2008, t. 30.

E. Nowicka, S. Łodziński, *Odcienie obcości. Wyniki sondażu „Polacy i inni 30 lat później" – analiza porównawcza (1988, 1998, 2018)*, „Kultura i Społeczeństwo", 2020, t. 64.

D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli w praktyce sądowej*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne" t. 17 (2014).

M. Oliver, *The social model of disability: thirty years on*, „Disability & Society", 7/2013, t. 28.

K. Osajda, *Art. 986*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2021, 28 wyd.

M. Pazdan, *Art. 103*, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449(10)*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2020, t. 1, 10 wyd.

M. Pazdan, *Art. 986*, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449(10)*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2020, t. 1, 10 wyd.

A. Pielak, L. Bosek, *Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15*, „OSP" 6/2018.

Pismo Krajowej Rady Notarialnej do Rzecznika Praw Obywatelskich, 12.03.2019, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%C5%BC%20Krajowej%20Rady%20Notarialnej%2012.03.2019.pdf.

W. Putz, B. Steldinger, T. Unger, *Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben*, C.H. Beck 2020.

G. Richardson, *Mental Disabilities and the Law: From Substitute to Supported Decision--Making?*, „Current Legal Problems" 1/2012, t. 65.

C.P Sabatino., N. Karp., *Improving advanced illness care: The evolution of state POLST programs*, AARP Public Policy Institute Washington, DC 2011.

J. Sadomski, *Art. 183*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy: komentarz*, red. J. Wierciński, LexisNexis Polska, Warszawa 2014.

L. Series, A. Arstein-Kerslake, E. Kamundia, *Legal capacity: a global analysis of reform trends*, [w:] *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, red. P. Blanck, E. Flynn, Routledge, London 2017.

J. Słyk, *Orzekanie w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo--leczniczym*, „Prawo w Działaniu", t. 40 (2019).

M. Smolak, *Mówię do was przez cyberoko: Chcę żyć*, „Gazeta Wyborcza", 18.03.2019, https://wyborcza.pl/duzyformat/7,127290,24552061,mowie-do-was--przez-cyberoko-chce-zyc.html.

P. Sobolewski, *Art. 103*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2021, 28 wyd.

C. Spruzina, *Vorsorgevollmacht*, [w:] *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, red. M. Gruber, S. Kalss, K. Müller, i M. Schauer, Springer, Vienna 2010, Springers Handbücher der Rechtswissenschaft, https://doi.org/10.1007/978-3-211-993 30-9_23.

R. Strugała, *Art. 103*, [w:] *Kodeks cywilny: komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2019, 9. wyd.

M. Szeroczyńska, M. Czarkowski, M. Krajnik, R. Krajewski, L. Pawłowski, A. Adamczyk, A. Barczak-Oplustil, et al., *Institution of the health care agent in Polish legislation: position of the Polish Working Group on End-of-Life Ethics*, „Polskie Archiwum Medycyny Wewnętrznej" 5/2016, t. 126.

M. Szeroczyńska, *Dopuszczalność uprzednich oświadczeń pacjenta i pełnomocnictwa medycznego de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Dylematy medyczne i prawne. Intensywna terapia bezpieczna dla lekarza i pacjenta*, red. A. Kűbler, I. Chęciński, Wrocławskie Wydawnictwo Naukowe Atla 2 2013.

M. Szeroczyńska, *Od Vincenta Humberta do Vincenta Lamberta – ewolucja prawa francuskiego dotyczącego odstąpienia od terapii daremnej*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe" 1/2019, t. 22.

M. Szeroczyńska, *Orzeczenie: Uchwała Sądu Najwyższego z 13 maja 2015 r. pierwszym krokiem do akceptacji pełnomocnika medycznego w Polsce* [na:] „Prawa człowieka w orzecznictwie sądów polskich", http://www.prawaczlowieka.uw.edu.pl/

index.php?orzeczenie=b124524c4b1ade45d1deecbcdef614fadb3ec205-b0, [dostęp: 29.12.2015].

M. Świderska, *Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji*, „Prawo i Medycyna" 3/2006.

Tool Kit for Health Care Advance Planning, Commission on Law and Aging, American Bar Association 2020, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/law_aging/2020-tool-kit-hcap.pdf.

A. Tymińska, *„Prawo arcyosobiste". Oświadczenia pro futuro we Włoszech w kontekście sprawy Eluany Englaro*, „Prawo i Medycyna"3/2017.

B. Zahorska-Markiewicz, E. Małecka-Tendera, M. Olszanecka-Glinianowicz, J. Chudek., *Patofizjologia kliniczna: podręcznik dla studentów medycyny*, Wrocław 2020.

K. Zaradkiewicz, *Ubezwłasnowolnienie – perspektywa konstytucyjna a instytucja prawa cywilnego*, [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2014.

E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, „Prawo i Medycyna" 5/2000.

W. Ziętek, *Kurator dla osoby niepełnosprawnej*, „Przegląd Sądowy" 4/2008.

Summary

Background

Current Polish law provides a possibility for a custodian to be appointed for a disabled person if they need assistance in their day-to-day matters. However, courts tend to enable them to consent to medical treatment, contrary to medical regulations, according to which only the patient, their legal representative or the court may consent to treatment. A custodian of a disabled person is not considered to be their legal representative, as the patients in cases allowing for such a custodian to be appointed possess full legal capacity, but are merely physically unable to carry out their activities. The matter is particularly important in intensive care units or situations in which the patient is unconscious, as they often require a wide range of treatments to be performed, to which the court should individually agree.

Conclusions

Current judicial and medical practice shows that the institution of a custodian of a disabled person is used contrary to current regulation, however, it seems to be a response to the needs of medical practitioners and patients. Present laws would allow the custodian to be endowed with a lasting power of attorney, which is currently unregulated in Poland – but to achieve that, the current judicial practice should be adjusted. The custodian could act as a carrier of the patient's wishes, especially regarding ordinary treatment. That would allow physicians to receive consent to necessary actions, without the court's engagement.

Maria Boratyńska
Jacek Malczewski

Spór o zaprzestanie daremnej terapii oraz sztucznego odżywiania i nawadniania na przykładzie sprawy polskiego pacjenta RS w Wielkiej Brytanii

1. Wprowadzenie

Artykuł ma na celu wyjaśnienie motywów oraz tła normatywnego i podstaw prawnych dla rozstrzygnięcia brytyjskiego sądu opiekuńczego o zaprzestaniu sztucznego podtrzymywania życia u polskiego pacjenta znanego pod inicjałami RS[1]. U mężczyzny w średnim wieku, który od 2006 r. mieszkał w Anglii, doszło w listopadzie 2020 r. do trwającego kilkadziesiąt minut zatrzymania krążenia. Efektem niedotlenienia było poważne i nieodwracalne uszkodzenie mózgu, powodujące trwałą utratę świadomości i zdolności kontaktu z otoczeniem. Szpital w Plymouth, gdzie opiekowano się pacjentem, wystąpił do sądu z wnioskiem o zgodę na odłączenie go od urządzeń podtrzymujących życie z jednoczesnym

[1] Artykuł jest pokłosiem spotkania bioetycznego p.t. „Polska v. Wielka Brytania w sprawie Polaka w śpiączce", które odbyło się 12 lutego 2021 r. W wydarzeniu zorganizowanym przez Koło Naukowe Bioetyki Uniwersytetu Warszawskiego przy współpracy Wydziału Filozofii oraz Centrum Bioetyki i Bioprawa UW jako prelegenci wystąpili autorzy niniejszego tekstu. W wynikłej dyskusji udział wzięli m.in. dr Anna Alichniewicz, prof. Zbigniew Szawarski, prof. Paweł Łuków, dr hab. Przemysław Konieczniak oraz inni eksperci z zakresu bioetyki i prawa medycznego. Wszystkie przytoczone w tekście fakty zostały zaczerpnięte z opublikowanych przez brytyjski wymiar sprawiedliwości fragmentów orzeczeń, które zapadły w obu instancjach postępowania. Z uwagi na wielkie kontrowersje zdecydowano się podać je do publicznej wiadomości ze stanowczym zastrzeżeniem, że publikacja materiałów ma się odbywać z zachowaniem pełnej anonimowości wszystkich uczestniczących w sprawie osób prywatnych, podyktowanym ochroną ich dóbr prawnych.

zaprzestaniem sztucznego odżywiania i nawadniania oraz wdrożeniem opieki paliatywnej zapewniającej komfort umierania. Żona pacjenta nie miała w tej sprawie zastrzeżeń; sprzeciw zgłosiły natomiast jego matka i siostra w Polsce oraz zamieszkałe w Anglii druga siostra i siostrzenica, domagając się kontynuowania terapii podtrzymującej życie i przewiezienia RS do Polski. Trwające kilka tygodni postępowanie sądowe oparło się o Europejski Trybunał Praw Człowieka, angażując także polskie władze.

Sprawa RS wywołała w polskiej przestrzeni publicznej krótkotrwałą, acz gwałtowną burzę. Rzucane w emocjach oskarżenia, eksplozje świętego oburzenia i złowrogie insynuacje i formułowane były w nieznajomości podstawowych faktów i pojęć z zakresu medycyny, etyki i prawa, także przez osoby, od których z racji pełnienia funkcji publicznych należałoby oczekiwać lepszej orientacji, a przynajmniej skonsultowania się z ekspertami. Media w tabloidowej manierze donosiły o wydanym przez brytyjski sąd „wyroku śmierci przez zagłodzenie" oraz „zagrożeniu eutanazją" i relacjonowały dramatyczną walkę matki oraz sióstr pacjenta z wyspiarskim wymiarem sprawiedliwości i systemem opieki medycznej. Kilkadziesiąt tysięcy osób podpisało skierowane do rządu Wielkiej Brytanii specjalne petycje „w obronie życia" RS, domagając się przewiezienia go do Polski[2]. Chęć przejęcia opieki nad chorym wyraziła Klinika „Budzik", a transport dzięki naprędce wystawionemu paszportowi dyplomatycznemu proponowali z całą powagą polscy ministrowie zdrowia, sprawiedliwości i spraw zagranicznych. Interwencję u brytyjskich władz, stowarzyszeń medycznych i związków wyznaniowych podjęli też przedstawiciel Prezydenta RP, konsulowie i ambasador RP w Zjednoczonym Królestwie, marszałkini Sejmu, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz przewodniczący Konferencji Episkopatu. Nieliczne głosy mitygujące ze strony osób obeznanych ze skomplikowaną problematyką biomedyczną nie przebiły się do opinii publicznej, a wręcz bywały gremialnie zakrzykiwane (jak choćby wyważone i dorzeczne

[2] Zob. https://ratujmyrodaka.pl/; https://www.citizengo.org/pl/184816-podpisz-petycje-w-obronie-zycia-polaka-pozostajacego-w-spiaczce [dostęp: 17.03.2021].

uwagi Tomasza Terlikowskiego[3]). Intensywna akcja polityczno-medialna nie przyniosła jednak zamierzonego efektu i sprawa RS zakończyła się zgodnie z uprzednim zapatrywaniem pacjenta odtworzonym na podstawie relacji jego żony, a w wykonaniu orzeczeń brytyjskich sądów obu instancji. Po zaprzestaniu daremnej z medycznego punktu widzenia terapii pacjent zmarł w szpitalu w Plymouth w dniu 26 stycznia 2021 r.

2. Rozgraniczenia pojęciowe: eutanazja, terapia daremna, terapia uporczywa

Publiczna dyskusja o medycznych okolicznościach śmierci i umierania nieuleczalnie chorych pacjentów jest trudna nie tylko z powodu nieusuwalnego konfliktu wartości[4], lecz także ze względu na brak specjalistycznej wiedzy i towarzyszący mu chaos terminologiczny. Dlatego też zanim przejdziemy do relacjonowania i omawiania sprawy RS, konieczne wydaje się przedstawienie podstawowego aparatu pojęciowego i dokonanie niezbędnych rozgraniczeń[5]. Jak bowiem mawiał Jerzy Pilch, przed atakiem analfabetów trzeba się bronić abecadłem[6].

---

[3] Znany katolicki publicysta komentował sprawę RS w serii wpisów na profilu facebook.com/tomasz.terlikowski między 19 a 27 stycznia 2021 r. Początkowo, nie znając bliżej okoliczności medycznych, Terlikowski określił sprawę RS mianem niczym nieusprawiedliwionego zagłodzenia chorego na śmierć. Następnie, dzięki pogłębieniu wiedzy i konsultacjom z ekspertami z zakresu medycyny, stopniowo zniuansował i złagodził swoje pierwotne stanowisko, dochodząc ostatecznie do wniosku, że w przypadku RS brytyjscy sędziowie i lekarze zachowali się prawidłowo. Publicysta zakwestionował wprawdzie z punktu widzenia etyki katolickiej moralną zasadność zaprzestania sztucznego odżywiania i nawadniania pacjenta, ale przyznał, że z punktu widzenia brytyjskiej moralności i tamtejszego prawa wszystko odbyło się *lege artis* i w dobrej wierze. Jego argumenty nie przekonały jednak fejsbukowych obserwatorów, którzy w swoich komentarzach odsądzili autora od czci i wiary, często w bardzo nieelegancki i prymitywny sposób.

[4] Chodzi nam o konflikt między tradycyjnym stanowiskiem głoszącym niezbywalną wartość i nienaruszalność ludzkiego życia *in abstracto* a tym, które w duchu utylitarystycznym odnosi wartość życia do konkretnych jednostek posiadających określone interesy i autonomicznie decydujących (jeśli to możliwe) o własnym życiu i okolicznościach jego zakończenia.

[5] Więcej na temat roli aparatury pojęciowej w sporach wokół śmierci i umierania: J. Malczewski, *Eutanazja: gdy etyka zderza się z prawem*, Warszawa 2012, s. 76–108.

[6] J. Pilch, *Pociąg do życia wiecznego*, Warszawa 2007, s. 135.

Nad debatą o roli lekarzy w umieraniu nieuleczalnie chorych pacjentów krąży złowieszcze widmo „eutanazji", przez wielu ludzi niesłusznie uważanej za bezduszną eliminację schorowanych staruszków i osób niepełnosprawnych, których z powodów finansowych lub eugenicznych nie opłaca się dalej podtrzymywać przy życiu i leczyć. Prostowanie tych nieścisłości przypomina walkę z wiatrakami[7]; na potrzeby opracowania poprzestaniemy na rozróżnieniu i omówieniu kilku często ze sobą mylonych i niefortunnie wrzucanych do jednego worka pojęciowego procedur medycznych.

Termin „eutanazja" w kontekście art. 150 k.k. i w wydaniu lekarskim oznacza czynność medyczną polegającą na umyślnym zabiciu nieuleczalnie chorego i cierpiącego pacjenta, który tego wyraźnie i stanowczo zażądał – przez podanie śmiertelnej dawki środków farmakologicznych. Motywem działania lekarza są respekt dla autonomii pacjenta oraz chęć niesienia ulgi w niedającym się znieść i złagodzić w żaden inny dostępny sposób cierpieniu. Podobnie jest z pomocą lekarza przy samobójstwie, która polega na dostarczeniu takiemu pacjentowi środków niezbędnych do samodzielnego odebrania sobie przez niego życia wraz z instrukcją, jak skutecznie i bezboleśnie z nich skorzystać. Obie procedury są pod względem moralnym i prawnym na tyle zbliżone, że prawo najczęściej traktuje je w analogiczny sposób. W większości państw (również w Polsce) są one prawnie niedopuszczalne jako przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, ale w krajach zachodnich od trzydziestu lat daje się zaobserwować rosnący trend na rzecz ich dekryminalizacji i kontrolowanej legalizacji[8]. Oba rodzaje praktyk są obecnie dopuszczone i uregulowane ustawowo m.in. w Holandii, Belgii, Luksemburgu, Hiszpanii i Kanadzie, natomiast samą pomoc lekarza w samobójstwie zalegalizowało jak dotąd dziesięć stanów USA[9].

---

[7] W sprawie ewolucji pojęciowej i przyczyn pojawienia się negatywnych konotacji słowa „eutanazja" odsyłamy przede wszystkim do: J. Malczewski, *Eutanazja*…, s. 27–75.

[8] Przez „dekryminalizację" rozumiemy tu wykreślenie tych czynów z katalogu przestępstw, z kolei „legalizacja" polega na stworzeniu ustawowego katalogu przesłanek, które muszą zostać spełnione, aby możliwa była ich dekryminalizacja.

[9] Więcej na temat legalizacji eutanazji i pomocy lekarza w samobójstwie: M. Boratyńska, J. Malczewski, [w:] *System Prawa Medycznego* (red. nacz. E. Zielińska), t. 2, cz. 2, Warszawa 2019, s. 655–705 (Wolters Kluwer); J. Malczewski, *Eutanazja*…, s. 156–192.

Całkowicie odrębną kwestią, której dotyczy właśnie sprawa RS, jest natomiast zaniechanie (czyli niepodjęcie albo zaprzestanie[10]) leczenia podtrzymującego życie, gdy z uwagi na stan pacjenta nie przynosi ono korzyści i może niepotrzebnie przedłużać cierpienie lub agonię. Tego rodzaju zaniechanie co do zasady uważa się za medycznie i moralnie usprawiedliwione oraz prawnie dopuszczalne (choć nie w każdym kraju zostało wystarczająco precyzyjnie uregulowane). W tym momencie pojawia się pierwszy kłopot terminologiczny. Wiele osób tradycyjnie określa zaniechanie leczenia podtrzymującego życie mianem „eutanazji biernej". Zdaniem autorów niniejszego artykułu określenie to, choć często spotykane w literaturze bioetycznej, jest zbyteczne i mylące. Posługiwanie się nim wprowadza zamęt medyczny, etyczny i prawny, a także ściąga przykre odium na ważną i delikatną procedurę medyczną, niezgodnie z prawdą sugerując, jakoby była ona zakamuflowanym zabójstwem lub pomocą w samobójstwie. Dlatego też wolimy używać funkcjonującego od dawna w języku medycznym pojęcia „terapia daremna", które jest znaczeniowo neutralne i nieobciążone złymi skojarzeniami. Stosuje się je na oznaczenie zarówno tych procedur medycznych, które nie dają pacjentowi szans przeżycia bezpośrednio lub w bardzo krótkiej perspektywie czasowej, jak i tych, które nie dają szans wyleczenia (nie mając wpływu na nieuleczalną chorobę, która w niedługim czasie spowoduje śmierć pacjenta)[11]. Z medycznego punktu widzenia za daremne uznawane są środki o użyteczności progowej i nieprzynoszącej realnej korzyści, a ich stosowanie jest obciążające fizycznie, psychologicznie lub finansowo (albo biorąc pod uwagę tylko najlepszy interes danego pacjenta, albo po ustaleniu, czy to, co jest najlepsze dla tego pacjenta, jest równocześnie najlepszym

[10] Wbrew rozpowszechnionemu mniemaniu nie ma żadnej istotnej różnicy moralnej między niepodjęciem a zaprzestaniem terapii podtrzymującej życie. Zob. np. A. Alichniewicz, *O działaniu i zaniechaniu*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kuksewicza*, red. E. Jung-Palczewska, Łódź 2000, s. 13; T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, tłum. W. Jacórzyński, Warszawa 1996, s. 208–211.

[11] Zob. K. Szewczyk, *Bioetyka*, t. 1, *Medycyna na granicach życia*, PWN 2009, s. 304–306; A. Alichniewicz, *Eutanazja, a etyczne podstawy medycyny stanów terminalnych*, [w:] *Narodziny i śmierć. Bioetyka kulturowa wobec stanów granicznych życia ludzkiego*, red. M. Gałuszka i K. Szewczyk, Warszawa–Łódź 2002, s. 161–162.

sposobem wykorzystania zasobów, usług i środków, których potrzebują inni pacjenci)[12]. Chodzi zatem o sytuacje, w których zgodnie z aktualną wiedzą medyczną niemożliwa jest poprawa stanu zdrowia pacjenta lub gdy zabiegi okazują się niewspółmiernie obciążające (szanse na uratowanie życia są nikłe, a dyskomfort pacjenta wywołany leczeniem zbyt duży), lub też gdy ich jedynym skutkiem jest sztuczne podtrzymywanie biologicznego życia[13].

Pojęcie terapii daremnej nie wyczerpuje problemu narosłego wokół kazusu pacjenta RS. W polskiej literaturze bioetycznej i w Kodeksie Etyki Lekarskiej można bowiem spotkać się z odróżnieniem dwóch praktyk: eutanazji „biernej" i zaniechania terapii „uporczywej". Jest to skutek mniej lub bardziej jawnej inkorporacji treści pochodzących z etyki katolickiej, która dzieli przypadki rezygnacji z podtrzymywania życia na moralnie zakazane i dozwolone. W nauczaniu katolickim mianem „eutanazja" określa się – i uznaje za moralnie niedopuszczalną – „czynność lub jej zaniechanie, która ze swej natury lub w zamierzeniu działającego powoduje śmierć w celu wyeliminowania wszelkiego cierpienia"[14]. Z samej tej definicji wynika stosowane tam rozróżnienie na eutanazję czynną i bierną; obydwie potępiane jednakowo. Wszelako nie każde zaniechanie leczenia prowadzące do śmierci chorego jest uważane za niedopuszczalne. Niektóre terapie mogą być bowiem uznane za „uporczywe" i wycofane, jeśli obejmują zabiegi medyczne „kosztowne, ryzykowne, nadzwyczajne lub niewspółmierne do spodziewanych rezultatów"[15] lub też „zbyt uciążliwe dla samego chorego i jego rodziny"[16]. Zaprzestając „leczenia, które może przynieść tylko niepewne i bolesne przedłużenie życia"[17] – naucza

---

[12] Zob. L.M. Kopelman, *Pojęciowe i moralne problemy terapii daremnej i użytecznej*, [w:] *Dylematy bioetyki*, red. A. Alichniewicz i A. Szczęsna, Łódź 2001, s. 118–121.

[13] Por. M. Świderska, *Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji*, „PiM" 3/2006, s. 112.

[14] Kongregacja Nauki Wiary, *Deklaracja o eutanazji „Iura et Bona"* (5.05.1980), nr II.

[15] *Katechizm Kościoła Katolickiego*, Poznań 1994, nr 2278.

[16] Jan Paweł II, *Encyklika o wartości i nienaruszalności życia ludzkiego „Evangelium vitae"*, [w:] *Encykliki Ojca Świętego Jana Pawła II*, Kraków 1996, nr 65.

[17] *Deklaracja o eutanazji*…, nr IV *in fine*.

Kościół – „nie zamierza się (…) zadawać śmierci; przyjmuje się, że w tym wypadku nie można jej przeszkodzić”[18]. Moralne prawo do podjęcia decyzji o ewentualnej rezygnacji z terapii uporczywej pozostawione jest przez doktrynę katolicką pacjentowi, jeśli ma do tego kompetencje i jest do tego zdolny; w przeciwnym zaś razie – osobom uprawnionym, zawsze z poszanowaniem rozumnej woli i słusznych interesów pacjenta[19]. Według powyższych założeń „uporczywą” terapią będzie zatem medycznie nieuzasadniona kontynuacja leczenia, które nie może dać pozytywnego rezultatu i już tylko niepotrzebnie przedłuża cierpienia bądź agonię chorego, natomiast eutanazją „bierną” – nieuzasadniona medycznie i motywowana współczuciem dla cierpiącego rezygnacja z leczenia mająca przyspieszyć zgon[20].

Jeśli pacjent poddawany terapii uznanej przez lekarzy za daremną nieodwracalnie utracił kompetencję decyzyjną, tak jak miało to miejsce w sytuacji RS, rozstrzygnięcie o dalszym leczeniu należy do kompetencji sądu opiekuńczego. Polski system prawny nie przewiduje rozwiązania polegającego na sporządzeniu deklaracji antycypacyjnej ani na upoważnieniu innej osoby do podejmowania decyzji zastępczych, a sąd nie jest związany żadnymi wyraźnymi kryteriami decyzyjnymi. Wolno tylko zasadnie oczekiwać, że posłuży się tymi samymi, co przewidziane w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym dla rodziców maloletnich dzieci i opiekunów osób niesamodzielnych: dobrem podopiecznego i interesem społecznym. Klauzula dobra dziecka (podopiecznego), ze względu na swój niedookreślony charakter i odesłanie do systemu ocen i norm pozaprawnych, uważana jest za klauzulę generalną[21]. Dobro dziecka utożsamiane jest z jego interesem, jednak należy zwrócić uwagę, iż pojęcie interesu jest aksjologicznie obojętne, podczas gdy pojęcie dobra ma nacechowanie pozytywne. W istocie chodzi o takie reprezentowanie interesów pod-

---

[18] *Katechizm*…, nr 2278.

[19] *Ibidem*.

[20] Tak np. posługuje się tymi pojęciami T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2002, s. 206–207, 219.

[21] Z. Radwański, *Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym*, „Studia Cywilistyczne”, nr XXXI (1981), s. 5.

opiecznego, które przynosi mu korzyść. Jest to rozumowanie zbliżone do stosowanego w prawie brytyjskim kryterium *best interests*.

Jakkolwiek zakresy znaczeniowe pojęć terapii „daremnej" i „uporczywej" nie pokrywają się, lecz jedynie krzyżują, na pierwszy rzut oka można by sądzić, że w przypadku RS mamy do czynienia z zaniechaniem leczenia należącego do obu tych kategorii. Sprawa nie była jednak aż tak oczywista i stąd cała kontrowersja oraz panika moralna w polskiej przestrzeni publicznej. Z punktu widzenia brytyjskiej etyki i brytyjskiego prawa chodziło o zaprzestanie terapii daremnej; natomiast w myśl zasad etyki katolickiej, rzutującej na przekonania wielu polskich lekarzy i polityków, była to raczej tzw. bierna eutanazja. Osią konfliktu okazała się kwestia sztucznego odżywiania i nawadniania – kluczowa dla zachowania życia w tym stanie.

3. Zaprzestanie sztucznego odżywiania i nawadniania a zasada proporcjonalności

Rezygnacja z podtrzymywania życia łączy się często z zaprzestaniem sztucznego odżywiania i nawadniania pacjenta (tak też stało się w sprawie RS). W bioetyce toczy się zadawniony spór o dopuszczalność tego rodzaju postępowania, powiązany z tradycyjnym, sięgającym jeszcze XVI w., rozróżnieniem na tzw. proporcjonalne i nieproporcjonalne (dawniej: zwyczajne i nadzwyczajne) środki terapeutyczne. Pominiemy dłuższe wywody na ten temat[22], poprzestając tylko na ogólnej charakterystyce obu pojęć. Oceny proporcjonalności określonej terapii dokonuje się *ad casum*, biorąc pod uwagę stan konkretnego pacjenta i rokowanie oraz badając, czy jej zastosowanie będzie dla pacjenta korzystne: przyniesie mu poprawę zdrowia i zapewni życie o należytej jakości, czy okaże się nieadekwatne do osiągalnych korzyści i stanowić będzie dla pacjenta (oraz jego otoczenia) nadmierną uciążliwość. Jak głosi etyka katolicka, w drugim z wypadków środki okazują się „nieproporcjonalne" („nadzwyczajne"), a prowadzona

[22] Zainteresowanych czytelników odsyłamy do: J. Malczewski, *Eutanazja*…, s. 90–93 i cytowanej tam literatury.

przy ich pomocy terapia staje się „uporczywa". Z kolei rezygnacja ze środków „proporcjonalnych" („zwyczajnych") jest jakoby niedopuszczalną „bierną" eutanazją.

Przy rozważaniu rezygnacji ze sztucznego odżywiania i nawadniania mamy do czynienia ze zderzeniem dwóch perspektyw: pierwsza z nich (charakterystyczna dla etyki katolickiej[23]) zakłada, że odżywianie i nawadnianie należą do środków „zawsze zwyczajnych (proporcjonalnych)", do „opieki podstawowej", którą świadczyć należy w każdych okolicznościach, niezależnie od stanu zdrowia pacjenta i rokowań. Jedyny wyjątek stanowi sytuacja, w której sztuczne karmienie i pojenie zwiększa cierpienia już umierającej osoby[24]; jednak niedopuszczalne jest zaniechanie odżywiania i nawadniania w celu przyspieszenia zgonu. Druga ze wspomnianych perspektyw przyjmuje, że sztuczne odżywianie i nawadnianie w określonych sytuacjach mogą stać się nieproporcjonalne w stosunku do przynoszonych korzyści i nadmiernie obciążające, a wtedy wolno z nich zrezygnować, nawet jeśli przyspieszy to śmierć pacjenta.

Niektórzy zwolennicy stanowiska pierwszego twierdzą, że odżywianie i nawadnianie nie są „terapią", ponieważ „niczego nie leczą", a więc nie mogą podlegać identycznym kryteriom oceny jak środki medyczne i nie może ich jakoby dotyczyć wymóg proporcjonalności. Zaprzestanie żywienia i nawadniania nie jest zatem przyzwoleniem na śmierć z powodu choroby przez wycofanie środków nieproporcjonalnych, lecz „zagłodzeniem" („bierną" eutanazją)[25]. W opozycji do tego zapatrywania bioetyk Daniel Callahan zauważa jednak, że niezdolność do samodzielnego jedzenia i picia jest normalną okolicznością towarzyszącą

[23] A. Bartoszek, *Człowiek w obliczu cierpienia i umierania. Moralne aspekty opieki paliatywnej*, Katowice 2000, s. 273.

[24] Por. zapis w *Karcie Pracowników Służby Zdrowia* Papieskiej Rady ds. Duszpasterstwa Służby Zdrowia (1994): „Pokarm i napój, podawane także sztucznie, należą do normalnych zabiegów zawsze należnych choremu, tak długo, jak nie są dla chorego ciężarem". Cyt. za: K. Golser, *Stanowisko Urzędu Nauczycielskiego Kościoła na temat pomocy w umieraniu i eutanazji*, [w:] *Eutanazja w dyskusji. Euthanasie in der Diskussion*, red. P. Morciniec, Opole 2001, s. 219.

[25] J. Keown, *Euthanasia, Ethics and Public Policy. An Argument Against Legalisation*, Cambridge 2002, s. 219–221.

śmiertelnej chorobie oraz że dawniej była uznawana za symptom stanu terminalnego (jeden ze sposobów, w jakie umierający organizm „wyłącza swoje kluczowe systemy"). Także inni autorzy uważają, że śmiertelnie chory pacjent, którego zaprzestano sztucznie odżywiać i nawadniać, umiera nie z powodu odwodnienia czy zagłodzenia, lecz wskutek choroby lub urazu łączącego się z niezdolnością do normalnego jedzenia i picia[26]. Umasowienie technik umożliwiających sztuczne odżywianie i nawadnianie zmieniło ogląd tej sprawy: pojawiła się nowa kategoria postępowania wobec pacjentów, a jego wycofanie stało się dla wielu równoznaczne z uśmierceniem (przyczyną zgonu rzekomo nie jest wtedy śmiertelna choroba, naturalnie pozbawiająca chorego zdolności samodzielnego odżywiania, lecz zaniechanie lekarzy, którzy nie dostarczają pokarmu i płynów w sztuczny sposób)[27].

Uznanie odżywiania w takim stanie za daremne powoduje, że nie stanowi ono obowiązku. Z punktu widzenia pacjenta kompetentnego jest to bez znaczenia, ponieważ on sam decyduje, czy chce przyjmować pokarm. Pacjent przełykający samodzielnie może być karmiony łyżeczką jak niemowlę. Takie karmienie spełnia funkcję opiekuńczą i powinno być kontynuowane, dopóki go nie odrzuci. W odniesieniu do osoby niezdolnej decyzyjnie uznanie takiego postępowania za lecznicze co do zasady nakłada obowiązek jego utrzymywania stosownie do celowości medycznej. Uznanie zaś za nieleczniczą – implikuje powinność wchodzącą w zakres tzw. opieki podstawowej. Symbolika opiekuńcza nie stanowi jednak argumentu samego w sobie: opieka spełnia swe zadanie tylko wtedy, gdy odbywa się z korzyścią dla podopiecznego.

Sztuczne odżywianie pacjentów niemogących samodzielnie przełykać polega na stosowaniu inwazyjnych technik medycznych z użyciem specjalistycznej aparatury i pokarmu w postaci odpowiednich preparatów. Wymaga sprzętu medycznego i kwalifikacji fachowych do podłączenia go oraz podejmowania decyzji o zastosowaniu określonego

[26] Np. D.C. Thomasma, G.C. Graber, *Euthanasia: Toward an Ethical Social Policy*, New York 1991, s. 67.

[27] D. Callahan, *Zabicie a przyzwolenie na śmierć*, tłum. J. Malczewski, [w:] *Wokół śmierci i umierania*, red. W. Galewicz, Kraków 2009, s. 178–179.

sposobu odżywiania[28]. Najbardziej wyrazisty przykład stanowi odżywianie pozajelitowe (PEG). Nie może też być rozpatrywane w oderwaniu od procedur towarzyszących: sztucznego odprowadzania produktów przemiany materii przy podawanej przez kroplówkę stałej osłonie antybiotykowej dla zapobieżenia infekcjom układu wydalniczego[29]. Razem składa się to na wysokospecjalistyczną procedurę medyczną z zaangażowaniem wykwalifikowanego personelu, służącą zachowaniu życia – spełnia zatem kryteria świadczenia zdrowotnego z wszystkimi tego konsekwencjami i tak też jest ujmowane w podręcznikach medycznych.

Gdy stan kliniczny nie rokuje poprawy, takie zewnętrzne zasilanie podtrzymuje jedynie trwanie czysto biologiczne i wolno zasadnie rozważać jego daremność. W Polsce bardzo oględne odniesienie do tego problemu zawiera jedynie wypracowana przez w 2008 r. przez Polską Grupę Roboczą ds. Problemów Etycznych Końca Życia definicja terapii nazywanej podówczas *uporczywą*. Jest to „stosowanie procedur medycznych w celu podtrzymywania funkcji życiowych nieuleczalnie chorego, które tylko przedłuża jego umieranie wiążąc się z nadmiernym cierpieniem lub naruszeniem godności pacjenta. Uporczywa terapia nie obejmuje podstawowych zabiegów pielęgnacyjnych, łagodzenia bólu i innych objawów oraz karmienia i nawadniania, o ile służą dobru pacjenta"[30]. Jak pisała w 2011 r. paliatywistka Teresa Weber, w praktyce medycznej nawadnianie i odżywianie traktowane jest jako podstawowe działanie pielęgnacyjne, a ich zaprzestanie może być spowodowane tylko obiektywnym stanem chorego, gdy ich stosowanie nosi znamiona uporczywości terapeutycznej[31]. Bliższe określenie dobra pacjenta wymaga uwzględnienia jej zdaniem następujących kryteriów:

---

[28] Może to być zgłębnik nosowo-gardłowy, kroplówka bądź odżywianie pozajelitowe.

[29] K. Szewczyk, *Bioetyka*…, t. 1, s. 309; M. Boratyńska, *Wolny wybór*…, s. 449.

[30] II Seminarium Ekspertów z 28.06.2008 w ramach projektu „Granice terapii medycznych"; zob. T. Weber, *Daremna czy uporczywa terapia w medycynie paliatywnej*, [w:] *Etyczne aspekty decyzji medycznych*, red. J. Hartman, M. Waligóra, Warszawa 2011, s. 163.

[31] T. Weber, *Daremna czy uporczywa terapia w medycynie paliatywnej*, s. 165.

1) dobra medycznego, wyznaczonego przez aktualną wiedzę medyczną oraz tzw. sztukę lekarską, w której olbrzymią rolę odgrywają naukowe, techniczne i praktyczne umiejętności lekarza. Dobrem tym jest przywrócenie funkcji życiowych ciała i umysłu chorego, uwolnienie go od bólu przez użycie medykamentów, operacje, psychoterapię;
2) dobra przeżywanego przez pacjenta: jego osobistych preferencji, wartości i wyborów; tego, jak chory chce przeżywać swoje życie, w tym chorobę; jak sam widzi korzyści i szkody mające związek z zaproponowanym leczeniem. W dobru tym odbija się niepowtarzalność każdej osoby i specyficzność jej świata wartości. Chodzi tu o wiek, status zawodowy, rodzinny, zaangażowanie społeczne, kulturowe i religijne;
3) dobra pacjenta jako osoby: uszanowania godności ludzkiej, traktowania osoby jako celu samego w sobie, a nie środka do osiągania innych celów;
4) dobra duchowego pacjenta – tutaj chodzi o dobra, które nadają życiu ostateczny sens: osobiste przekonania człowieka, świat wartości, jego wiarę i religię[32].

Zaprzestanie sztucznego odżywiania i nawadniania pacjentów budzi wielkie opory głównie z powodu emocjonalnie nacechowanych skojarzeń. Intuicyjnie postrzegane jest jako „zagłodzenie" na śmierć, a skoro uczucia głodu i pragnienia odczuwa się jako bardzo przykre, to stąd wniosek, że zaprzestanie odżywiania i nawadniania prowadzi do agonii w męczarniach[33]. Tymczasem jest inaczej. Przede wszystkim pacjentom, których zaprzestano sztucznie odżywiać i nawadniać, podawane są leki paliatywne. Ponadto dla wielu z nich (zwłaszcza w stanach terminalnych) odwodnienie jest o tyle korzystne, że łagodzi dokuczliwe objawy i ból[34]. Dzięki temu niejednokrotnie mogą umrzeć w lepszych warunkach niż osoby, którym do końca życia dostarcza się sztucznie płyny (z literatury fachowej wiadomo, że zwłaszcza nawadnianie powoduje u pacjenta

[32] T. Weber, *Daremna czy uporczywa terapia*…, s. 163–164.

[33] T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, s. 216, 217.

[34] A. Alichniewicz, *Eutanazja*…, s. 169.

w schyłkowej fazie choroby poważny dyskomfort). Pacjent w stanie wegetatywnym może być jednak utrzymywany przy życiu przez długie lata i nie czuć nic.

