

Radosław TYMIŃSKI

Doktor nauk prawnych, radca prawny

Anatomia niedoskonałości – jak złe prawo wpływa na wykonywanie zawodu lekarza

1. Edmund Burke miał powiedzieć, że złe prawa są najgorszą formą tyranii. Wielki myśliciel zapewne się nie mylił, ponieważ każdy człowiek funkcjonuje w otoczeniu prawnym, które na niego wpływa. Prawo, będące jednym z najistotniejszych regulatorów zachowań społecznych, codziennie nam towarzyszy, bezpośrednio oddziałując na nasze poczynania. W sposób szczególny rola prawa jest wyeksponowana zaś tam, gdzie następuje styk sfery uprawnień publicznoprawnych z istotnym interesem prywatnym. Klasycznym przykładem takiego zetknięcia jest szeroko rozumiana sfera ochrony zdrowia. W tej pracy chciałbym zwrócić uwagę na problem niskiej jakości polskiego prawa medycznego, która negatywnie wpływa na wykonywanie zawodu lekarza i sytuację prawną lekarzy, a w konsekwencji na bezpieczeństwo zdrowotne nas wszystkich.

Punktem wyjścia do dalszych rozważań należy uczynić konstatację, że jakkolwiek zainteresowanie prawem medycznym¹ w piśmiennictwie prawniczym wzrasta (czego wyrazem mogą być coraz to nowe opracowania prawne, rozwiązujące wiele ważnych problemów na płaszczyźnie teoretycznej²), to jednak nie idzie to w parze z jakością polskiej legislacji prawnomedycznej, na co wielu autorów zwraca uwagę na marginesie głównych wątków swoich rozważań³. Publikacje, które byłyby w całości poświę-

¹ W niniejszym artykule abstrahuję od problemów związanych z samym pojęciem „prawa medycznego”.

² Z najnowszych zob. np. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 2012; A. Fiutak, J. Dąbrowski, *Udzielanie pomocy terapeutycznej. Aspekty prawne*, Warszawa 2012; M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie*, Warszawa 2013; P. Ścislicki, *Prawo do życia człowieka w okresie prenatalnym. Analiza w perspektywie prawnokulturowej*, Warszawa 2013.

³ Przykładowo, znakomita znawczyni problematyki praw pacjenta D. Karkowska wielokrotnie w swoim komentarzu (teżże, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016) podkreślała konieczność wprowadzenia zmian systemowych i szczegółowych w ustawie o prawach pacjenta – o konieczności ujednoczenia terminologii ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, ibidem, s. 107; o wątpliwościach w zakresie upoważniania do uzyskiwania dokumentacji medycznej, ibidem, s. 538; na temat uprawnień spadkobierców do występowania z wnioskiem o ustalenie zdarzenia medycznego, ibidem, s. 689–690; zob. także M. Wojda, *Przedstawicielstwo w postępowaniu dotyczącym odpowiedzialności z tytułu zdarzeń medycznych*, „Palestra” 2015, s. 48 i n.; P. Konieczniak, *Status prawny opiekuna faktycznego w prawie medycznym*, „Prawo i Medycyna” 2014, nr 2, s. 78; A. Augustynczowicz w: A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, R. Tymiński, M. Waszkiewicz, *Ustawa o diagnostyce laboratoryjnej*, Warszawa 2010, s. 29; T. Widłak, *Wybrane problemy orzecznictwa o zdarzeniach medycznych – na przykładzie prac Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych w Gdańsku w 2012 r.*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2013, nr 2, s. 103 i n.

cone problematyce jakości prawa medycznego, ciągle należą do rzadkości⁴, a temat ten niewątpliwie zasługuje na uwagę. Analizując prawodawstwo medyczne, można bowiem dojść do wniosku, że ustawodawcy i rozporządzeniodawcy brakuje nie tylko koherentnej wizji prawa medycznego jako całości, lecz także refleksji nad efektem społecznym i prawnym wprowadzania pewnych norm lub ich – świadomego lub nieświadomego – pomijania.

Powoduje to, że przepisy prawa powszechnie obowiązującego zamiast ułatwiać wykonywanie zawodu lekarza i zachęcać młodych abiturientów do podejmowania tego trudnego i odpowiedzialnego zawodu, zniechęcają ich do tego. Poniżej kilka przykładów ewidentnie wadliwych regulacji prawnych oraz braków ustawowych.

2. W pierwszej kolejności wypada się zająć problemem przepisów, które nakładają na lekarza obowiązki prawne, nie dając mu narzędzi do ich realizacji. Jakkolwiek przepisów tego rodzaju jest wiele, to najwłaściwszą egzemplifikacją tego problemu są lekarskie obowiązki wobec „osoby bliskiej” pacjentowi. Pojęcie to występuje w kilku przepisach, z których trzy są szczególnie istotne: art. 21 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. *o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*⁵ (dalej: u.p.p.), art. 31 ust. 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. *o zawodach lekarza i lekarza dentysty*⁶ (dalej: u.z.l.) oraz art. 40 ust. 3 u.z.l.