Spór o podyktowaną względami terapeutycznymi celowość sztucznego odżywiania podzielił świat europejski, czego dowodem są przyjęte przez Radę Europy *Wytyczne procesu podejmowania decyzji dotyczących terapii medycznej w sytuacjach zakończenia życia*. Stwierdzają one wprawdzie, że sztuczne odżywianie i nawadnianie stosuje się wobec pacjenta zgodnie ze wskazaniami medycznymi oraz na podstawie wyboru określonej procedury medycznej i sposobów jej aplikowania, ale odnotowują odmienność podejścia między poszczególnymi państwami. W niektórych żywienie uważa się bowiem za formę opieki odpowiadającej indywidualnym podstawowym potrzebom, której nie wolno zaprzestać, chyba że pacjent w stadium przedśmiertnym tak zadecyduje (*Wytyczne* zalecają, aby pacjent był w to zaangażowany poprzez wolę wyrażoną uprzednio, przekazaną choćby ustnie członkowi rodziny albo bliskiemu przyjacielowi). Niezgoda panuje nawet w łonie najwyższych organów orzekających, czego żywy dowód stanowi opinia mniejszości w przywołanej wcześniej sprawie Vincenta Lambert[35]. Pięciu sędziów stwierdziło tam, że większość, na podstawie pewnej liczby wątpliwych założeń, zaaprobowała w istocie pozbawienie możliwości zaspokojenia przez osobę bezradną i niepotrafiącą z tego powodu przekazać swojej woli – dwóch potrzeb podstawowych dla utrzymania przy życiu: żywności i wody. W ich ocenie sprawa ta dotyczyła w istocie eutanazji, nawet jeśli pod inną nazwą.

Dyskusja co do kwalifikacji sztucznego odżywiania utknęła, jak się wydaje, w martwym punkcie. Argumentacja utylitarystyczna nigdy nie przekona zdeklarowanych pryncypialistów. Spór jest w istocie nierozwiązywalny, bo stanowisko ujmujące każde odżywianie w kategoriach obowiązkowej opieki podstawowej ma podłoże doktrynalne, a nie racjonalne, więc nie poddaje się rozumowej perswazji. Przyjęcie jednego z dwóch zapatrywań zależy w gruncie rzeczy od konwencji społecznej: czy ów

[35] *Lambert and Others v. France*, judgement ECHR, 5 june 2015, 46043/14, http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-10758 [dostęp: 25.05.2021].

inwazyjny sposób żywienia jako medyczny i wspomagający leczenie powinien być oceniany stosownie do celowości terapeutycznej, czy traktowany jako niewzruszalna zasada opiekuńcza. Gdy kontynuacja takiej opieki nie przedstawia żadnej korzyści dla podopiecznego, jej wartość staje się czysto abstrakcyjna. Symbolika troskliwego karmienia osoby, której nie jest to do niczego potrzebne, staje się pustym frazesem, odrywa się od interesów karmionego i służy nie jemu, tylko wzmocnieniu pozytywnemu i satysfakcji moralnej opiekunów, iż „robią, co do nich należy". W tym należy naszym zdaniem upatrywać przyczyny bezwzględnego obstawania za utrzymywaniem sztucznego odżywiania nawet przez dziesiątki lat u pacjentów w stanie trwałej utraty albo wyjściowego braku świadomości: w wymaganiu posłuszeństwa abstrakcyjnej i oderwanej od rzeczywistości zasadzie wyprowadzonej wyłącznie z nakazów wiary, a poprawiającej morale niektórym spośród jej wykonawców. Zasada ta uzasadnia się tylko sama sobą, a działa nie na korzyść pacjenta, lecz osób trzecich. Indywidualny interes pacjenta w ogóle nie jest w tym bilansie uwzględniany. Można co prawda przewrotnie twierdzić, że jemu jest już wszystko jedno, a skoro wszystko jedno, to niech chociaż nacieszą się inni. W takim razie jednak staje się on makabryczną zabawką w rękach innych, służącą zaspokojeniu potrzeb i interesów cudzych.

Ze swej strony uważamy, że właściwie interpretowana zasada proporcjonalności powinna dotyczyć wszystkich środków służących podtrzymywaniu życia i mających (dobry lub zły) wpływ na stan pacjenta, bez względu na ich „medyczny" bądź „niemedyczny" charakter. Jeśli w konkretnym przypadku sztuczne odżywianie i nawadnianie nie przyczynia się w żaden sposób do poprawy stanu i może sprawiać dodatkowy dyskomfort, wtedy wolno z niego zrezygnować, jako z elementu terapii daremnej[36] na równi z wycofaniem innych środków leczniczych. Sztuczne odżywianie i nawadnianie powinno zaspokajać indywidualną potrzebę pacjentów, a nie sprowadzać się do utrzymywania prawidło-

[36] Por. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, s. 216, 217–218.

wej wartości parametrów fizjologicznych[37]. Trzeba jednak w tym miejscu zastrzec, że w Polsce praktyka jest nastawiona na utrzymywanie żywienia do samego końca.

Jak można sądzić, na kontrowersje wywołane przez sprawę RS w Polsce przemożny wpływ wywarła etyka katolicka uznająca żywienie i nawadnianie za formę opieki podstawowej.

4. Sprawa pacjenta RS

Wszystkie przytoczone fakty zaczerpnięto z opublikowanych fragmentów orzeczeń sądu opiekuńczego i sądu apelacyjnego. W I instancji dwukrotnie orzekał sędzia Cohen: 15 grudnia[38] i 31 grudnia 2020 r.[39]; wnioski o dopuszczenie apelacji od jego decyzji rozpatrywał z kolei sąd apelacyjny w dwuosobowym składzie (sędzina King i sędzia Jackson), odpowiednio w dniu 23 grudnia 2020 r.[40] i 13 stycznia 2021 r.[41] W związku z postępowaniami sądowymi w obu instancjach przeprowadzone zostały szczegółowe badania lekarskie stanu, w jakim znalazł się RS, a potwierdzające jego nieodwracalność i wyraźne pogorszenie w czasie dzielącym poszczególne orzeczenia.

4.1. Bezsporne dowody dotyczące stanu RS i rokowania

Pacjent RS, mężczyzna w średnim wieku, mieszkający z żoną i trojgiem dzieci, w dniu 6 listopada 2020 r. doznał w domu zawału serca. Zanim

---

[37] Zob. S.W. Sahm, *Palliative Care v. Euthanasia, The German Position: The German Medical Council's Principles for Medical Care of the Terminally Ill*, „Journal of Medicine and Philosophy" 2/2000, s. 195 i 208; A. Alichniewicz, *Eutanazja*…, s. 169–170; K. Szewczyk, *Bioetyka* t. 1, s. 310.

[38] The Court of Protection, [2020] EWCOP 70, Case No. COP13684602, 15 December 2020, https://www.bailii.org/ew/cases/EWCOP/2020/70.pdf [dostęp: 17.03.2021].

[39] The Court of Protection, [2020] EWCOP 69, Case No. COP13684602, 31 December 2020; https://www.bondsolon.com/media/404038/cop-judgement-31122020.pdf [dostęp: 17.03.2021].

[40] The Court of Appeal (Civil Division), [2020] EWCA Civ 1772, Case No. B4/2020/2131, 23 December 2020; https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/1772.pdf [dostęp: 17.03.2021].

[41] The Court of Appeal (Civil Division), [2021] EWCA Civ 22, Case No. B4/2021/0064, 13 January 2021, https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/01/Z-M-S4-v-RS-and-ors.pdf [dostęp: 17.03.2021].

udało się przywrócić krążenie, trwające co najmniej 45 minut niedotlenienie mózgu spowodowało znaczne i nieodwracalne uszkodzenie tego organu, powodujące trwałą utratę świadomości i zdolności kontaktu z otoczeniem. Od chwili zawału RS pozostawał w stanie śpiączki[42] pod opieką lekarzy ze szpitala The University Hospitals Plymouth NHS Trust. Dnia 25 listopada 2020 r. władze szpitala wystąpiły do sądu opiekuńczego o stwierdzenie, że pacjent nie ma zdolności zadecydowania o kontynuowaniu lub zaprzestaniu terapii podtrzymującej życie, w tym sztucznej wentylacji oraz odżywiania i nawadniania (CANH)[43], oraz że legalne i zgodne z najlepszym interesem RS będzie zaprzestanie tej daremnej terapii, a także zapewnienie niezbędnej opieki paliatywnej mającej umożliwić mu odejście z godnością i bez niepotrzebnego cierpienia. Wniosek szpitala w pełni poparła żona pacjenta, sprzeciw zgłosiły nato-

[42] **Śpiączka** (łac. *coma*) to patologiczny stan utraty świadomości, opisywany jako kompletna nieobecność pobudzenia i czuwania (poziom przytomności) oraz świadomości siebie czy też otoczenia (treść przytomności). Pacjenci w stanie śpiączki leżą z zamkniętymi oczami. Jest to stan pojawiający się m.in. po uszkodzeniu mózgu. Charakteryzuje się tym, że pacjenta nie da się wybudzić żadnym bodźcem dźwiękowym ani czuciowym. W zapisie EEG nie widać zmian charakterystycznych dla cyklu snu i czuwania. Podczas oceny przyłóżkowej nie można uzyskać odpowiedzi na stymulacje, ale stwierdza się obecność odruchów. Trwa to zwykle od dwóch do czterech tygodni. Praktycznie zawsze po tym czasie pacjent z niej wychodzi, ale może także „wyjść" i w stan wegetatywny. Zależy to od stopnia uszkodzeń mózgu. Stan śpiączki występuje w różnym nasileniu, od mniejszego, gdy pacjent reaguje na bodźce bólowe, wykazuje niektóre odruchy obronne, a jego układ oddechowy i krążenia funkcjonują bez zakłóceń, aż po śpiączkę głęboką połączoną z brakiem reakcji na silny nawet ból, kiedy oddech i krążenie krwi stają się niewydolne. Praktycznym i powszechnie używanym narzędziem do oceny stopnia zaburzeń jest piętnastopunktowa skala Glasgow opracowana przez Jennetta i Teasdale'a (GCS – Glasgow Coma Scale), pozwalająca także na śledzenie przebiegu klinicznego zaburzeń świadomości. Wynik 3 oznacza chorego w głębokiej śpiączce, który 1) nie otwiera oczu; 2) nie wypowiada słów i 3) nie reaguje na bodźce. Możliwe jest pełne odzyskanie świadomości, ale drugą skrajnością jest śmierć mózgu. Znanych jest też kilka stanów pośrednich. Szybko udzielona pomoc powinna doprowadzić do wybudzenia po kilku godzinach, a maksymalnie po kilku dniach. Zbyt późna reakcja pociąga za sobą śmierć albo długotrwały, nieuleczalny stan śpiączki. Podstawowe procesy życiowe pacjenta wymagają wtedy wspomagania specjalistyczną aparaturą. (M. Świerkocka, J. Komendziński, *Neurologiczne aspekty zaburzeń przytomności*, Ann. Acad. Med. Gedan. 2013, 43, s. 149–150; R. Larsen, *Anestezjologia* t. 2, red. nauk. wyd. polskiego A. Kübler, Wrocław 2013, s. 1235–1236; *Patofizjologia kliniczna. Podręcznik dla studentów medycyny*, red. B. Zahorska-Markiewicz, E. Małecka-Tendera, Wrocław 2009, s. 461–463; S.A. Tisherman, R.M. Forsythe, *Intensywna terapia w ciężkich urazach*, red. nauk. wyd. polskiego W. Machała, Lublin 2015, s. 435).

[43] *Clinically assisted nutrition and hydration.*

miast jego matka, dwie siostry i siostrzenica (dalej nazywane „krewnymi biologicznymi").

W chwili orzekania przez sąd opiekuńczy, ponad pięć tygodni po wypadku, stan zdrowia RS nie budził żadnych wątpliwości: pacjent leżał w śpiączce, a zajmujący się nim lekarze byli zgodni, że nigdy już nie odzyska przytomności i nie powróci do sprawności umysłowej, która pozwalałaby mu na decydowanie o sobie. Poniżej przedstawiono szczegóły dotyczące diagnozy i rokowania.

W dniu 5 grudnia 2020 r. zdalne badanie pacjenta, za pośrednictwem 45-minutowego nagrania wideo, w którym asystował doktor W, czynnie praktykujący konsultant w dziedzinie intensywnej terapii, przeprowadził doktor Dominic Bell, niezależny konsultant w dziedzinie intensywnej terapii i anestezjologii ze szpitala Leeds General Infirmary. Wyniki badania były następujące. Poza krótkimi fazami częściowego otwarcia oczu RS nie wykonywał żadnych spontanicznych ruchów. Nie reagował na swoje imię ani na głośne klaskanie w dłonie. Kiedy otwierał oczy, nie było w nich widać oznak koncentracji uwagi ani śledzenia, nie występował też odruch rogówkowy (tj. mruganie powiek wywołane stymulacją powierzchni oka). Jego mimika nie zdradzała żadnych charakterystycznych objawów mogących świadczyć o dyskomforcie lub niepokoju w reakcji na stymulację, która sprawiałaby ból osobie mającej zdolność odczuwania bodźców. Ekstremalne zginanie kończyn pacjenta nie wywołało żadnego oporu ani oznak niewygody. Zespół leczący nie był też w stanie zidentyfikować u pacjenta żadnych oznak dyskomfortu, niepokoju ani przyjemności w jakimkolwiek momencie po przyjęciu do szpitala.

Częstsze niż wcześniej otwieranie oczu sugerowało potencjalne przejście ze śpiączki do stanu wegetatywnego (VS)[44], jednak zdaniem doktora

[44] **Stan wegetatywny** (VS – Vegetative State) polega na utracie wyższych funkcji mózgu, głównie świadomości. Świadomość u pacjenta nie funkcjonuje, zachowane są tylko odruchy z rdzenia przedłużonego; organizm przejawia pewną reaktywność, lecz pozbawiony jest zmysłowego kontaktu ze światem i najprawdopodobniej zdolności myślenia. W stanie wegetatywnym pień mózgu żyje i działa, ale kora mózgowa przestaje wykazywać aktywność i spełniać swoje funkcje. Dopóki funkcjonuje pień – ciało zachowuje wszystkie odruchy. W pniu mózgu znajdują się ośrodki odpowiedzialne za utrzymanie funkcji życiowych, jak oddychanie czy praca serca, a także innych – odruchów wzrokowych

Bella pacjent ponad wszelką wątpliwość nie osiągnął jeszcze wówczas stanu wegetatywnego utrwalonego (PVS – Persistent Vegetative State), który jest uważany za nieodwracalny. W najlepszym jednak wypadku, jak prognozował doktor Bell, RS miał szanse osiągnąć dolną granicę stanu minimalnej świadomości (MCS)[45]. Fakt, że po miesiącu nastąpiło

---

i słuchowych, przełykania, kasłania, mrugania. U pacjentów daje się obserwować spontaniczne ruchy źrenic i mimikę twarzy: ziewanie, przeżuwanie, kaszel, zgrzytanie zębami: pacjent może poruszać głową, wykrzywiać twarz w grymasy, wydawać nieartykułowane dźwięki. W przypadku bodźców bólowych wykazuje reakcje odruchowe – grymas bólu, wyprężenie ciała. Pod wpływem bodźców zewnętrznych ciało potrafi się poruszyć, oczy odwracają się w kierunku źródła hałasu, na twarzy pojawia się czasem uśmiech lub grymas rozpaczy. Ale człowiek nie zdaje sobie sprawy z tego, co dzieje się z nim i wokół niego. Obecne są stany przypominające fazy snu i czuwania oraz możliwe spontanicznie reakcje kończyn na bodźce. Wszystkie odruchy mają jednak charakter niezamierzony. Nie występują powtarzające się, celowe odpowiedzi na stymulację bodźcami wzrokowymi, słuchowymi, dotykowymi ani bólowymi. Pacjent w stanie wegetatywnym nie rozumie języka ani nie przejawia jego ekspresji. Może obudzić się ze śpiączki, ale nadal nie odzyskuje świadomości. Cykle czuwania są zupełnie pozbawione funkcji poznawczych, a w razie stwierdzenia trwałości i nieodwracalności tego stanu nie daje to nadziei na poprawę. Stan wegetatywny bywa nazywany przytomnością bez świadomości: pacjent wydaje się przytomny, ale bez oznak, że jest świadomy miejsca, w którym przebywa, sytuacji, obecności innych osób. Zachowane jest krążenie krwi, przemiana materii oraz termoregulacja. Pacjent może (choć nie zawsze) samodzielnie oddychać, ale nie jest w stanie przełykać pokarmu. Odżywianie odbywa się z użyciem zgłębnika gardłowego (zwanego popularnie sondą) lub dojelitowo, a nawet pozajelitowo, zaś produkty przemiany materii wymagają odprowadzania przez cewnikowanie i lewatywę. (Zob. B. Jennett, E Plum, *Persistent Vegetative State After Brain Damage. A Syndrome in Search of a Name*, The Lancet, kwiecień 1972, s. 734–737; M. Świerkocka, J. Komendziński, *Neurologiczne aspekty zaburzeń przytomności*, s. 149–150).

[45] **Stan minimalnej świadomości** (MCS – Minimally Conscious State): pojęcie to zostało wprowadzone do terminologii medycznej w 2002 r. U pacjentów daje się zauważyć obecność elementów świadomości siebie i otoczenia. Właściwe zdiagnozowanie wymaga stwierdzenia powtarzalnych zachowań niebędących odruchowymi, np. wykonywania prostych poleceń jak poruszanie ręką, udzielanie potwierdzających lub przeczących odpowiedzi na proste pytania. Ponadto pacjent powinien być zdolny do przejawiania zrozumiałych werbalizacji oraz właściwych reakcji (uśmiech, płacz) na bodziec emocjonalny oraz braku takich reakcji bez bodźca. Pacjentów cechuje głębokie upośledzenie świadomości, ale demonstrują zdecydowane i powtarzalne cechy samoświadomości bądź integracji ze środowiskiem jak wodzenie oczami za znaną sobie osobą, mogą pojawiać się też reakcje emocjonalne na bliskie osoby – śmiech lub płacz (M. Świerkocka, J. Komendziński, *Neurologiczne aspekty zaburzeń*…, s. 150). Rozróżnia się stany określane jako MCS- (regres) i MCS+ (progres). W tym drugim pacjent może rozumieć i wykonywać proste polecenia, odpowiadać udzielać odpowiedzi „tak" lub „nie" mrugając czy wykonując gest. Często też ma tzw. odruchy obronne: gdy zbliża się do niego twarz bądź podnosi ton głosu, reaguje rozszerzeniem źrenic i przestraszonym wyrazem twarzy. Dzięki zachowanemu minimum świadomości dotyczącej własnej osoby i otoczenia istnieje możliwość prostego kontaktu słownego, gestownego lub mimicznego.

tak ograniczone wybudzenie ze śpiączki, oznaczał, że prawdopodobnie będzie można uzyskać poprawę tylko niewiele większą.

W ocenie doktora Bella szansa, że w takim stadium minimalnej świadomości pacjent będzie w stanie rozpoznać obecność drugiej człowieka, wynosi od 10 do 20%, ale nawet wtedy nie da się stwierdzić, czy jest to reakcja na konkretną osobę, czy na kogokolwiek, kto np. weźmie go za rękę, ani też czy reakcja będzie wyrażać jakąkolwiek konkretną emocję (jak niepokój, przyjemność lub cokolwiek innego). Doktor Bell miał wątpliwości, czy biorąc pod uwagę niskie rokowanie, taki stan w ogóle zostanie przez pacjenta osiągnięty. Był zdania, że nic nie przywróci RS funkcjonowania na „jakimkolwiek poziomie". Natomiast doktor W, który wyraził opinię nieróżniącą się znacząco od stanowiska doktora Bella, prognozę kolegi uznał nawet za zbyt optymistyczną. Sam przewidywał, że RS przejdzie w stan wegetatywny i już w trakcie badania dostrzegał symptomy.

Jak zostało podkreślone, takie przejście nie ma charakteru dramatycznego ani gwałtownego, lecz płynny i stanowi część pewnego spektrum. Jeśli chodzi o oczekiwaną długość życia, to według lekarzy przy utrzymaniu obecnego leczenia pacjent mógłby przeżyć do pięciu lat lub dłużej. Po odłączeniu respiratora byłby zapewne w stanie samodzielnie oddychać, jednak w przypadku zaprzestania CANH zgon nastąpiłby w ciągu kilku tygodni.

4.2. Kryterium najlepiej pojętego interesu pacjenta

W opisanym wyżej stanie faktycznym sąd orzekał na podstawie kryterium najlepiej pojętego interesu (*best interests*) pacjenta niezdolnego do samodzielnego podejmowania decyzji o przebiegu swojego leczenia. Ze względu na doniosłość zagadnienia, a także jego stosunkowo niewielką znajomość w naszym kraju, uznaliśmy za stosowne omówić je bardziej szczegółowo i na tle historycznym, sięgając do słynnego wyroku Izby Lordów z dnia 4 lutego 1993 r. w sprawie Tony'ego Blanda[46].

[46] *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] IM ER 821 HL. Zob. K. Szewczyk, *Bioetyka*, t. 1, s. 390–397. Omówienie wyroku: M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Przerwanie odżywiania w stanie wegetatywnym*, [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, red. M. Safjan, Warszawa 2011, s. 417–426.

W 1989 r. siedemnastoletni wówczas Bland znalazł się w stanie wegetatywnym wskutek obrażeń poniesionych w największej stadionowej katastrofie w dziejach Wielkiej Brytanii. Po trzech latach od zdarzenia wśród lekarzy panowała zgoda, iż stan jego jest nieodwracalny (kora mózgowa pacjenta zmieniła się w masę wodnistego płynu) oraz że jest to najgorszy ze znanych im tego rodzaju przypadków. Rodzice pacjenta zwrócili się do lekarzy o zaprzestanie podtrzymywania życia syna przez zakończenie sztucznej wentylacji, żywienia i nawadniania. Lekarze byli gotowi to zrobić, zarząd szpitala chciał jednak upewnić się co do zgodności z prawem takiej decyzji i wystąpił do sądu opiekuńczego o jej zatwierdzenie.

Zadaniem sądu w sprawie Tony'ego Blanda było rozstrzygnięcie zagadnienia ogólnego: w jakich okolicznościach – o ile kiedykolwiek – osoby mające obowiązek odżywiania pozbawionego świadomości pacjenta mogą zgodnie z angielskim prawem je przerwać, gdy nie ma nadziei na poprawę, a wiadomo, że pacjent wkrótce potem umrze. Kwestia szczególna brzmiała: czy w konkretnym przypadku Blanda lekarze prowadzący postąpiliby zgodnie z prawem, jeśliby przerwali stosowanie środków podtrzymujących życie, w tym sztucznego odżywiania.

Argumentację sądów można streścić następująco. Warunkiem dopuszczalności leczenia osoby dorosłej, przytomnej i zdolnej do rozumienia sytuacji jest jej zgoda. Osoba taka ma pełną swobodę, by uchylić się od leczenia, nawet gdy bez niego umrze. Jeżeli kompetentny pacjent nie zgadza się na leczenie, lekarz musi to uszanować nawet pomimo przekonania, że pacjent obiektywnie działa na własną szkodę – i niezależnie od możliwych negatywnych skutków zaniechania leczenia. W przypadku pacjenta, który jest faktycznie niezdolny do powzięcia decyzji i wyrażenia woli, ale w przeszłości zadeklarował na wypadek takiej sytuacji sprzeciw co do leczenia lub opieki medycznej (włącznie ze sztucznym karmieniem), sprzeciw jego ma charakter wiążący. W wypadkach nagłych prawo pozwala działać bez zgody, o ile niezbędne jest podjęcie pilnych działań w interesie pacjenta, a ten jest nieprzytomny lub zdezorientowany bądź z innych powodów nie może wyrazić zgody ani sprzeciwu, zanim nie będzie za późno. W takich przypadkach leczenie odbywa się nie na podstawie zgody, lecz na mocy „zasady konieczności", którą sądy

rozszerzyły[47] na przypadki, gdy pacjent jest trwale niezdolny do podjęcia decyzji o leczeniu. Wobec tej kategorii pacjentów typowo stosowane są wysoce inwazyjne sposoby postępowania, które w innych okolicznościach mogłyby zostać zakwalifikowane jako poważne przestępstwa. Leczenie może być przeprowadzane w granicach najlepszego interesu pacjenta: „[…] musi nie tylko (1) zachodzić konieczność działania, połączona z niemożliwością porozumienia się z osobą będącą pod opieką, ale także (2) działanie musi być takie, jakie w tych okolicznościach podjęłaby rozsądna osoba kierująca się najlepszym interesem tej osoby" (Lord Goff of Chieveley w sprawie *In re F.*).

Bland był pacjentem przez dłuższy czas poddawanym wysoce inwazyjnemu leczeniu, na które nie miał możliwości wyrażenia zgody (nie pozostawił też żadnych wcześniejszych dyrektyw na taką ewentualność). Sąd rozważył najpierw stosowany wówczas w większości jurysdykcji stanowych USA „test osądu zastępczego" (*subsitute judgment test*), znany ze słynnej sprawy Quinlan[48]. Chodzi tu zrekonstruowanie decyzji samego pacjenta, tak jak gdyby był w stanie ją sam podjąć. Koncepcja ta została jednak w sprawie Blanda oceniona przez sąd jako opierająca się raczej na spekulacjach niż na dowodach i odrzucona, bo niemająca podstawy w prawie angielskim. Zamiast tego sąd odwołał się do precedensowego rozstrzygnięcia *In re F.*, według którego pacjenta z wyłączoną kompetencją decyzyjną należy traktować według zobiektywizowanego kryterium jego najlepszego interesu.

Leczenie i opiekę medyczną sprawuje się w celu przyniesienia pacjentowi korzyści, która może polegać na postawieniu diagnozy, zapobieżeniu chorobie, lub gdy ta już wystąpi, na podjęciu kroków mających ją wyleczyć albo złagodzić jej następstwa. Gdy choroba i jej skutki są nieuleczalne, leczenie powinno zapobiegać pogorszeniu stanu pacjenta lub

---

[47] Sprawa *In re F. (Mental Patient: Sterilisation)* [1990] 2 AC 1; *In re J. (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1991] Fam. 33.

[48] Wyrok Sądu Najwyższego Stanu New Jersey z dnia 31 marca 1976 r. (*In re Quinlan*, I, 70 NJ.IO; 355 A.2d 647; w 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.LR. 3D 205). Zob. K. Szewczyk, *Bioetyka*, t. 1, s. 321–325. Omówienie wyroku: M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Przerwanie odżywiania w stanie wegetatywnym*, s. 405–415.

łagodzić jego ból i cierpienie. Nie każda terapia rokująca pewną skuteczność stanowi tym samym korzyść dla pacjenta. Jeśli np. u cierpiącego bóle, terminalnego pacjenta nowotworowego ujawni się inna choroba współistniejąca, która może skrócić mu życie jeszcze bardziej, wykonanie poważnego zabiegu chirurgicznego w intencji leczenia tej drugiej nie musi leżeć w najlepszym interesie owej osoby, zwłaszcza gdy operacja może odbić się negatywnie na jej jakości życia. W tych okolicznościach operowanie za wszelką cenę naruszałoby powszechne zasady humanitaryzmu.

W przeszłości sądy angielskie dokonywały już trudnych sądów wartościujących na podstawie kryterium najlepszego interesu pacjenta, ważąc przewidywane konsekwencje zrealizowania leczenia z jednej strony i zaniechania go z drugiej[49]. W przypadku Blanda takie ważenie zostało uznane za niemożliwe. Przy kontynuowaniu leczenia i opieki pacjent przeżyłby jeszcze jakiś czas, ale niczego nie odczuwając. Jeśliby przerwać podtrzymywanie życia, również niczego by nie odczuł, a po pewnym czasie umarł. W kategoriach korzyści lub interesu pacjenta trudno jest sensownie porównywać dalsze istnienie z jego brakiem: wszak osobie pozbawionej tak funkcji poznawczych i intelektualnych, jak perspektywy ich odzyskania, jest zupełnie obojętne czy żyje, czy umrze.

Najlepszy interes pacjenta w sytuacji Blanda typowo wymaga, by podłączyć go do systemu podtrzymywania życia tak szybko, jak to konieczne, w celu dokonania dokładnej oceny jego stanu i rokowania na przyszłość. Zrazu może istnieć nadzieja, że nastąpi poprawa w stopniu pozwalającym pacjentowi na „sensowne życie". Część pacjentów z uszkodzoną korą mózgową doznaje mniejszej lub większej poprawy, a niektórzy nawet całkowitej. Ale zdecydowana opinia lekarzy była podówczas taka, że jeśli pacjent w PVS nie wykazuje żadnych oznak polepszenia po sześciu miesiącach, a najdalej po roku – nie ma szans, by nastąpiło to kiedykolwiek. Jeśli więc ani nie dozna on poprawy wystarczającej, by odłączyć wspomaganie, ani nie umrze, ostatecznie zawsze powstanie kwestia, czy należy go pozostawić w takim stanie na czas nieokreślony.

[49] *In Re F.*

Sąd nie miał wątpliwości, że w chwili orzekania kontynuowanie opieki i leczenia nie leżało już w najlepszym interesie Blanda. Czynności te dałyby mu trwanie tylko czysto biologiczne, ale nie mogły dalej służyć jego życiu jako osoby. Jeśli pacjent doznał nieodwracalnego uszkodzenia mózgu, jest trwale pozbawiony świadomości i w jednomyślnej opinii najwybitniejszych specjalistów nie ma szans na polepszenie, to dalsze podtrzymywanie jego życia jest bezcelowe. Kontynuowanie inwazyjnego leczenia byłoby uzasadnione tylko wtedy, gdyby przynosiło mu jakąkolwiek korzyść, tymczasem zarówno dalsza wegetacja dzięki sztucznemu odżywianiu, jak i zgon wywołany jego przerwaniem nie wiążą się po stronie pacjenta z żadnymi odczuciami. **Sztuczne podtrzymywanie biologicznego życia jest czynnością daremną i bezużyteczną, która służy sama sobie, ale nie osobie pacjenta**. Jest ponadto wysoce inwazyjne, odbiera pacjentowi godność i prowadzi do cierpienia jego rodziny. Nadszedł czas, kiedy powstała bezpośrednio po wypadku konieczność minęła. Tym samym minęło uzasadnienie dla inwazyjnej opieki i leczenia, a po stronie lekarzy ustał obowiązek ich zapewnienia.

Kurator procesowy Blanda argumentował, że sztuczne odżywianie jest zwykłą czynnością opiekuńczą, a nie formą leczenia. Zdaniem sądu żywienie osoby w PVS nie jest jednak odpowiednikiem karmienia niemowlęcia, bo taka osoba jest nie tylko niezdolna jak niemowlę do zdobywania pożywienia, ale i do połykania, a więc jedzenia i picia w normalnym znaczeniu tych słów. Karmienie przez sondę stanowi samo w sobie procedurę wysoce inwazyjną, a jej stosowanie wymusza dodatkowo regularne lewatywy, cewnikowanie pęcherza i leczenie odcewnikowego zakażenia dróg moczowych (które powstaje przy długotrwałym cewnikowaniu). Trudno więc mówić o zwykłej opiece humanitarnej. Zachodzi tu raczej analogia do respiratora, który sztucznie wtłacza powietrze do płuc pacjenta niezdolnego do samodzielnego oddychania, więc należy stosować te same zasady oceny. Przywołane przez kuratora analogie, jakoby zaprzestanie sztucznego odżywiania było równoważne przecięciu liny wspinacza w górach lub przedziurawieniu płetwonurkowi przewodu doprowadzającego tlen, sąd uznał za nietrafne. W przypadku pacjenta w PVS nie chodzi o to, czy lekarz ma aktywnie zabić pacjenta, lecz o to,

czy powinien nadal wykonywać leczenie lub opiekę mogące utrzymać go przy życiu. Sąd ustalił, że wolno zgodnie z prawem przerwać podtrzymywanie życia i dostarczanie medycznych środków wspomagających pacjenta, a także leków, z wyjątkiem tych, które podaje się w celu umożliwienia zakończenia życia z godnością oraz jak najmniejszym bólem i cierpieniem.

Pięcioosobowy skład Izby Lordów jednomyślnie utrzymał w mocy postanowienie, o które wnioskował szpital. Ze względu na skrajny charakter przypadku nie zachodziły żadne wątpliwości ani co do całkowitego zaniku wyższych funkcji mózgu, ani co do nieodwracalności tego stanu. Sędziowie zastrzegli jednak między innymi, że gdyby pacjent wykazywał choćby najdrobniejsze przebłyski świadomości, tworzyłoby to „niezerowy" interes w utrzymaniu leczenia. Zwrócili też uwagę, że przerywanie sztucznego podtrzymywania życia stanowi materię właściwą raczej prawu stanowionemu, zarówno z powodu skali problemu (w Anglii było wówczas ponad 1000 pacjentów w PVS, nie licząc dotkniętych innymi chorobami wymagającymi tego typu leczenia), jak i dlatego, że za zagadnieniami prawnymi kryją się kwestie moralne, etyczne, medyczne i praktyczne, które mają fundamentalne znaczenie dla społeczeństwa.

W 2005 r. parlament brytyjski uchwalił ustawę o zdolności umysłowej (*Mental Capacity Act*), mającą na celu ochronę i wzmocnienie pozycji osób, które nie mają dostatecznych kompetencji umysłowych do podejmowania własnych decyzji dotyczących opieki i leczenia[50]. Z ustawy wynika między innymi, że gdy zostanie stwierdzona konieczność decydowania w zastępstwie takiej osoby, podejmowane decyzje powinny leżeć w jej najlepszym (najlepiej pojętym) interesie. Art. 4 MCA zawiera listę przesłanek, które należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu, na czym polega ów najlepiej pojęty interes danej osoby.

[50] MCA dotyczy osób powyżej 16. roku życia. Odnosi się zarówno do bieżących spraw życia codziennego, jak i istotnych decyzji zmieniających życie: przenosin do domu opieki, poważnej operacji czy zaprzestania leczenia podtrzymującego życie (reguluje m.in. kwestie deklaracji antycypacyjnych i podejmowania decyzji zastępczych). Obejmuje przykładowo: osoby z demencją, po udarze, z uszkodzeniem mózgu, doznające poważnych trudności w uczeniu, z zaburzeniami psychicznymi, w stanie utraty przytomności spowodowanej nagłym wypadkiem.

4.3. Orzeczenie sądu I instancji w sprawie RS

Sąd w sprawie RS przyjął wyjściowo założenie zawarte w art. 4 pkt 5 MCA: przy ustaleniach dotyczących leczenia podtrzymującego życie, rozważając, czy leczenie leży w najlepszym interesie danej osoby, nie wolno kierować się chęcią doprowadzenia do jej śmierci.

Ustalenie szczegółowej treści najlepszego interesu pacjenta wymaga rozpatrzenia czynników zawartych w art. 4 pkt 6. Są to: a) przeszłe i obecne życzenia oraz uczucia pacjenta; b) przekonania i wartości, które prawdopodobnie wpłynęłyby na jego decyzję, gdyby zachował zdolność do czynności prawnych; oraz c) inne czynniki, które prawdopodobnie rozważyłby, gdyby był w stanie to uczynić. Dodatkowo (zgodnie z art. 4 pkt 7), jeśli jest to wykonalne i właściwe, należy uwzględnić opinie: a) każdego, kto został wskazany przez pacjenta jako osoba, z którą należy się skonsultować w tej i podobnych sprawach; b) każdego, kto jest zaangażowany w opiekę nad pacjentem lub zainteresowany jego dobrostanem[51].

Zanim sędzia Cohen rozważył te ustawowe wytyczne, przywołał precedensowe orzeczenia w podobnych sprawach. Najważniejszym z nich jest orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v James & Others* [2013] UKSC 67, którego główne ustalenia zreferować można następująco. Punktem wyjścia jest domniemanie, że w najlepszym interesie danej osoby jest pozostanie przy życiu. Głęboki szacunek dla świętości życia ludzkiego, wpisany w prawo i filozofię moralności, nie stanowi jednak wartości absolutnej. Istnieją bowiem przypadki, w których terapia podtrzymująca życie nie leży w najlepszym interesie pacjenta (§ 35). Sądy bardzo niechętnie podchodzą do tworzenia ogólnych zasad podejmowania decyzji: każdy pacjent i każdy przypadek jest inny i musi być rozstrzygnięty na podstawie konkretnych okoliczności faktycznych (§ 36). Co najwyżej można więc powiedzieć, że rozważając najlepszy interes konkretnego pacjenta w określonej chwili, decydenci muszą patrzeć na jego dobro w najszerszym sensie, nie tylko medycznym,

[51] MCA mówi dodatkowo w art. 4 pkt 7 o konsultacjach z każdym wyznaczonym przez pacjenta pełnomocnikiem do podejmowania decyzji zastępczych oraz wyznaczonym przez sąd kuratorem, ale w sprawie RS zapisy te nie miały zastosowania z uwagi na stan faktyczny.

ale także społecznym i psychologicznym; muszą brać pod uwagę charakter leczenia, to, co się z nim wiąże, i perspektywy jego powodzenia; muszą rozważyć, jaki może być wynik tego leczenia dla pacjenta; muszą spróbować postawić się na miejscu indywidualnego pacjenta i zapytać, jakie jest lub może być jego nastawienie do tego leczenia; oraz muszą skonsultować się z innymi osobami, które opiekują się nim lub są zainteresowane jego dobrem, w szczególności w celu uzyskania ich opinii na temat tego, jakie byłoby jego nastawienie" (§ 39). Test najlepszego interesu ma na celu rozważenie spraw z punktu widzenia pacjenta. Nie oznacza to, że jego życzenia muszą przeważyć, podobnie zresztą nie muszą przeważać życzenia pacjenta w pełni zdolnego do podejmowania decyzji. Nie zawsze bowiem możemy mieć to, czego chcemy. Nie zawsze też da się ustalić, jakie są życzenia pacjenta niezdolnego do życia bez wspomagania. Nawet jeśli możliwe jest ustalenie, jakie były jego poglądy w przeszłości, mogły one ulec zmianie w świetle stresu i napięć związanych z jego obecną sytuacją (§ 45).

Z kolejnego przytoczonego precedensu (*Salford Royal NHS Foundation Trust v. P* [2017] EWCOP 23, § 29) wynika, że „sąd ma obowiązek w pełni zbadać i rozważyć wartości i przekonania pacjenta, jak również wszelkie poglądy wyrażone przezeń wtedy, gdy miał zdolność decyzyjną, a które mogą rzucić światło na prawdopodobny wybór, jakiego by dokonał, a także czynniki, które uznałby za istotne lub ważne. (…) Jeżeli poglądy pacjenta można ustalić z wystarczającą pewnością, należy się do nich co do zasady zastosować (…) lub okazać im duży szacunek (…), chociaż nie są one automatycznie rozstrzygające. Jeżeli decyzja, którą podjąłby, a więc jego życzenia w tak bardzo osobistej kwestii, mogą być ustalone z wystarczającą pewnością, powinny one generalnie przeważać nad bardzo silnym domniemaniem na rzecz zachowania życia. (…) «świętość życia» lub «istotna wartość życia» mogą zostać obalone (…) na podstawie przekonująco wyrażonego życzenia kompetentnej osoby dorosłej".

Następnie sąd odniósł się krytycznie do przedstawionego przez doktora Bella poglądu co do progu „znaczącej jakości życia", dając w ten sposób wyraz przekonaniu, że ten w niedopuszczalny sposób wyrwał się

przed szereg. Sędzia[52] odrzucił tym samym postulowaną triadę kryteriów: 1) aby dana osoba miała świadomość środowiska i własnego istnienia albo realistyczną perspektywę odzyskania takiej świadomości; 2) aby ta osoba czerpała przyjemność z niektórych aspektów swojego życia w stopniu, który nie byłby przesłonięty przez oczywisty dyskomfort lub niepokój; oraz 3) aby ta osoba była w stanie konsekwentnie komunikować w jakiś sposób uczucia przyjemności lub dyskomfortu. Sąd przyjął do wiadomości wynikające stąd zapatrywanie, że RS nigdy nie spełni żadnego z wymienionych warunków, przez co nie osiągnie znaczącej jakości życia, powątpiewał jednak, dokąd mogłoby one sąd zaprowadzić. O wyniku sprawy nie decyduje bowiem to, że doktor Bell, zespół leczący czy nawet sąd mogą uważać życie za pozbawione sensownej jakości. Zadeklarował również, że na jego decyzję w tej sprawie nie wpłynie (równie niewczesna) wypowiedź doktora W o cierpieniu, jakie zespołowi leczącemu sprawia utrzymywanie przy życiu pacjenta bez perspektyw na znaczące wyzdrowienie.

Poczyniwszy te zastrzeżenia, sędzia Cohen rozważył kolejno kryteria ustawowe. Rozpoczął od kluczowej kwestii, czy RS wyraził możliwy do ustalenia pogląd, jak chciałby być leczony w zaistniałych warunkach. Okazało się, że pacjent nigdy nie wypowiedział życzeń w tej sprawie. Jego poglądy muszą zostać zatem wywnioskowane z tego, co mówił innym o sytuacjach, które mają jakiś związek z obecną. Sąd skonstatował przy tym głęboki rozdźwięk w rodzinie pacjenta, który pojawił się w ciągu ostatniej dekady, a w rzeczywistości prawdopodobnie jeszcze przed ślubem RS z jego obecną żoną około 17 lat wcześniej. Kwestia dotyczyła wiary religijnej RS, przestrzegania przezeń doktrynalnych zasad religii katolickiej i ich zastosowania w tych okolicznościach.

Według relacji krewnych biologicznych pacjent żywił głębokie przywiązanie do cierpiącej na chorobę Alzheimera matki oraz do chorego na raka ojca i jasno wyrażał opinię, że powinni oni być otoczeni opieką

[52] Rozstrzygnięcia brytyjskie formułowane są konsekwentnie w pierwszej osobie. Akcentuje to bardziej doradczy niż autorytarny sposób orzekania: sąd przedstawia się stronom raczej jako przyjazny rozjemca, a nie organ władczy. Na potrzeby omówienia sprawy stylistyka wypowiedzi została przetransponowana na wzór przyjętej w polskim wymiarze sprawiedliwości.

i mieć szansę przeżycia. Deklarował także sprzeciw wobec rozstrzygnięcia szeroko opisywanego w Anglii przypadku małego dziecka urodzonego z poważnymi wadami, wobec którego podjęto decyzję o przerwaniu leczenia[53]. Krewne utrzymywały, że RS był religijnie konserwatywnym przeciwnikiem aborcji (nawet w przypadku „nienarodzonego dziecka, które może być poważnie chore") i eutanazji. Martwił się też niemożnością unieważnienia poprzednich kościelnych małżeństw swojego i obecnej żony, z którego to powodu nie mógł przyjmować sakramentu komunii św., co świadczyć ma o szczerym przywiązaniu do katolicyzmu. Wynika stąd, że nie chciałby zakończyć życia, jeśli mogłoby ono być podtrzymane, a w jego sposobie myślenia świętość życia przeważyłaby nad wszystkimi innymi czynnikami. Zdaniem krewnych na podjęcie decyzji o zaprzestaniu podtrzymywania życia jest za wcześnie. Na poparcie swojego twierdzenia przywołały wytyczne w sprawie przedłużonych zaburzeń świadomości po nagłym urazie mózgu wydane przez Radę Resuscytacji i Królewskie Kolegium Lekarskie.

Sąd zapoznał się z odpowiednimi fragmentami wytycznych Kolegium i stwierdził, że są one przeznaczone dla pacjentów pomyślnie rokujących, którzy mają lub mogą mieć zdolność powrotu do zdrowia. Gdy nie ma pewności co do charakteru urazu, mogą one stanowić wartościowy test, jednak nie dotyczy to ogromnej większości pacjentów dotkniętych katastrofalnym uszkodzeniem mózgu, którzy nie wykazują żadnych oznak postępu w ciągu pięciu dni, nie mówiąc już o braku znaczącego powrotu do zdrowia w czasie wynoszącym w chwili orzekania ponad pięć tygodni. Z aktualnych wytycznych Rady Resuscytacji wynika jasno, że w ciągu pięciu tygodni możliwe jest obecnie postawienie prognozy o cechach pewności. Gdy po tak poważnym urazie jak u RS nie następuje poprawa, lekarze nie zlecają już szeregu inwazyjnych badań. W ocenianym przypadku w świetle przedstawionego rokowania dalsze badania nie są potrzebne. Sąd w pełni zaakceptował opinie doktora Bella i doktora W. Wytyczne Kolegium nie są przeznaczone dla osób, które pozostają w śpiączce przez ponad miesiąc po zdarzeniu.

[53] Przypuszczalnie chodzi o sprawę Alfiego Evansa.

Sąd ustalił ponadto, że relacje między RS a jego krewnymi biologicznymi były w ostatnim czasie mało intensywne. Pacjent od mniej więcej 2011 r. nie widział się w ogóle z mieszkającymi w Anglii siostrą i jej dziećmi, a kontakty z matką i siostrą w Polsce ograniczały się do nieczęstych rozmów telefonicznych i sporadycznych odwiedzin przy okazji wyjazdów wakacyjnych.

Następnie sąd przesłuchał obecną żonę RS. Zeznała ona, że jej mąż był człowiekiem bardzo „rodzinnym" i nic nie sprawiało mu większej przyjemności niż przebywanie z bliskimi, których uważał za najważniejsze osoby w swoim życiu. Był wprawdzie religijny i w miarę możliwości chodził do kościoła, ale nie oznaczało to, że ściśle przestrzegał wszystkich zasad wiary. Rozwiódł się i ożenił po raz drugi z rozwódką, a pożycie rozpoczęli jeszcze przed ślubem cywilnym. Jako że zaangażowanie matki i sióstr w jego życie było w ciągu ostatniej dekady mocno ograniczone, przedstawiona przez nie wersja zapatrywań męża była dla żony „szczególnie trudna" do przyjęcia.

Żona RS przywołała słowa męża, że w razie poważnej choroby nie chciałby stanowić dla nikogo ciężaru. Jej zdaniem nie chciałby on także, aby jego dzieci widziały go w obecnym stanie, ale żeby pamiętały go jako osobę sprawną. Zapamiętała jego słowa, że każde życie jest cenne i że trzeba się go trzymać, a także że gdyby coś mu się stało, chciałby, aby podjęto wszelkie kroki w celu ratowania go. Jeśliby nie dało się go jednak uratować, nie chciałby być na siłę utrzymywany przy życiu. Nie uważałby zaprzestania leczenia za odebranie życia. Powiedziała też, że ona i dzieci pożegnali się z nim po tygodniu, gdy stało się jasne, że nie ma szans na jakąkolwiek poprawę, i że ta sytuacja była dla nich wielką udręką, a dzieci nie mogły zrozumieć, dlaczego jeszcze trwa. Według niej minimalny powrót do zdrowia, który uzasadniałby utrzymanie RS przy życiu, to taki, w którym mógłby on wchodzić w interakcje z nią i dziećmi, nawet tylko ściskając ich dłonie lub poruszając palcem, aby potwierdzić ich obecność. Mówiła, że w głębi serca wie, że mąż nigdy nie chciałby być utrzymywany w swoim obecnym stanie i że chciałby, aby jego dzieci pamiętały go nie takim, jakim jest teraz, ale takim, jakim był przed wypadkiem.

Sąd doszedł do przekonania, że życzenia RS da się ustalić na podstawie zeznań jego żony. Przytoczoną przez nią wypowiedź, że nie chce być utrzymywany przy życiu, jeśli nie dałoby się go wyleczyć, i że nie chciałby być ciężarem, jeśli poważnie zachoruje, sąd uznał za wyrażenie życzenia, by nie być utrzymywanym przy życiu w stanie, który nie daje mu możliwości uzyskania jakiejkolwiek przyjemności i który jest jednocześnie przykry dla żony i dzieci. Relację żony sąd uznał za bardziej wiarygodną dlatego, że towarzysząc mu przez ostatnie dekady znała go lepiej niż ktokolwiek inny. Zdaniem sądu żywione przez RS przekonania religijne nie wystarczą do podważenia jego poglądów, które zrelacjonowała żona; nie ma także powodu by podejrzewać, że żona w niedopuszczalny sposób te poglądy przekłamała. Posiadanie przez RS przekonań religijnych nie oznacza, że uważałby on swoją obecną sytuację za akceptowalną ani że chciałby być sztucznie utrzymywany przy życiu w śpiączce, w utrwalonym stanie wegetatywnym albo w stanie minimalnej świadomości. Sąd ze swej strony przywiązuje dużą wagę do świętości życia, ale przywiązuje ją też do własnych zapatrywań pacjenta. W świetle przytoczonych relacji nie są one rozstrzygające, należy więc wrócić do pytania, co leży w najlepszym interesie RS, stosownie do jego uznanych za słuszne życzeń, a także biorąc pod uwagę fakt, że z pewnością uwzględniłby on życzenia swojej żony i dzieci oraz wpływ, jaki wywiera na nich jego stan (olbrzymi smutek i wspomnienie RS inne, niż on sam by sobie tego życzył).

Sąd musiał rozważyć następujące rozbieżne i konkurujące ze sobą czynniki (jak zaznaczył, poniższe ich uszeregowanie nie jest tożsame z przypisaniem im relatywnej wagi):

1) perspektywy uzyskania życia mogącego przynieść RS jakiekolwiek pozory przyjemności, które są raczej niewielkie;
2) świętość życia obejmującą przekonania religijne;
3) równowagę między przyjemnością a przykrością oraz przedstawione przez doktora Bella dowody, że pacjenci z bardzo ograniczoną zdolnością do okazywania jakichkolwiek emocji częściej odczuwają i okazują przykrość niż przyjemność;
4) poglądy innych bliskich i drogich pacjentowi osób, a w szczególności tych najbliższych i najdroższych: żony i dzieci;

5) poglądy samego RS, tak dalece, jak sąd był je w stanie je ustalić – ten właśnie czynnik sąd uznał za najważniejszy ze wszystkich, które wziął pod uwagę.

Wszystkie one zostały przez sąd zważone na szali najlepszego interesu RS. Całkowicie nieistotne jest to, czego w podobnych przypadkach mogliby sobie życzyć inni ludzie. Sąd uznał, że gdyby w obecnej sytuacji RS był w stanie podjąć decyzję w swoim imieniu, z pewnością nie życzyłby sobie przedłużenia życia, i to właśnie leży w jego najlepszym interesie. Szpitalowi i żonie RS sędzia pozostawił wspólne podjęcie decyzji, czy należy także zaprzestać nawadniania, zaznaczając, że w tym punkcie orzeczenie ma charakter bardziej dozwalający niż zobowiązujący.

4.4. Postępowanie odwoławcze w sprawie RS

Po ogłoszeniu wyroku RS został odłączony od respiratora, jednak zgodnie z przewidywaniami lekarzy podjął samodzielne oddychanie. Przy podejrzeniu zapalenia płuc przepisano mu antybiotykoterapię, a po zaprzestaniu odżywiania i nawadniania otrzymywał morfinę oraz środki uspokajające. Zespół leczący regularnie monitorował stan jego zdrowia, wykonując m.in. badania EEG.

Żona i dzieci pacjenta w pełni zaakceptowały decyzję sędziego Cohena. Sprzeciw zgłosiły natomiast krewne biologiczne, w których imieniu występowała siostrzenica RS. Jednak jej wniosek z dnia 18 grudnia 2020 r. o zezwolenie na wniesienie apelacji opartej na rzekomych błędach proceduralnych sądu I instancji został odrzucony jako oczywiście bezzasadny przez sąd apelacyjny w dwuosobowym składzie orzekającym w dniu 23 grudnia 2020 r. Skarżąca nie zakwestionowała ani wyników badań lekarskich i prognozy RS, ani też faktu oparcia decyzji sędziego na danych medycznych. Twierdziła natomiast, że sąd I instancji niewystarczająco uwzględnił katolickie przekonania RS, w świetle których o końcu życia powinien decydować nie człowiek, lecz Bóg. Sąd apelacyjny uznał jednak, że w I instancji z należytą wnikliwością i starannością rozważono religijne poglądy pacjenta oraz że właściwie uwzględniono je przy wydaniu decyzji o zaniechaniu leczenia; dalsze zajmowanie się tą kwestią nie wniosłoby do sprawy żadnych nowych okoliczności, a ponadto niepotrzebnie

przedłużałoby leczenie, które nie leży w najlepszym interesie RS. Sąd nie przychylił się także do subsydiarnych zarzutów adwokata reprezentującego krewne biologiczne, jakoby sąd I instancji dopuścił się nieprawidłowości proceduralnych w związku z trybem przesłuchania żony pacjenta.

Nie uzyskawszy zgody sądu II instancji na wniesienie apelacji, krewne biologiczne złożyły w dniu 27 grudnia 2021 r. wniosek do sądu opiekuńczego o uchylenie decyzji z 15 grudnia. Zmieniły przy tym całkowicie taktykę: zamiast wskazywać błędy proceduralne postanowiły podważyć ocenę stanu zdrowia i rokowań RS, w oparciu o które zapadła pierwsza decyzja sędziego Cohena. Domagały się powołania kolejnego biegłego mającego zbadać RS i przyjęcia, że w najlepszym interesie pacjenta leży utrzymanie CANH, a także wydania zarządzenia o przewiezieniu go w celu dalszego leczenia do Polski. Sędzia Cohen oddalił wszystkie te żądania postanowieniem z dnia 31 grudnia 2020 r. Krewne biologiczne postanowiły się od niego odwołać, ale ich wniosek o zezwolenie na apelację został przez sąd apelacyjny (w tym samym dwuosobowym składzie) oddalony jako oczywiście bezzasadny w dniu 11 stycznia 2021 r.; uzasadnienie podano do wiadomości w dniu 13 stycznia 2021 r. Sąd uznał, że podnoszone w apelacji zarzuty są bezprzedmiotowe, a decyzja sądu I instancji jest słuszna i zgodna z prawem.

Nie poprzestając na walce przed sądami brytyjskimi, krewne biologiczne usiłowały przenieść sprawę RS na forum Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W dniu 24 grudnia 2020 r. złożyły do ETPC wniosek o zastosowanie środków tymczasowych; podobny został złożony przez Rząd Rzeczypospolitej Polskiej. Oba one zostały przez Trybunał odrzucone – odpowiednio w dniach 24 i 28 grudnia 2020 r. W dniu 28 grudnia 2020 r. krewne biologiczne złożyły do ETPC skargę merytoryczną. W dniu 7 stycznia 2021 r. została ona uznana za niedopuszczalną i w tym samym dniu odrzucono ich drugi wniosek o zastosowanie środków tymczasowych.

Burzliwy przebieg postępowania sądowego miał bardzo inwazyjne i dolegliwe skutki dla leczenia RS. Po zawale serca przebytym w dniu 6 listopada 2020 r. otrzymywał CANH i wentylację mechaniczną do 16 grudnia, kiedy to w konsekwencji pierwszej decyzji sędziego Cohena zostały one

wycofane. CANH zostało jednak przywrócone już 18 grudnia po złożeniu przez siostrzenicę pacjenta wniosku o zezwolenie na apelację. Ponownie wycofano je 24 grudnia po oddaleniu wniosku przez sąd apelacyjny. Zostało jednak przywrócone już 28 grudnia, po złożeniu wniosku przez pozostałą część rodziny biologicznej, a ponownie wycofane 7 stycznia 2021 r., kiedy wygasło postanowienie o wstrzymaniu postępowania, wydane przez sędziego Cohena w związku z merytoryczną skargą do ETPC. Następnie CANH przywrócono 11 stycznia, w związku z kolejnym wnioskiem krewnych biologicznych o zezwolenie na apelację, aby ostatecznie wycofać je po odmownej decyzji sądu apelacyjnego 13 stycznia 2021. I tak, mimo że sądy od początku konsekwentnie uznawały kontynuację CANH za nieleżącą w najlepszym interesie RS, w toku postępowania wszczętego przez krewne biologiczne musiano je przywracać aż trzykrotnie na przestrzeni zaledwie czterech tygodni, co zdaniem sądu apelacyjnego wiązało się z głębokim naruszeniem godności pacjenta, a także z cierpieniem jego żony i dzieci.

Zreferujemy teraz przebieg wydarzeń towarzyszących postanowieniu sędziego Cohena z 31 grudnia 2020 r. oraz nieudanej próbie wniesienia apelacji, która zakończyła się orzeczeniem z 3 stycznia 2021 r. Otóż po pierwszej odrzuconej apelacji (23 grudnia) krewne biologiczne poprosiły żonę RS o umożliwienie im złożenia wizyty pożegnalnej w szpitalu, na co ta wyraziła zgodę. W dniu 25 grudnia siostrzenica RS w towarzystwie swej matki i brata udała się do szpitala. Tam zostali oni przyjęci przez doktora W (konsultanta intensywistę) i jego kolegę, którzy pełnili dyżur bożonarodzeniowy. Obaj lekarze zadeklarowali gotowość rozmowy z krewnymi RS w dniu 25 lub 26 grudnia, jeśli wyraziliby oni takie życzenie, jednak propozycja pozostała bez odzewu. Zamiast tego biologiczni krewni RS uciekli się do podstępu.

Nie informując o tym ani władz szpitala, ani lekarzy zajmujących się RS, ani jego żony, skonsultowali się oni przed wizytą w szpitalu z doktorem Patrickiem Pullicino, doświadczonym neurologiem i zarazem katolickim księdzem. W porozumieniu z doktorem i zgodnie z udzielonymi przezeń wskazówkami wykorzystali „pożegnalną" wizytę do potajemnego sfilmowania RS w celu uzyskania danych do nowej ekspertyzy

lekarskiej. Jak następnie wytknął w swojej decyzji sędzia Cohen, było to postępowanie podstępne, uwłaczające żonie RS i zespołowi leczącemu, niezgodne z prawem i naruszające prawa zarówno RS, jak i placówki medycznej.

Mimo sporej konsternacji wywołanej postępowaniem krewnych RS sędzia Cohen postanowił jednak – z uwagi na ciężar gatunkowy sprawy RS – wysłuchać zeznań doktora Pullicino, który usiłował postawić diagnozę na podstawie dziesięciu krótkich nagrań wideo trwających łącznie mniej niż trzy minuty (najdłuższy klip liczył zaledwie 41 sekund). Lekarz ów twierdził m.in., że RS znajduje się w stanie minimalnej świadomości, ponieważ okazuje jakoby „wyraźną reakcję emocjonalną na obecność członków rodziny" (których wszakże, jak zauważył sędzia Cohen, nie widział od prawie dekady!), oraz że „ma on 50% szansy na samodzielność w swoim własnym domu". Po zapoznaniu się z nagraniami, pokazaniu ich doktorom W i Bellowi, którzy zanegowali rozpoznanie doktora Pullicino, oraz po przesłuchaniu tego ostatniego sędzia Cohen całkowicie odrzucił jego zeznania i nie przypisał im żadnej wagi. Uznał bowiem, że sporządzając swoją opinię, doktor Pullicino nie oparł jej na żadnych realnych faktach. W szczególności nie zapoznał się on z dokumentacją leczenia RS, nie skonsultował się z żadnym z członków zespołu leczącego, nie znał wyników badania rezonansem magnetycznym i EEG, nie przeczytał orzeczeń sądowych ani akt sprawy, lecz tylko w całości oparł się na niezweryfikowanej w jakikolwiek sposób ustnej relacji siostrzenicy RS. Ponadto nie przeprowadził prawidłowo zorganizowanego badania pacjenta, poprzestając na amatorskich nagraniach wideo, a w trakcie przesłuchania przez sąd unikał niewygodnych dla siebie odpowiedzi i niefrasobliwie kluczył.

Za bardziej wiarygodne sędzia uznał wyniki kolejnych badań przeprowadzonych w dniu 29 grudnia 2020 r. przez doktorów W i Bella z pomocą żony RS, a następnie – niezależnie od nich – przez neurolożkę doktor A, której także asystowała żona RS.

Po wykonaniu badania wideo (nagrania dokonano za zgodą żony RS i władz szpitala) oraz po zdalnej konsultacji z doktorem W i zespołem multidyscyplinarnym (w tym z pielęgniarką i fizjoterapeutami) doktor Bell

poinformował, że **RS pozostaje obecnie w stanie wegetatywnym**, bez jakichkolwiek dowodów na progresję w spektrum przedłużonych zaburzeń świadomości w kierunku MCS. Zostało to potwierdzone zapisem EEG z dnia 29 grudnia 2020 r., który wykazał brak aktywności mózgu w odpowiedzi na różne rodzaje stymulacji. Potwierdza to brak korowego przetwarzania informacji przez mózg. Doktor Bell stwierdził, że upływ czasu jeszcze bardziej zmniejszył szansę RS na osiągnięcie stanu minimalnej świadomości, którą po badaniu z dnia 5 grudnia oszacował na zaledwie 10–20%. Wprawdzie RS wykazuje zwiększone oznaki czuwania, ale jest to tylko wynik ustępowania obrzęku mózgu, co pozwala niektórym z bardziej odpornych jego części funkcjonować w miarę przechodzenia RS ze stanu śpiączki do wegetatywnego. Nie oznacza to odzyskania funkcji poznawczych ani zdolności do komunikacji i okazywania emocji. Nie ma nic, co przemawiałoby za pozostawieniem na rozstrzygnięcie więcej czasu. Osiem tygodni to zdaniem doktora Bella wystarczająco dużo, by móc podać rokowanie w przypadku tak poważnego urazu. Niestety, stan RS uległ pogorszeniu zamiast się poprawić.

Doktor W podkreślił, jak ważna jest trajektoria zmiany stanu RS, o której doktor Pullicino nie miał pojęcia, opierając się jedynie na ustnych informacjach pochodzących od siostrzenicy pacjenta. RS przeszedł ze stanu śpiączki do wegetatywnego, co wyjaśnia nieco zwiększony poziom aktywności organizmu, ale nie osiągnął żadnego z kryteriów świadczących o choćby minimalnej świadomości. Doktor W wyraził także duże zaniepokojenie bólem i cierpieniem, jakie stosowane leczenie, w przeciwieństwie do opieki paliatywnej, może powodować u RS, oraz że istnieją dowody takiego bólu relacjonowane przez osoby, które powróciły do zdrowia po urazach mniej poważnych niż uraz RS. Jego zdaniem nie nastąpiła żadna istotna zmiana, a jego opinie, które od początku były mniej optymistyczne niż poglądy doktora Bella w dniu 9 grudnia 2020 r., niestety okazały się słuszne. Pod każdym względem zgodził się z doktorem Bellem, że nie ma żadnych szans na pozytywne zakończenie sprawy RS. Także opinia neurolożki doktor A nie pozostawiała żadnych wątpliwości co do stanu pacjenta: RS nie reagował na bodźce wzrokowe ani bólowe, wykonując jedynie mimowolne drgnienia.

W obliczu powyższych dowodów sąd opiekuńczy nie miał wątpliwości, iż u RS nie nastąpiła poprawa i nie ma podstaw do zmiany poprzedniej decyzji, że leczenie podtrzymujące życie nie leży w jego najlepszym interesie.

Następnie sędzia Cohen w obecności wicekonsula polskiej ambasady ustosunkował się do wniosku krewnych biologicznych o przewiezienie RS do Polski. Odczytał korespondencję otrzymaną z polskiego Ministerstwa Spraw Zagranicznych i polskiego Ministerstwa Sprawiedliwości, które zaoferowały transport oraz leczenie i opiekę w kraju pochodzenia RS. Podziękował wicekonsulowi, który zwrócił się do sądu, wyrażając gotowość Polski do udzielenia wszelkiej pomocy. „Bez wahania" odrzucił jednak sugestię, że RS powinien zostać przeniesiony za granicę, opierając się na opinii doktora W, którego zdaniem wielogodzinna podróż obarczona znacznym ryzykiem śmierci w czasie transportu jest przedsięwzięciem zbyt ryzykownym i wiąże się z dużo większym dyskomfortem niż pielęgnacja w szpitalnym łóżku. Nie ma przy tym żadnych gwarancji, że za granicą – nawet gdyby leżało to w najlepszym interesie RS – dałoby się zapewnić leczenie lub opiekę lepszą niż w Wielkiej Brytanii. Ponadto „jest nie do pomyślenia", że pacjent miałby być przeniesiony wbrew woli żony i dzieci.

Sędzia Cohen zgodził się jednak zawiesić wydanie postanowienia o zaprzestaniu CANH do 7 stycznia 2021 r., aby umożliwić rozpatrzenie przez ETPC wniosku krewnych biologicznych. Mimo że w ten sposób postępowanie zostało skutecznie zakończone, Charles Foster, reprezentujący podówczas rodzinę biologiczną adwokat, wystąpił z nieformalnym wnioskiem o sporządzenie kolejnego raportu medycznego. Jego postulaty zostały odrzucone z uzasadnieniem, że będące w dyspozycji sądu opinie lekarskie są wystarczające. W dniu 7 stycznia 2021 r. ETPC uznał skargę za niedopuszczalną i nie przyznał żadnego środka tymczasowego. Tym samym CANH zostało ponownie wycofane.

W dniu 8 stycznia 2021 r. krewne biologiczne RS zwróciły się do pana Bogle'a, trzeciego już z kolei prawnika mającego ich reprezentować w sprawie, który w niedzielę 10 stycznia o godzinie 2.45 w nocy, poza normalnymi godzinami urzędowania sądu, złożył do sędziego dyżurnego

wniosek o ponowne zawieszenie wykonania postanowienia o zaprzestaniu CANH. Podstawą faktyczną była zmiana opinii przez doktora S, konsultującego wcześniej przypadek RS polskiego lekarza. Postanowienie sędziego Cohena zostało zawieszone do czasu, gdy sprawa będzie mogła zostać przedstawiona sądowi apelacyjnemu, co nastąpiło o godz. 14.00 tego samego dnia.

Doktor S, konsultant neurochirurgiczny z Polski, został zaangażowany w sprawę przez krewne biologiczne RS. W dniu 21 listopada 2020 r. odbył zdalną konsultację przypadku z doktorem W, podczas której omówiono historię choroby i progresję wyników badań od czasu przyjęcia RS do szpitala. Doktor W udostępnił ekran z obrazami pochodzącymi z badania rezonansem magnetycznym i tomografem komputerowym, a także szczegółowo opisał wyniki badań EEG i SSEP (udostępnienie zapisów nie było możliwe ze względów technicznych). W sporządzonej notatce doktor W uznał rozmowę z polskim kolegą za „bardzo konstruktywną" i wyraził pogląd, że opinia doktora S będzie zgodna z prognozą lekarzy angielskich.

Doktor S sporządził dla zleceniodawczyń w dniu 6 grudnia 2020 r. trzystronicowy raport. Określił w nim ogólne rokowanie jako „raczej złe" i wyraził opinię, że „badania diagnostyczne zostały wykonane *in extenso*, a kluczowe dla rokowania dane zostały już dostarczone". Jednak krewne nie ujawniły tego raportu sądowi aż do momentu złożenia wniosku poza godzinami urzędowania 11 stycznia 2021 r., czyli pięć tygodni później. Zdaniem sądu apelacyjnego „bez wątpienia" powodem było to, że raport w pełni zgadzał się z ustaleniami lekarzy prowadzących i doktora Bella i w konsekwencji już na pierwszej rozprawie przed sędzią Cohenem dowody medyczne nie zostały podważone, a sąd zajmował się wyłącznie kwestią życzeń i uczuć RS.

W nieformalnym wniosku o zezwolenie rodzinie na zaangażowanie innego lekarza nie podano żadnego nazwiska. Okazało się, że siostrzenica RS odbyła 2 stycznia 2021 r. rozmowę wideo z doktorem S, podczas której pokazała mu wykonane w Boże Narodzenie nagrania ze szpitala. Następnie doktor S sporządził drugi list, datowany na 6 stycznia, który siostrzenica RS otrzymała 8 stycznia. W tym samym dniu

doktor S skontaktował się ze szpitalem w Plymouth z prośbą o zbadanie RS. W świetle decyzji sądu szpital nie był władny, by wyrazić na to zgodę. Tymczasem pismo doktora S z 6 stycznia nie zostało ujawnione ani szpitalowi, ani adwokatowi z urzędu, mimo trwającej korespondencji mailowej na temat stanu RS, a zamiast tego zostało po raz pierwszy wykorzystane dla poparcia wniosku złożonego 11 stycznia 2021 r. poza godzinami urzędowania.

Z pisma tego wynika, że doktor S, opierając się jedynie na relacji siostrzenicy RS oraz nagraniach wideo, zamierzał zdiagnozować poprawę stanu RS w kierunku MCS. Wydaje się, że nie znał on (ponieważ nie został o tym poinformowany ani o to nie poprosił) istotnych dowodów medycznych ani szczegółowych ustaleń sądu, które doprowadziły do wniosków przeciwnych.

W apelacji skarżący podnieśli następujące zarzuty. Po pierwsze, zastosowana przez sędziego Cohena podczas rozprawy procedura nie zapewniła równości stron i uniemożliwiła należyte zbadanie zmiany stanu zdrowia i rokowania u RS. Sąd oparł się na dowodach medycznych przedstawionych przez biegłych powołanych przez szpital i pełnomocnika z urzędu, ale odmówił krewnym pacjenta zgody na powołanie własnego biegłego, który powinien uzyskać dostęp do dokumentów sprawy i je prześledzić, przeprowadzić badanie RS, zapoznać się z wynikami testów i omówić sprawę z zespołem klinicznym. Doktor Pullicino nie mógł tego wszystkiego zrobić, a zatem krytyka jego zeznań jest niesprawiedliwa. W tych okolicznościach rozstrzygnięcie przez sędziego kwestii merytorycznych było przedwczesne.

Po drugie, sędzia popełnił błąd w ustaleniach faktycznych, stwierdzając, że u RS nie nastąpiła poprawa i nie ma podstaw do zmiany pierwotnej decyzji. W czasie pierwszej rozprawy dowody medyczne wskazywały, że RS przechodził ze stanu śpiączki do wegetatywnego, jednak w czasie drugiej doktorzy W i Bell uznali, że RS znajduje się w stanie wegetatywnym, podczas gdy dr Pullicino uznał, że wydaje się on przechodzić do stanu minimalnej świadomości. Niezależnie od tego, który z dowodów zostanie przyjęty, wyraźnie oznacza to znaczącą poprawę stanu neurologicznego RS i, co najmniej, pełne przejście ze śpiączki do stanu wegetatywnego.

Po trzecie, z uwagi na zmianę stanu neurologicznego RS sędzia powinien był zarządzić przeprowadzenie nowych badań medycznych.

Po czwarte, zaprzestanie odżywiania i nawadniania osoby zdolnej lub potencjalnie zdolnej do odczuwania bólu i cierpienia jest sprzeczne z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W świetle orzecznictwa ETPC jest to dopuszczalne tylko w przypadku osób w VS, które w związku z tym nie mają świadomości, w tym świadomości bólu.

Wreszcie, po piąte, sędzia Cohen nie uzasadnił ani nie dowiódł w wystarczający sposób, że zaproponowane przez polski rząd przeniesienie do polskiego szpitala nie leżało w najlepszym interesie RS, ponieważ 1) stwierdzenie, że podróż byłaby „głęboko niekomfortowa dla RS", jest przewrotne jako logicznie niespójne z faktem, że RS znajduje się w śpiączce lub przechodzi w VS; 2) stwierdzenie znacznego ryzyka śmierci podczas transportu nie ma odpowiedniej podstawy dowodowej; oraz 3) nie było dowodów na to, że przewiezienie RS do Polski byłoby sprzeczne z wolą jego żony i dzieci.

Sąd apelacyjny uznał wszystkie zarzuty podniesione w apelacji za bezpodstawne. Co do pierwszego, to zgodnie z przepisami sąd ma prawo kontrolować wprowadzanie dowodów z opinii biegłych i ma obowiązek ograniczyć ich dopuszczalność do tego, co jest niezbędne, aby pomóc sądowi w dokonaniu rozstrzygnięcia. Wyznaczony przez sąd biegły podlega przede wszystkim sądowi. Przestrzeganie procedury ma szczególne znaczenie w postępowaniach o dużym ciężarze gatunkowym. W niniejszej sprawie sąd prawidłowo zarządził uzyskanie dowodów z opinii niezależnych biegłych, zezwalając adwokatowi z urzędu na zamówienie opinii u doktora Bella, biegłego o uznanej pozycji. Zlecenia dodatkowych ekspertyz nie zasugerowano żadnej ze stron rodziny RS: ani krewnym biologicznym, ani żonie.

Zarzut niesprawiedliwego potraktowania dowodów przedstawionych przez doktora Pullicino jest bezdyskusyjnie niesłuszny. Dowody te, mimo że uzyskane w wyniku godnego pożałowania podstępu, zostały w pełni rozpatrzone. Okazało się, że były pozbawione jakichkolwiek cech wiarygodności i nie może dziwić, że sędzia odrzucił je jako w istocie bezwartościowe.

Od decyzji odmawiającej zezwolenia na dalsze opinie biegłego nie zostało złożone odwołanie. Zamiast tego siostrzenica RS i osoby jej doradzające ponownie skontaktowały się z doktorem S. Mecenas Bogle porzucił tezę (choć pojawiła się ona w zrębie jego argumentacji), że dla zapewnienia sprawiedliwości postępowania każda ze stron ma prawo powołać biegłego. Podtrzymał jednak twierdzenie, że sędzia niesłusznie oddalił wniosek adw. Fostera o zezwolenie krewnym biologicznym na powołanie własnego biegłego. To twierdzenie jest również bezzasadne. Sąd był gotów zrewidować swoją wcześniejszą decyzję, włącznie z przesłuchaniem doktora Pullicino, niezależnie od sposobu, w jaki został on zaangażowany w sprawę. Po uczynieniu tego sąd podjął ostateczną decyzję. Postępowanie nie może toczyć się bez końca na życzenie niezadowolonych stron. Nie dość, że odmowa powołania kolejnego bliżej nieznanego biegłego nie jest niesprawiedliwa, to jeszcze istnieje realne ryzyko wyrządzenia szkody stronie chronionej i niesprawiedliwości wobec innych stron, jeżeli postępowanie sądowe byłoby prowadzone w tak niezasadny sposób. W sprawie nie pojawiły się żadne nowe istotne okoliczności i sędzia miał całkowitą rację, odrzucając wniosek, który został złożony bezpośrednio po wydaniu przez niego orzeczenia.

Drugi zarzut apelacji, który dotyczy rzekomego błędu w ustaleniach faktycznych, opiera się na błędnej interpretacji rozumowania sądu. Chodziło o to, czy nastąpiła zmiana prognozy medycznej, na której opierała się poprzednia decyzja. Prognoza ta przewidywała bardzo ograniczony postęp od śpiączki do stanu wegetatywnego, a w najlepszym przypadku do niskiego MCS. Po dokładnym zbadaniu zaktualizowanych dowodów medycznych sąd uznał, że prognoza nie uległa pozytywnej zmianie, a wręcz stała się bardziej pesymistyczna niż poprzednio. Fakt, że stan RS ulegał dynamice zgodnie z przewidywaniami, niczego nie zmienia.

Pismo doktora S. z 6 stycznia 2021 r. ma niestety wiele identycznych wad co ekspertyza doktora Pullicino, w tym sensie, że brakuje w nim solidnej podstawy dowodowej. Doktor S nie został powołany na biegłego sądowego, ponieważ w toku postępowania nie został złożony żaden wniosek w tym przedmiocie. Nie ma więc podstawy, na której można by formalnie dopuścić ten dowód w postępowaniu odwoławczym.

Wniosek sędziego, że rokowania medyczne nie uległy zmianie, ma mocne oparcie w licznych dowodach. Zarzut przeciwny jest zatem chybiony, a co za tym idzie upada również zarzut kolejny, który jest od niego zależny.

Podstawa czwartego zarzutu, który dotyczył naruszenia art. 2 EKPC, jest błędna z punktu widzenia prawa. Zasada dobrostanu ma zastosowanie do wszystkich decyzji, niezależnie od diagnozy. Pełnomocnik krewnych biologicznych uzasadnił swoje twierdzenie tak, że niezgodne z art. 2 EKPC jest wycofanie pożywienia i płynów osobie zdolnej do odczuwania bólu i cierpienia, z powołaniem się na wyrok *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] A.C 789, który także dotyczył osoby w stanie wegetatywnym. Nie brakuje jednak ugruntowanych krajowych autorytetów, które twierdzą, że CANH może być zgodnie z prawem wycofane także w przypadku osób, które nie znajdują się w takim stanie. Szereg podobnych spraw zostało zebranych przez Sąd Najwyższy w sprawie *An NHS Trust v Y* [2018] UKSC 46; [2018] 3 WLR 751: przykładowo *In re M* (*Adult Patient*) (*Minimally Conscious State: Withdrawal of Treatment*) [2011] EWHC 2443 (Fam); [2012] 1 WLR 1653; *In re M* (*Incapacitated Person*: *Withdrawal of Treatment*) [2017] EWCOP 18; [2018] 1 WLR 465 i *In re Briggs* (*Incapacitated Person)* [2018] Fam 63.