Zgodnie z pierwszym z przywołanych przepisów, pacjent ma prawo do obecności „osoby bliskiej” przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, a osoba wykonująca zawód medyczny może odmówić obecności osoby bliskiej przy udzielaniu świadczeń tylko w przypadku istnienia prawdopodobieństwa wystąpienia „zagrożenia epidemicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne pacjenta”⁷. Drugim z wymienionych przepisów nałożono na lekarza obowiązek udzielenia informacji osobie bliskiej pacjentowi, „jeżeli pacjent nie ukończył 16 lat lub jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia”. Z kolei w art. 40 ust. 3 u.z.l. uprawniono osobę bliską do wyrażenia zgody na ujawnienie tajemnicy zawodowej przez lekarza po śmierci pacjenta⁸. Wszystkie ww. przepisy odsyłają do definicji „osoby bliskiej”, którą wprowadzono w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. Jak z tego wynika, kluczowe znaczenie dla wypełnienia ww. obowiązków lekarza ma w praktyce ustalenie, czy mamy do czynienia z „osobą bliską” w rozumieniu prawa.

Definicja legalna „osoby bliskiej” przewiduje, że za osobę bliską należy uznać: „małżonka, krewnego lub powinowatego do drugiego stopnia w linii prostej, przed-

⁴ Problematykę tę dotychczas poruszali: T. Dukiet-Nagórska, *Niedoskonałość prawa medycznego zagrożeniem dla personelu medycznego*, „Chirurgia Polska” 2001, nr 3; *O potrzebie nowelizacji prawa medycznego*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 1; R. Tymiński, *Problemy z definicjami legalnymi w prawie medycznym*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 3; W. Galewicz, *O prawnych i pozaprawnych przyczynach niedostatecznej ochrony przed bólem*, <http://www.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?l=pl&p=30&i=3&m=19&n=1&z=0&k=37>, 27.01.2017.

⁵ Dz. U. 2016, poz. 186 ze zm.

⁶ Dz. U. 2017, poz. 125 ze zm.

⁷ Art. 21 ust. 2 u.p.p.

⁸ „Lekarz, z zastrzeżeniem sytuacji, o których mowa w ust. 2 pkt 1–5, jest związany tajemnicą również po śmierci pacjenta, chyba że zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazi osoba bliska w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. *o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*. Osoba bliska wyrażająca zgodę na ujawnienie tajemnicy może określić zakres jej ujawnienia, o którym mowa w ust. 2a”.

stawiciela ustawowego, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu lub osobę wskazaną przez pacjenta”⁹. Na gruncie tej, wydawałoby się klarownej, regulacji pojawia się jednak poważny problem praktyczny – jak lekarz ma w sytuacji klinicznej, polegającej przeważnie na krótkim kontakcie z daną osobą, ustalić, że ta osoba jest rzeczywiście osobą bliską pacjentowi. O ile ustalenie faktu bycia przedstawicielem ustawowym czy wskazania przez pacjenta nie budzi większych wątpliwości, o tyle już ustalenie pokrewieństwa, powinowactwa (i jego stopnia oraz linii) czy pozostawania we wspólnym pożyciu jest w praktyce niemalże wykluczone. Jak lekarz ma bowiem sprawdzić, czy dwudziestosześcioletnia osoba, która zgłasza się do dorosłego, czterdziestopięcioletniego mężczyzny jest jego: zstępny (uprawniony do uzyskania informacji), bratem/siostrą (nieuprawniony do uzyskania informacji) czy partnerem (w pewnych sytuacjach uprawniony do uzyskiwania informacji)? Szczególnie trudno jest niewątpliwie ustalić fakt pozostawania we wspólnym pożyciu. Jak bowiem jednoznacznie podkreślił Sąd Najwyższy fraza: „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu» określa osobę, która pozostaje z inną osobą w takiej relacji faktycznej, w której pomiędzy nimi istnieją jednocześnie więzi duchowe (emocjonalne), fizyczne oraz gospodarcze (wspólne gospodarstwo domowe)”¹⁰. Powstaje więc pytanie, jak lekarz ma ustalić fakt prowadzenia wspólnego pożycia.

Najpoważniejszym problemem praktycznym jest jednak to, że *de lege lata* nie wiadomo nawet, czy lekarz może zawierzyć oświadczeniu osoby, podającej się za „osobę bliską” pacjentowi, czy też ma obowiązek weryfikować te oświadczenia i żądać dowodów. Biorąc pod uwagę dziedzinę, której dotyczy sygnalizowany problem – tj. obszar objęty tajemnicą zawodową, która chroni dane sensytywne, i możliwość ponoszenia odpowiedzialności karnej za nieuprawnione ujawnienie tajemnicy zawodowej¹¹ – należy przyjąć, że lekarz powinien żądać dowodów na potwierdzenie faktu bycia osobą bliską, a w razie ich braku odmawiać udzielania informacji. Tego rodzaju interpretacja prowadzi jednak do stwierdzenia, że w wielu przypadkach najbliższe rodziny niestety zostałyby pozbawione informacji o stanie zdrowia swoich bliskich, co narażałoby je na dodatkowe cierpienia. W takiej sytuacji lekarz ma możliwość albo nieinformowania osób, które są faktycznie osobami bliskimi, ale nie mogą tego udowodnić, albo ryzykować ponoszenie odpowiedzialności prawnej za ujawnienie tajemnicy zawodowej wobec osób nieuprawnionych.