Wreszcie, wniosek, że przewiezienie do Polski nie leżałoby w interesie RS, jest przejrzyście uprawniony z powodów podanych przez sąd I instancji. Sąd miał prawo, by zaakceptować opinię doktora W na temat prawdopodobnego negatywnego wpływu transportu na stan RS. W istocie nie było dowodów, które mogłyby ją podważyć. Twierdzenie zaś, jakoby zabrakło dowodów na opinię żony i dzieci RS w tej sprawie, sugeruje, że matka i siostry przeoczyły fakt, iż przez ostatnie 17 lat realne życie RS toczyło się nie z nimi, ale z rodziną, którą założył w Anglii. W każdym razie sąd został poinformowany, że żona i dzieci RS nie poprą takiego posunięcia, a stanowisko to zostało potwierdzone przez adwokata z urzędu. Pomimo życzliwej propozycji ze strony polskich władz sąd słusznie uznał, że przeniesienie RS nie leży w jego najlepszym interesie, a dokonanie go wbrew woli jego najbliższych krewnych jest nie do pomyślenia.

Sytuacja RS była wielokrotnie przedmiotem intensywnego, słusznie wymaganego prawem namysłu. W szczególności uważnie zapoznano się z odrębnym zdaniem krewnych biologicznych, jednak sąd ma obowiązek zapewnić, aby najlepszy interes RS nie doznał uszczerbku przez ciągłe bezpodstawne kwestionowanie decyzji zgodnych z prawem. Nie można dopuścić, aby szeroki asortyment zastosowanych przez krewne biologiczne środków odwrócił uwagę od ustalonych przez sąd życzeń i uczuć samego RS ani od sytuacji jego żony i dzieci muszących znosić postępowanie, które przy jednoczesnej utracie RS jest dla nich niewątpliwie bardzo przykre.

Ponieważ w orzeczeniu sądu I instancji z 15 grudnia 2020 r. stwierdzono, że wszelka opieka i leczenie paliatywne mają być świadczone tak, aby w miarę możliwości zapewnić RS zachowanie maksimum godności i jak najmniejszy dyskomfort do czasu zakończenia życia, zdaniem sądu apelacyjnego trzykrotne kolejne wycofywanie i przywracanie sztucznego odżywiania i nawadniania stanowiło wprost niewyobrażalny zamach na godność pacjenta, który jeszcze kilka tygodni wcześniej był sprawnym i zdrowym, oddanym rodzinie człowiekiem. Każde takie przywrócenie wymagało inwazyjnych technik, a ostatni raz miało miejsce w czasie, gdy zespół leczący uznał, że pacjent jest bliski śmierci, co krewne biologiczne uznały za uzasadnienie wniosku o odroczenie złożonego w środku nocy bez powiadomienia szpitala i adwokata z urzędu.

Sąd może w razie potrzeby ponownie rozpatrzyć wcześniejszą decyzję dotyczącą najlepszego interesu pacjenta, gdyby pojawiły się nowe, przekonujące dowody w sprawie. Nie może tego jednak uczynić w oparciu o opinie fałszywe lub niepełne, a do takiej właśnie kategorii zaliczały się dowody przedstawione przez doktorów Pullicino i S.

Komentarz

Kryterium najlepiej pojętego interesu pacjenta pozbawionego funkcji poznawczych i intelektualnych ma charakter zobiektywizowany. Stosowany wcześniej i poddany krytyce w sprawie Blanda test osądu zastępczego (*substitute judgement test*) nie pozwala natomiast oddzielić go od

osobistych odczuć zastępczego decydenta. Początkowo odbierany był jako konsekwencja poszanowania autonomii oraz prywatności: zastępca miał za zadanie „wczuć się w umysł" chorego i podjąć taką decyzję, jaką podjąłby on sam, gdyby był kompetentny. O ile jednak nie znajduje to oparcia w solidnych dowodach na takie nastawienie, sprowadza się do „wyspekulowanej pseudowoli" niemającej nic wspólnego z rzeczywistymi intencjami pacjenta. Dlatego amerykańscy bioetycy Beauchamp i Childress proponują ograniczyć użycie testu osądu zastępczego do sytuacji, gdy istnieją wyraźne podstawy, by uznać, iż dawniej kompetentna osoba rzeczywiście podjęłaby taką decyzję, jaką przedstawia zastępca. Ażeby jego osąd był godny zaufania, zastępca powinien dobrze znać pacjenta i jego przeszłość. Test osądu zastępczego pozwala określić, co powinno się postanowić w sprawie pacjentów niegdyś samodzielnych decyzyjnie, jeżeli znane są ich dawne preferencje. W istocie jednak, jak słusznie podnoszą autorzy, sprowadza się to do postulatu autonomii czystej – szanowania uprzednich sądów samego pacjenta, referowanych tylko przez ustanowionego zastępcę. Gdy test ów nie odwołuje się do czystej autonomii pacjenta, traci znaczenie jako odrębne kryterium; jeśli zaś zastępca nie zdoła tych preferencji odtworzyć – przestaje być miarodajny, ponieważ staje się naznaczony własnymi przekonaniami zastępcy. Wówczas autonomia pacjenta stanowi czystą fikcję, a zastępca zyskuje instrument prawny do forsowania własnych zapatrywań. W rezultacie cytowani bioetycy optują za rezygnacją z osądów zastępczych tam, gdzie tylko to możliwe, i za poszukiwaniem autonomii czystej, czyli udowodnionych własnych zapatrywań pacjenta[54].

Kryterium *best interests* również nie jest niezawodne i powinno znaleźć zastosowanie dopiero, gdy autonomia czysta jest niemożliwa do ustalenia albo gdy pacjent nigdy nie był samodzielny decyzyjnie. Wymaga sporządzenia bilansu i w praktyce sprowadza się do analizy interesów, przy jednoczesnym uwzględnieniu subiektywnych preferencji pacjenta, o ile te okażą się możliwe do wykazania. Bilans ów ma odpowiedzieć

[54] T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 184–186.

na pytanie, czy i jakie korzyści konkretna osoba odnosi z faktu pozostawania przy życiu oraz czy korzyści te przeważają nad doznawanymi uciążliwościami i ewentualnie odczuwanym cierpieniem. Chodzi zwłaszcza o ból (który stanowi odczucie na poziomie bardzo prymitywnym, więc w żadnym razie nie świadczy o zachowanej świadomości), w tym dolegliwości towarzyszące odleżynom oraz trawienne (zaparcia, kamica żółciowa lub nerkowa). Problematyczne jest tylko określenie „najlepszy interes" wobec przyzwolenia na śmierć pacjenta; wymagają jednak wyważenia wszystkie korzyści i uciążliwości. Notabene tłumaczenie „najlepszy interes" jest o tyle mylące, że Brytyjczycy operują liczbą mnogą, *best interests*, co akcentuje wielość branych pod uwagę czynników. Izba Lordów w sprawie Blanda opowiedziała się za przerwaniem podtrzymywania życia, gdy bilans daje wartość mniejszą lub równą zeru. Dopiero bilans dodatni przemawiałby za utrzymywaniem interwencji medycznych.

Kryterium *best interests* uwzględnia ocenę jakości życia pacjenta z punktu widzenia jego indywidualnego interesu. Nazewnictwo może się różnić, ale wiadomo, że zarówno w bioetyce, jak i w socjologii medycyny coraz szerzej postuluje się przyjmowanie właśnie kryterium jakości życia jako decydującego w opiece medycznej[55]. Życie jednostki jest dobrej jakości, gdy analiza jej interesów: korzyści, obciążeń i uciążliwości pozwala stwierdzić, że ona i tylko ona czerpie z tego życia odczuwalną korzyść[56]. Niemniej w polskiej nauce prawa daje się odnotować pogląd, że odwołanie się do kryterium jakości życia stanowi „niewątpliwą wadę" testu obiektywnego[57]. Ponieważ nie zostało podane żadne uzasadnienie, wolno założyć, że argument ów ma przemawiać sam za siebie. Kryterium jakości

[55] Zob. A. Alichniewicz, *Eutanazja*…, s. 161–162; M. Wichrowski, *Prawo do życia*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2006, s. 11, W. Chańska, *Nieszczęsny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia w medycynie współczesnej*, Wrocław 2009; K. Szewczyk, *Bioetyka* t. 1, s. 304–306; J. Glover, *Causing Death and Saving Lives*, Harmondsworth 1984, s. 196; J. Boyle, *Toward Understanding the Principle of Double Effect*, Ethics (1980) 90 (4); W. Chańska, *Rezygnacja z leczenia podtrzymującego życie*, [w:] *Bioetyka*, red. J. Różyńska, W. Chańska, Warszawa 2013 s. 256 i przywołane tam piśmiennictwo.

[56] M. Boratyńska, J. Malczewski, [w:] *System Prawa Medycznego* (red. nacz. E. Zielińska), t. 2, cz. 2, s. 635 passim.

[57] M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, wyd. II, Toruń 2010, s. 367.

życia zostało w ten sposób najwyraźniej odrzucone wyjściowo, co przypuszczalnie jest przejawem odżegnywania się od jakichkolwiek wartościowań życia jako dobra nienaruszalnego i tym samym skojarzenia z praktykami eugenicznymi. Nietrudno jednak dostrzec, że następuje tu kolejne pomieszanie pojęć: jakości życia ocenianej z punktu widzenia konkretnej osoby oraz jej odczuć i preferencji – z zewnętrzną oceną wartościującą czyjeś życie przez innych i według przez nich przyjętej skali, której w tych rozważaniach się nie dokonuje. Aprioryczna niechęć do kryterium jakości życia nie powinna przesłaniać istoty problemu. Ocena jakości indywidualnej stanowi kryterium powszechnie brane pod uwagę przy stosowaniu różnych metod leczniczych u świadomie decydujących pacjentów i przemawia m.in. przeciwko terapiom niewspółmiernie inwazyjnym. Sądownictwo obce prezentuje argumentację, że niekompetentnego pacjenta nie należy narażać na daremną terapię, którą pacjent świadomy najpewniej by odrzucił ze względu na jakość życia w tym stanie. Decyzja zastępcza wymaga podjęcia według tych samych kryteriów, jeżeli nie są znane inne.

Kryterium najlepiej pojętego interesu nie ma charakteru uniwersalnego: jest użyteczne tylko, gdy zachowanie życia wymaga medycznego podtrzymywania lub zabiegów o dużej inwazyjności, a sam zainteresowany nie ma dostatecznej kompetencji do samodzielnego podjęcia decyzji. Dobro osoby niekompetentnej, której osobiste preferencje nie są znane, musi być ustalane w oparciu o obiektywnie uchwytne kryteria, które wzięte łącznie stworzą zestawienie indywidualnych interesów. Te same metody stosuje się przecież przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej lub sprawowaniu opieki bądź kurateli[58]. Dobro osoby pozostającej pod pieczą wymaga dodatniego wyniku oznaczającego korzyść, niezależnie jak go nazwać: bilansem dodatnim czy zadowalającą dla pupila jakością życia. Tak powinno się rozumieć jej najlepiej pojęty interes, przy uwzględnieniu czynników indywidualnych oraz subiektywnych preferencji pacjenta, jeśli takie da się wiarygodnie odtworzyć. Rzeczywista wola pacjenta, jego autonomia czysta, powinna zawsze stać na pierwszym miejscu, nie

[58] K. Szewczyk, *Bioetyka* t. 1, s. 391, M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 668.

sposób jednak ustalić jej w każdym przypadku i wówczas trzeba odwołać się do innych czynników. Ich maksymalna obiektywizacja powinna chronić interes pacjenta o wyłączonej zdolności decyzyjnej przed jakąkolwiek arbitralnością oraz – co równie ważne – przed subiektywnymi zapatrywaniami osób trzecich.

W sprawie ustalenia najlepiej pojętego interesu RS sądy odwołały się do wyrażonych przezeń wcześniejszych zapatrywań, odtworzonych przez żonę pacjenta, którą uznano za bardziej wiarygodne źródło informacji niż żyjące w oddaleniu krewne biologiczne. Ustalona w ten sposób „autonomia czysta" okazała się jednak niewystarczająco jednoznaczna, co sąd sam przyznał. Życzenia zostały sformułowane przez RS zbyt ogólnikowo, by dawać podstawę do wnioskowania wprost. Z drugiej strony, jeśli rzeczywiście zadeklarował on, że „nie chciałby być ciężarem", to popadnięcie w stan wegetatywny spełnia to kryterium jak mało które[59], a użyte sformułowanie *expressis verbis* stawia na pierwszym miejscu odczucia osób najbliższych, z pominięciem własnych. Jest to postawa znana z obserwacji społecznych, więc sama w sobie nie powinna dziwić. W takich okolicznościach sądowi wolno było wziąć pod uwagę również nastawienie emocjonalne żony i dzieci, skoro pacjent sam uważał je za priorytetowe. Rozważania sądu biegły dwutorowo. Jednym było odtworzenie zapatrywań pacjenta, ale drugim – upewnienie się co do jego stanu klinicznego jako nierokującego poprawy. Z powodu wnoszonych odwołań RS był badany dwukrotnie i dzięki temu okazało się, że zamiast ostrożnie prognozowanej poprawy nastąpiło dalsze pogorszenie. Dynamika tych zmian pozwoliła ostatecznie uznać, że nie można liczyć na szczęśliwy finał. Już pierwsza wydana w sprawie opinia lekarska zawierała ustalenie, że zespół leczący nie był w stanie zidentyfikować u pacjenta żadnych oznak dyskomfortu, niepokoju ani przyjemności w jakimkolwiek momencie po przyjęciu do szpitala. Bilans satysfakcji z pozostawania przy życiu przedstawiał się zatem dla RS zerowo, a w każdym razie nie wykazywał żadnych cech dodatnich. Nie dało się zastosować wszystkich

[59] Przy czym chodzi głównie o ciężar emocjonalny i opiekuńczy, a nie o finansowy.

kryteriów oceny zdefiniowanych w art. 4 pkt 7 MCA, ponieważ, jak często w takich przypadkach, pacjent nie ustanowił osoby zaufanej ani nie pozostawił dyrektyw antycypacyjnych. Osoby bliskie mogły być wykorzystane tylko jako źródło mniej lub bardziej wiarygodnych informacji. Obiektywne w zamierzeniu relacjonowanie miesza się jednak z osądem własnym, co dawało się zaobserwować nie tylko u obu skonfliktowanych części rodziny RS, ale i u badających go dwóch biegłych lekarzy.

Zaprzestanie daremnej terapii polegało ostatecznie na wstrzymaniu sztucznego odżywiania. Ponieważ w toku naprzemiennego odłączania i podłączania aparatury pacjent zaczął samodzielnie oddychać, wentylacja mechaniczna znalazła się poza polem rozważań. Sąd zezwolił na wycofanie tylko żywienia, natomiast decyzję w sprawie nawadniania pozostawił w rękach lekarzy przy udziale żony. Jest to o tyle słuszne, że dalsze nawadnianie może powodować dyskomfort polegający na zaleganiu śluzu i zakłóceniach przy oddychaniu, a przecież chodzi przede wszystkim o to, aby złagodzić jakiekolwiek cierpienie.

Zdumiewająca i oburzająca dla niektórych decyzja o odmowie zezwolenia na transport RS do Polski również była podyktowana zapobieżeniem cierpieniu. Przewożenie pacjenta w takim stanie z pewnością naraża go na niewygody, o ile jest w stanie je odczuć. Jeden z lekarzy stwierdził jednak, że u RS było to jak najbardziej możliwe. Leżąc spokojnie w szpitalnym łóżku, RS mógł nie doznawać ani przyjemności, ani niewygody, ale już droga z oddziału intensywnej terapii na lotnisko, do helikoptera, a potem w przeciwnym kierunku i na koniec podłączanie do innej aparatury w Polsce musiałyby być pełne wstrząsów i innych niedogodności, pozbawionych przy tym pozytywnego celu leczniczego. Podobnie odmowne decyzje brytyjski sąd podjął wcześniej w sprawie dzieci: Alfiego Evansa i Charliego Garda. Pierwszego z nich rodzice chcieli przetransportować do Rzymu, żeby związana z Watykanem klinika Bambino Gesu podtrzymywała jego funkcje życiowe aż do samego, bliskiego już końca[60]. Z kolei rodzice Garda planowali wysłać dziecko za ocean na eksperymentalną

[60] Decyzja ETPC z 23 kwietnia 2018 r., 18770/18, *Evans v The United Kingdom*. Zob. M. Boratyńska, J. Malczewski, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 2, s. 645–646.

terapię o wątpliwej i kwestionowanej przez krajowych ekspertów skuteczności[61]. Obu sprawom towarzyszyła wrzawa medialna, rodzice chłopców próbowali poruszyć niebo i ziemię, ale lekarze i sąd trwali przy stanowisku, że w stanach klinicznych uznanych za nierokujące, a mówiąc potocznie – beznadziejne – w najlepszym interesie tych dzieci leży, by pozwolić im umrzeć w spokoju.

RS nie został potraktowany ani lepiej, ani gorzej niż inni pacjenci brytyjskich szpitali. Jego leczenie przebiegało zgodnie z istniejącymi wytycznymi medycznymi oraz kryteriami zawartymi w obowiązującym prawie. W chwili orzekania przez sąd apelacyjny RS przeszedł ze stanu śpiączki w nierokujący odwracalności stan wegetatywny – podobny do tego, w jakim znalazł się wcześniej Tony Bland, a po nim inni pacjenci, których sprawy przywołano w charakterze precedensów.

Rodzina pacjenta i jej rola w dramacie

Nikt nie śmiałby lekceważyć cierpienia członków rodziny, których bliski znalazł się w tak dramatycznym stanie. Wszyscy orzekający w sprawie RS sędziowie dawali wyraz współczuciu i empatii wobec zrozpaczonych krewnych. Czym innym jest jednak szanować czyjś ból, a czym innym uginać się pod naciskiem towarzyszących sprawie emocji. Podobnie jak w Polsce, także w Wielkiej Brytanii krewni ani współmałżonek pacjenta nie są wyposażeni w żadne uprawnienia decyzyjne. Wszędzie jednak wywierają nieunikniony faktyczny wpływ na postępowanie: w wielu znanych sprawach to oni byli inicjatorami postępowania opiekuńczego, które wprawdzie toczy się z urzędu, ale ktoś musi najpierw zwrócić się do sądu. W brytyjskich sprawach formalnie czyni to szpital, ale dopiero po naradzeniu się z osobami najbliższymi. Praktyka pokazuje, że gdy rozstrzygnięcie wstrzymujące daremną terapię napotyka opór, wiele zależy od samozaparcia niektórych bliskich, którzy konsekwentnie wnoszą odwołania

[61] Wyrok ETPC z 27 czerwca 2017 r. *Charles Gard and Others v The United Kingdom*, skarga nr 39793/17. Zob. D. Wilkinson, J. Savulescu, *Hard lessons: learning from the Charlie Gard case*, „Journal of Medical Ethics" 2018/44(7); M. Boratyńska, J. Malczewski, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 2, s. 644–645.

od niesłusznych ich zdaniem decyzji, upominając się o poszanowanie odtworzonych zapatrywań swoich bliskich. Tak działali ojciec Eluany Englaro[62] i rodzice Nancy Cruzan[63], a mąż Terri Schiavo[64] i żona Vincenta Lambert[65] musieli ścierać się w sądzie z gwałtownym sprzeciwem teściów. Rodzice Terri rozpaczliwie próbowali dowieść, że córka wykazuje śladowy kontakt kognitywny, tylko jednak emocje połączone z niesłabnącą nadzieją pozwalają dopatrzyć się błysku rozpoznania w pustym wzroku bliskiego[66]. Z kolei część rodziny Vincenta Lambert nie przyjmowała do wiadomości ani jego stanu, ani uprzednich zapatrywań. Po niekorzystnym dla nich rozstrzygnięciu sprawy przez ETPC w 2015 r.[67] dalej podważali kolejne orzeczenia krajowe, co potrwało jeszcze cztery lata.

W sprawie Terri Schiavo rodzice relacjonowali uprzednie zapatrywania jej samej w sposób diametralnie różny, niż czynił to mąż. To pokazuje, że gdyby decyzję oddać w ręce rodziny, wcale nie musiałaby ona odpowiadać najlepszej wiedzy o własnym poglądzie pacjenta. Gruntowne badanie stanu zdrowia należy rzecz jasna przeprowadzić, żeby wykluczyć wątpliwości, ale wielokrotne ich powtarzanie z jednakowym wynikiem, jak to miało miejsce

---

[62] *Decreto Corte d'Appello di Milano*, 9 luglio 2008, 88/2008; zob. też A. Tymińska, *„Prawo arcyosobiste". Oświadczenia pro futuro we Włoszech w kontekście sprawy Eluany Englaro*, „Prawo i Medycyna" nr 3/2017.

[63] *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

[64] *In re Guardianship of Theresa Marie Schiavo, Incapacitated. Robert Schindler and Mary Schindler, Appellants, v. Michael Schiavo, as Guardian of the person of Theresa Marie Schiavo, Appellee*, z 24.01.2001, No. 2D00-1269, (znany jako „Schiavo I"); z 11.04.2001 No. 2D00-1269, 2D01-1836, 2D01-1891 („Schiavo II"); z 17.10.2001 No. 2D01-3526 („Schiavo III"); z 6.06.2003 No. 2D02-5394 („Schiavo IV").

[65] *Lambert [i inni] v. Francja*, orzeczenie ETPC z 5 czerwca 2015 r., skarga nr 46043/14. Zob. M.A. Nowicki, Lambert [i in.] v. Francja, http:// www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2015/omowienie_orzeczenia_lambert_i_inni_przeciwko_francji.pdf [dostęp: 10.IV.2021]; M. Boratyńska, J. Malczewski, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 2, s. 636–641.

[66] Były to niestety nadzieje zupełnie płonne, co potwierdziła później sekcja zwłok. Mózg pacjentki ważył połowę tego, co powinien, a to świadczy o znacznym ubytku neuronów. Nerwy wzrokowe okazały się trwale uszkodzone, więc otwarte oczy o niczym nie świadczyły, a przekonanie rodziców, iż Terri „wodzi wzrokiem", było braniem upragnionego za rzeczywiste. Komisyjne badania lekarskie uznanych specjalistów jeszcze za życia pacjentki potwierdzały niekorzystną diagnozę, ale rodzice po prostu nie potrafili w nią uwierzyć.

[67] Wykaz wszystkich orzeczeń sądów krajowych znajduje się we francuskiej Wikipedii – hasło „Vincent Lambert".

w sprawie Vincenta Lambert, nie może służyć celowemu odwlekaniu decyzji. W sprawie RS sąd opiekuńczy dał temu dobitny wyraz.

Sąd wysłuchał tam wszystkich dorosłych członków rodziny, traktując ich jako źródło wiedzy o preferencjach pacjenta, a jednocześnie musiał ocenić wiarygodność relacji, ponieważ – jak w sprawie Terri Schiavo – okazały się sprzeczne. Jednocześnie żadna nie była wolna od własnych osądów i te również sędziowie musiał oddzielić. Bliscy pacjenta, łącznie z żoną, zostali potraktowali wyłącznie jako świadkowie, choć w części dotyczącej odmowy zgody na przewiezienie RS do Polski sąd odniósł się negatywnie do uczynienia tego bez porozumienia z żoną. Odmawiając tej zgody, wykazał nawiasem mówiąc konsekwentne stanowisko, gwarantujące realne wykonanie orzeczenia. Rozstrzygnięcie przeciwne byłoby *de facto* umywaniem rąk od problemu.

A gdyby zdarzyło się w Polsce?

Podstawy prawne i procedury orzekania w sprawie opieki medycznej nad pacjentami z wyłączoną kompetencją decyzyjną są w Polsce zbliżone. Zastępczo orzeka sąd opiekuńczy, a gdy dojdzie do ubezwłasnowolnienia pacjenta – decyduje przedstawiciel ustawowy. Piecza nad taką osobą powinna być sprawowana tak, jak wymaga jej dobro i interes społeczny – co wynika z przepisów prawa rodzinnego o opiece i kurateli. Ważniejsze decyzje przedstawiciela ustawowego wymagają zatwierdzenia przez sąd. Kryterium dobra podopiecznego konotuje ocenę podobną jak przy ustalaniu najlepiej pojętego interesu, ale bez tak konkretnych wytycznych, jak te zawarte w *Mental Capacity Act*. W ustawie brytyjskiej jednoznaczne pierwszeństwo zostało nadane kryterium opisanemu w bioetyce jako „autonomia czysta”[68], czyli własny osąd pacjenta odtwarzany z pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych. U nas ta hierarchia nie jest stosowana, bo też i nie istnieje żaden wiążący zestaw kryteriów.

[68] Zob. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, s. 183–191 oraz liczni następcy.

Jak zwykle w takich sprawach, podstawowe znaczenie ma ocena celowości leczenia dokonana przez lekarzy oraz odpowiednie wytyczne profesjonalne. Polskie środowisko medyczne dopracowało się dwóch takich dokumentów. Istnieją zatem zwięzłe *Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) na oddziałach intensywnej terapii u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli*[69], a także wcześniejszy o trzy lata znacznie obszerniejszy dokument *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy*, opracowany przez interdyscyplinarną grupę ekspertów, w skład której weszli również prawnik, filozof i duchowny katolicki[70].

Wykonywanie zawodu zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej stanowi jedno z ustawowych kryteriów poprawności działań lekarskich. Właściwy przepis (art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty) odsyła w ten sposób do systemu norm pozaprawnych. Wskazania wiedzy składają się na wymagania należytej staranności lekarskiej[71]: jako „ogólne wymagania w stosunkach danego rodzaju" według art. 355 k.c.[72]. Konotuje to zgodność wykonywanych czynności z prawidłami właściwego działania wynikającymi z wiedzy profesjonalnej. Kryterium należytej staranności medycznej odsyła do podręczników, artykułów naukowych, a zwłaszcza do wytycznych praktyki popartych autorytetem towarzystw lekarskich, które mają na celu stworzenie i upowszechnienie dobrego wzorca świadczeń zdrowotnych. Zebrane w sporządzane zespołowo

[69] A. Kübler, J. Siewiera, G. Durek, K. Kusza, M. Piechota, Z. Szkulmowski, *Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) na oddziałach intensywnej terapii u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli*, „Anestezjologia Intensywna Terapia" 4/2014 (t. 46), s. 229–234.

[70] *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy*, red. nauk. T. Dangel, wyd. Polskie Towarzystwo Pediatryczne 2011.

[71] W prawie medycznym należyta staranność stanowi podstawowe kryterium oceny działań medycznych, co w odniesieniu do lekarzy wynika z tego samego art. 4 ustawy lekarskiej.

[72] Jedyna definicja legalna należytej staranności znajduje się w k.c. Kryterium należytej staranności jest obecne w medycznych ustawach zawodowych, a ustawa o prawach pacjenta ujmuje udzielanie świadczeń zdrowotnych z należytą starannością jako część prawa do leczenia adresowanego do całej służby zdrowia.

rekomendacje wskazania aktualnej wiedzy medycznej mają sprzyjać dobrej praktyce w medycynie poprzez wskazanie możliwie najskuteczniejszych i najbezpieczniejszych sposobów rozwiązywania poszczególnych typów problemów klinicznych[73]. Za dodatkową ich funkcję uważa się zapewnienie lekarzowi poczucia bezpieczeństwa prawnego[74], dzięki sformułowaniu przyjętych kryteriów, których przestrzeganie pozwala uniknąć zarzutu naruszenia reguł i pociągnięcia do odpowiedzialności, zwłaszcza karnej. Staranność oceniana na tle konkretnej decyzji klinicznej polega jednak nie na prostej zgodności z rekomendacją, lecz na dążeniu do realizacji najlepszego interesu pacjenta[75], stosownie do zadeklarowanych przez niego preferencji. Wiedza medyczna w zwykłych okolicznościach nie nadaje się do zapisania w akcie prawnym, bo zmienia się zbyt szybko[76], natomiast ustawa może stanowić gwarancje proceduralne, nakazywać kolegialne podejmowanie decyzji oraz formułować listę czynników wymagających wzięcia pod uwagę. Dlatego słusznie podnosi się potrzebę stworzenia tego rodzaju regulacji w Polsce i akcentuje przy tym niekonsekwencje *de lege lata* na poziomie systemowym[77]. Zwiększałaby ona u lekarzy poczucie

---

[73] M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza*, [w:] *System Prawa Medycznego*, Warszawa 2019, t. II cz. 1, s. 295 (Wolters Kluwer).

[74] Zob. T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi w intencji przybliżenia godnego umierania*, [w:] *Pro dignitate legis et maiestate iustitiae. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Witolda Kuleszy*, red. A. Liszewska, J. Kulesza, Łódź 2020, s. 761–762.

[75] M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy*…, s. 305.

[76] W interesującym nas obszarze dobry przykład stanowi różnica między wytycznymi sformułowanymi wkrótce po zakończeniu sprawy Blanda oraz tymi, którymi kierowali się lekarze w sprawie RS: okazało się, że ocena rokowania klinicznego może zostać wiarygodnie dokonana w znacznie krótszym czasie niż wcześniej i nie wymaga okresu wyczekiwania na zapas. W naszym prawie unormowanie ustawowe jest obecne, ale ograniczone do kryteriów ustalania śmierci, a przy tym nakazuje periodyczną aktualizację danych – zob. art. 43a ustawy lekarskiej. Ze względu na dobniosłość materii i jej specyfikę jest to słuszne i nieodzowne minimum: przyjęcie kryteriów, według których stwierdza się zgon – nieodwracalnego zatrzymania krążenia alternatywnie ze śmiercią mózgu, czyli nieodwracalnym ustaniem jego czynności – wymagało rozstrzygnięcia ustawowego dla rozwiania możliwych wątpliwości na tle stosowania zabiegów reanimacyjnych i podtrzymujących najprostsze funkcje życiowe. Rozwiązanie to jest właściwe, gdy istnieje szczególny interes publiczny, by regulacja odwoływała się do kryteriów medyczno-biologicznych, lecz zarazem była jednolita i formalnie obowiązująca.

[77] W ostatnich latach zob. T. Dukiet-Nagórska, *Esej o prawie do decydowania o niektórych przejawach życia osobistego*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz,

bezpieczeństwa i dodawała im odwagi w decydowaniu, ale jak pokazują sprawy zagraniczne, nie rozwiąże gwałtownych konfliktów z niektórymi bliskimi pacjenta[78].

Z przywołanych rekomendacji pediatrycznych można się m.in. dowiedzieć, że lekarz może bez obawy o pociągnięcie do odpowiedzialności prawnej uszanować sprzeciw pacjenta i jego przedstawicieli ustawowych i odstąpić od leczenia, zwłaszcza jeśli z punktu widzenia medycyny uznaje ich decyzję za słuszną[79]. „Jeśli wiedza medyczna wskazuje, że wdrożenie lub kontynuowanie leczenia wobec małego pacjenta będzie bezskuteczne – nie pozwoli choćby na zmniejszenie jego cierpienia, nie mówiąc już o poprawie stanu zdrowia, a jedynie przedłuża proces umierania, to takie zachowanie – nawet podjęte wbrew woli pacjenta i jego przedstawicieli ustawowych – nie będzie stanowiło postępowania zakazanego prawem"[80].

Magdalena Rutkowska i Sławomir Szczepaniak relacjonowali w 2010 r., że w Polsce brakuje prawdziwego pola do dyskusji nad tą problematyką. Konkretnych decyzji nie podejmuje się według kryteriów dobra – co charakteryzuje postawę etyka, lecz z odwołaniem do pryncypiów przyjętych na drodze światopoglądowej. W rezultacie są one prezentowane jako absolutne – co odpowiada postawie ideologicznej[81]. Wytyczne pediatryczne z pewnością miały na celu zmianę sposobu myślenia, o czym świadczy następujący fragment wstępu[82]: „Zwłaszcza w pediatrii uznanie prawa dziecka do godnej śmierci i zaprzestania leczenia, jest niezwykle trudne. Formułowane obecnie stwierdzenie, że lekarz w sytuacji bez szans powinien wycofać się z terapii przedłużającej życie i cierpienie

„Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" wyd. specjalne, t. 43, Wrocław 2017, s. s. 83–95; tejże: *Uwagi w intencji przybliżenia*…

[78] Czego przykład stanowi zwłaszcza sprawa Vincenta Lambert, rozpoznawana wielokrotnie przez liczne organy krajowe oraz przez ETPC, który badał poszanowanie praw człowieka we francuskiej ustawie o prawach chorych i końcu życia w wersji z 2005 r., znanej jako *Loi Leonetti*.

[79] *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci*, s. 80.

[80] Ibidem, s. 84.

[81] M. Rutkowska, S. Szczepaniak, *Dylematy etyczne początków życia: noworodki skrajnie niedojrzałe*, [w:] *Bioetyka w zawodzie lekarza*, red. W. Chańska i J. Hartman, Warszawa 2010, s. 70.

[82] Cytowany aprobująco także przez T. Dukiet-Nagórską, *Uwagi w intencji przybliżenia*…, s. 761.

dziecka – często nie jest w pełni zrozumiane i stosowane. Uporczywość terapeutyczna, która uniemożliwia według zasad etyki „przyjęcie śmierci" oraz ma wpływ na jej naturalny przebieg, jest przekroczeniem moralnym i prawnym"[83]. Niemniej zaniechanie sztucznego odżywiania u dzieci z dysfagią w przebiegu chorób neurologicznych uważane jest tam za nieetyczne – jako prowadzące do „wyniszczenia i śmierci głodowej" (s. 117).

W późniejszych *Wytycznych dla oddziałów intensywnej terapii* jednoznacznie odrzucono pojęcie terapii uporczywej, przedstawiając je jako nieadekwatne, jednak konkluzje formułowane są dużo bardziej ostrożnie. Mianem „terapii daremnej" zostało tam określone podtrzymywanie funkcji narządów nieprzynoszące korzyści dla pacjenta i bez możliwości osiągnięcia założonych celów terapeutycznych. Jej kontynuowanie uznaje się za „błąd postępowania medycznego". Zaprzestanie intensywnej terapii nie zwalnia jednak z leczenia paliatywnego zapewniającego eliminację cierpienia pacjenta i optymalny komfort – w tym pielęgnację, nawadnianie, żywienie, dostęp bliskich i osób wspierających, uśmierzanie niekorzystnych dolegliwości przez najskuteczniejsze wykorzystanie leków przeciwbólowych, uspokajających lub nasennych. Z prawnego punktu widzenia konsekwentnie nie są brane pod uwagę zapatrywania osób bliskich pacjentowi, choć podkreśla się znaczenie właściwej z nimi komunikacji i uświadomienia zasadności zaprzestania intensywnej terapii. Niepodjęcie lub odstąpienie może dotyczyć wymienionych tam skrupulatnie metod (w tym resuscytacji krążeniowo-oddechowej i wentylacji mechanicznej). Wśród nich nie zostały jednak wymienione sztuczne odżywianie i nawadnianie. *Wytyczne* nie odnoszą się też w żaden sposób do uprzednich deklaracji pochodzących od pacjentów i tym samym nie nastawiają na ich uwzględnianie. Problem sztucznego odżywiania i nawadniania, ich status jako procedury bądź medycznej, bądź elementu obligatoryjnej opieki podstawowej, został tutaj wyminięty. Tymczasem ma on w praktyce kluczowe

[83] Prof. dr hab. n. med. Maria Korzon.

znaczenie dla kontynuowania opieki nad pacjentami w stanie wegetatywnym takimi jak RS i wówczas staje się głównym punktem sporu

Zagadnienie to ujawniło się z całą wyrazistością w interwencji, którą w sprawie RS podjął polski Rzecznik Praw Obywatelskich, kierując pisma do szefowej brytyjskiej komisji praw człowieka i niedyskryminacji oraz do Komisji Etyki Lekarskiej Brytyjskiego Towarzystwa Medycznego. RPO podnosił m.in., że „można zaobserwować znaczne różnice w przepisach dotyczących możliwości rezygnacji z leczenia lub zaprzestania nawadniania i żywienia w różnych krajach Europy". Zgodnie z orzeczeniem ETPC w sprawie Lambert, w obliczu braku ogólnoeuropejskiego konsensu między państwami w kwestii dopuszczalności zaniechania leczenia podtrzymującego życie, poszczególnym państwom „należy pozostawić pewien margines oceny". RPO stwierdził, że w świetle definicji „terapii uporczywej" (sic!) zaproponowanej przez Polską Grupę Roboczą ds. Problemów Etycznych Końca Życia, nawadnianie i odżywianie, o ile służą dobru pacjenta, nie mogą zostać zaprzestane. Jako że pojęcie *best interests* pacjenta „jest uwarunkowane kulturowo, ideologicznie i religijnie", prawidłowe ustalenie domniemanej woli RS, obywatela Polski, wymaga uwzględnienia „szerszego kontekstu kulturowego" wraz z różnicami, „które można zaobserwować w regulacjach prawnych i postawach społecznych wobec podejścia do leczenia u schyłku życia w Polsce i Wielkiej Brytanii, co uczyniłoby decyzję o dalszych losach pacjenta bardziej akceptowalną społecznie"[84].

Uwarunkowania „kulturowe, ideologiczne i religijne" mogą jednak znaleźć zastosowanie tylko, o ile zostanie stwierdzone, iż identyfikowała się z nimi ta osoba, o którą chodzi. W świetle poczynionych przez brytyjskich sędziów skrupulatnych ustaleń, przywołany przez RPO typowy polsko-katolicki układ odniesienia nie może mieć wiążących skutków wobec emigranta, który sposobem życia zaświadczył, że się od niego dystansuje,

[84] Sprawa Polaka odłączanego od aparatury w szpitalu. RPO interweniuje w brytyjskiej komisji praw człowieka i niedyskryminacji oraz Brytyjskim Stowarzyszeniu Medycznym (EDIT), https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-ws-polaka-odlaczanego-od-aparatury-w-brytyjskim-szpitalu [dostęp: 20.04.2021].

a ostatnie 17 lat spędził w zupełnie innym otoczeniu. Dobra indywidualne pacjenta oraz jego bezświadome ciało nie są własnością publiczną ani nie należą do krewnych.