Podsumowując, ten fragment rozważań uważam, że przepisy powinny być zmienione w ten sposób, żeby lekarz w swojej praktyce klinicznej mógł bez wątpliwości ustalić, czy może daną osobą informować o stanie zdrowia pacjenta. Przykładowo, art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. mógłby brzmieć: „osoba bliska – osoba, która oświadcza, że jest małżonkiem, krewnym lub powinowatym do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawicielem ustawowym lub osobą pozostającą we wspólnym pożyciu bądź oso-

⁹ Art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p.

¹⁰ Uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 lutego 2016 r. (sygn. akt I KZP 20/15); por. także postanowienie z dnia 4 marca 2015 r. (sygn. akt IV KO 98/14).

¹¹ Wypada przypomnieć, że art. 266 § 1 k.k. brzmi: „Kto, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

bę, która została wskazana przez pacjenta”. W przypadku uwzględnienia postulowanej zmiany art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. wypadaloby również uzupełnić zawartość normatywną art. 266 k.k. poprzez dodanie § 1a, który brzmiałby: „Kto wprowadza w błąd osobę zobowiązaną do zachowania tajemnicy, o której mowa w § 1, co do uprawnienia do uzyskania informacji objętych tą tajemnicą podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Proponowaną zmianę uzasadnia konieczność zachowania symetryczności regulacji i sytuacji prawnej adresatów prawna, ponieważ wprowadzała ona taką samą odpowiedzialność za nieuprawnione ujawnienie tajemnicy, jak i za wprowadzenie w błąd co do uprawnienia do dostępu do informacji objętych tajemnicą.

3. W drugiej kolejności trzeba zająć się przepisami, które są wzajemnie sprzeczne, a ustalenie ich prawidłowego znaczenia wymaga zastosowania skomplikowanych metod wykładni prawa lub reguł inferencyjnych¹². Także w tym obszarze można by mnożyć wiele przykładów, jednakże warto sięgnąć po przykład, który ma istotne znaczenie praktyczne. W tym kontekście warto zastanowić się nad zakresem zgody, której może udzielać opiekun faktyczny¹³.

W świetle art. 32 ust. 3 w związku z art. 32 ust. 2 u.z.l. opiekun faktyczny jest osobą uprawnioną do wyrażania zgody zastępczej na badanie pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody¹⁴. Swoje uprawnienie opiekun faktyczny może zrealizować tylko wtedy, gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim nie jest możliwe. Analogiczne przepisy zawiera art. 17 ust. 2 u.p.p., zgodnie z którym: „Przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, ma prawo do wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 1. W przypadku braku przedstawiciela ustawowego prawo to, w odniesieniu do badania, może wykonać opiekun faktyczny”. W tym miejscu kończy się symetryczność regulacji i zaczynają rozbieżności, ponieważ ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta odmiennie regulują możliwość wyrażenia zgody przez opiekuna faktycznego na zabiegi diagnostyczne o podwyższonym ryzyku. Należy bowiem zwrócić uwagę, że:

- w art. 34 u.z.l., w którym uregulowano zasady wyrażania zgody na zabiegi diagnostyczne lub lecznicze o podwyższonym ryzyku, podmiotami uprawnionymi do wyrażania zgody na te badania uczyniono jedynie: pacjenta (art. 34 ust. 1 u.z.l.),

¹² Pomijam tutaj sytuacje oczywistej sprzeczności przepisów, np. takiej, która ma miejsce w art. 26 ust. 2 u.z.l., zgodnie z którym: „Kobiety ciężarne i karmiące mogą uczestniczyć wyłącznie w eksperymentach badawczych pozbawionych ryzyka lub związanych z niewielkim ryzykiem”, i art. 26 ust. 3 u.z.l., który stanowi: „Dzieci poczęte, osoby ubezwłasnowolnione, żołnierze służby zasadniczej oraz osoby pozbawione wolności nie mogą uczestniczyć w eksperymentach badawczych”. Na tle tych przepisów powstaje uzasadnione pytanie, czy istnieje eksperyment badawczy, w którym bierze udział kobieta ciężarna, a płód, który ona nosi, nie. Choć teoretycznie jest to możliwe, to jednak będzie to sytuacja niezwykła.

¹³ Na marginesie pozostawiam rozważania dotyczące możliwości ustalenia w praktyce tego, kto jest w sensie prawnym opiekunem faktycznym – tutaj podobnie jak przy osobie bliskiej występuje szereg wątpliwości – zob. P. Konieczniak, op. cit., passim.