Praktyczne konsekwencje postulowanego przez RPO uwzględnienia „różnic kulturowych, ideologicznych i religijnych" można sobie uzmysłowić na podstawie raportu dotyczącego pięciu przypadków klinicznych, w których rozważano zaprzestanie terapii daremnej. Opierając się na *Wytycznych*, skonstatowano ich dużą przydatność praktyczną[85]. Przyznano jednak, że u żadnego z pacjentów, mimo zaprzestania innych czynności terapeutycznych, nie zdecydowano się na wstrzymanie wentylacji mechanicznej, żywienia i antybiotykoterapii. Została też wyrażona supozycja, iż w polskim oddziale intensywnej terapii prawdopodobnie zaprzestanie respiratoroterapii u pacjenta zależnego od respiratora byłoby uznane, w zależności od intencji czynu, za „eutanazję" albo za morderstwo. Odnotowano przy tym, że w literaturze przedmiotu można znaleźć różne sposoby praktycznej realizacji koncepcji terapii daremnej. Niektórzy badacze traktują ją na równi z innymi (np. antybiotykoterapią) i dlatego ma ona swoją kwalifikację, metodę stosowania i ewentualnego zakończenia. W rezultacie jeśli u pacjenta rozpoznano i wdrożono koncepcję terapii daremnej, to należy u niego przerwać wszystkie inne sposoby leczenia. Pociąga to za sobą zaprzestanie również żywienia i wentylacji mechanicznej. Podstawą tego działania jest koncepcja daremności, a nie litościwego skrócenia cierpienia. Taka praktyczna forma realizacji koncepcji terapii daremnej jest jednak daleka od przyjętej w Polsce. Przywołano krajowe badania ankietowe, które wykazały, że 93% anestezjologów w omawianych okolicznościach nie rozszerzało terapii daremnej, 60% rezygnowało z leczenia, ale jedynie 8% z nich odnotowywało ten fakt w dokumentacji medycznej. Wyniki zinterpretowano tak, że lekarze pomimo działania zgodnego z etyką, aktualną wiedzą medyczną i kierujący się dobrem pacjenta boją się konsekwencji prawnych.

---

[85] *Realizacja koncepcji terapii daremnej w warunkach polskich oddziałów intensywnej terapii – opis pięciu przypadków*, A. Jóźwiak, R. Rutyna, A. Fijałkowska-Nestorowicz, M. Bielacz, W. Zukow, E. Kotlińska-Hasiec, „Journal of Education, Health and Sport" 8/2019 s. 11–27.

Istnieje obawa, że po przewiezieniu RS do Polski zaistniałaby sytuacja patowa, polegająca na braku pozytywnej kwalifikacji do leczenia w „Budziku”[86] i jednocześnie niemożności zadecydowania o zaprzestaniu terapii daremnej.

Przy braku czytelnych dyrektyw postępowania lekarze obawiają się zaprzestania czynności, które mogłoby ich narazić na odpowiedzialność karną, choć przecież na gruncie prawa medycznego decydujące znaczenie ma zgodność działania bądź zaniechania z aktualną wiedzą medyczną oraz preferencje samego pacjenta, a normy karnoprawne znajdują zastosowanie jedynie posiłkowe. Społeczeństwo nie jest jednak oswojone z problematyką w braku rzeczowych debat publicznych na tematy trudne i uwikłane aksjologicznie. W takich sprawach jak RS górę biorą emocje, a zamiast wszechstronnej oceny wielu czynników – skłonność do teatralizacji: pokazowa walka o zachowanie życia za wszelką cenę bez oglądania się na sens.

Praktyka pokazuje, że szanse na poszanowanie autonomii mają tylko pacjenci z zachowaną świadomością i z pełną zdolnością decyzyjną. Z chwilą utraty przytomności stają się obiektem paternalistycznych praktyk i decyzji podejmowanych ponad ich głową, bez oglądania się na uprzednio wyrażoną wolę. W doktrynie prawa punktuje się niespójności i wewnętrzne sprzeczności aksjologiczne istniejących rozwiązań prawnych, a zaniechania legislacyjne kluczowych kwestii w sprawach „życia i śmierci” obnażają niechęć prawodawcy do ich uregulowania prawnego, które dostarczyłoby stronie medycznej choćby przybliżonego układu odniesienia, a pacjentom i ich bliskim pozwoliłoby skutecznie się na to powoływać.

W rezultacie w polskich zakładach opiekuńczo-leczniczych całymi latami przebywają osoby w PVS[87]. Niektóre trafiły tam zaraz po urodzeniu,

---

[86] Kryteria przyjęcia do tej kliniki są szczegółowo opisane przez polskie Ministerstwo Zdrowia. Mają to być pacjenci ocenieni na 6–9 punktów w skali Glasgow. Przyjmujący lekarze kierują się kryterium, by pacjent był w stanie minimalnej świadomości. „Budzik” jest oddziałem szpitalnym, a nie zakładem opiekuńczym. W procesie diagnostycznym różnicuje się stan wegetatywny i stan minimalnej świadomości. Tylko ten drugi jest uważany za potencjalnie odwracalny i przez to rokujący przy leczeniu.

[87] Zob. Relacje prasowe: *Nie rozmawiamy o tym, stoimy obok* – rozmowa z Barbarą Kaczmarską, dyrektorką Zakładu Opiekuńczo-leczniczego im. Sue Ryder w Warszawie, „Wysokie Obcasy” z 9.07.2011 r.

jak dzieci z wadami wrodzonymi nierokującymi uzyskania świadomości. Ich ciała stopniowo wchodzą w dorosłość, ale umysł pozostaje taki, jak był: wyjściowo i trwale pusty[88]. Nigdy nie doświadczą one życia w jakimkolwiek jego przejawie, z wyjątkiem odczuwania cierpień bólowych na tle somatycznym. Nie mają żadnych potrzeb mentalnych ani emocjonalnych, nie są nawet świadome własnej fizjologii, nie są w stanie czerpać z życia jakiejkolwiek przyjemności.

Jak zauważyła cytowana już Teresa Weber, „mimo że interes pacjenta powinien zawsze stanowić największą i podstawową wartość, to czasem u kresu jego życia zdarza się, ze schodzi na drugi plan, ustępując interesowi rodziny. Dla niektórych bardzo ważna jest wiara, że walczyli do samego końca, że wyczerpali wszystkie możliwe rodzaje terapii. Ta wiara pozwala na zmniejszenie psychologicznych skutków decyzji podjętych w ostatnich chwilach życia ukochanej osoby i żalu po stracie"[89]. To tłumaczyłoby wywiady udzielane w świetle reflektorów, angażowanie mediów, szerokiej publiczności i władz państwowych. Wszystko to służy jednak tylko doraźnym celom powstrzymania merytorycznych rozstrzygnięć, a w Polsce nie prowadzi do wyciągania wniosków i nie przekłada się na konstruktywną dyskusję nad przyjęciem wyważonych rozwiązań prawnych, które pogodziłyby uzasadnione interesy.

Teresa Weber utrzymuje, że w sytuacjach daremności terapeutycznej pragnienia rodziny chorego mogą mieć pierwszeństwo[90]. Jest to jed-

---

O tym, że od tamtego czasu nic się nie zmieniło – fragmenty relacji zawarte w: E. Siedlecka, *Kiedy można umrzeć*, „Polityka" nr 11 (3303), 10–16.03.2021, s. 17–20: Dr E. Rękorajska (Zakład Opiekuńczo-Leczniczy z wentylacją mechaniczną w Konstancinie): „Duży wpływ ma tradycja kulturowa i religijna: przekonanie, że życie jest zawsze najwyższym dobrem. Obojętnie jakie. W szpitalu nie umiera się po prostu. Jeśli odstąpiono od reanimacji – trzeba uzasadnić dlaczego. Nikt nie drąży, dlaczego uporczywie reanimowano. Lekarz powołuje się na klauzulę sumienia, eskaluje się nieuzasadnione procedury medyczne. Stany wegetatywne podtrzymuje się latami".

[88] Dr E. Rękorajska: „W ZOL, gdzie pracuję, mamy prawie 60 chorych: od niemowląt do późnej starości. W tym kilkoro dzieci, które u nas rosną. Leżą po kilka-kilkanaście lat, bez świadomości, np. po zatrzymaniu krążenia, albo nieoddychające w wyniku dystrofii mięśniowej. Możemy tylko dbać, żeby nie miały odleżyn" (za: E. Siedlecka, *Kiedy można umrzeć*, s. 18).

[89] T. Weber, *Daremna czy uporczywa terapia w medycynie paliatywnej*, s. 168–169.

[90] *Ibidem*, s. 169.

nak opinia pozbawiona oparcia w obowiązującym prawie, a faworyzująca przytomnych wobec nieprzytomnego. Skoro podtrzymywanie biologicznej egzystencji owych „śpiących królewien" (tak włoska prasa nazywała Eluanę Englaro) ma służyć zaspokojeniu potrzeb emocjonalnych ich rodzin, to obiekt tych emocji sprowadza do roli instrumentalnej.

Tymczasem interes pacjenta niekompetentnego wymaga wszechstronnego rozważenia, przy uwzględnieniu na pierwszym miejscu kryterium autonomii czystej, czyli jego własnych preferencji. Brak danych w tej sprawie nie zwalnia jednak z podejmowania decyzji o zaniechaniu (względnie przerwaniu) terapii zbędnej, daremnej czy przysparzającej cierpienia nierównoważonego korzyściami. Lekarskie powinności zawodowe nie obligują do działań desperackich ani tym bardziej pozorowanych (jak reanimacja na pokaz),[91] a tylko do uzasadnionych zarazem aktualną wiedzą medyczną i interesem pacjenta. Kodeks karny i określone tam ustawowe znamiona przestępstw nie są przydatne w ocenie, bo jako normy prawa powszechnego nie uwzględniają tego szczególnego i wyjątkowego kontekstu postępowania z dobrami prawnie chronionymi, a dosłowne odwoływanie się do nich może niepotrzebnie zacierać granicę między działaniami zgodnymi z prawem a zabronionymi[92]. Ze względu

[91] Źródłem nieporozumień jest art. 11 ust. 10 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. Nr 191 z 2006 r., poz. 1410 ze zm.): „Ratownik medyczny może, po dokonaniu oceny stanu pacjenta, nie podejmować lub odstąpić od medycznych czynności ratunkowych albo udzielania świadczeń zdrowotnych, **jeżeli nie spowoduje to niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia**" [podkr. aut.]. Różnica polega jednak na braku przygotowania ratowników do wszechstronnej oceny klinicznej – stąd wprowadzone zastrzeżenie, które nie może być automatycznie stosowane do lekarzy. W efekcie jednak publiczną tajemnicą są działania pozorowane podyktowane własnym bezpieczeństwem prawnym, streszczające się w przekazie „pół godziny dla rodziny". Zob. L. Aleksandrowicz, *Niepodejmowanie i odstąpienie od resucytacji krążeniowo-oddechowej przez ratownika medycznego w aspekcie etyczno-prawnym*, Nierecenzowany artykuł poglądowy, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Lekarski i Nauk o Zdrowiu, Ratownictwo medyczne, s. 5, https://repozytorium.ka.edu.pl [dostęp: 11.05.2021].

[92] Doktryna prawa karnego pierwsza wypracowała konstrukt znany jako kontratyp czynności leczniczej, na który składa się zestaw czterech przesłanek legalizujących interwencję medyczną w organizm pacjenta, bez których spełnienia stanowiłaby ona naruszenie układających się w długą listę dóbr osobistych i sprowadzałaby się do umyślnego uszkodzenia ciała. W taki sam sposób działa to wobec zaprzestania terapii: zaniechanie jest legalne, o ile odpadła choćby jedna z przesłanek legalizujących uprzednie działanie – w interesującej nas kwestii są to: leczniczy cel ingerencji, jak również zachowanie

na subsydiarny charakter prawa karnego typizacja przestępstw przeciwko życiu nie powinna stanowić przesłanki decyzji klinicznych w medycynie: prawo medyczne określa zakres dopuszczalności tego rodzaju działań samodzielnie (tyle że z niezbędnym odwołaniem się do dorobku wiedzy, praktyki i etyki medycznej).

Podsumowanie

Jak dowodzi polityczno-medialna histeria wokół sprawy RS, polska opinia publiczna nie jest w ogóle przygotowana na pogłębioną debatę nad kryteriami, według których można i trzeba oceniać kontynuowanie opieki medycznej nad pacjentami, których stan nie rokuje poprawy, a którzy z powodu trwałej utraty świadomości nie są w stanie wyrazić własnego zapatrywania. Bezsprzecznie temat należy do najtrudniejszych i w medycynie, i w prawie, ale to nie znaczy, że należy go nadal unikać. Szereg spraw domaga się rozstrzygnięcia, a do tego celu niezbędne jest sformułowanie przynajmniej przybliżonych kryteriów decyzyjnych.

O celowości terapii decydują na pierwszym miejscu względy medyczne. Wyjściowo i abstrakcyjnie (tzn. w oderwaniu od jakichkolwiek konkretnych przypadków) zgodzimy się raczej, że leczenie zbędne i daremne zaprzecza swojej własnej racji i nie ma powodów, by je kontynuować. Wątpliwości można jednak podnosić na każdym kroku, poczynając od kryteriów owej daremności. Pacjent o zachowanej świadomości może nalegać na utrzymanie go przy życiu najdłużej, jak to możliwe, po prostu dlatego, że nie chce umierać. Gdy jednak bardzo cierpi, zdarza mu się samemu błagać o śmierć. Ponadto mało kto dostrzega indywidualny interes w jedynie formalnym pozostaniu przy życiu, bez odczuwania czegokolwiek. Mogą za tym przemawiać tylko specyficzne powody, dla których człowiek jest gotów pocierpieć dłużej, niż musi: na przykład żeby doczekać przyjazdu osoby bliskiej, którą chciałby jeszcze przed śmiercią zobaczyć. Dlatego

---

prawideł wiedzy medycznej. (Na temat koncepcji kontarypowej zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Pierwotna bądź wtórna legalność czynności leczniczych*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. II cz. 1, Warszawa 2019 (Wolters Kluwer), s. 132–163 i tam przywołane piśmiennictwo.

żądania świadomych pacjentów powinny być szanowane nawet wtedy, gdy opieka medyczna przedłuży tylko ich biologiczne trwanie i z punktu widzenia celowości medycznej stanowi przeszkadzanie w umieraniu naturalną koleją rozwijającej się nieuleczalnej choroby.

W przypadku pacjentów w stanie trwałej utraty funkcji kognitywnych decyzje muszą być siłą rzeczy podejmowane bez ich udziału, mimo że od dawna postulowane jest szanowanie ich uprzednich deklaracji. Inicjatywa należy w praktyce do bliskich pacjenta, którzy proszą o odłączenie aparatury podtrzymującej życie, bądź – przeciwnie – nalegają na kontynuowanie leczenia wbrew stanowisku lekarzy albo w sporze z innymi członkami rodziny. Droga do ustalenia kryteriów celowości dalszego leczenia prowadzi od precedensów sądowych z obszaru anglosaskiego, przez wyroki sądów powszechnych w Europie, aż do rozstrzygnięć ETPC. W wielu systemach prawnych spowodowało to uchwalenie aktów prawnych bądź przynajmniej wytycznych towarzystw lekarskich, dających podstawę do podejmowania ostatecznych decyzji. Jest to sfera, w której prawo stanowione zawodzi o tyle, że kryteria oceny nie dadzą się ująć jednoznacznie. Każdy pacjent znajduje się w odmiennym stanie klinicznym, nawet przy jednakowym brzmieniu rozpoznania. Zagraniczne regulacje ustawowe koncentrują się na procedurach i formalnościach gwarantujących upewnianie się co do diagnozy i wynikającego z niej rokowania oraz zapewniających kolegialność zapadających decyzji. Trybunały kontrolują ich zgodność z konwencjami międzynarodowymi bądź stwierdzają uchybienia, w tym zaniechania legislacyjne.

W Polsce dorobek judykatury można określić jako śladowy, a dyskurs bioetyczny jest wprawdzie obecny, lecz nie na forum publicznym. Problemy tego rodzaju są publicznie unikane, chociaż wiadomo, że i u nas przecież żyją pacjenci w stanie „śmierci za życia" lub niemogący znieść egzystencji w warunkach skrajnego niedołęstwa. Trudno jest uchwycić jakikolwiek kontekst kulturowy zważywszy: brak regulacji prawnych i taktykę uników przy rozpatrywaniu ich projektów, nieistnienie merytorycznej debaty publicznej, pojedyncze tylko rozstrzygnięcie na poziomie Sądu Najwyższego w sprawie uprzedniego sprzeciwu pacjentki wobec podania

cudzej krwi[93] ignorowane przez niższe instancje[94] oraz lekceważący stosunek do opinii eksperckich nawołujących do poszanowania indywidualnych decyzji głównych zainteresowanych. Zamiast pogłębionej refleksji mamy do czynienia z automatyczną recepcją doktryny katolickiej (często zresztą fałszywie interpretowanej, czego dowodzą m.in. reakcje na przytoczone wcześniej komentarze katolickiego przecież publicysty, Tomasza Terlikowskiego), histerią publiczności oraz – co szczególnie niepokoi – z efektem mrożącym po stronie lekarzy, u których lęk przed kodeksem karnym przesłania troskę o poszanowanie praw pacjenta.

Sprawa pacjenta RS nie wyróżnia się przy tym szczególnie na tle innych podobnych. Równie zapamiętale walczyli rodzice Terri Schiavo oraz niektórzy krewni Vincenta Lambert, z jego matką Vivianne na czele. Z kolei Beppino Englaro, ojciec Eluany, musiał przez bez mała piętnaście lat zmagać się z oporem włoskiego wymiaru sprawiedliwości. We wszystkich tych sprawach zadecydowała jednak ostatecznie broniona przez najbliższe osoby autonomia czysta pacjentów, czyli przekonująco zadeklarowane i wykazane ich zapatrywanie własne. Ostatecznie ustąpił wobec niego nawet sąd we Włoszech. Wszyscy troje: Terri Schiavo, Eluana Englaro i Vincent Lambert wywodzili się z katolickich rodzin, ale nie przeszkodziło im to mieć własnego zdania, odmiennego od nakazów wiary. Sprawy te były nagłaśniane medialnie, a przypadek Terri Schiavio próbowano wykorzystać w kampanii wyborczej. Tabloidowa wrzawa towarzyszyła też sądowym rozstrzygnięciom w sprawach Charliego Garda i Alfiego Evansa. Rzekomy

[93] Chodzi o szeroko komentowane postanowienie SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05, „OSNC" 7-8/2006, poz. 137.

[94] Jest to przekaz nieoficjalny, potwierdzony empirycznie w pracy Roberta Karcza *Obrona pacjenta przed niechcianą transfuzją w praktyce sądowej*, „PiM" 4/2007. Przykładem orzeczenia, w którym sąd przyznał ostatecznie rację pacjentowi, jest postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 23 stycznia 2008 r., VI Ca 582/07, z gl. R. Karcza, „Państwo i Prawo" 11/2008. Pacjent, o którego chodzi, był świadkiem Jehowy i sprzeciwiał się transfuzji, pozostając w pełni świadomym. Mimo to „wygrał" dopiero w postępowaniu apelacyjnym, bo sąd rejonowy stereotypowo zezwolił na przetoczenie krwi w przypadku utraty u pacjenta świadomości, skoro szpital uznawał sposób leczenia za „konieczny". Podobnie przebiegała sprawa innego pacjenta, którego skarga do Rzecznika Praw Pacjenta została początkowo oddalona. Rację przyznał mu dopiero Wojewódzki Sąd Administracyjny (wyrok WSA w Warszawie z 2 lipca 2020 r. VII SA/Wa 692/20, LEX 3052543).

„kontekst kulturowy" nie ma tutaj nic do rzeczy: walczący o biologiczne przetrwanie chorego niektórzy członkowie jego rodziny kierują się raczej własnymi celami niż jego rzeczywistym dobrem, a podgrzewanie nastrojów społecznych zmierza do wywarcia nacisku na organy orzekające. Zaciekłe przedłużanie życia w stanie wegetatywnym nie przynosi pacjentowi żadnych korzyści odczuwalnych dla niego samego, może natomiast stanowić drastyczne pogwałcenie jego zadeklarowanej uprzednio wolnej woli. Jak się zdaje, dzięki zamieszkaniu w Wielkiej Brytanii z jej dobrze działającym systemem prawnym i wymiarem sprawiedliwości pacjent RS i jego najbliżsi mimo wszystko mieli sporo szczęścia w swoim strasznym nieszczęściu. Mogli bowiem skorzystać z rzetelnych procedur decyzyjnych oraz mających oparcie w przepisach i nauce opinii lekarzy nieobawiających się formułowania jednoznacznych konkluzji.

Bibliografia

A. Alichniewicz, *Eutanazja, a etyczne podstawy medycyny stanów terminalnych,* [w:] *Narodziny i śmierć. Bioetyka kulturowa wobec stanów granicznych życia ludzkiego*, red. M. Gałuszka, K. Szewczyk, Warszawa-Łódź 2002.

A. Alichniewicz, *O działaniu i zaniechaniu,* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kuksewicza*, red. E. Jung-Palczewska, Łódź 2000.

A. Bartoszek, *Człowiek w obliczu cierpienia i umierania. Moralne aspekty opieki paliatywnej*, Katowice 2000.

T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV, tłum. W. Jacórzyński, Warszawa 1996.

M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Przerwanie odżywiania w stanie wegetatywnym,* [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, red. M. Safjan, Warszawa 2011.

M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza,* [w:] *System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, t. II, cz. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

M. Boratyńska, J. Malczewski, *Medycyna końca życia,* [w:] *System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, t. II, cz. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012.

J. Boyle, *Toward Understanding the Principle of Double Effect*, Ethics (1980) 90 (4).

T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2002.

D. Callahan, *Zabicie a przyzwolenie na śmierć*, tłum. J. Malczewski, [w:] *Wokół śmierci i umierania*, red. W. Galewicz, Kraków 2009.

W. Chańska, *Nieszczęsny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia w medycynie współczesnej*, Wrocław 2009.

W. Chańska, *Rezygnacja z leczenia podtrzymującego życie,* [w:] *Bioetyka*, red. J. Różyńska, W. Chańska, Warszawa 2013.

T. Dukiet-Nagórska, *Esej o prawie do decydowania o niektórych przejawach życia osobistego,* [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" wyd. specjalne, t. 43, Wrocław 2017.

T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi w intencji przybliżenia godnego umierania,* [w:] *Pro dignitate legis et maiestate iustitiae. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Witolda Kuleszy*, red. A. Liszewska, J. Kulesza, Łódź 2020.

J. Glover, *Causing Death and Saving Lives*, Harmondsworth 1984.

K. Golser, *Stanowisko Urzędu Nauczycielskiego Kościoła na temat pomocy w umieraniu i eutanazji,* [w:] *Eutanazja w dyskusji. Euthanasie in der Diskussion*, red. P. Morciniec, Opole 2001.

Jan Paweł II, *Encyklika o wartości i nienaruszalności życia ludzkiego „Evangelium vitae"*, [w:] *Encykliki Ojca Świętego Jana Pawła II*, Kraków 1996.

B. Jennett, E. Plum, *Persistent Vegetative State After Brain Damage. A Syndrome in Search of a Name*, The Lancet, kwiecień 1972.

Katechizm Kościoła Katolickiego, Poznań 1994.

Kongregacja Nauki Wiary, *Deklaracja o eutanazji „Iura et Bona"* (5.05.1980).

J. Keown, *Euthanasia, Ethics and Public Policy. An Argument Against Legalisation*, Cambridge 2002.

L.M. Kopelman, *Pojęciowe i moralne problemy terapii daremnej i użytecznej,* [w:] *Dylematy bioetyki*, red. A. Alichniewicz, A. Szczęsna, Łódź 2001.

A. Kübler, J. Siewiera, G. Durek, K. Kusza, M. Piechota, Z. Szkulmowski, *Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) na oddziałach intensywnej terapii u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli*, „Anestezjologia Intensywna Terapia" 4/2014 (t. 46).

R. Larsen, *Anestezjologia* t. 2, red. nauk. wyd. polskiego A. Kübler, Wrocław 2013.

J. Malczewski, *Eutanazja: gdy etyka zderza się z prawem*, Warszawa 2012.

Patofizjologia kliniczna. Podręcznik dla studentów medycyny, red. B. Zahorska-Markiewicz, E. Małecka-Tendera, Wrocław 2009.

Realizacja koncepcji terapii daremnej w warunkach polskich oddziałów intensywnej terapii – opis pięciu przypadków, A. Jóźwiak, R. Rutyna, A. Fijałkowska-Nestorowicz, M. Bielacz, W. Zukow, E. Kotlińska-Hasiec, „Journal of Education, Health and Sport" 8/2019.

M. Rutkowska, S. Szczepaniak: *Dylematy etyczne początków życia: noworodki skrajnie niedojrzałe*, [w:] *Bioetyka w zawodzie lekarza*, red. W. Chańska, J. Hartman, Warszawa 2010.

K. Szewczyk, *Bioetyka*, t. 1, *Medycyna na granicach życia*, PWN 2009.

M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, wyd. II, Toruń 2010.

M. Świderska, *Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji*, „Prawo i Medycyna" 3/2006.

M. Świerkocka, J. Komendziński, *Neurologiczne aspekty zaburzeń przytomności*, „Annales Academiae Medicae Gedaniensis" nr 43 (2013).

S.A. Tisherman, R.M. Forsythe, *Intensywna terapia w ciężkich urazach*, red. nauk. wyd. polskiego W. Machała, Lublin 2015.

D.C. Thomasma, G.C. Graber, *Euthanasia: Toward an Ethical Social Policy*, New York 1991.

A. Tymińska, *„Prawo arcyosobiste". Oświadczenia pro futuro we Włoszech w kontekście sprawy Eluany Englaro*, „Prawo i Medycyna" 3/2017.

T. Weber, *Daremna czy uporczywa terapia w medycynie paliatywnej*, [w:] *Etyczne aspekty decyzji medycznych*, red. J. Hartman, M. Waligóra, Warszawa 2011.

M. Wichrowski, *Prawo do życia*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2006.

D. Wilkinson, J. Savulescu, *Hard lessons: learning from the Charlie Gard case*, „Journal of Medical Ethics" 2018/44(7).

Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy, red. nauk. T. Dangel, wyd. Polskie Towarzystwo Pediatryczne 2011.

Summary

The dispute over cessation of futile therapy and clinically assisted nutrition and hydration: the British case of Polish patient RS

The article describes and comments upon a recent decision of the British Court of Protection which authorised the cessation of futile life-sustaining therapy including clinically assisted nutrition and hydration (CANH) from RS, a middle-aged Polish patient who fell into the permanent vegetative state (PVS) caused by severe brain damage. The authors scrutinize the legal proceedings and discuss the "best interests" criterion applied by Mr. Judge Cohen (the famous Bland case as well as the Mental Capacity Act of 2005 are evoked in this context). Several terminological and ethical issues are also explained, including the concepts of "passive euthanasia", "futile therapy", "over-zealous treatment", and CANH withdrawal. The authors reflect upon the role of family in decision-making concerning the withdrawal of futile treatment from PVS patients, recalling the notorious cases of Terri Schiavo, Vincent Lambert, and Eluana Englaro. Furthermore, in view of the public outrage caused by the RS case in Poland, the authors comment upon the alleged cultural differences in legal regulations and social attitudes towards the approach to the end of life treatment in Poland and United Kingdom, speculating on the possible way of handling RS's case in his homeland.

Keywords: Futile therapy, CANH withdrawal, Persistent Vegetative State, best interests

Olga Sitarz

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2020 r., IV KK 221/19[1]

Teza

Dla odpowiedzialności lekarza za występek z art. 160 § 3 k.k. nie ma znaczenia okoliczność, czy podjęcie zaniechanego działania było w stanie odwrócić niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pacjenta. Wystarczającym znamieniem tego występku jest wszak skutek nie w postaci naruszenia tego chronionego dobra, ale w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 marca 2020 r. uchylił wyrok Sądu Okręgowego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, uznając kasację prokuratora za zasadną. I chociaż sama decyzja najwyższej instancji wydaje się słuszna, to jednak w argumentacji popełniono dość istotny błąd, który powtórzony został nawet w tezie, rozpowszechnionej przez portal prawniczy.

W uzasadnieniu SN przedstawił bardzo precyzyjnie stan faktyczny. Dla jasności wywodu wystarczy przywołać najważniejsze informacje.

W dniu 17 czerwca 2015 r. wieczorem A.J. przyszedł do mieszkającego w tym samym bloku Ł.S. i razem z nim pił wódkę. Po godzinie 22 został odprowadzony przez Ł.S. pod drzwi swojego mieszkania, jednak przed wejściem przewrócił się, upadając na podłoże. Zaraz po upadku był nieprzytomny, obficie krwawił z okolic oka i ust. Został zaniesiony

[1] LEX nr 3088528.

do mieszkania, gdzie odzyskał przytomność i skąd został zabrany przez ratowników medycznych – załogę wezwanej karetki pogotowia ratunkowego, do szpitala w M. W karcie czynności medycznych ratownicy zapisali m.in., że u pacjenta, z którym był utrudniony kontakt, rozpoznali stłuczenie głowy, stwierdzili też krwiak pod prawym okiem, ranę wargi górnej, krwawienie z nosa. W szpitalnej izbie przyjęć dyżur pełnił oskarżony M.D., lekarz rezydent ortopedii i traumatologii, a więc niemający wiedzy specjalistycznej, pozwalającej należycie diagnozować tego rodzaju przypadki. Podjął on decyzję o wykonaniu badania RTG, które nie wykazało zmian w kościach czaszki A.J. Po rozmowie z pacjentem, który potwierdził, że przed zdarzeniem pił alkohol, lekarz postawił diagnozę, że zaistniało u niego tylko stłuczenie twarzoczaszki. M.D. podjął więc decyzję o odesłaniu pacjenta do domu, zalecając mu stosowanie okładów z lodu i prowadzenie oszczędzającego trybu życia. Po uzyskaniu telefonicznej informacji, że A.J. może być zabrany ze szpitala, pojechała tam jego partnerka A.K. Po obudzeniu się następnego dnia A.J. czuł się źle (miał ciężki oddech, skarżył się na silny ból głowy), a jego stan stopniowo się pogarszał. Po południu zaczął mieć problemy z utrzymaniem równowagi, tracił przytomność, pojawił się u niego niedowład lewej części ciała. Po godzinie 19, na wezwanie A.K., przyjechała załoga pogotowia ratunkowego, która zastała A.J. leżącego na łóżku, bez kontaktu, wydającego nieartykułowane bełkotliwe dźwięki. Z rozpoznaniem stanu po urazie głowy i zaburzeniami świadomości przewieziono go do szpitala w Jaworznie, gdzie został przyjęty w trybie pilnym. Niezwłocznie wykonane badanie tomografem komputerowym (TK) wykazało u pacjenta krwiak podtwardówkowy wokół prawej półkuli mózgu o szerokości 2 cm i inne zmiany chorobowe, w tym ognisko krwotoczne o średnicy 1 cm i warstwę świeżo wynaczynionej krwi. Z konsultacji anestezjologicznej wynikało, że A.J. był już nieprzytomny, chociaż w epikryzie odnotowano, że wybiórczo spełniał polecenia. Następnie został przewieziony do Centralnego Szpitala Klinicznego w K., gdzie w Klinice Neurochirurgii wykonano zabieg operacyjny – kraniotomię czołowo-skroniowo-ciemieniową prawostronną, z usunięciem krwiaka podtwardówkowego.

Nie przyniósł on oczekiwanego skutku, bowiem A.J. zmarł następnego dnia, tj. 19 czerwca 2015 r. Ustalono, że przyczyną zgonu były obrażenia mózgu z następstwami – obrażeniami krwotocznymi śródczaszkowymi i następowym pourazowym obrzękiem mózgu.

W toku wszczętego postępowania karnego m.in. zostały uzyskane dwie specjalistyczne opinie na okoliczność prawidłowości czynności medycznych podejmowanych wobec A.J., zwłaszcza czynności lekarza, który pierwszy się z nim zetknął, tj. M.D. Według opinii Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Medycznego w B. postępowanie tego lekarza nie było prawidłowe, bowiem mimo ewidentnej wiedzy o urazie głowy, którego doznał pacjent, i wiedzy co do potencjalnych następstw takiego urazu, nie zlecił wykonania badania tomografii komputerowej głowy. Zlecone badanie RTG czaszki nie było wystarczające, bowiem daje informację o stanie kości czaszki, ale nie daje żadnej wiedzy o potencjalnych obrażeniach mózgu. Nadmieniono, że nie ma całkowitej pewności, iż wykonanie badania TK bezpośrednio po urazie pozwoliłoby z całą pewnością na stwierdzenie obrażeń wewnątrzczaszkowych, jednak brak wykonania stosownej diagnostyki u pacjenta po urazie głowy (przy założeniu, że w chwili badania rozwijały się lub rozwinęły powikłania wewnątrzczaszkowe), a co za tym idzie zmniejszenie szans ustalenia prawidłowego rozpoznania, stanowi naruszenie zasad postępowania z pacjentami po urazach głowy, skutkujące narażeniem A.J. na stan zagrożenia zdrowia. Natomiast w opinii Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej (…) Uniwersytetu Medycznego w K. podano m.in., że krwiaki podtwardówkowe są najczęstszym śmiertelnym uszkodzeniem występującym przy urazie głowy, przy czym duża ilość takich krwiaków powstaje na skutek upadków i uderzenia głową o twarde podłoże. Często nie współistnieją one z uszkodzeniami kości czaszki, a predystynowane do ich występowania są osoby starsze i alkoholicy. Po urazie głowy, którego konsekwencją jest krwawienie wewnątrzczaszkowe, w badaniu TK po pierwszych kilkudziesięciu minutach, czasem bezpośrednio po urazie, powinny pojawić się m.in. radiologiczne cechy stopniowego wynaczynienia się krwi, narastającego obrzęku mózgu, ogniskowego stłuczenia tego organu, chociaż patologicznym zmianom radioobrazowym mogą nie towarzyszyć zaburzenia

świadomości. Zdaniem tych biegłych powikłania wewnątrzczaszkowe o charakterze uszkodzeń krwotocznych w postaci narastającego krwiaka podtwardówkowego w badaniu radioobrazowym metodą TK powinny stopniowo pojawiać się w pierwszej godzinie po urazie, jednak nie można jednoznacznie ustalić, jak było w tym konkretnym przypadku.

Ostatecznie Sąd Rejonowy, opierając się na powyższych opiniach, uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, opisanego w art. 160 § 2 i 3 k.k.

Sąd Okręgowy podzielił pogląd Sądu *meriti*, iż postępowanie oskarżonego w stosunku do A.J. było nieprawidłowe wobec niezlecenia badania głowy pacjenta przy użyciu tomografu komputerowego. Równocześnie jednak – wobec wątpliwości co do związku przyczynowego między ustalonym uchybieniem (t.j. nieprzeprowadzeniem u pokrzywdzonego badania TK) a skutkiem polegającym na narażeniu A.J. na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu – dopuścił dowód z trzeciej opinii, tym razem Instytutu Badań i Ekspertyz Sądowych w K. W opinii tej wskazano, mając na uwadze czułość i swoistość badania oraz uwzględniając specjalistyczne piśmiennictwo, że na 100 pacjentów z krwiakiem podtwardówkowym badanie TK pozwola prawidłowo rozpoznać zmiany wobec od 76 do 88 pacjentów, natomiast w przypadku od 12 do 24 pacjentów badanie nie wykrywa zmian pomimo ich istnienia. W konsekwencji stwierdzono, że nawet w przypadku zlecenia wykonania badania TK mogłoby ono nie wykazać u pokrzywdzonego obrażeń wewnątrzczaszkowych, nawet mimo ich rzeczywistego istnienia. W świetle takiego poglądu SO stanął na stanowisku, że w myśl art. 5 § 2 k.p.k. niedające się usunąć wątpliwości należało rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego.

Sąd Najwyższy tego stanowiska nie podzielił i uchylając uniewinniający wyrok Sądu Okręgowego, przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu SN trafnie zauważył, że zajęte przez SO stanowisko może być „odczytane w ten sposób, że skoro przeprowadzenie badania przy użyciu tomografu komputerowego nie dają stuprocentowej pewności, że wewnątrzczaszkowe zmiany pourazowe u człowieka, który doznał

urazu głowy, choćby rzeczywiście istniały, zostaną uwidocznione poprzez badanie, to przeprowadzanie takiego badania należałoby uznać w ogóle za bezcelowe. Odnosi się to również do innych, uważanych za standardowe w danym przypadku badań medycznych, które z reguły przyczyniają się do postawienia trafnej diagnozy, chociaż nie zawsze to gwarantują".

SN doszedł więc do konkluzji (która stała się tezą glosowanego wyroku), iż „dla odpowiedzialności za występek z art. 160 § 3 k.k. nie ma znaczenia okoliczność, czy podjęcie przez sprawcę zaniechanego działania było w stanie odwrócić niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pacjenta. Wystarczającym znamieniem tego występku jest wszak skutek nie w postaci naruszenia tego chronionego dobra, ale w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo".

W cytowanej tezie podkreślony został związek między skutkiem stanowiącym znamię art. 160 KK a ewentualną sprawczością („potencjałem") zaniechanych przez lekarza działań. Przypomnieć więc tylko za M. Bielskim należy, że w przypadku zaniechania gwaranta skutek, o jakim mowa w art. 160, będzie polegał zarówno na wywołaniu stanu zwiększającego niebezpieczeństwo, jak i na utrzymaniu się poziomu owego niebezpieczeństwa zastanego przez gwaranta w chwili aktualizacji jego obowiązku działania. Wynika to z treści obowiązku gwaranta, którego zadaniem jest nie tylko podjęcie działań zapobiegających pojawieniu się konkretnego niebezpieczeństwa dla chronionego dobra, ale także podjęcie wszelkich działań zmierzających do obniżenia stopnia konkretnego niebezpieczeństwa dla dobra istniejącego już w chwili aktualizacji jego obowiązku[2]. Podobne stanowisko kilka lat później zaprezentował także Sąd Najwyższy, który stwierdził m.in., że skutkiem należącym do znamion strony przedmiotowej występku z art. 160 § 2 i 3 k.k. jest nie tylko wywołanie takiej sytuacji, w której pacjent znajduje się – nie będąc uprzednio – w położeniu grożącym mu bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia, ale również na utrzymaniu (nieodwróceniu, niezmniejszeniu)

[2] M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2004 r., IV KK 37/04*, „Przegląd Sądowy" 4/2005, s. 125 i n.

istniejącego już poziomu tego niebezpieczeństwa w czasie, kiedy urzeczywistnił się obowiązek działania lekarza-gwaranta. Co więcej, przestępstwo jest dokonane z chwilą narażenia na niebezpieczeństwo, chociażby osoba narażona nie doznała żadnej krzywdy[3].

Jednak za zasadniczy problem sprawy, będącej przedmiotem rozpoznania przez SN, uznać należy **karnoprawne znaczenie zaniechanego (alternatywnego) przez gwaranta zachowania, które mogło, ale nie musiało zapobiec skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego**.

Niejako na potwierdzenie swojego stanowiska SN przywołał – *prima facie* celnie – stanowisko doktryny, powołując się na publikacje J. Giezka i T. Sroki. Trudno nie zgodzić się z tezą, że „w przypadku czynu mającego postać zaniechania konieczna jest analiza tzw. hipotetycznego przebiegu przyczynowego i odpowiedź na pytanie, czy podjęcie przez sprawcę alternatywnego zachowania, zgodnego z regułami postępowania z dobrem prawnym, pozwoliłoby uniknąć skutku przestępnego. (…) Do przypisania skutku wystarczające jest udowodnienie, że wykonanie przez gwaranta nienastąpienia skutku wymaganych w danych okolicznościach działań z dużym prawdopodobieństwem pozwoliłoby zapobiec skutkowi, z uwagi na ograniczoną wiedzę na temat przebiegów przyczynowych zachodzących w organizmie człowieka i z natury rzeczy ich probabilistyczny charakter w przypadku działań polegających na udzielaniu świadczeń zdrowotnych”[4]. W podobnym duchu wypowiada się, w zacytowanym przez SN fragmencie, J. Giezek, pisząc, że „w pewnych sytuacjach przypisania nie da się oprzeć na kauzalności zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, lecz musi nam wystarczyć prawdopodobieństwo tego, że gdyby sprawca zachował się odpowiednio, to negatywny skutek nie wystąpiłby. (…). Skutek w postaci realnego i znaczącego wzrostu stopnia narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo (należący do znamion art. 160 KK) może zostać przypisany nie tylko wtedy, gdy w przypadku

[3] Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2013 r., IV KK 43/13, LEX nr 1318212.

[4] T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie*, Warszawa 2013, s. 566–567.

zgodnego z prawem zachowania alternatywnego do tak ujętego skutku ponad wszelką wątpliwość nie doszłoby, ale także wówczas – gdy nie mając pewności co do wartości kauzalnej owego zachowania – stwierdzić jedynie możemy, że w przypadku jego podjęcia prawdopodobieństwo tego, że realny i znaczący wzrost narażenia nie nastąpi, okazałoby się dostatecznie duże"[5]. I w tym przypadku główną myśl autora trudno podważać.

Rozumowaniu Sądu Najwyższego postawić jednak można zarzut nieprzystającego wnioskowania z przywołanych tez, co powoduje, że chociaż samą decyzję SN uznać należy za w pełni słuszną, to jednak wniosek – w postaci zacytowanej tezy – jest wewnętrznie niespójny oraz sprzeczny z literą prawa. Odrobinę też należy doprecyzować przywołane przez SN wypowiedzi doktryny.

Zacząć wypada od swoistego uzupełnienia twierdzenia, że dla ustalenia odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe z zaniechania sięgnąć należy do „tzw. hipotetycznego przebiegu przyczynowego i odpowiedzi na pytanie, czy podjęcie przez sprawcę alternatywnego zachowania, zgodnego z regułami postępowania z dobrem prawnym, pozwoliłoby uniknąć skutku przestępnego". Podkreślić należy bowiem, że ów **hipotetyczny, alternatywny przebieg zdarzeń jest elementem karnoprawnej oceny każdego stanu faktycznego realizującego znamiona przestępstwa znamiennego skutkiem**. Ponadto w wielu innych miejscach badania przesłanek odpowiedzialności karnej sięgać należy do alternatywnej sytuacji. Przykładowo wzorcem porównawczym jest często „idealny" bądź „przeciętny obywatel", a mówiąc precyzyjniej – jego (domniemane) zachowanie, decyzje czy stan świadomości, które byłyby podjęte przez takiego obywatela w danej, konkretnej rzeczywistości (na tle ocenianego stanu faktycznego). Czasami ustawodawca niemal wprost odsyła do takiego modelu oceniania, posługując się klauzulami typu „usprawiedliwiony- nieusprawiedliwiony", „ostrożność wymagana w danych okolicznościach". Również przypisanie winy polega na badaniu „alternatywnej

[5] J. Giezek, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2004 r., V KK 37/04*, „Palestra" 1–2/2005.

rzeczywistości" – ustalane jest bowiem niejednokrotnie wymagane (a niezrealizowane) zachowanie sprawcy. Nie ma jednak wątpliwości, że figura „alternatywnego zachowania" ujawnia się przede wszystkim na tle badania istnienia i przebiegu kauzalności. Dla przestępstw z działania zachowaniem alternatywnym będzie przy tym inne działanie lub brak działania, a dla przestępstw z zaniechania punktem odniesienia będą zawsze wyłącznie działania pożądane/wymagane w danych okolicznościach.

Odczytując literalnie tezę SN – dla karnoprawnej oceny zaniechania sprawcy relewantne będą wszystkie alternatywne zachowania, niezależnie od okoliczności, „czy podjęcie zaniechanego działania było w stanie odwrócić niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pacjenta". Pogląd wydawać by się mógł zaskakujący zarówno w świetle przywołanych przez SN poglądów zaczerpniętych z piśmiennictwa (zacytowanych wyżej), jak i innych orzeczeń. Przykładowo, w postanowieniu z dnia 27 października 2009 r. SN stwierdził, że „w przypadku zaniechania, należy wykazać, że dopełnienie ciążących na gwarancie powinności, pozwoliłoby uniknąć wystąpienia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa lub pozwoliłoby na zmniejszenie poziomu istniejącego wcześniej bezpośredniego niebezpieczeństwa"[6]. Również w niedawnym postanowieniu SN organ ten stwierdził, że „przy typie nieumyślnym z art. 160 KK. obiektywne przypisanie sprawcy skutku jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy zostanie dowiedzione, że pożądane działania alternatywne, polegające na wykonaniu ciążącego na lekarzu obowiązku, zapobiegłyby realnemu i znaczącemu stopniowi tego narażenia"[7]. Glosowaną w niniejszej publikację tezę SN trzeba więc potraktować wyłącznie – jak się wydaje – jako swoistą niezręczność językową. Organ ten dość niefortunnie zanegował bowiem stanowisko SO, orzekającego jako sąd II instancji w rozpoznawanej sprawie, zgodnie z którym, „nawet w przypadku zlecenia wykonania badania TK, mogłoby ono nie wykazać u pokrzywdzonego obrażeń wewnątrzczaszkowych, nawet mimo ich rzeczywistego istnienia". Trafnie bowiem

[6] Sygn. II KK 45/09, Legalis/el. nr 453449.

[7] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2019 r., III KK 212/18, LEX nr 2687644.

zwerbalizował SN obawy, że takie podejście wykluczałoby każdorazowo odpowiedzialność karną przy odstąpieniu od badań medycznych przy braku absolutnej pewności, że u pacjenta w chwili podejmowania decyzji co do sposobu diagnozowania istniały potencjalnie uchwytne określonym badaniem zmiany chorobowe. Taki tok rozumowania niebezpiecznie można by oczywiście kontynuować – brak absolutnej pewności skuteczności zachowania alternatywnego zwalniałby z możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej, nie tylko w przypadku procesu diagnozowania (i wykonywania badań), ale też terapii czy jakichkolwiek innych wymaganych zachowań gwaranta nienastąpienia skutku. Przyznać jednak trzeba, że uzasadniony brak aprobaty dla stanowiska SO dość niefortunnie przybrał formę negującą jakiekolwiek znaczenie potencjalnej skuteczności zachowań alternatywnych. Na marginesie odnotować zatem należy, że dla bytu przestępstwa formalnego, przewidzianego w przepisie art. 162 § 1 k.k. nieistotne jest zagadnienie, czy działanie, którego sprawca zaniechał, rzeczywiście przyniosłoby ratunek[8]. Nie ma jednak wątpliwości, jak dalece różni się *ratio legis* i konstrukcja tych dwóch (art. 160 i art. 162) przepisów.

Równocześnie podkreślić należy, że alternatywna rzeczywistość (jako zdarzenie, które nie nastąpiło) **nigdy *de facto* nie jest pewna, a jedynie uprawdopodobniona – w mniejszym lub większym stopniu.** Każde zatem podjęte przez człowieka zachowanie obciążone jest ryzykiem niepowodzenia (a mówiąc szerzej – ryzykiem innego przebiegu zdarzeń niż zakładane). O kwestii prawdopodobieństwa – kluczowej w sprawie rozstrzyganej przez SN – również pisze J. Giezek. Przede wszystkim wyodrębnił trzy grupy sytuacji – dwie wytyczają granice relewantności zachowań alternatywnych z perspektywy stopnia prawdopodobieństwa, trzecia grupa sytuacji wypełnia tak zakreśloną przestrzeń. Autor wskazuje, że nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że skutek należy sprawcy przypisać, jeśli z prawdopodobieństwem sięgającym granic pewności nie zostałby on wywołany w przypadku zgodnego z prawem zachowania alternatywnego,

[8] Wyrok z dnia 17 kwietnia 2014 r. Sądu Okręgowego w Sieradzu, II K 44/13, LEX nr 1684294.

czyli takiego, które nie stwarzałoby zbyt dużego ryzyka jego wystąpienia. Ponadto jest również oczywiste i bezdyskusyjne, że skutku nie sposób sprawcy przypisać, jeśli z prawdopodobieństwem sięgającym granic pewności wystąpiłby on także w przypadku zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, mieszczącego się w granicach akceptowanego ryzyka. Stąd właśnie pozostaje rozległy obszar, na którym zmieścić można – między bardzo wysokim prawdopodobieństwem, że skutek nastąpi albo nie nastąpi – całe spektrum wchodzących w rachubę wariantów[9]. Mając zaś na uwadze wspomniane wcześniej znaczenie modelu alternatywnego dla zachowań z działania i z zaniechania, bez wątpienia zakreślone przez J. Giezka, pola prawdopodobieństwa skutku odnoszą się także do zachowań opisanych w art. 160 § 3 k.k. Podzielając więc w pełni wskazane wyżej kategoryzowanie zachowań alternatywnych i ich relewantność, **odrzucić należy poglądy ograniczające prawnokarne znaczenie wyłącznie do zachowań, które zapobiegłyby zdarzeniu z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością**[10].

W innym miejscu J. Giezek precyzuje zamarkowane wyżej pole niepewności, wskazując, że „jeśli stwierdzimy, że podjęte przez sprawcę zgodne z prawem i ciążącym na nim obowiązkiem zachowanie alternatywne zmniejszyłoby jedynie (lecz nie wyeliminowało całkowicie) istniejące

---

[9] J. Giezek, *Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 4/2004 49–72, s. 58.
Autor równocześnie wcześniej zastrzega, że w literaturze zbieżność poglądów panuje co do tego, „że – z jednej strony – sprawca nie może ponosić odpowiedzialności karnej, jeśli skutek z całą pewnością wystąpiłby także przy odpowiednim, tzn. zgodnym z naszymi oczekiwaniami zachowaniu alternatywnym, a jednocześnie – z drugiej strony – sprawca powinien być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, jeśli w przypadku zachowania w pełni mieszczącego się w granicach dozwolonego ryzyka skutku dałoby się z całą pewnością uniknąć". Przy odrzuceniu jednak koncepcji „pewności" zachowań alternatywnych te uwagi mają – w mojej ocenie – nieco mniejsze znaczenie.

[10] Por. przykładowo: A. Jezusek, *Przyczynowość zaniechania oraz rola powiązań kauzalnych w obiektywnym przypisaniu skutku*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 4/2015, Rok XIX, s. 110, gdzie autor pisze: „Z kolei w razie naruszenia normy nakazującej zapobiec skutkowi jedną z przesłanek związku normatywnego jest ustalenie, że w świetle wiedzy kauzalnej zachowanie zgodne z regułą ostrożności z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością uniemożliwiłoby wystąpienie przebiegu przyczynowego, który doprowadził do zaistnienia skutku przestępnego, lub przerwałoby taki przebieg".

już niebezpieczeństwo, to jednocześnie musimy rozważyć, jak istotna byłaby to redukcja, skoro jakiś jego potencjał zostałby jednak utrzymany. Z perspektywy podstaw odpowiedzialności karnej interesujące wydaje się przyjęcie następujących założeń, wyznaczających najdalej wysunięte granice przypisania: a) jeśli niezależne od sprawcy niebezpieczeństwo, które można nazwać wyjściowym, stwarzało duże prawdopodobieństwo wystąpienia skutku w postaci naruszenia dobra prawnego (tzn. śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu), a wykonanie ciążącego na sprawcy obowiązku prawdopodobieństwo to istotnie by zmniejszyło, dzięki czemu skutek w postaci naruszenia dobra prawnego znacznie by się oddalił, to narażenie na niebezpieczeństwo owego dobra można by sprawcy owego zaniechania obiektywnie przypisać; b) jeśliby natomiast niebezpieczeństwo utraty życia lub poważnego uszczerbku na zdrowiu w przypadku podjęcia przez sprawcę zgodnego z prawem zachowania alternatywnego nie zmieniło się wcale lub – co najwyżej – w stopniu, który dałoby się w sposób niezbyt precyzyjny skwantyfikować jako mało znaczący, jego obiektywne przypisanie należałoby wykluczyć[11].

Równocześnie przyznać należy, że orzecznictwo SN zdecydowanie jednak preferuje **pewność wystąpienia skutku lub jego braku** (a nie „wysoki lub bardzo wysoki stopień prawdopodobieństwa") i w oparciu o takie ustalenia rozpoznaje możliwość przypisywalności. W takim kierunku (po części) szły rozważania SN, który w wyroku z 21 sierpnia 2012 r. uznał, iż „warunek odpowiedzialności karnej lekarza-gwaranta z art. 160 § 2 i 3 KK w postaci obiektywnego przypisania mu skutku będzie spełniony, gdy zostanie ustalone, że pożądane zachowanie, stanowiące realizację ciążącego na lekarzu obowiązku, zapobiegłoby realnemu narażeniu człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu"[12]. Podobnie jak w wyroku z 19 maja 2015 r., SN przekonuje, że „przekroczenie normy określającej obowiązki gwaranta nie powinno stanowić podstawy do przypisania skutku, gdy – po

[11] J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, 2014 LEX.

[12] IV KK 42/12, Legalis.

pierwsze – w rzeczonym skutku zmaterializuje się inne niebezpieczeństwo aniżeli to, które gwarant poprzez realizację normy sankcjonowanej miał odwrócić (zapobiec mu), oraz – po drugie – gdy zostanie ustalone, że wypełnienie normy i tak nie mogło zapobiec skutkowi, a więc że skutek z pewnością by zaistniał"[13].

J. Giezek, pisząc o polu „alternatywnych zachowań", wytyczanym przez wysoki poziom prawdopodobieństwa, wskazywał na jego rozległość. Doprecyzować na użytek tej publikacji należy, że zachowań alternatywnych o różnym stopniu prawdopodobieństwa skuteczności jest nieskończenie wiele. *Post factum* potrafimy wskazać wiele działań, które doprowadziłyby do pozytywnego zakończenia dramatycznego wydarzenia, gdyby podjęte zostały w odpowiednim czasie. W wielu dziedzinach życia społecznego to właśnie tego rodzaju ustalenia poprawiają bezpieczeństwo i kondycję społeczną, stając się regułami postępowania z dobrem prawnym. Pojawia się jednak pytanie, czego od gwaranta nienastąpienia skutku można oczekiwać w konkretnej sytuacji, wobec bogactwa zachowań alternatywnych. Współczesna nauka prawa karnego potrafi udzielić względnie satysfakcjonującej odpowiedzi – to **reguły postępowania z dobrem prawnym dyktują, ile z nich i które powinny być zastosowane w celu zapobieżenia zdarzeniu**, które stanowi znamię skutku. Innymi słowy, człowiek – właśnie uwzględniając prawdopodobieństwo rozpoznanych następstw ludzkiego zachowania – wypracował reguły zachowań wymaganych w określonych okolicznościach. Dodajmy więc, że **chodzi o reguły „obowiązujące", a zatem poznane, sprawdzone i akceptowane w chwili samego zdarzenia (*ex ante*)**. Wykonanie takiej czynności, tj. zgodnej z regułami, nawet jeśli nie przyniosło spodziewanego efektu (negatywna zmiana w świecie zewnętrznym i tak nastąpiła), pozwala na uznanie, że odpowiedzialność za czyn zabroniony nie może być przypisana. Przy tym dokonać należy jednego jeszcze zastrzeżenia. **Jeśli reguły postępowania z dobrem wskazują kilka wymaganych zachowań (czasem w określonej kolejności, na**

[13] V KK 85/15, Legalis.

wypadek braku skuteczności poszczególnych z nich), to wszystkie lub wybrane – wedle szczególnego algorytmu – powinny być wykonane, aby uwolnić się od odpowiedzialności karnej w przypadku negatywnej zmiany w świecie zewnętrznym – przypisania skutku.

To oznacza, że zachowanie alternatywne jako wzorzec oceny musi być zgodne z regułami postępowania z dobrem prawnym. To, co gwarant konkretnie winien uczynić w określonej sytuacji, wynika ze stosownej – jak określa to J. Majewski – dyrektywy technicznej, sprzężonej z normą nakazującą zapewnienie bezpieczeństwa dobru prawnemu, nad którym gwarant ma pieczę. Treścią takiej dyrektywy jest wypadkowa rozpoznawalnych elementów danego stanu faktycznego oraz wiedzy o ogólnych prawidłowościach rządzących światem, wiedzy o potwierdzonych empirycznie związkach między różnymi stanami rzeczy, dzięki której można przewidywać bliższe i dalsze skutki[14]. Reguły te uwzględniają sprawczość określonych zachowań; innymi słowy – to (odpowiednio wysoki w ocenie społecznej i naukowej) stopień prawdopodobieństwa skuteczności (między innymi) waliduje określone zachowania jako wzorce postępowania. Reguły te „obowiązują" we wszystkich przestrzeniach życia społecznego, nie ma jednak wątpliwości, że ogromne znaczenie mają w medycynie. **Aktualny stan wiedzy i praktyka medyczna ostatecznie dyktują, jakie czynności lekarz-gwarant ma obowiązek podjąć w konkretnej sytuacji**. W realiach rozpoznawanej sprawy nauka medycyny wskazuje, że w wypadku stłuczenia głowy, krwawienia, utrudnionego kontaktu należy wykonać tomografię komputerową. I tak właśnie SN orzekł w wyroku z 21 sierpnia 2012 r. Na tle analizy normatywnej przepisu art. 160 § 2 k.k. Sąd Najwyższy skonstatował: „lekarz obowiązany jest podjąć wszelkie możliwe czynności diagnostyczno-terapeutyczne, jakie tylko w danej chwili i warunkach są możliwe i jakie wynikają z aktualnego stanu wiedzy medycznej, gdy tylko ich zaniechanie narażałoby człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu i nie ma przy tym znaczenia to, czy pacjent wskutek błędu w sztuce

[14] J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 75.

lekarskiej zmarł albo doznał ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Innymi słowy, lekarz obowiązany jest bronić ludzkiego życia i zdrowia, gdy tylko są one zagrożone, i jego odpowiedzialności nie uchyla sam fakt, że nawet gdyby postępował prawidłowo, to i tak nie dałoby się wykluczyć, że pacjent by zmarł albo doznał ciężkiego uszczerbku na zdrowiu"[15].

Ostatnim ważkim zagadnieniem jest kwestia znaczenia rangi dobra, na straży którego stoi gwarant. **Rodzaj tego dobra współdecyduje o przyjęciu określonego stopnia prawdopodobieństwa dla prawdopodobnej skuteczności (sprawczości) zachowania alternatywnego**. Nie ma wątpliwości, im wyżej w hierarchii dóbr dane dobro jest posadowione, tym katalog wymaganych zachowań alternatywnych jest szerszy i – co najważniejsze – uwzględnia zachowania o mniejszym stopniu prawdopodobieństwa zapobieżenia jego naruszenia. Nie ma wątpliwości więc, że **dla zapobiegnięcia śmierci każdy gwarant podejmować ma nie tylko działania o wysokim spodziewanym stopniu skuteczności, ale też te, co do których oczekiwania nie są już tak pewne**. W przypadku nauki medycyny chronione dobro (i jego wartość) jest już – należy przypuszczać – uwzględniane przy wypracowywaniu reguł postępowania. Niemniej i w tym obszarze szerszy z pewnością jest katalog zachowań alternatywnych wymaganych dla zapobieżenia śmierci lub zagrożenia śmiercią niż dla zachowań zapobiegających lekkiemu uszczerbkowi na zdrowiu.

Reasumując, miał rację SN, odrzucając argumentację SO o braku pewności zachowania alternatywnego. Pewność nie jest potrzebna. Jednak ma znaczenie, czy podjęcie zaniechanego działania było w stanie odwrócić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta, nawet jeśli to było tylko w 80% prawdopodobne.

[15] IV KK 42/12, Legalis.

Jan Ciechorski

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 2020 r., IV CSK 51/20[1]

Artykuł 23 ust. 1 u.o.z.p. uzależnia dopuszczalność przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego – bez zgody wymaganej w art. 22 u.o.z.p. – od stwierdzenia, że jej dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, iż z powodu choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Przyjęta w ustawie formuła wymaga więc przeprowadzenia oceny, czy osoba, której hospitalizacji dokonano, nie bacząc na jej sprzeciw, została już zdiagnozowana jako chora psychicznie, a następnie czy jej dotychczasowe zachowanie daje podstawy do uzasadnionych obaw (tak należy bowiem interpretować pojęcie „wskazuje"), że z powodu choroby stanowi ona zagrożenie dla własnego życia albo dla życia lub zdrowia innych osób. Tak postawiony obowiązek zbadania stanu pacjenta niezgadzającego się na pobyt w szpitalu wymaga więc od sądu poddania kontroli całościowego stanu zdrowia pacjenta, nie tylko jego zachowania, które bezpośrednio spowodowało decyzję o jego hospitalizacji. Oparty jest na założeniu, że zachowanie osoby z rozpoznaną chorobą, nierzadko pozostającą w stałym leczeniu ambulatoryjnym i już wcześniej leczoną w szpitalu psychiatrycznym, lekarze są w stanie lepiej i trafniej prognozować. Podstawowe znaczenie ma jednak zachowanie tej osoby, które spowodowało jej przybycie do szpitala, ponieważ pokazuje aktualne zaburzenia stanu psychicznego, które muszą być ocenione

[1] LEX nr 3063048.

w kategoriach zagrożenia podstawowym dobrom tej osoby i innych osób mogących się z nią zetknąć w czasie, kiedy występują u niej objawy psychotyczne wynikające z choroby psychicznej. W toku postępowania mającego na celu zbadanie zasadności przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego niezbędne jest więc poddanie kontroli zarówno posiadanych i możliwych do uzyskania przez lekarzy informacji o rodzaju i przebiegu choroby psychicznej osoby przyjmowanej, ale także szczegółowe wyjaśnienie przebiegu zdarzeń, które bezpośrednio spowodowały przybycie, często niedobrowolne, osoby chorej do szpitala. Ustalenia muszą obejmować szczegółowy opis zdarzeń i czynów dokonywanych przez osobę, której przyjęcia postępowanie dotyczy.

Glosowane postępowanie zapadło w następującym stanie faktycznym: M.W., uczestniczkę postępowania, przyjęto bez zgody do szpitala psychiatrycznego w trybie art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego[2]. Ustalono, iż była ona już wcześniej hospitalizowana trzykrotnie w ciągu ostatnich 16 lat. Do szpitala została przewieziona przez karetkę Pogotowia Ratunkowego po interwencji Policji. W czasie badania psychiatrycznego odmawiała odpowiedzi na pytania, utrzymywała, że została porwana, odtrącała ratowników medycznych i policjantów, była agresywna, podczas transportu szarpała się, co skutkowało koniecznością zastosowania wobec niej przymusu bezpośredniego. W wyniku przeprowadzonego badania stwierdzono: niepełną orientację, utrudniony logiczny kontakt, rozkojarzenie toku myślowego, osobowość w rozpadzie, dereizm, urojeniową interpretację otoczenia, podejmowanie zachowań gwałtownych i nieprzewidywalnych. Jako diagnozę wstępną wskazano schizofrenię paranoidalną, a zachowanie pacjentki z uwagi na agresję czynną zagrażało bezpośrednio życiu i zdrowiu innych osób. Sąd Rejonowy ustalił, że przed przyjęciem do szpitala psychiatrycznego matka W.M. wezwała Policję, funkcjonariusze musieli wyważyć drzwi

[2] T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 685 ze zm., dalej ustawa lub u.o.z.p.

do pokoju uczestniczki, bowiem odmówiła ich otwarcia. W.M. zaprzecza swojej chorobie psychicznej, przyznała, że jest chora somatycznie: cierpi na schorzenia immunologiczne i zespół Parkinsona. Sąd uznał, że w czasie przyjęcia do szpitala stwarzała bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia innych osób, a w konsekwencji ocenił przyjęcie jej bez zgody jako zasadne. Sąd Okręgowy podzielił zarówno ustalenia faktyczne, jak i ich ocenę prawną dokonaną przez Sąd I instancji i oddalił apelację uczestniczki.

Sąd Najwyższy, rozpoznając skargę kasacyjną, wskazał na oczywisty wymóg zgodności z prawem przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego, a mianowicie konieczność wystąpienia wszystkich przesłanek takiego przyjęcia wskazanych w art. 23 ust. 1 ustawy. Podkreślił, iż przyjęcie bez zgody w trybie tego przepisu wymaga zdiagnozowania u osoby przyjmowanej choroby psychicznej. Następnie konieczne jest ustalenie, czy osoba ta z powodu choroby psychicznej zagraża swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Wymaga to rozważenia całościowego stanu zdrowia pacjenta, nie tylko oceny jego zachowania podczas przyjęcia do szpitala. Jednakże zasadnicze znaczenie ma zachowanie tej osoby powodujące hospitalizację bez zgody. W glosowanym postanowieniu zgodzono się z wywodami skargi kasacyjnej, iż określenia dotyczące jej zachowania („agresywne") są nazbyt ogólne, bez ustalenia kolejności zdarzeń, czynności i zachowania osób biorących udział w całym zdarzeniu, co – zdaniem Sądu – nie pozwala na stanowcze stwierdzenie, czy zachowanie uczestniczki postępowania rzeczywiście zagrażało jej życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Analiza tych zdarzeń musi obejmować również punkt widzenia osoby przymusowo przyjmowanej do szpitala psychiatrycznego, a w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy uczestniczka postępowania podnosiła, że była wystraszona, bowiem uważała, że została porwana, i broniła się przed tym. Nadto Sąd wskazał, iż opinia biegłego psychiatry sporządzona na podstawie dokumentacji medycznej oraz badania przeprowadzonego po upływie znacznego czasu od przyjęcia do szpitala „nie może być samodzielną podstawą oceny zdarzeń przeszłych bez zapoznania się z ich rzeczywistym przebiegiem". Podkreślono, iż postępowania dotyczące przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego dotyczy praw

i wolności chronionych konstytucyjnie (wskazano na art. 31 ust. 3 Konstytucji), a także konwencyjnie (art. 5 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności), co musi skutkować nakazem ścisłego wykładania przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Zdaniem Sądu Najwyższego rozstrzygnięcia Sądów zostały oparte na powierzchownych i ogólnikowych ustaleniach, co uzasadnia stawiany w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 23 ust. 1 u.o.z.p.

Powyższe orzeczenie Sądu Najwyższego zasługuje na omówienie, albowiem dotyka istotnych kwestii dotyczących gwarancji respektowania praw zawartych zarówno w Konstytucji, jak i w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Niewątpliwie słusznie Sąd Najwyższy zwraca uwagę na konieczność ścisłej interpretacji, a co za tym idzie i stosowania przepisów uprawniających do przyjęcia bez zgody w trybie nagłym do szpitala psychiatrycznego. Powyższe stanowisko uznać należy za ugruntowane w judykaturze[3]. Jest to oczywiste, albowiem przymusowe przyjęcie do szpitala psychiatrycznego stanowi ingerencję w podstawowe prawa jednostki. Umieszczenie bez zgody w szpitalu psychiatrycznym jest bowiem w istocie pozbawieniem tej osoby wolności. Jednocześnie w przypadku przyjęcia na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy następuje to w celu wdrożenia leczenia dla usunięcia przyczyn tego przyjęcia. (Jednakże nie można pomijać funkcji ochronnej tego przyjęcia, albowiem państwo obowiązane jest zapewnić ochronę społeczeństwu przed zagrażającym życiu i zdrowiu innych zachowaniami osób z zaburzeniami psychicznymi. W tym zakresie szpital psychiatryczny wykonuje ochronną rolę, za którą odpowiedzialna jest władza publiczna.) W sytuacji braku zgody pacjenta na leczenie zgodnie z art. 33 ust. 1 tej ustawy lekarze uprawnieni są do zastosowania leczenia

[3] Można chociażby przykładowo wskazać postanowienie Sądu Najwyższego z 4 października 2019 r., IV CSK 192/19, LEX nr 2736272, w którym stwierdzono „Zasadniczą kwestią przy stosowaniu art. 23 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego jest ścisła jego interpretacja". Z kolei w postanowieniu z 16 kwietnia 2009 r., I CSK 409/08, LEX nr 560512, Sąd Najwyższy wywiódł, że „Sąd powinien wykładać art. 22–29 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego ściśle i jako istotną dyrektywę swego postępowania traktować wymóg, by rozstrzygnięcie, które poweźmie, było celowe z punktu widzenia dobra i interesu osoby, której dotyczy".

przymusowego, za wyjątkiem określonych, wymienionych enumeratywnie świadczeń zdrowotnych[4]. Nadto przy przyjęciach w trybie nagłym decyzję o hospitalizacji podejmuje lekarz psychiatra, dopiero w wyniku zgłoszenia takiego przyjęcia przez kierownika szpitala wszczynane jest przez sąd opiekuńczy postępowanie mające na celu stwierdzenie zasadności tego przyjęcia. Tym samym pacjent przez dłuższy czas przymusowo przebywa w szpitalu psychiatrycznym wyłącznie na podstawie decyzji lekarza[5]. Niewątpliwie postępowanie przed sądem opiekuńczym w sprawie o przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego wymaga odpowiedniego czasu, chociażby z uwagi na konieczność przeprowadzenia obligatoryjnego dowodu z opinii biegłego lekarza psychiatry w celu oceny stanu zdrowia psychicznego w czasie przyjęcia osoby, której ono dotyczyło, co powoduje przedłużenie przymusowej hospitalizacji wyłącznie w oparciu o decyzję lekarza psychiatry (pomijam w tym miejscu konieczność zatwierdzenia tego przyjęcia przez ordynatora/kierownika oddziału, przewidzianą w art. 23 ust. 4 zd. 1 u.o.z.p.).

W przypadku pacjenta wcześniej już leczonego psychiatrycznie, z rozpoznanym rodzajem zaburzeń psychicznych, zdecydowanie łatwiej postawić diagnozę podczas przyjęcia do szpitala. Niewątpliwie w krótkim czasie badania przyjęciowego wykonywanego w warunkach izby przyjęć trudno jest dokonać pełnego rozpoznania dotyczącego jednostki chorobowej, na którą cierpi osoba badana (rozpoznanie nozologiczne). Co prawda ustawodawca w celu zwiększenia pewności diagnozy stawianej przy przyjęciu bez zgody wymaga „opinii drugiego lekarza psychiatry

---

[4] Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 24 kwietnia 2012 r. w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, których udzielenie wymaga zgody (Dz.U. z 2012 r., poz. 494), do tych wyjątków należą:
punkcja podpotyliczna lub lędźwiowa przeprowadzana w celu pobrania płynu mózgowo-rdzeniowego lub podania leków;
leczenie elektrowstrząsami.

[5] Co prawda podlega ona zatwierdzeniu przez ordynatora/kierownika oddziału, jednakże jest to tzw. wewnętrzna kontrola przyjęcia. Również wsłuchanie pacjenta, które ma obowiązek przeprowadzić sędzia w terminie do 48 godzin od otrzymania zawiadomienia o przyjęciu bez zgody, nie oznacza akceptacji tego postępowania, zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy zarządza on natychmiastowe wypisanie pacjenta w przypadku uznania jego przyjęcia za oczywiście bezzasadne.

albo psychologa" (art. 23 ust. 2 *in fine* u.o.z.p.). Jednakże uzyskanie jej nie jest bezwzględnie konieczne, o czym świadczy użycie w powołanym przepisie wyrażenia „w miarę możliwości"[6]. Nadto badanie wykonywane przez lekarza wydającego opinię jest przeprowadzane w identycznych warunkach izby przyjęć szpitala, jak badanie dokonane przez lekarza decydującego o przyjęciu. Jednocześnie wyrażona opinia ma – ze swej istoty – charakter niewiążący. Wracając do zagadnienia rozpoznania dokonywanego przy przyjęciu, zauważyć należy, iż aż takie szczegółowe (nozologiczne) rozpoznanie podczas badania przyjęciowego do szpitala psychiatrycznego nie jest konieczne. Aby zastosować właściwy tryb (podstawę) przyjęcia, konieczne jest stwierdzenie, czy badany cierpi na zaburzenia psychiczne i czy mają one charakter psychotyczny. Nie ma potrzeby rozpoznania konkretnego zaburzenia, poza tym mogłoby to być po prostu niemożliwe w warunkach badania przyjęciowego. Uważam, że tak należy odczytywać sformułowanie (przesłankę) ustawowe „osoba chora psychicznie". Ustawodawca posługuje się ogólnym określeniem „osoba chora psychicznie", które zostało doprecyzowane w art. 3 pkt 1 lit a u.o.z.p., zgodnie z którym osobą chorą psychicznie jest osoba „wykazująca zaburzenia psychotyczne". Istotne jest dla zasadności przyjęcia na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy, aby stwierdzone podczas przyjęcia zaburzenie psychiczne miało cechy psychotyczne. Jeszcze raz podkreślić należy, iż przepis art. 23 ust. 1 u.o.z.p. nie wprowadza wymogu stwierdzenia konkretnego zaburzenia psychotycznego (określonej choroby psychicznej), zdiagnozowane zaburzenia muszą wskazywać na ich psychotyczną naturę. Na marginesie jedynie nadmienić trzeba, że w przypadku przyjęcia na podstawie art. 24 ust. 1 tej ustawy jego cechą konstrukcyjną jest niepewność postawionej diagnozy dotyczącej charakteru zaburzeń

[6] Zgodnie z § 3 ust. 2 *in fine* rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2018 r. w sprawie postępowania w sprawach przyjęcia oraz wypisania ze szpitala psychiatrycznego (Dz.U. z 2018 r., poz. 2475) w przypadku braku możliwości zasięgnięcia opinii drugiego lekarza psychiatry nakazuje zamieścić w dokumentacji medycznej pacjenta adnotację o tym wraz z uzasadnieniem. Oznacza to normatywne uzasadnienie braku bezwzględnego obowiązku uzyskania tej opinii, jednakże brak jej zasięgnięcia należy uzasadnić.

psychicznych, na które cierpi przyjęty pacjent. Wyjaśnienie tej niepewności jest celem przyjęcia w tym trybie[7].

Przy przymusowym przyjęciu w trybie nagłym oprócz stwierdzenia zaistnienia przesłanki medycznej (psychiatrycznej), czyli choroby bądź innego zaburzenia psychicznego, konieczne jest ustalenie przesłanki behawioralnej takiego przyjęcia w postaci zachowania zagrażającego własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Niewątpliwie trafne jest stanowisko Sądu Najwyższego, iż przy ustalaniu przesłanki behawioralnej przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego podstawowe znaczenie należy przypisać zachowaniu tej osoby bezpośrednio przed przyjęciem. Wcześniejsze zachowania pacjenta mogą potwierdzać występowanie zagrożenia z jego strony, jednakże wydaje się, iż nie mogą stanowić przyczyny przyjęcia z uwagi na fakt upływu czasu od wystąpienia zagrożenia przez nie wywołanego. Wątpliwości może budzić podnoszone przez Sąd twierdzenie o konieczności uwzględniania podczas oceny istnienia przesłanki zachowania perspektywy osoby przyjmowanej do szpitala psychiatrycznego, jej postrzegania określonej sytuacji. W przypadku bowiem przyjęcia na podstawie art. 23 ust. 1 u.o.z.p. konieczne jest – o czym była mowa wyżej – stwierdzenie zaburzeń psychotycznych (choroby psychicznej). Istotą zaburzeń psychotycznych jest niemające uzasadnienia nieadekwatne postrzeganie rzeczywistości. W konsekwencji przyjmując za zasadny pogląd Sądu Najwyższego, należałoby przyjąć chorobowy punkt widzenia i z tej perspektywy dokonywać oceny, czy zachowanie osoby chorej jest adekwatne do postrzeganej przez nią rzeczywistości. Wydaje się, że taka ocena może pomagać w zrozumieniu postawy osoby chorej, jednakże nie może wpływać na jej kwalifikację na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy. Wbrew poglądom Sądu Najwyższego przyjąć należy, iż przy ocenie zachowania osoby przyjmowanej bez zgody do szpitala psychiatrycznego w trybie nagłym znaczenie ma ocena dokonywana przy użyciu

[7] Z tego powodu niektórzy przedstawiciele doktryny prawa medycznego określają przyjęcie na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego jako przyjęcie w trybie obserwacyjnym, tak np. T. Sroka, [w:] *System Prawa Medycznego*, Tom 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2018, s. 469–472 (C.H. Beck).

obiektywnych kryteriów, nie zaś z punktu widzenia osoby przyjmowanej. Nie można przy tym pomijać, iż z częścią zaburzeń psychotycznych związane są objawy wytwórcze: omamy, urojenia, które w oczywisty sposób zakłócają, deformują zarówno postrzeganie, jak i ocenę rzeczywistości. Tym samym nie może być mowy o braniu pod uwagę punktu widzenia osoby przyjmowanej na sytuację stanowiącą wypełnienie przesłanki behawioralnej tego przyjęcia. Jak już podnosiłem, może to być istotne dla zrozumienia postępowania tej osoby i postawienia adekwatnej diagnozy (w znaczeniu nozologicznym).