¹⁴ Art. 32 ust. 3 u.z.l.

przedstawiciela ustawowego pacjenta małoletniego, niezdolnego do wyrażenia zgody lub ubezwłasnowolnionego (art. 34 ust. 3 *in principio* u.z.l.), albo sąd opiekuńczy (art. 34 ust. 3 *in fine* u.z.l.) – innymi słowy w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry nie ma przepisu, który uprawniałby opiekuna faktycznego do wyrażania zgody na zabiegi diagnostyczne o podwyższonym ryzyku;

- w art. 18 u.p.p., w którym zawarto wymagania dotyczące zgody na zabiegi diagnostyczne lub lecznicze o podwyższonym ryzyku, podmiotami uprawnionymi do wyrażania zgody na te badania uczyniono: pacjenta (art. 18 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 1 u.p.p.), przedstawiciela ustawowego pacjenta małoletniego, niezdolnego do wyrażania zgody lub ubezwłasnowolnionego (art. 18 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 2 u.p.p.), albo sąd opiekuńczy¹⁵ (art. 18 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 3 u.p.p.), a także opiekuna faktycznego, co wynika z tego, że w ust. 3 art. 18 u.p.p. napisano: „Przepisy art. 17 ust. 2–4 stosuje się odpowiednio”. Z odesłania tego wynika, że do wyrażania zgody na zabiegi o podwyższonym ryzyku można stosować art. 17 ust. 2 u.p.p., który pozwala opiekunowi faktycznemu wyrażać zgodę na badanie. Nie ulega więc wątpliwości, że ustawodawca w art. 18 ust. 3 u.p.p. dopuścił wyrażenie zgody na badania o podwyższonym ryzyku przez opiekuna faktycznego, skoro wskazał, że do wyrażania zgody na zabiegi o podwyższonym ryzyku stosuje się odpowiednio art. 17 ust. 2 u.p.p.

W związku z powyższym powstaje pytanie: jak ma się zachować lekarz w sytuacji potrzeby wykonania badania diagnostycznego o podwyższonym ryzyku ustaliwszy, że pacjent jest małoletni, całkowicie ubezwłasnowolniony lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody i nie ma możliwości skontaktowania się z jego przedstawicielem ustawowym, a jest opiekun faktyczny. Czy ma dać posłuch normie późniejszej, zgodnie z zasadą *lex posterior derogat legi priori* (przepis późniejszy uchyla przepis wcześniejszy), i podjąć albo zaniechać działania na podstawie decyzji opiekuna faktycznego? Czy też kierować się zasadą pierwszeństwa normy specjalistycznej nad normą ogólną (*lex specialis derogat legi generali* – przepis szczególny uchyla przepis ogólny), przyjmując, że ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta ma charakter ogólny i jest dookreślana przez ustawy, statuujące obowiązki zawodów medycznych – a więc w tym wypadku przez ustawę o zawodach lekarza i lekarza dentystry – i wystąpić do sądu opiekuńczego o zezwolenie na badanie¹⁶. A może, mając wątpliwości, powinien zawsze zapytać sąd opiekuńczy, będąc świadomym, że wydłuża to czas postawienia diagnozy i w konsekwencji włączenia odpowiedniego leczenia? Pytań jest tu wiele, a interpretacja przepisów niejednoznaczna.

Reasumując ten fragment rozważań, uważam, że przepisy powinny być ujednolicone po to, żeby i w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, i w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry obowiązywały te same dyrektywy postępowania lekarza w odniesieniu do zgody opiekuna faktycznego na badania diagnostyczne o podwyższonym ryzyku pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody.

¹⁵ *Nota bene* zawężając określone w art. 34 ust. 3 u.z.l. sytuacje, w których sąd opiekuńczy może się wypowiadać jedynie do sytuacji konieczności uzyskania zgody kumulatywnej i wyrażenia przez pacjenta sprzeciwu.

¹⁶ Art. 34 ust. 3 u.z.l.

4. Analizując jakość prawa medycznego, nie można zapominać o przepisach niedookreślonych, które stwarzają pole do rozmaitych interpretacji. Ewidentnym przykładem takiego przepisu jest art. 23 u.z.l., zgodnie z którym: „Eksperymentem medycznym kieruje lekarz posiadający odpowiednio wysokie kwalifikacje”. W tym miejscu należy jednak zastrzec, że nie budzi wątpliwości sama idea, że eksperymentem medycznym musi kierować lekarz o odpowiednio wysokich kwalifikacjach, ponieważ jest ona słuszna. Kontrowersyjna jest redakcja omawianego przepisu i jego lakoniczność. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że cytowany przepis wskazuje dwa wymogi formalne dla kierownika eksperymentu medycznego: pierwszy ma charakter zobiektywizowany – osoba taka musi legitymować się tytułem zawodowym lekarza, drugi ma charakter wysoce nieprecyzyjny – kwalifikacje lekarza muszą być „odpowiednio wysokie”. Jednocześnie przywołany przepis – a także inne przepisy – nie rozstrzyga, co ma być elementem oceny „odpowiedniości” kwalifikacji. Równie dobrze można uwzględniać: wiek, doświadczenie zawodowe, specjalizacje czy dorobek naukowy, jak i ich nie uwzględniać. Trudno jednak odeprzeć – dość oczywisty zresztą – argument, że gdyby ustawodawca chciał wprowadzać tego rodzaju obostrzenia, to wprost zawarłby to w omawianym przepisie.