Podzielić należy stanowisko prezentowane w głosowanym postanowieniu dotyczące bezwzględnej konieczności ustalenia zaistnienia przesłanki behawioralnej. Sąd opiekuńczy ma obowiązek wykorzystania wszystkich możliwości w tym zakresie. W okolicznościach sprawy rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy ustalenie zachowania uczestniczki postępowania powinno nastąpić na podstawie zeznań członków rodziny mieszkających z M.W. (matki), policjantów interweniujących, załogi karetki pogotowia przewożącej uczestniczkę postępowania do szpitala, a wreszcie personelu szpitala uczestniczącego w jej przyjęciu. Niewątpliwie brak ustaleń w tym zakresie uniemożliwia ocenę, czy zaistniała przesłanka behawioralna przyjęcia do szpitala psychiatrycznego. Jednocześnie zdecydowanie bardziej ograniczone możliwości w jej ustaleniu ma lekarz dokonujący tego przyjęcia, przy czym dysponuje on również krótszym czasem na ocenę stanu faktycznego pod względem wypełnienia dyspozycji art. 23 ust. 1 ustawy. W orzecznictwie zaś podnosi się – i słusznie – że nie jest on obowiązany do „prowadzenia śledztwa" w celu ustalenia istnienia behawioralnej przesłanki przyjęcia bez zgody. Jednakże nie można aprobować – na co słusznie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy – ogólnikowości takich stwierdzeń. Dotyczy to zarówno lekarza dokonującego przyjęcia bez zgody, jak przede wszystkim sądu opiekuńczego dokonującego oceny prawidłowości tego przyjęcia. Wykazanie przyczyny dotyczącej zachowania pacjenta przyjętego bez zgody musi być na tyle szczegółowe, aby umożliwiało ocenę, czy zaistniała przesłanka behawioralna. Wymogu tego nie spełnia ogólnikowe wskazanie agresywności zachowania. Podnieść należy, że może zachodzić rozbieżność między oceną dokonaną

przez lekarza psychiatrę a przeprowadzoną w postępowaniu przez sąd opiekuńczy. Różnica ta sama przez się nie świadczy o wadliwości ustaleń poczynionych przez lekarza. Wadliwość ta zaistnieje wówczas, gdy lekarz, mając możliwość dokonania ustaleń, zaniecha tego lub gdy poczyni ustalenia rażąco sprzeczne z uzyskanymi informacjami. Powyższa konstatacja ma duże znaczenie w razie wystąpienia pacjenta z powództwem przeciwko szpitalowi o rekompensatę (odszkodowanie, zadośćuczynienie) za bezprawne przyjęcie na podstawie art. 23 ust. 1 lub art. 24 ust. 1 u.o.z.p. Istotne jest, czy lekarz na podstawie zgromadzonych informacji mógł zasadnie przyjąć stwarzanie przez osobę przyjmowaną bezpośredniego zagrożenia dla życia własnego albo życia lub zdrowia innych osób.

Poruszona w uzasadnieniu glosowanego postanowienia kwestia czasu sporządzenia opinii psychiatrycznej przez biegłego wydaje się niezwykle istotna, albowiem po pierwsze, sąd opiekuńczy ma obowiązek dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego lekarza psychiatry. Wynika to wprost z imperatywnego brzmienia art. 46 ust. 2 ustawy. Po drugie istotne jest zagadnienie waloru tej opinii w przypadku jej sporządzenia po upływie dłuższego czasu od przyjęcia do szpitala psychiatrycznego.

Konieczność dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii lekarza psychiatry w postępowaniach o przyjęcie do szpitala psychiatrycznego oraz wypisania z tego szpitala wynika nie tylko z bezwzględnego nakazu zawartego w powołanym przepisie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Dowód ten jest niewątpliwie konieczny dla prawidłowej oceny żądania wypisu ze szpitala, jak i zasadności przyjęcia bez zgody w trybie art. 23 ust. 1 lub 24 ust. 1 u.o.z.p. Nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lekarza psychiatry skutkuje – w moim przekonaniu – nierozpoznaniem istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. Niewątpliwie dla właściwej oceny zasadności umieszczenia bez zgody w szpitalu psychiatrycznym czy odmowy wypisania z niego konieczne jest dokonanie oceny stanu psychicznego uczestnika postępowania. Bez takiej oceny sąd nie jest w stanie merytorycznie rozpoznać sprawy. Istotą zasadności przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego – jak już wyżej wskazano – jest stwierdzenie choroby psychicznej (zaburzeń psychotycznych)

w przypadku zastosowania art. 23 ust. 1 ustawy albo zaburzeń psychicznych przy jednoczesnych wątpliwościach, czy mają one charakter psychotyczny – art. 24 ust. 1 ustawy. Z kolei ocena zasadności wniosku o nakazanie wypisania ze szpitala, o którym mowa w art. 36 ust. 1 u.o.z.p., wymaga stwierdzenia konieczności bądź jej braku dalszej przymusowej hospitalizacji, co oznacza ustalenie, czy pacjent z powodów chorobowych nadal bezpośrednio zagraża swojemu życiu lub życiu bądź zdrowiu innych osób. Natomiast w przypadku umieszczenia chorego na podstawie postanowienia sądu opiekuńczego wydanego w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy konieczne jest ustalenie, czy zachodzą przesłanki wymienione w tym przepisie. Powyższe ustalenia wymagają specjalistycznej wiedzy z zakresu psychiatrii. Nie mogą one być poczynione na podstawie innych dowodów niż opinia biegłego psychiatry. Dowód ten jest konieczny do prawidłowej oceny stanu faktycznego. Powyższych ustaleń sąd nie może dokonać w oparciu o inne dowody zgromadzone w sprawie. Na wagę przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego wskazał ustawodawca, wprowadzając w przepisie art. 46 ust. 2 u.o.z.p. obowiązek dopuszczenia i przeprowadzenia tego dowodu. Wymóg ten należy odczytać jako brak możliwości wydania przez sąd merytorycznego rozstrzygnięcia bez uzyskania tej opinii. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 czerwca 2018 r.[8], ugruntowane jest stanowisko Sądu Najwyższego dotyczące roli i oceny opinii biegłego psychiatry, „która zgodnie z art. 46 ust. 2 u.o.z.p. jest obligatoryjnym środkiem dowodowym w sprawach dotyczących przyjęcia do szpitala psychiatrycznego oraz wypisania z tego szpitala”[9]. Zauważyć przy tym należy, iż dowód z opinii biegłego lekarza psychiatry nie może być zastąpiony żadnym innym dowodem, ani z dokumentacji medycznej, ani z zeznań świadków[10]. Z uwagi na zasadniczy charakter

[8] II CZK 22/18, LEX nr 2553883.

[9] Podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z 13 czerwca 2013 r., IV CSK 126/13, LEX nr 1360288.

[10] Tak też trafnie Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 10 października 2019 r., I ACa 314/19, LEX nr 2924759, w którym wprost stwierdził: „dowód z opinii biegłych sądowych jest szczególnego rodzaju, który nie może być zastąpiony innymi dowodami, w tym zeznaniami świadków, którzy nie dysponując specjalistyczną wiedzą, polegają tylko na swoich spostrzeżeniach. Nie da się też dokonać

dowodu z opinii biegłego zachodzi pytanie, czy jego nieprzeprowadzenie skutkuje tylko wadliwością w ustaleniu stanu faktycznego, czy można stawiać zarzut nierozpoznania istoty sprawy. Na pewno niedopuszczenie opinii biegłego będzie stanowiło naruszenie przepisów postępowania (art. 46 ust. 2 ustawy oraz art. 278 k.p.c.) mające oczywisty wpływ na wynik postępowania.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Nierozpoznanie istoty sprawy polega na zaniechaniu zbadania przez sąd materialnej podstawy żądania pozwu, tj. niewyjaśnienie i pozostawienie poza oceną okoliczności faktycznych, stanowiących przesłanki zastosowania normy prawa materialnego, będącej podstawą roszczenia wskutek błędnego uznania braku ich znaczenia prawnego. Inną postacią nierozpoznania istoty sprawy jest sytuacja dokonania przez sąd pierwszej instancji oceny prawnej bez oparcia jej o właściwie ustaloną podstawę faktyczną i konieczności czynienia przez sąd odwoławczy po raz pierwszy lub ponownie wszystkich ustaleń faktycznych". Wydaje się, iż waga dowodu z opinii biegłego jest tak istotna, iż uzasadniony jest zarzut nierozpoznania istoty sprawy przez sąd, w przypadku jego nieprzeprowadzenia.

Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu wskazał, iż opinia biegłego lekarza psychiatry z uwagi na znaczny upływ czasu od przyjęcia uczestniczki postępowania do szpitala nie może stanowić samodzielnej podstawy oceny przebiegu zdarzeń. Niezależnie od czasu, w którym sporządzana jest opinia, nie może ona stanowić wyłącznej podstawy oceny dokonywanej przez sąd orzekający. Ocena zasadności przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego powinna nastąpić w oparciu o wszelkie przeprowadzone w sprawie dowody. Oczywiste jest, iż dowód z opinii biegłego psychiatry jest obligatoryjny, jednakże nie może być jedynym w postępowaniu. Sąd nie powinien opierać się wyłącznie na opinii biegłego i to niezależnie, czy została ona sporządzona w krótkim, czy też dłuższym czasie po przyjęciu. Opinia sporządzona po dłuższym czasie od przyjęcia może nie zawierać wystarczająco konkretnych wniosków,

rzetelnej oceny stanu zdrowia strony polegając tylko na dokumentacji medycznej, gdyż do jej zrozumienia i wyciągnięcia z niej należytych wniosków niezbędna jest specjalistyczna wiedza medyczna".

jednakże nie z przyczyn leżących po stronie biegłego, a w brakach w materiale dowodowym (spowodowanych upływem czasu), który biegły ma poddać ocenie „z punktu widzenia posiadanej wiedzy naukowej (…) i przedstawienie sądowi danych i wniosków umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i właściwą ocenę prawną znaczenia okoliczności wskazanych w podstawie faktycznej”[11]. W takim przypadku sąd orzekający powinien wykazać się szczególną starannością w dokonywaniu ustaleń faktycznych i wnikliwością ich oceny.

Reasumując powyższe rozważania, w większości należy podzielić stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu. Jednakże trudno zaakceptować twierdzenia o konieczności uwzględnienia punktu widzenia osoby przymusowo przyjmowanej do szpitala psychiatrycznego przy ocenie zachodzenia przesłanek behawioralnych przyjęcia bez zgody.

Summary

Admission to a psychiatric hospital without consent constitutes a drastic interference with fundamental human rights, in particular the right to personal freedom and the decision-makers of their private lives. Consequently, the interpretation of the provisions entitling to such proceedings must be firmly strict. The appropriateness of that admission is satisfied where both the medical and behavioural conditions laid down in the Mental Health Act are satisfied. In order to demonstrate that the person being admitted poses an immediate threat to his life or the health or life of others, it is not sufficient to indicate a general indication of aggression in his or her behaviour. The evidence necessary for the conduct is the opinion of an expert psychiatrist, the absence of a court of justice's failure to hear the substance of the case.

[11] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 28 grudnia 2020 r., I ACa 9/19, LEX nr 3150089.

Marcin Krakowiak
Krzysztof Ślaski

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 lutego 2021 r., I ACa 1233/20

W omawianej sprawie przedmiotem orzekania było ustalenie przynależności osoby transseksualnej do płci męskiej, zgodnie z jej psychiczną identyfikacją z płcią. Wydawać by się mogło, że to sprawa, jakich wiele, jednakże jest ona warta uwagi ze względu na treść zmienionego wyroku pierwszej instancji oraz niezwykle rzeczową, trafną argumentację sądu odwoławczego. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu zapadł w wyniku apelacji wniesionej przez powoda od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu, który oddalił powództwo o ustalenie przynależności do płci męskiej. Sąd pierwszej instancji popełnił kardynalne błędy, które zostały skorygowane w toku postępowania odwoławczego.

W rozstrzygnięciu pierwszoinstancyjnym można zauważyć dwa podstawowe mankamenty. Sąd Okręgowy niewłaściwie posłużył się opiniami biegłych (psychologa – seksuologa klinicznego oraz lekarza psychiatry specjalisty seksuologii). Jak ustalił Sąd Apelacyjny, w opiniach tych biegli jednoznacznie stwierdzili, że powód identyfikuje się z rolą męską, jego „dezaprobata dla płci biologicznej nie wynika z zaburzeń czynności mózgu bądź procesu urojeniowego", a jednocześnie powód „opisany jest jako osoba ponadprzeciętnie inteligentna, funkcjonująca efektywnie w większości wymiarów życia i o prawidłowo rozwiniętej osobowości"[1]. Jak słusznie zauważył sąd odwoławczy, powołując się na utrwalone orzecznictwo, brak specjalistycznej wiedzy w dziedzinie mają-

[1] Cytaty – jak również kolejne bez podanego źródła – pochodzą z uzasadnienia glosowanego wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu (sygn. I ACa 1233/20).

cej znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy uzasadnia powołanie biegłego, którego opinia może być oceniana przez sąd pod kątem jej fachowości czy logiczności, niedopuszczalne jest jednak podważanie jej tez merytorycznych bez posłużenia się specjalistyczną wiedzą. Sąd Okręgowy zignorował treść specjalistycznych opinii, co miało znaczący wpływ na treść wydanego orzeczenia. Słusznie więc Sąd Apelacyjny ustalił stan faktyczny odrębnie do sądu pierwszej instancji, opierając się na wydanych opiniach biegłych, i uznał tym samym, że „powód jest w rozumieniu psychicznym mężczyzną".

Na szczególną aprobatę zasługuje podkreślenie przez sąd, że to identyfikacja z płcią danej osoby jest decydująca w kontekście uwzględnienia lub oddalenia powództwa, a nie „zewnętrzne atrybuty płci". Tym samym Sąd Apelacyjny uznał, że do orzeknięcia o ustaleniu płci metrykalnej (urzędowej) nie są wymagane jakiekolwiek procedury medyczne, a zwłaszcza zabiegi chirurgiczne[2]. Zauważyć także należy, że rozróżnienie płci metrykalnej oraz biologicznej jest powszechnie aprobowane w doktrynie[3]. Ustalenie płci opiera się przede wszystkim na prawie jednostki do prywatności, podnieść także należy, że niedopuszczalny byłby wymóg trwałego uszkodzenia ciała (np. poprzez przymusową sterylizację) przed wniesieniem powództwa o uzgodnienie płci metrykalnej, ponieważ mogłoby to zostać uznane za nieludzkie lub poniżające traktowanie.

Drugim głównym problemem rozstrzygnięcia pierwszoinstancyjnego było całkowite zignorowanie przez sąd wieloletniego dorobku orzeczniczego polskich sądów, a zwłaszcza Sądu Najwyższego. W obliczu wywołanego brakiem woli politycznej zaniechania legislacyjnego w postaci nieuchwalenia przepisów regulujących procedurę ustalenia płci to orzecznictwo stanowi chwiejną podstawę postępowania organów stosujących prawo w takich sprawach. Polski sąd po raz pierwszy orzekł o zmianie płci

---

[2] Na temat wymogu poddania się chirurgicznej korekcie płci zob. K. Urbanowicz, M. Bętkowska, *Prawne aspekty zmiany płci – uwagi na gruncie prawa polskiego oraz wybranych krajów europejskich*, „Medyczna Wokanda" 10/2018.

[3] Zob. np. E. Michałkiewicz-Kądziela, *Prawo do tożsamości człowieka w prawie polskim i międzynarodowym*, Warszawa 2020, rozdz. VI.

powoda w związku z jego operacją już w 1964 r.[4], a pierwsza wypowiedź Sądu Najwyższego w omawianej materii miała miejsce w 1978 r. – wskazano przede wszystkim, że na tożsamość płciową człowieka składa się również element psychiczny, który polega na świadomości przynależności powoda do określonej płci i który należy w pełni zrównać z elementami fizycznymi, biologicznymi[5]. Ponad dekadę później Sąd Najwyższy ponownie orzekał w przedmiocie zmiany płci, określając sprostowanie aktu urodzenia powoda odczuwającego niezgodność płci psychicznej z płcią biologiczną jako niedopuszczalne[6]. Ten surowy pogląd został złagodzony w postanowieniu z 1991 r., w którym Sąd Najwyższy – co dla glosowanego wyroku ma znaczenie esencjonalne – uznał płeć człowieka oraz jego przynależność do określonej płci za dobro osobiste, któremu przysługuje ochrona prawna[7]. W tym samym postanowieniu Sąd Najwyższy wprawdzie nie poddał rewizji poglądu o niedopuszczalności sprostowania aktu urodzenia, aczkolwiek wskazał proceduralny substytut w postaci możliwości dochodzenia swoich roszczeń na podstawie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.). W kolejnej uchwale Sąd Najwyższy wskazał na rodziców powoda jako drugą stronę procesową, co jest rozwiązaniem praktykowanym po dzień dzisiejszy w sprawach o ustalenie płci[8].

Sąd Apelacyjny słusznie zatem stwierdził, że istnieje możliwość dochodzenia ustalenia przynależności do płci na podstawie art. 189 k.p.c. Wytknięte zostało także sądowi pierwszej instancji pomijanie dorobku orzeczniczego Sądu Najwyższego, co nie powinno się zdarzać w tak elementarnych kwestiach, ponieważ – jak wyżej zarysowano – polskie orzecznictwo mierzy się z zagadnieniem ustalenia płci już od prawie

[4] Orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla miasta stołecznego Warszawy z 24 listopada 1964 r., II Cr 515/64, „Państwo i Prawo" 10/1965 z gl. J. Litwina.

[5] Uchwała SN z 25 lutego 1978 r., sygn. III CZP 100/77, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 10/1983 poz. 217.

[6] Uchwała SN w składzie siedmiu sędziów Izby Cywilnej z 22 czerwca 1989 r., sygn. III CZP 37/89, „OSP" 2/1991 poz. 35.

[7] Postanowienie SN z 22 marca 1991 r., sygn. III CRN 28/91, „Przegląd Sądowy" 5–6/1991.

[8] Uchwała SN z 22 września 1995 r., sygn. III CZP 118/95, „OSP" 4/1996 poz. 78.

60 lat, wypracowane zostały odpowiednie procedury i zasady postępowania w takich procesach.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zauważył, że pominięcie orzecznictwa sądów polskich przez sąd pierwszej instancji odnosi się także do dorobku wskazującego na obowiązki wynikające z ratyfikacji przez Polskę Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC lub Konwencja)[9].

Jak zauważono w uzasadnieniu wyroku, z ratyfikacji EKPC wynika obowiązek państw do podejmowania działań zapewniających zgodność z nią prawa wewnętrznego. Jeżeli zaś – tak jak w materii procedury uzgodnienia płci urzędowej – w systemie krajowym nie przyjęto odpowiednich regulacji, obowiązkiem jest takie interpretowanie istniejących przepisów, aby zapewnić jak najpełniejszą realizację postanowień i celów Konwencji. Jak podkreślił sąd, z tego, że „Konwencja pozostaje integralną częścią wewnętrznego porządku krajowego, wynika obowiązek zapewnienia przez sędziego krajowego pełnej implementacji jej norm". Wydaje się to szczególnie cennym stwierdzeniem, zwłaszcza w obecnych czasach w Polsce, gdy prawo międzynarodowe bywa deprecjonowane, a jego postanowienia pomijane.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wskazał, że realizacją powyższej zasady jak najpełniejszego uwzględnienia postanowień EKPC w tej materii są reguły wypracowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W kontekście braku regulacji ustawowej określającej procedurę uzgodnienia płci podkreślono, że możliwość skorzystania z art. 189 k.p.c. i skuteczne wystąpienie z powództwem o ustalenie, aby dokonać uzgodnienia płci (postanowienie SN z 22 marca 1991 r., sygn. III CRN 28/91) jest w polskim systemie prawnym ugruntowane.

Uzasadnienie wyroku sądu odwoławczego wyjaśnia, jak ważna jest Konwencja dla dokonania właściwej wykładni art. 23 kodeksu cywilnego (dalej: k.c.) w kontekście prawa do tożsamości płciowej. Sąd zwrócił uwagę, że z art. 19 EKPC wynika, iż oceny skutków interpretacji Konwencji dokonuje Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC lub

[9] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

Trybunał). Ten zaś już wielokrotnie wskazywał, że prawo do tożsamości płciowej stanowi jeden z podstawowych aspektów prawa do poszanowania życia prywatnego wynikającego z art. 8 EKPC[10].

Pozytywnie należy podejść do tego fragmentu uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego, w którym powołuje się on nie tylko na powyższe orzeczenie ETPC, ale i na jego poszczególne tezy. Jest to przywołanie trafne, dodatkowo zaś daje nadzieję, że sądy będą coraz częściej powoływać się na międzynarodowe przepisy dotyczące praw człowieka – jako dopełnienie regulacji Konstytucji RP[11] oraz rozszerzenie ochrony jednostki względem państwa. Sąd Apelacyjny powtarza – z czym zdecydowanie należy się zgodzić – że niedopuszczalne jest „uzależnienie uznania tożsamości płciowej osób transpłciowych od zakończenia terapii prowadzącej do sterylizacji lub zabiegów, które najprawdopodobniej przyniosą tego rodzaju skutek", ponieważ naruszałoby to art. 8 EKPC, z którego wynika także prawo do poszanowania integralności fizycznej. Słusznie zatem zauważa sąd, że pełne wykonywanie prawa do poszanowania życia prywatnego nie może zależeć od zrzeczenia się prawa do integralności fizycznej, które także jest gwarantowane tym artykułem (oraz art. 3 Konwencji) – co zauważył ETPC w przywołanym wyżej wyroku.

Sąd Apelacyjny powołał się także na wyrok ETPC w sprawie S. przeciwko Włochom[12] aby przypomnieć, że art. 8 EKPC gwarantuje także „autonomię osobistą rozumianą jako prawo do samostanowienia, gdzie swoboda określenia swej przynależności do danej płci stanowi jeden z najważniejszych elementów". Jednocześnie ten artykuł Konwencji powinien gwarantować ochronę przed arbitralną ingerencją ze strony władz – interes społeczny i interes partykularny powinny zostać wyważone i uwzględnione w możliwie najpełniejszy sposób.

Niezwykle ważne są słowa Sądu Apelacyjnego o tym, że uzgodnienie płci ma dla jednostki nie tylko wymiar osobisty, ale także szerszy – społeczny.

---

[10] Zob. np. przywoływany w uzasadnieniu glosowanego orzeczenia wyrok ETPC z 6 kwietnia 2017 r., skarga nr 79885/12 (*Garçon et Nicot*), HUDOC.

[11] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

[12] Wyrok ETPC z 11 październiwrnika 2018 r., skarga nr 55216/08, HUDOC.

Sąd uznał, że korekta płci metrykalnej pozwoli zagwarantować poszanowanie życia prywatnego powoda „w wymiarze dotąd dla niego niedostępnym". Mimo znacznego rozwoju społecznego wciąż wpis w dokumentach jest dla wielu ludzi decydujący o tożsamości konkretnej jednostki – niezależnie od jej odczuć, zachowań, wyglądu czy przekonań. Dlatego też z całą mocą należy zaaprobować podejście Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, zwłaszcza że uzgodnienie płci ma dla jednostki także wymiar terapeutyczny[13].

Sąd zauważa także, że nie istnieją jakiekolwiek przeszkody w dostosowaniu oceny prawnej (tj. płci metrykalnej) do faktycznej (czyli poczucia powoda przynależności do płci męskiej wraz z deklaracjami, że nie chce on wyglądać jak kobieta ani być tak traktowany), a zwłaszcza – że nie stoi temu na przeszkodzie interes powszechny. Współcześnie bardzo trudno byłoby bronić tezy, że względy społeczne jednoznacznie sprzeciwiają się dopuszczalności uzgodnienia płci. Argument ten jest wprawdzie czasem podnoszony, gdy osoba dążąca do korekty płci urzędowej pozostaje w związku małżeńskim albo ma dzieci[14], jednakże wynika to w pierwszym przypadku z braku odpowiedniej regulacji prawnej, w drugim zaś z niewłaściwego pojmowania dobra dziecka, które da się uwzględnić bez uniemożliwiania rodzicowi dokonania korekty płci[15].

Następnie sąd zauważył, że w doktrynie i orzecznictwie przyjęty został pogląd zaliczający płeć i przynależność człowieka do płci do katalogu dóbr osobistych[16]. M. Pazdan wskazuje na konieczność szerokiej interpretacji pojęcia stanu cywilnego – którego charakter jako dobra osobistego jest niepodważalny – a tym samym, drogą szerokiej wykładni, daje

---

[13] M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej*, „PiM" 3/2015, s. 54.

[14] P. Rusak-Romanowska, *Skutki zmiany płci przez osoby transseksualne w prawie rodzinnym*, „Pedagogika Katolicka: czasopismo Katedry Pedagogiki Katolickiej Wydziału Zamiejscowego Nauk o Społeczeństwie KUL w Stalowej Woli" 2/2016, s. 126 i nast.

[15] M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu*…, s. 74.

[16] Zob. m.in. orzeczenia przywołane przez sąd w uzasadnieniu wyroku: wyrok SA w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. I ACa 276/04; postanowienie SN z 22 marca 1991 r., sygn. III CRN 28/91; wyrok SA w Łodzi z 15 grudnia 2017 r., sygn. I ACa 531/17; wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. I CSK 146/13; uchwała SN z 22 września 1995 r., sygn. III CZP 118/95.

możliwość uznania płci za dobro osobiste[17]. Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, analogiczne stanowisko przyjmuje J. Regan, która wprost stwierdza, że integralność seksualna człowieka podlega ochronie prawnej[18]. Pogląd ten przeważa wśród przedstawicieli doktryny, przyjmują go także m. in. J. Panowicz-Lipska[19], M. Boratyńska[20] oraz inni cywiliści[21].

Nie jest to jednak jedyne istniejące stanowisko. Odmiennie twierdzi P. Sobolewski, który nie zalicza w poczet dóbr osobistych ani płci, ani poczucia przynależności do niej, argumentując, iż aby uznać wymienione wartości za dobra osobiste, należałoby jednocześnie przyznać taki charakter wszystkim innym wartościom polegającym na określonym poczuciu przynależności (np. przynależności człowieka do rasy, narodu tudzież wyznania)[22]. Trudno nie przyznać racji większości przedstawicieli doktryny, ponieważ prezentowany przez P. Sobolewskiego pogląd zrównujący potrzebę uznania przynależności człowieka do płci za dobro osobiste z potrzebą uznania za takowe każdej innej wartości mającej swoje podstawy w poczuciu przynależności zdaje się w stopniu znikomym korespondować z kreującymi się potrzebami człowieka w czasach nam współczesnych. Jesteśmy przeciwni hierarchizowaniu poszczególnych wartości wiążących się z odczuciami psychicznymi człowieka, jednakże należy pamiętać o tym, że status dóbr osobistych powinien być przyznawany poszczególnym wartościom w sposób zobiektywizowany – na co wskazuje orzecznictwo Sądu Najwyższego[23] oraz przedstawiciele

---

[17] M. Pazdan, *Art. 23*, [w:] *Kodeks cywilny. t. I. Komentarz. Art 1–449*[10], red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, r. III.F.2.

[18] J. Regan, *Art. 23*, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, r. II.2.

[19] J. Panowicz-Lipska, *Art. 23*, [w:] *Kodeks Cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2018, r. II.8.

[20] M. Boratyńska, *Wolny wybór: Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 545.

[21] Zob. np. P. Nazaruk, *Art. 23*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, pkt 1; P. Machnikowski, *Art. 23*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2019, r. II.2; S. Kalus, *Art. 23*, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Część ogólna (art. 1–125)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, pkt 34.

[22] P. Sobolewski, *Art. 23*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, pkt 78.

[23] Wyrok SN z 10 czerwca 1977 r., sygn. II CR 187/77, Legalis.

doktryny polskiego prawa cywilnego[24]. W oparciu o powyższe, w obliczu wymogu spełnienia przy ocenie danej wartości kryterium obiektywnego, niewłaściwe jest zrównanie takich wartości jak płeć czy przynależność doń ze wszystkimi innymi wartościami opierającymi się na przynależności (np. przynależnością do określonej grupy narodowej) – chociażby z uwagi na doniosłość omawianego zagadnienia w sferze społecznej[25], czy też z powodów natury czysto historycznej[26], problematyka tożsamości płciowej i przynależności do płci towarzyszy bowiem człowiekowi już od czasów starożytnych[27].

Powyższe wskazuje więc, że sąd w sposób prawidłowy ocenił kwestię charakteru płci oraz poczucia przynależności do płci jako integralnych elementów katalogu dóbr osobistych[28]. Ustalenia faktyczne sądu doprowadziły do uznania dobra chronionego za istniejące i naruszone poprzez sprzeczność stanu faktycznego ze stanem prawnym, która według sądu ma charakter bezprawny. Nierozwinięcie przez sąd zagadnienia bezprawnego charakteru wyżej opisanej niezgodności zdaje się jedynym mankamentem glosowanego wyroku. Brak pogłębionej argumentacji sądu w tym fragmencie nie jest satysfakcjonujący, ponieważ rozwinięcie

---

[24] M. Pazdan, *Art. 23*, [w:] *Kodeks…,* r. II.2, podobnie P. Machnikowski, *Art. 23*, [w:] *Kodeks…*, r. I.2, a także sam P. Sobolewski, *Art. 23*, [w:] *Kodeks…*, wprowadzenie: „Wyróżnienie dóbr osobistych, jak również ocena, czy doszło do ich naruszenia, następuje w oparciu o kryteria obiektywne (odczucie społeczne) – wraz ze zmianą postaw społecznych nowe wartości uzyskują przymiot dóbr osobistych" [wyr. – M.K., K.Ś.].

[25] A. Mazurczak, M. Mrowicki, M. Adamczewska-Stachura, *Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce. Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka osób LGBT i stan jego przestrzegania z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich*, „Biuletyn RPO" 6/2019, s. 11 i nast. Zob. też *Sprawozdanie z misji informacyjnej na temat roli władz lokalnych w odniesieniu do sytuacji i praw osób LGBTI w Polsce* – raport Komisji Spraw Bieżących Rady Europy, CG/CUR(2021.16-03), 27.01.2021 r.

[26] K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, PWN 1988.

[27] Naszą intencją jest nie odebranie poczuciu przynależności narodowej możliwości uznania go za dobro osobiste, a jedynie zwrócenie uwagi na powagę i znaczenie problematyki ustalenia płci w rodzimym porządku prawnym.

[28] W kontekście ugruntowania w doktrynie zaliczenia tożsamości płciowej do dóbr osobistych zob. też M. Boratyńska, *Przynależność do płci jako dobro osobiste*, [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii: Zbiór orzeczeń z komentarzami*, red. M. Safjan, Warszawa 2011, s. 453.

myśli w tej materii stanowiłoby wartościowy element polskiej judykatury w przedmiocie spraw dotyczących ustalenia płci.

W swojej argumentacji sąd trafnie przywołuje art. 30 oraz art. 47 Konstytucji RP. Niewątpliwie udzielenie powodowi ochrony znajduje umocowanie w aksjologii konstytucyjnej sytuującej godność człowieka jako rdzeń przysługujących obywatelom na mocy przepisów konstytucji wolności i praw[29]. L. Garlicki stwierdza, że przedmiotem godności człowieka są prawa do autonomicznego realizowania przez niego swojej osobowości. Zauważa on jednocześnie, że ani doktryna, ani orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego nie jest w stanie w sposób zupełny i wyczerpujący określić pojęcia i zakresu tego typu uprawnień, co zdaje się wskazywać, że wspomniany zakres jest płynny i ulega rozszerzeniu wraz z uwydatnianiem się potrzeb podmiotów tego uprawnienia[30]. Niezależnie od powyższego L. Garlicki traktuje integralność intelektualną i prywatność człowieka jako element ludzkiej godności, a jako jeden z wymiarów tejże integralności postrzega prawo do ochrony tożsamości psychicznej, w tym również możliwość prawnego uznania korekty płci[31]. Ponadto L. Bosek trafnie kwalifikuje art. 30 Konstytucji RP jako podstawę ochrony dóbr osobistych człowieka oraz godność ludzką jako dobro osobiste chronione nie tyko przepisami k.c., ale przede wszystkim na mocy przepisów konstytucji[32]. Autor ten stwierdza, że zasadne zdaje się odczytywanie art. 23 i 24 k.c. przez pryzmat przepisu Konstytucji RP traktującego o nienaruszalności i poszanowaniu godności ludzkiej[33], co również zasługuje na aprobatę. W oparciu o powyższe nie sposób doszukać się błędu we wnioskowaniu sądu, który podstawę do udzielenia powodowi ochrony umieścił na płaszczyźnie przysługujących człowiekowi praw i wolności gwarantowanych

---

[29] P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 127–128.

[30] L. Garlicki, *Art. 30*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, pkt 24.

[31] Ibidem, pkt 28.

[32] L. Bosek, *Art. 30*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, r. IV.D.6.

[33] Ibidem.

zarówno w aktach prawa międzynarodowego, jak i w esencjonalnych pod względem aksjologicznym normach polskiej ustawy zasadniczej.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu świadczy, że sądy starają się wypełniać lukę powstałą w wyniku braku ustawy dotyczącej korekty płci, opierając się na utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego. Należy postulować uchwalenie odpowiednich przepisów, aby rozstrzygnięcia takie, jak w pierwszej instancji omawianej sprawy, nie miały miejsca. Rozwiązaniom wykreowanym w orzecznictwie nie można bowiem przypisać stabilności, co dodatkowo pogarsza sytuację osoby chcącej uzgodnić płeć, ponieważ pozostaje ona „w zawieszeniu", nie mogąc być pewną, jakie rozstrzygnięcie zapadnie w jej sprawie.

Budujące jest, że argumentacja w uzasadnieniu oparta została nie tylko na orzecznictwie polskim, ale także na prawie i orzecznictwie międzynarodowym. Sąd opisał reguły uwzględniania EKPC oraz wyroków ETPC w rozstrzyganiu spraw krajowych, co potwierdza, że nie są to elementy oderwane od porządku krajowego, ale muszą być ściśle stosowane w każdej sprawie, która odnosi się do praw i wolności człowieka.

Na szczególną aprobatę zasługuje zaliczenie przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu przynależności do płci do katalogu dóbr osobistych. Wyroki takie dają nadzieję, że zagadnienie to w niedalekiej przyszłość przestanie budzić jakiekolwiek spory w doktrynie, a stanowisko to będzie powszechnie akceptowane. Wprawdzie uzasadnienie posługuje się uproszczeniem, nie oddzielając pojęcia *przynależności do płci* od pojęcia *tożsamości płciowej*, jednak nie obniża to w żaden sposób istotności zapadłego orzeczenia w perspektywie kolejnych, podobnych spraw. Jest to wyrok, który może być przywoływany jako sztandarowy przykład właściwej argumentacji sądu w sprawie o uzgodnienie płci.

Joanna Wojnarowska

Sprawozdanie z ogólnopolskiej interdyscyplinarnej konferencji naukowej „Forum Prawa Medycznego: Prawo i etyka świata cyfrowego"

W dniu 14 maja 2021 roku odbyła się ogólnopolska, interdyscyplinarna konferencja naukowa **„Forum Prawa Medycznego: Prawo i etyka świata cyfrowego".** Organizatorami przedsięwzięcia było **Centrum Bioetyki i Bioprawa Uniwersytetu Warszawskiego oraz osoby studiujące na kierunku bioetyka na Wydziale Filozofii Uniwersytetu Warszawskiego.** Ze względu na wciąż obowiązujące ograniczenia związane z pandemią wirusa SARS-CoV-2 obrady toczyły się online na platformie Zoom i podzielone zostały na trzy panele. Pierwszy z nich składał się z wystąpień zaproszonych ekspertów, a następujące dwa, odbywające się równolegle, wypełnione były referatami prelegentów wyłonionych w konkursie abstraktów. Po wystąpieniach odbywały się krótkie dyskusje, ograniczone ze względu na napięty program konferencji.

Konferencję otworzyli uroczyście opiekunowie naukowi konferencji – **dr hab. Maria Boratyńska** z Instytutu Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji UW oraz dziekan Wydziału Filozofii UW **prof. dr hab. Paweł Łuków**. Dr hab. Maria Boratyńska na wstępie podkreśliła złożoność zagadnień, których dotyczy konferencja, oraz interdyscyplinarne zróżnicowanie prelekcji, a także przedstawiła grono studentów i studentek, które przyczyniło się do organizacji wydarzenia. Prof. dr hab. Paweł Łuków zaznaczył, że wydarzenie to jest okazją do spojrzenia na digitalizację otaczającej rzeczywistości z wielu perspektyw, mając za wspólny punkt wyjścia zbiór nienegocjowalnych standardów życia społecznego.