Na gruncie art. 23 u.z.l. powstaje też pytanie, czy słowo „odpowiednio” należy wiązać ze zwrotem „eksperymentem medycznym” czy należy rozumieć w oderwaniu od niego. Innymi słowy, czy kwalifikacje kandydata na kierownika eksperymentu należy oceniać *in abstracto* (jako ogólne kompetencje do bycia kierownikiem eksperymentów) czy *in concreto* (jako kompetencje do bycia kierownikiem tego konkretnego eksperymentu). W doktrynie raczej opowiadano się za tym drugim wariantem¹⁷. Redakcja przepisu nie rozstrzyga także dylematu, kto ma oceniać odpowiedniość kwalifikacji kandydata¹⁸.

Reasumując te rozważania, niewątpliwie powinno się zmienić ten przepis. Zmiana może być dwutorowa i polegać na doprecyzowaniu wymagań formalnych (np. „Eksperymentem medycznym kieruje lekarz posiadający co najmniej specjalizację w dziedzinie, w której prowadzi eksperyment, lub w dziedzinie pokrewnej”) lub wskazaniu procedury zatwierdzenia kwalifikacji (np. „Eksperymentem medycznym kieruje lekarz, który został do tego dopuszczony przez właściwą komisję bioetyczną”). W obecnej sytuacji bowiem nie wiadomo, czy komisja bioetyczna może zakwestionować kompetencje kandydata i na jakiej podstawie.

5. W prawie medycznym jest wiele przepisów, wpływających negatywnie na wykonywanie zawodu lekarza, dla których trudno znaleźć uzasadnienie. W tym kontekście posłużę się przykładem art. 53 ust. 1 u.z.l., który stanowi, że: „Lekarz wykonujący indywidualną praktykę lekarską, indywidualną specjalistyczną praktykę lekarską, indywidualną praktykę lekarską lub indywidualną specjalistyczną praktykę lekarską w miejscu wezwania może zatrudniać osoby niebędące lekarzami do wykonywania

¹⁷ Zob. np. L. Ogiegło, komentarz do art. 23 w: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015, Legalis 2017.

¹⁸ Podobne zastrzeżenia wobec tego przepisu w doktrynie formuluje się od dawna: zob. np. K. Sakowski, komentarz do art. 23 w: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 526.

czynności pomocniczych (współpracy)”. Z przepisu tego *expressis verbis* wynika, które praktyki lekarskie mogą zatrudniać osoby niebędące lekarzami do wykonywania czynności pomocniczych.

Analizując ten przepis, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej¹⁹ (dalej: u.d.l.): lekarz może wykonywać działalność leczniczą w formie: indywidualnej praktyki lekarskiej, indywidualnej praktyki lekarskiej wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej, indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualnej praktyki lekarskiej wyłącznie w zakładzie leczniczym na podstawie umowy z podmiotem leczniczym prowadzącym ten zakład, indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej wyłącznie w zakładzie leczniczym na podstawie umowy z podmiotem leczniczym prowadzącym ten zakład albo grupowej praktyki lekarskiej. Odczytanie więc art. 53 ust. 1 u.z.l. w kontekście art. 5 ust. 2 pkt 1 lit. a) u.d.l. prowadzi do wniosku, że:

- indywidualna praktyka lekarska wyłącznie w miejscu wezwania;
- indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska wyłącznie w miejscu wezwania;
- indywidualna praktyka lekarska wyłącznie w zakładzie leczniczym;
- indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska wyłącznie w zakładzie leczniczym;
- grupowa praktyka lekarska;

– nie mogą zatrudnić na umowie o pracę osób niebędących lekarzami do wykonywania czynności pomocniczych, ponieważ nie została wymieniona w art. 53 ust. 1 u.z.l. W tym miejscu należy jednak postawić pytanie z jakich względów ustawodawca wykluczył grupową praktykę lekarską z katalogu praktyk lekarskich, które mogą zatrudniać osoby niebędące lekarzami do wykonywania czynności pomocniczych. O ile bowiem wykluczenie praktyk w miejscu wezwania i wyłącznie w zakładzie leczniczym jest zrozumiałe – te pierwsze nie potrzebują osób do czynności pomocniczych ze względu na wyjazdowy charakter udzielanych świadczeń zdrowotnych, a te drugie z założenia mają osoby do wykonywania czynności pomocniczych – to pozbawienie tej możliwości grupowej praktyki lekarskiej trudno uzasadnić. Jeżeli bowiem przyjąć, że grupowa praktyka lekarska ma skupiać kilku lekarzy, to wydaje się, że potrzeba zatrudnienia np. rejestratorki czy sekretarki medycznej w tej praktyce jest zdecydowanie większa niż w indywidualnej praktyce lekarskiej. Poza tym nie wiadomo, dlaczego lekarz, prowadząc indywidualną praktykę lekarską, może zatrudnić np. rejestratorkę, a prowadząc wraz z innym lekarzem grupową praktykę lekarską, w której udziela takich samych świadczeń zdrowotnych, nie ma takiej możliwości.