Pierwszy panel rozpoczął się pytaniem: „Czy świat cyfrowy jest odrębnym światem, wymagającym szczególnych kryteriów oceny?", które stanowiło tytuł wystąpienia **dr. hab. Przemysława Konieczniaka (Wydział Prawa i Administracji UW)**. Rozważając, czym z perspektywy prawnej (nie zaś empirycznej czy np. kryminalistycznej) odróżnia się „przestępstwo komputerowe" od „przestępstwa analogowego", prelegent podkreślił, że nie każda zmiana w świecie empirycznym musi koniecznie przekładać się na zmianę jej ujęcia prawnego, za przykład podając smartfon, który choć jest nowym osiągnięciem technologicznym, idealnie mieści się w prawnej definicji rzeczy, skonstruowanej już w prawie rzymskim. Nadmieniając, iż przepisów prawa nie tworzą prawnicy, lecz politycy, wytknął wady zmienionej ustawowej definicji dokumentu w prawie karnym, oraz wykazał brak racjonalnych przesłanek zaostrzenia kary za zniszczenie nośnika informatycznego w odróżnieniu od nośnika analogowego. Takie zmiany dr hab. Przemysław Konieczniak z przekąsem określił przejawami „myślenia magicznego", wskazując, iż konstrukcje prawne, jeśli tworzone z rozwagą, powinny maksymalnie szeroko i uniwersalnie obejmować pewne typy ludzkich zachowań, które pozostaną aktualne nawet w zmieniającej się rzeczywistości. Podczas dyskusji w podobnym tonie odniosła się do wystąpienia dr Ewa Plebanek, zwracając uwagę na, niejednokrotnie zbędne, wysiłki ustawodawcy, aby nadążyć „z duchem czasu", polegające na dokładaniu do przepisów nowych sformułowań, stanowiących w istocie *superfluum*.

Następne wystąpienie pt. „Sztuczna Inteligencja z perspektywy Unii Europejskiej" wygłosiła **prof. UW dr. hab. Marta Grabowska (Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego)**. Prelegentka omówiła proces obowiązkowej unijnej certyfikacji urządzeń, które zawierają jakiekolwiek komponenty sztucznej inteligencji. Wskazała, iż wymagania stawiane przed producentami takich urządzeń przygotowywane są przez niezależne organizacje normalizacyjne działające na zlecenie organów Unii Europejskiej, a sam proces nie różni się niczym od dotychczasowej certyfikacji wszystkich innych, „nieinteligentnych" produktów, których użytkowanie może nieść za sobą potencjalne zagrożenie. Ponownie padło też stwierdzenie, że nowe technologie, choć wydają się przełomowe,

często mogą i powinny podlegać standardowym, wypracowanym dotychczas procedurom.

Trzecie wystąpienie należało do **prof. UMK dr hab. Kingi Bączyk-Rozwadowskiej (Wydział Prawa i Administracji UMK w Toruniu)**. W prelekcji pt. „Odpowiedzialność cywilna za stosowanie sztucznej inteligencji w medycynie" przedstawiła Rekomendacje Parlamentu Europejskiego, podkreślając, iż w rozważaniach dotyczących sztucznej inteligencji nie powinniśmy mówić o radykalnej zmianie przepisów, ale o ich dostosowywaniu do nowych wyzwań. W kontekście rozważań nad odpowiedzialnością SI prelegentka zaznaczyła, że SI nie ma ani osobowości, ani sumienia, co uniemożliwia uznanie jej za podmiot lub osobę elektroniczną, która mogłaby ponosić jakąkolwiek odpowiedzialność. Mimo bycia sprzymierzeńcem człowieka SI nie jest jednak bezproblemowa i nieomylna, konieczne jest więc ustalenie podmiotu, który za ewentualne błędy SI odpowiedzialność poniesie, jest to jednak zadanie bardzo trudne. Autorka wystąpienia wskazała dwie grupy osób potencjalnie mogących ponosić taką odpowiedzialność. Są to użytkownicy (lekarze, operatorzy) lub producenci. Proponując analogiczne stosowanie konstrukcji już znanych w prawie cywilnym, prelegentka wymieniła odpowiedzialność na zasadzie winy w nadzorze, odpowiedzialności za zwierzę lub za produkt niebezpieczny. Kończąc rozważania, wskazała na konieczność rozważenia wprowadzenia nowego ubezpieczenia oraz funduszu naprawiania szkód wywołanych przez SI.

O odpowiedzialności, choć z perspektywy karnej, mówiła także **dr Ewa Plebanek (Instytut Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie)** w wystąpieniu pt. „Nowoczesne technologie w medycynie a odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie".

Przedstawiła na wstępie podział na nowoczesne technologie w aspekcie materialnym (np. roboty, algorytmy diagnostyczne) oraz technologie bezkontaktowe (np. rozwiązania telemedyczne, utrzymywanie kontaktu lekarz-pacjent na odległość). Podkreśliła, że prawo karne penalizuje zawsze czyn człowieka, nawet jeżeli kryje się on np. za konstrukcją osoby prawnej czy podmiotu zbiorowego, co może prowadzić do wniosku, iż odpowiedzialność karna i możliwość jej ponoszenia to nie tylko

obciążenie, ale także przywilej (którego nie mają np. zwierzęta). Co więcej, możliwość przypisania winy (a więc stwierdzenia, że sprawca w danej sytuacji wybrał źle, choć mógł wybrać dobrze), nie jest uzależniona wyłącznie od inteligencji danego podmiotu – dlatego też nie możemy postawić zarzutu karnego nawet wybitnie inteligentnemu dwunastolatkowi. Osobista zarzucalność zależy bowiem także od innych czynników, których roboty, przynajmniej na ten moment, nie spełniają.

Stawiając pytanie o granicę zaufania lekarza do robota, którym się posługuje, prelegentka stwierdziła, że każdy przypadek należy analizować indywidualnie. Im bardziej skomplikowany będzie system, tym mniej możliwa będzie kontrola nad nim i większy poziom zaufania. Jednocześnie zaufanie powinno zmniejszać się wprost proporcjonalnie do wagi potencjalnego błędu. Na koniec zaś podkreśliła, że obecne znamiona czynów zabronionych przewidziane w k.k. pozwalają na dość precyzyjne przypisanie odpowiedzialności za określone czyny, które złożyły się np. na śmierć pacjenta (może to być zarówno działanie lub zaniechanie lekarza, ale także np. serwisanta sprzętu, osoby odpowiedzialnej za techniczne zaplecze szpitala itp.), być może więc nawet w przypadku, w którym będziemy mieć do czynienia z zaangażowaniem sztucznej inteligencji, wcale nie będzie trzeba się głowić nad nowym rozwiązaniem prawnym.

Oprócz wątpliwości doktrynalnych zastosowanie SI w medycynie wzbudza także obawy praktyków. **Dr Joanna Miksa z Instytutu Filozofii Uniwersytetu Łódzkiego** w wystąpieniu pt. „Środowiska lekarskie wobec stosowania algorytmów w procesie terapeutycznym na przykładzie francuskich organizacji skupiających lekarzy" przedstawiła wnioski w tym zakresie, płynące właśnie ze strony medyków francuskich. Analiza przeprowadzonych wśród nich badań wskazuje, że lekarze w głównej mierze obawiają się deklasacji grupy zawodowej oraz wypierania ich przez algorytmy, co szczególnie niepokoi specjalistów diagnostów. Lekarze boją się także uzależnienia od międzynarodowych przedsiębiorstw, osłabienia więzi pacjenta z lekarzem prowadzącym oraz utraty wpływu na proces terapeutyczny. Propozycją rozwiązania zaadresowanych problemów jest m.in. produkcja lokalnych rozwiązań technologicznych (algorytmy powinny bazować na danych z ograniczonej populacji, aby lepiej

odzwierciedlać jej charakterystyczne cechy), ochrona prywatności na szczeblu jak najbardziej lokalnym oraz uwzględnienie pacjentów w procesie implementacji SI, za pośrednictwem debaty publicznej.

Korzyści, jakie SI może przynieść pacjentowi, przedstawiła **prof. US dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska (WPiA, Uniwersytet Szczeciński)** w wystąpieniu pt. „Ochrona praw pacjenta a zastosowanie sztucznej inteligencji w medycynie". Zauważyła, iż ze względu na niemal nieograniczone możliwości przetwarzania informacji przez SI może ona stanowić dla pacjenta rzetelne wsparcie informacyjne (w odróżnieniu od „Doktora Google"). SI w przyszłości usprawni także niewątpliwie zarządzanie podmiotem medycznym, ułatwiając dostęp do należnych świadczeń medycznych poprzez udrożnienie systemu (np. efektywne przydzielanie wizyt) oraz wsparcie osób wyalienowanych (np. niesłyszących, niewidzących), a także wydłużenie kontaktu lekarza z pacjentem dzięki automatyzacji administracji. Zastosowanie SI to także szansa na lepsze wypełnienie prawa pacjenta do informacji, do których dostęp odbywać się będzie nowymi kanałami, bez koniecznego pośrednictwa administracji podmiotu leczniczego.

Nadal jednak trzeba będzie pamiętać o przysiędze Hipokratesa, a także umożliwić lekarzowi odstąpienie od rozwiązania proponowanego przez algorytm jako osobie, która ponosić będzie ostateczną odpowiedzialność za ewentualny błąd medyczny. Niezmiennie istotna będzie także kwestia ochrony dostępu do gromadzonych podczas konsultacji danych, często wykraczających poza dane *stricte* medyczne (a dotyczące np. stylu życia, życia rodzinnego, preferencji seksualnych itp.). Niezależnie więc od przyszłego kształtu rozwiązań dotyczących SI, nadal to pacjent oraz profesjonalista medyczny powinni pozostać dwoma głównymi podmiotami w relacji medycznej, a relacja ta nie powinna zostać zaburzona, a co najwyżej wsparta przez algorytm.

W dalszej części spotkanie moderowała **dr Katarzyna Bielińska**. Jako pierwszemu przekazała głos **dr. n. med Pawłowi Salwie z Oddziału Urologii Szpitala Medicover w Warszawie**. Jego prelekcja pt. „Nowoczesne leczenie raka prostaty w asyście robota Da Vinci. Doświadczenia z ponad 1000 operacji wykonanych w Polsce" przybliżyła uczestnikom realia pracy

operatora wspomaganego (ale nie zastępowanego) przez najnowocześniejszy na świecie sprzęt. Pozwala on nie tylko na ograniczenie ingerencji w ciało pacjenta do niezbędnego minimum, skracając w ten sposób czas rekonwalescencji, ale także umożliwia uniknięcie często występujących po operacji prostaty powikłań w postaci utraty erekcji oraz zaburzeń kontroli oddawania moczu. Jak zauważył prelegent, Robot Da Vinci (dokładniej zaś telemanipulator, przenoszący ruchy lekarza w zminiaturyzowanej skali na ciało pacjenta) wprowadził medycynę w XXI wiek, do tej pory bowiem operowano ludzi jedynie zaostrzonym kawałkiem metalu, tak samo jak tysiąc lat temu. W dalszej części przedstawiał dane wskazujące na bezpośrednią zależność wyników operacji od doświadczenia wykonującego ją lekarza. Dowodzi to, że nawet pomoc najnowocześniejszego sprzętu nie zastąpi wiedzy i doświadczenia używającego go człowieka. Wskazał także, że do pełnego opanowania techniki posługiwania się Robotem Da Vinci należy wykonać przy jego pomocy ok. 500 operacji, co nie daje nadziei na szybkie wykształcenie specjalistów w tych ośrodkach państwowych, w których takich zabiegów przeprowadza się ok. 50 rocznie. Co istotne, w ciągu 2000 operacji, w których prelegent brał udział, Robot ani razu się nie zawiesił (bezawaryjne działanie było najważniejszym założeniem przy jego konstrukcji), źródłem problemów i komplikacji przy jego użyciu niemal zawsze będzie więc człowiek, co szczególnie wskazuje na wartość, jaką jest doświadczenie. Niestety, obecnie cena jednego zabiegu, głównie ze względu na koszty bieżącej obsługi, serwisu i części wymiennych, jest zbyt wysoka, aby bez wsparcia państwa i dofinansowania udało się go upowszechnić.

Wystąpienie pt. „Czy sztuczna inteligencja jest fair? Problem dyskryminacji w świecie AI" wygłosił **dr inż. Łukasz Ćmielowski (IBM SGW Lab, Kraków)**. Z perspektywy twórcy systemów opartych o SI przedstawił problem uprzedzeń, które autorzy modeli, nie zawsze świadomie, mogą w swoich produktach implementować, prowadząc do ich zwielokrotniania i wyolbrzymiania. Przykładem takiego zdarzenia może być działanie systemów rozpoznawania twarzy, które popełniają statystycznie więcej błędów przy rozpoznawaniu osób czarnoskórych, gdyż ich zdjęcia nie są równo reprezentowane w zestawach danych, na których owe

systemy się uczą. Takie błędy mogą prowadzić do kosztownych procesów oraz utraty dobrej reputacji przez firmy wdrażające omawiane rozwiązania, przed inżynierami i programistami stawia się więc zadanie odpowiednio wczesnego wykrywania i usuwania takich wad. Na koniec prelegent przedstawił najważniejsze cechy, jakimi musi charakteryzować się dobra SI. Powinna ona być wytłumaczalna (a więc dawać możliwość opowiedzenia na pytanie: dlaczego ten model sieci neuronowej odmówił udzielenia pożyczki pani X?), odporna na ataki, bezstronna, a także skuteczna (a więc dostarczać dobrej jakości predykcji) i dokładna (w tym odpowiadać także np. na sezonowe zmiany w analizowanych danych).

Następną prelekcję pt. „Wyzwania etyczne w badaniach mHealth" wygłosiła **mgr Marta Marciniak z Konsorcjum Badawczego DynaMORE Instytutu Psychologii Uniwersytetu Zuryskiego**. Wystąpienie dotyczyło problemów, jakie napotykają naukowcy, prowadzący swoje badania dotyczące zaburzeń psychicznych w oparciu o technologię *mHealth* oraz metod na ich rozwiązanie. Pierwszym i największym wyzwaniem jest dla badaczy ochrona dużej ilości wrażliwych danych, który rozwiązywany jest za pomocą anonimizacji użytkowników przy użyciu kodu, znanego jedynie samym użytkownikom (uczestnikom badania). Rozwiązanie to pozwala na pełne oddzielenie osoby uczestnika od jego zanonimizowanych danych, uniemożliwia jednak jakąkolwiek pomoc ze strony badaczy w wypadku utraty (zagubienia, zapomnienia) kodu. Drugim problemem jest brak standaryzacji środowiska i warunków badania. Podczas gdy klasyczne badania odbywają się w takich samych warunkach dla wszystkich uczestników (ten sam gabinet, temperatura etc.), badania przy użyciu technologii *mHealth* odbywają się w zmieniających się realiach codziennego życia uczestnika, co może negatywnie wpływać na rzetelność pomiarów. Zawsze przed rozpoczęciem badania jego autorzy muszą więc zastanowić się, czy narzędzie to umożliwi uzyskanie odpowiedzi na postawione pytanie badawcze. Nie mniej istotnym zagadnieniem jest głęboki wgląd w emocje i uczucia osób biorących udział w trudnych sytuacjach, doświadczających przemocy, mających myśli samobójcze. Pytania, jakie zadają sobie badacze, brzmią: „Czy i jak mogę pomóc? Gdzie przebiega granica etycznej interwencji bądź jej braku?". Zasady takiej interwencji

można rozstrzygnąć w informacji dla uczestnika przystępującego do badania. Jeśli jednak z jakiegokolwiek powodu w sytuacji krytycznej zadeklarowana (i oczekiwana) interwencja się nie odbędzie, uczestnik badania może odnieść wrażenie, że sytuacja, której doświadczył, jest normalna, że widocznie interwencji nie wymagała, a jego negatywne odczucia są wyolbrzymione. Kolejnym problemem jest wywoływane w uczestnikach wrażenie ciągłego śledzenia. Aplikacje monitorujące ich stan mogą wymagać interakcji nawet 20 razy dziennie lub zbierać informacje przy pomocy *passive sensing*, potęgując negatywne odczucia. Z drugiej jednak strony często tylko w ten sposób można odpowiedzieć na pytania badawcze, które z kolei mają potencjał przysporzenia w przyszłości korzyści osobom badanym, umożliwiając dopasowanie opieki i leczenia do indywidualnych potrzeb. Ostatnim wyzwaniem wskazanym przez prelegentkę jest dostęp uczestnika do własnych danych pochodzących z badania. Pozostawienie danych do samointerpretacji może być niebezpieczne, szczególnie dla osób z zaburzeniami lub na pograniczu diagnozy – może się przyczynić do pogorszenia stanu (np. pod wpływem wykresu negatywnego nastroju) lub samodzielnego zmniejszenia dawki przyjmowanych leków pod wpływem dostępu do wykresu wskazującego na poprawę samopoczucia. Autorka wystąpienia zaprezentowała statystyki, z których wynika, że przytłaczająca większość aplikacji *mHealth* dostępnych na rynku nie została w żaden sposób przebadana pod względem poprawności działania, a ich używanie jest potencjalnie niebezpieczne dla zdrowia psychicznego.

Swoje spojrzenie na zagadnienie ochrony dóbr osobistych z perspektywy prawniczki oraz psychoterapeutki przedstawiła **dr Aleksandra Nowak-Gruca (Instytut Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie)** w wystąpieniu pt. „Infodemia, wybrane problemy ochrony dóbr osobistych w epoce postprawdy". Prelegentka zauważyła, że katalog dóbr osobistych jest katalogiem otwartym, a wraz z rozwojem społeczeństwa będą w nim pojawiać się nowe pozycje. Przytaczając kontekst aktualnych problemów, takich jak zjawisko infodemii, plagę fake newsów i coraz szerszej inwigilacji przez aplikacje i portale społecznościowe, zaproponowała nowe dobro osobiste rozumiane jako poczucie integralności osoby ludzkiej. Na zakończenie wystąpienia postawiła zaś pytanie,

czy w związku z rozwojem technologii nie staniemy przed koniecznością rozszerzenia lub ponownego skonstruowania pojęcia wolności, prawa do niej i jej ochrony.

„Wyzwania nowoczesnej genetyki" przedstawiła **dr n. med. Katarzyna Kotruchow (Kancelaria Patentowa Karcz – Zakrocka Rzecznicy Patentowi)**. Po krótkim przedstawieniu historii genetyki oraz najnowszych badań w tej dziedzinie wskazała na problemy, z jakimi nowe rozwiązania się wiążą. Przedstawiła raport Najwyższej Izby Kontroli z 2018 dotyczący badań genetycznych oferowanych i przeprowadzonych w Polsce, który negatywnie ocenił regulacje prawne ich dotyczące. NIK wytknęła m.in. brak kompleksowych przepisów dotyczących reguł przeprowadzania badań i poradnictwa genetycznego, przechowywania materiału genetycznego oraz bezpieczeństwa danych, a także brak odpowiedniego nadzoru. W raporcie wskazano także na mnogość niespójnych ze sobą aktów prawnych oraz szeroką dostępność badań komercyjnych, które bez odpowiedniej konsultacji mogą wprowadzać pacjentów-konsumentów w błąd. Prelegentka wskazała na problem wykorzystywania pozostałego (zanonimizowanego) materiału genetycznego do badań innych niż te, na które zgodził się pacjent. Powstaje wtedy pytanie: „Czy w wypadku wykrycia nowej choroby powinno się pacjenta (od którego materiał pochodzi) poinformować?". Autorka wystąpienia rozważała także kwestie statusu danych genetycznych – czy zawsze będą to dane o stanie zdrowia. W tym kontekście wskazała na istotny fakt, że dane genetyczne ze względu na swoją istotę wbrew potocznemu rozumieniu nie zawsze będą dotyczyć zdrowia lub choroby, mogą zaś mówić jedynie o pewnych cechach osoby.

Ostatnie wystąpienie w panelu wygłosiła **dr hab. Dorota Pawlik z Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie**. Prelegentka próbowała odpowiedzieć na pytania: „Czy technika zdominowała procedury neonatologi? Co dalej?". Już na wstępie odniosła się do poprzedniej prelekcji, podkreślając istotę badań genetycznych w neonatologii, jednocześnie sygnalizując problematyczność informowania rodziców w przypadku niepomyślnych wyników. Przechodząc do tematu wystąpienia, przytoczyła cytat z artykułu prasowego oraz wypowiedź

jednej z pacjentek, matki skrajnego wcześniaka, zgodnie z którymi oddział neonatologiczny ze względu na mnogość nowoczesnego sprzętu przypomina „strefę wojny" czy „statek kosmiczny". Prelegentka podkreśliła, że w dzisiejszych czasach życie wcześniaka w stu procentach zależne jest od urządzeń, zawsze jednak urządzenia muszą być obsłużone przez człowieka. Zauważając, że granica przeżycia skrajnych wcześniaków stale się obniża, postawiła pytanie o etyczne granice wykorzystania aktualnych zdobyczy techniki. Podkreśliła, że zwiększenie przeżywalności, które osiągamy za pomocą maszyn, pociąga za sobą zwiększenie zachorowalności dzieci na różne schorzenia, także w wyniku powikłań po inwazyjnych interwencjach w pierwszych chwilach życia. Na zakończenie zaadresowała problem braku opieki kompleksowej dla wcześniaków w późniejszych latach ich życia, których rodzice nierzadko tułają się od poradni do poradni, odprawiani z kwitkiem.

Po krótkiej przerwie rozpoczęły się dwa równoległe panele. Pierwszy z nich moderowały studentki kierunku bioetyka, Natalia Koncewicz oraz Aleksandra Jabłońska.

Jako pierwsza wystąpienie pt. „Zagrożenia dla praw człowieka wynikające z rozwoju kapitalizmu kognitywnego na przykładzie mediów społecznościowych" wygłosiła **dr Magdalena Gawin z Wydziału Filozofii Uniwersytetu Warszawskiego**. W prelekcji przedstawiła pojęcie kapitalizmu kognitywnego, podkreślając jedną z jego głównych cech, jaką jest wzrost roli i wartości informacji na rynku, w opozycji do słabnącego znaczenia pracy. Odwołując się do przykładu mediów społecznościowych i ich użytkowników, wskazała na zagrożenia wynikające z rozwoju kapitalizmu kognitywnego, szczególnie zaś wobec praw osób, które nie są bezpośrednimi beneficjentami zachodzących zmian – osób wyłączonych poza krąg internetowych społeczności.

Następnie **Laura Słocka (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski)** zaprezentowała temat „Jak chronić prywatność użytkowników neurotechnologii? Problematyka ochrony neurodanych na przykładzie ustawodawstwa Chile". Prelegentka przedstawiła osiągnięcia w dziedzinie neurotechnologii, a następnie postawiła pytanie, czy przepisy Rozporządzenia PE i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia

2016 r. stanowią właściwą ochronę osób korzystających z neurotechnologii (a więc udostępniających dane pochodzące ze swojego mózgu). Autorka wystąpienia zaproponowała trzy koncepcje postrzegania neurodanych i ich ochrony. Pierwsza możliwość to dodanie ich do katalogu przewidzianego w art. 9 Rozporządzenia, a więc zmiana treści aktu prawnego. Dzięki temu będzie można je przetwarzać tylko za zgodą lub jeśli będzie to niezbędne do ochrony interesów osoby (np. w celu leczenia), lub też na cele naukowe pokrywające się z celami zdrowia publicznego. Drugą możliwością jest ewolucyjna wykładnia Rozporządzenia – a więc potraktowanie *brain data* jako danych o zdrowiu, z argumentem, że ponieważ pochodzą z mózgu, a więc mówią o jego działaniu (nawet jeśli dane dotyczą czegoś innego niż zdrowie), to dotyczą zdrowia, a zatem zawsze będą mieścić się w art. 9. Trzecie rozwiązanie to potraktowanie wszystkich danych pochodzących z mózgu jako *neurodata* oraz zastosowanie do nich prawa jak do organów ludzkich oraz prawa medycznego, tak jak zrobiono to w Chile.

Zagadnienie „Rozpowszechnianie wizerunku pacjenta w świetle jego prawa do prywatności" omówiła **mgr Adrianna Denys-Starzec ze Szkoły Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego**. Wskazała na praktykę utrwalania wizerunku pacjenta, np. w celu zarejestrowania ciekawych przypadków klinicznych w nauce, ale także do późniejszego wykorzystania go w reklamie (częsty przypadek promocji gabinetów medycyny estetycznej). Następnie przedstawiła różnice pomiędzy fotografiami i obrazami powstałymi w procesie leczenia pacjenta, które stanowić bedą dokumentację medyczną i podlegać będą tajemnicy lekarskiej oraz przepisom prawa medycznego, a tymi, które będą już stanowiły jego wizerunek i jako takie chronione będą także prawem autorskim. Decydującym czynnikiem będzie w tym wypadku cecha rozpoznawalności (możliwości zidentyfikowania osoby na podstawie obrazu) przez szerokie grono osób trzecich. Na koniec prelegentka, zwracając uwagę na różne definicje wizerunku, zgłosiła postulat stworzenia jednolitej jego definicji prawnej.

Następne wystąpienie pt. „Doświadczenie rzeczywistości wirtualnej: prywatność i niepewność epistemiczna osób uczestniczących w terapiach opartych na rzeczywistości wirtualnej" wygłosił **lek. Łukasz Kowalczyk (Uniwersytet Medyczny w Łodzi)**. Na wstępie zaznaczył, iż według

badań 4,5% dorosłych uskarża się na zaburzenia w codziennym funkcjonowaniu ze względu na problemy psychiczne. Sposobem na wysokie koszty leczenia i psychoterapii mogą być terapie polegające na wchodzeniu w interakcje z różnymi systemami rzeczywistości wirtualnych. Dzięki nim można w terapii odwzorować np. stresogenne środowisko i eksponować pacjenta na czynnik wywołujący negatywne odczucia, a następnie korygować jego reakcje. Rozwiązanie to znajduje szczególne zastosowanie w przypadku zaburzeń lekoopornych. Jak wszystko niesie jednak za sobą szereg wyzwań, z których prelegent skupił się na prywatności oraz możliwości wyłączenia profesjonalisty (lekarza) z bezpośredniej interakcji i procesu terapeutycznego. Zauważył jednak, iż pacjenci i pacjentki rzadziej rezygnują z takiej formy terapii, pozytywnie wpływa ona też na poczucie sprawczości pacjenta. Na zakończenie prelegent zaadresował problem potencjalnego zagrożenia pomylenia przez pacjenta rzeczywistości wirtualnej z realną i odwrotnie.

W następnej kolejności wystąpiła **dr Izabela Mrochen (Uniwersytet Jagielloński w Krakowie)**, z prelekcją pt. „Dobre praktyki w dostępności cyfrowej placówek medycznych". Na przykładzie błędów znalezionych na stronach internetowych placówek medycznych przedstawiła szereg prostych, lecz bardzo istotnych zabiegów, których wykonanie podczas tworzenia materiałów informacyjnych znacząco zwiększa ich dostępność dla osób, które w innym wypadku mogą mieć trudności z ich zrozumieniem. Wytyczne te zostały ujęte w ustawie o dostępności cyfrowej utworzonej na podstawie regulacji unijnych.

Swoje refleksje w wystąpieniu pt. „Etyczne zagadnienia dostępu do wiedzy i możliwości rozwoju maszyn" przedstawiła także **mgr Dota Szymborska**, **doktorantka Wydziału Filozofii i Socjologii Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie**. Na przykładzie autonomicznego samochodu, który w 2018 śmiertelnie potrącił osobę pieszą, omówiła problem odpowiedzialności za działania autonomicznych maszyn. Zaprezentowała także Robocicę Sophie, która otrzymała obywatelstwo Arabii Saudyjskiej, może więc głosować, prowadzić samochód, a także wygłasza odczyty na wielu konferencjach. Prelegentka postawiła pytanie, czy jako ludzie mamy prawo do ograniczania

sztucznej inteligencji w dostępie do prądu lub danych, w obawie o swoje bezpieczeństwo.

„O potrzebie regulacji w zakresie „efektu czarnej skrzynki" mówiła **mgr Emilia Wesołowska (Interdyscyplinarna Szkoła Doktorska Nauk Społecznych Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu).** Na wstępie przedstawiła pojęcie *black box medicine* oraz jej zalety (m.in. jakość, szybkość, opracowywanie nowych metod leczenia) i wady (przede wszystkim zagrożenie dla prywatności). Wskazała na problem udzielenia świadomej i poinformowanej zgody na świadczenie medyczne z udziałem *black box medicine:* jeśli nie wiadomo dokładnie, jak dane są wykorzystywane, to o właściwie wyrażonej zgodzie nie może być mowy. Remedium na te problemy może być wyjaśnialność, a więc przejrzystość modelu *black box medicine*, która pozwoli na zrozumienie tego, skąd biorą się uzyskiwane wyniki. W trakcie dyskusji po prezentacji podniesiono, że w przypadku upowszechnienia *black box medicine* konieczne będzie rozszerzenie obowiązku informacyjnego tak, aby pacjent mógł zrozumieć, co wydarzy się z jego danymi, by mógł wyrazić świadomą zgodę na ich użycie.

Ostatnie wystąpienie w tym panelu należało do **mgr Anny Kaszyńskiej (Międzyuczelniane Studia Doktoranckie ICT & Psychology–PJATK & SWPS)**. Prezentację pt. „Manifestacja patologii w obrębie pasma theta/gamma – rozwój sztucznej inteligencji. Normalizujący wpływ kannabinoidów", ze względu na problemy zdrowotne autorki odczytała moderatorka Natalia Koncewicz. Prelekcja stanowiła przegląd najnowszych badań nad ludzką pamięcią i chorobami neurodegeneracyjnymi jej dotykającymi. Badania te mogą przyczynić się do lepszego zrozumienia przepływu informacji w mózgu, a dzięki temu udoskonalić pracę nad systemami sztucznej inteligencji, które następnie mogą zostać wykorzystane w terapiach tych chorób.

Drugi, równoległy panel, moderowany przez **Wojciecha Rożdzeńskiego**, rozpoczęło wystąpienie pt. „Wspomaganie decyzji medycznych w świetle prawa karnego" **prof. UŚ dr hab. Olgi Sitarz (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach)** oraz **Marcina Sitarza (Politechnika Śląska)**. Autorzy wskazali, że zagadnienia,

których dotyczy zarówno cała konferencja, jak i ich wystąpienie, znajdują się na styku trzech płaszczyzn: (1) działań medycznych, w tym ratowania życia i zdrowia, (2) informatyzacji i cyfryzacji oraz (3) prawa. Błąd diagnostyczny, który może wydarzyć się w przypadku wspomagania decyzji lekarza przez różnego rodzaju systemy informatyczne oparte na SI, jest jednym z takich problemów. Autorzy zauważyli, że z perspektywy prawa karnego (a więc przypisania odpowiedzialności za ten błąd) najistotniejsza będzie przyszła odpowiedź na pytanie: „Czy SI podejmuje samodzielne decyzje?".

W następnej kolejności referował **mgr Bartłomiej Gorczycki**, **aplikant radcowski OIRP w Warszawie**. W wystąpieniu pt. „Mobilne aplikacje aptekarskie w polskim porządku prawnym" podał przykłady rzeczonych aplikacji, a także podkreślił fakt ogromnej ilości bardzo wrażliwych danych zbieranych przez nie, które mimo głównego celu, jakim jest maksymalnie dokładne dopasowanie usług zdrowotnych do potrzeb pacjenta, mogą także wykorzystywać dane do ich profilowania, a w konsekwencji posłużyć np. do celów komercyjnych, kreowania produktów ubezpieczeniowych etc.

Mgr Aleksandra Lewandowska (Szkoła Doktorska Nauk Społecznych Uniwersytetu w Białymstoku) przedstawiła wystąpienie pt. „Sterowanie implantami w mózgu – problemy prawne i etyczne". Po zaprezentowaniu przykładów tytułowej technologii wskazała na problem wpływu implantów na autonomię pacjenta w przypadku, gdy po ich wszczepieniu pacjent czuje się inaczej, deklaruje, że jest mniej „sobą" niż przed zabiegiem. Skoro autonomiczność wymaga kontroli nad decyzjami przez siebie podejmowanymi, czy możemy mówić, iż decyzje podejmowane z implantem w mózgu są autonomiczne? Czy w wypadku implantu zmieniającego osobowość możemy mówić o pacjencie autonomicznym? W następnej kolejności prelegentka przedstawiła problem przejmowania kontroli nad implantem zdalnie, przez osoby trzecie. Na koniec zaadresowała zagadnienie implantów umożliwiających ulepszenie zdolności poznawczych, dostępnych tylko dla części społeczeństwa, a więc powodujących niebezpieczne nierówności społeczne.

Następne wystąpienie należało do **mgr Barbary Krzyżewskiej (Szkoła Doktorska Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego)**. W prelekcji pt. „Protezy kończyn sterowane myślą – perspektywa ochrony patentowej" przedstawiła ona przykłady protez bionicznych sterowanych myślą (a więc za pomocą *brain-computer interface*). Dalej przeszła do zdefiniowania pojęć wynalazku i odkrycia oraz wskazała ich konieczne cechy. Następnie przedstawiła przepisy dotyczące patentów oraz różnice w tym zakresie między systemem prawnym europejskim i amerykańskim. W ostatniej części przedstawiła problem patentowania protezy kończyn, wynikający z prawnego zakazu patentowania sposobów leczenia. We wnioskach końcowych wskazała, że patentowanie protez niewymagających „chirurgicznego podłączenia" do ciała człowieka jest dopuszczalne, natomiast w przypadku protez sterowanych BCI będzie to uzależnione od tego, czy zachodzi konieczność ingerencji chirurgicznej.

Wystąpienie pt. „Etyczne aspekty badań biomedycznych z wykorzystaniem elektronicznych kart pacjenta" wygłosili **dr Jan Piasecki z Zakładu Filozofii i Bioetyki Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie oraz dr Justyna Figas-Skrzypulec z Fundacji Optiumum Pareto**. W prelekcji zaprezentowali wyniki prowadzonych przez siebie badań literaturowych dotyczących raportów z badań biomedycznych bazujących na EKP. Wynika z nich, iż głównymi czynnikami utrudniającymi naukowcom prowadzenie badań przy wykorzystaniu EKP są: klimat polityczny, regulacje prawne, postawy badaczy oraz wyzwania techniczne. Problemem w zakresie zarządzania danymi jest brak zaufania użytkowników, sam rodzaj danych i duże ich zróżnicowanie (są to zarówno wyniki badań, ale też często mocno osobiste, prywatne informacje zanotowane przez lekarzy w dokumentacji). Digitalizacja systemu przechowywania informacji medycznych spowodowała też zmiany w relacjach wewnątrzinstytucjonalnych, międzyinstytucjonalnych, ale także w relacji placówka-pacjent. Digitalizacja wprowadza także nowy rodzaj odpowiedzialności moralnej za przetwarzane dane oraz dodatkową pracę, którą musi wykonać personel. Z analizy literatury wynika także, że pacjenci często nie mają wystarczającej wiedzy na temat konsekwencji wykorzystania ich danych, mimo to są co do zasady chętni je

udostępniać lekarzom i szpitalom uniwersyteckim, w mniejszym stopniu zaś instytucjom rządowym i firmom komercyjnym. Chęć udostępniania danych w największym stopniu jest uzależniona od celu ich wykorzystania, nie zaś od statusu zdrowotnego, zawodowego, pochodzenia czy wieku pacjenta.

Wystąpienie pt. „Oprogramowanie używające sztucznej inteligencji jako wyrób medyczny w świetle Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745" **mgr Monika Kupis**, **aplikantka w Okręgowej Izbie Radców Prawnych**, rozpoczęła od przedstawienia definicji wyrobu medycznego, oprogramowania oraz sztucznej inteligencji w przepisach europejskich, oraz kryteriów uznania produktu za MDSW (Medical Device Software) według wytycznych MDCG 2019. Następnie przedstawiła problemy, które hamują rozwój technologii w zakresie leczenia ludzi przez roboty (algorytmy): problem ochrony danych, prawa człowieka (oraz pacjenta), standard postępowania lekarza (stawiający określone wymagania), cyberbezpieczeństwo oraz regulacje prawne (zbyt szerokie albo przeciwnie, zbyt wąskie).

Ostatnią prelegentką była **dr Katarzyna Krupa-Lipińska (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu)** z wystąpieniem pt. „Prawo patentowe a wynalazki z zakresu medycyny". Podkreśliła w nim związek medycyny i prawa własności przemysłowej. Wskazała różnice między wynalazkiem a odkryciem oraz opisała szczegółowo przypadki wynalazków medycznych, które mimo spełniania teoretycznych kryteriów zostają spod patentowania wyłączone ze względu na sprzeczność z dobrymi obyczajami (np. klonowanie ludzi), a także na spełnianie definicji sposobu diagnozowania lub leczenia ludzi i zwierząt metodami chirurgicznymi lub terapeutycznymi.

Oficjalne zakończenie rozpoczął **prof. dr hab. Paweł Łuków**. Podsumowując całodzienne obrady, przytoczył stwierdzenie z jednego z referatów mówiące o tym, że dyskutując nad problemami, często próbujemy je ubrać w słowa maksymalnie precyzyjne, a jednocześnie jak najbardziej elastyczne, tak, aby można je było wykorzystać w przyszłości. Jednocześnie wciąż staramy się myśleć analogiami do tego, co było, co znamy, a wciąż przecież jesteśmy zaskakiwani nowościami technologicznymi,

które stają się równie abstrakcyjne, co rozpoznawane przez nas prawa i wartości. Zderzenie dążenia do stworzenia kompletnego porządku normatywnego, a z drugiej ciągły rozwój powoduje, że mamy przed sobą mnóstwo pracy, ścigając wciąż oddalający się punkt na horyzoncie.

Ostatnia głos zabrała **dr hab. Maria Boratyńska**. Zauważyła, że bardzo wiele uwagi podczas konferencji poświęcono obawom związanym z negatywnymi konsekwencjami funkcjonowania sztucznej inteligencji, poszukiwaniu modeli jej odpowiedzialności, sposobom nakładania sankcji za błąd systemu. Postawiła pytanie, czy aby na pewno przy wdrażaniu nowoczesnych technologii kierujemy się odpowiednia dozą ostrożności, czy nie działamy zbyt lub za mało asekuracyjnie. W tym kontekście porządek prawnokarny, bezwzględnie wymagający możliwości przypisania winy osobie, wydaje się ostoją odporną na wszelkie wątpliwości. Zauważyła także, że dzisiejsze rozważania dotyczące możliwego zaostrzenia odpowiedzialności osób korzystających z najnowszych odkryć techniki (np. operatora za błąd wysoce specjalistycznej maszyny medycznej) przypominają łudząco rozważania sprzed lat, gdy w obawie przed nowoczesnością automobilu jego maksymalna prędkość ograniczana była do 10 km/h. Dowodzi to, że mimo zmian w otaczającym nas świecie wciąż jako ludzie wykazujemy te same co niegdyś obawy.