Konkludując, art. 53 ust. 1 u.z.l. powinien zostać uzupełniony o ust. 1a, który brzmiałby: „Przepis ust. 1 stosuje się również do grupowej praktyki lekarskiej”.

6. Bardzo istotnym mankamentem regulacji prawnomedycznych jest brak przepisów adekwatnych do obecnych realiów społecznych wykonywania zawodów medycznych. W tym zakresie szczególną uwagę zwraca brak odpowiednich wyjątków od obowiązku zachowania lekarskiej tajemnicy zawodowej, o których mowa w art. 40 ust. 2 u.z.l.

¹⁹ Dz. U. 2016, poz. 1638 ze zm.

Przed analizą zakresu wyjątków od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej należy przypomnieć, że zakres tajemnicy lekarskiej jest bardzo szeroki i obejmuje wszelkie informacje uzyskane od pacjenta w związku z wykonywaniem zawodu lekarza²⁰. W piśmiennictwie wskazuje się, że tajemnicą zawodową są objęte nie tylko informacje intencjonalnie przekazane lekarzowi, lecz także informacje uzyskane przy okazji wykonywania zawodu lekarza²¹. Oznacza to, że obowiązek zachowania tajemnicy nie dotyczy tylko informacji o zdrowiu pacjenta, lecz także innych informacji zarówno o pacjencie, jak i o jego otoczeniu, o ile lekarz uzyskał je w związku z wykonywaniem zawodu²².

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że w art. 40 ust. 2–3 u.z.l. wskazano sytuacje, w których lekarz nie ma obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Zgodnie z tymi przepisami, lekarz nie musi zachować informacji w tajemnicy, jeżeli:

- 1) „tak stanowią ustawy”²³;
- 2) „badanie lekarskie zostało przeprowadzone na żądanie uprawnionych, na podstawie odrębnych ustaw, organów i instytucji; wówczas lekarz jest obowiązany poinformować o stanie zdrowia pacjenta wyłącznie te organy i instytucje”²⁴;
- 3) „zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób”²⁵;
- 4) „pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia”²⁶;
- 5) „zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie lekarzowi sądowemu”²⁷;
- 6) „zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innemu lekarzowi lub uprawnionym osobom uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń”²⁸;
- 7) „zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazi osoba bliska w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta”²⁹.

Interpretując ten przepis należy mieć na uwadze, że wprowadza on wyliczenie zamknięte i – jako ustanawiające wyjątki od reguły – podlega wykładni zawężającej w myśl reguły *exceptiones non sunt extendendae* (wyjątków nie interpretuje się rozszerzająco)³⁰. Na podstawie tej regulacji można więc generalizująco stwierdzić, że lekarz może ujawnić tajemnicę zawodową jedynie w sytuacji:

- 1) którą przewidziała ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry lub

²⁰ Art. 40 ust. 1 u.z.l.

²¹ R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 33.

²² Ibidem, s. 35.

²³ Art. 40 ust. 2 pkt 1 u.z.l.

²⁴ Art. 40 ust. 2 pkt 2 u.z.l.

²⁵ Art. 40 ust. 2 pkt 3 u.z.l.

²⁶ Art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l.

²⁷ Art. 40 ust. 2 pkt 5 u.z.l.

²⁸ Art. 40 ust. 2 pkt 6 u.z.l.

²⁹ Art. 40 ust. 3 u.z.l.

³⁰ Por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014, s. 193.

- 2) w której przepis innej ustawy wyraźnie pozwala lekarzowi na ujawnienie tajemnicy zawodowej – w tym miejscu należy wspomnieć, że wyjątków takich nie jest wiele i zasadniczo dotyczą one informowania odpowiednich organów w sprawach, w których istnieje podejrzenie popełnienia poważnego przestępstwa³¹, choroby zakaźnej³² lub w sytuacjach prowadzenia postępowania dotyczącego odpowiedzialności prawnej lekarza³³ lub podmiotu leczniczego³⁴.

Analizując przytoczone wyżej regulacje zwraca uwagę, że nigdzie nie przyznano lekarzowi prawa do ujawniania tajemnicy zawodowej w związku z korzystaniem z usług profesjonalnych pełnomocników – adwokatów i radców prawnych, którzy są ustawowo zobowiązani do zachowania tajemnicy zawodowej³⁵. Trzymając się zatem litery prawa, można stwierdzić, że *de lege lata* lekarzowi nie wolno – pod groźbą odpowiedzialności z art. 266 § 1 k.k. – ujawniać tajemnicy zawodowej wobec adwokata ani radcy prawnego:

- 1) w sytuacji zasięgnięcia porady prawnej z jakiegokolwiek powodu;
- 2) w przypadku prowadzenia przeciwko lekarzowi postępowania przygotowawczego w sprawie o błąd medyczny lub postępowania z zakresu odpowiedzialności zawodowej w fazie *in personam* (a więc już po przedstawieniu zarzutów) w związku z zamiarem udzielenia upoważnienia do obrony;
- 3) w przypadku skierowania sprawy o błąd medyczny do rozpoznania przez sąd w postępowaniu cywilnym, karnym lub zawodowym nawet wtedy, gdy adwokat lub radca prawny jest pełnomocnikiem lekarza lub jego upoważnionym obrońcą³⁶.

³¹ Wyjątek taki wprowadza np. art. 240 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny* (Dz. U. 2016, poz. 1137 ze zm.): „Kto, mając wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego w art. 118, 118a, 120–124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 163, 166, 189, 252 lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nie zawiadamia niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” oraz art. 11 ust. 2 zdanie 2 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. *o cmentarzach i chowaniu zmarłych* (Dz. U. 2015, poz. 2126 ze zm.).

³² Zob. np. art. 11 ust. 2 zdanie 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. *o cmentarzach i chowaniu zmarłych* (Dz. U. 2015, poz. 2126 ze zm.) oraz art. 40 ust. 1c ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. *o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi* (Dz. U. 2016, poz. 1866 ze zm.).

³³ Zob. np. art. 59 ust. 4 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. *o izbach lekarskich* (Dz. U. 2016, poz. 522 ze zm.) lub art. 180 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks postępowania karnego* (Dz. U. 2016, poz. 1749 ze zm.).

³⁴ Por. art. 14 ust. 2a u.p.p. „Przepisu ust. 1 nie stosuje się także do postępowania przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, o której mowa w art. 67e ust. 1”.

³⁵ W przepisach ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – *Prawo o adwokaturze* (Dz. U. 2016, poz. 1999 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. *o radcach prawnych* (Dz. U. 2016, poz. 233 ze zm.) nie ma podstawy prawnej do przekazania przez lekarza informacji, które są objęte lekarską tajemnicą zawodową.

³⁶ Na marginesie należy dodać, że omawiany brak regulacji szczególnie razi, ponieważ pracodawca dostrzega potrzebę zwolnienia lekarza z tajemnicy zawodowej na gruncie każdego z postępowania, które może być skierowane przeciwko lekarzowi. W postępowaniu w sprawie z zakresu odpowiedzialności zawodowej lekarz jest z mocy ustawy zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w stosunku do organów prowadzących to postępowanie, tj. sądu lekarskiego oraz rzecznika odpowiedzialności zawodowej (art. 59 ust. 4 ustawy *o izbach lekarskich*). Z kolei w postępowaniu karnym lekarz może zostać zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej tylko przez sąd w drodze postanowienia (art. 180 § 2 k.p.k.). Przepisy dotyczące postępowania przed wojewódzkimi komisjami ds. zdarzeń medycznych przewidują, że osoby wykonujące zawód medyczny nie są zobowiązane do zachowania tajemnicy w postępowaniu przed wojewódzką komisją do

Tym samym, gdyby ściśle trzymać się aktualnego brzmienia przepisów, to należało dojść do wniosku, że pełnomocnik lub obrońca lekarza może poznać sprawę jedynie z relacji strony przeciwnej lub z akt sądowych. Tego rodzaju rozumowanie prowadziło jednak do absurdu, ponieważ powodowałoby, że lekarz, będący w sprawach o błąd medyczny stroną postępowania, miałby iluzoryczną możliwość korzystania z pełnomocnika procesowego lub upoważnionego obrońcy, skoro nie mógłby poinformować go o wszystkich okolicznościach sprawy. W konsekwencji przyjęcie takiej wykładni prowadziło do naruszenia konstytucyjnych uprawnień lekarza – strony postępowania o błąd medyczny do sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy³⁷. Jak bowiem wielokrotnie podkreślał Trybunał Konstytucyjny: „Każde postępowanie przed sądem musi być ukształtowane zgodnie z zasadami sprawiedliwości. Sprawiedliwa procedura sądowa powinna zapewniać stronom uprawnienia procesowe stosowne do przedmiotu prowadzonego postępowania. Poza ogólną regulacją prawa do sądu Konstytucja nie normuje bardziej szczegółowych zasad prowadzenia postępowania sądowego, jak np. zasady równości stron procesowych, czy też zasady wysłuchania przez sąd. Nie oznacza to jednak, iż wskazane zasady szczegółowe nie mają waloru konstytucyjnego. Można i należy je bowiem wyprowadzać z ogólnej formuły prawa do sprawiedliwego (rzetelnego) postępowania, stanowiącej element prawa do sądu, wysłowionego w art. 45 ust. 1 Konstytucji”³⁸. W związku z powyższym, zaprezentowaną wykładnię należy odrzucić jako jednoznacznie błędną. W tym miejscu pojawia się jednak problem praktyczny, który nie jest rozstrzygalny na gruncie obowiązującego ustawodawstwa, na jakim etapie lekarz może ujawnić adwokatowi lub radcy prawnemu informacje objęte tajemnicą zawodową i co może ujawnić.

Podsumowując, uważam, że z konstytucyjnego prawa lekarza do obrony swoich interesów wynika prawo do ujawnienia informacji objętych tajemnicą zawodową adwokatowi lub radcy prawnemu. Jednak przepisy powinny szczegółowo dookreślać, kiedy lekarz może ujawnić informacje objęte tajemnicą zawodową i czy mogą to być wszystkie informacje, czy jedynie te związane ze sprawą. Obecny stan prawny może nastrojać trudności w wykonywaniu obowiązków przez lekarzy, adwokatów i radców prawnych oraz na pewno nie jest korzystny dla pacjentów.

7. Podsumowując powyższe rozważania, wypada zacytować napisane – w pierwszym polskim podręczniku do prawa medycznego – przed prawie 80-cioma laty słowa P. Aslanowicza: „Dopóki sprawy toczą się normalnym biegiem, to znaczy dopóki lekarz opiekuje się chorym bez powstawania między nimi jakichkolwiek nieporozumień, dopóty właściwie żadna ze stron tego stosunku prawnego nie odczuwa potrzeby szukania oparcia w przepisie prawa. [...] Dopiero rodzący się spór stawia przed stronami ko-

spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (art. 14 ust. 2a u.p.p.). Jeżeli zaś chodzi o postępowanie cywilne, to w art. 261 § 2 k.p.c. wskazano, że: „Świadek może odmówić odpowiedzi na zadane mu pytanie, [...] jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej”. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że lekarz nie jest automatycznie (z mocy ustawy) zwolniony z tajemnicy zawodowej.

³⁷ Art. 45 ust. 1 Konstytucji: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”.

³⁸ Wyrok TK z dnia 6 grudnia 2004 r. (sygn. akt SK 29/04); por. także wyrok TK wyroku z dnia 11 czerwca 2002 r. (sygn. akt SK 5/02).

nieczność zdania sobie sprawy z tego, o co im właściwie chodzi, jakie prawa ich zostały naruszone, dla jakich praw żądają ochrony, czy i kto za naruszenie tych praw jest odpowiedzialny. I wówczas z terenu czystej teorii wkraczamy na twardy, surowy grunt praktyki. To, co wydawało się takim prostym, gdy stosunek między lekarzem a chorym układał się pomyślnie, zaczyna urastać do niebywałych komplikacji, gdy któraś ze stron zaczyna poszukiwać swojego prawa, czy też wynagrodzenia poniesionych szkód³⁹.

Powyższe słowa nabierają szczególnej aktualności obecnie, gdy liczba aktów prawnych dotyczących prawa medycznego znacząco wzrasta, a roszczeniowość pacjentów utrzymuje się na stałym, wysokim poziomie, co obrazują rokrocznie publikowane statystyki Rzecznika Prawa Pacjenta⁴⁰. Nie ulega więc wątpliwości, że potrzeba dbałości o jakość prawa medycznego jest paląca, a przed różnymi instytucjami ochrony zdrowia – przede wszystkim przed samorządem lekarskim oraz konsultantami w ochronie zdrowia – rysuje się nowe, najważniejsze bodaj zadanie: uporządkowanie przepisów prawa medycznego po to, żeby lekarze skupiali się na wykonywaniu zawodu, a nie na rozwiązywaniu wątpliwości prawnych.

Streszczenie

W pracy poruszono problematykę wpływu niskiej jakości przepisów prawa medycznego na sytuację prawną lekarzy. W tekście wskazano m.in. takie problemy jak: wzajemna sprzeczność regulacji, dysfunkcjonalność przepisów oraz braki regulacyjne. Z uwagi na to, że przepisy te są adresowane do podmiotów, które nie mają wykształcenia prawniczego, nie mają one możliwości zrekonstruowania właściwej normy prawnej. Sytuacja ta prowadzi często do sytuacji konfliktowych na linii lekarz–pacjent.

Słowa kluczowe: prawo, relacja lekarz–pacjent

Anatomy of imperfectness – how a low quality of medical law impacts on legal position of physicians

Summary

The article brings up a subject of low quality medical law's impact on legal position of physician. The text points out problems such as among others: mutual contradiction in terms, dysfunctionality of provisions and lack of their correct counterparts. It should be noted that the provisions are addressed to entities who do not hold a higher education diploma in law. Therefore, they are not able to reconstruct a proper legal norm. It often leads to conflicts in a relation between the physician and a patient.

Key words: law, physician-patient relationship

³⁹ T. Cyprian, P. Aślanowicz, *Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*, Kraków 1949, s. 157.

⁴⁰ Z przywoływanych statystyk wynika, że od wielu lat co roku składanych jest około 65 000 skarg Rzecznika Praw Pacjenta. Statystyki i raporty RPP są dostępne na stronie <https://www.bpp.gov.pl/sprawozdania-roczne/> jako sprawozdania roczne, z których wynika, że w roku 2010 złożono 28 735 skarg, w 2012 – 63 913, w 2013 – 69 045, w 2014 – 65 339, a w 2015 – 71 366. Data odwiedzin strony 1 lutego 2017 r.

